النصف الاول من المبسوط للامام السرخسي

ولا شيء لأهل الذمة من بيت المال وفيه بعض الحكم وخلاف جرى في الهامش فليتدبر ١٠٣

باب افتتاح الصلوة ٩

الفقير المصرف كان يحمل الكعبة لأداء الصلوة بجهة ٤٧١

كتاب الحيض ١٢٨

باب الركوب ٣٩٨

باب الشفعة في الصلح ٦٦٩

رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان الا على الظالمين والصلاة على رسوله محمد واله
اجمعين الشيخ الامام الاجل الزاهد ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله وهو في الحبس باوزجند املاء
الحمد لله بارئ النسم ومحيي الرمم ومجزل القسم مبدع البدائع وشارع الشرائع دينا رضيا ونورا مضيا
لتكليف المخرجين ووعد المؤمنين وايعاد المعتدين بينة للعالمين على لسان سيد المرسلين وامام المتقين
خاتم النبيين محمد صلى الله عليه وعلى اله الطيبين الطاهرين وعلى جميع الانبياء والمرسلين
فان اقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى طلب العلم كما قال عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة والعلم ميراث
النبوة كما جاء في الحديث ان الانبياء صلوات الله عليهم لم يورثوا دينارا ولا درهما انما ورثوا العلم فمن اخذه اخذ بحظ وافر
علم التوحيد والصفات وعلم الفقه والشرائع فالاصل في علم التوحيد التمسك بالكتاب والسنة
ومجانبة الهوى والبدعة كما كان عليه الصحابة والتابعون والسلف الصالح رضوان الله عليهم اجمعين الذين اخفاهم
التراب واثارهم بتصانيفهم باقية وبعضهم باقية في هذا الباب وقد عزمت على جمع اقاويلهم في تاليف هذا الكتاب تذكرة
لاولي الالباب فهو الخير الكثير كما قال الله عز وجل ومن يؤت الحكمة فقد اوتي
خيرا كثيرا قال ابن عباس رضي الله عنه الحكمة معرفة الاحكام من الحلال والحرام وقد ندب الله تعالى بقوله الى ذلك فلولا نفر
من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون فجعل ولاية الانذار والدعوة للفقهاء
وهذه درجة الانبياء عليهم السلام تركوها ميراثا للعلماء كما قال عليه السلام العلماء ورثة الانبياء وبعد انقطاع النبوة هذه
الدرجة اعلى النهاية في القوة وهو معنى قول النبي عليه السلام من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين وقال عليه السلام خياركم
في الجاهلية خياركم في الاسلام اذا فقهوا ولهذا اشتغل به اعلام الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين واول
من فرع فيه والف وصنف سراج الامة ابو حنيفة رحمه الله بتوفيق من الله عز وجل خصه به واتفاق من اصحاب جمعهم له كابي يوسف
يعقوب بن ابراهيم بن خنيس الانصاري رحمه الله المقدم في علم الاخبار والحسن بن زياد اللؤلؤي رحمه الله المقدم في السؤال
والتفريع وزفر بن الهذيل رحمه الله المقدم في القياس ومحمد بن الحسن الشيباني رحمه الله المقدم في الفطنة وعلم الاعراب
والنحو والحساب هذا مع انه ولد في عهد الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولقي منهم جماعة كانس بن مالك وعامر بن الطفيل
وعبد الله بن جزء الزبيدي ونشا في زمن التابعين رحمهم الله وتفقه وافتى معهم وقد قال النبي عليه السلام خير القرون قرني
الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل ان يستشهد ويحلف قبل ان يستحلف فمن فرع ودون
العلم في زمن شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالخير والصدق كان مقدما كيف وقد اقر الخصوم بذلك حتى قال الشافعي رحمه الله

الناس كلهم عيال على ابي حنيفة في الفقه وبلغ ابن سريج رحمه الله وكان مقدما من اصحاب الشافعي رحمه الله ان رجلا يقع في ابي حنيفة رحمه الله
فدعاه فقال يا هذا اتقع في رجل سلم له جميع الامة ثلاثة ارباع العلم وهو لا يسلم لهم الربع قال وكيف ذلك قال الفقه
سؤال وجواب وهو الذي تفرد بوضع الاسئلة فسلم له نصف العلم ثم اجاب عن الكل وخصومه لا يقولون انه اخطا في الكل
فاذا جعلت ما وافقوه مقابلا بما خالفوه فيه سلم له ثلاثة ارباع العلم وبقي الربع بينه وبين جميع الناس فتاب الرجل عن مقالته
ومن فرع نفسه لتصنيف ما فرعه ابو حنيفة رحمه الله محمد بن الحسن رحمه الله فانه جمع المبسوط لترغيب المتعلمين والتيسير عليهم
ببسط الالفاظ وتكرار المسائل في الكتب ليحفظوها شاؤوا او ابوا الى ان راى الحاكم الشهيد ابو الفضل محمد بن احمد المروزي رحمه الله
اعراضا عن بعض المتعلمين عن قراءة المبسوط لطول في الالفاظ وتكرار في المسائل فراى الصواب في تاليف المختصر بذكر معاني
كتب محمد بن الحسن رحمه الله المبسوطة فيه وحذف المكرر من مسائله ترغيبا للمقتبسين ونعم ما صنع الشيخ الامام رحمه الله
ثم اني رايت في زماني بعض الاعراض عن الفقه من الطالبين لاسباب فمنها قصور الهمم لبعضهم حتى اكتفوا بالخلافيات
من المسائل الطوال ومنها ترك النصيحة من بعض المدرسين بالتطويل عليهم بالنكت الطردية التي لا فقه تحتها ومنها تطويل بعض
المتكلمين بذكر الفاظ الفلاسفة في شرح معاني الفقه وخلط حدود كلامهم بها فرايت الصواب في تاليف شرح المختصر لا ازيد
المعنى المؤثر في بيان كل مسالة اكتفاء بما هو المعتمد في كل باب وقد انضم الى ذلك سؤال بعض الخواص من اصحابي زمن حبسي حين
ساعدوني لانسي ان املي عليهم ذلك فاجبتهم اليه واسال الله تعالى التوفيق للصواب والعصمة عن الخطا وما يوجب
العقاب وان يجعل ما نويت فيما امليت سببا لخلاصي في الدنيا والاخرة انه قريب مجيب

لان الصلاة من اقوى الاركان بعد الايمان بالله تعالى الله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة وقال عليه السلام الصلاة
عماد الدين فمن اراد نصب خيمة بدا بنصب العماد والصلاة من اعلى معالم الدين ما خلت عنها شريعة سيد المرسلين
صلوات الله عليهم اجمعين وقد سمعت شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله يقول في قوله تعالى واقم الصلاة لذكري اي لاني
ذكرتها في كل كتاب منزل على لسان كل نبي مرسل تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين ما يدل على وكادتها
يجبن وقعت بها البداية دل على انها في القوة باعلى النهاية وفي الصلاة ما يدل على انها تالية الايمان فالمصلي في اللغة
هو التالي للسابق كما قال القائل
ولا بد لي من ان اكون مصليا اذا الترضى ان يكون لك السبق
والصلاة في اللغة عبارة عن الدعاء تعالى وصل عليهم ان صلوتك سكن لهم اي دعاءك كما قال القائل
وقابلها الريح في دنها وصلى على دنها وارتسم
اي دعا واثنى وفي الشريعة عبارة عن اركان مخصوصة كان فيها الدعاء او لم يكن فالاسم شرعي ليس فيه معنى اللغة فالدليل من الكتاب
على فريضتها مشهورة بكثرة تعدادها تعالى اذا اراد الرجل الصلاة فليتوضا وهذا لان
الوضوء مفتاح الصلاة قال عليه السلام مفتاح الصلاة الطهور ومن اراد دخول بيت مغلق بدا بطلب المفتاح وانما بدا
محمد رحمه الله ذلك اقتداء بكتاب الله تعالى فانه امام المتقين تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم فاقتدى
بالكتاب في البداية بالوضوء وفي ترك الاستثناء هنا وذكره في كتاب الحج كما قال الله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله
وفيه اضمار الحديث فانه مضمر في الكتاب ومعنى قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة من منامكم او انتم محدثون هو المذهب عند جمهور
الفقهاء رحمهم الله فاما على قول اصحاب الظواهر فلا اضمار في الاية والوضوء فرض بسببه القيام الى الصلاة وكل من قام اليها
فعليه ان يتوضا وهذا فاسد لما روي عن النبي عليه السلام انه كان يتوضا لكل صلاة فلما كان يوم الفتح او يوم الخندق
صلى الخمس بوضوء واحد فقال له عمر رضي الله عنه رايتك اليوم فعلت شيئا لم تكن تفعله من قبل فقال عمدا فعلت
كي لا تحرجوا فقود مذهبهم يوجب ان من جلس فتوضا ثم قام الى الصلاة لا يلزمه وضوء اخر ولا يزال كذلك مشغولا بالوضوء
لا يتفرغ للصلاة وفساد هذا لا يخفى على احد الوضوء ان يبتدا فيغسل يديه ثلثا ما روي عن النبي عليه السلام
انه قال اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده ولانه انما يطهر

اعضاء يديه فلا بد من ان يطهرهما اولا بالغسل ثم الوضوء على الوجه الذي ذكره في الكتاب رواه حمران عن ابان عن عثمان رضي الله عنه
انه توضأ بالمقاعد ثم قال من احب ان ينظر الى وضوء رسول الله عليه السلام فلينظر الى وضوئي هذا • وذكر اهل الحديث
انه مسح رأسه ويديه ثلثا • قال ابو داود في سننه والصحيح من حديث عثمان رضي الله عنه انه مسح برأسه واذنيه مرة • وعلم
ابو بكر الصديق رضي الله عنه الناس الوضوء على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذه الصفة • ورواه عبد خير عن علي رضي الله عنه
انه توضأ في رحبة الكوفة بعد صلاة الفجر بهذه الصفة ثم قال من سره ان ينظر الى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلينظر الى وضوئي هذا • واختلفت الروايات في حديثه بالمسح بالرأس فروى ثلثا وروى مرة • وبهذه الآثار اخذ علماؤنا
رحمهم الله وقالوا الافضل ان يتمضمض ثلثا ثم يستنشق ثلاثا وقال الشافعي رحمه الله الافضل ان يتمضمض ويستنشق
بكف واحد ولنا تأويلان عندنا احدهما انه لم يستعن في المضمضة والاستنشاق باليدين كما فعل في غسل الوجه •
والثاني انه فعلهما باليد اليمنى ليكون ردا على من يقول يستعمل في الاستنشاق اليد اليسرى لان الانف موضع الاذى
كموضع الاستنجا قال ثم يغسل وجهه ثلاثا وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن الى الاذنين لان الوجه اسم
لما يواجه الناظر اليه غير ان ادخال الماء في العينين ليس بشرط لان العين شحم لا يقبل الماء • وفيه حرج ممن تكلف له
من الصحابة رضوان الله عليهم كف بصره في اخر عمره كابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما • والرجل الامرد والملتحي في ذلك سوا
الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله قال في حق الملتحي لا يلزمه ايصال الماء الى البياض الذي بين العذار وبين شحمة الاذن
هذه الرواية اصح • قال الشيخ الامام جعل العذار اسما لذلك البياض • وليس كذلك لان العذار اسم لموضع نبات الشعر
على البياض وهو البياض الذي بين الاذن ومنبت الشعر قال لان البشرة التي نبت عليها الشعر لا يجب ايصال الماء اليها
فما هو ابعد اولى فاما الصحيح من المذهب انه يجب امرار الماء على ذلك الموضع لان الموضع الذي نبت عليه الشعر
قد استتر بالشعر فانتقل الفرض منه الى ظاهر الشعر فاما البياض الذي لم ينبت عليه الشعر فالامرد والملتحي فيه سواء
ويجب ايصال الماء اليه بصفة الغسل فان الغسل لا يحصل الا بتسييل الماء عليه • وقد روي عن ابي يوسف رحمه الله
اذا بله بالماء سقط الفرض وهذا فاسد فانه حد المسح • فاما الغسل فهو تسييل المائع على العين وازالة الدرن عن العين
كما قال القائل
شعر
فيا حسنها اذ يغسل الدمع كحلها • واذ هي تذري دمعها بالانامل
ثم يغسل ذراعيه ثلثا ثلاثا • وانما لم يقل يديه لانه سقط في الابتداء فقد غسل يديه ثلاثا • وانما بقي غسل الذراعين
الى المرفقين • والمرفق يدخل في فرض الغسل عندنا • وكذلك الكعبان • وقال زفر رحمه الله لا تدخل لانها غاية في كتاب
الله تعالى • والغاية حد فلا يدخل تحت المحدود اعتبارا بالممسوحات • واستدلالا بقوله تعالى • ثم اتموا الصيام
الى الليل • والذي يروى ان النبي عليه السلام غسل المرافق محمول على كمال السنة دون اقامة الفرض • ولنا ان
من الغايات ما يدخل ويكون حرف الى فيه بمعنى مع قال تعالى ولا تاكلوا اموالهم الى اموالكم اي مع اموالكم وكان هذا مجملا
في كتاب الله تعالى • بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بفعله فانه توضأ وادار الماء على مرافقه • ولم ينقل عنه ترك
غسل المرافق في شيء من الوضوء فلو كان ذلك جائزا لفعله مرة تعليما للجواز • ثم الاصل ان ذكر الغاية متى كان لمد الحكم
الى موضع الغاية لم تدخل الغاية كما في الصوم فانه قال • ثم اتموا الصيام اقتضى صوم ساعة • ومتى كان ذكر الغاية
ومتى كان ذكر الغاية لاخراج ما وراءه فانه لو قال وايديكم اقتضى غسل اليدين الى الاباط كما فهمت الصحابة رضوان الله عليهم
ذلك في آية التيمم في الابتدا فبقي المرافق فذكر الغاية لاخراج ما وراءه داخله ثم يمسح رأسه واذنيه مرة واحدة
وتمام السنة في ان يستوعب جميع الرأس بالمسح كما رواه عبد الله بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح رأسه بيديه كلتيهما
اقبل بهما وادبر والبداية على ما ذكره هشام عن محمد رحمه الله من الهامة الى الجبين ثم منه الى القفا والذي عليه عامة العلماء
رحمهم الله البداية من مقدم الرأس كما في المغسولات البداية من اول العضو • والمسنون في المسح مرة واحدة بماء واحد عندنا
وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله ثلثا بماء واحد • وقال الشافعي رحمه الله المسنون ان يمسح ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ذكره في شرح المجرد لابن شجاع رحمه الله ووجهه • الحديث المشهور ان النبي عليه
توضأ ثلثا ثم قال هذا وضوئي ثلثا ووضوء الانبياء من قبلي فينصرف هذا اللفظ الى الممسوح والمغسول جميعا ولان ركن

هواصل

هو اصل في الطهارة بالماء فيكون التكرار فيه مسنونا كالمغسولات بخلاف المسح بالخف فانه ليس باصل وبخلاف التيمم فانه ليس
بطهارة بالماء ويلحقه الحرج في تكرار استعمال التراب من حيث تلويث الوجه وذلك الحرج معدوم في الطهارة بالماء • ولنا حديث
البراء بن عازب رضي الله عنه فانه قال لاصحابه في مرضه اني مفارقكم عن قريب فلا اعلمكم وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
قالوا نعم فتوضأ ومسح برأسه واذنيه مرة واحدة • وانما ينقل في مثل هذه الحالة ما واظب عليه رسول الله عليه السلام
ثم هذا ممسوح في الطهارة فلا يكون التكرار فيه مسنونا كالمسح بالخف والتيمم وتاثيره ان الاستيعاب في الممسوح ليس بفرض
حتى يجوز الاكتفاء بمسح بعض الرأس • وبالمرة الواحدة مع الاستيعاب تحصيل اقامة السنة والفريضة فلا حاجة الى التكرار
بخلاف المغسولات لان الاستيعاب فيها فرض فلا حاجة الى التكرار ليحصل به اقامة السنة والفريضة ومعنى الحرج يتحقق هنا
في تكرار بل الرأس بالماء افساد العمامة • ولهذا اكتفى في الرأس بالمسح عن الغسل ووجه رواية المجرد حديث الربيع
ابن معوذ ابن عفراء ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح برأسه واذنيه ثلثا بماء واحد والكلام في مسح الاذنين يأتي في موضعه
من الكتاب • ثم يغسل رجليه
الى الكعبين ثلاثا ثلثا • ومن الناس من قال وظيفة الطهارة في الرجل المسح •
وقال الحسن البصري رحمه الله انه يتخير بين المسح والغسل • وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال نزل القران بغسلين
ومسحين يريد القراءة بالكسر في قوله وارجلكم الى الكعبين فانه معطوف على الرأس • وكذلك القراءة بالنصب عطف
على الرأس من حيث المحل فان الرأس محله من الاعراب النصب وانما صار مخفوضا بدخول حرف الجر فيه وهو كقول القائل
معاوي اننا بشر فاسجح • فلسنا بالجبال ولا الحديدا
ولنا ان النبي عليه السلام واظب على غسل الرجل وبه امر من علمه الوضوء • ورأى رجلا يلوح عقبيه فقال ويل
للاعقاب من النار • وكذلك القراءة بالنصب تنصيص على الامر بالغسل فانه عطف على اليد لان العطف على المحل
لا يجوز في موضع يؤدي الى الالتباس • انما ذلك في موضع لا يؤدي الى الاشتباه كما في البيت • والقراءة بالخفض عطف
على الايدي ايضا • وانما صار مخفوضا بالمجاورة كما يقال • جحر ضب خرب اي خرب • فان قيل الاتباع بالمجاورة
مع حرف العطف لم تتكلم به العرب • قلنا لا كذلك فقد جوزوا الاتباع في الفعل مع حرف العطف كما قال القائل
وعلفتها تبنا وماء باردا •
والماء لا يعلف ولكنه اتباع المجاورة • وكذلك في الاعراب قال جرير رحمه الله شعر
فهل انت ان ماتت اتانك راحل • الى ال بسطام ابن قيس فخاطب
اي فخاطب جواز الاتباع مع حرف العطف وهو الفاء • واما الكعب فهو العظم الناتئ المتصل بعظم الساق وهو المفهوم
في اللسان اذا قيل ضرب كعب فلان • وقال عليه السلام الصقوا الكعاب بالكعاب في الصلاة • وفي قوله الى الكعبين
دليل على ان هذا ما يوجد من خلق الانسان تذكر تثنيته بعبارة الجمع • كما قال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت
قلوبكما اي قلبا كما وما كان من شيء تذكر تثنيته بعبارة التثنية فلما قال الى الكعبين عرفنا انه مثنى في كل رجل وذلك العظم
الناتئ • وروى هشام عن محمد رحمه الله انه قال المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك ووجهه
ان الكعب اسم المفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به • وهذا سهو من هشام لم يرد
محمد رحمه الله تفسير الكعب بهذا في الطهارة • وانما اراد في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه اسفل من الكعبين
وفسر الكعب بهذا • فاما في الطهارة لا شك انه العظم الناتئ كما فسره في الزيادات • فان توضأ مثنى مثنى اجزاه •
وتفسير السبوغ التمام وهو ان يمر الماء على كل جزء من المغسولات • وان توضأ مرة مرة سابغا اجزاه • كما جاء في حديث
ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام توضأ فغسل وجهه ثلثا وذراعيه مرتين وعبد الله بن عمر كان يكثر الا
ما يتوضأ مرة مرة • والاصل فيه ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام توضأ مرة مرة وقال
هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به • ثم توضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين
ثم توضأ ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي ووضوء خليل الله ابراهيم فمن زاد او نقص فقد تعدى
وظلم اي زاد على اعضاء الوضوء او نقص منها او زاد على الحد المحدود او نقص عنه او زاد على الثلث معتقدا
ان كمال السنة لا يحصل بالثلث • واما اذا زاد لطمأنينة القلب عند الشك او بنية وضوء اخر فلا باس به •

لان الوضوء على الوضوء نور على نور يوم القيامة وقد امر بتزكيته الى ما لا يريبه ولم يذكر الاستنجاء بالماء هنا لان المقصود
تعليم الوضوء عند القيام من المنام وليس فيه استنجاء ولان الاستنجاء بالماء بعد الاتقاء بالحجر ليس من السنن الراتبة وكان الحسن
البصري رحمه الله يقول انه شيء احدث بعد انقطاع عصر الصحابة رضوان الله عليهم وربما قال هو طهور النساء . والمذهب
انه ليس من السنن الراتبة لاكتساب زيادة الفضيلة . جاء في الحديث انه لما نزل قوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا قال عليه السلام
لاهل قبا ما هذه الطهرة التي خصصتم بها قالوا انا نتبع الاحجار الماء ولم قال هو ذاك ولم يذكر مسح الرقبة . وبعض مشايخنا
رحمهم الله يقولون انه ليس من عمل الوضوء والاصح انه مستحسن في الوضوء . قال ابن عمر رضي الله عنهما امسحوا رقابكم قبل
ان تغل بالنار . ولم يذكر تحريك الخاتم ولا نزعه . وذكر ابو سليمان عن محمد رحمهما الله ان نزع الخاتم في الوضوء ليس بشيء
والحاصل انه ان كان واسعا يدخله الماء فلا حاجة الى النزع والتحريك . وان كان ضيقا لا يدخل الماء تحته فلا بد من نزعه وفي التيمم
لا بد من نزعه ولو لم يفعل لا تجزيه صلاته . ثم سنن الوضوء وادابه فرقها محمد في الكتاب فنذكر كل فصل في موضعه ان شاء الله
قال واذا اراد الرجل الدخول في الصلاة كبر ورفع يديه حذاء اذنيه وظن بعض مشايخنا رحمهم الله
انه لم يذكر النية وليس كما ظنوا فان ارادة الدخول في الصلاة هو النية والنية لا بد منها لقوله عليه السلام ان الله لا ينظر الى صوركم
ولا الى اعمالكم ولكن ينظر الى قلوبكم . وقال عليه السلام الاعمال بالنيات والنية معرفة القلب اي صلاة يصلي . وحكي
عن الشافعي رحمه الله انه قال مع هذا في الفرائض يحتاج الى نية الفرض وهذا بعيد فاذا نوى الظهر فقد نوى الفرض فالظهر
لا يكون الا فرضا فان كان منفردا واماما فحاجته الى نية ماهية الصلاة وان كان مقتديا احتاج مع ذلك الى نية الاقتداء
وان نوى صلاة الامام جاز عنهما . وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله يحتاج الى نية الكعبة ايضا . والصحيح
ان استقباله جهة الكعبة يغنيه عن نيتها . والافضل ان يكون نيته مقارنة للتكبير فان نوى صلاة حين توضأ ولم يشتغل
بعده بعمل يقطع نيته جاز عندنا محفوظ عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله جميعا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله قال الحاجة
الى النية ليكون عمله عن عزيمة واخلاص وكذلك عند الشروع ونحن هكذا نقول ولكن نجوز التقديم . ونجعل ما قدم من النية
اذا لم يقطعه بعمل كالقائم عند الشروع حكما كما في الصوم وكان محمد بن سلمة رحمه الله يقول ان كان عند الشروع بحيث
لو سئل اي صلاة يصلي امكنه ان يجيب على البديهة من غير تفكر فهو نية تامة والتكلم بالنية لا معتبر به فان فعل ليجمع عزيمة قلبه
فهو حسن . واما التكبير فلا بد منه للشروع في الصلاة الا على قول ابي بكر الاصم واسمعيل بن علية فانهما يقولان
يصير شارعا بمجرد النية والاذكار عندهما كالتكبير والقراءة ونية الصلاة ليست من الواجبات قالا لان مبنى الصلاة على
الافعال لا على الاذكار الا ترى ان العاجز عن الاذكار القادر على الافعال تلزمه الصلاة بخلاف العاجز عن الافعال
القادر على الاذكار . ولنا قوله تعالى قد افلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى والمراد ذكر الله عند افتتاح الصلاة وظاهر قوله تعالى واقم الصلاة
لذكري يبين ان المقصود ذكر الله على وجه التعظيم فيبعد ان يقال ما هو المقصود لا يكون واجبا وهذا المعنى فان الصلاة
تعظيم جميع الاعضاء واشرف الاعضاء اللسان فلا بد ان يتعلق به شيء من الاركان الاذكار . وقال عليه السلام
وتحريمها التكبير فدل ان بدونه لا يصير شارعا وتحريمة الصلاة تتناول اللسان . الا ترى ان الكلام مفسد للصلاة
ولو لم يتناوله التحريم لم يكن مفسدا كالنظر بالعين ومبنى الصلاة على الافعال دون الكف فكل ما تتناوله التحريمة يتعلق به شيء
من الاركان . فاما رفع اليد عند التكبير سنة لان النبي عليه السلام علم الاعرابي الصلاة ولم يذكر رفع اليد لانه ذكر الواجبات
وواظب على رفع اليد عند التكبير فدل انه سنة والمروي عن ابي يوسف رحمه الله انه ينبغي ان يقرن التكبير برفع اليد
والذي عليه اكثر مشايخنا رحمهم الله انه يرفع يديه اولا فاذا استقرتا في موضع المحاذاة كبر لان في فعله وقوله معنى النفي
والاثبات فانه برفع اليد ينفي الكبرياء عن غير الله تعالى . وبالتكبير يثبته لله تعالى فيكون النفي مقدما على الاثبات
كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف لتفريق بين الاصابع عند رفع اليد . والذي روي ان النبي عليه السلام كبر ناشرا اصابعه
معناه ناشرا عن طيها بان لم يجعلها مشتا بضم الاصابع الى الكف . والمسنون عندنا ان يرفع يديه حتى يحاذي ابهاماه
شحمة اذنيه ورؤوس اصابعه فروع اذنيه وهو قول ابي موسى الاشعري رضي الله عنه . وعند الشافعي رحمه الله
المسنون ان يرفع الى منكبيه وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما . واحتج بحديث ابي حميد الساعدي انه كان في عشرة
من اصحابه فقال الا اخبركم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نعم قال كان اذا كبر رفع يديه الى منكبيه

ولنا

ولنا حديث وائل بن حجر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه والمصير الى هذا اولى
لان فيه اثبات الزيادة وتأويل حديثهم انه كان عند العذر في زمان البرد حين كانت ايديهم تحت ثيابهم والمعنى ان خلفه
اصم واعمى فامر بالجهر بالتكبير ليسمع الاعمى وبرفع اليد ليرى الاصم فيعلم دخوله في الصلاة وهذا المقصود انما يتم
اذا رفع يديه حذاء اذنيه . وكان طاوس رحمه الله يقول يرفع يديه فوق راسه ولا ناخذ بهذا لما روي ان النبي عليه السلام
رأى رجلا قد شخص ببصره الى السماء ورفع يديه فوق راسه فقال اغض بصرك فانك لن تراه . وكف يدك فانك لن تناله
ولا يطأطئ راسه عند التكبير ذكره في كتاب الصلاة للحسن رحمه الله . وقال فيه التراوح بين القدمين في القيام افضل
من ان ينصبهما نصبا ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك جاء عن الضحاك رحمه الله
في تفسير قوله تعالى فسبح بحمد ربك حين تقوم انه قول المصلي عند الافتتاح سبحانك اللهم وبحمدك . وروي هذا الذكر
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم انه كان يقوله عند افتتاح الصلاة ولم يذكر
ولم يذكر وجل ثناؤك لانه لم ينقل في المشاهير . وذكر محمد رحمه الله في كتاب الحج على اهل المدينة ويقول المصلي ايضا
وجل ثناؤك . وعن ابي يوسف رحمه الله في الامالي قال احب الي ان يزيد في الافتتاح وجهت وجهي للذي فطر السموات
والارض حنيفا وما انا من المشركين . ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين . لا شريك له وبذلك امرت
وانا اول المسلمين لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام كان يقول عند افتتاح الصلاة وجهت وجهي الى اخره
والشافعي رحمه الله يقول هذا ويزيد ايضا ما رواه علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه كان يقول اللهم اني ظلمت نفسي
ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك وتب علي انك انت التواب الرحيم . وفي بعض الروايات
اللهم انت الملك لا اله الا انت ربي وانا عبدك وانا على عهدك ووعدك ما استطعت ابوء لك بنعمتك علي وابوء
لك بذنبي فاغفر لي ذنوبي انه لا يغفر الذنوب الا انت . واهدني لاحسن الاخلاق انه لا يهدي لاحسنها الا انت
واصرف عني سيئها انه لا يصرف عني سيئها الا انت لبيك وسعديك والخير كله في يديك والشر ليس اليك انا بك واليك تباركت وتعاليت استغفرك واتوب اليك
وتأويل هذا كله عندنا في التهجد بالليل والامر فيه واسع اما في الفرائض لا يزيد على ما اشتهر الاثر فيه . ثم يتعوذ
بالله من الشيطان الرجيم في نفسه لما روي ان ابا الدرداء رضي الله عنه قام ليصلي فقال له النبي عليه السلام فقال له
تعوذ بالله من شياطين الانس والجن والذين نقلوا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكروا التعوذ بعد الافتتاح
قبل القراءة ولان من اراد القراءة ينبغي له ان يتعوذ وقال الله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم
واصحاب الظواهر اخذوا بظاهر الاية وقالوا يتعوذ بعد القراءة ولكن هذا ليس بصحيح انما هذا الفاء عندنا للحال
كما يقال اذا دخلت على السلطان فتاهب اي اذا اردت الدخول عليه فكذلك معنى الاية اذا اردت قراءة القران
بيانه في حديث الافك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما كشف الرداء عن وجهه فقال اعوذ بالسميع العليم
من الشيطان الرجيم . ان الذين جاؤوا بالافك الاية وظاهر الاية ان الاستعاذة تجب عند قراءة القران في الصلاة وغيرها
وهو يخالف اجماع السلف فقد كانوا مجمعين على انه سنة وبين القراء اختلاف في صفة التعوذ فاختيار ابي عمرو وعاصم وابن كثير
رحمهم الله اعوذ بالله من الشيطان الرجيم . زاد حفص رحمه الله من طريق هبيرة اعوذ بالله السميع العليم العظيم
من الشيطان الرجيم . واختيار حمزة وابن نافع والكسائي رحمهم الله اعوذ بالله من الشيطان الرجيم ان الله هو السميع العليم
واختيار حمزة الزيات رحمه الله استعيذ بالله من الشيطان الرجيم . وهو قول ابن سيرين رحمه الله وبكل ذلك ورد الاثر
وانما يتعوذ المصلي في نفسه اماما كان او منفردا لان الجهر بالتعوذ لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم . ولو كان يجهر به
لنقل نقلا مستفيضا . والذي نقل عن عمر رضي الله عنه انه جهر بالتعوذ تأويله انه كان وقع اتفاقا لا قصدا او كان
قصد تعليم السامعين . ان المصلي ينبغي ان ياتي بالتعوذ كما نقل عنه الجهر بثناء الافتتاح فاما المقتدي لا يتعوذ
عند محمد رحمه الله لانه لا يقرأ خلف الامام فلا يتعوذ حتى ان المسبوق اذا قام الى القضاء حينئذ يتعوذ في احدى
الروايتين عن محمد رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله يتعوذ المقتدي لان التعوذ عنده بمنزلة الثناء المذكور في بيانه
في باب العيدين والتعوذ عند افتتاح الصلاة خاصة الا على قول ابن سيرين رحمه الله فانه يقول يتعوذ في كل ركعة لما بينا
وهذا فاسد لان الصلاة واحدة فكما لا ياتي بها الا بتحريمة واحدة فكذلك التعوذ . قال ولا يرفع يديه في شيء

من تكبيرات الصلاة سوى تكبيرة الافتتاح ٭ وقال الشافعي رحمه الله يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع
ومن الناس من يقول عند السجود وعند رفع الراس منه يرفع اليد ايضا ٭ قالوا قد صح ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه
عند كل تكبيرة فمن زاد على النسخ فعليه اثباته ٭ وفي المسئلة حكاية فان الاوزاعي لقي ابا حنيفة رحمهم الله في المسجد الحرام فقال
ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهم
ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس من الركوع فقال ابو حنيفة رحمه الله حدثني حماد عن ابراهيم النخعي
عن علقمة رحمهم الله عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال عجبا
من ابي حنيفة رحمه الله احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم فرجح بعلو الاسناد فقال ابو حنيفة
اما حماد فكان افقه من الزهري واما ابراهيم فكان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر رضي الله عنه لقلت بان علقمة افقه منه ٭
واما عبد الله فعبد الله فرجح بفقه رواته وهو المذهب ان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد ٭ والشافعي رحمه الله اعتمد
حديث ابن عمر وقال تكبير الركوع يؤتى به في حالة القيام فيسن رفع اليد عنده كتكبيرة الافتتاح الا ترى انه محسوب
من تكبيرات العيد ورفع اليد مسنون في تكبيرات العيد ٭ ولنا ان الاثار لما اختلفت في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم تحاكمنا
الى قوله وهو الحديث المشهور ان النبي عليه السلام قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواضع عند افتتاح الصلاة وفي القنوت
في الوتر وفي العيدين وذكر اربعة في المناسك وحين راى بعض الصحابة رضوان الله عليهم يرفعون ايديهم في احوال الصلاة كره ذلك
فقال ما لي اراكم رافعي ايديكم كانها اذناب خيل شمس اسكنوا في الصلاة والمعنى فيه ان هذا تكبير يؤتى به في حالة الانتقال فلا يسن
رفع اليد عنده كتكبيرة السجود وفقهه ما بينا ان المقصود من رفع اليد اعلام الاصم الذي خلفه وهذا انما يحتاج اليه في التكبيرات
التي يؤتى بها في حالة الاستواء كالتكبيرات الزوائد في العيدين وتكبير القنوت لا حاجة اليه فيما يؤتى به حالة الانتقال فان الاصم يراه
ينحط للركوع فلا حاجة الى الاستدلال برفع اليد ٭ ثم يفتتح القراءة ويخفي بسم الله الرحمن الرحيم فقد دخل التسمية في القراءة بهذا اللفظ

القراءة كالتعوذ ٭ وروى المعلى عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ياتي بها في اول كل ركعة وهو قول ابي يوسف رحمه الله
وهو اقرب الى الاحتياط لاختلاف العلماء والاثار في كونها من الفاتحة اية ٭ وروى ابن ابي رجاء عن محمد رحمه الله
انه قال اذا كان يخفي القراءة ياتي بالتسمية بين السورة والفاتحة لانه اقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر لا ياتي بها
بين السورة والفاتحة لانه لو فعل لاخفى بها فيكون سكتة له في وسط القراءة ولم ينقل ذلك ماثورا ٭ ثم قال رحمه الله ويجهر الامام
الامام في صلاة الجهر ويخافت في صلاة المخافتة وهي الظهر والعصر وكان ابن عباس يقول لا قراءة في هاتين الصلاتين
لظاهر قوله عليه السلام صلاة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة والدليل على فساد هذا القول قول النبي عليه السلام
لا صلاة الا بقراءة ٭ وقيل لخباب بن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر
والعصر قالوا باضطراب لحيته ٭ وقال قتادة رضي الله عنه كان يسمعنا الاية والايتين في صلاة الظهر احيانا
وقال ابو سعيد رضي الله عنه سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الصبح فظننا انه قرا الم تنزيل السجدة
وقد كان النبي عليه السلام في الابتداء يجهر بالقران في الصلوات كلها وكان المشركون يؤذونه ويسبون من انزل ومن نزل عليه
فانزل الله تعالى ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلا فكان يخافت بعده في صلاة الظهر والعصر
لانهم كانوا مستعدين للاذى في هذين الوقتين ٭ ويجهر في صلاة المغرب لانهم كانوا مشغولين بالاكل ٭ وفي صلاة
العشاء والفجر لانهم كانوا نياما ولهذا جهر في العيدين والجمعة لانه اقامها بالمدينة وكان للكفار بها قوة الاذى
وقد صح رجوع ابن عباس رضي الله عنهما عن هذا فان رجلا ساله فقال اقرا خلف امامي فقال اما في صلاة الظهر
والعصر فنعم ٭ وتاويل قوله عجماء اي ليس فيها قراءة مسموعة وبه نقول ٭ وحد القراءة في هاتين الصلاتين
ان يصحح الحروف بلسانه على وجه يسمع من نفسه او يسمع منه من قرب اذنه من فيه فاما ما دون ذلك يكون تفكرا ومجمجة
لا قراءة وان كان وحده يخافت في هاتين الصلاتين كالامام فاما في صلاة الجهر يتخير فان شاء خافت لان الجهر لاسماع
من خلفه وليس خلفه احد وان شاء جهر وهو افضل ليكون مؤديا صلاته على هيئة الصلاة بالجماعة والمنفرد مندوب
الى هذا وكذلك في التهجد بالليل ان شاء خافت وان شاء جهر وهو افضل لما روي عن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام
كان يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ٭ ومر النبي عليه السلام بابي بكر وهو يتهجد ويخفي بالقراءة ٭ وبعمر رضي الله عنه
وهو يجهر بالقراءة ٭ وببلال رضي الله عنه وهو ينتقل من سورة الى سورة فلما اصبحوا سال كل واحد منهم عن حاله
فقال ابو بكر رضي الله عنه كنت اسمع من اناجي ٭ وقال عمر رضي الله عنه كنت اوقظ الوسنان واطرد الشيطان
وقال بلال رضي الله عنه كنت انتقل من بستان الى بستان ٭ فقال لابي بكر ارفع من صوتك قليلا ٭ ولعمر اخفض
من صوتك قليلا ٭ ولبلال اذا ابتدات سورة فاتمها ٭ وكان ابن ابي ليلى يقول يتخير الامام في التسمية بين الجهر
والمخافتة وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الاثار كرفع اليد عند الركوع وتكبيرات العيد ونحوها يستدل
بما روي عن النبي عليه السلام قال من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد احسن ومن لا فلا حرج وهذا ضعيف فان احد
الفعلين يكون ناسخا لاولهما ٭ والقول بالتخيير بين الناسخ والمنسوخ عملا لا يجوز ٭ والقراءة في الركعتين الاوليين
يقرا في كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة ٭ وفي الاخريين بفاتحة الكتاب فان تركها جاز فالمذهب عندنا ان فرض القراءة

في ركعتين في كل صلاة وكان الحسن البصري رحمه الله يقول في كل ركعة ومالك رحمه الله يقول في ثلاث ركعات والشافعي رحمه الله
يقول في كل ركعة واستدل الحسن البصري بقوله عليه السلام لا صلاة إلا بقراءة وهذا يقتضي فرضية القراءة لا تكرارها
فان لكل صلاة واحدة في شيء واحد من الصلوات ولو جاز ذلك لفعله مرة تعليما للجواز ولأن الفاتحة سميت مثاني
لأنها تثنى في كل صلاة أي تقرأ مرتين ۝ والشافعي رحمه الله احتج فقال اجمعنا على فرضية القراءة في كل ركعة من التطوع
والفرض أقوى من التطوع فتثبت في كل ركعة من الفرض بطريق الأولى ولأن كل ركعة تشتمل على أركان الصلاة وسائر
الأركان كالقيام والركوع والسجود فرض في كل ركعة فكذلك ركن القراءة وكذا قال مالك إلا أنه قال
أقيم القراءة في أكثر الركعات مقامها في الجميع تيسيرا ۝ ولنا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم فإن أبا بكر رضي الله عنه
كان يقرأ في الأخريين من رسول الله على وجه الثناء ۝ وروي أنه قرأ في الأخريين من الرسول على وجه الثناء ۝
وعمر رضي الله عنه ترك القراءة في صلاة المغرب فقضاها في الركعة الثالثة وجهر وعثمان رضي الله عنه ترك القراءة
في الأوليين من صلاة العشاء فقضاها في الأخريين وجهر ۝ وعن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا في الأخريين
يسبحان وسأل رجل عائشة رضي الله عنها عن قراءة الفاتحة في الأخريين فقالت لتكن على جهة الثناء وكفى بإجماعهم حجة
قال ثم القراءة في الأخريين ذكر يخافت بها في كل حال فلا يكون ركنا كثناء الافتتاح وتأثيره أن مبنى الأركان
على الشهرة والظهور ولو كان القراءة ركنا في الأخريين لما خالفا الأوليين في الصفة كسائر الأركان وكل شفع من التطوع
صلاة على حدة بخلاف الفرض حتى أن فساد الشفع الثاني في التطوع لا يفسد الشفع الأول ۝ وروى الحسن
عن أبي حنيفة أن الأفضل له أن يقرأ الفاتحة في الأخريين فإن ترك ذلك عامدا كان مسيئا وإن كان ساهيا فعليه
سجود السهو ۝ وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه مخير بين قراءة الفاتحة والتسبيح والسكوت ولا يلزمه سجود السهو
بترك القراءة فيهما ساهيا وهو الأصح فسجود يجب بترك الواجبات والسنن المضافة إلى جميع الصلاة ۝ وفي رواية الحسن
أنه إذا سكت قائما كان مسيئا متعمدا ۝ وتفسير الساهي المعرض عن القراءة وقد كره ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
لأصحابه فقال ما لي أراكم سامدين ۝ ثم قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا في الصلاة عندنا ۝ وقال الشافعي رحمه الله
تتعين حتى لو ترك حرفا منها في ركعة لا تجوز صلاته ۝ واستدل بقول النبي عم لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وبمواظبة
النبي عليه السلام على قراءتها في كل صلاة ۝ قال الله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن فتعيين الفاتحة لا يكون
زيادة على هذا النص وهو يعدل النسخ عندنا فلا يثبت بخبر الواحد ثم المقصود التعظيم باللسان ۝ وذلك لا يختلف
بقراءة الفاتحة وغيرها ۝ والحاصل أن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به وخبر الواحد موجب للعمل دون العلم
فتعيين الفاتحة واجبا حتى يكره له ترك قراءتها ۝ وتثبت الركنية بالنص وهو الآية ۝ ولا تفترض قراءة السورة مع الفاتحة
في الأوليين إلا على قول مالك رحمه الله يستدل بقوله عليه السلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها
أو قال وشيء معها ۝ ونحن نوجب العمل بهذا الخبر حتى لا نأذن له بالاكتفاء بالفاتحة في الأوليين ولكن لا نثبت الركنية فيه
للأصل الذي قلنا كبر لما روي أن النبي عليه السلام كان يكبر حين يهوي إلى الركوع ومن الناس
من يقول لا يكبر عند الركوع ولا عند السجود وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وأصحابه ۝ ويروون عن عثمان رضي الله عنه
أنه كان لا يتم التكبير فأما عمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم كانوا يكبرون عند الركوع والسجود حتى روي أن عليا
رضي الله عنه يصلي بأصحابه يوما فقام أبو سعيد الخدري رضي الله عنه وقال لقد ذكرني هذا الفتى صلاة رسول الله عم
كان يكبر في كل خفض ورفع أو قال عند كل خفض ورفع ۝ وتأويل حديث عثمان رضي الله عنه كان لا يتم التكبير جهرا
أي يخافت بآخر التكبير كما هو عادة بعض الأئمة ۝ قال ويضع يديه على ركبتيه وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
وكان ابن مسعود وأصحابه رضي الله عنهم يقولون بالتطبيق ۝ وصورته أن يضم إحدى الكفين إلى الأخرى ويرسلهما
بين فخذيه ۝ ورأى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ابنا له يطبق فنهاه فقال رأيت عبد الله يفعله هكذا فقال
رحم الله ابن أم عبد كنا أمرنا بهذا ثم نهينا عنه ۝ وفي حديث الأعرابي حين علمه النبي عليه السلام قال ثم اركع
وضع يديك على ركبتيك وهكذا في حديث أنس رضي الله عنه ۝ قال ويفرج بين أصابعه ولا يندب إلى التفريج إلا
في شيء من أحوال الصلاة إلا هنا ليكون أمكن من الأخذ بالركب فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يا معشر المسلمين

امرنا

أمرنا بالركب فخذوا بالركب ۝ قال ولا ينكس رأسه ولا يرفعه معناه يسوي رأسه بعجزه لما روي أن النبي عليه السلام
نهى أن يدبح المصلي تدبيح الحمار يعني إذا شم البول وأراد أن يتمرغ فإذا اطمأن راكعا رفع رأسه ۝ والطمأنينة مذكورة في حديث
الأعرابي قال ثم اركع حتى يطمئن كل عضو منك ۝ وكذلك قال في السجود وعند رفع الرأس وهكذا في حديث أنس رضي الله عنه
حين علمه الصلاة قال ثم اركع حتى يستقر كل عضو منك ثم قال في آخر الحديث فإنها سنة الأنبياء من سنتي ومن تبعني ومن
كان معي في الجنة ثم يقول سمع الله لمن حمده ويقول من خلفه ربنا لك الحمد ولم يقلها الإمام في قول أبي حنيفة رحمه الله ويقولها في قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان إذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد
وعن علي رضي الله عنه قال ثلاث يخفيهن الإمام ۝ وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الإمام وفي جملتها ربنا لك الحمد
ولأنا لا نجد شيئا من أذكار الصلاة للمقتدي دون الإمام فقد يختص الإمام ببعض الأذكار دون القراءة ولأبي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام ۝ وإذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فقسم هذين الذكرين بين الإمام والمقتدي
ومطلق القسمة تقتضي أن لا يشارك كل واحد منهما صاحبه في قسمه ولأن المقتدي يقول ربنا لك الحمد عند قول الإمام
سمع الله لمن حمده فلو قال الإمام ذلك لكان مقالته بعد مقالة المقتدي ۝ وهذا خلاف موضوع الإمامة وتأويل الحديث
المرفوع في التهجد حالة الانفراد وبه نقول فأما المنفرد فعلى قولهما يجمع بين الذكرين ۝ وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان
في رواية الحسن هكذا ۝ وفي رواية أبي يوسف رحمه الله قال يقول ربنا لك الحمد ولا يقول سمع الله لمن حمده وهو الأصح لأنه حث
لمن خلفه على التحميد وليس خلفه أحد وقال الشافعي رحمه الله كل مصل يجمع بين الذكرين وهذا بعيد لأن الإمام يحث من خلفه
على التحميد فلا معنى لمقابلة القوم إياه بالحث بل ينبغي أن يشتغلوا بالتحميد ۝ والشافعي رحمه الله يزيد على هذا ما نقل في حديث علي
رضي الله عنه ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد أهل الثناء والمجد وكلنا لك عبد ۝ وتأويله عندنا
في التهجد ۝ قال ثم يكبر ويسجد فإذا اطمأن ساجدا رفع رأسه وكبر فإذا اطمأن قاعدا سجد أخرى وكبر وقد بينا ۝ وتكلموا
أن السجود لماذا كان مثنى في كل ركعة والركوع واحد فمذهب الفقهاء أن هذا تعبد لا يطلب فيه المعنى كأعداد الركعات
وقيل إنما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فإنه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له وإليه أشار النبي عليه السلام
في سجود السهو فقال هما ترغيمتان للشيطان ۝ وقيل في السجدة الأولى يشير إلى أنه خلق من الأرض ۝ وفي الثانية يشير
إلى أنه يعاد إليها قال تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم الآية ۝ ويقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا
وفي سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثا وذلك أدناه لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال لما نزل الله قوله تعالى فسبح باسم ربك
العظيم ۝ قال النبي عليه السلام اجعلوها في ركوعكم ولما نزل قوله تعالى سبح اسم ربك الأعلى قال عليه السلام اجعلوها
في سجودكم قال عقبة رضي الله عنه وكان رسول الله عليه السلام يقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا ۝ وفي سجوده سبحان
ربي الأعلى ثلاثا ۝ وروى ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال من قال في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا
فقد تم ركوعه وذلك أدناه ولم يرد بهذا اللفظ أدنى الجواز إنما المراد أدنى الكمال فإن الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر
إلا على قول أبي مطيع البلخي رحمه الله فإنه كان يقول كل فعل هو ركن يستدعي ذكرا فيه يكون ركنا كالقيام ۝ ولكنا نقول
لو شرع في الركوع ذكرا هو ركن لكان من القرآن فإن الركوع والسجود مشبه بالقيام وحين علم رسول الله صلى الله عليه وسلم
الأعرابي لم يذكر له في الركوع والسجود شيئا من الأذكار وقد بين له الأركان ولو زاد على الثلث فهو أفضل إلا أنه إذا كان
إذا كان إماما لا ينبغي له أن يطول على وجه يمل القوم لأنه يصير سببا للتنفير وذلك مكروه فإن معاذا رضي الله عنه لما طول
قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أفتان أنت يا معاذ ۝ وكان الثوري رحمه الله يقول ينبغي للإمام أن يقولها خمسا حتى يتمكن القوم
من أن يقولها ثلاثا ۝ والشافعي رحمه الله يقول في الركوع ما روي عن علي رضي الله عنه اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت
وبك آمنت وعليك توكلت وفي السجود سجد وجهي للذي خلقه وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين وهذا محمول
عندنا على التهجد بالليل ويضع يديه في السجود حذاء أذنيه لحديث وائل بن حجر رضي الله عنه قال كان رسول الله عليه السلام
إذا سجد يضع يديه حذاء أذنيه ولكل أجزاء الركعة معتبر بأولها فكما يجعل رأسه بين يديه في أول الركعة عند التكبير فكذلك
في آخرها ۝ والذي روي في حديث أبي حميد رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان إذا سجد وضع يديه حذو منكبيه محمول

للكبر او للمرض ويوجه اصابعه نحو القبلة لحديث عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان اذا سجد وضع اصابعه
تجاه القبلة • وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال النبي عليه السلام اذا سجد العبد سجد كل عضو معه فليوجه من اعضايه
الى القبلة ما استطاع ويعتمد على راحتيه لحديث وايل بن حجر رضي الله عنه فانه قال لاصحابه الا اصف لكم سجود رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالوا نعم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ثم قال هكذا يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في سجوده •
ويبدي ضبعيه للحديث المشهور وهو ان النبي عليه السلم كان اذا سجد ابدى ضبعيه او ابد ضبعيه للحديث المشهور وهو ان النبي
والابداد والتبديد كل واحد منهما لغة وقالت عايشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى عضديه عن جنبيه
حتى يرى بياض ابطيه • وفي رواية عفرة ابطيه اي بياض ابطيه • وفي رواية حتى يؤوي له اي يرحم له من جهده • وفي حديث
جابر رضي الله عنه حتى ان بهيمة ارادت ان تمر لمرت • ولا يفترش ذراعيه لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلم
نهى ان يفترش المصلي ذراعيه افتراش الكلب والثعلب فذكر هذا المثل لبيان شدة الكراهة وكان مالك رحمه الله يقول
في النفل لا باس ان يفترش ذراعيه ليكون ايسر عليه والنهي عام بيننا ولا الفرض والنفل وهذا في حق الرجال اما المراة في سجودها
تحتفز وتنضم وتلصق بطنها بفخذيها وعضديها بجنبيها هكذا نقل عن علي رضي الله عنه في بيان السنة في سجود النساء
ولان مبنى حال المراة على الستر فما يكون استر لها فهو اولى لقوله عليه السلام المراة عورة مستورة • وينهض على صدور قدميه
حتى يستتم قايما في الركعة الثانية عندنا • وقال الشافعي رحمه الله الاولى ان يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض لحديث مالك
ابن الحويرث ان النبي عليه السلام كان اذا رفع راسه من السجود الى الركعة الثانية جلس جلسة خفيفة ثم نهض ولان كل ركعة
تشتمل على جميع اركان الصلاة ومن اركانها القعدة فينبغي ان يكون ختم كل ركعة بقعدة قصيرة او طويلة • ولنا حديث وايل ابن حجر
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا رفع راسه من السجود الى الركعة الثانية نهض على صدور قدميه ولانه كان
لو كان هنا قعدة لكان الانتقال اليها • ومنها بالتكبير ولكان ذكرا مسنونا كما في الثانية والرابعة انه فعل لاجل
بسبب عذر الكبر لما روي عنه عليه السلام انه قال اني امرؤ قد بدنت اي كبرت واسننت فلا تبادروني بركوع ولا سجود
ومنهم من يروي بدنت وهو تصحيف فان البدانة هي الضخامة • ولم ينقل ذلك في صفات رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي قوله ينهض على صدور قدميه اشارة الى انه لا يعتمد بيديه على الارض عند قيامه كما لا يعتمد على جالس بين يديه والمعنى
انه اعتماد من غير حاجة فكان يكرهها • والذي روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام كان يقوم في صلاته
شبه العاجز • تاويله انه كان عند العذر بسبب الكبر • ويحذف التكبير حذفا ولا يطوله لحديث ابراهيم رحمه الله موقوفا
ومرفوعا الاذان جزم والاقامة جزم ولان المد في اوله لحن من حيث الدين لانه ينقلب استفهاما • وفي اخره لحن من حيث اللغة
فان فعل لا يحتمل المد • ويوجه اصابع رجليه في سجوده نحو القبلة لما روي عن النبي عليه السلام انه كان اذا سجد
فتح اصابعه اي امالها الى القبلة ما استطاع • ولقوله عليه السلم فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع قال
ويعتمد بيمينه على يساره في قيامه للصلاة واصل الاعتماد سنة الا ان الاوزاعي رحمه الله يقول يخير المصلي بين الاعتماد
والارسال وكان يقول انما امروا بالاعتماد اشفاقا عليهم لانهم كانوا يطولون القيام فكان ينزل الدم الى رؤوس اصابعهم
اذا ارسلوا فقيل لهم لو اعتمدتم لا حرج عليكم والمذهب عند عامة العلماء رحمهم الله انه سنة واظب عليه النبي عم
وقال انا معشر الانبيا امرنا ان ناخذ شمائلنا بايماننا في الصلاة • وقال علي رضي الله عنه ان من السنة ان يضع المصلي
يمينه على شماله تحت السرة في الصلاة • واما صفة الوضع ففي الحديث المرفوع لفظ الاخذ • وفي حديث علي رضه
لفظ الوضع واستحسن كثير من مشايخنا رحمهم الله الجمع بينهما بان يضع باطن كفه اليمنى على ظاهر كفه اليسرى ويحلق بالخنصر
والابهام على الرسغ ليكون عاملا بالحديثين • فاما موضع الوضع عندنا تحت السرة وعند الشافعي رحمه الله الافضل
ان يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر • قيل المراد منه وضع اليمين على الشمال على النحر وهو الصدر
ولانه موضع نور الايمان فحفظه بيده في الصلاة اولى من الاشارة الى العورة بالوضع تحت السرة وهو اقرب الى الخشوع
والخشوع زينة الصلاة • ولنا حديث علي رضي الله عنه كما روينا والسنة اذا اطلقت تنصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم الوضع تحت السرة ابعد عن التشبه باهل الكتاب واقرب الى ستر العورة فكان اولى والمراد بقوله وانحر الاضحية

بعد صلاة العيد ولئن كان المراد بالنحر الصدر فمعناه ليضع بالقرب من النحر وذلك تحت السرة ثم قال في ظاهر الرواية
الاعتماد سنة القيام • وروي عن محمد رحمه الله انه سنة القراءة وانما يتبين هذا في المصلي بعد التكبير عند محمد رحمه الله
يرسل يديه في حالة الثناء فاذا اخذ في القراءة اعتمد وفي ظاهر الرواية كما يكف يديه بعد التكبير يعتمد قال واذا قعد
في الثانية او الثالثة اعتمد رجله اليسرى وجعلها بين اليتيه ويقعد عليها وينصب اليمنى نصبا ويوجه اصابع رجله
اليمنى نحو القبلة • وقال مالك رحمه الله في القعدتين جميعا المسنون ان يقعد متوركا وذلك بان يخرج رجليه
من جانب ويفضي باليتيه الى الارض لحديث ابي حميد الساعدي رضه ان النبي عم كان اذا قعد في صلاته قعد متوركا
والشافعي رح يقول في القعدة الاولى مثل قولنا لانها لا تطول ويحتاج الى القيام والقعود بهذه الصفة اقرب
الى الاستعداد للقيام وفي القعدة الثانية يقول بقول مالك رحمه الله لانها تطول ولا يحتاج الى القيام بعدها
فينبغي ان يكون مستقرا على الارض • ولنا حديث عائشة رضي الله عنها انها وصفت قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن افضل الاعمال فقال احمزها اي اشقها على البدن ونقول للشافعي ما كان متكررا من افعال الصلاة فالثاني لا يخالف
الاول في الصفة كسائر الافعال فاما المراة فينبغي لها ان تقعد متوركة لما روي ان النبي عليه السلام راى امراتين
تصليان فلما فرغتا قال لهما اذا قعدتما فضمتا بعض اللحم الى الارض ولان هذا اقرب الى الستر في حقهن قال
ويكون منتهى بصره في حالة القيام موضع سجوده لحديث ابي قتادة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان اذا صلى سما بصره
الى السماء فلما نزل قوله تعالى قوموا لله قانتين رمى ببصره الى موضع سجوده ولما نزل قوله تعالى قد افلح المؤمنون
الذين هم في صلاتهم خاشعون قال ابو طلحة رضي الله عنه ما الخشوع يا رسول الله قال عليه السلام ان يكون منتهى
بصر المصلي حالة القيام موضع سجوده ثم فسر الطحاوي رحمه الله في كتابه فقال في حالة القيام ينبغي ان يكون منتهى بصره
موضع سجوده • وفي الركوع على ظهر قدميه • وفي السجود على ارنبة انفه • وفي القعود على حجره وزاد بعضهم عند التسليمة
الثانية على منكبه الايسر فالحاصل ان يترك التكلف في النظر فيقع بصره على ما قلنا • قال ولا يلتفت في الصلاة لقوله
عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت • ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات قال تلك
خلسة يختلسها الشيطان من صلاتكم وحد الالتفات المكروه ان يلوي وجهه على وجه يخرج وجهه من ان يكون الى جهة
القبلة فاما اذا نظر بموخر عينيه يمنة او يسرة من غير ان يلوي عنقه فلا يكون مكروها لما روي ان النبي عليه السلام كان
يلاحظ اصحابه في الصلاة بموق عينيه • قال ولا يعبث في الصلاة بشيء من جسده او ثيابه لحديث ابي هريرة رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام كره لكم ثلثا الرفث في الصوم والعبث في الصلاة والضحك في المقابر ولما راى رسول الله صلى الله
عليه وسلم رجلا يصلي ويعبث بلحيته قال لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه جعل فعله دليل النفاق • قال الطحاوي
تاويله ان النبي عليه السلام عرف بطريق الوحي ان الرجل منافق مستهزئ فاما ان يكون هذا الفعل من علامات النفاق
فلا لان المصلي قل ما ينجو عنه الا ترى انه قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يطيق ذلك قال ليكن في الفريضة اذا
فالحاصل ان كل فعل هو مفيد للمصلي فلا باس بان ياتي به اصله ما روي عن النبي عليه السلام انه عرق ليلة في صلاته
فسلت العرق عن جبينه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن الصيف اذا قام من السجود
نفض ثوبه يمنة او يسرة لانه مفيد حتى لا يبقى صورة فاما ما ليس بمفيد فيكره للمصلي ان يشتغل به لقوله عليه السلام ان في الصلاة
لشغلا والعبث لا يفيد له شيئا فلا يشتغل به • قال ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث غير مفيد والنهي عن تقليب الحصى يروونه
عن النبي عليه السلم جابر وابو ذر ومعيقيب بن ابي فاطمة وابو هريرة رضي الله عنهم حتى قال في بعضها وان تتركها فهو خير لك
من مائة ناقة سود الحدقة فان كان الحصى لا يمكنه من السجود فلا باس بان يسويه مرة واحدة وتركه احب الى لقول النبي عليه السلم
لابي ذر مرة او ذر يا ابا ذر ولان هذا عمل مفيد له ليتمكن من وضع الجبهة والانف على الارض فلا باس به بعد ان يكون قليلا لا يزيد على
مرة وتركه اقرب الى الخشوع فهو اولى قال ولا يفرقع اصابعه لما روي عن النبي عليه السلم انه نهى عن الفرقعة في الصلاة ومر بمولاه
وهو يصلي وهو يفرقع في تلك الحالة فقال لا تفرقع اصابعك وانت في الصلاة لا ام لك وكان عليه السلام ينهى المنتظر للصلاة
ان يفرقع اصابعه في تلك الحالة ففي الصلاة اولى وهو نوع عبث غير مفيد • قال ولا يضع يديه على خاصرته لما روي ان النبي
عليه السلم انه نهى عن التخصر في الصلاة وقيل انه استراحة اهل النار ولا راحة لهم وان الشيطان اهبط متخصرا ولانه

فعل المصاب وحالة الصلاة حال يناجي فيه العبد ربه فهو حال الافتقار لا حال اظهار المصيبة ولانه فعل اهل الكتاب وقد نهينا
عن التشبه بهم • قال ولا يقعي اقعاء لما روى عن النبي عليه السلام انه نهى ان يقعي المصلي اقعاء الكلب ۝ • وفي تفسير الاقعاء قولان
احدهما ان ينصب قدميه كما يفعل في السجود ۝ • ويضع اليتيه على عقبيه وهو معنى نهي النبي عليه السلام عن عقب الشيطان
والثاني ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا وهذا اصح لان اقعاء الكلب تكون بهذه الصفة الا ان اقعاء الكلب
في نصب اليدين واقعاء الادمي في نصب الركبتين الى صدره • قال ولا يتربع من غير عذر لما روي ان عمر رضي الله عنه راى ابنه يتربع
في الصلاة فنهاه عن ذلك فقال رايتك تفعله يا ابت فقال ان رجلي لا تحملاني ومن مشايخنا من علل فيه فقال التربع جلوس الجبابرة
فلهذا كره في الصلاة وهذا ليس بقوي فان النبي عليه السلام كان يتربع في جلوسه في بعض احواله حتى روي انه اكل يوما متربعا ۝
فنزل عليه الوحي كل كما ياكل العبد وهو كان منزها من اخلاق الجبابرة • وكذلك عامة جلوس عمر رضي الله عنه في مسجد رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان متربعا ولكن العبارة الصحيحة ان يقول الجلوس على الركبتين اقرب الى التواضع من التربع فهو اولى في حالة الصلاة
الا عند العذر ۝ • قال ولو مسح جبهته من التراب قبل ان يفرغ من الصلاة لا باس به لانه عمل مفيد فان التصاق التراب بجبهته
نوع مثلة • وربما كان الحشيش الذي التصق بجبهته يؤذيه فلا باس به ۝ • ولو مسح بعد ما رفع راسه من السجدة الاخيرة ۝
لا خلاف فيه انه لا باس به فاما ما قبل ذلك فلا باس به في ظاهر الرواية • وعن ابي يوسف رحمه الله قال احب الي ان يدعه لانه يتترب
ثانيا وثالثا فلا يكون مفيدا • ولو مسح لكل مرة كان عملا مفيدا • ومن مشايخنا رحمهم الله من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعل
محمد رحمه الله لا مفصولا من قوله اكرهه فانه قال في الكتاب قلت لو مسح جبهته قبل ان يفرغ من صلاته قال لا اكرهه يعني لا يفعل
فاني اكرهه لحديث ابن مسعود رضي الله عنه اربع من الجفاء ان تبول قائما وان تسمع النداء فلم تجبه وان تنفخ في صلاتك وان تمسح جبهتك
في صلاتك ۝ • وتاويله عند من لا يكره المسح باليد عند من لا يكره المسح كما يفعله الداعي بعد الفراغ من الدعاء في غير الصلاة
قال والتشهد ان يقول التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله
الصالحين ۝ • اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله وهو تشهد ابن مسعود رضي الله عنه والمختار عند الشافعي
تشهد ابن عباس رضي الله عنهما • وصفته ان يقول التحيات المباركات الطيبات لله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله هو يقول بان ابن عباس رضي الله عنه
كان من فتيان الصحابة رضوان الله عليهم فانما يختار ما استقر عليه الامر اخرا • فاما ابن مسعود رضي الله عنه كان من الشيوخ
فينقل ما كان في الابتداء كما ينقل التطبيق وغيره • ولان تشهد ابن عباس رضي الله عنهما اقرب موافقة لكتاب الله تعالى ۝
قال الله تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة والسلام بغير الف ولام اكثر في القران قال الله تعالى سلام عليكم طبتم سلام
عليكم بما صبرتم ۝ ومالك رحمه الله ياخذ بتشهد عمر رضي الله عنه ۝ • وصورته التحيات الطيبات الزاكيات المباركات
الطيبات لله وقال ان عمر رضي الله عنه علم الناس التشهد على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذه الصفة ومن الناس من يختار
تشهد ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وهو ان يقول التحيات الطيبات لله الصلوات لله والثاني على ما قلنا • ومنه حكاية
فان اعرابيا دخل على رسول الله ابي حنيفة رحمه الله في المسجد فقال ابواو ام بواوين فقال بواوين فقال بارك الله فيك
كما بارك في لا ولا ثم ولى فتحير اصحابه وسالوه عن ذلك فقال ان هذا سالني عن التشهد ابواوين كتشهد ابن مسعود رض
ام بواو كتشهد ابي موسى رضي الله عنه قلت بواوين فقال بارك الله فيك كما بارك في شجرة زيتونة لا شرقية ولا غربية
وانما اخذنا بتشهد ابن مسعود رضي الله عنه لحسن ضبطه ونقله فان ابا حنيفة رحمه الله قال اخذ حماد بيدي وقال حماد
اخذ ابراهيم بيدي وقال علقمة اخذ ابن مسعود بيدي وقال ابراهيم اخذ علقمة بيدي وقال ابن مسعود اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم
بيدي وعلمني التشهد كما يعلمني السورة من القران وكان ياخذ علينا بالواو وبالالف وقال علي المديني لم يصح في التشهد
الا ما نقله اهل الكوفة عن عبد الله واهل البصرة عن ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وعن خصيف قال ۝
رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم في المنام فقلت كثر الاختلاف في التشهد فبماذا تامرني ان اخذ فقال بتشهد ابن مسعود
رضي الله عنه ولان تشهد ابن مسعود ابلغ في الثناء فان الواوات تجعل كل لفظ ثناء بنفسه والسلام بالالف واللام
ابلغ من السلام بغير الالف واللام وترجيح الشافعي رحمه الله بعيد فانه يؤدي الى تقديم الاحداث على المهاجرين ۝
الاولين ولا يقول به احد وترجيح مالك رحمه الله ليس بقوي ايضا فان ابا بكر رضي الله عنه علم الناس التشهد على منبر

رسول الله

رسول الله عليه السلام كتشهد ابن مسعود رضي الله عنه فدل على ان الاخذ به اولى ۝ • قال ولا يكره ان يزيد في التشهد شيئا
او يبتدي قبله بشيء ومراده ما نقل شاذا في اول التشهد بسم الله وبالله او بسم الله خير الاسماء وفي اخره ارسله بالهدى
ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون فانه لم يشتهر نقل هذه الكلمات وابن مسعود رضي الله عنه يقول
وكان ياخذ علينا بالواو والالف وذلك تنصيص انه لا يجوز الزيادة عليه بخلاف التطوعات فانها غير محصورة بالنص
فجوزنا الزيادة عليها • ولا يزيد في الفرائض قال ولا يزيد على التشهد في القعدة الاولى عندنا • وعند الشافعي رحمه الله
يزيد الصلاة على النبي عليه السلام • واستدل بحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال في كل ركعتين تشهد
وسلام على المرسلين وعلى من تبعهم من عباد الله الصالحين ۝ • ولنا حديث عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام
كان لا يزيد على التشهد في القعدة الاولى كانه على الرضف يعني الحجارة المحماة يحكي الراوي بهذا سرعة قيامه فدل انه لا يزيد
على التشهد وتاويل حديث ام سلمة رضي الله عنها في التطوعات فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة او مراده بالسلام التشهد
فاما في الرابعة فيدعوا بعده ويسال حاجته ولم يذكر الصلاة على النبي عليه السلام واورد الطحاوي رحمه الله في مختصره
انه بعد التشهد يصلي على النبي عليه السلام ثم يدعوا بحاجته ويستغفر لنفسه وللمومنين والمومنات وهو الصحيح فان
التشهد ثناء على الله تعالى فيعقبه الصلاة على النبي عليه السلام كالتحميد المعهود وهو مروي عن ابن عباس وابن مسعود
رضي الله عنهم وكان ابراهيم النخعي رحمه الله يقول يجزي من الصلاة على النبي عليه السلام بقوله السلام عليك ايها النبي
ثم الصلاة على النبي عليه السلام في الصلاة ليست من جملة الاركان عندنا • وقال الشافعي رحمه الله هي من جملة الاركان
لا تجوز الصلاة الا بها وفي الصلاة على اله وجهان واستدل بقول النبي عليه السلام لا صلاة لمن لم يصل علي في صلاته
ولان الله تعالى امرنا بالصلاة عليه ومطلق الامر للايجاب ولا يجب في غير الصلاة فدل انها تجب في الصلاة ۝
ولنا حديث كعب بن عجرة انه قال يا رسول الله عليك السلام عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة عليك قال
قولوا اللهم صل على محمد وعلى ال محمد فهو لم يعلمهم حتى سالوه ولو كان من اركان الصلاة لبينه لهم قبل السؤال ۝
وحين علم الاعرابي اركان الصلاة لم يذكر الصلاة عليه ولانه صلاة على النبي فلا يكون ركنا كالصلاة على ابراهيم
صلوات الله عليه وتاويل الحديث نقول اراد به نفي الكمال كقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد
وبه نقول في الاية تدل على ان الصلاة واجبة في العمر مرة فمطلق الامر لا يقتضي التكرار وبه نقول وكان الطحاوي رحمه الله
يقول كلما سمع ذكر النبي عليه السلام من غيره او ذكره بنفسه يجب عليه ان يصلي عليه وهو قول مخالف للاجماع ۝
فعامة العلماء على انه مستحب وليس بواجب ثم يدعوا بحاجته لقوله تعالى فاذا فرغت فانصب والى ربك فارغب
قيل معناه اذا فرغت من الصلاة فانصب للدعاء وارغب الى الله تعالى بالاجابة وكان رسول الله عليه السلام
في اخر صلاته يتعوذ بالله من المغرم والماثم ومن فتنة المحيا والممات ۝ • ولما علم ابن مسعود رضي الله عنه التشهد
قال له اذا قلت هذا فاختر من الدعاء اعجبه ۝ • وكان ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم اني اسالك
من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم • قال ثم يسلم تسليمتين احداهما
عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله والاخرى عن يساره مثل ذلك لقول النبي عليه السلام وتحليلها التسليم وقد جاء
اوان التحليل ومن تحرم للصلاة تغاب عن الناس لا يكلمهم ولا يكلمونه ۝ • وعند التحليل يصير كانه رجع اليهم فيسلم
والتسليمتان قول جمهور العلماء رحمهم الله وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم وكان مالك رحمه الله
يقول يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وهكذا روت عايشة وسهل بن سعد الساعدي رضي الله عنهما عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم والاخذ برواية كبار الصحابة رضوان الله عليهم اولى فانهم كانوا يلون رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقوله ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى فاما عايشة رضي الله عنها كانت تقف في صف النساء وسهل بن سعد ۝
رضي الله عنه كان من الصبيان فيحتمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي ان النبي عليه السلام كان يسلم
تسليمتين الثانية اخفض من الاولى ثم في التسليمة الاولى يحول وجهه على يمينه وفي الثانية على يساره لحديث
ابن مسعود رضي الله عنه كان النبي عليه السلام يحول وجهه في التسليمة الاولى حتى يرى بياض خده الايمن والايسر
يحكي الراوي بهذا شدة التفاته عليه السلام • قال وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الحفظة والرجال والنساء

وبالتسليمة الثانية من عن يساره منهم لانه يستقبلهم بوجهه ويخاطبهم بلسانه فينويهم بقلبه لان الكلام انما يصير عزيمة
بالنية قال عليه السلام ان الله عند لسان كل متكلم فلينظر امرؤ ما يقول ثم ذكر الحفظة هنا واخر في الجامع الصغير بناء على
الاخر في تفضيل البشر على الملائكة وليس كما ظنوا الا ان الواو لا توجب الترتيب فان من سلم على جماعة عقلاء يمكنه ان يقدم البعض
بالنية بان ينوي الرجال ولا ثم الصبيان ولكن مراده تعميم الفريقين بالنية واكثر مشايخنا رحمهم الله على انه يخص بالنية من يشاركه
في الصلاة من الرجال والنساء فاما الحاكم الشهيد رحمه الله كان يقول ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ٥
وهذا عندنا في سلام التشهد قال النبي عم اذا قال العبد السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح في السماء
والارض واما في سلام التحليل يخاطب من بحضرته فيخصهم بالنية والمقتدي ينوي كذلك فكان ابن سيرين رحمه الله المقتدي يسلم
ثلاث تسليمات احديهن لرد سلام الامام وهذا فاسد فان مقصود الرد حاصل بالتسليمتين اذ لا فرق في الجواب بين ان يقول
السلام عليكم وبين ان يقول السلام عليكم فان كان الامام في الجانب الايمن نواه فيهم وان كان في الجانب الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه
فعند ابي يوسف رحمه الله نواه في الاولى لانه لما استوى الجانبان في حقه ترجح الجانب الايمن وعند محمد رحمه الله ينويه في التسليمتين
لان له حظا من الجانبين ٥ • قال ويكره تغطية الفم في الصلاة لحديث ابي هريرة رض ان النبي عم نهى ان يغطي المصلي فاه ولانه لو غطاه بيده
فقد قال كفوا ايديكم في الصلاة وان غطى بثوب فقد نهى عن التلثم في الصلاة • وفيه تشبه بالمجوس في عبادتهم النار • قال ويكره
ان يصلي وهو معتجر لنهي النبي عم عن الاعتجار في الصلاة وتفسيره ان يشد العمامة فوق راسه ويبدي هامته كما يفعله الشطار
وقيل ان يشد بعض العمامة على راسه وبعضه على بدنه وعن محمد رح قال لا يكون الاعتجار الا مع تنقب وهو ان يلف بعض العمامة
على راسه وطرفا منه يجعله كالمعجر للنساء وهو ان يلف حول وجهه ٥ • قال ويكره ان يصلي وهو عاقص شعره لحديث ابي رافع رض
ان النبي عم نهى ان يصلي الرجل وراسه معقوص وان الحسن بن علي رض كان يصلي وهو عاقص شعره فقام ابو هريرة رض الى جانبه
فحله فنظر اليه شبه المغضب فقال اقبل على صلاتك يا ابن رسول الله فان رسول الله كان ينهانا عن ذلك والعقص في اللغة الاحكام
الاحكام في الشد حتى قيل في تفسيره ان يجمع شعره على هامته وان يشده بشعر او خرقة او يضع ليتلبد وقيل ان يلف ذوايبه
حول راسه كما يفعله النساء في بعض الاوقات ٥ • قال ويضع ركبتيه على الارض قبل يديه اذا انحط للسجود • وقال ابن سيرين رحمه الله
يضع يديه قبل ركبتيه لحديث ابي حميد رض ان النبي عم كان يضع يديه قبل ركبتيه • ولنا حديث وائل بن حجر ان النبي عم كان يضع
يديه قبل ركبتيه • وروى الاعرج عن ابي هريرة رض ان النبي عم نهى ان يبرك المصلي بروك الابل وقال ليضع ركبتيه قبل يديه ٥
يعني ان الابل في البروك يبدا باليد فينبغي ان يبتدي المصلي بالرجل ولانه يضع اولا ما كان اقرب الى الارض فيضع ركبتيه ثم يديه
ثم وجهه وفي الرفع يرفع اولا ما كان ابعد عن الارض فيرفع وجهه ثم يديه ثم ركبتيه • قال ويخفي الامام التعوذ والتسمية كما
وربنا لك الحمد اما التعوذ والتسمية فقد بينا واما التشهد فلذلك فان لم ينقل الجهر بالتشهد عن رسول الله عم والناس توارثوا
الاخفاء بالتشهد من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا • والتوارث كالتواتر واما قوله ربنا لك الحمد فقد طعنوا منه ٥
وقال ابو يوسف رحمه الله ان الامام لا يقولها اصلا … جوابها ان يجيبوها • ولكنا نقول عن ابي حنيفة رح
ان يجعل لانه لا ياخذون بقول الجماعة … ابن مسعود رض … اذا كان يقولها كما وقع من مسائل المزارعة ٥
على قول من يرى جواز المزارعة فاما بين الامام يقولها عند الفراغ … وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
لقوله عم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين • والتسمية تدل على ان الامام لا يقولها • ولنا قوله عم اذا امن الامام
فامنوا فان الملائكة تؤمن فمن وافق تامينه تامين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه • وفي الحديث دليل وزيادة فانه قال
قولوا امين فان الامام يقولها وفي هذا القول دليل على ان الامام لا يجهر بها وهو قول علمائنا رحمهم الله وبه ذهب علي وابن مسعود
رض وقال الشافعي رحمه الله يجهر بها وهو قول ابن الزبير … وائل بن حجر ان النبي عم كان اذا فرغ من الفاتحة
في الصلاة قال امين ومد بها صوته • ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود رض ان النبي عم قال اربع يخفيهن الامام …
وتاويل حديثهم انه وقع اتفاقا او كان لتعليم الناس ان الامام لا يؤمن كما توهم القوم • … فانه دعاء …
الجهر بها اجيب وفي قوله تعالى قد اجيبت دعوتكما ما يدل عليه فان موسى عم كان يدعو وهارون يؤمن والاخفاء في الدعاء
قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية • وقال عم خير الدعاء الخفي وخير الرزق ما يكفي • وفي التامين لغتان المد
والقصر … الكلام … اذا … ما كان …

فلا يفسد

فلا يفسد الصلاة فان كان يسمع ما اشد بها في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم يفسدها في قول ابي يوسف رحمه الله
الا ان يريد به التافيف فاستدل بما روي عن النبي عم انه قال في صلاة الكسوف في قيامه … الست تعدني ان لا تعذبهم ٥
وانا فيهم ولان هذا تنفس وليس بكلام فالكلام ما يفهم به المخاطب … ولهذا قال في قوله الاول
اذا اراد به التافيف وهو في اللغة اف اف … فلو طلت صلاته الكلام
بحرفين … لا يجوز … التنحنح والعطاس … لا يكون … وان يسمع فيه حروف … وهو الصوت
ولنا حديث ابن عباس رض ان النبي عم مر على مولى يقال له رباح وهو ينفخ التراب من موضع سجوده فقال له اما علمت
ان من نفخ في صلاته فقد تكلم ولان هذا كلام من جنس كلام الناس لانه حروف مهجاة … قال الله تعالى ولا تقل لهما اف
ولا تنهرهما فجعله من القول … القايل يقول
فاما تقاتل سوده … ان غبت عنه سوف يعهد ذلك
ان ثمالت تنوح هكذا وكلا • ماله مع الروح ابتياعا لك
والكلام مفسد للصلاة بخلاف التنحنح فانه لاصلاح الحلق ليتمكن به من القراءة والعطاس ما لا يمكن الامتناع عنه فكان عفوا
بخلاف التافيف فانه بمنزلة ما لو قال في الصلاة هو وجوه • وتاويل حديث الكسوف انه كان في وقت كان الكلام في الصلاة
مباحا ثم انتسخ • ولا باس بان يصلي الرجل في ثوب واحد متوشحا به لما روي في حديث ام هاني رض ان النبي عم يصلي يوم الفتح
ثماني ركعات في ثوب واحد متوشحا به وسال ثوبان رضي الله عنه رسول الله عم عن الصلاة في ثوب واحد فقال يا ثوبان
اولكلكم ثوبان وقال اولكلكم يجد ثوبين وصفة التوشح ان يفعل بالثوب ما يفعله القصار في المصبرة اذا لف الكرباس
على نفسه جاء في الحديث اذا كان ثوبك واسعا فاتشح به وان كان ضيقا فاتزر به وانما يجوز هذا اذا كان الثوب صفيقا ٥
يحصل به ستر العورة فان كان رقيقا يصف ما تحته لا يحصل به ستر العورة فلا يجوز صلاته وكذلك الصلاة في ثوب واحد
وذكر ابن شجاع ان لو كان بحيث لو نظر … يقع بصره على عورته في الركوع والسجود لا يجوز صلاته وان كان ملتحيا لا يقع بصره
على عورته يجوز صلاته فالحاصل انه يكره الصلاة في ازار واحد لحديث نهى ان يصلي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه ٥
منه شيء وسال ابن عمر رض عن الصلاة في ثوب واحد فقال ارايتم لو ارسلتك في حاجة اكنت منطلقا في ثوب واحد فقال لا
قال فالله احق ان تتزين له ٥ • وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان الصلاة في ازار من اهل الجفا وفي ثوب واحد متوشحا به
ابعد عن الجفا • وفي ازار ورداء من اخلاق الكرام • ويكره للمصلي ان يرفع ثيابه او يكفها او يرفع شعره لحديث ابن عباس
رض قال النبي عم امرت ان اسجد على سبعة اعضاء وان لا اكف شعرا ولا ثوبا وقال اذا طول احدكم شعره فليدعه يسجد معه
قال ابن مسعود رض له اجر بكل شعره ثم كف الثوب والشعر للجلابية نوع تجبر ويكره للمصلي ما هو من اخلاق الجبابرة ٥
ويسجد على جبهته وانفه واظب على هذا رسول الله عم وفيه تمام السجود فان سجد على الجبهة دون الانف جاز عندنا ٥
والشافعي لا يجوز وان سجد ويكره ولم يجز عند ابي يوسف ومحمد رح وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رح اما الشافعي
رحمه الله استدل بحديث ابي هريرة رض ان النبي عم قال من لم يمس انفه الارض في سجوده كما يمس جبهته فلا سجود له ٥
والمراد بهذا عند الشافعي الكمال لا نفي الجواز واستدل ابو يوسف ومحمد رح بقوله السجود على الجبهة فريضة وعلى الانف تطوع
فاذا ترك ما هو الفرض لا يجزيه ثم الانف تبع الجبهة في السجود كما ان الاذن تبع للراس في المسح ولو اكتفى بمسح الاذن ٥
عن مسح الراس لا يجزيه فهذا مثله وابو حنيفة رحمه الله احتج بقول ابن عمر رض فان زيد بن زيد كان يصلي وعليه برنس فكان
اذا سجد سقط على جبينه فناداه ابن عمر رض اذا سجدت فمكن الارض اجزاك • ولان المامور به السجود على الوجه كما في
الاعضاء السبعة في الحديث المعروف في الوجه والبدن والقدمان ووسط الوجه الانف فالسجود عليه يكون ممتثلا للامر كان
وهو احد اطراف الجبهة فان عظم الجبهة مثلث فالسجود على احد اطرافه كالسجود على الطرف الاخر ولان الانف مسجد حتى اذا
بجبهته عذر يلزمه السجود على الانف وما ليس بمسجد لا يصير مسجدا بالعذر في المسجد كالخد والذقن واذا ثبت انه مسجد فبالسجود
عليه يحصل امتثال الامر قال الله تعالى يخرون للاذقان سجدا • والمراد ما يقرب من الذقن والانف اقرب من الذقن الى الجبهة
فهو اولى ان يكون مسجدا ٥ والله اعلم

باب افتتاح الصلاة

قال وإذا انتهى الرجل إلى الإمام وقد سبقه الإمام بركعتين وهو قاعد كبر تكبيرة الافتتاح ليدخل بها في صلاته ثم كبر أخرى
ليدخل بها لأنه التزم متابعة الإمام وهو قاعد والانتقال من القيام إلى القعود يكون بالتكبير ٥ والحاصل أنه يتابعه
بما أدرك مع الإمام لقوله عم إذا أتيتم الصلاة فأتوها وأنتم تمشون ولا تأتوها وأنتم تسعون عليكم بالسكينة والوقار فما
ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وكان الحكم في الابتداء أن المسبوق يبدأ بقضاء ما فاته حتى أن معاذا رض جاء يوما وقد سبقه
النبي عم ببعض الصلاة فتابعه فيما بقي ثم قضى ما فاته فقال عم سن لكم معاذ سنة حسنة فاستنوا بها ثم لا خلاف أن المسبوق
يتابع الإمام في التشهد ولا يقوم إلى القضاء حتى يسلم الإمام وتكلموا أن بعد الفراغ من التشهد ماذا يصنع فكان ابن شجاع رحمه
يقول يكرر التشهد وكان أبو بكر الرازي رح يقول يسكت لأن الدعاء مؤخر إلى آخر الصلاة والأصح أنه يأتي بالدعاء متابعة للإمام
لأن المصلي إنما لا يشتغل بالدعاء في خلال الصلاة لما فيه من تأخير الأركان وهذا المعنى لا يوجد هنا لأنه لا يمكنه أن يقوم
قبل سلام الإمام ويجوز افتتاح الصلاة بالتسبيح والتهليل والتحميد في قول أبي حنيفة ومحمد رح وفي قول أبي يوسف رحمه الله
إذا كان يحسن التكبير ويعلم أن الصلاة تفتتح بالتكبير لا يصير شارعا بغيره وإن كان لا يحسنه أجزأه ٥ وألفاظ التكبير عنده
أربعة الله أكبر الله الأكبر الله الكبير الله كبير ٥ وعند الشافعي رح لا يصير شارعا إلا بقوله بلفظي الله أكبر الله الأكبر ٥
وعند مالك رح لا يصير شارعا إلا بقوله الله أكبر واستدل بقوله عم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل
القبلة ويقول الله أكبر وبهذا احتج الشافعي رح لكنه يقول الله الأكبر أبلغ في الثناء ولإدخال الألف واللام فيه فهو أولى ٥
وأبو يوسف رح استدل بقوله عم وتحريمها التكبير فالتكبير للتحريم للصلاة أولى وأبو حنيفة ومحمد رح استدلا بحديث مجاهد
رض قال كان الأنبياء صلوات الله عليهم يفتتحون الصلاة بلا إله إلا الله ولأن الركن ذكر الله تعالى على وجه التعظيم هو الثابت
بالنص قال الله تعالى وذكر اسم ربه فصلى وإذا قال الله أعظم أو الله أجل فقد وجد ما هو الركن فأما لفظ التكبير وردت
به الأخبار فيوجب العمل به حتى يكره افتتاح الصلاة بغيره لمن يحسنه ولكن الركن ما هو الثابت بالنص ثم قال الرحمن أكبر
فقد أتى بالتكبير ٥ قال الله تعالى قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن الآية ٥ والتكبير بمعنى التعظيم ٥ قال الله تعالى فلما رأينه
أكبرنه أي عظمنه ٥ وربك فكبر أي فعظم ٥ والتعظيم يحصل بقوله الله أعظم ٥ وأما الأذان فالمقصود منه الإعلام ٥
وبتغيير اللفظ يفوت هذا المقصود فإن الناس لا يعلمون أنه أذان فإن قال الله لا يصير شارعا بهذا اللفظ عند محمد رح
لأن تمام التعظيم بذكر الاسم والصفة وعند أبي حنيفة يصير شارعا لأن في هذا الاسم معنى التعظيم فإنه من الثناء له
وهو المختار وإن قال اللهم اغفر لي لا يصير شارعا لأن هذا سؤال والسؤال غير الذكر قال عم فيما يؤثر عن ربه تعالى من شغله
ذكري عن مسألتي أعطيته أفضل ما أعطي السائلين ٥ وإن قال اللهم قال البصريون من أهل النحو الميم بدل من ياء النداء
فيصير شارعا عند أبي حنيفة رح وقال الكوفيون الميم بمعنى السؤال يعني يا الله أمنا بخير فلا يصير شارعا ولو كبر بالفارسية
جاز عند أبي حنيفة رح بناء على أصله أن المقصود هو الذكر وذلك حاصل بكل لسان ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد رح
إلا أن لا يحسن العربية فأبو يوسف رح مر على أصله في مراعاة المنصوص عليه ومحمد رح فرق فقال للعربية من الفضيلة ٥
ما ليس لغيرها من الألسنة فإذا عبر إلى لفظ آخر من العربية جاز وإذا عبر إلى الفارسية لا يجوز وأصل هذه المسألة إذا
قرأ في صلاته بالفارسية عند أبي حنيفة رح يجوز وعندهما لا يجوز إن كان يحسن العربية وإن كان لا يحسنها يجوز
وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز القراءة بالفارسية بحال ٥ ولكنه إن كان لا يحسن العربية وهو أمي يصلي بغير قراءة وكذلك
الخلاف فيما إذا تشهد بالفارسية أو خطب الإمام يوم الجمعة بالفارسية والشافعي رح يقول الفارسية غير القرآن ٥
قال الله تعالى إنا جعلناه قرآنا عربيا ٥ وقال الله تعالى ولو جعلناه قرآنا أعجميا الآية والواجب قراءة القرآن فلا يتأدى
بغيره والفارسية من كلام الناس فيفسد الصلاة وأبو يوسف رح قال القرآن معجز والإعجاز في النظم والمعنى فإذا قدر
عليهما لا يتأدى الواجب إلا بهما وإذا عجز عن النظم أتى بما يقدر عليه كمن عجز عن الركوع والسجود يصلي بالإيماء وأبو حنيفة رح
استدل بما روي أن الفرس كتبوا إلى سلمان رض أن يكتب لهم الفاتحة بالفارسية فكانوا يقرؤون ذلك في الصلاة حتى لانت ألسنتهم
للعربية ثم الواجب عليه قراءة المعجز والإعجاز في المعنى فإن القرآن حجة على الناس كافة وعجز الفارسي عن الإتيان بمثله

انما يظهر

انما يظهر بلسانه والقرآن كلام الله تعالى غير محدث ولا مخلوق واللغات كلها محدثة فعرفنا أنه لا يجوز أن يقال إنه قرآن
بلسان مخصوص كيف وقد قال الله تعالى وإنه لفي زبر الأولين وقد كان بلسانهم ولو آمن بالفارسية كان مؤمنا وكذا لو سمى
عند الذبح أو لبى بالفارسية فكذلك إذا كبر أو قرأ بالفارسية ٥ وروى الحسن عن أبي حنيفة رح إن أذن بالفارسية
والناس يعلمون أنه أذان جاز فإن كانوا لا يعلمون ذلك لم يجز لأن المقصود وهو الإعلام لا يحصل به ثم عند أبي حنيفة رح
إنما يجوز القراءة بالفارسية إذا كان يتيقن أنه بمعنى العربية فأما إذا صلى بتفسير القرآن لا يجوز لأنه مقطوع به وإذا افتتح
الصلاة قبل الإمام ثم كبر الإمام فصلى الرجل بصلاته لا تجزيه لقوله عم إنما جعل الإمام إماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه
والائتمام لا يتحقق إذا لم يكبر الإمام وقد اختلف عليه حين كبر قبله فلا يجزيه إلا أن يجدد التكبير بعد تكبيرة الإمام
بنية الدخول في صلاته فحينئذ يصير قاطعا لما كان فيه شارعا في صلاة الإمام والتكبيرة الواحدة تحتمل هذين العملين
كمن كان في النافلة فكبر ينوي الفريضة ومن غير هذا الباب إذا باع بألف ثم باع بألفين كان فسخا للأول وانعقاد عقد آخر
وأشار في الكتاب إلى أنه بالتكبير قبل تكبير الإمام يصير شارعا في الصلاة لأنه قال التكبير الثاني قطع لما كان فيه فقيل ٥
تأويله أنه لم يكن نوى الاقتداء وقيل إن نوى الاقتداء صار شارعا في صلاة نفسه وهو قول أبي يوسف رح وعند محمد رح
لا يصير شارعا في الصلاة بناء على أصل وهو أن الجهة إذا فسدت يبقى أصل الصلاة عند أبي يوسف رح وعند محمد رحمه الله
لا يبقى وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان نبينه في موضعه ثم الأفضل عند أبي حنيفة رح أن يكبر المقتدي مع الإمام
لأنه شريكه في الصلاة وحقيقة المشاركة في المقارنة وعندهما الأفضل أن يكبر بعد تكبيرة الإمام لأنه تبع للإمام
وظاهر قوله عليه السلام إذا كبر الإمام فكبروا يشهد لهذا وكذلك سائر الأعمال ٥ وفي التسليم روايتان عن أبي حنيفة
إحداهما أنه يسلم بعد الإمام ليكون تحلله بعد تحلل الإمام والأخرى أنه يسلم مع الإمام كسائر الأفعال ٥
وإذا سلم الإمام ففي الفجر والعصر يقعد في مكانه يشتغل بالدعاء لأنه لا تطوع بعدهما ولكنه ينبغي أن يستقبل القوم
بوجهه ولا يجلس كما هو مستقبل القبلة وإن كان خير المجالس ما استقبلت به القبلة للأثر المروي جلوس الإمام في مصلاه
بعد الفراغ مستقبل القبلة بدعة فكان النبي عم إذا صلى الفجر استقبل أصحابه رضوان الله عليهم بوجهه وقال
هل رأى أحد منكم رؤيا فيه بشرى بفتح مكة ولأنه يشتبه الداخل بجلوسه مستقبل القبلة لأنه يظنه في الصلاة فيقتدي به
وإنما يستقبلهم بوجهه إذا لم يكن بحذائه مسبوق يصلي فإن كان فلينحرف يمنة أو يسرة لأن استقبال المصلي بوجهه مكروه ٥
لحديث عمر رضي الله عنه فإنه رأى رجلا يصلي إلى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال للمصلي تستقبل الصورة وللآخر تستقبل
المصلي بوجهك فأما في صلاة الظهر والعشاء والمغرب يكره له المكث قاعدا لأنه مندوب إلى التنفل بعد هذه الصلوات
جبرا لنقصان ما يكون من الفرائض فيشتغل بها وكراهة القعود في مكانه مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم
ولا يشتغل بالتطوع في مكان الفريضة للحديث المروي أيعجز أحدكم إذا صلى أن يتقدم أو يتأخر بسبحته أي بنافلته
ولأنه يشتبه الداخل فيظنه في الفريضة فيقتدي به ولكنه يتحول إلى مكان آخر للتطوع استكثارا من شهوده فإن مكان
المصلي يشهد له يوم القيامة والأولى أن يتأخر الإمام ويتقدم المقتدي ليكون حالهما في التطوع خلاف حالهما في الفريضة
فإن كان الإمام مع القوم في المسجد فإني أحب لهم أن يقوموا في الصف إذا قال المؤذن حي على الفلاح وإذا قال قد قامت
الصلاة كبر الإمام والقوم في قول أبي حنيفة ومحمد رح وإن أخروا التكبير حتى يفرغ المؤذن من الإقامة جاز وقال زفر رح
إذا قال المؤذن مرة قد قامت الصلاة قاموا في الصف فإذا قال ثانيا كبروا قال لأن الإقامة نظير الأذان ثم ما بين الكلمتين
لكون إقامة الصلاة عندهما ٥ وأبو يوسف رح احتج بحديث عمر رض فإنه لما فرغ المؤذن من الإقامة كان يقوم في المحراب
ويبعث رجالا يمنة ويسرة ليسووا الصفوف فإذا نادوا استوت كبر ولأنه لو كبر الإمام قبل فراغ المؤذن فات
للمؤذن تكبيرة الافتتاح فيؤدي إلى تقليل رغبات الناس في قبول هذه الأمانة وأبو حنيفة ومحمد رح استدلا
بحديث بلال رض حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم مهما سبقتني بالتكبير فلا تسبقني بآمين فدل أنه يكبر
قبل فراغه من الإقامة ولأن المؤذن بقوله قد قامت الصلاة يخبر أن الصلاة قد قامت فيمنعه وهو أمين فما دام لم يكبر
كان كاذبا في هذا الإخبار فينبغي أن يحققوا خبره بفعلهم ليتحقق أمانته وهذا إذا كان المؤذن غير الإمام فإن كان
هو الإمام لم يقوموا حتى يفرغ من الإقامة لأنهم تبع للإمام والآن الإمام هو قائم للإقامة لا للصلاة

وكذلك بعد فراغه ثم ما لم يدخل المسجد لا يقومون فاذا اختلط بالصفوف جاوزهم حتى ينتهي الى المحراب وكذلك اذا لم يكن الامام
معهم في المسجد يكره لهم ان يقوموا في الصف حتى يدخل الامام لقوله عم لا تدخلوا تقوموا في الصف حتى تروني خرجت
وان عليا رض دخل المسجد فراى الناس قياما ينتظرونه فقال ما لي اراكم سامدين ... وبه في صلا
فليغط فاه فان الشيطان يدخل فيه او قال فمه ولان ترك تغطية الفم عند التثاوب في المحادثة مع الناس يعد من سوء
الادب ففي مناجاة الرب اولى . قال ويكره ان يكون الامام على الدكان والقوم على الارض لان النبي عم نزل من المنبر
لصلاة الجمعة فلو لم يكره كون الامام على الدكان ليصلي على المنبر ليكون اشهر وان حذيفة رضي الله عنه قام على دكان
يصلي باصحابه فجذبه سلمان رض حتى انزله فلما فرغ قال اما علمت ان اصحابك يكرهون هذا قال فلهذا اتبعتك حين مددتني
وروي ان عمار بن ياسر رض قام بالمداين على دكان يصلي باصحابه فجذبه حذيفة رض فلما فرغ قال اما سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم ينهى عن هذا قال لقد تذكرت ذلك حين مددتني ولان في قيامه على الدكان تشبها باليهود واظهار التكبر
على القوم وذلك مكروه فان كان الامام على الارض والقوم على الدكان فكذلك مكروه في رواية الاصل لان فيه استخفافا
من القوم بامامهم . وفي رواية الطحاوي رح هذا لا يكره لانه مخالفة اهل الكتاب وكذلك ان كان مع الامام بعض القوم
لم يكره ولم يبين في الاصل حد ارتفاع الدكان . وذكر الطحاوي رح انه ما لم يجاوز القامة لا يكره لان القليل من الارتفاع
عفو وفي الارض هبوط وصعود والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل ان يجاوز القامة لان القوم حينئذ
يحتاجون الى التكلف بالنظر الى الامام وربما يشتبه عليهم حاله . قال ويجوز امامة الاعرابي والاعمى والعبد وولد الزنا
والفاسق وغيرهم احب الي . والاصل فيه ان مكان الامامة ميراث الرسول عليه السلام فانه اول من تقدم للامامة
فيختار له من هو اشبه به خلقا وخلقا ثم هو مكان استنبط منه الخلافة فان النبي عم لما امر ابا بكر رض ان يصلي بالناس
قالت الصحابة رض بعد موته انه اختار ابا بكر لامر دينكم فهو المختار لامر دنياكم فانما يختار لهذا المكان من هو اعظم
في الناس وتكثير الجماعة مندوب اليه قال عم صلاة الرجل مع اثنين خير من صلاته وحده وصلاته مع الثلاثة خير
من صلاته مع اثنين وكلما كثرت الجماعة فهو افضل عند الله وفي تقديم المعظم تكثير الجماعة فكان اولى اذا ثبت هذا فنقول
تقديم الفاسق للامامة يجوز عندنا ويكره . وقال مالك رح لا يجوز الصلاة خلف الفاسق لانه ظهرت منه الخيانة
في الامور الدينية فلا يؤمن في اهم الامور الا ترى ان الشرع اسقط شهادته لكونها امانة . ولنا حديث مكحول رض
ان النبي عم قال الجهاد مع كل امير والصلاة خلف كل امام والصلاة على كل ميت ولقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر
وكان الصحابة والتابعين لم يمتنعوا من الاقتداء بالحجاج في صلاة الجمعة وغيرها مع انه كان افسق اهل زمانه حتى قال
الحسن رح لو جاءت كل امة بخبيثها وجئنا بابي محمد لغلبناهم وانما يكره لان في تقديمه تقليل الجماعة وقل ما يرغب
في الاقتداء به . وقال ابو يوسف رح في الامالي اكره ان يكون الامام صاحب هوى وبدعة لان الناس لا يرغبون
في الاقتداء به وانما جاز امامة الاعمى لان النبي عم استخلف ابن ام مكتوم على المدينة مرة وعتبان بن مالك مرة وكانا
اعميين والبصير اولى لانه قيل لابن عباس رض بعدما كف بصره الا تؤمهم قال كيف اؤمهم وهم يسووني الى القبلة
ولان الاعمى قد لا يمكنه ان يصون ثيابه عن النجاسات فالبصير اولى بالامامة واما جواز امامة الاعرابي فلان
الله تعالى اثنى على بعض الاعراب بقوله ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الاخر ويتخذ ما ينفق قربات عند الله الآية
وغيره اولى لان الجهل عليهم غالب والتقوى فيهم نادر وقد ذم الله تعالى بعضهم بقوله الاعراب اشد كفرا ونفاقا
واما العبد فجواز امامته لحديث ابي سعيد مولى ابي اسيد قال عرست وانا عبد فدعوت رهطا من الصحابة رضوان الله عليهم
فيهم ابو ذر رضي الله عنه فحضرت الصلاة فقدموني فصليت بهم وغيره اولى لان الناس قل ما يرغبون في الاقتداء بالعبيد
والجهل عليهم غالب لاشتغالهم بخدمة المولى عن تعلم الاحكام والتقوى فيهم نادر وكذلك ولد الزنا فانه لم يكن له اب
يثقفه فالجهل عليه غالب والذي روي عن النبي عليه السلام انه قال ولد الزنا شر الثلاثة فقد روت عائشة
رض هذا الحديث قالت كيف يصح هذا وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ثم المراد شر الثلاثة نسبا
او قال دينا وولد زنا بعينه نشا مرتدا فاما من كان مؤمنا فالاقتداء به صحيح . قال ويؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله
تعالى واعلمهم بالسنة وافضلهم ورعا واكثرهم سنا لحديث ابي مسعود البدري رض ان النبي عم قال يؤم القوم اقرؤهم

لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة وافضلهم ورعا واكبرهم سنا فان كانوا سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا سواء
فاحسنهم وجها فان كانوا سواء فاكبرهم سنا وافضلهم ورعا وزاد في حديث عائشة رضي الله عنها بعض اصحابنا رحمهم الله
اعمهم والظاهر الحديث وقالوا من يكن اقرا لكتاب الله يقدم في الحديث الامامة لان النبي عليه السلام بدا به وقال
اهل القران هم اهل الله وخاصته والاصح ان الاعلم بالسنة اذا كان يعلم من القران مقدار ما تجوز به الصلاة فهو اولى
لان القراءة يحتاج اليها في ركن واحد والعلم يحتاج اليه في جميع الصلاة والخطاء المفسد للصلاة في القراءة لا يعلم الا بالعلم
وانما قدم الاقرا في الحديث لانهم كانوا في ذلك الوقت يتعلمون القران باحكامه على ما روي عن عمر رض انه حفظ سورة البقرة
في اثني عشر سنة فالاقرا منهم يكون اعلم فاما في زماننا فقد يكون الرجل ماهرا في القراءة ولا حظ له في العلم فالعلم بالسنة اولى
الا ان يكون ممن يطعن عليه في دينه فحينئذ لا يقدم لان الناس لا يرغبون في الاقتداء به فان استووا في العلم بالسنة
فافضلهم ورعا اولى لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي وقال عم ملاك دينكم الورع وفي الحديث
يقدم اقدمهم هجرة لانها كانت فريضة يومئذ ثم انتسخ بقوله عم لا هجرة بعد الفتح وان اقدمهم هجرة يكون اعلمهم لانهم كانوا
يهاجرون لتعلم الاحكام فان كانوا سواء فاكبرهم سنا لقوله عم الكبر الكبر ولان اكبرهم سنا يكون اعظمهم حرمة عادة
ورغبة الناس في الاقتداء به والذي قال في حديث عائشة رض فان كانوا سواء فاحسنهم وجها قيل معناه اكثرهم حرمة
بالامور كما يقال وجه هذا الامر كذا وان حمل على ظاهره فالمراد اكثرهم صلاة بالليل جاء في الحديث من كثر صلاته بالليل
حسن وجهه بالنهار . قال ويكره للرجل ان يؤم الرجل في بيته الا باذنه ولان في التقدم عليه ازدراء به من غير سنة
واقاربه وذلك لا يليق بحسن الخلق الا ان يكون الضيف سلطانا فحق الامامة له حيث يكون وليس للقوم ان يتقدم عليه
الا باذنه . واذا كان مع الامام رجلان فانه يتقدم الامام ويصلي بهما لان للمثنى حكم الجماعة قال عم الاثنان فما فوقهما
جماعة وكذا المعنى الجماعة من الاجتماع وذلك حاصل بالمثنى والذي روي ان ابن مسعود رض صلى بعلقمة والاسود في بيت
فقام في وسطهما قال ابراهيم رح كان ذلك لضيق البيت والاصح ان هذا مذهب ابن مسعود رض ولهذا قال في الكتاب
وان لم يتقدم وصلى بهما فصلاتهم تامة لان فعلهم يحصل في موضع الاجتهاد واقل الجمع المتفق عليه ثلثة والتقدم
والتقدم للامامة من سنة الجماعة ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رح في صلاة الجمعة النصاب ثلثة سوى الامام . وان كان
القوم كثيرا فقام الامام في وسطهم او في ميمنة الصف او في ميسرة الصف فقد اسا وصلاتهم تامة اما جواز الصلاة
لان المفسد تقدم القوم على الامام ولم يوجد واما الكراهة لان النبي عم تقدم للامامة باصحابه رض وواظب على ذلك
والاعراض عن سنته مكروه ولان مقام الامام في وسط الصف يشبه جماعة النسا ويكره للرجال التشبه بهن فان تقدم
المقتدي على الامام لا يصح اقتداؤه به الا في قول مالك رح فانه يقول الواجب عليه المتابعة في الافعال فاذا اتى به لم يضره
قيامه قدام الامام . ولنا الحديث ليس مع الامام من تقدمه ولانه اذا تقدم على الامام اشتبه عليه حاله فاحتاج
واحتاج الى النظر وراءه في كل وقت ليقتدي به فلهذا لا يجوز فان كان مع الامام واحد وقف على يمين الامام لحديث ابن عباس
رض قال بت عند خالتي ميمونة رض لارقب صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم
وبقي الحي القيوم ثم قرا اخر ال عمران ان في خلق السموات والارض الى اخر الاية ثم قام الى شن ماء معلق فتوضا وافتتح الصلاة
فقمت وتوضات ووقفت على يساره فاخذ بيدي وادارني خلفه حتى اقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فاعاد في ثانيا وثالثا
فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك فيه قلت انت رسول الله ولا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف
فقال اللهم فقهه في الدين وعلمه التاويل فاعادة رسول الله عم اياه الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان
مع الامام رجل واحد في ظاهر الرواية لا يتاخر المقتدي عن الامام وعن محمد رح اذا قال ينبغي ان تكون اصابعه
عند عقب الامام وهو الذي وقع العوام وان كان المقتدي اطول وكان سجوده قدام الامام لم يضره لان العبرة لموضع
الوقوف لا لموضع السجود كما لو وقف في الصف ووقع سجوده امام الامام لطوله وان صلى خلفه جازت صلاته
لحديث انس رضي الله عنه ان جدته مليكة رض دعت رسول الله عم الى الطعام فقال قوموا لاصلي بكم فاقامني واليتيم
من ورائه وام سليم ورانا وصلاة الصبي تخلق فبقي انس رض واقفا خلفه وحده وام سليم رضي الله عنها وقفت

وقفت خلف الصف وحدها ● وفي الحديث دليل على انه اذا كان مع الامام اثنان يتقدمهما ويصطفان خلفه قال ذكر لك
ان وقف على يسار الامام لان ابن عباس رض وقف في الابتداء عن يساره واقتدى به ثم جواز اقتدائه به وفي الادارة يحصل خلفه
فدل على ان شيئا من ذلك غير مفسد قال وهو مسيء من اصحابنا من قال هذه الاساءة اذا وقف عن يسار الامام لا خلفه لانه لو وقف
خلفه احد الجانبين منه على يمينه فلا يتم اعراضه عن السنة بخلاف الواقف على يساره والاصح ان جواب الاساءة في الفصلين
لانه عطف احدهما على الاخر بقوله وكذلك والله اعلم

باب غسل الجنابة

قال يبدأ في غسل الجنابة بيديه فيغسلهما ثم يغسل فرجه ويتوضأ وضوءه للصلاة غير رجليه ثم يفيض الماء على راسه
وسائر جسده ثم يتنحى فيغسل قدميه هكذا روت عايشة وابن عمر وميمونة رض اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم واكملها
حديث ميمونة رض قالت وضعت غسلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ليغتسل به من الجنابة فاخذ الاناء بشماله واكفاه
على يمينه فغسل يديه ثلاثا ثم انقى فرجه بالماء ثم قال بيديه على الحايط فدلكهما بالتراب ثم توضأ وضوءه للصلاة غير غسل
القدمين ثم افاض الماء على راسه وسائر جسده ثلاثا ثم تنحى فغسل قدميه وفي ظاهر الرواية يمسح براسه في الوضوء وروى
الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يمسح لانه قد لزمه غسل راسه وفرضية المسح لا تظهر عند وجوب الغسل ويبدا بغسل ما على
من النجاسة لانه لو لم يفعل ذلك ازدادت النجاسة باصابة الماء والبداية بالوضوء قبل افاضة الماء ليس بواجب عندنا
ومن العلماء من قال هو واجب ومنهم من فصل بينهما اذا اجنب وهو محدث وطاهر فقال اذا كان محدثا يلزمه الوضوء لانه
قبل الجنابة كان يلزمه الوضوء فلا يسقط بالجنابة ● ولنا قوله تعالى اذا كنتم جنبا فاطهروا والاطهار يحصل بغسل جميع البدن
ولان مبنى الاسباب الموجبة للطهارة على التداخل الا ترى ان الحايض اذا اجنبت يكفيها غسل واحد ومن العلماء من اوجب
الوضوء بعد افاضة الماء وقد روي انكار ذلك عن علي وابن مسعود رض وسئل عمر رض عن ذلك فقال للسائل لقد تعمقت
اما يكفيك غسل جميع بدنك والاصل فيه قوله عم اما انا فافيض على راسي ثلاث حثيات من ماء فاذا انا قد طهرت
والدلك في الاغتسال ليس بشرط الا على قول مالك رح يقيسه بغسل النجاسة العينية ● ولنا ان الواجب
بالنص الاطهار فالدلك يكون زيادة عليه والدلك المقصود به ازالة عين من البدن وليس على بدن الجنب عين يزيلها بالاغتسال
فلا حاجة الى الدلك ● واما يؤخر غسل القدمين عن الوضوء لان رجليه في مستنقع الماء المستعمل حتى كان على لوح لا يؤخر
غسل القدمين فالحاصل ان امرار الماء على جميع البدن فرض لقوله عم تحت كل شعرة جنابة الا فبلوا الشعر وانقوا البشرة
وافاضة الماء ثلاثا بعد عرف الثوابة سنة وتقديم الوضوء ثم السنة وهو نظير الوضوء على ما بينا ● وادنى ما يكفي
في غسل الجنابة صاع من الماء ● وفي الوضوء مد لحديث جابر رض قال كان النبي عم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع
فقيل له انه لم يكفنا فغضب فقال لقد كفى من هو خير منكم واكثر شعرا وهذا التقدير ليس بلازم فانه لو اسبغ الوضوء
بدون المد اجزاه لحديث عبد الرحمن بن زيد رض ان النبي عم توضأ بثلثي المد وان لم يكفه المد في الوضوء يزيد الا انه
لا يسرف في الماء لحديث سعد رض حين مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ ويصب الماء صبا فاحشا فقال
اياك والسرف قال او في الوضوء سرف فقال نعم ولو كنت على ● نهر جار ثم التقدير بالصاع لماء الاغتسال فان زاد
تقديم الوضوء زاد مدا له والتقدير بالمد في الوضوء اذا كان لا يحتاج الى الاستنجاء فان احتاج الى ذلك استنجى برطل
وتوضأ برطلين وان كان لابسا للخف وهو لا يحتاج الى الاستنجاء ويكفيه رطل كل هذا غير لازم لاختلاف طباع الناس واحوالهم
وكذلك غسل المراة من الحيض فالواجب فيهما الاطهار قال الله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن واذا لم تنقض راسها الا ان
الماء بلغ اصول شعرها اجزاها لحديث ام سلمة رض انها قالت يا رسول الله اني امراة اشد ضفر راسي افانقضه اذا اغتسلت
فقال لا يكفيك ان تفيضي الماء على راسك وسائر جسدك ثلاثا وبلغ عايشة رضي الله عنها ان ابن عمر رض كان يامر المراة
بنقض راسها في الاغتسال فقالت لقد كلفهن شططا الا امرهن بجز نواصيهن وانما شرط تبليغ الماء اصول الشعر
لحديث حذيفة رض انه كان يجلس الى جنب امراته اذا اغتسلت ويقول يا هذه ابلغي الماء اصول شعرك وشؤون راسك

واختلف

واختلف مشايخنا رحمهم الله في وجوب بل الذوايب فقال بعضهم تبل ذوايبها ثلثا مع كل عصرة والاصح ان ذلك ليس بواجب
لما فيه من الحرج وظاهر قوله عم الا فبلوا الشعر يشهد للقول الاول ● جنب اغتسل فانتضح من غسله في انائه لم يفسد عليه
الماء لقول ابن عباس رض ومن يملك نشر الماء ولما سئل عن هذا فقال انا لنرجو من رحمة الله ما هو اوسع من هذا اشاره
اشار الى ان ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفوا فان كان ذلك الماء يسيل في انائه لم يجز الاغتسال بذلك الماء عنده
ان الكثير يمكن التحرز عنه فلا يجعل عفوا وقالوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير اذا كان يستبين مواقع القطرة
في الاناء يكون كثيرا ● قال ولا يجوز التوضي بماء مستعمل في وضوء او غسل شيء من البدن وقال مالك رح يجوز لان بدن
الجنب والمحدث طاهر حتى لو عرق في ثوبه او لبس ثوبا مبلولا لم يفسد الثوب واستعمال الماء في محل طاهر لا يغير صفته
كما لو غسل به اناء طاهر ● ولنا قوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدايم ولا يغتسلن فيه من جنابة فالتسوية بينهما
تدل على ان الاغتسال يفسد الماء ● وقال علي وابن عباس رض في مسافر معه ما يحتاج اليه لشربه انه يتيمم ويمسك
لعطشه فلو لم يتغير الماء بالاستعمال لامرا بالتوضي في اناء ثم بالامساك للشرب والعادة جرت بصب الغسالة
في السفر والحضر مع عزة الماء في السفر فذلك دليل ظاهر على تغير الماء بالاستعمال ثم اختلفوا في صفة الماء المستعمل
وقال ابو يوسف رح هو نجس الا ان التقدير فيه بالكثير الفاحش وهو رواية عن ابي حنيفة ● وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه نجس لا يعفى عنه اكثر من قدر الدرهم ● وقال محمد رح هو طاهر غير طهور وهو رواية زفر ورواية القاضي عن ابي حنيفة
وجه قول ابي يوسف ان الحدث الحكمي اغلظ من النجاسة العينية تنجسه بازالة الحدث الحكمي فيه اولى ولهذا قال في رواية
الحسن رحمه الله التقدير فيه بالدرهم كما في النجاسة العينية ولكنه بعيد فان للبلوى تاثيرا في تخفيف النجاسة
ومعنى البلوى في الماء المستعمل ظاهر فان صون الثياب غير ممكن وهو مختلف في نجاسته فلذلك خف حكمه ● وجه
قول محمد رح ما روي ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتبادرون الى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيمسحون به
اعضاءهم ومن لم يصبه اخذ بللا من كف صاحبه والتبرك بالنجس لا يكون والمعنى ان اعضاء المحدث طاهرة ولكنه
ممنوع من اقامة القربة فاذا استعمل الماء تحول ذلك المنع الى الماء فصار صفة الماء كصفة العضو قبل الاستعمال
فيكون طاهرا غير طهور بخلاف ما اذا ازال النجاسة بالماء والنجاسة هنا تتحول الى الماء ● وروى المعلى عن ابي يوسف
ان المتوضي بالماء ان كان محدثا يصير الماء نجسا وان كان طاهرا لا يصير الماء نجسا ولكن استعمال الطاهر يصير الماء مستعملا
الا على قول زفر والشافعي رح فانهما يقولان اذا لم يحصل ازالة حدث ونجاسة الماء لا يصير الماء مستعملا كما لو غسل
به ثوبا طاهرا ● ولنا ان اقامة القربة حصل بهذا الاستعمال قال عم الوضوء على الوضوء نور على نور يوم القيامة
فترك ذلك بمنزلة ازالة الحدث به بخلاف غسل الثوب والاناء الطاهر فانه ليس فيه اقامة القربة وذكر الطحاوي رح
اذا تبرد بالماء صار الماء مستعملا وهذا اغلظ منه الا ان يكون تاويله ان كان محدثا فيزول الحدث باستعمال الماء
وان كان غسل التبرد فحينئذ يصير مستعملا ● قال وسور الادمي طاهر لما روي ان النبي عم اتي بعس من لبن فشرب
بعضه وناول الباقي اعرابيا كان على يمينه فشربه ولان عين الادمي طاهر وانما لم يوكل لكرامته لا لنجاسته وسوره
يتحلب من عينه وكذلك سور الحايض لما روي ان عايشة رض شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم
فمه على موضع فمها وشرب ولما قال لها ناوليني الخمرة فقالت اني حايض فقال ان حيضتك ليست في يدك اذا ثبت في اليد فكذلك
نقول في فمها وكذلك سور الجنب لما روي ان حذيفة رض استقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاراد ان يصافحه فخنس وقال
اني جنب فقال عم المؤمن لا ينجس وكذلك سور المشرك عندنا وبعض اصحاب الظواهر يكرهون ذلك لقوله تعالى انما المشركون
نجس ● ولكنا نقول المراد خبث الاعتقاد بدليل ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان
عين المشرك نجسا لما انزلهم في المسجد ● وكذلك سور ما يوكل لحمه من الدواب والطيور ما روي ان النبي عليه السلام توضأ
بسور بعير او شاة وقال ما يوكل لحمه فسوره طاهر ما خلا الدجاجة المخلاة فانها تفتش الجيف والاقذار فمنقارها لا يخلو
عن النجاسة ولكن مع هذا لو توضأ به جاز لانه على يقين من طهارة منقارها وفي شك من النجاسة والشك لا يعارض
اليقين فان كانت الدجاجة محبوسة فسورها طاهر لان منقارها عظم جاف ليس بنجس ولان عينها طاهر وماكول
فكذلك ما يتحلب منه ● والذي روي عن ابن عمر رض انه كان يقول بكراهة الدجاجة شاذ غير معمول به فقد صح ان النبي عليه السلام

كان يأكل لحم الدجاجة وصفة المخوسة أن لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها فإنه إذا كان يصل ربما تفتش ما يكون من بين
قدميها والمخلاة سواء والذي بينا في سورها ولا فكذلك في اللعاب والعرق إذا أصاب لعاب ما يؤكل لحمه أو عرقه ثوب إنسان
تجوز الصلاة فيه لأن ذلك متحلب من عينه فكان طاهرا كلبنه ۞ قال ولا يجزي التطهر بسور ما لا يؤكل لحمه من الدواب
والسباع ولعابه يفسد الماء ۞ وهنا مسائل أحدها سور الخنزير فإنه نجس بالاتفاق لأن عينه نجس قال الله تعالى
أو لحم خنزير فإنه رجس والرجس والنجس سواء ۞ والثاني سور الكلب فإنه نجس إلا على قول مالك رح بناء على مذهبه
فإنه يؤكل لحمه وكان يقول الأمر بغسل الإناء من ولوغ الكلب كان تعبدا لا للنجاسة كما أمر المحدث بغسل أعضائه تعبدا
وكان ذلك عقوبة عليهم فالكلاب فيهم تؤذي الغرباء فنهوا عن اقتنائها وأمروا بغسل الإناء من ولوغها عقوبة عليهم
ولنا حديث عطاء عن ميناء عن أبي هريرة رض أن النبي عم قال طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله ثلثا
وفي بعض الروايات قال سبعا وتعفر الثامنة بالتراب فقوله طهور إناء أحدكم دليل على تنجس الإناء بولوغه وأن الأمر
بالغسل للتنجس لا للتعبد فإن الجمادات لا يلحقها حكم العبادات والزيادة في العدد والتعفير بالتراب دليل على غلظ النجاسة
والصحيح من المذهب عندنا أن عين الكلب نجس إليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير
وبعض مشايخنا يقولون عين الكلب ليس بنجس ويستدلون عليه بطهارة جلده بالدباغ وسنقرره من بعد ۞ وأما سور
ما يؤكل لحمه من السباع والفهد والأسد والنمر عندنا نجس وقال الشافعي رحمه الله طاهر لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
أن النبي عم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها وفي حديث جابر رض أن النبي عم
سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة وما ينوبها من السباع فقال لها ما ولغت في بطونها وما بقي فهو لنا شراب وطهور
ولأن عينها طاهر بدليل جواز الانتفاع بها في حالة الاختيار وجواز بيعها فيكون سورها طاهرا كسور الهرة ۞ ولنا ما روي
أن عمر وعمرو بن العاص رض وردا حوضا فقال عمرو بن العاص يا صاحب الحوض أترد السباع ماءكم هذا فقال عمر يا صاحب
الحوض لا تخبرنا فلولا أنه كان إذا أخبر بورود السباع يتعذر عليهم استعماله لما نهاه عن ذلك والمعنى فيه أن ما تين
مستخبث غير طيب فسورها كذلك كالكلب والخنزير وهذا لأن سورها يتحلب من عينها كلبنها ثم لبنها حرام غير مأكول
فكذلك سورها وهو القياس في الهرة أيضا ولكن تركناه بالنص وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الهرة إنها ليست
بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات أشار إلى العلة وهو كثرة البلوى لقربها من الناس وهذا لا يوجد في السباع
فإنها تكون في المفاوز لا تقرب من الناس اختيارا وتأويل الحديثين أنه كان في الابتداء قبل تحريم لحم السباع أو السؤال
وقع في الحياض الكبار وبه نقول إن مثلها لا يتنجس ۞ وأما سور الحمار فطاهر عند الشافعي رح وقول ابن عباس
رض وكذلك الأخبار فإنه كان يقول الحمار يعلف القت والتبن فسوره طاهر وعندنا مشكوك فيه غير متيقن بطهارته ولا نجاسته
فإن ابن عمر رض كان يقول إنه رجس فتعارض قوله وقول ابن عباس رض وكذلك الأخبار تعارضت في أكل لحمه فروي أنه نهى
عن أكل لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وروي أن أبجر بن غالب رض قال لم يبق من مالي إلا حميرات فقال عم كل من سمين مالك
وكذلك اعتبار سوره بعرقه يدل على طهارته واعتباره بلبنه يدل على نجاسته ولأن أصل البلوى الذي أشار إليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الهرة موجود في الحمار فإنه يخالط الناس ولكنه دون ما في الهرة فإنه لا يدخل المضايق فلوجود أصل البلوى
لا نقول بنجاسته ولكن البلوى فيه يكون متقاعدا لا نقول بطهارته فبقي مشكوكا فيه وأدلة الشرع أمارات لا يجوز أن تتعارض
والحكم فيها الوقف وكان أبو طاهر الدباس رح ينكر هذا ويقول لا يجوز أن يكون شيء من حكم الشرع مشكوكا فيه ولكنه يحتاط فيه
فلا يتوضأ به في حالة الاختيار وإذا لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم احتياطا وبأيهما بدأ أجزأه إلا على قول زفر رح فإنه يقول
يبدأ بالوضوء ولا يعتبر بتيممه ما دام معه ماء هو مأمور بالتوضي به ۞ ولكنا نقول الاحتياط في الجمع بينهما لا في الترتيب
فإن كان طاهرا بيقين فلا يتنجس بالشك والحدث موجود بيقين فالشك في طهارته واليقين لا يزال بالشك هو الصحيح من المذهب
وذكر أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة رح في لعاب الحمار إذا أصاب الثوب تجوز الصلاة فيه ما لم يفحش وقال أبو يوسف لا
أجزاه وإن فحش وقال محمد رح لو غمس فيه الثوب تجوز الصلاة في ذلك الثوب وجميع ما بينا في الحمار كذلك في البغل فإنه ولده
فيما يؤكل اللحم والصحيح في عرقهما أنه طاهر وأشار في بعض النسخ إلى جواز الصلاة فيه ما لم يفحش والأول أصح فإن النبي عم
كان يركب الحمار معرورا والحر حر الحجاز فلا بد من أن يعرق الحمار ولأن معنى البلوى في عرقه ظاهر لمن يركبه فأما سور الفرس

طاهر

طاهر في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رح أنه يكره لحمه عنده ووجه ظاهر الرواية وهو أن السور لمعنى البلوى أخف
حكما من اللحم كما في الحمار والبغل والكراهة التي في اللحم تنعدم في السور لطهارته خفة الحكم فأما سور حشرات البيت كالفارة والحية
ونحوهما في القياس أنه نجس لأنها تشرب بلسانها ولسانها رطب من لعابها ولعابها متحلب من لحمها ولحمها حرام ولكنا استحسنا
فقال طاهر مكروه لأن البلوى التي وقعت الإشارة إليه موجودة في الهرة فإنها تسكن البيوت ولا يمكن صون الأواني عنها
وأما سور سباع الطير كالبازي والصقر والشاهين والعقاب وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس لأنها لا يؤكل لحمها
من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش ولكنا استحسنا فقلنا إنه طاهر لأنها تشرب بمنقارها ومنقارها عظم
خلاف سباع الوحش فإنها تشرب بلسانها ولسانها رطب من لعابها ولأن في سور سباع الطير تتحقق البلوى فإنها تنقض
من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها خصوصا في الصحاري بخلاف سباع الوحش وعن أبي يوسف رح قال ما يقع على الجيف
من سباع الطير فسوره نجس لأن منقاره لا يخلو عن نجاسة عادة ۞ وأما سور السنور فقال في كتاب الصلاة وإن توضأ بغيره
أحب إلي ۞ وفي الجامع الصغير قال هو مكروه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف لا بأس بسوره لحديث عائشة
رض أن النبي عم كان يصغي الإناء للهرة حتى تشرب ثم يتوضأ بالباقي ۞ ولنا حديث ابن عمر رض يغسل الإناء من ولوغ الهرة
مرة وهو إشارة إلى الكراهة وعن أبي هريرة رض أن النبي عم قال الهرة سبع وهي من السباع التي لا يؤكل لحمها فهذا الحديث
يدل على النجاسة وحديث عائشة رض يدل على الطهارة فأثبتنا حكم الكراهة عملا بهما جميعا ۞ وكان الطحاوي رح يقول
كراهة لحرمة لحمه وهذا يدل على أنه إلى التحريم أقرب وقال الكرخي رح كراهة لأنه يتناول الجيف فلا يخلو فمه عن النجاسة
عادة وهذا يدل على أن الكراهة تنزيه وهو الأصح والأقرب إلى موافقة الأثر ۞ قال وإن مات في الإناء ذباب
أو عقرب أو غير ذلك مما ليس له دم سائل لم يفسده عندنا وقال الشافعي رح يفسده إلا ما خلق منه كدود الخل يموت في الخل
وسوس الثمار يموت فيها واستدل بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة فهو تنصيص على نجاسة كل ميتة وإذا تنجس بالموت
تنجس كل ما كان فيه إلا أن ما خلق منه ضرورة ولا يمكن التحرز عنه فصار عفوا لهذا ۞ ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فامقلوه ثم انقلوه فإن في أحد جناحيه سما
وفي الآخر شفاء وإنه ليقدم السم على الشفاء ومعلوم أن الذباب إذا مقل مرارا في الطعام الحار يموت فلو كان مفسدا لما أمر بمقله
[illegible]

عن بدنه بادخاله في الماء فيصير الماء مستعملا كالماء الذي غسل به بدنه ووجه ما ذكر ان المراوش كان يوضع على باب مسجد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكان اصحاب الصفة رضوان الله عليهم يغترفون منه للوضوء بايديهم ولان فيه بلوى وضرورة ۝
فقد لا يجد شيئا يغترف به الماء من الاناء العظيم فيجعل يده لاجل الحاجة كالمغرفة واذا ثبت هذا في الحدث فكذلك في الجنب
والحائض لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد فربما بدأت انا وربما بدأ هو
وكنت اقول ابق لي وهو يقول ابقي لي ۝ وعن ابي يوسف رح في الامالي قال اذا ادخل الجنب يده او رجله في البئر لم يفسده وان ادخل
رجله في الاناء افسده وهذا المعنى لحاجة ففي البئر يحتاج الى ادخال الرجل لطلب الدلو فجعل عفوا وفي الاناء الحاجة الى ادخال اليد
دون الرجل فلهذا لم يجعل الرجل عفوا فيه ۝ وان ادخل في البئر بعض جسده سوى اليد والرجل افسده لانه لا حاجة اليه
وقال في الاصل اذا اغتسل الطاهر في البئر افسده الا انه لا حاجة اليه وقال في الاصل وهو بناء على ما تقدم ان المستعمل
لا على قصد التقرب وان كان طاهرا بالماء فبفعله يصير مستعملا ۝ واذا اغتسل في البئر صار الماء مستعملا به وقوله
افسده دليل على ان الصحيح من قول ابي حنيفة رح ان الماء المستعمل نجس لان الفاسد من الماء هو النجس ۝ واذا انغمس
لطلب الدلو وليس على بدنه قذر لم يفسده لانه لم يوجد منه ازالة الحدث ولا اقامة القربة ما لم يغتسل فيه وان انغمس فيه جنب
بطلب الدلو لم يفسد الماء ولم يخرج من الغسل في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يفسد الماء ويخرجه من الغسل وعن ابي يوسف
في الامالي ان الماء يفسد ولا يخرجه من الغسل من اصحابنا من قال هذا الاختلاف بناء على اصل وهو ان عند ابي يوسف رحمه الله
الماء يصير مستعملا باحد شيئين اما ازالة الحدث واقامة القربة فلو زال الحدث هنا صار الماء مستعملا فلا يخرجه من الغسل
فلهذا قال الرجل بحاله والماء بحاله ۝ ومن اصل محمد ان الماء لا يصير مستعملا الا باقامة القربة والانغماس للحاجة
بغير نية فكان الرجل طاهرا والماء غير مستعمل لعدم القصد منه الى اقامة القربة وهذا ليس بقوي فان هذا المذهب
غير مروي عن محمد رح نصا ولكن الصحيح ان ازالة الحدث بالماء مفسد للماء الا عند الضرورة كما بينا في الجنب يدخل يده
في الاناء وفي البئر معنى الضرورة موجود فانهم اذا احتاجوا بغواصين لطلب الدلو لم يمكنهم ان يكلفوه الاغتسال اولا فلهذا
لا يصير الماء مستعملا ولكن الرجل يطهر لان الماء مطهر من غير قصد ۝ وفي رواية الاملاء انه كما ادخل بعض اعضائه في البئر
صار الماء مستعملا فعند ذلك سواء اغتسل او لم يغتسل لم يطهر الماء المستعمل ۝ قال فان وقع في البئر بول ما يؤكل
افسده في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ولا يفسده في قول محمد رح والبول طاهر ما لم يغلب عليه واصل المسألة ان بول
ما يؤكل لحمه نجس عندهما طاهر عند محمد واحتج بحديث انس رض ان قوما من عرينة جاءوا الى المدينة فاسلموا فاجتووا المدينة
فاصفرت الوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يخرجوا الى ابل الصدقة فيشربوا من ابوالها
والبانها الحديث فلو لم يكن طاهرا لما امرهم بشربه والعادة الظاهرة من اهل الحرمين بيع ابوال الابل في القوارير من غير نكير
دليل ظاهر على طهارتها ولهما قول النبي عم استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ولما ابتلي سعد بن معاذ بضغطة القبر
سئل عن سببه فقال انه كان لا يستنزه البول ولم يرد بول نفسه فان من لا يستنزه منه لا تجوز صلاته وانما اراد ابوال
الابل عند معالجتها والمعنى انه مستحيل من احد الغذائين الى نتن وفساد فكان نجسا كالبعر واما حديث انس رض فقد ذكر
قتادة عن انس رض انه رخص لهم في شرب البان الابل ولم يذكر الابوال انما ذكره في حديث حميد عن انس رض والحديث
حكاية حال فاذا دار بين ان يكون حجة او لا يكون حجة سقط الاحتجاج به ثم نقول خصهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك
لانه عرف من طريق الوحي ان شفاءهم فيه ولا يوجد مثله في زماننا وهو كما خص الزبير رض بلبس الحرير لحكة كانت فيه
وهي مجاز عن القمل ولانهم كانوا كفارا في علم الله تعالى ورسوله علم من طريق الوحي انهم يموتون على الردة ولا يبعد ان يكون
شفاء الكافر في النجس اذا عرفنا هذا فنقول اذا وقع في الماء فعند محمد هو طاهر فلا يفسد الماء حتى يجوز شربه ولكن اذا غلب
على الماء لم يتوضأ به كسائر الطاهرات اذا غلب على الماء وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه نجس فكان مفسدا للماء ۝
والبئر والاناء فيه سواء وعلى قول ابي حنيفة رح لا يجوز شربه للتداوي وغيره ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ۝
وعند محمد رح يجوز شربه للتداوي وغيره لانه طاهر وعند ابي يوسف رح يجوز شربه للتداوي لا غير على حديث العرنيين
ولو اصاب الثوب لم ينجسه عند محمد حتى لو كان لا تجوز الصلاة فيه وان ملأ الثوب منه وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
ينجس الثوب الا انه تجوز الصلاة فيه ما لم يكن كثيرا فاحشا لانه مختلف في نجاستها وفيه بلوى لمن يعالجها فخفت نجاسته

بعيني

بقدر بين العينين كان التقدير بالكثير الفاحش ۝ قال ابو حنيفة رحمه الله الكثير الفاحش في الثوب الربع فصاعدا قيل اراد
ربع الموضع الذي اصابه من ذيل او غيره وقيل اراد به ربع جميع الثوب وهو الصحيح وهذا لان الربع يحكى حكاية الكمال
ويقام مقامه في الكمال بدليل ان المسح بربع الراس كالمسح بجميعه وعن ابي يوسف في رواية الكثير الفاحش شبر في شبر ۝
وفي رواية ذراع في ذراع وعن محمد رح فيما يقدر الكثير الفاحش على قوله كالاوراث وغيره انه قدر موضع القدمين وهذا
من شبر في شبر ويستحب للرجل حين يبتدي الوضوء ان يقول بسم الله وان لم يقل اجزاه وعلى قول اصحاب الظواهر
التسمية من الاركان لا يجوز الوضوء الا بها لقوله عم لا وضوء لمن لم يسم وعندنا التسمية من سنن الوضوء ۝
لا من اركانه فان الله تعالى بين اركان الوضوء بقوله فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق ولم يذكر فيه التسمية وعلم
رسول الله صلى الله عليه وسلم الاعرابي الوضوء ولم يذكر التسمية فتبين بهذا ان المراد بقوله لا وضوء لمن لم يسم نفي الكمال
لا نفي الجواز كما قال في حديث اخر من توضأ وسمى كان طهورا لجميع بدنه ومن توضأ ولم يسم كان طهورا لاعضاء وضوئه وفي الحديث
المعروف كل امر ذي بال لم يبدأ فيه باسم الله فهو اقطع اي ناقص غير كامل وهذا خلاف التسمية على الذبح فانا امرنا
بها اظهارا لمخالفة المشركين لانهم كانوا يسمون الهتهم عند الذبح فكان الترك مفسدا وهنا امرنا بالتسمية تكميلا
للثواب لا لمخالفة المشركين فانهم كانوا لا يتوضئون فلم يكن الترك مفسدا لهذا قال وان بدأ بالوضوء بذراعيه قبل وجهه
او رجليه قبل راسه اجزاه عندنا ولم يجزه عند الشافعي فان الترتيب في الوضوء عندنا سنة وعنده من الاركان ۝
استدل بقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية والفاء للوصل والترتيب فظاهره يقتضي انه يلزمه وصل غسل الوجه
بالقيام الى الصلاة ولا يجوز تقديم غيره عليه ثم ان الله عطف البعض بحرف الواو وذلك موجب للترتيب
كما في قوله اركعوا واسجدوا ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السعي بين الصفا والمروة بايهما نبدأ فقال
ابدأوا بما بدأ الله تعالى به فدل ان الواو للترتيب قال عم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه
فيغسل وجهه ثم يديه ولا اشكال ان حرف ثم يوجب الترتيب ۝ ولنا ما ذكره ابو داود رح في سننه ان النبي عم
تيمم فبدأ بذراعيه ثم بوجهه والخلاف فيهما واحد وروي ان النبي عم نسي مسح الراس في وضوئه فتذكر بعد فراغه
فمسح ببلل في كفه ولان الركن تطهير الاعضاء وذلك حاصل بدون الترتيب الا ترى انه لو انغمس في الماء بنية الوضوء
اجزاه ولم يوجد الترتيب في الوضوء لا يدل على انه ركن فقد كان يواظب على السنن كما واظب على المضمضة والاستنشاق
واهل اللغة اتفقوا ان الواو للعطف مطلقا من غير ان يقتضي جمعا ولا ترتيبا فان الرجل اذا قال جاءني زيد وعمرو
كان اخبارا عن مجيئهما من غير ترتيب في المجيء ۝ قال الله تعالى واسجدي واركعي مع الراكعين ولا يدل ذلك
على ترتيب الركوع على السجود وكذلك في الاية امر بغسل الاعضاء لا بالترتيب في الغسل الا ترى ان ثبوت الاعضاء
لا يكون مرتبا فكذلك زوالها والحديث محمول على صفة الكمال وبه نقول ۝ وان غسل بعض اعضائه وترك البعض
حتى يجف ما قد غسل اجزاه لان الموالاة سنة عندنا وقال مالك هو احد قولي الشافعي رح الموالاة ركن ۝
فلا يجزيه تركه لان النبي عم واظب على الموالاة فلو جاز تركه لفعله مرة تعليما للجواز وقال ابن ابي ليلى رح اذا كان
في طلب الماء اجزاه لان ذلك من عمل الوضوء وان كان اخذ في عمل اخر غير ذلك وجب اعادة ما جف وجعله ۝
قياس اعمال الصلاة اذا اشتغل في خلالها بعمل اخر ۝ ولنا ما بينا ان المقصود تطهير الاعضاء وذلك حاصل
بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الاعضاء فلو شرطنا ذلك الموالاة كان زيادة على النص وقد بينا
ان مواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تكون لبيان السنة وافعال الصلاة تؤدى بناء على التحريمة والاشتغال
بعمل اخر مبطل للتحريمة فكان مفسدا بخلاف الوضوء فان اركان الوضوء لا تبنى على التحريمة حتى لو لم يكن الكلام مفسدا له
بخلاف الوضوء قال ولا يفسد خرء الحمام والعصفور الماء فانه طاهر عندنا ۝ وقال الشافعي رح نجس يفسد
الماء والثوب والقياس ما قال لانه مستحيل من غذاء الحيوان الى فساد استحسن علماؤنا رح لحديث ابن مسعود رضي الله عنه
انه خرئت عليه حمامة فمسحه باصبعه وابن عمر رضي الله عنهما زرق عليه طائر فمسحه بحصاة وصلى فلم يغسله ۝
ولان الحمام تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها ۝ واصله حديث ابي امامة رض
ان النبي عم شكر الحمامة وقال انها اوكرت على باب الغار حتى جازاها الله تعالى بان جعل المسجد ماواها فهو دليل ۝

على طهارة ما يكون منها قال وخرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور ذكر في الجامع الصغير انه تجوز الصلاة فيه وان كان اكثر من قدر الدرهم
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا تجوز ثم قيل انه لحما لا يؤكل لحمه من السباع والمعنى انه يستحيل من هذا الى
الى فساد واختلف مشايخنا على قول ابي حنيفة وابي يوسف فمنهم من قال انما هو نجس عندهما لكن التقدير فيه بالكثير الفاحش
لمعنى البلوى والاصح انه طاهر عندهما فان الخرء لا فرق فيه بين ما يؤكل اللحم في النجاسة ثم خرء ما يؤكل لحمه من الطيور طاهر
فكذلك ما لا يؤكل لحمه قال وبول الخفافيش لا يفسد الماء لانه لا يستطاع الامتناع منه ولا يستقذره الناس عادة
ويفسده خرء الدجاجة لانه اشبه الاشياء بالعذرة لونا ورائحة فكان نجسا نجاسة غليظة قال وموت الضفدع والسمك
والسرطان في الماء لا يفسده لوجهين احدهما ان الماء معدنه والشيء في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كمن صلى وفي كمه بيضة
مذرة حال محها دما تجوز صلاته ولان هذا التحرز عن موته في الماء غير ممكن والثاني انه ليس لهذه الحيوانات دم سائل
فان ما يسيل منها اذا شمس ابيض والدم اذا شمس اسود وهذا الحرف اصح لانه كما لا يفسد الماء بموت هذه الحيوانات
لا يفسد غير الماء كالخل والعصير ويستوي ان يتقطع او لم يتقطع الا على قول ابي يوسف رح فانه يقول اذا انقطع في الماء
يفسده بناء على قوله ان دمه نجس وهو ضعيف فانه لا دم في السمك انما هو ماء آجن ولو كان فيه دم فهو مأكول
فلا يكون نجسا كالكبد والطحال واشار الطحاوي رح الى ان الطافي من السمك يفسد الماء وهو غلط فليس في الطافي
اكثر من انه غير مأكول فهو كالضفدع والسرطان وعن محمد رح انه قال الضفدع اذا تفتت في الماء كرهت شربه لا للنجاسة
ولكن لان اجزاء الضفدع فيه والضفدع غير مأكول واذا ماتت الفارة في البئر فاستخرجت حين ماتت نزح منها
عشرون دلوا وان ماتت في جب نريق الماء ونغسل الجب لانه يتنجس بموت الفارة فيه والقياس في البئر احد شيئين اما ما قاله
بشر رح انه يطم ويحفر في موضع اخر او ان ينزح ما فيها من الماء يبقى الطين والحجارة نجسا ولا يمكن كبه ليغسل فيطم واما ما روي
عن محمد رح قال اجتمع رايي وراي ابي يوسف رح ان ماء البئر في حكم الماء الجاري لانه ينبع من اسفله ويؤخذ من اعلاه فلا يتنجس
بوقوع النجاسة فيه كحوض الحمام اذا كان يصب فيه من جانب ويؤخذ من جانب لم يتنجس بادخال يد نجسة فيه ثم قلنا وما علينا
لو امرنا بنزح بعض الدلاء ولا نخالف السلف وتركنا القياس بحديث علي رض قال في الفارة تموت في البئر ينزح منها
دلوا وفي رواية سبع دلاء وفي حديث ابي سعيد الخدري رض قال في الدجاجة تموت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وفي رواية
النخعي والشعبي رح في الفارة ينزح عشرون دلوا وروي عن انس رض عن النبي عم قال في الفارة تموت في البئر ينزح منها
عشرون دلوا ولكنه شاذ وعن ابن عباس وابن عمر رض في الزنجي الذي وقع في بئر زمزم فمات انهما امرا بنزح جميع الماء
ثم في الاصل جعله على ثلث مراتب في الفارة عشرون دلوا وفي السنور اربعون دلوا وفي الشاة والادمي جميع الماء وفي نوادر
الحسن عن ابي حنيفة رح جعله في خمس درجات في الحلمة والفارة الصغيرة عشر دلاء وفي الفارة عشرون دلوا وفي الحمامة
ثلثون دلوا وفي الدجاجة اربعون دلوا وفي الشاة جميع الماء وهذا لانه انما يتنجس من الماء ما جاور النجاسة والفارة تكون
في وجه الماء فالظاهر انه ينزح جميع ما جاور الفارة فما بقي يبقى طاهرا والدجاجة تغوص في الماء اكثر مما تغوص الفارة
فيتضاعف النزح لهذا والشاة والادمي يغوص الى قعر الماء فيموت ثم يطفو فلهذا ينزح جميع الماء وهذا اذا لم ينتفخ
من هذه الحيوانات فان انتفخ او انفسخ نزح جميع الماء الفارة وغيرها فيه سواء لانه ينفصل منها بلة نجسة وتلك البلة
نجاسة مائعة بمنزلة قطرة من خمر او بول يقع في الماء ولهذا قال محمد رح في بئر يقع فيها ذنب فارة انه ينزح جميع الماء
لان موضع القطع منه لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة فان غلبهم الماء في موضع وجب نزح الجميع فالمروي
عن ابي حنيفة رح انه ينزح منها مائة دلو يكفي وهو بناء على آبار الكوفة لقلة الماء فيها وعن محمد في النوادر انه ينزح
ثلثمائة دلو او مائتا دلو وانما اجاب بهذا بناء على كثرة الماء في آبار بغداد وقال ابو يوسف رح ينزح قدر ما كان فيها من الماء
قيل معناه انه ينظر الى عمق البئر وعرضه فيحفر حفيرة مثل ذلك ويصب ما ينزح فيها اذا امتلأت فقد نزح ما كان فيها
وقيل يرسل قصبة في الماء ويجعل على مبلغه علامة ثم ينزح عشر دلاء ثم يرسل القصبة ثانيا فينظر كم انتقص فان انتقص
العشر علموا ان في البئر مائة دلو والاصح انه ينظر اليها رجلان لهما بصر في الماء فباي مقدار قالا في البئر ينزح ذلك القدر
وهذا اشبه بالفقه فان توضأ منها رجل بعدما ماتت الفارة فيها فعليه اعادة الوضوء والصلوات جميعا لانه تبين
انه توضأ بالماء النجس وان كان لا يدري متى وقع فيها وقد كان وضوءه من تلك البئر فان كانت منتفخة اعاد صلاته ثلاثة ايام

ولياليها

ولياليها في قول ابي حنيفة رح احتياطا وان كانت غير منتفخة فانه يعيد صلاة يوم وليلة وقال ابو يوسف رح ليس عليه ان يعيد
شيئا من صلاته ما لم يعلم انه توضأ منها وهي فيها والقياس ما قالا لانه على يقين من طهارة البئر فيما مضى وفي شك من نجاسته
واليقين لا يزال بالشك كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات لهذا وكان
ابو يوسف رح يقول بقول ابي حنيفة رح حتى راى طائرا في منقاره فارة ميتة فالقاها في بئر فرجع وقال لا يعيد شيئا
من الصلوات بالشك وابو حنيفة رح يقول لظهور موت الفارة سبب وهو وقوعها في البئر فيحال عليه كمن جرح رجلا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال بموته على تلك الجراحة لانه هو الظاهر من السبب ثم الانتفاخ دليل تقادم
العهد وادنى حد التقادم ثلثة ايام الا ترى ان من دفن قبل ان يصلى عليه يصلى على قبره الى ثلثة ايام ولا يصلى بعد ذلك
لانه يتفسخ في هذه المدة وقولهما ان في نجاسة البئر فيما مضى شك قلنا هذا الشك تايد بتيقن النجاسة في الحال
فوجب اعتباره والقول بالاحتياط فيه وفي مسألة الثوب قال معلى رح الخلاف فيهما سواء وعند ابي حنيفة
ان كانت النجاسة بالية يعيد صلاة ثلاثة ايام ولياليها وان كانت طرية يعيد صلاة يوم وليلة ومن سلم فرق بينهما
لابي حنيفة فقال الثوب كان يقع بصره عليه في كل وقت فلو كانت فيه نجاسة قبل هذا لرآها واما البئر مغيب عن بصره
فالموضع موضع الاحتياط فان كانت غير منتفخة قال ابو حنيفة رحمه الله يعيد صلاة يوم وليلة لانه لما وجب
عليه اعادة صلوة امرناه باعادة صلوة يوم وليلة احتياطا قال واذا صلى وفي ثوبه شيء من الروث والسرقين
او بول ما يؤكل لحمه من الدواب وخرء الدجاجة اكثر من قدر الدرهم لم يجزه والاصل في هذا ان القليل
من النجاسة في الثوب لا يمنع جواز الصلاة فيه عندنا وقال الشافعي رح اذا كان بحيث يقع بصره عليه يمنع
جواز الصلاة قال لان الطهارة العينية شرط جواز الصلاة كالطهارة عن الحدث الحكمي ثم ان الشرط ينعدم
بالقليل من الحدث وكثيره فكذلك بالقليل من النجاسة وكثيرها وحجتنا في ذلك ما روي عن عمر رض انه سئل
عن القليل من النجاسة في الثوب فقال ان كان مثل ظفري هذا لا يمنع جواز الصلاة ولان القليل من النجاسة
لا يمكن التحرز عنها فان الذباب يقعن على النجاسات ثم يقعن على ثياب المصلي ولا بد ان يكون على اجنحتهن وارجلهن نجاسة
فجعل القليل عفوا لهذا بخلاف الحدث فانه لا بلوى في القليل منه والكثير ثم ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يكتفون
بالاستنجاء بالاحجار والدرهم اكبر ما يكون وقل ما يتطيبون بالماء والاستنجاء بالاحجار لا يزيل النجاسة حتى لو جلس
بعده في الماء القليل نجسه واكتفاؤهم به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ولهذا قدرنا بالدرهم على سبيل
الكناية عن موضع خروج الحدث هكذا قال النخعي رح واستقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم
وكان النخعي يقول اذا بلغ مقدار الدرهم يمنع جواز الصلاة وكان الشعبي رح يقول لا يمنع حتى يكون اكثر
من قدر الدرهم واخذنا بهذا لانه اوسع ولانه قد كان في الصحابة رض من هو مبطون ولوث المبطون كثير
ومع هذا كانوا يكتفون بالاستنجاء بالاحجار والدرهم اكبر ما يكون من النقد المعروف فاما المنقطع كالشهيلي
فقد قيل انه يعتبر به وهو ضعيف والتقدير بالدرهم فيما اتفقوا على نجاسته كالخمر والبول وخرء الدجاجة
وفي الخمر اذا كان اكثر من وزن مثقال ولا عرض له يمنع جواز الصلاة ايضا فاما الروث والسرقين فهو
روث ما لا يؤكل لحمه وما يؤكل سواء وهو نجس عندنا وقال مالك رح روث ما يؤكل لحمه طاهر لما روي ان الشبان
من الصحابة رض في منازلهم في السفر كانوا يترامون بالجلة فلو كان نجسا لم يمسوها وقال لانه وقود اهل المدينة
يستعملونه استعمال الحطب ولنا ما روي ان النبي عم طلب من ابن مسعود رض احجارا للاستنجاء ليلة الجن فاتاه
بحجرين وروثة فاخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال انها ركس اي نجس وقيل لمحمد رح لم قلت بطهارة بول ما يؤكل لحمه
ولم تقل بطهارة روثه لا يجتمعان كله واحد لا يقول به ثم التقدير فيه عند ابي حنيفة رح بالدرهم وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله بالكثير الفاحش وقال زفر رح في روث ما يؤكل لحمه ما لم يكن كثيرا فاحشا لا يمنع وفي روث ما لا يؤكل لحمه
الجواب ما قال ابو حنيفة رح واعتبر الروث بالبول فقال في بول ما يؤكل لحمه التقدير بالكثير الفاحش لكونه مختلفا
في نجاسته فكذلك في روثه وابو يوسف ومحمد رح قالا في الارواث بلوى وضرورة وخصوصا لمن يسير الدواب
والبلوى تاثير في تخفيف النجاسة فكان التقدير فيه بالكثير الفاحش وابو حنيفة يقول الروث منصوص على نجاسته

كما روينا في حديث ابن مسعود رض فتتغلظ نجاسته ولا يعفى عنه اكثر من قدر الدرهم كالخمر وا البلوى لا تعتبر في موضع
النص فان البلوى للادمي في بوله اكثر وكذلك في بول الحمار فانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى عنه اكثر
من قدر الدرهم لانه منصوص على نجاسته وروي عن محمد رح انه قال في الروث اذا كان كثيرا فاحشا لا يمنع جواز
الصلاة وهذا اخر اقاويله حين كان بالري وكان الخليفة بها فراى الطرق والخانات مملوة من الارواث وللناس فيها
بلوى عظيم فاختار هذا القول لهذا • قال وادنى ما ينبغي ان يكون بين بير الماء والبالوعة خمسة اذرع وهذا في رواية
ابي سليمن رح والنوادر روا الامالي وفي رواية ابي حفص رح قال سبعة اذرع والحاصل انه ليس فيه تقدير لازم بشيء
والشرط ان لا يخلص من البالوعة الى البير شي وذلك يختلف باختلاف الارض في الرخاوة والصلابة الا ترى
انه قال لما ان كان بينهما خمسة اذرع فوجد في الماء ريح البول وطعمه فلا خير فيه وان لم يوجد شي من ذلك
فلا باس به وان كان بينهما اقل من ذلك فعرفنا ان المعتبر هو الخلوص ولا باس بان يغتسل الرجل والمراة من اناء واحد
لحديث عايشة رض قد روينا فاذا جاز ان يفعلا معا فكذلك احدهما يغتسل بما في الحديث ان بعض ازواج النبي عم
اغتسلت من اناء فاراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتوضا منه فقالت اني كنت جنبا فقال عليه السلام الماء
لا يجنب والذي روي ان النبي عم نهى ان يتوضا الرجل بفضل وضوء المراة بفضل وضوء الرجل شاذ فيما تعم به البلوى
فلا يكون حجة • واذا نسي المضمضة والاستنشاق في الجنابة حتى صلى لم يجزه وهو عندنا فان المضمضة والاستنشاق
فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء • وقال الشافعي رح فيهما سنتان وقال اهل الحديث رح فرضان فيهما وبعضهم
اوجب الاستنشاق دون المضمضة واستدلوا بمواظبة النبي عم عليها في الوضوء ولكنا نقول كان يواظب
في العبادات على ما فيه بسبيل الكمال كما يواظب على الاركان وفي كتاب الله تعالى امر بتطهير اعضاء مخصوصة
والزيادة على البعض لا تجوز الا بما يثبت به النسخ وعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم الاعرابي الوضوء ولم يذكرهما
والشافعي رح استدل بقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والاطهار بامرار الماء على الظواهر من البدن
والفم في حكم الباطن بدليل ان الصايم اذا ابتلع بزاقه لا يضره وبدليل الوضوء فالفم والانف موضعهما الوجه
وغسل الوجه فرض فيهما وبدليل غسل الميت فانه ليس فيه مضمضة ولا استنشاق وامامنا في المسالة ابن عباس
فانه قال هما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وقال عم تحت كل شعرة جنابة الا فبلوا الشعر وانقوا البشرة
وفي الفم بشرة قال ابن الاعرابي البشرة الجلدة التي تقي اللحم من الادمي وقال عم من ترك موضع شعرة في الجنابة
عذبه الله تعالى في النار قال علي رض فمن ثمة عاديت شعري وفي الانف شعرات والمعنى ان للفم حكم الظاهر من وجه
حتى ان الصايم اذا اخذ الماء بفيه لم يضره وحكم الباطن من وجه كما قال فعلينا بتعميم جميع الظاهر الحقناه بالظاهر
وفيما يخص بعضه الحقناه بالباطن لانه جعل بعض ما هو ظاهر من كل وجه عفوا فما هو باطن من وجه اولى ولان
الجنابة تحل الفم والانف بدليل ان الجنب ممنوع عن القراءة وفي غسل الميت سقوط المضمضة والاستنشاق
للتعذر لانه لا يمكنه حتى يخرج الماء من فيه وبدونه يكون سقيا لا مضمضة اذا ثبت هذا فنقول في كل موضع
ترك شيا من الفرايض لم يصح شروعه في الصلاة حتى اذا قهقه لا يلزمه اعادة الوضوء لانه لم يصادف حرمة الصلاة
في كل موضع ترك شيا من المسنون حتى شروعه في الصلاة فاذا عاد قهقهة فعليه اعادة الوضوء وان كان متنفلا
فعليه اعادة الصلاة وان مسح راسه بما اخذ من لحيته لم يجزه لانه مسح بالماء المستعمل فان الماء اذا فارق عضوه
يصير مستعملا وكذلك يروى عن علي وابن عباس رض والذي روي ان النبي عم اخذ الماء من لحيته واستعمله في لمعة راها
تاويله في الجنابة وجميع البدن في الجنابة كعضو واحد وان كان في كفه بلل فمسح به اجزاه ولان ما بقي في كفه غير مستعمل
فهو كالباقي في انائه • وقال الحاكم رح وهذا اذا لم استعمله في شي من اعضائه وهو غلط منه فاذا كان استعمله
في المغسول لا يضره لان فرض الغسل تادى بما جرى على عضوه لا بالبلة الباقية في كفه الا ان يكون استعماله في المسح
بالخف فحينئذ الامر على ما قاله الحاكم رح لان فرض المسح يتادى بالبلة • قال ولا يجزي مسح الراس باصبع ولا باصبعين
ويجزيه بثلاث اصابع والكلام هنا في فصول احدها في قدر المفروض في المسح للراس وقال الشافعي رح ادنى ما يتناوله
الاسم ولو ثلاث شعرات وقال مالك الفرض مسح جميع الراس وقال الحسن رح الا انه قال الاكثر يقوم مقام الكمال

وقد بينا

وقد بينا ان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على الركنية فقد يكون ذلك لا كمال الفرضية واعتبر الممسوح بالمغسول
وهو فاسد فان المسح يبنى على التخفيف وفي كتاب الله تعالى ما يدل على التبعيض في المسح وهو حرف الباء في قوله برءوسكم
فانه اشارة الى البعض كما يقال كتبت بالقلم وضربت بالسيف اي بطرف منه ولهذا قال الشافعي رح يتادى بادنى ما يتناوله
الاسم ولكنا نقول من مسح ثلاث شعرات لا يقال انه مسح براسه عادة ففي الاية ما يدل على البعض وهو مجمل في مقدار ذلك البعض
بيانه بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رواه المغيرة بن شعبة رض ان النبي عم توضا فحسر العمامة عن راسه ومسح على ناصيته
وذلك الربع فان الراس ناصية وقذال وفودان ولان الربع بمنزلة الكمال الا ترى ان من راى وجه انسان يخبر انه يقول رايت فلانا وانما راى
احد جوانبه الاربعة اذا عرفنا هذا فنقول ذكر في نوادر ابن رستم رح انه اذا وضع ثلاثة اصابع ولم يمدها جاز في قول محمد رح
في الراس والخف جميعا ولم يجز في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح حتى يمدها بقدر ما يصيب البلة ربع راسه فهما اعتبرا الممسوح
وهي عشرة اصابع ربعها اصبعان ونصف الا ان الاصبع الواحدة لا تتجزى فجعل المفروض قدر ثلاثة اصابع بهذا فان مسح باصبعين
لم يجزه عندنا وقال زفر رح يجوز اذا مسح به مقدار ربع الراس قال لان المعتبر اصابة البلة دون الاصابع حتى لو اصاب
راسه ماء المطر جاز عن المسح • ولنا انه كما وضع الاصبع صار الماء مستعملا فلا يصح اقامة الفرض به بالامرار فان قيل
اذا وضع ثلاثة اصابع ومسح بها راسه جاز وكما لا يجوز اقامة الفرض بالماء المستعمل فكذلك اقامة السنة قلنا الراس تفارق
المغسولات في المفروض دون المسنون الا ترى ان في المسنون يستوعب الحكم جميع الراس كما في المغسولات لان كما ان في المغسول
الماء في العضو لا يصير مستعملا فكذلك في حكم اقامة السنة في الممسوح الى هذا الطريق يشير محمد حين قال في نوادر ابن رستم
لو اعاد الاصبع الى الماء ثلاث مرات يجوز وهكذا قال محمد بن سلمة رح لو مسح باصبعه بجوانبه الاربعة يجوز والاصح عندي
انه لا يجوز وان الطريق غير هكذا فقد ذكر في التيمم انه اذا مسح باصبع او اصبعين لا يجوز فالاستيعاب هنا الفرض وليس هناك
يصير مستعملا ولكن الوجه الصحيح ان المفروض هو المسح باليد واكثر الاصابع تقام مقام الكل فاذا استعمل في مسح الراس او الخف
او التيمم ثلاثة اصابع كان كالماسح بجميع يده فيجوز والا فلا وان كان شعره طويلا فمسح ما تحت اذنيه لم يجزه وان مسح ما فوقهما
لان المسح على الشعر بمنزلة المسح على البشرة التي تحته وما تحت الاذن عنق وما فوقه راس والافضل ان يمسح ما اقبل من اذنيه
وما ادبر مع الراس وان غسل ما اقبل منهما مع الوجه جاز لان في الغسل مسحا وزيادة ولكن الاول افضل لان الاذنين من الراس
والفرض في الراس المسح بالنص وانما قلنا انهما من الراس لانهما على الراس واعتبره باذان الكلاب والسنانير والفيل ومن يعرفها
فانه يزول عظم الجبين من عظم الراس ويبقى الاذنين مع الراس وعلى هذا قلنا لا ياخذ لاذنيه ماء جديدا وقال الشافعي رح
ياخذ لاذنيه ماء جديدا • واستدل بما روي ابو امامة الباهلي رض ان النبي عم توضا واخذ لاذنيه ماء جديدا ولان الاذن
مع الراس كالفم والانف مع الوجه وثم ياخذ للمضمضة والاستنشاق ماء جديدا سوى ما يقيم به فرض غسل الوجه
فهذا مثله • ولنا حديث ابن عباس رض ان النبي عم مسح براسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الراس فاما ان يكون
المراد بيان الحقيقة وهو مشاهد لا يحتاج الى بيانه او يكون المراد انهما ممسوحان بالماء الذي مسح به الراس وتاويل ما رواه
انه لم يبق في كفه بلة فلهذا اخذ لاذنيه ماء جديدا • وذكر الحاكم رح في المنتقى اذا اخذ غرفة من ماء فتمضمض وغسل وجهه
اجزاه وبعد التسليم قلنا المضمضة والاستنشاق مقدم على غسل الوجه فاذا اقامهما بماء واحد كان المفروض تبعا للمسنون
للمفروض وذلك لا يجوز وهنا اذا اقامهما معا مستقيم • قال فان مسح اذنيه دون راسه لم يجزه لانه ترك المفروض والمسنون
لا يقام مقام المفروض فان قيل ابن مذهبكم ان الاذنان من الراس قلنا هما من الراس ولبستا براس كالثمار من الشجرة وليست بشجرة
والواحد من العشرة وليست بعشرة والفقه فيه ان فرض المسح بالراس ثبت بالنص وكون الاذن من الراس ثبت بخبر الواحد
فلا يتادى به ما ثبت بالنص كمن استقبل الحطيم بالصلاة ولا يجزيه وان كان الحطيم من البيت لان فرضية استقبال القبلة
ثبت بالنص ولو كان الحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد فلا يتادى به ما ثبت بالنص • ومن توضا ومسح راسه ثم حلق
او جز شعره او قلم اظافيره او اخذ من شاربه لم يكن عليه ان يمس شيا من ذلك الماء ولا ان يجدد وضوءه وكان ابن جرير رح يقول
عليه ان يتوضا وكان ابراهيم رح يقول يجب عليه امرار الماء على ذلك الموضع وهو فاسد فان النبي عم قال
لا وضوء الا من حدث وفعله هذا تطهير فكيف يكون حدثا واليه اشار علي رض لما سيل عن هذا فقال ما ازداد الا طهرا
ونظافة • قال ثم المسح على الشعر مثل المسح على البشرة التي تحته لا يبدل عنه بدليل ان الاصلع اذا مسح على الشعر جاز

ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على الاصل فكان نحر الشعر بعد المسح كتقشر الجلد عن العضو المغسول بعد الغسل فكالا
امرار الماء ثم فكذلك هنا بخلاف الماسح على الخفين اذا نزع احدهما فان المسح لم يكن بمنزلة الغسل ولكن استتار القدم بالخف
يمنع سراية الحدث الى القدم بدليل انه لو كان رجله باديا وقت الحدث لم يجز المسح فبخلع الخف يسري الحدث الى القدم قال
وكذلك ان مس ذكره بعد الوضوء فلا وضوء عليه وهذا عندنا ● وقال الشافعي ان مس بباطن كفه من غير حايل فعليه الوضوء
والرجل والمراة في ذلك سواء عنده لحديث بسرة بنت صفوان رض ان النبي عم قال من مس ذكره فليتوضا وسئلت عايشة
رض عن امراة مست فرجها فقالت ان كانت تريد ما هناك فلتتوضا ولان مس الذكر سببا للاستطلاق وكاء المذي فيجعل به
كما ان التقاء الختانين لما كان سببا لاستطلاق وكاء المني جعل به كالمني واقامة السبب الظاهر مقام المعنى الخفي اصل
اصل في الشرع ● ولنا حديث قيس بن طلق عن ابيه طلق بن علي رض انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن مس ذكره
هل عليه ان يتوضا فقال لا هل هو الا بضعة منك او قال جذوة وعن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنهم مثل قولنا حتى قال بعضهم ان كان نجسا منك فاقطعه وقال بعضهم ما ابالي مسسته ام انفي وهو الصحيح
فانه عضو من اعضايه فاما ان يكون طاهرا او نجسا وليس في مس شي من الطاهرات ولا من النجاسات وضوء ولو مس
ما خرج منه لم ينقض به وضوءه واقامة السبب الظاهر مقام المعنى الخفي وذلك غير موجود هنا فان الذي يرويه
ويشاهد هو فاسد على اصله فان من مس ذكر غيره عنده يجب الوضوء على الماس دون الممسوس ذكره واستطلاق
وكاء المني هنا في حق الممسوس ذكره وفي حديث بسرة رضي الله عنه لا يكاد يصح فقد قال يحيى بن معين رح ثلث لا يصح
فيهن حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقبل هذا بين يدي كبار الصحابة رض حتى لم ينقله احد منهم انما قاله بين يدي
وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشد حياء من العذراء في خدرها ولو ثبت فتاويله من بال فجعل مس الذكر كناية عن البول
لان من يبول يمس ذكره عادة كقوله تعالى وجا احد منكم من الغايط والغايط المطمئن من الارض كني به عن الحدث
لانه يكون في مثل هذا الموضع عادة او المراد بالوضوء غسل اليد استحبابا كما في قوله الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر
وبعده ينفي اللمم والمراد غسل اليد ● قال وكذلك ان نظر الى فرج امراة لقول ابن عباس الوضوء مما خرج وبمجرد النظر
لم يخرج منه شي فهو كالتفكر سوا ● قال وفي المني الغسل لقوله عم الماء من الماء اي يجب الاغتسال من المني ومراده اذا
خرج على وجه الدفق والشهوة فان خرج لا على هذه الصفة لحمله شيا ثقيلا او سقوط على ظهره يلزمه الاغتسال
عند الشافعي رح لعموم الحديث لا يلزمه عندنا لان خروجه بصفة خروج المذي فيحكم حكم المذي في ايجاب الوضوء ثم المعتبر
عند ابي حنيفة ومحمد رح مفارقة المني عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رح المعتبر ظهوره وبيانه في فصلين احدهما
ان من احتلم فامسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم سال منه المني فعليه الغسل عندهما ولا غسل عليه عند ابي يوسف
والثاني ان المجامع اذا اغتسل قبل ان يبول ثم سال بقية المني منه فعليه الاغتسال ثانيا وليس عليه ذلك
عند ابي يوسف وفي المذي الوضوء لحديث علي رض قال كنت رجلا مذاء فاستحييت ان اسال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لمكان ابنته تحتي فامرت المقداد حتى ساله فقال كل فحل يمذي وفيه الوضوء وكذلك الودي فانه الغليظ من البول
فهو كالرقيق منه ● ثم فسر هذه المياه فقال المني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر وذكر الشافعي رح في كتابه ان له رائحة
الطلع والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والودي رقيق يخرج بعد البول وتفسير
هذه المياه مروي عن عايشة رض بهذه الصفة ● قال ولا يجب الوضوء من القبلة ومس المراة بشهوة او بغير شهوة
وهو قول علي وابن عباس رض وقال الشافعي رح يجب الوضوء من ذلك وهو قول عمر وابن مسعود رض وهو اختلاف
معتبر في الصدر الاول حتى قيل ينبغي لمن يوم ان يحتاط فيه وقال مالك رح ان كان عن شهوة يجب والا فلا فالشافعي
استدل بقوله تعالى او لمستم النساء وحقيقة اللمس باليد لقوله تعالى فلمسوه بايديهم ولا تعارضه القراة الاخرى
او لامستم النساء فاكثر ما في الباب ان يثبت ان المراد بتلك القراة الجماع فيعمل بهما والمعنى ما بينا ان التقبيل والمس
سبب لاستطلاق وكاء المذي فيقام مقام خروج المذي حقيقة في ايجاب الوضوء اخذا بالاحتياط في باب العبادة
كما فعله ابو حنيفة رح في المباشرة الفاحشة ● ولنا حديث عايشة وام سلمة رض ان النبي عم قبل بعض نسايه
ثم صلى ولم يتوضا وعن عمر رض انه انصرف يوما من صلاته فلما فرغ الناس راوه يصلي في اخر الصفوف

فقال

فقال اني توضات فرايت جارية رومية فقبلتها فلما اتيت الصلاة وجدت مذيا فقلت امضي حتى امكم [illegible]
تعالى [illegible] هذا دليل رجوع عمر رضي الله عنه لانه افتتح الصلاة بعد التكبير [illegible]
بالمذي امضي وتوضا ولا يعيش المس [illegible] عند المس وذلك ظاهر
يوقف عليه فلا حاجة الى اقامة السبب الظاهر مقامه واما الاية فقد قال ابن عباس رض المراد بالمس الجماع الا ان الله تعالى
حيي كريم يكنى بالحسن عن القبيح كما كنى بالمس عن الجماع وهو نظير قوله تعالى من قبل ان تمسوهن والمراد الجماع وهذا
لانه لو حمل على الجماع كان فيه ذكر الحدث الاكبر بعد ذكر الحدث الاصغر بقوله او جاء احد منكم من الغائط فاما اذا حمل على المس باليد
كان تكرارا محضا [illegible] وليس بينهما ثوب وانتشر لها فعليه الوضوء عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وقال محمد رح
لا وضوء عليه وهو القياس لقول ابن عباس الوضوء مما خرج وقد تيقنا انه لم يخرج منه شيء [illegible]
[illegible] المباشرة هذا المبلغ خروج المذي منه [illegible] على الغالب [illegible]
انتقض وضوءه وان تيقن انه لم يخرج منه شي [illegible]
لا يعدم وفسر الحسن عن ابي حنيفة المباشرة الفاحشة بان يعانقها وهما متجردان ويمس ظاهره ظاهرها ● قال
واذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل وهو قول المهاجرين عمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم
فاما الانصار كابي سعيد الخدري وزيد بن ثابت رض قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال ما لم ينزل [illegible]
[illegible] ظاهر قوله الماء من الماء ولنا حديث [illegible] عن النبي عم قال اذا التقى الختانان وجب الغسل انزل او لم ينزل
وهو قول المهاجرين [illegible] ان عمر رضي الله عنه لم يسوغ للانصار هذا الاجتهاد حتى قال [illegible]
الذي تتشعب عنك فقال سمعت عمومتي من الانصار يقولون ذلك فجمعهن عمر وسالهن فقلن كنا نفعل ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه
ولا نغتسل فقال عمر او كان يعلم به رسول الله فقلن لا فقال الئن بشيء وبعث الى عايشة رض فسالها فقالت فعلت ذلك
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا فقال عمر رض لئن عدت الى هذا لاذبنك والمعنى ان هذا الفعل سبب لاستطلاق
وكاء المني عادة فيقام مقام خروج المني احتياطا لانه مغيب عن بصره فربما لم يقف على ما خرج لقلته فالموضع موضع الاحتياط
من هذا الوجه ولا يجب الغسل بالجماع فيما دون الفرج ما لم ينزل المني فيما دون الفرج ليس نظير الفرج في استطلاق وكاء المني بمسه
والدليل عليه حكم الحد واليه اشار علي رض في الاكسال فقال يوجب فيه الحد ولا يوجب فيه صاعا من ماء ● قال ومن احتلم ولم ير شيا
فلا غسل عليه لانه تفكر في النوم فهو كالتفكر في اليقظة اذا لم يتصل به الانزال فان علم انه لم يحتلم ولكنه استيقظ فوجد على
فخذه او فراشه مذيا فعليه الغسل عند ابي حنيفة ومحمد رح احتياطا وقال ابو يوسف لا غسل عليه لانه بات طاهرا بيقين فلا يصبح جنبا
بالشك وخروج المذي من موجب الوضوء دون الاغتسال ووجههما ما روي عن النبي عم قال من اصبح فوجد ماء ولم يتذكر شيا فليغتسل
ومن احتلم ثم اصبح على جفاف فلا غسل عليه ولسنا نوجب الاغتسال بخروج المذي انما نوجبه بخروج المني ولكن من طبع المني ان يرق
باصابة الهوا فالظاهر ان هذا الخارج كان منيا فرق قبل ان يستيقظ ومراده رح من قوله فوجد مذيا ما يكون صورته صورة المذي
لا حقيقة المذي ثم ان ابا حنيفة رح في هذه المسلة ومسلة المباشرة ومسلة الفارة المنتفخة اخذ بالاحتياط وابو يوسف رحمه الله
وافقه في مسلة المباشرة لوجود فعل من جهته هو سبب لخروج المذي وخالفه في الفصلين الاخرين لانعدام الفعل منه ومحمد رح
وافقه في الاحتياط في مسلة النايم لانه غافل عن نفسه فكان الموضع موضع الاحتياط بخلاف الفصلين الاخرين فان المباشر
ليس بغافل عن نفسه فيحس بما يخرج منه والمراة كالرجل في الاحتلام لحديث ام سلمة رضي الله عنها حين سالت رسول الله عم
عن المراة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال ان كان منها ما يكون من الرجل فلتغتسل ● وروي عن محمد ان المراة اذا تذكرت
الاحتلام والتلذذ ولم تر شيا فعليها الغسل لان منيها ينذفق في رحمها ولا يظهر وهو ضعيف فان وجوب الغسل متعلق بخروج المني
والمني يخرج منها عند المواقعة كما يخرج من الرجل ● قال واذا احتلمت المراة ثم ادركها الحيض فان شاءت اغتسلت وان شاءت
اخرت حتى تطهر من الحيض لان الاغتسال للتطهير حتى تتمكن به من اداء الصلاة وهذا لا يتحقق من الحايض قبل انقطاع الدم وان شاءت
اغتسلت لان استعمال الماء يعين على درور الدم وكان مالك رح يقول عليها ان تغتسل بناء على اصله ان الجنب ممنوع عن قراة القرآن
والحايض لا تمتنع ● قال واذا عرق الجنب والحايض في الثوب لم ينجسه لما روي ان النبي عم كان يامر الحايض من نسايه بالاتزار
ثم كان يباشرها طول الليل واي حر حر الحجاز فكانا يعرقان لا محالة ولم يجتنب رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرقها ولانه ليس على بدن الحايض

والجنب بنجاسة عينية فهو واعضاء المحدث ليسوا • قال وإذا وقعت الجيفة او النجاسة في الحوض فان كان صغيرا فهو قياس الاواني
والجباب يتنجس لا اصل فيه الحديث يغسل الاناء من ولوغ الكلب سبعا وان كان الحوض كبيرا فهو قياس البحر لا يتنجس لقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه
والحل ميتته • والفصل بين الصغير والكبير يعرف بالخلوص فاذا كان بحال لو القي فيه صبغ يظهر اثره في الجانب الاخر فهو صغير
لانا علمنا ان النجاسة تخلص الى الجانب الاخر كما خلص اللون هكذا يحكى عن ابي حفص الكبير رح والمذهب الظاهر في تفسير الخلوص
انه اذا كان بحال لو حرك جانب منه يتحرك الاخر فهو صغير وان كان لا يتحرك الجانب الاخر فهو كبير وصفة التحريك المروي عن ابي حنيفة رح
انه يعتبر بتحريك المتوضي وابو يوسف اعتبر تحريك المغتسل وروايته ابي حنيفة رح اوسع ثم قال بعض مشايخنا رح في الحوض الكبير
انه لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه لانه كالماء الجاري والاصح ان الموضع الذي وقع فيه النجاسة يتنجس واليه اشار في الكتاب فقال
لا باس بان يتوضا من ناحية اخرى معناه انه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضا لان النجاسة لم تخلص الى ما وراء ذلك
وهذا مفسر في الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح وعلى هذا قالوا من استنجى من حوض لا يجزيه ان يتوضا من ذلك الموضع قبل تحريك
واما التقدير بالمساحة فقد قال ابو عصمة كان محمد رح يقدر في ذلك عشرا في عشر ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا اقدر فيه شيئا
والمشهور عن محمد رح انه لما سئل قال اذا كان مثل مسجدي هذا فهو كبير فلما قام مسحوا مسجده فروي انه كان ثمانيا في ثمان وروي انه اثني عشر
في اثني عشر فكان من روى ثمانيا في ثمان مسح المسجد من داخل ومن روى اثني عشر مسحه من خارج ولا عبرة بعمق الماء حتى قالوا اذا كان بحيث
لا ينحسر بالاغتراف فهذا القدر يكفي هذا كله بيان مذهبنا • وقال الشافعي رح اذا كان الماء بقدر القلتين لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه
حتى تتغير احد اوصافه والقلة اسم لجرة تحمل من اليمن يسع فيها قربتان وشيء فالقلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا فيكون جملته
مايتان وخمسون منا واستدل بما روي ان النبي عم قال اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا قلنا هذا ضعيف فقد قال الشافعي رح في كتابه
بلغني باسناد لا احضرني من ذكره اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ومثل هذا دون المرسل ثم قيل معناه ليس هذا القدر من القوة
ما يحمل النجاسة فيتنجس به كما يقال ان فلان لا يحمل السر فلقلته فقيل انه القامة وقيل انه راس الجبل فيكون معناه
اذا بلغ ماء الوادي قلتين اي راس الجبلين ومثل هذا يكون بحرا وبه نقول • وكان مالك رح يقول القليل والكثير سواء لا يتنجس
الا بتغير احد اوصافه وقد بينا مذهبه قال ويتوضا الرجل من الحوض الذي يخاف ان يكون فيه قذر ولا يستيقنه قبل ان يسال عنه
لان الاصل في الماء الطهارة فعليه التمسك به حتى يتعين له غيره وخوفه بناء على الظن والظن لا يغني من الحق شيئا وليس عليه
ان يسال عنه لان السؤال للحاجة عند عدم الدليل واصل الطهارة دليل مطلق له الاستعمال فلا حاجة الى السؤال الا ترى
ان عمر رض انكر على عمرو بن العاص رض سؤاله بقوله يا صاحب الحوض لا تخبرنا وكذلك ان تيسر من غير ان يكون فيه جيفة لما روي
ان النبي عم اتى على بئر ذمة في الموضع على بئر ذمة اي قليل الماء فوجد ماءه منتنا فاخذ بفيه ثم مجه قال فعاد الماء طيبا
ولان تغير اللون قد يكون بوقوع الطاهر كالاوراق وغيرها وتغير الرائحة قد يكون بطول المكث كما قيل الماء اذا سكن منتنه
تحرك نتنه واذا طال مكثه ظهر خبثه فلا يزول اصل الطهارة بهذا المحتمل فلا يدع التوضي به • قال واذا نسي المتوضي مسح راسه
فاصابه ماء المطر مقدار ثلاثة اصابع فمسحه بيده او لم يمسحه اجزاه عن مسح الراس وكذلك الجنب اذا وقف في المطر الشديد
حتى غسله وقد نقى الفرج والاصابع مضمض واستنشق وكذلك المحدث اذا جرى الماء على اعضاء وضوئه لان الماء مطهر بنفسه
قال الله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا والطهور الطاهر في نفسه المطهر لغيره فلا يتوقف حصول التطهير به على فعل يكون منه
كالنار فانه لا يتوقف حصول الاحراق به على فعل يكون من العبد واذا ثبت هذا في المغسول ثبت في الممسوح بطريق الاولى
دون المغسول والمعتبر فيه اصابة البلة • وعلى هذا الاصل قلنا يجوز الوضوء والغسل من الجنابة بغير نية وقال
الشافعي رح لا يجوز الا بالنية لقوله عليه السلام انما الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ولانها طهارة هي عبادة فلا تتادى
بدون النية كالتيمم وهذا لان معنى العبادة لا يتحقق الا بقصد وعزيمة من العبد بخلاف غسل النجاسة فانه ليس بعبادة
ولنا ان الوضوء وفيها تنصيص على الغسل والمسح وذلك يتحقق بدون النية يكون زيادة على النص اذ ليس في اللفظ المنصوص
ما يدل على النية والزيادة لا تثبت بالخبر الواحد ولا بالقياس بخلاف التيمم فانه عبارة عن القصد لغة قال الله تعالى
ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ففي اللفظ ما يدل على اشتراط النية فيه ولانها طهارة بالماء فكان كغسل النجاسة وتاثيره ما قلنا
ان الماء مطهر بنفسه والحدث الحكمي دون النجاسة العينية فاذا عمل الماء في ازالة النجاسة العينية بغير نية ففي ازالة الحدث
الحكمي اولى ونحن نسلم ان الوضوء بغير النية لا يكون عبادة ولكن معنى العبادة فيها تبع غير مقصود لان المقصود ازالة

وزوال

وزوال الحدث يحصل باستعمال الماء فوجد شرط جواز الصلاة وهو القيام اليها طاهرا فيجوز كما لو لم يكن محدثا في الابتداء
وبه يجيب عن استدلاله بالحديث فان المراد بان ثواب العمل يحسب النية وبه نقول وعن التيمم فان التراب غير مزيل
اصلا ولهذا لو ابصر المتيمم كان محدثا بالحدث السابق فلم يبق فيه الا معنى التعبد وذلك لا يحصل بدون النية يوضح الفرق
ان النية تقترن بالفعل ولا بد من الفعل في التيمم حتى اذا اصاب الغبار وجهه وذراعيه لا يجزيه من التيمم وفي الوضوء
والاغتسال لا معتبر بالفعل حتى اذا سال ماء المطر على اعضائه زال به الحدث فكذلك بدون النية ولا باس بان يمسح بالمنديل
بعد الوضوء والغسل لحديث قيس بن سعد رض قال اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم شديد الحر فوضعنا له ماء
فاغتسل واتحفته بملحفة ورسية حتى اثر الورس في عكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لا باس بان يلبس ثيابه فان من اغتسل
في ليلة باردة لا يامره احد بالمكث عريانا حتى يجف فلعله يموت قبله ولا فرق بين ان يمسح بثيابه او بمنديل ولان المستعمل
ما زايل العضو فاما البلة الباقية غير مستعمل حتى لو جف كان طاهرا فلا باس بان يمسح بالمنديل • ولا باس للجنب
ان ينام او يعاود اهله قبل ان يتوضا لحديث الاسود عن عايشة رض ان النبي عم كان يصيب من اهله ثم ينام من غير
ان يمس ماء فاذا انتبه ربما عاد وربما قام فاغتسل وفي حديث انس رض ان النبي عم طاف على نسائه في ليلة بغسل واحد
فكنا نتحدث بذلك فيما بيننا ونقول ان النبي عم اعطي قوة اربعين رجلا • قال وان توضا قبل ان ينام فهو افضل
لحديث عايشة رض ان النبي عم اصاب من اهله فتوضا ثم نام وهذا لان الاغتسال والوضوء يحتاج اليه للصلاة
لا للنوم والمعاودة الا انه اذا توضا ازداد نظافة فكان افضل • فان اراد ان ياكل فالمستحب ان يغسل يديه
ويتمضمض ثم ياكل لحديث ابن عباس رض ان النبي عم سئل عن الجنب اياكل ويشرب قال نعم اذا توضا والمراد
غسل اليد لان يده لا تخلو عن نجاسة عادة فالمستحب ازالتها بالماء ولو يتوضا حين شرب كان من وجه شاربا للماء
المستعمل فان ترك ذلك لم يضره لان الطهارة فيه اصل وفي النجاسة شك وان كانت الجبائر في موضع من مواضع الوضوء
يمسح عليها • والاصل فيها ما روي ان النبي عم شج في وجهه يوم احد فداواه بعظم بال وعصب عليه فكان يمسح
على العصابة ولما كسرت احدى زندي علي رض يوم خيبر حتى سقط اللواء من يده قال النبي عم اجعلوها في يساره
فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة فقال ما اصنع بالجباير قال امسح عليها • والحاصل انه اذا كان لا يضره الغسل
بنوع من الماء حارا وباردا فعليه ان يغسله وان كان بحيث يضره المسح على الجباير لم يمسح عليه لان الغسل اقوى من المسح
ولما سقط الغسل عن هذا الموضع لخوف الضرر فكذلك المسح وان كان لا يضره المسح يمسح عليها لان الطاقة تحسب
الطاقة فان ترك المسح وهو لا يضره قال في الاصل لم يجزه في قول ابي حنيفة ومحمد رح ولم يذكر قول ابي حنيفة رح
وفي غير رواية الاصول عن ابي حنيفة رح انه يجزيه قيل هو قوله الاول ثم رجع عنه الى قولهما • وجه قولهما
انه لو ترك الغسل وهو لا يضره لم يجزه فكذلك المسح اعتبارا للبدل بالاصل وابو حنيفة رح قال لو الزمناه المسح
كان بدلا عن الغسل ونصب الابدال بالاحاد من الاخبار لا يجوز ثم وجوب البدل في موضع كان يجب الاصل
وهنا لو كان هذا الموضع باديا لم يجب غسله فكذلك لا يجب المسح على الجبيرة بدلا عنه وبه فارق الخف • قال
وان مسح على الجباير ثم دخل في الصلاة ثم سقط الجباير عنه مضى على صلاته وهذا اذا كان سقوطها عن غير برء فان كان
عن برء فعليه غسل ذلك الموضع واستقبال الصلاة لزوال العذر فاما اذا كان عن غير برء فالمسح على الجباير
كالغسل لما تحته ما دامت العلة قائمة ولهذا لا يتوقف بخلاف المسح بالخف وان كانت الجراحة في جانب من راسه لم يجزه
الا ان يمسح على الجانب الاخر لان مقدار المسح ربع الراس وقد وجد هذا القدر من المحل صحيحا فلا حاجة به الى المسح
على الجباير والعراقيون يقولون في مثل هذا ان ذهب عينه فهي في الرباط ومن رواه عين بفتح العين اذ ذهب حمار تحاد
في الرباط واراد بالرباط الربط والقيد • قال واذا قلس اقل من فيه فلا وضوء عليه الا على قول زفر رحمه الله
ثبت من اصلنا ان القلس حدث فلا فرق بين قليله وكثيره كالخارج من السبيلين • ولنا قول علي رض حين عد الاحداث
او دسعة تملأ الفم ولان القياس ان القلس لا يكون حدثا لان الحدث خارج نجس بقوة نفسه والمقلس يخرج لا كالخارج
فان من طبع الاشياء السيالة انها تسيل الى ما فيه دفعها او جاذب يجذبها فهو كالدم اذا خرج على راس الجرح فمسحه
ولكنا تركنا القياس عند ملء الفم بالاثار فبقي ما دونه على اصل القياس ولان في القليل منه بلوى فان من يملأ من الطعام

اذا ركع في الصلاة يعلوا شيء الى حلقه فللبلوى جعلنا القليل عفوا والدليل عليه اذا تجشأ لم ينتقض وضوءه وهو لا يخلوا عن القليل شيء
ولهذا خبث نكهته وهذا فارق الخارج من السبيلين فان الفساء جعل حدثا وحد ملء الفم ان يعجزه او يمنعه من الكلام وقيل ان يزيد
على نصف الفم وعلى هذا حكاية علي بن يونس ان ابنته سألته فقالت انه خرج من حلقي شيء فقال لها اذا وجدت طعمه في حلقك فاعيدي الوضوء
ثم قال رايت النبي عم في المنام فقال لي يا علي حتى يملا الفم فقال لا تجعلن علي بعد هذا ابدا . قال فان قاء ملا الفم مرة او طعاما او ماء
فعليه الوضوء لحديث عايشة رض ان النبي عم قال من قاء او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم
وعلى قول الشافعي رح القي ليس بحدث بناء على قوله في الخارج من غير السبيلين على ما نبينه وقال الحسن ابن زياد رح اذا شرب الماء وقاء
من ساعته لا يخالطه شيء لا ينتقض وضوءه وجعله قياس خروج الدمع والعرق والبزاق وهذا فاسد فانه بالوصول الى المعدة يتنجس
فانما يخرج وهو نجس فكان كالمرة والطعام . قال وان قاء بلغما او بزاقا لم ينتقض وضوءه اما البزاق طاهر وخروج الطاهر من البدن لا ينقض
الوضوء والبلغم كذلك في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هو نجس ينقض الوضوء اذا ملا الفم قيل انما اجاب ابو يوسف رحمه الله
فيما يعلوا من جوفه وهما فيما ينحدر من راسه وهذا ضعيف فالمنحدر من راسه طاهر بالاتفاق سواء خرج من جانب الفم او الانف .
لان الراس ليس بمجانب النجاسات وانما الخلاف فيما يعلوا من الجوف فابو يوسف رح يقول البلغم احدى الطبائع الاربعة فكان نجسا كالمرة والصفرا
وكان خروجه من موضع النجاسات فكان نجسا بالمجاورة وابو حنيفة ومحمد رح قالا البلغم كالبزاق والبزاق طاهر ومعنى هذا ان الرطوبة .
في اعلا الحلق ترق فتكون بزاقا وفي اسفله تثخن فتكون بلغما وبهذا تبين ان خروجه ليس من المعدة بل من اسفل الحلق والبلغم موضوع للنجاسه
فالبلغم هو النخامة وقد قال عم لعمار رض ما نخامتك ودموع عينيك وما في ركوتك الا سواء . قال وان قاء دما فعلى قول ابي حنيفة .
وابي يوسف رح ينتقض وضوءه بقليله وكثيره . قال محمد رح لا ينتقض حتى يملا الفم لانه احد انواع القي فيعتبر بسائر الانواع واحتجا
بان المعدة ليست بموضع الدم فخروج الدم من قرحة في الجوف فاذا سال بقوة نفسه الى موضع يلحقه حكم التطهير كان ناقضا للوضوء
كالسايل من جرح في الظاهر وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال هذا اذا قاء علقا رقيقا فان كان شبه العلق لم ينتقض الوضوء حتى يملا الفم
لانه ليس بدم في الحقيقة انما هو سواد محترق . قال فان خرج من جرحه دم او صديد او قيح فسال عن راس الجرح نقض الوضوء عندنا
وهو قول علي وابن مسعود رض وقال الشافعي رح لا ينتقض الوضوء وهو قول ابن عباس وابي هريرة رض احتج الشافعي رح بقوله عليه السلام
لا وضوء الا من حدث قيل وما الحدث قال صوت او ريح وهذا اشارة الى موضع الحدث وعينه فدل ان الحدث ما يكون من السبيل المعتاد
والمعنى فيه ان قليل الخارج من غير السبيل ليس بحدث بالاتفاق وما يكون حدثا فالقليل والكثير منه سوا كالخارج من السبيل والدليل
عليه المخرج اذا خرج من المخرج لم يكن حدثا بخلاف ما اذا خرج من السبيل وهذا لان الشرع اقام المخرج مقام الخارج في ثبوت حكم الحدث
فما لا يخرج منه الا النجاسة جعل الخارج منه حدثا ونجسا وما يختلف الخارج منه لم يكن حدثا وان خرج منه ما هو نجس ليس الاخر
ولنا حديث زيد بن علي رض ان النبي عم قال الوضوء من كل دم سايل . وقال سلمان رض رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم والدم يسيل
من انفي فقال النبي عم احدث لما حدث بك وضوءا والمعنى فيه انه خارج نجس وصل الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان حدثا كالخارج
من السبيل وهذا لان الحكم للخارج دون المخرج حتى يختلف الجواب باختلاف الخارج فخروج المني يوجب الغسل وخروج المذي يوجب الوضوء
والمخرج واحد وهو بخلاف القليل الذي لم يسل لانه ما صار خارجا انما تقشر عنه الجلد فظهر ما هو في موضعه والشيء في موضعه .
لا يعطى له حكم النجاسة وفي السبيل وان قل ما ظهر فقد خارق مكانه وكذلك الريح اذا خرج من السبيل فمعه شيء قليل وذلك كاف لانتقاض
الطهارة به بخلاف الخارج من غير السبيل تقرر ما قلنا ان من وجب عليه غسل ذلك الموضع لمعنى من بدنه فيكون خارجا من السبيل بخلاف
ما لم يسل فانه لا يلزمه غسل ذلك الموضع وبخلاف ما اذا اصابته نجاسة لان وجوب غسله لم يكن لمعنى من بدنه فلا يستغير صفة .
طهارة بدنه ثم حاصل المذهب ان الدم اذا سال بقوة نفسه حتى انحدر انتقض به الوضوء وان لم ينحدر ولكنه علا فصار اكثر من راس
الجرح لم تنتقض به الطهارة الا في رواية شاذة عن محمد رح فان مسحه قبل ان يسيل فان كان بحال لو تركه سال فعليه الوضوء وان كان
بحال لو تركه لم يسل فلا وضوء عليه لحديث ابن عباس رض قال في الدم اذا سال عن راس الجرح فهو حدث والا فلا . قال
فان بزق فخرج مع بزاقه الدم فان كان البزاق هو الغالب فلا وضوء عليه لان الدم ما خرج بقوة نفسه وانما اخرجه البزاق .
والحكم للغالب وان كان الدم هو الغالب فعليه الوضوء لانه خارج بقوة نفسه وان كان سوا ففي القياس لا وضوء عليه لانه متيقن
بصفة الطهارة وهو في شك من الحدث . ولكنه استحسن فقال البزاق سايل بقوة نفسه فما ساواه يكون سايلا بقوة نفسه ايضا
ثم صار باعتبار احد الجانبين يوجب الوضوء واعتبار الجانب الاخر لا يوجب الوضوء فالاخذ بالاحتياط اولى لقوله عليه السلام

ما اجتمع

ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال . وفي الكتاب قال احب الي ان يعيد الوضوء وهو اشارة الى انه غير واجب
وهو اختيار محمد بن ابراهيم الميداني رح واكثر المشايخ على انه يجب الوضوء على ما بينا . قال وان القهقهة في الصلاة تنقض الوضوء
والتبسم لا ينقضه اما التبسم فلحديث جرير بن عبد الله رض قال ما رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو في الصلاة
وروي انه عم تبسم في الصلاة فلما فرغ سئل عن ذلك فقال اتاني جبريل عم فقال من صلى عليك مرة صلى الله عليه عشرا فلذلك
ان التبسم لا يبطل المصلي فاما القهقهة في الصلاة لا تنقض الوضوء قياسا وهو قول الشافعي رح لان انتقاض الطهارة بالخارج النجس
ولم يوجد ولو كان هذا حدثا لم يفرق بين الصلاة وغيرها كسائر الاحداث فاشبه القهقهة في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة
واستحسن علماؤنا رح لحديث زيد بن خالد الجهني رض قال كان النبي عم يصلي باصحابه رض اذ اقبل اعمى فوقع في بئر او زبية فضحك بعض القوم
فلما فرغ النبي عم من صلاته قال من ضحك منكم فليعد الوضوء والصلاة وفي حديث جابر رض قال النبي عم من ضحك في صلاته حتى قرقر
فليعد الوضوء والصلاة فتركنا القياس بالسنة والضحك في غير الصلاة ليس في معنى الضحك في الصلاة لان حالة الصلاة حالة المناجاة
مع الله تعالى فتعظم الجناية منه بالضحك في حالة المناجاة وصلاة الجنازة ليست بصلاة مطلقة وكذلك سجدة التلاوة والخصوص
من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه . قال ولا ينقض النوم الوضوء ما دام قائما او راكعا او ساجدا او قاعدا
وينقضه النوم مضطجعا او متكيا او على احدى اليتيه اما نوم المضطجع ناقض للوضوء وفيه روايتان احدهما ان عينه حدث .
بالسنة المروية فيه لان كونه طاهرا ثابت بيقين ولا يزال اليقين الا بيقين مثله وخروج شيء منه ليس بيقين فعرفنا ان عينه حدث .
والثاني ان الحدث مما لا يخلوا عنه النائم عادة فيجعل كالموجود حكما فان نوم المضطجع يستحكم حتى تسترخي مفاصله اليه اشار رسول الله
صلى الله عليه وسلم في قوله العينان وكاء السه فاذا نامت العينان استطلق الوكاء وما هو ثابت عادة كالمتيقن به وكان ابو موسى
الاشعري رض يقول لا ينتقض الوضوء بالنوم ما لم يعلم بخروج شيء منه وكان اذا نام اجلس عنده من يحفظه فاذا انتبه سأل عنه
فان اخبره بظهور شيء منه اعاد الوضوء والمتكي كالمضطجع لان مقعده زايل عن الارض فاما القاعد اذا نام لا ينتقض وضوءه .
وقال مالك رحمه الله ان طال النوم قاعدا ينتقض وضوءه . وحجتنا حديث حذيفة رضي الله عنه قال كنت في المسجد قاعدا
حتى وضع رجل يده على صدري فوجدت برد كفه على ظهري فاذا هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت اعلي في هذا وضوء فقال لا
حتى تضطجع ولان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شيء منه فلا ينتقض وضوءه كما لو لم يطل نومه فاما اذا نام قايما او راكعا
او ساجدا لم ينتقض وضوءه عندنا . وقال الشافعي رحمه الله ينتقض وضوءه لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليهن الا من جنابة لكن من بول وغايط او نوم
فهذا دليل على ان النوم حدث الا انا خصصنا نوم القاعد من هذا الحديث بدليل الاجماع فبقي ما سواه على الظاهر ولان مقعده
زايل عن الارض في حال نومه فهو كالمضطجع . ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وضوء
على من نام قايما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله وهو المعنى فان
الاستمساك باق مع النوم في هذه الاحوال بدليل انه لم يسقط وبقاء الاستمساك يؤمنه من خروج شيء منه فهو كالقاعد بخلاف المضطجع
وعن ابي يوسف رحمه الله قال اذا تعمد النوم في السجود ينتقض وضوءه وان غلبته عيناه لم ينتقض لان القياس في نوم الساجد .
انه حدث كنوم المضطجع . ومن الناس من جعل النوم على وجهه ترك القياس للبلوى فيه للمتهجدين وهذا اذا غلبته عيناه
لا اذا تعمده . وجه ظاهر الرواية ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نام العبد في سجوده يباهي الله تبارك وتعالى
به ملايكته فيقول انظروا الى عبدي روحه عندي وجسده في طاعتي وانما يكون جسده في طاعته ان بقي وضوءه ولان الاستمساك
باق فانه لو زال لسقط على احد شقيه وذكر ابن شجاع عن محمد رحمه الله ان نوم القايم والراكع والساجد انما لا يكون حدثا اذا كان في الصلاة
فاما خارج الصلاة يكون حدثا . وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لبقاء الاستمساك . فان كان القاعد مستندا الى شيء فنام
قال الطحاوي رحمه الله ان كان بحال لو ازيل سنده سقط انتقض وضوءه لزوال الاستمساك والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله
لا ينتقض وضوءه بكل حال لان مقعده مستقر في الارض فيأمن خروج شيء منه فان نام قاعدا فسقط روي عن ابي حنيفة رحمه الله
قال ان انتبه قبل ان يصل جنبه الى الارض لا ينتقض وضوءه لانه لم يوجد شيء من النوم مضطجعا وهو الحدث وعن ابي يوسف رحمه الله
قال ينتقض وضوءه لزوال الاستمساك بالنوم حين سقط وعن محمد رحمه الله ان انتبه قبل ان يزايل مقعده الارض لم ينتقض وضوءه
وان زايل مقعده الارض قبل ان ينتبه انتقض وضوءه . قال ولا ينقض الكلام الفاحش لحديث ابن عباس رضي الله عنهما الوضوء

قليل ولا ينقض الكلام الفاحش الوضوء لحديث ابن عباس رض الوضوء مما خرج يعني الخارج النجس ولانه لا كلام افحش
من الردة والمتوضئ اذا ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على وضوءه والذي روي عن عايشة رض انها قالت المتسابين ان بعض
ما انتم فيه شر من الحدث فجددوا الوضوء انما امرت به استحسانا فيكون الوضوء على الوضوء مكفرا للذنبهما ۰ قال
ولا وضوء في شيء من الاطعمة مما مسته النار او لم تمسه فيه سواء واصحاب الظواهر يوجبون الوضوء مما مسته النار
ومنهم من اوجب من لحم الابل خاصة لحديث ابي هريرة رض ان النبي عم قال توضؤوا مما مسته النار ۰ وفي حديث اخر
قال توضؤوا من لحوم الابل ولا تتوضؤوا من لحوم الغنم ۰ ولنا حديث ابي بكر الصديق رض ان النبي عم اكل من كتف شاة
ولم يتوضأ وقال جابر رض توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما قام ليخرج راى عرقا في يد بعض صبيانه فاكل منه
ثم صلى ولم يتوضأ ۰ وفي حديث ابي هريرة رضي الله عنه ضعف رده ابن عباس رض فقال السنا نتوضأ بالحميم
ولو ثبت فالمراد منه غسل اليد بدليل حديث عكراش بن ذويب قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي فادخلني
بيت ام سلمة رض فاتينا بقصعة كثيرة الثريد والودك فجعلنا ناكل من كل جانب فقال كل مما يليك فان الطعام واحد
ثم اتينا بطبق من رطب فجعلت اكل مما يليني فقال اجل يدك فان الرطب الوان ثم اتى بماء فغسل يديه فقال هذا الوضوء
مما مسته النار وهذا فصل في رواية بين لحم الابل وغيره لان لحم الابل من الذ وجد مما ليس لغيره والمعنى انه لو اكل الطعام نيا
لم يلزمه الوضوء فالنار لا تزيد الا لطافة ۰ قال ويخلل لحيته واصابعه في الوضوء فان لم يخلل لحيته اجزاه واما تخليل
الاصابع سنة لقوله عم خللوا اصابعكم حتى لا تتخللها نار جهنم واما اللحية فقد روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
ان مواضع الوضوء ما ظهر منها وخلال الشعر ليس من مواضع الوضوء وهذا اشارة الى انه يلزمه امرار الماء على ظاهر لحيته
ووجهه ان البشرة التي استترت بالشعر كان يجب امرار الماء عليها قبل نبات الشعر فاذا استترت بالشعر تحول الحكم
الى ما هو الظاهر وهو الشعر وعن ابي حنيفة وزفر رح ان مسح من لحيته ثلثا او ربعا اجزاه ۰ ووجهه ان الاستيعاب
في الممسوحات ليس بشرط كما في المسح بالراس وعن ابي يوسف رح قال ان ترك مسح الراس اجزاه لا يجمع في عضو واحد المسح
والغسل وغسل الوجه فرض فلا يجب المسح فيه واللحية من جملة الوجه فاما تخليل اللحية فقد ذكر محمد رح في شرح الاثار
انه بالخيار ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فلم يعده من سنن الوضوء كما اشار اليه محمد رح لانه باطن لا يبدو للناظر
وقال ابو يوسف رح التخليل سنة لحديث ابن عباس انه كان يخلل لحيته اذا توضا وقال انس رض رايت اصابع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في لحيته كانه اسنان المشط وقال نزل علي جبريل عليه السلام فامرني ان اخلل لحيتي اذا توضات
وهو الاصح ۰ قال واذا اصاب النجاسة عين الثوب لم يجزه الا في المني اليابس لان الثوب رقيق تتداخل النجاسة في اجزائه
فلا يخرجها الا الماء فاما الخف يزيل ما على ظاهره دون ما تداخل في اجزائه فاما ۰ فالكلام فيه في فصلين احدهما انه نجس
عندنا وقال الشافعي رح طاهر لحديث ابن عباس رض قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخرة ولانه اصل خلق الادمي
فكان طاهرا لا نجسا لئلا نقول الانبياء صلوات الله عليهم خلقوا من شيء نجس وهذا لان المستحيل من فضل الغذاء
انما يكون نجسا اذا كان الى نتن وفساد والمني غير مستحيل الى فساد ونتن فهو كاللبن والبيضة ۰ ولنا قول النبي عم
انما تغسل الثوب لعمار بن ياسر رض من خمس البول والغائط والخمر والمني والدم ولانه خارج من البدن يجب الاغتسال
بخروجه فكان نجسا كدم الحيض او خروجه من مكان النجاسات فلا بد ان يتنجس بالمجاورة وان لم يكن نجسا في نفسه وكونه
اصل خلقة الادمي لا ينفي صفة النجاسة عنه كالمضغة والعلقة وابن عباس رض شبهه بالمخاط في المنظر لا في الحكم
وامر بالاماطة ليتمكن من غسله فان قبل الاماطة ينتشر النجاسة اذا اصابه الماء والفصل الثاني انه ما دام رطبا لا يطهر
الا بالغسل فان جف فحته او فركه الثوب ففي القياس لا يطهر وبه قال زفر رح لانه دم الا انه نضيج نجس فهو كساير
انواع الدم لا يطهر الا بالغسل استحسنها ونا رح قال لو يطهر بالفرك لما روي ان النبي عم قال لعايشة رض في المني
اذا رايتيه رطبا فاغسليه واذا رايتيه يابسا فافركيه وقالت عايشة رضي الله عنها كنا نفرك المني من ثوب رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فيه ولان جرم المني لا يتداخل اجزاء الثوب بل هو على ظاهره يزول بالفرك فهو نظير تشبيه الجاهد
وتكبير القضابل اذا مسح بالتراب يطهره وقد روي عن ابي حنيفة رح في المني اذا اصاب البدن لا يطهر الا بالغسل
لان لين البدن يمنع زوال الجثة وروي عن محمد رح اذا كان المني غليظا فجف يطهر بالفرك وان كان رقيقا لا يطهر الا بالغسل

واذا اصاب المني ثوبا ذا طاقين فالطاق الاعلى يطهر بالفرك والاسفل لا يطهر الا بالغسل لانه انما تصيبه البلة دون الجرم
وهذه مسألة مشكلة فان الفحل لا يمني حتى يمذي والمذي لا يطهر بالفرك الا انه جعل المذي في هذه الحالة مغلوبا مستهلكا بالمني فكان
الحكم للمني دون المذي في البدن اذا اصابته النجاسة الخف والنعل فما دام رطبا لا يطهر الا بالغسل لان المسح بالارض لا يزيله
الا في رواية عن ابي يوسف رح قال اذا مسح بالارض لم يبق عين النجاسة ولا رايحتها يحكم بطهارته واعتبر فيه البلوى للناس الخف
وان كان يابسا فهي على وجهين اما ان لا يكون للنجاسة جرم كالبول والخمر فلا يطهر الا بالغسل لان البلة تداخلت في اجزاء
والبيس على ظاهره جرم يزول بالمسح بالارض فاما اذا كانت النجاسة لها جرم كالعذرة والروث فمسحه بالارض في الخف
لا يطهر الا بالغسل وهو قول محمد وزفر رح لان النجاسة تداخلت في اجزاء الخف لا ترى انها بعد الجفوف تبقى متصلة
فلان ۰ فلا يطهرها الا الغسل كما اذا اصابت الثوب والبساط واما ابو حنيفة وابو يوسف رح استحسنا وقالا
يطهر بالمسح بالارض لما روي ان النبي عم خلع نعليه في الصلاة فخلع الناس نعالهم فلما فرغ من صلاته قال اتاني جبريل عم
فاخبرني ان فيهما اذى فاذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه وان راى فيهما قذرا فليمسحهما بالارض فقالت ام سلمة رض
يا رسول الله اني ربما امشي على مكان نجس ثم على مكان طاهر فقال الارض يطهر بعضها بعضا والمعنى فيه ان الجلد لصلابته تمنع دخول
اجزاء النجاسة في باطنه وهذه النجاسة جرم ينشف البلة المتداخلة اذا جف فاذا مسحه بالارض فقد زال عين النجاسة
فيحكم بطهارته كما كان عليه قبل الاصابة بخلاف الثوب والبساط فانه رقيق تتداخل اجزاء النجاسة في باطنه فلا يخرجها الا الماء
للتطافر يتداخل في اجزاء الثوب فيخرج النجاسة ثم يخرج على اثرها بالعصر ۰ قال ولا يجب عليه لتغميض الميت وحمله وغسله
وضوء ولا غسل الا ان يصيب بدنه وجسده شيء فيغسله لقول ابن عباس رض الوضوء مما خرج ولان الميت المسلم طاهر ومس
الطاهر ليس بحدث وان كان نجسا فمس النجاسات ليس بحدث ايضا والذي روي عن ابي هريرة رض ان النبي عم قال من غمض ميتا فليتوضأ
ومن غسل ميتا فليغتسل ومن حمل جنازة فليتوضأ ضعيف فرده ابن عباس رض فقال ايلزمنا الوضوء من حمل عيدان يابسة ولو ثبت
فالمراد بقوله من غمض ميتا فليتوضأ غسل اليد لان ذلك الموضع لا يخلو عن قذارة عادة ومن قوله من غسل ميتا فليغتسل
اذا اصابته الغسالة لانه نجسة وقوله من حمل جنازة فليتوضأ اذا كان محدثا ليتمكن من اداء الصلاة عليه ۰ قال
والحجامة توجب الوضوء وغسل موضع الحجامة عندنا وعند الشافعي رح يجب عليه غسل موضع المحجمة ولا يجب عليه الوضوء
لحديث ابن عباس رض اغسل موضع المحاجم وحسبك وعلماؤنا رح قالوا معناه حسبك من الاغتسال فان اصحاب علي رضي الله عنه
كانوا يحبون الاغتسال من الحمام وغسل الميت والحجامة فان ابن عباس رض قال هذا ردا عليهم فاما الوضوء واجب
بخروج النجس كما بينا فان توضأ ولم يغسل المحجمة فان كان اكثر من قدر الدرهم لم تجزه الصلاة وان كان دونه اجزاه وعلى قول
الشافعي رح لا تجزيه الصلاة وان كان دون ذلك لا تجزيه فان القليل من النجاسة كالكثير عنده في المنع من جواز الصلاة ۰ قال
وان خرج من دبره دابة او ريح ينقض وضوءه والمراد بالدابة الدودة وهي لا تخلو من قليل بلة تكون معها وقد بينا ان فيما يخرج
من الدبر القليل والكثير فيه سواء في حكم انتقاض الطهارة بخلاف ما اذا سقطت الدودة عن راس الجرح فانه لا يخلو عن بلة
يسيرة وذلك القدر من الخارج ليس بناقض للوضوء لانه غير سايل بقوة نفسه فاما الريح اذا خرج من الدبر كان ناقضا للوضوء
لما روي عن النبي عم انه قال الشيطان ياتي احدكم فينفخ بين اليتيه ويقول احدثت احدثت فلا ينصرفن احدكم من صلاته حتى يسمع
صوتا او يشم ريحا ۰ فان خرج الريح من الذكر فقد روي عن محمد انه حدث لانه خرج من موضع النجاسة وعامة مشايخنا
رح يقولون هذا لا يكون حدثا الا ان يكون مفضاة فخرج منها ريح منتن فيستحب لها ان تتوضأ ولا يلزمها ذلك لانا لا نتيقن
بخروج الريح من موضع النجاسة وان رعف قليلا لم يسل لم ينتقض وضوءه ومراده فيما صلب من انفه لم ينزل منه الى ما لان
الى الارنبة منه فقد قال محمد رح في النوادر اذا نزل الدم الى قصبة الانف انتقض به الوضوء بخلاف البول اذا نزل
الى قصبة الذكر لان هناك النجاسة لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالاستنشاق في الجنابة فرض وفي الوضوء سنة
قال ويتوضأ صاحب الجرح السايل لوقت كل صلاة ويصلي بذلك ما شاء من الفرايض والنوافل ما دام في الوقت واصل ذلك
في المستحاضة فان دم المستحاضة حدث عندنا وعند الشافعي رح خلافا لمالك رح فانه يقول ما ليس بمعتاد من الخارج
لا يكون حدثا ۰ والدليل على انه حدث قوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ثم عندنا يلزمها الوضوء في وقت كل صلاة
وقال الشافعي رح تتوضأ لكل صلاة مكتوبة ولها ان تصلي ما شاءت من النوافل بذلك ولا تجمع بين فرضين بوضوء واحد لقوله عم

الحايض بنت قيس رض حين استحيضت توضئي لكل صلاة ومطلقه يتناول المكتوبة وان طهارتها طهارة ضرورية لاقتران الحدث
بوجوده باعتبار كل مكتوبة ضرورة فيلزمها وضوء جديد فاما النوافل تبع للفرايض فيثبت حكم الطهارة في الاصل بوجوب ثبوته
في التبع ۞ ولنا حديث عايشة رض قال عم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وما روي لكل صلاة فالمراد منه الوقت فالصلاة
تذكر بمعنى الوقت قال عم ان للصلاة اولا واخرا اي لوقت الصلاة وان الرجل يقول لغيره ايتك صلاة الظهر اي وقته والمعنى فيه
ان الاوقات متيسرة للتمكن من الاداء فيها فان الناس يختلفون في الاداء فمنهم من هو مطول ومنهم من هو مقصر فشرع الشرع للاداء وقتا
يفضل عنه تيسيرا فاذا اقام الوقت مقام الصلاة لهذا فتجدد الضرورة يكون بتجدد الوقت وما بقي الوقت يجعل الضرورة كالقايمة
تيسيرا عليها في اقامة الوقت مقام الفعل وبعدما فرغت من الاداء ان بقيت طهارتها فلها ان تصلي فرضا اخر وان لم تبق طهارتها
فليس لها ان تصلي النافلة لان الطهارة من شرطها ثم انتقاض طهارتها بخروج الوقت عند ابي حنيفة ومحمد رح وبدخول الوقت
عند زفر رح وبهما عند ابي يوسف رح بين هذا الاختلاف فيما اذا توضأت في وقت الفجر فطلعت الشمس تنتقض طهارتها الا على قول
ابي يوسف وزفر وعندهما يقول لان طهارتها قبل وقوع الحاجة اليها غير معتبرة فبدخول الوقت تجدد الحاجة لوجوب الاداء عليها
فيلزمها الطهارة ۞ ولنا ان انتقاض طهارتها بوقوع الاستغناء عنها وذلك بخروج الوقت ثم صاحب الجرح السايل عندنا
في معنى المستحاضة لان الخارج من غير السبيلين حدث عندنا فيتوضأ لوقت كل صلاة ۞ ولو قلنا بما قال زفر رح ادى الى الحرج لانه
اذا كان بيته بعيدا عن الجامع فلو انتظر للوضوء زوال الشمس فاتته الصلاة فلا يجد بدا من ان يتوضأ قبل الزوال فان سال الدم
بعد الوضوء حتى نفذ الرباط فذلك لا يمنعه من اداء الصلاة ما بقي الوقت فان فاطمة بنت قيس رض لما قالت لرسول الله عم اني اثج
الدم ثجا فقال احتشي واستثفري وصلي وان قطر الدم على الحصير قطرا فان اصاب ثوبه من ذلك الدم فعليه ان يغسله وهذا اذا
كان مفيدا بان لا يصيبه مرة بعد اخرى حتى اذا صلى ولم يغسله وهو اكثر من قدر الدرهم لم يجزه الا اذا كان الغسل غير مفيد
بان كان يصيبه ثانيا وثالثا وكان محمد بن مقاتل الرازي رح يقول عليه غسل ثوبه في وقت كل صلاة مرة بالقياس على الوضوء
وغيره من مشايخنا رح يقولون لا يلزمه ذلك لان حكم الوضوء عرفناه بالنص ونجاسة الثوب ليس في معنى الحدث حتى ان القليل منه
يكون عفوا فلا يلحق به وان سال الدم من موضع اخر اعاد الوضوء وان كان الوقت باقيا لان هذا حدث جديد ونقض طهارته
بالوقت كان للحدث الموجود باعتبار تحقق الضرورة فيما يتجدد من الحدث هو كغيره ۞ قال ومن خاض ماء المطر الى المسجد
اوداس الطين لم ينتقض له وضوءه لان انتقاض الوضوء بالخارج النجس من البدن وروي ان عليا رض خرج يوما والسماء تسكب
فاخذ نعليه بيده وخاض الماء حتى اتى المسجد فمسح قدميه ودخل وصلى وهكذا روي عن انس رض فتبين انه لا وضوء عليه ولا يغسل
القدمين بل يمسح قدميه ويصلي وهذا اذا كان التراب طاهرا فان الطين من الماء النازل من السماء والتراب الطاهر طاهر
فاما اذا كان احدهما اما الماء واما التراب نجسا فالطين نجس لا بد من غسله هو الصحيح من المذهب وانما يمسح قدميه قبل ان يدخل
المسجد كيلا يؤدي الى تلويث المسجد ۞ وروي ان ابا حنيفة رح راى رجلا يمسح خفيه باسطوانة المسجد فقال لو مسحته بلحيتك
كان خيرا لك ۞ الا ان يكون موضعا معدا لذلك في المسجد فحينئذ لا باس به لان ذلك الموضع لا يصلى فيه عادة قال
ومن سال عليه من موضع شيء لا يدري ما هو فغسله احسن لان غسله لا ريبة وتركه ريبة ۞ وقال عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك
وان تركه جاز لانه على يقين من الطهارة في ثوبه وشك من النجاسة فان كان اكبر رايه انه نجس غسله لان اكبر الراي فيما لا يعلم
حقيقته كاليقين قال عم المؤمن ينظر بنور الله تعالى وكان شيخنا الامام الحلواني رح يقول في بلدتنا لا بد من غسله لان الظاهر
انما يراق البول والماء النجس من السطوح وان انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر لم يلزمه غسله لان فيه بلوى فان من بال
في يوم ريح لا بد ان يصيبه هذا خصوصا في الصحاري وقد بينا ان ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفوا ۞ قال
ومن شك في بعض وضوءه وهو اول ما شك غسل الموضع الذي شك فيه لان غسله لا ريبة ولانه على يقين من الحدث في ذلك العضو
وفي شك من غسله ولم يرد بهذا اللفظ انه لم يصبه قط مثل هذا فان مراده ان الشك في مثله لم يصر عادة له حتى قال
بعد ذلك فان كان يعرض له هذا كثيرا لم يلتفت اليه لانه من الوساوس والسبيل في الوساوس قطعها وترك الالتفات اليها لانه
لو اشتغل بها لم يتفرغ لاداء الصلاة فكلما قام اليها يبتلى بمثل هذا الشك ومن شك في الحدث فهو على وضوئه وان كان محدثا
فشك في الوضوء فهو على حدثه لان الشك لا يعارض اليقين وما تيقن به لا يرتفع بشكه وعن محمد رح قال المتوضئ اذا تذكر انه دخل
موضع الخلاء لقضاء الحاجة وشك انه خرج قبل ان يقضيها او بعدما قضاها فعليه ان يتوضأ لان الظاهر من حاله انه ما خرج

صاحب الجرح السايل

الا بعد قضايها وكذلك المحدث اذا علم انه جلس للوضوء ومعه ماء وشك انه قام قبل ان يتوضأ او بعدما توضأ فلا وضوء عليه
لان الظاهر انه لا يقوم حتى يتوضأ والبناء على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه ۞ قال ومن توضأ ثم راى البلل سايلا عن ذكره
اعاد الوضوء لان البول سال منه وهو ناقض للوضوء وانما قال رآه سايلا لان مجرد البلة يحتمل ان يكون من ماء الطهارة
فان علم انه بول ظهر عليه فعليه الوضوء وان لم يكن سايلا وان كان الشيطان يريه ذلك كثيرا ولا يعلم انه بول او ماء يمضي
على صلاته لانه من جملة الوساوس ولا يلتفت اليها لقوله عم ان الشيطان ياتي احدكم فينفخ بين اليتيه ويقول احدثت
احدثت فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا او يجد ريحا ۞ وفي الحديث ان شيطانا يقال له الولهان لا شغل له الا الوسوسة
في الوضوء فلا يلتفت الى ذلك وينبغي ان ينضح فرجه وازاره اذا توضأ بالماء قطعا لهذه الوسوسة حتى اذا احس بشيء منه
احاله على ذلك الماء وقد روي عن انس رض ان النبي عم كان ينضح ازاره بالماء اذا توضأ ۞ وفي بعض الروايات
قال نزل علي جبريل عم وامرني بذلك ۞ قال وليس في دم البق والبراغيث شيء لانه ليس بدم سايل ولا يستطاع الامتناع منه
خصوصا في زمن الصيف في حق من ليس له الا ثوب واحد ينام فيه كما كان لاصحاب الصفة رضوان الله عليهم على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكذلك دم السمك ليس بشيء يعني ليس بنجس وقد بينا انه ليس بدم على الحقيقة وروى الحسن عن ابي حنيفة
في الكبار الذي يسيل منه الدم الكثير انه نجس ولا اعتماد على تلك الرواية واما دم ۞ فان كان اكثر من قدر الدرهم اعاد ما صلى
وهو عليه لانه دم سايل ۞ وقد روي ان الاذى الذي كان في نعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خلع نعليه في الصلاة
كان دما ۞ وانه اذا اراد ان يتوضأ بماء فاخبره بعض اهله انه قذر لم يتوضأ به لان قول الواحد في امر الدين حجة اذا كان المخبر ثقة
حتى كانت روايته الحديث موجبا للعمل فكذلك الاخبار بنجاسة الماء من امر الدين يجب العمل بخبره ۞ قال فاذا ادخل الصبي
يده في كوز ماء ولا يعلم على يده قذر فالمستحب ان لا يتوضأ به لانه لا يتوقى النجاسات عادة فالظاهر ان يده لا تخلو عن نجاسة
فالاحتياط في التوضي بغيره وان توضأ به اجزاه لانه على يقين من الطهارة وفي شك من النجاسة وحاله كحال الدجاجة
المخلاة وقد بينا حكم سورها ۞ قال ولا باس بالوضوء من حب يوضع كوزه في نواحي الدار ما لم يعلم انه قذر لانه عمل الناس
وبهم الحرج في النزوع عن هذه العادة ۞ والاصل فيه الطهارة فيتمسك به ما لم يعلم بالنجاسة وفي الحديث ان النبي عم
في حجة الوداع استسقى العباس رض فقال الا اتيك بالماء من بعض البيوت فان الناس يتخلون ايديهم في ماء السقاية
فقال اسقني [illegible] ۞ قال فان وقع [illegible]
[illegible] ۞ [illegible]
والمواشي [illegible]
بالكثرة [illegible]
[illegible] البير [illegible] ۞ [illegible]
[illegible] وهو الصحيح وعن ابي يوسف [illegible] عن ابي حنيفة رح في الاصل [illegible]
[illegible]
[illegible]
لان الماء [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
في الحلب ۞ قال ولا يتوضأ بشيء من الاشربة سوى الماء [illegible]
قال يتوضأ به عند عدم الماء ويتيمم [illegible] ۞ وفي الجامع الصغير [illegible]
لا بد من الجمع بينه وبين التيمم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به وهو قول الشافعي رح
وروى نوح في الجامع عن ابي حنيفة رح انه رجع الى قول ابي يوسف ۞ قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
[illegible]

بماء مطلق فلا يتوضأ به كسائر الانبذة وابو حنيفة رح ترك هذا القياس بحديث عبد الله بن مسعود رض انه كان مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فلما انصرف اليه عند الصبح قال أمعك ماء يا ابن مسعود فقال لا الا نبيذ في اداوة فقال عم تمرة طيبة
وماء طهور فاخذه وتوضأ به وعن علي وابن عباس رض قالا لا بأس بنبيذ التمر طهور لمن لا يجد الماء والقياس يترك بالسنة وبقول الصحابي اذا كان فقيها
فاما آية التيمم نزلت في حال عدم الماء وهذا ماء شرعا كما قال عم وماء طهور وانما جمع بينهما محمد رح لان الآية توجب التيمم
والخبر يوجب التوضي بالنبيذ فجمع بينهما احتياطا فاذا قلنا بالاحتياط في سور الحمار ان يجمع بينه وبين التيمم فهذا اولى وصفة النبيذ
الذي يجوز التوضي به ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء فان كان ثخينا فهو كالرب لا يتوضأ به وان كان مشتدا فهو حرام
شربه فكيف يجوز التوضي به وان كان مطبوخا فالصحيح انه لا يجوز التوضي به حلوا كان او مشتدا لان النار غيرته فهو كالباقلا فاما سائر
الانبذة فكان الاوزاعي رح يقول يجوز التوضي بها قياسا على نبيذ التمر وعندنا لا يجوز لان نبيذ التمر مخصوص من القياس بالاثر
فلا يقاس عليه غيره ● واختلف مشايخنا رح في الاغتسال بنبيذ التمر عند ابي حنيفة رح فمنهم من لم يجوز لان الاثر في الوضوء
والاصح انه يجوز لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما في معناه من كل وجه ● قال والاغماء ينقض الوضوء من كل وجه في الاحوال
لان النبي عم توضأ في مرضه فلما اراد ان يقوم اغمي عليه فلما افاق توضأ ثانيا ولان الاغماء في غفلة المرء عن نفسه فوق النوم مضطجعا
فان هناك اذا نبه انتبه وهنا لا ينتبه وكذلك يقطع الصلاة ويمنع من البناء عليها لان البناء على الصلاة عند سبق الحدث مستحسن
فيما تعم به البلوى والاغماء ليس من هذا في شيء وكذلك لو مات الامام استقبل القوم الصلاة بامام آخر لان عمله انقطع بموته
قال عم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة وهذا ليس من جملتها والبناء على المنقطع غير ممكن فلهذا استقبلوا ● قال
وليس الغسل بواجب يوم الجمعة ولكنه سنة الا على قول مالك رح وحجته ما روي ان النبي عم قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم
او قال حق ● ولنا حديث ابي هريرة رض ان النبي عم قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل ولما دخل عثمان
المسجد يوم الجمعة وعمر رض يخطب قال اية ساعة المجيء هذه قال ما زدت بعد ان سمعت النداء على ان توضأت قال والوضوء ايضا
وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامر بالاغتسال في هذا اليوم ثم لم يأمره بالانصراف فدل انه ليس بواجب وتاويل الحديث
ما روي عن عائشة وابن عباس رض قال كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك
فكان يتأذى بعضهم برائحة البعض فامروا بالاغتسال لهذا ثم انتسخ هذا حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم واختلف
ابو يوسف والحسن بن زياد رح ان الاغتسال لليوم او للصلاة فقال الحسن لليوم اظهارا لفضيلته كما قال عم سيد الايام يوم الجمعة
وقال ابو يوسف رح للصلاة لانها مؤداة بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وفائدة الاختلاف فيما اذا اغتسل يوم الجمعة
ثم احدث فتوضأ وصلى الجمعة عند ابي يوسف رح لا يكون مقيما للسنة وعند الحسن رح يكون والاغتسال في الحاصل احد عشر نوعا
خمسة منها فريضة الاغتسال من التقاء الختانين ومن انزال الماء والاحتلام والحيض والنفاس ● واربعة منها سنة الاغتسال
يوم الجمعة ويوم عرفة وعند الاحرام وفي العيدين وواحد واجب وهو غسل الميت والآخر مستحب وهو الكافر اذا اسلم فانه
يغتسل به امر رسول الله صلى الله عليه وسلم من جاء يريد الاسلام وهذا اذا لم يكن جنبا فان كان جنبا لم يغتسل حتى اسلم ●
فقد قال بعض مشايخنا رح ان الكفار لا يخاطبون بالشرائع والاصح انه يلزمه لان بقاء صفة الجنابة بعد اسلامه كبقاء صفة الحدث
في وجوب الوضوء ● والله اعلم

باب الفارة في البئر

واذا ماتت الفارة في البئر نزح منها عشرون دلوا او ثلاثون بعد اخراج الفارة فعشرون واجب وثلاثون احوط وقد مر بيانه فيما تقدم
واصحاب الشافعي رح يطعنون في هذا فيقولون دلو يميز النجس من الطاهر دلو كيس وهذا طعن في السلف فقد صح ان طهارة البئر بنزح
بعض الدلاء قول السلف من الصحابة والتابعين رض فقالوا انهم بالرأي ما هو اشد من هذا فقالوا في بئر فيها قلتان من الماء ماتت فيها فارة
فنزح منها دلو فان حصلت الفارة في الدلو فالماء الذي في الدلو نجس والذي بقي في البئر طاهر وان بقيت الفارة في البئر فالماء الذي
في الدلو طاهر والذي في البئر نجس فهذا كيس ولو نزح منها عشرون دلوا قبل اخراج الفارة لم تطهر لان بقاء الفارة فيها بعد النزح
كابتداء الوقوع ولان سبب نجاسة البئر حصول النجاسة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة ●
فان اخرجت الفارة ثم نزح منها عشرون دلوا وهو يقطر فيها لم يضرها ذلك لان النزح على وجه لا يقطر شيء منها فيها متعذر وما لا

الامتناع عنه يجعل عفوا لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها وان صب الدلو الاخير في بئر اخرى فعليهم ان ينزحوا دلوا مثله
كما لو صب في البئر الاولى لان حال البئر الثانية بعد ما حصل هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى حين كان هذا الدلو فيها وان صب
الاول في بئر طاهرة كان عليهم ان ينزحوا منها عشرين دلوا لان حال البئر الثانية بعد حصول هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى
حين كان الدلو فيها وان صب الاول في بئر اخرى قبل اخراج الفارة ينزح جميع ماء البئر الثانية كذا قاله استاذنا رضي الله عنه
وكان الكرخي رح يقول لا اعرف هذه المسائل الا تقليدا فان ماء الدلو الاخير نجس كماء الدلو الاول والفرق بينهما بطريق
المعنى غير ممكن وشبه هذا بالثوب النجس اذا غسل ثلثا فالماء الثالث في النجاسة كالماء الاول اذا اصاب ثوبا آخر نجسه
وكان الحاكم الشهيد رح يقول في مسئلة الثوب على قياس مسئلة البئر ان اصاب الاول ثوبا لا يطهر الا بالغسل ثلثا وان اصاب
الماء الآخر ثوبا يطهر بالغسل والاصح الفرق بينهما فنقول في الثوب نجاسة عينية وتنجس الماء بحصول اجزاء النجاسة فيه
وفي هذا لا فرق بين الماء الاول والثالث فاما نجس البئر فحكمي وطهارته بالنزح ثبت بالرأي وكان ماء الدلو الاخير
اخف من الماء الذي في الدلو الاول لان عند نزح الدلو الاول يتيقن بكون الماء النجس في البئر وهو ما جاور الفارة الماء
الذي نزح فيما سبق من الدلاء فهذا معنى قول محمد رح كان نزح الماء كان طهر البئر فلهذا فرقنا بين الدلو الاول اذا صب
في بئر اخرى وبين الدلو الاخير وان صب الدلو الثاني فيها كان عليهم ان ينزفوا منها تسعة عشر دلوا لان حالها كحال الدلو
الاول وان صب الدلو العاشر فيها كان عليهم ان ينزفوا عشرة دلاء هكذا ذكر في نسخ ابي سليمان رح وفي نسخ ابي حفص رحمه الله
قال احد عشر دلوا وهو الصواب لان حال البئر الثانية كما صب العاشر فيها كحال البئر الاولى حين كان الدلو فيها وتأويل ما ذكر
في نسخ ابي سليمان رح انه ينزح منها عشرة دلاء سوى المصبوب فيها كالفارة والدلو المصبوب فيه واجب النزح بيقين وان اخرجت
وان اخرجت الفارة فالقيت في البئر الثانية وصب فيها عشرون دلوا من الاولى فعليهم اخراج الفارة ونزح عشرين دلوا لان
ان حال البئر الثانية كحال البئر الاولى ● وقد روي عن ابي يوسف رح ان عليهم ان ينزفوا منها عشرين دلوا سوى المصبوب
كالفارة في البئر الاولى والاول اصح لانا نتيقن انه ليس في هذه البئر الا نجاسة فارة ونجاسة الفارة تطهيرها نزح عشرين
وكان الحسن بن زياد رح يقول لا يطهر بهذا لان عند تكرار النزح الماء ينبع من اسفله ويؤخذ من اعلاه فيكون في حكم الماء الجاري
وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم يسع فيها عشرون دلوا بدلوهم فاستقوا منها دلوا واحدا اجزاهم وقد طهرت البئر لان
ما جاور الفارة من الماء فلا فرق بين ان يوجد ذلك في دلو واحد او في عشرين دلوا وكان الحسن بن زياد رح يقول لا يطهر بهذا
الا عند تكرار النزح الماء ينبع من اسفله ويؤخذ من اعلاه فيكون في حكم الماء الجاري وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم مرة
ونحن نقول لما قدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا ان المعتبر قدر النزح وان معنى الجريان ساقط لان ذلك يحصل بدونه
بزيادته ولهذا قلنا لو نزح في عشرة ايام ونحوه تطهر لوجود القدر مع عدم الجريان ثم معنى اللفظ المذكور في الكتاب
يدل على انه يعتبر في كل بئر دلو تلك البئر لقوله بدلوهم ● وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان المعتبر دلو يسع فيه صاع
من الماء ليتمكن كل احد من النزح به من رجل او امرأة او صبي ● قال ولو توضأ رجل من هذه البئر بعد ما نحى هذا الدلو عن رأسها
جاز وضوءه لانا حكمنا بطهارة البئر فان صب ذلك الدلو فيها لم يفسد وضوء الرجل لان تنجيس البئر حصل الان وان كان الدلو
بعد في البئر لم ينفصل عن وجه الماء لا يجوز لاحد ان يتوضأ بذلك الماء وان انفصل الدلو عن وجه الماء وهو معلق في هواء البئر
فتوضأ رجل منها لم يجزه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه لان الماء الطاهر متميز عن الماء النجس فكانه نحي عن رأس البئر
وكون الماء النجس معلقا في هواء البئر لا يكون اقوى من خمر او بول في دلو معلق في هواء البئر لا يحكم بنجاسة البئر بهذا والتقاطر
انما جعل عفوا لاجل الضرورة على ما مر ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان الماء النجس متصل بماء البئر حكما بدليل ان التقاطر فيه يجعل عفوا
ولولا الاتصال حكما لما جعل عفوا كما في البول والخمر فصار بقاء الاتصال حكما كبقائه حقيقة ولو كان باقيا حقيقة وان لم ينفصل
عن وجه الماء لا يحكم بطهارة البئر وهذا لان البئر موضع الماء فاعلاه كاسفله كالمسجد لما كان موضع الصلاة جعل كله
كمكان واحد في حكم الاقتداء ● قال ولو غسل ثوب نجس في اجانة بماء نظيف ثم في اخرى ثم في اخرى فقد طهر الثوب استحسانا والقياس
ان لا يطهر الثوب وان غسل في عشر اجانات وبه قال بشر بن غياث رح ووجهه ان الثوب النجس كما حصل في الاجانة تنجس
ذلك الماء فانما غسل الثوب بعد ذلك في ماء نجس ولا يطهر حتى يصب الماء عليه صبا او يغسل في الماء الجاري ● ووجه
الاستحسان قوله عم طهور اناء احدكم اذا ولغ الكلب فيه ان يغسله ثلثا فتبين بالحديث ان الاناء النجس يطهر بالغسل في

بماء مطلق فلا يتوضأ به كسائر الانبذة وقال ابو حنيفة رح هذا القياس ولكن تركته بحديث عبد الله بن مسعود رض انه كان مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فلما انصرف اليه عند الصبح قال أمعك ماء يا ابن مسعود فقال لا الا نبيذ في اداوة فقال ع م تمرة طيبة
وماء طهور فاخذه وتوضأ به وعن علي وابن عباس رض قالا النبيذ التمر طهور من لا يجد الماء والقياس يترك بالسنة وبقول الصحابي اذا كان فقيها
فاما آية التيمم نزلت لحال عدم الماء وهذا ماء شرعا كما قال ع م وماء طهور وانما جمع بينهما محمد رح لان الآية توجب التيمم
والخبر يوجب التوضي بالنبيذ فجمع بينهما احتياطا فاذا قلنا بالاحتياط في سؤر الحمار ان يجمع بينه وبين التيمم فهذا اولى وصفة النبيذ
الذي يجوز التوضي به ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء فان كان ثخينا فهو كالرب لا يتوضأ به وان كان مشتدا فهو حرام
شربه فكيف يجوز التوضي به وان كان مطبوخا فالصحيح انه لا يجوز التوضي به حلوا كان او مشتدا لان النار غيرته فهو كالباقلاء اما سائر
الانبذة فكان الاوزاعي رح يقول يجوز التوضي بها في القياس على نبيذ التمر وعندنا لا يجوز لان نبيذ التمر مخصوص من القياس بالاثر
فلا يقاس عليه غيره ۞ واختلف مشايخنا رح في الاغتسال بنبيذ التمر عند ابي حنيفة رح فمنهم من لم يجوزه لان الاثر في الوضوء خاصة
والاصح انه يجوز لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما في معناه من كل وجه ۞ قال والاغماء ينقض الوضوء من كل وجه في الاحوال كلها
لان النبي ع م توضأ في مرضه فلما اراد ان يقوم اغمي عليه فلما افاق توضأ ثانيا ولان الاغماء في غفلة المرء عن نفسه فوق النوم مضطجعا
فان هناك اذا نبه انتبه وهنا لا ينتبه وكذلك يقطع الصلاة ويمنع من البناء عليها لان البناء على الصلاة عند سبق الحدث مستحسن
فيما تعم به البلوى والاغماء ليس من هذا في شيء وكذلك لو مات الامام استقبل القوم الصلاة بامام آخر لان عمله انقطع بموته
قال ع م اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاثة وهذا ليس من جملتها والبناء على المنقطع غير ممكن فلهذا استقبلوا ۞ قال
وليس الغسل بواجب يوم الجمعة ولكنه سنة الا على قول مالك رح وحجته ما روي ان النبي ع م قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم
او قال حق ۞ ولنا حديث ابي هريرة رض ان النبي ع م قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل ولما دخل عثمان
المسجد يوم الجمعة وعمر رض يخطب قال اية ساعة المجيء هذه قال ما زدت بعد ان سمعت النداء على ان توضأت قال والوضوء ايضا
وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامر بالاغتسال في هذا اليوم ثم لم يامره بالانصراف فدل انه ليس بواجب وتاويل الحديث
ما روي عن عائشة وابن عباس رض قال كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك
فكان يتأذى بعضهم برائحة البعض فامروا بالاغتسال لهذا ثم انتسخ هذا حيث لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم واختلف
ابو يوسف والحسن بن زياد رح ان الاغتسال لليوم ام للصلاة فقال الحسن لليوم اظهارا لفضيلته كما قال ع م سيد الايام يوم الجمعة
وقال ابو يوسف رح للصلاة لانها مؤداة بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وفائدة الاختلاف فيما اذا اغتسل يوم الجمعة
ثم احدث فتوضأ وصلى الجمعة عند ابي يوسف رح لا يكون مقيما للسنة وعند الحسن رح يكون والاغتسال في الحاصل احد عشر على
خمسة منها فريضة الاغتسال من التقاء الختانين ومن انزال الماء والاحتلام والحيض والنفاس ۞ واربعة منها سنة الاغتسال
يوم الجمعة ويوم عرفة وعند الاحرام وفي العيدين وواحد واجب هو غسل الميت والآخر مستحب هو الكافر اذا اسلم فانه يستحب له
ان يغتسل به امر رسول الله صلى الله عليه وسلم من جاء يريد الاسلام وهذا اذا لم يكن جنبا فان كان جنبا لم يغتسل حتى اسلم
فقد قال بعض مشايخنا رح ان الكفار لا يخاطبون بالشرائع والاصح انه يلزمه لان بقاء صفة الجنابة بعد اسلامه كبقاء صفة الحدث
في وجوب الوضوء ۞ والله اعلم

باب الفأرة في البئر

واذا ماتت الفأرة في البئر نزح منها عشرون دلوا او ثلاثون بعد اخراج الفأرة فعشرون واجبة وثلاثون احوط وقد جرت به العادة فيما تقدم
واصحاب الشافعي رح يطعنون في هذا فيقولون لو تميز النجس من الطاهر وهذا طعن في السلف فقد من ان طهارة البئر بنزح
بعض الدلاء قول السلف من الصحابة والتابعين رض حتى قالوا انهم بالراي ما هو اشد من هذا فقالوا في بئر فيها قلتان من الماء ماتت فيها فأرة
فنزح منها دلو فان حصلت الفأرة في الدلو فالماء الذي في الدلو نجس والذي بقي في البئر طاهر وان بقيت الفأرة في البئر فالماء الذي
في الدلو طاهر والذي في البئر نجس فلو لم هذا كيف ولو نزح منها عشرون دلوا قبل اخراج الفأرة لم تطهر لان بقاء الفأرة فيها بعد النزح
كابتداء الوقوع ولان سبب نجاسة البئر حصول نجاسة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة ۞
فان اخرجت الفأرة ثم نزح منها عشرون دلوا وهو متقاطر فيها لم يضرها ذلك لان النزح على وجه لا يقطر شيء منها فيها متعذر وما لا يستطاع

الامتناع

الامتناع عنه يجعل عفوا لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها وان صب الدلو الاخير في بئر اخرى فعليهم ان ينزحوا دلوا مثله
كما لو صب في البئر الاولى لان حال البئر الثانية بعد ما حصل هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى حين كان هذا الدلو فيها وان صب
الاول في بئر طاهرة كان عليهم ان ينزحوا منها عشرين دلوا لان حال البئر الثانية بعد حصول هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى
حين كان الدلو فيها وان صب الاول في بئر اخرى قبل اخراج الفأرة ينزح جميع ماء البئر الثانية كذا قال استاذنا رضي الله عنه
وكان الكرخي رح يقول لا اعرف هذه المسائل لا نقلا ولا قياسا فان ماء الدلو الاخير نجس كماء الدلو الاول والفرق بينهما بطريق
المعنى غير ممكن وشبه هذا بالثوب النجس اذا غسل ثلثا فالماء الثالث في النجاسة كالماء الاول اذا اصاب ثوبا اخر نجسه
وكان الحاكم الشهيد رح يقول في مسئلة الثوب على قياس مسئلة البئر ان اصابه الاول ثوبا لا يطهر الا بالغسل ثلثا وان اصابه
الماء الاخير يطهر بالغسل والاصح الفرق بينهما فنقول في الثوب نجاسة عينية وتنجس الماء بحصول اجزاء النجاسة فيه
وفي هذا لا فرق بين الماء الاول والثالث فاما تنجس البئر فحكمي وطهارته بالنزح بخلاف الراي وكان ماء الدلو الاخير
اخف من الماء الذي في الدلو الاول لانه عند نزح الدلو الاول يتيقن بكون الماء النجس في البئر وهو ما جاوز الفأرة الماء
الذي نزح فيما سبق من الدلاء فهذا معنى قول محمد رح كان نزح الماء كان طهرا للبئر فلهذا فرقنا بين الدلو الاول اذا صب
في بئر اخرى وبين الدلو الاخير وان صب الدلو الثاني فيها كان عليهم ان ينزحوا منها تسعة عشر دلوا لان حالها كحال الدلو
الاول وان صب الدلو العاشر فيها كان عليهم ان ينزحوا عشرة دلاء هكذا ذكر في نسخ ابي سليمان رح وفي نسخ ابي حفص رحمه الله
قال احد عشر دلوا وهو الصواب فان حال البئر الثانية كما صب العاشر فيها كحال البئر الاولى حين كان الدلو فيها وتاويل ما ذكر
في نسخ ابي سليمان رح انه نزح منها عشرة دلاء سوى المصبوب فيها كالفأرة والدلو المصبوب فيه واجب النزح بيقين وان اخرجت
وان اخرجت الفأرة فالقيت في البئر الثانية وصب فيها عشرون دلوا من الاولى فعليهم اخراج الفأرة ونزح عشرين دلوا لان
حال البئر الثانية كحال البئر الاولى ۞ وقد روي عن ابي يوسف رح ان عليهم ان ينزحوا منها عشرين دلوا سوى المصبوب فيها
كالفأرة في البئر الاولى والاول اصح لانا نتيقن انه ليس في هذه البئر الا نجاسة فأرة ونجاسة الفأرة تطهيرها نزح عشرين دلوا
وكان الحسن بن زياد رح يقول لا يطهر بهذا لان عند تكرار النزح الماء ينبع من اسفله ويؤخذ من اعلاه فيكون في حكم الماء الجاري
وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم ينبع بها عشرون دلوا بدلوهم فاستقوا منها دلوا واحدا اجزاهم وقد طهرت البئر لان المعتبر
ما جاوز الفأرة من الماء فلا فرق بين ان يوجد ذلك في دلو واحد وفي عشرين دلوا وكان الحسن بن زياد رح يقول لا يطهر بهذا
الا عند تكرار النزح الماء ينبع من اسفله ويؤخذ من اعلاه فيكون في حكم الماء الجاري وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم منها
ونحن نقول لما قدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا ان المعتبر قدر النزح وان معنى الجريان ساقط لان ذلك يحصل بدونه دون
بزيادته ولهذا قلنا لو نزح عشرة ايام ونحوه تطهر لوجود القدر مع عدم الجريان ثم معنى اللفظ المذكور في الكتاب
يدل على انه يعتبر في كل بئر دلوها لقوله بدلوهم ۞ وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان المعتبر دلو يسع فيه صاع
من الماء ليتمكن كل احد من النزح به من رجل وامرأة او صبي ۞ قال ولو توضأ رجل من هذه البئر بعد ما نحي هذا الدلو عن رأسها
جاز وضوءه لانا حكمنا بطهارة البئر فان صب ذلك الدلو فيها لم يفسد وضوء الرجل لان تنجيس البئر حصل الان وان كان الدلو
بعد في البئر لم ينفصل عن وجه الماء لا يجوز لاحد ان يتوضأ بذلك الماء وان انفصل الدلو عن وجه الماء وهو معلق في هواء البئر
فتوضأ رجل منها لم يجزه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه لان الماء الطاهر تميز عن الماء النجس فكانه نحي عن رأس البئر
وكون الماء النجس معلقا في هواء البئر لا يكون اقوى من خمر او بول في دلو معلق في هواء البئر لا يحكم بنجاسة البئر بهذا والتقاطر
انما جعل عفوا لاجل الضرورة على ما مر ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان الماء النجس متصل بماء البئر حكما بدليل ان التقاطر فيه جعل عفوا
ولولا الاتصال حكما لما جعل عفوا كما في البول والخمر فصار بقاء الاتصال حكما كبقائه حقيقة ولو كان باقيا حقيقة وان لم ينفصل
عن وجه الماء لا يحكم بطهارة البئر وهذا لان البئر موضع الماء فاعلاه كاسفله كالمسجد لما كان موضع الصلاة جعل كله
كمكان واحد في حكم الاقتداء ۞ قال ولو غسل ثوب نجس في اجانة بماء نظيف ثم في اخرى فقد طهر الثوب استحسانا والقياس
ان لا يطهر الثوب وان غسل في عشر اجانات وبه قال بشر بن غياث رح ووجهه ان الثوب النجس كما حصل في الاجانة تنجس
ذلك الماء فانما غسل الثوب بعد ذلك في ماء نجس فلا يطهر حتى يصب الماء عليه صبا او يغسل في الماء الجاري ۞ ووجه
الاستحسان قوله ع م طهور اناء احدكم اذا ولغ الكلب فيه ان يغسله ثلثا فتبين بالحديث ان الاناء النجس يطهر بالغسل

الى تقوير اسفله ليجري الماء على النجاسة والمعنى فيه ان الثياب النجسة تغسلها النساء والخدم عادة ومن يكون ثقيلا لا تقدر المرأة
على حمله ليصب الماء عليه والماء الجاري في كل مكان لا يوجد فلو لم يطهر بالغسل في الاجانات ادى الى الحرج ثم النجاسة نوعان مرئية وغير مرئية
فالمرئية لا بد من ازالة العين بالغسل وبقاء الاثر بعد زوال العين لا يضر هكذا قال عم في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه
ولا يضرك بقاء الاثر ولان المرأة اذا اختضبت يدها بالحناء النجس ثم غسلته يجوز صلاتها ولا يضرها بقاء الاثر وكان الفقيه
ابو جعفر رح يقول بعد زوال عين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بنجاسة غير مرئية غسلت مرة من غلظ النجاسة التي هي غير مرئية
فانها تغسل ثلثا لقوله عم اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده فلما
امر بالغسل ثلثا في النجاسة الموهومة ففي النجاسة المحققة اولى وعند الشافعي رح العبرة لغلبة الرأي فيما سوى ولوغ الكلب
حتى ان غلب على ظنه انه طهر بالمرة الواحدة يكفيه ذلك لظاهر قوله عم ثم اغسليه فلم يشترط فيه العدد ولكنا نقول غلبة الرأي في العام
الغالب يحصل بالغسل ثلثا وذلك يختلف فيه قلوب الناس فاقمنا السبب الظاهر مقامه تيسيرا قال وان اصابت النجاسة عضوا
من اعضائه فابو يوسف رح اخذ فيه بالقياس فقال لا يطهر بالغسل في الاجانات لان صب الماء عليه ممكن بلا حرج ولان الاستعمال
في العضو في تغيير صفة الماء اقوى منه في الثوب فان العضو الطاهر اذا غسل بالماء الطاهر صار مستعملا بخلاف الثوب الطاهر
فلا يمكن قياس العضو على الثوب ومحمد رح سوى بين العضو وبين الثوب في انه يطهر بالغسل في الاجانات وقول ابي حنيفة رح قال لان القذر
يتحقق في بعض الاعضاء فان دمي انفه او فمه لا يمكنه صب الماء عليه حتى يشرب الماء النجس ويعلو الى دماغه وفيه حرج بين فاخذنا
بالاستحسان في العضو كما اخذنا به في الثوب ثم ماء الاجانات كلها نجسة لان النجاسة تحولت الى الماء فان قيل جزء من الماء الثالث
قد بقي في الثوب بعد العصر فكيف يحكم بطهارة الثوب قلنا ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفوا مع ان الماء يتداخل في اجزاء
الثوب فيخرج النجاسة ثم يخرج على اثرها بالعصر فما يبقى بعد العصر لم يجاورها النجاسة الا ترى انه لو كان مكان النجاسة صبغ
كالزعفران وغيره يتحول الى الماء ولا يبقى شيء من ذلك اللون في الثوب ببقاء البلة فكذلك النجاسة قال جنب اغتسل في ثلاثة
ابار وليس على بدنه نجاسة عينية فقد افسد ماء الابار ولا يجزيه غسله في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح يخرج من البئر
الثالثة طاهرا وهذا لان الحدث الحكمي معتبر بالنجاسة العينية فالابار كالاجانات وعند ابي يوسف رح النجاسة لا تزول
عن البدن بالغسل في الاجانات فكذلك الحدث لا يزول عن البدن ولو كان يزول بالغسل في الابار لكان يخرج الجنب من البئر الاولى
طاهرا كما اذا صب الماء على بدنه مرة بعد مرة وعند محمد رح النجاسة العينية عن البدن تزول بالغسل في الاجانات فكذلك الجنابة
قال ولما كان هذا ثبوت الحكم بالقياس على النجاسة شرطنا فيه عدد الثلث كما يشترط في غسل النجاسة بخلاف صب الماء
على راسه قال فارة وقعت في بئر فماتت فيها ووقعت فارة اخرى في بئر اخرى فماتت فاستقي من احدهما عشرون دلوا وصب في الاخرى
اجزاهم نزح عشرين دلوا من البئر الثانية والاصل ان الشيء ينتظم ما هو مثله او دونه لا ما هو فوقه فاذا كان ما في البئر الثانية
مثل ما صب فيها انتظم احدهما الاخر فيطهر بنزح عشرين دلوا منها وهذا لانه في معنى ما لو ماتت فارتان في بئر وحكم الفارتين
كحكم الفارة الواحدة فان البئر تطهر بنزح عشرين دلوا منها وان ماتت فارة في بئر ثالثة فصب منها عشرون دلوا ايضا في هذه البئر
فانها تطهر بنزح اربعين دلوا لان المصبوب فيها اكثر فينتظم ما كان فيها فيطهر بنزح القدر المصبوب وذلك اربعون دلوا
لان المصبوب ولان هذا بمنزلة ثلث فارات لا تكون بمنزلة الدجاجة فاذا كان الثلث كالدجاجة في ظاهر الرواية الا في رواية
عن ابي يوسف رح قال لم يكن خمس فارات لا تكون بمنزلة الدجاجة فاذا كان الثلث في ظاهر الرواية كالدجاجة يطهرها نزح
اربعين دلوا وان صبوا في البئر الثالثة فيها دلوا ودلوين فعليهم ان ينزفوا منها عشرين دلوا مع هذه الزيادة لان المصبوب اكثر
فينتظم ما كان فيها وعن ابي يوسف رح في هذه الفصول ان بعد نزح القدر المصبوب ينزح منها عشرون دلوا قال
ولو ماتت فارة في جب فصبوها في البئر فعند ابي يوسف رح ينزح ما صب فيها وبعده عشرون دلوا وعند محمد رح ينظر الى ما
فان كان عشرين دلوا او اكثر ينزح ذلك القدر وان كان اقل ينزح منها عشرون دلوا لان الحاصل في البئر نجاسة فارة
قال وان ماتت فارة في سمن فان كان جامدا القي هي وما حولها ويوكل ما بقي وان كان ذائبا لم يوكل منه شيء لحديث ابي موسى الاشعري
رضي الله عنه ان النبي عم سئل عن فارة ماتت في السمن فقال ان كان جامدا فالقوها وما حولها وكلوا ما بقي وان كان ذائبا فاريقوه
ولان في الجامد النجاسة انما جاورت موضعا واحدا فاذا قور ذلك كان الباقي طاهرا وفي الذائب النجاسة جاورت الكل فصار
الكل نجسا وحد الجمود والذوب اذا كان بحال لو قور ذلك الموضع لا يستوي من ساعته فهو جامد وان كان ذائبا فاريقوه لانه

في الجامد

في الجامد النجاسة انما جاورت موضعا واحدا فاذا قور ذلك كان الباقي طاهرا وفي الذائب النجاسة جاورت الكل فصار الكل نجسا
وحد الجمود والذوب اذا كان بحال لو قور ذلك الموضع لا يستوي من ساعته فهو ذائب ثم الذائب لا باس بالانتفاع به سوى
الاكل من حيث الاستصباح ودبغ الجلد به وكذلك يجوز بيعه مع بيان عيبه عندنا وان باعه ولم يبين عيبه فالمشتري بالخيار
اذا علم به وعند الشافعي رح لا يجوز شيء من ذلك لانه بصفة النجاسة كالخمر فان عينه نجس فلا يجوز بيعه والانتفاع به الا ترى
ان النبي عم في الجامد اشار بالقاء ما حول الفارة وفي الذائب امر باراقة الكل فدل على انه لا يجوز الانتفاع به ولنا حديث
عائشة رضي الله عنها في النجاسة اذا وقعت في الدهن قال يستصبح به ويدبغ به الجلود وفي حديث ابي هريرة رض ان النبي عم
قال فان كان ذائبا فانتفعوا به ولان نجاسته لا لعينه بل لمجاورة النجاسة اياه فكان بمنزلة الثوب النجس بخلاف الخمر
فان عينها نجس وتاويل حديث ابي موسى الاشعري رض ان مراده عم بيان حرمة الاكل فعظم جنس الانتفاع بالسمن هو الاكل
واذا دبغ به الجلد ثم غسل بالماء طهر الجلد وما يتشرب فيه عفو لان عين الدهن تزول بالغسل انما تبقى لينه وذلك غير معتبر
قال وان ماتت فارة في جب فيه خل فادخل رجل يده فيه ثم ادخلها قبل ان يغسلها في عشرة خوابي خل فقد افسدهن كلهن
فان كان في الخوابي ماء فهو الجواب في قول ابي يوسف فاما على قول ابي حنيفة ومحمد رح يخرج يده من الخابية الثالثة طاهرا
بناء على غسل العضو النجس في الاجانات كما بينا الا ان يكون مراده ادخلها في الاجانة الاولى الى الابط حتى تنجس كله
ثم الخابية الثانية الى الرسغ وكذلك في كل خابية زاد قليلا فحينئذ الكل نجس كما قال وان كان في الخوابي خل فالجواب قول
ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة يخرج يده من الخابية الثالثة طاهرا وهو بناء على ازالة النجس بالمايعات الطاهرة
سوى الماء لا يجوز عند محمد وزفر رح والثوب والبدن فيه سواء وعند ابي حنيفة رح يجوز في الثوب والبدن جميعا وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف وفي الرواية الاخرى فصل بين الثوب والبدن فقال في البدن لا تزول النجاسة عنه الا بالماء وفي الثوب
يزول بكل مايع طاهر ينعصر بالعصر فاما ما لا ينعصر كالدهن والسمن لا يجوز ازالة النجاسة حجة محمد قوله تعالى
وانزلنا من السماء ماء طهورا فقد خص الماء بكونه طهورا واعتبر ازالة النجاسة بازالة الحدث لان كل واحد منهما طهارة وهي شرط
الصلاة فاذا كان لا يحصل احدهما الا بالماء فكذلك الاخر ولا عبرة لزوال العين فكما تزول بالاشياء الطاهرة تزول بالاشياء النجسة
كبول ما يوكل لحمه ولم يعتبر ذلك فهذا مثله وحجة ابي حنيفة رح ان الثوب قبل اصابة النجاسة كان طاهرا وبعد الواجب
ازالة عين النجاسة حتى لو قطعه بالمقراض بقي الثوب طاهرا وازالة عين النجاسة كما تحصل بالماء تحصل بسائر المايعات
وربما تاثير الخل في قلع النجاسة اكثر من تاثير الماء فاذا زال به عين النجاسة بقي طاهرا كما كان بخلاف ما لا ينعصر فانه ينتشر في الثوب
ويزداد به النجاسة ولا تزول وكذا في بول ما يوكل لحمه فقد قال بعض مشايخنا رح ان النجاسة الاولى تزول به لكن تبقى نجاسة البول
حتى يكون التقدير فيه بالكثير الفاحش والاصح ان التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين فاما الطهارة عن الحدث
طهارة حكمية فيها معنى العبادة فلا يجوز الا بما تعبدنا به وانما تعبدنا بالماء لانه هين موجود لا يلحق الناس حرج في افساده
باستعمال سائر المايعات وانها اموال يلحق الناس حرج في افسادها بالاستعمال وابو يوسف فرق بينهما لهذا المعنى بين النجاسة
على البدن وعلى الثوب فقال ما كان على البدن فهو نظير الحدث الحكمي لان في تطهير البدن معنى العبادة بخلاف ما كان في الثوب
قال وان صب خابية منها في بئر ماء فعليهم ان ينزحوا الاكثر من عشرين دلوا ومن مقدار الخابية لان الحاصل فيها نجاسة الفارة لا غير
وقد مر قال ولا باس بلبس ثياب اهل الذمة والصلاة فيها ما لم يعلم فيها قذرا لان الاصل في الثوب الطهارة وخبث الكافر
في اعتقاده لا يتعدى الى ثيابه فثوبه كثوب المسلم وعامة من ينسج الثياب في ديارنا المجوس ولم ينقل عن احد التحرز عن لباسهم
وعليه الاجماع بحجة الا الازار والسراويل فانه يكره الصلاة فيها قبل الغسل وان صلى اجزاه اما الجواز فلانه على يقين من طهارته
وشك من نجاسته واما الكراهة فلانه على موضع الحدث وهم لا يستنجون بالاستنجاء ويعرفون بالطاهر ان ازارهم لا ينفك
عن نجاسة تكره الصلاة فيها وهو نظير كراهة سور الدجاجة المخلاة وقد روي ان النبي عم سئل عن الشرب في اواني المجوس فقال
ان لم تجدوا منها بدا فاغسلوها ثم اشربوا فيها وانما امر به لان ذبايحهم كالميتة واوانيهم قلما تخلو عن دسومة فيها قال
بعض مشايخنا رح وكذلك الجواب في ثياب بعض الفسقة من المسلمين فان الظاهر انهم لا يتوقون اصابة الخمر ثيابهم في حالة الشرب
وقالوا في الديباج الذي ينسجه اهل فارس لا تجوز الصلاة فيه لانهم يستعملون فيه عند النسج البول ويزعمون ان ذلك يزيد في بريقه
ثم لا يغسلونه لان ذلك يفسده فان صح هذا لا يشكل انه لا تجوز الصلاة فيه والله اعلم

باب المسح على الخفين

اعلم بان المسح على الخفين جايز بالسنة فقد اشتهر فيه الاثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا من ذلك حديث المغيرة بن شعبة رض قال توضا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يده من تحتها ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال لا بل انت نسيت بهذا امرني ربي وفي حديث جرير بن عبد الله البجلي رض قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضا ويمسح على خفيه فقيل له اكان ذلك بعد نزول المايدة ◦ وقال ابراهيم رح وكان يعجبهم حديث جرير رض لانه اسلم بعد نزول المايدة وانما قالوا هذا لما روى عن ابن عباس رض قال سلوا هولاء الذين يروون المسح هل مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد نزول سورة المايدة والله ما مسح رسول الله بعد نزول سورة المايدة ولان امسح على ظهر عير في الفلا احب الي من ان امسح على الخفين فقد صح رجوعه عنه على ما قال عطاء بن ابي رباح رض لم يمت ابن عباس رض حتى اتبع اصحابه في المسح في المسح على الخفين والذي روي عن عايشة رض عن المسح على الخفين فقالت لا ادري سلوا عليا رض فانه كان اكثر سفرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالنا عليا رض فقال رايت رسول الله يمسح على الخفين وفي رواية سمعت رسول الله يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها فبلغ ذلك عايشة رض فقالت انه اعلم ولكثرة الاخبار قال ابو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف رح خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته ◦ وقال الكرخي رح اخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لان الاثار التي جاءت فيه في حيز التواتر وهو موقت في حق المقيم بيوم وليلة وفي حق المسافر ثلثة ايام ولياليها لحديث علي وخزيمة بن ثابت رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها ◦ وعن ابن عمر رض قال خرجت الى العراق فرايت سعدا يمسح على الخفين وسمعته يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها ولان المسح رخصة لدفع المشقة وذلك موقت في حق المقيم بيوم وليلة لانه يلبس الخف حين يصبح ويخرج فيشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته ليلا والمسافر يلحقه الحرج بالنزع في كل مرحلة فقدر في حقه بثلاثة ايام ادنى مدة السفر اذ لا نهاية لما وراءه وكان الحسن البصري رح يقول المسح مؤبد للمسافر لحديث عمار بن ياسر رض قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوما فقال نعم فقلت يومين فقال نعم حتى انتهينا الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك وتاويله ان مراده عم بيان ان المسح مؤبد غير منسوخ الا ان ينزع في هذه المدة والاخبار المشهورة لا تترك بهذا الشاذ ◦ وكان مالك رح يقول لا يمسح المقيم اصلا ويمسح المسافر ما بدا له لحديث عقبة بن عامر رض قال وفدت على عمر رض من الشام فقال متى عهدك بالخف فقلت منذ اسبوع قال اصبت ◦ وتاويله ان المراد اول اللبس وخروجه مسافرا لانه لم ينزع بين ذلك ◦ ثم ابتداء المدة من وقت الحدث لان سبب وجوب الطهارة بالحدث واستتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما هو موجب لبس الخف انما يظهر عند الحدث فلهذا كان ابتداء المدة منه ولانه لا يمكن اعتبار ابتداء المدة من وقت اللبس فانه لو لم يحدث بعد اللبس حتى مر عليه يوما وليلة لا يجب عليه نزع الخف ولا يمكن اعتباره من وقت المسح لانه لو احدث ولم يمسح ولم يصل اياما لا اشكال انه لا يمسح بعد ذلك فكان العدل في الاعتبار من وقت الحدث ◦ قال وانما يجوز المسح من كل حدث موجب للوضوء دون الاغتسال لحديث صفوان بن عسال المرادي رض قال كان يامرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا من جنابة ولكن من بول وغايط او نوم ولان الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتاتى ذلك والرجل معتبر بالراس فمتى كان الفرض في الراس المسح كان في الرجل في حق لابس الخف كذلك وفي الجنابة الفرض في الراس الغسل فكذلك في الرجل عليه نزع الخف وغسل القدمين ◦ قال وانما يجوز اذا لبس الخف على طهارة كاملة لحديث المغيرة بن شعبة رض ان النبي عم قال حين مسح على خفيه اني ادخلتهما وهما طاهرتان ◦ ولان موجب لبس الخف المنع من سراية الحدث الى الرجلين لا تحويل حكم الحدث من الرجل الى الخف فانما يتحقق هذا اذا كان اللبس على طهارة فان غسل رجليه اولا ولبس خفيه ثم احدث قبل كمال الطهارة لم يجزه ان يمسح عليهما لان اول الحدث بعد لبس الخفين ما طرى على طهارة كاملة فهو وما لو لبس قبل غسل الرجل سواء وان اكمل وضوءه قبل الحدث جاز له المسح عندنا ولم يجز عند الشافعي رح بناء على ان الترتيب في الوضوء ليس بركن عندنا فاول الحدث بعد لبس الخف طرى على طهارة كاملة ◦ قال ولو توضا وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال الشافعي رح ان لم ينزع الخف الاول لا يجوز لا يجوز له المسح وان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسه بعد كمال الطهارة وهذا اشتغال بما لا يفيد بنزع ثم يلبس من غير ان يلزمه فيه غسل والله لا يبيس من الحكمة فلا يجوز اشتراطه ◦ قال ويمسح الخف مرة واحدة وقال عطاء رح ثلثا كالغسل ولنا حديث المغيرة رض كاني انظر الى اثر المسح على ظهر خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع وانما تبقى الخطوط اذا لم يمسحه الا مرة واحدة ولكن في تكرار اصابة البلة افساد الخف وفيه حرج فيكتفي به بالمرة ◦ قال ويبدا من قبل الاصابع حتى ينتهي الى اصل الساق اعتبارا بالغسل فالبداية من الاصابع لان الله تعالى جعل الكعبين غاية وان مسح خفيه باصبع او اصبعين لم يجزه حتى يمسح بثلاث اصابع وعند زفر رح يجزيه والكلام فيه كالكلام في المسح بالراس فقد مر ◦ قال والخرق اليسير في الخف لا يمنع من المسح عليه وفي القياس يمنع وهو قول الشافعي رح لان القدر الذي بدا من الرجل يجب غسله اعتبارا للبعض بالكل واذا وجب غسله في البعض وجب في الكل لانه لا يتجزى وجه الاستحسان ان الخف قل ما يخلو عن قليل خرق فانه وان كان جديدا فاثار الدرز والاشا في خرقه ولهذا يدخل التراب فيه فجعلنا القليل عفوا لهذا وان كان الخرق كبيرا لا يجوز عليه المسح ◦ وقال سفيان الثوري رح اذا كان بحيث يمكن المشي فيه سفرا يجوز المسح عليه لان الاصل في هذه الرخصة للصحابة رض وعامتهم كانوا محتاجين لا يجدون الا الخلق من الخفاف فقد جوز لهم المسح ◦ ولكنا نقول انما جعل الخرق اليسير عفوا للضرورة ولا ضرورة للكبير فينبغي على اصل القياس والفرق بين القليل والكثير بثلاث اصابع فان كان بحال يبدو منه قدر ثلث اصابع من اصغر اصابع الرجل لان الممسوح عليه الرجل ◦ وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ثلث اصابع من اصابع اليد لان الممسوح به اليد وسواء كان الخرق في باطن الخف وظاهره او من ناحية العقب ولكن هذا اذا كان يبدو منه مقدار ثلاثة اصابع فان كان صلبا لا يبدو منه شي لا يجوز المسح عليه فان كان يبدو في حال المشي دون حال وضع القدم لم يجزه المسح لان الخف يلبس للمشي ويختلف مشايخنا رح فيما اذا كان يبدو بلبسه من الانامل والاصح انه لا يجوز المسح عليه ويجمع الخروق عليه في خف واحد ولا يجمع في خفين لان احد الخفين منفصل عن الاخر فان مسح باطن الخف دون ظاهره لم يجزه فان موضع المسح ظهر القدم لما روينا من حديث المغيرة بن شعبة رض ◦ وقال الشافعي رح المسح على ظاهر الخف فرض وعلى باطنه سنة فالاولى عنده ان يضع يده على ظاهر الخف ويده اليسرى على باطنه فيمسح بهما كل رجل وعندنا المسح على ظاهر الخف فقط لحديث علي رض قال لو كان الدين بالراي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهر الخفين دون باطنهما ولان باطن الخف لا يخلو عن لوث عادة فتصيب يده ذلك اللوث وفيه بعض الحرج والمسح بالخف مشروع لدفع الحرج ◦ قال ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة ومن العلماء من جوز لحديث بلال رض قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وجاء في الحديث ان النبي عم بعث سرية فامرهم ان يمسحوا على المشاوذ والتساخين والمشاوذ العمايم والتساخين الخفاف ◦ ولنا حديث جابر رض قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم حسر العمامة عن راسه ومسح على ناصيته وكان بلال رض بعيدا منه فظن انه مسح على العمامة حين لم يضعها عن راسه ◦ وتاويل الحديث الاخر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خص تلك السرية بعذر وتاويل الحديث فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخص بعض اصحابه باشيا كما خص عبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير وخزيمة بشهادته وحده ثم المسح انما يكون بدلا عن الغسل لا عن المسح فالراس ممسوح فكيف يكون المسح على العمامة بدلا عنه بخلاف الرجل ولانه لا يلحقه كبير حرج في ادخال اليد تحت العمامة والمسح على الراس ◦ قال وكذلك المراة لا تمسح على الخمار لحديث عايشة رض انها ادخلت يدها تحت الخمار فمسحت براسها وقالت بهذا امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فان مسحت على خمارها فنفذت البلة الى راسها حتى ابتل قدر ربع الراس اجزاها حتى قال بعض مشايخنا رح اذا كان الخمار جديدا يجوز وان لم يكن جديدا لا يجوز لان ثقوب الجديد لم تنسد بالاستعمال فنفذت البلة منها الى الراس ◦ قال فاما المسح على الجوربين فان كانا ثخينين منعلين يجوز المسح عليهما لان مواظبة المشي سفرا بهما ممكن وان كانا رقيقين لا يجوز المسح عليهما فانهما بمنزلة اللفافة ◦ وان كانا ثخينين غير منعلين لا يجوز المسح عليهما عند ابي حنيفة رح لان مواظبة المشي سفرا غير ممكن فكان بمنزلة الجورب الرقيق وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح يجوز المسح عليهما وحكي ان ابا حنيفة رح في مرضه مسح على جوربيه ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه ◦ وحجتنا حديث ابو موسى الاشعري رض ان النبي عم مسح على جوربيه وقد روى المسح على الجوربين عن ابي بكر وعلي وانس رض ◦ وتاويله عند ابي حنيفة رح اذا كان منعلا او مجلدا والثخين من الجورب ان يستمسك على الساق من غير ان تشده بشي والصحيح من المذهب جواز المسح على الخفاف المتخذة من اللبود التركية لان مواظبة المشي فيها سفرا ممكن

قال ولا يجوز المسح على الجرموقين فوق الخفين عندنا وعند الشافعي رح ان لبس الجرموقين وحدهما مسح وان لبسهما فوق الخف لم يمسح عليهما
لان ما تحتهما ممسوح والمسح لا يكون بدلا عن المسح ۝ ولنا حديث عمر رض قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح
على الجرموقين ولان الجرموق فوق الخف بمنزلة خف ذي طاقين ولو لبس خفا ذا طاقين كان له ان يمسح عليهما وانما يجوز المسح على الجرموق
عندنا اذا لبسهما فوق الخفين قبل ان يحدث ويمسح فاما اذا كان مسح على الخف ثم لبس الجرموق فليس عليه ان يمسح على الجرموق
لان حكم المسح يستقر في الخف وبهذا يتبين الجواب عما قاله الشافعي رح وكذلك لو احدث بعدما لبس الخف ثم لبس الجرموق فليس له
ان يمسح عليه لان ابتداء المسح من وقت الحدث وقد انعقد في الخف فلا يتحول الى الجرموق بعد ذلك وان مسح على الخفين ثم نزع احدهما
انتقض مسحه في الرجلين وعليه غسلهما ۝ وقال ابن ابي ليلى رح لا شيء عليه وعن ابراهيم النخعي رح ثلاثة اقوال ۝ روى حماد رح عنه
كما هو مذهبنا ۝ وروى ابن ابي ليلى عن الحكم عنه رح انه لا شيء عليه وروى الحسن بن عمارة عن الحكم عنه رح ان عليه استقبال الوضوء
ووجه هذا ان الوضوء لا يحتمل التجزي كانتقاضه بالحدث ۝ ووجه الرواية الاخرى ان الطهارة الكاملة لا تنتقض الا بالحدث
في شيء من الاعضاء ونزع الخف ليس بحدث ۝ ووجه قولنا ان استتار القدم بالخف كان يمنع سراية الحدث الى القدم
فكانه توضا ولم يغسل رجليه فعليه غسلهما والرجلان في حكم الطهارة كشيء واحد فاذا وجب غسل احدهما وجب
غسل الاخرى ضرورة انه لا يجمع بين الغسل والمسح في عضو واحد ولو مسح على الجرموقين ثم نزع احدهما مسح على الخف
الاخر الظاهر وعلى الجرموق الباقي في بعض الروايات لان الاصل ان ينزع الجرموق الثاني ويمسح على الخفين وقال زفر رحمه الله
يمسح على الخف الذي نزع الجرموق عنه وليس عليه في الاخر شيء ۝ وجه قوله ان الاستتار باق فكان الفرض المسح فيما
زال الممسوح بالنزع عليه ان يمسح وفيما كان الممسوح باقيا لا يلزمه شيء بخلاف ما اذا خلع احدى خفيه ۝ ووجه ما ذكر
في بعض النسخ ان نزع احد الجرموقين كنزعهما جميعا كما اذا خلع احدى الخفين يكون كخلعهما ۝ ووجه ظاهر الرواية انه
في الابتداء لو لبس الجرموق على احدى الخفين كان له ان يمسح عليه وعلى الخف الثاني فكذا اذا نزع احدى الجرموقين الا ان حكم
الطهارة في الرجلين لا يتجزى فاذا انتقض في احدهما بنزع الجرموق ينتقض في الاخر فلهذا يمسح على الخف الظاهر
وعلى الجرموق الثاني ۝ قال واذا انقضى وقت مسحه ولم يحدث فعليه نزع الخفين وغسل القدمين لان الاستتار كان مانعا
في المدة واذا انقضى سرى ذلك الحدث الى القدمين فعليه غسلهما وليس عليه اعادة الوضوء كما اذا كان زوال الاستتار بخلع
الخفين ۝ قال واذا توضا ومسح خفيه ثم خاض الماء فانه يجزيه من المسح لانه تادى الفرض باصابة البلة ظاهر الخف
وقد وجد وهل يصير الماء مستعملا بهذا وقال ابو يوسف رح لا يصير الماء مستعملا بهذا وقال محمد رح يصير مستعملا
ولا يجزيه من المسح اذا كان قليلا غير جار واصل الخلاف في الراس فابو يوسف رح يقول تادى المسح بالبلة الواصلة الى موضعها
لا بالماء الباقي في الاناء فيبقى الماء كما كان ومحمد رح يقول لو تادى به الفرض لصار مستعملا بازالة الحدث فانما اخرج
راسه من الماء المستعمل وذلك يمنع جواز المسح به ۝ قال واذا استكمل المقيم مسح الاقامة ثم سافر نزع خفيه لان حكم
الحدث سرى الى القدمين ايضا بانقضاء مدة المسح فلا يتغير ذلك بالسفر قال واذا لبس الخف وهو مقيم ثم سافر قبل ان احدث
فله ان يمسح كمال مدة السفر لان ابتداء المدة انعقد وهو مسافر فاما اذا احدث وهو مقيم او مسح قبل استكمال يوم
وليلة سافر جاز له ان يمسح عندنا كمال ثلاثة ايام ولياليها وقال الشافعي رح لا يمسح الا يوما وليلة قال لان المدة انعقد
وهو مقيم فلا يمسح اكثر من يوم وليلة والشروع في مدة المسح كالشروع في الصلاة ومن افتتح الصلاة في السفينة
وهو مقيم ثم صار مسافرا لم يجز له ان يتم في صلاة السفر كما لو سافر قبل الحدث وانما تم صلاة المقيمين ۝ ولنا
ان المسح جاز له وهو مسافر فله ان يمسح كمال مدة السفر كما لو سافر قبل الحدث وفصل الصلاة دليلنا فان بالحدث
صار شارعا في وقت المسح نظيره لو دخل وقت الصلاة وهو مقيم ثم صار مسافرا وهنا ان يصلي صلاة المسافرين ۝
قال واذا قدم المسافر مصره بعد ما مسح يوما وليلة او اكثر من ذلك فعليه نزع الخفين لانه صار مقيما والمقيم لا يمسح
اكثر من يوم وليلة الا انه اذا كان قدومه بعدما مسح يومين نزع خفيه ولم يعد شيئا من الصلوات لانه حين مسح كان
مسافرا ۝ قال واذا توضا ومسح على الجبائر ولبس خفيه ثم احدث فله ان يمسح على الخفين ما لم يبرا جرحه لان المسح
على الجبائر كالغسل لما تحته ما دامت العلة باقية ۝ وقد بينا هذا فيما مضى وكان اللبس حاصلا على طهارة تامة
فله ان يمسح على الخفين وان برا جرحه فعليه ان ينزع الخفين لان المسح على الجبائر طهارة تامة ما بقيت العلة فاللبس

بعد البرء غير حاصل على طهارة تامة فلم يكن له ان يمسح على الخفين لان زوال الحدث بعد اللبس طرى على طهارة كاملة وان احدث
بعد لبس الخف حتى برا جرحه وان لم يحدث حتى غسل ذلك الموضع جاز ان يمسح ۝ وان احدث قبل غسله لم يكن له ان يمسح
على الخف لان زوال ذلك الحدث بعد اللبس طرى على طهارة ناقصة ۝ قال ولا يمسح على الخفين ان يوم الغاسلين لانه
صاحب بدل صحيح وحكم البدل حكم الاصل ولان المسح على الخف جعل كالغسل في المدة بدليل الاكتفاء به مع القدرة
على الاصل وهو غسل الرجلين فكان الماسح في حكم الامامة كالغاسل ۝ قال فان اراد ان يبول فلبس خفيه ثم بال
له ان يمسح على خفيه لان لبسهما حصل على طهارة كاملة ولما سئل ابو حنيفة رح عن هذا فقال لا يفعله الا فقيه فاستدل
بفعله على فقهه لانه تطرق به الى رخصة شرعية ۝ قال واذا بدا للماسح ان يخلع خفيه فنزع عن الخف القدم غير انه
في الساق بعد فقد انتقض مسحه الا ان موضع المسح فارق مكانه فكانه ظهر رجله وهذا لان ساق الخف غير معتبر حتى
لو لبس الخف لا ساق له جاز له المسح اذا كان الكعب مستورا فكون الرجل في ساق الخف كظهوره في الحكم سواء وان نزع بعض
القدم عن مكانه فالمروي عن ابي حنيفة رح في الاملاء انه اذا نزع اكثر العقب انتقض مسحه لانه لا يمكنه المشي بهذه الصفة
وللاكثر حكم الكل وعن ابي يوسف رح قال اذا نزع من ظهر القدم قدر ثلاثة اصابع انتقض مسحه لانه لو كان بعض رجله مقطوعا
وقد بقي من ظهر القدم مقدار ثلاثة اصابع فلبس عليه الخف جاز المسح عليه فهذا قياسه ۝ وعن محمد رح قال ان بقي من ظهر القدم
مقدار ثلاثة اصابع في موضع المسح مقدار ثلاثة اصابع لم ينتقض مسحه ۝ قال واذا لبس الخفين على طهارة التيمم او الوضوء
بالنبيذ ثم وجد الماء نزع خفيه لان التيمم غير معتبر بعد وجود الماء وكذلك الطهارة بالنبيذ غير معتبرة بعد وجود الماء فكانه لبس على غير طهارة
قال واذا لبست المستحاضة الخفين فان كان الدم منقطعا من حين توضات الى ان لبست خفيها فلها ان تمسح كمال مدة المسح ۝
لان وضوءها رفع الحدث السابق ولم يقترن الحدث بالوضوء ولا باللبس انما طرى وزال الحدث بعد اللبس على طهارة تامة
فاما اذا توضات والدم سائل وسال بعد الوضوء قبل اللبس ولبست الخفين كان لها ان تمسح في الوقت اذا كان حدثا اخر ولم يكن لها
ان تمسح كمال مدة المسح لان سيلان الدم عفو في حقها بدليل جواز الصلاة معه فكان اللبس حاصلا على طهارة تامة ولنا ان سيلان
الدم عفو في الوقت لا بعده حتى تنتقض الطهارة بخروج الوقت وخروج الوقت ليس بحدث فكان اللبس حاصلا على طهارة معتبرة ۝
في الوقت لا بعد خروج الوقت فلهذا كان لها ان تمسح في الوقت لا بعد خروج الوقت ۝ قال وان كان مع المسافر ماء قدر ما يتوضا به
وفي ثوبه دم اكثر من قدر الدرهم غسل الدم بذلك الماء ثم يتيمم للحدث وقال حماد بن ابي سليمان يتوضا بذلك الماء وهو رواية عن ابي يوسف
وقيل هذه اول مسئلة خالف فيها ابو حنيفة رح استاذه ۝ وجه قول حماد رح ان حكم الحدث اغلظ من حكم النجاسة بدليل
ان القليل من النجاسة عفو ومن الحدث لا بدليل جواز الصلاة في الثوب النجس اذا كان لا يجد ما يغسله به ولا تجوز الصلاة مع الحدث
فكان صرف الماء الى اغلظ الحدثين اولى ۝ وجه قول ابي حنيفة رح انه قادر على الجمع بين الطهارتين بان يغسل النجاسة بالماء
فيطهر ثوبه ثم يكون عادما للماء فتكون طهارته التيمم ومن قدر على الجمع بين الطهارتين لا يكون له ان ياتي باحدهما ويترك الاخرى ۝
فلهذا صرف الماء الى غسل النجاسة اولى والله اعلم ۝

باب التيمم

قال رض التيمم في اللغة القصد ومنه قول القائل ۝
ولا ادري اذا يممت ارضا ۝ اريد الخير ايهما يليني ۝

اي قصدت وفي الشريعة عبارة عن قصد الصعيد للتطهير فالاسم شرعي فيه معنى اللغة وثبوت التيمم بالكتاب والسنة اما الكتاب ۝
قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا ۝ وسبب نزول الاية في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقط عقد عائشة
رض فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها ونزلوا ينتظرونهما فاصبحوا وليس معهم شيء من الماء
فاغلظ ابو بكر على عائشة رض فقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين معه على غير ماء فنزلت اية التيمم فلما صلوا بالتيمم
جاء اسيد بن الحضير الى مضرب عائشة رض فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا ال ابي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه
الا جعل الله للمسلمين فيه فرجا والسنة ما روي عن النبي عم انه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا اينما ادركتني الصلاة
تيممت وصليت وقال عم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء اذا عرفنا هذا نقول ينتظر من لا يجد الماء اخر الوقت

ثم يتيمم صعيدا طيبا وهذا اذا كان على طمع من وجود الماء فلو ايس فلا يوخر الصلاة عن وقتها المعهود لان الانتظار انما يومر به
اذا كان مفيدا فاذا كان على طمع فالانتظار مفيد لعله يجد الماء فيودي الصلاة باكمل الطهارتين واذا لم يكن على طمع من الماء فلا فايدة
في الانتظار فلا يشتغل به ما لم يكن مفيدا ه ثم بين صفة التيمم قال يضع يديه على الارض ثم يرفعهما وينفضهما ويمسح بهما وجهه وذراعيه
ولم يمسح ظاهر كفيه لم يجز فهذا ذكر الوضع والاثار جاءت بلفظة الضرب قال عم لعمار رض اما يكفيك ضربتان والوضع جايز
والضرب ابلغ ليتخلل التراب بين اصابعه وينفضهما مرة وعن ابي يوسف رح انه قال ينفضهما مرتين وفي الحقيقة لا اختلاف
فانه ان التصق من التراب بكفيه ان يبان بنفضة واحدة يكتفي بها وان لم يبن يبان بنفضتين لان الواجب المتيمم يكف موضوعه ه
على الارض لاستعمال التراب بمثله ثم التيمم ضربتان عند عامة العلماء رح فكان ابن سيرين رح يقول ثلث ضربات ضربة يستعملها
في الوجه وضربة ثالثة فيهما وحديث عمار رض حجة كما روينا وكذلك ظاهر قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه يوجب المسح
دون التكرار ثم التيمم الى المرافقين في قول علمائنا والشافعي رح ه وقال الاوزاعي والاعمش رح الى الرسغين وقال الزهري رحمه الله
الى الاباط وقد ورد بكل ذلك الخبر وحجتنا روايته الى المرفقين لحديثين احدهما حديث ابي امامة الباهلي رض ان النبي عم قال ه
التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين ه والثاني حديث الاسلع ان النبي عم علمه التيمم ضربتان ضربة
للوجه وضربة لليدين الى المرفقين فالتيمم كذلك ه وتقريره انه سقط في التيمم عضوان اصلا وبقي عضوان فيكون التيمم فيهما ه
كالوضوء للكل كما ان الصلاة في السفر سقطت منها ركعتان كان الثاني منها بصفة الكمال ولهذا شرطنا الاستيعاب في التيمم
حتى اذا ترك شيئا من ذلك لم يجزه الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة رح قال الاكثر يقوم مقام الكمال لان في الممسوحات
الاستيعاب ليس بشرط كما في المسح بالخف والراس فاما في ظاهر الرواية الاستيعاب في التيمم فرض كما في الوضوء ولهذا قالوا
لا بد من نزع الخاتم في التيمم ولا بد من تخليل الاصابع ليتم به المسح ومن قال التيمم الى الرسغ استدل باية السرقة فقال الله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ثم كان القطع من الرسغ ولكنا نقول ذاك عقوبة ه وفي العقوبات لا يوخذ الا بالمتيقن
والتيمم عبادة ه وفي العقوبات لا يوخذ الا باليقين والتيمم عبادة وفي العبادات يوخذ بالاحتياط ومن قال الى الاباط ه
قال اسم الايدي مطلقا يتناول الجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط ه ولكنا نقول التيمم بدل عن الوضوء فالتنصيص على الغسل
في الوضوء يكون تنصيصا عليه في التيمم نقول في الكتاب قال ابو يوسف سألت ابا حنيفة رح عن التيمم فقال الوجه والذراعين
الى المرفقين فقلت كيف قال بيده على الصعيد فاقبل بهما وادبر ثم نفضهما ثم مسح وجهه ثم اعاد كفيه جميعا على الصعيد
فاقبل بهما وادبر ثم نفضهما ورفعهما ثم مسح بكل كف ظهر ذراع الاخرى وباطنها الى المرفقين وفي قوله اقبل بهما وادبر وجهان
قيل يوضع على الارض اقبل بهما وادبر لينظر هل التصق بكفيه شيء يصيبها بلا بينة وبين الصعيد وادبر وهذا هو الاظهر
قال فان كان مع رفيقه ماء فطلب منه ولم يعطه وصلى اجزاه لانه عادم للماء حين منعه صاحب الماء وهو شرط للتيمم
فان لم يطلب منه حتى تيمم وصلى لم يجزه لان الماء مبذول في الناس عادة خصوصا للطهارة فلا يصير عادما للماء الا بمنع صاحبه
فلا يظهر ذلك الا بطلبه فاذا لم يطلب لا يجزيه فاذا لم يكن مع احد من الرفقاء ماء تيمم وصلى جازت صلاته وان لم يطلب الماء عندنا
وقال الشافعي رح لا بد من طلب الماء اولا يمينه ويسرة ويهبط واديا او يعلو شرفا ان تمسك بظاهر قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا
صعيدا طيبا وذلك لا يتبين الا بطلبه ه ولكنا نقول الطلب انما يلزمه اذا كان على طمع من الوجود فاما اذا كان على طمع منه
فلا فايدة في الطلب وقد يخفيه الحرج فربما ينقطع عن اصحابه وما شرع التيمم الا لدفع الحرج ه قال الله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم
من حرج قال وكل شيء من الارض يتيمم به من تراب وجص ونورة او زرنيخ فهو جايز في قول ابي حنيفة ومحمد رح وكان ابو يوسف يقول
اولا يجوز التيمم بالتراب والرمل ثم رجع فقال لا يجزيه الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي رح واحتج بقوله تعالى ه
فتيمموا صعيدا طيبا قال ابن عباس رض الصعيد هو التراب الخالص وقال عم التراب طهور المسلم والجص والنورة ليس بتراب
فلا يجوز التيمم بهما وما سوى التراب مع التراب بمنزلة ساير المايعات مع الماء فكذلك التيمم وفيه اظهار كرامة الادمي فانه مخلوق ه
من التراب وفي الماء خاصا بكونهما طهورا لهذا وابو يوسف ومحمد استدلا بالاية فان الصعيد هو الارض قال عم يحشر العلماء في صعيد
كانها سبيكة فضة فيقول الله تعالى يا معشر العلماء اني لم اضع علمي فيكم الا لعلمي بكم اني لم اضع حكمتي فيكم وانا اريد ان اعذبكم ه
انطلقوا مغفورا لكم فدل ان الصعيد هو الارض وقال عم جعلت لي الارض مسجدا وطهورا ثم ما سوى التراب من الارض سواء
التراب في كونه مكان الصلاة فكذلك في كونه طهورا وبين ان الله يسر عليه وعلى امته وقد يدركه الصلاة في غير موضع التراب ه

كما يدركه في موضع التراب فيجوز التيمم بالكل تيسيرا ثم حاصل المذهب ان ما كان من جنس الارض فالتيمم به جايز وما لا فلا حتى لا يجوز
بالذهب والفضة لانهما جوهرتان مودعان في الارض ليس من جنسه حتى يذوب بالذوب وكذلك الرماد من الحطب لانه من جنس
الارض هكذا ذكر الشيخ الامام السرخسي وغيره من مشايخنا قال ان كان رخوا يجوز لانه من جنس التراب فاما الكحل والمرداسنج
من جنس الارض فيجوز التيمم بهما والاجر كذلك لانه طين مستحجر كالحجر الاصلي والتيمم بالحجر يجوز في قول ابي حنيفة رح وان لم يكن
عليه غبار فعن محمد رح فيه روايتان في احدى الروايتين لا يجوز الا ان يكون عليه غبار والدليل على الجواز حديث ابن عمر رض
ان النبي عم بال فسلم عليه رجل فلم يرد عليه حتى كاد الرجل يتوارى بحيطان المدينة فضرب بيديه على الحايط فتيمم ثم رد عليه السلام
وحيطانهم كانت من الحجر فدل على جواز التيمم بها وكذلك الطين عند ابي حنيفة يجوز به التيمم لانه من جنس الارض وفي احدى
الروايتين عن محمد لا يجوز بالطين ه قال واذا نفض ثوبه او لبده وتيمم بغباره وهو يقدر على الصعيد اجزاه في قول ابي حنيفة
ومحمد رح ولا يجزيه عند ابي يوسف رح الا اذا كان لا يقدر على الصعيد ه ووجهه ان التراب ليس بغبار خالص ولكنه
من الصعيد من وجه والمامور به التيمم فان قدر عليه لم يجزه الا بالصعيد وان لم يقدر فحينئذ يتيمم بالغبار كما ان العاجز
عن الركوع والسجود يصلي بالايماء وابو حنيفة ومحمد احتجا بحديث عمر فانه كان مع اصحابه في سفر فمطروا بالجابية فامرهم
ان ينفضوا لبودهم وسروجهم ويتيمموا بغبارها ولان الغبار تراب فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب الا انه رقيق
وكما يجوز التيمم بالخشن من التراب على كل حال فكذلك بالدقيق منه ه قال وان تيمم في اول الوقت اجزاه وكذلك قبل دخول الوقت
عندنا ه وقال الشافعي رح لا يجزيه قبل دخول الوقت لانها طهارة ضرورية فلا يعتد بها قبل تحقق الضرورة ه ولكنا
نستدل بقوله تعالى فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فشرط عدم الماء فقط وجعله في حال عدم الماء كالوضوء ثم التوضي
بالماء قبل دخول الوقت لتقرر سببه فكذلك التيمم فان وجد الماء بعد ذلك فهو على وجهين ان وجده قبل الشروع في الصلاة بطل
الا على قول ابي سلمة بن عبد الرحمن فقال الطهارة متى صحت لا يرفعها الا الحدث ووجود الماء ليس بحدث ه ولكنا نستدل
بقوله عم التراب كافيك ولو الى عشر حجج ما لم تجد الماء فاذا وجدت الماء فامسسه بشرتك ولان التيمم لا يرفع الحدث
ولكنه طهارة شرعا الى غاية وهو وجود الماء ومن حكم الغاية ان يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فعند وجود الماء يصير محدثا بالحدث
السابق وان وجد الماء في خلال الصلاة فعليه ان يتوضا ويستقبل الصلاة عندنا وهو احد قولي الشافعي رح وفي قول
يقرب الماء حتى يتوضا ويبني واظهر اقاويله انه يمضي على صلاته ه وجه قوله ان الشروع في الصلاة قد صح بطهارة التيمم
فلا يبطل برؤية الماء كما لو راى بعد الفراغ من الصلاة واذا لم يبطل ما ادى فحرمة الصلاة تمنعه من استعمال الماء فلا يكون
واجدا للماء كما لو كان بينه وبين الماء سبع وكان على راس البير وليس معه الة الاستقاء ه ولنا ان طهارة التيمم انتهت
بوجود الماء فلو اتم صلاته اتمها بغير طهارة وذلك لا يجوز وحرمة الصلاة انما تمنعه من استعمال الماء الا ان يتبين ولو بنى
هاهنا لما بينا ان التيمم لا يرفع الحدث فعند وجود الماء يصير محدثا بحدث سابق على الشروع في الصلاة وذلك يمنعه
من البناء كخروج الوقت في حق المستحاضة لان البناء على الصلاة عرف بالاثر وذلك في حدث يجعله للحال فهذا الزمناه اداء
الوضوء واستقبال الصلاة وان الشروع في الصلاة وان صح كما قال لان المقصود لم يحصل به لان اسقاط الفرض عنه
ومتى قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت كان وجد الماء
بعد الفراغ من الصلاة والسلام لم تلزمه الاعادة الا على قول مالك فانه يقول اذا وجد الماء في الوقت يعيد الصلاة لان
طهارة التيمم لضرورة التمكن من اداء الصلاة والاداء باعتبار الوقت فاذا ارتفعت هذه الضرورة بوجود الماء في الوقت
عند التيمم كالمريض اذا حج رجلا ثم برا فعليه حجة الاسلام لبقاء الوقت فان العمر للحج كالوقت للصلاة ه ولنا ما روي
ان رجلين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم صليا بالتيمم في الوقت ثم وجدا الماء فاعاد احدهما ولم يعد الاخر ه
فسالا عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للذي اعاد اتاك الاجر مرتين وللذي لم يعد اجزتك صلاتك ه
وعن ابن عمر رض انه انصرف من ضيعته وصلى العصر بالتيمم وهو ينظر الى بيوت المدينة ثم دخلها قبل غروب الشمس فلم يعد الصلاة
والمعنى ان المقصود هو اسقاط الفرض عنه فقد حصل بالبدل فلا يعود الى ذمته بالقدرة على الاصل كالمعتدة بالاشهر
اذا حاضت بعد انقضاء العدة وهذا بخلاف الحج فان جواز الحج باعتبار وقوع الياس عن الاداء بالبدن وذلك لا يتحقق
الا بالموت وهاهنا جواز التيمم باعتبار العجز عن استعمال الماء وكان متحققا حين صلى ه قال ويؤم المتيمم المتوضئين ه

في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو قول ابن عباس رض وقال محمد رح لا يؤم وهو قول علي رض فانه كان يقول لا يؤم المتيمم المتوضين ولا المقيد المطلقين ولان طهارة المتيمم طهارة ضرورية • ولا يؤم من لا ضرورة له كصاحب الجرح السائل لا يؤم الاصحاء ولهما استدلالا بحديث عمرو بن العاص رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله اميرا على سرية فلما انصرفوا سالهم عن سيرته فقالوا كان حسن السيرة ولكنه صلى بنا يوما وهو جنب فساله عن ذلك فقال احتلمت في ليلة باردة فخشيت الهلاك ان اغتسلت ٥ فتلوت قول الله عز وجل ولا تقتلوا انفسكم فتيممت وصليت بهم فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجهه وقال يا لك من فقه عمرو بن العاص فلم يامرهم بالاعادة ولان المتيمم صاحب بدل صحيح فهو كالماسح على الخفين يؤم الغاسلين وهذا لان البدل عند العجز عن الاصل حكمه حكم الاصل بخلاف صاحب الجرح فانه ليس بصاحب بدل صحيح ٥ • قال والجنب والحائض والمحدث في التيمم سوا وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهما وقال عبد الله بن مسعود لا يجوز التيمم للحائض والجنب ٥ • وروى عمار بن ياسر رض قال لعمر رض اما تذكر اذ كنت معك في الابل فاجنبت فتمعكت في التراب ثم سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال [illegible] اما يكفيك ضربتان فقال له عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت فلا اذكره ابدا فقال عمر ان شئت فاذكره وان شئت فلا تذكره ولما ذكر ابن مسعود حديث عمار لم يقنع به عمر ٥ • واصل الاختلاف في قوله تعالى او لامستم النساء فقال عمر وابن مسعود المراد المس باليد فيجوز التيمم للمحدث خاصة ٥ وقال علي وابن عباس رض المراد المجامعة فهذا القول اولى لان الله تعالى ذكر نوعي الحدث عند عدم الماء وامر بالتيمم لهما بصفة واحدة وهو قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فكان الحمل على المجامعة اكثر افادة من هذا الوجه والدليل على جوازه للحائض والجنب حديث ابي هريرة رض ان قوما سالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نكون في هذه الرمال وربما لا نجد الماء شهرا او فينا الجنب والحائض والنفساء فقال عم عليكم بارضكم وفي حديث ابي ذر قال اجتمع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فقال لي [illegible] فاصابتني الجنابة فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما لك فسكت فقال ثكلتك امك ما لك فقلت اني جنب فامر جارية سوداء فاتت بعس من ماء وسترتني بالبعير والثوب فاغتسلت فكانما وضعت حملا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكفيك التيمم ولو الى عشر حجج ما لم تجد الماء • قال ويجوز للمريض ان يتيمم اذا لم يستطع الوضوء او الغسل للمرض اما اذا كان يخاف الهلاك باستعمال الماء فالتيمم جائز له بالاتفاق لقوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر قال ابن عباس رض نزلت الاية في المجدور والمقروح وروي ان رجلا من الصحابة كان به جدري فاحتلم في سفر فسال الصحابة فامروه ٥ بالاغتسال فاغتسل فمات فلما اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتلوه قتلهم الله كان يكفيه التيمم وان كان يخاف زيادة المرض من استعمال الماء ولا يخاف الهلاك جاز له التيمم عندنا • وقال الشافعي لا يجوز لان التيمم مشروع عند عدم الماء وهو واجد للماء والعجز انما يتحقق عند خوف الهلاك ولا يجوز لمن لا يخاف الهلاك ٥ • ولنا ان زيادة المرض بمنزلة الهلاك في اباحة الفطر وجواز الصلاة قاعدا او بالايماء فكذلك في التيمم وهذا لان حرمة النفس لا تكون دون حرمة المال ولو كان يلحقه الخسران في الماء باستعمال الماء بان كان لا يباع الا بثمن عظيم جاز له ان يتيمم فعند خوف زيادة المرض اولى وهذا كله اذا كان يستضر بالماء فان كان لا يستضر بالماء ولكنه للمرض عاجز عن التحريك للوضوء فظاهر المذهب انه ان وجد من يستعين به في الوضوء لا يجوز له التيمم وان لم يجد من يعينه في الوضوء فحينئذ يتيمم لتحقق عجزه عن الوضوء وروى محمد رح قال اذا لم يجد من يعينه من الخدم في الوضوء فليس له ان يتيمم في المصر الا ان يكون مقطوع اليدين ووجهه ان الظاهر انه في المصر يجد من يستعين به من قريب او بعيد فالعجز يعارض على شرف الزوال فاذا لم يجد من يوضيه لا يجوز له التيمم فهذا ثم يصلي بتيممه ما شاء من الصلوات ما لم يحدث او تزول العلة وكذلك المسافر يصلي بتيممه ما شاء ما لم يحدث او يجد الماء عندنا • وقال الشافعي رح لا يجمع بين فرضين بتيمم واحد وله ان يصلي من النوافل ما شاء • وحجته انه طهارة ضرورية باعتبار كل فريضة يتجدد الضرورة فعليه تجديد الوضوء وحجتنا قوله عم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم طهارة التيمم ممتدة الى غاية وجود الماء وتبين بهذا انه في حال عدم الماء كالوضوء ثم المتوضي له ان يصلي بوضوء واحد ما شاء ما لم يحدث فهذا مثله ولان بالفراغ من المكتوبة لم ينتقض طهارته حتى جاز له اداء النافلة واذا بقيت الطهارة فله ان يؤدي الفرض لان الشرط ان يقوم اليه طاهرا وقد وجد ٥ • قال وان وجد المتيمم الماء فلم يتوضا حتى حضرت الصلاة وقد عدم ذلك الماء فعليه اعادة التيمم لانه لما قدر على استعمال الماء بطل تيممه وصار محدثا بالحدث السابق فهذا محدث لا ماء معه فعليه التيمم للصلاة • قال ولا يجوز باقل من ثلثة اصابع نحو المسح بالراس والخف سواء وقد بينا • قال وان اجنب المسافر ٥ ومعه من الماء مقدار ما يتوضا به يتيمم عندنا ولم يستعمل الماء • وقال الشافعي رح يتوضا بذلك الماء ثم يتيمم وكذلك المحدث

اذا كان معه من الماء ما يكفيه لغسل بعض الاعضاء عندنا يتيمم وعنده يستعمل الماء فيما يكفيه ثم يتيمم واستدل بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فذكره نكرة في موضع النفي فيتناول القليل والكثير ولا يبقى واجدا لشيء من الماء لا يجوز له التيمم ولان الضرورة لا تتحقق الا بعد استعمال الماء ما يكفيه فهو كمن اصابته مخمصة ومعه لقمة من الحلال لا يكون له ان يتناول الميتة ما لم يتناول تلك اللقمة من الحلال ولا يجمع بين التيمم واستعمال الماء كما قلنا في سؤر الحمار • ولنا قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فان الماء مطلق [illegible] الى وجود الماء المحيس لا يمنع جواز التيمم [illegible] ولانه معطوف على ما سبق وقد سبق بيان حكم الوضوء والاغتسال ثم عطف عليه قوله فلم تجدوا ماء فيكون المفهوم منه فلم تجدوا ماء الذي توضؤن به وتغتسلون به من الجنابة وهو [illegible] ولانه طهارة [illegible] لا يجمع فيها بين البدل والاصل [illegible] لا ينقسمان كما لا يكمل التكفير بالمال بالصوم ولا العدة بالشهور والحيض [illegible] بعد استعمال الماء [illegible] ولا نقول في مسألة سؤر الحمار الجمع بينهما لمراعاة الترتيب فان ما معه من الحلال اذا كان لا يكفيه لسد الرمق فله ان يتناول بعد الميتة وفي سؤر الحمار الجمع بينهما للاحتياط لا [illegible] • الاصل البدل ذلك لو انه وجد الماء بعد التيمم فان كان يكفيه للوضوء بطل تيممه وان كان لا يكفيه للوضوء لم يبطل تيممه اعتبارا للانتهاء بالابتداء • قال واذا تيمم الجنب ثم احدث ومعه من الماء ما يتوضا به توضا لان الذي تيمم له من الجنابة الى ان يجد الماء يكفيه للاغتسال وهو الان محدث ومعه من الماء ما يتوضا به فتوضا فان لبس خفيه ثم وجد الماء ما يغتسل به [illegible] الصلاة وعنده من الماء قدر ما يتوضا به فانه يتيمم لانه لما مر بماء يكفيه للاغتسال عاد جنبا كما كان فعليه ان يتيمم ولا يمسح على الخفين ولا يتيمم الا في الرجل ٥ • قال فان تيمم وحضرت الصلاة الاخرى وقد الحدث فانه يتوضا لان التيمم الاول خرج من الجنابة الى ان يجد ما يكفيه للاغتسال ولم يجد بعد هذا فيجد معه ما يتوضا به فعليه ان يتوضا ويمسح خفيه لانه لما كان يكفيه للاغتسال بعد لبس الخف وجب عليه نزع الخفين فلا يكون له ان يمسح بعد ذلك وان لم يكن [illegible] قبل ان يمسح على خفيه لان اللبس حصل على طهارة كاملة ما لم يجد ما يكفيه للاغتسال وكذا ان تيمم • قال وان كان مع المحدث ماء يكفيه للوضوء غير انه يخاف العطش فله ان يتيمم هكذا قال علي وابن عباس رض ولانه يخاف الهلاك من العطش فلا يستعمل الماء [illegible] فكان عاجزا عن استعماله حكما [illegible] كما لو كان بينه وبين الماء عدو او سبع وهذا لان حرمة النفس لا تكون دون حرمة المال • قال واذا تيمم المسافر والماء منه قريب وهو لا يعلم به اجزاه تيممه لانه عاجز عن استعمال حين عدم الدليل الموصل اليه وهو العلم به فهو كما لو كان على راس البئر وليس معه الدلو للاستقاء فله ان يتيمم ولم يفسر حد القرب في ظاهر الرواية في حالة العلم به والمروي عن محمد قال اذا كان بينه وبين الماء دون ميل لا يجزيه التيمم وان كان ميلا اجزاه التيمم والميل ثلث فرسخ • وقال الحسن بن زياد رح اذا كان الماء امامه يعتبر ميلين وان كان يمنة او يسرة فميل واحد لان الميل للذهاب وميل في الرجوع فكان ميلين ٥ • وقال زفر رح اذا كان يخاف ان يصلي بالاغتسال خروج الوقت يجزيه التيمم وان كان لا يخاف [illegible] الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم [illegible] لصيرورة العاجز [illegible] الصلاة في الوقت ولكنا نقول التفويت جاء من قبله بتاخير الصلاة فليس له ان يتيمم اذا كان الماء [illegible] من العلماء من يقول اذا كان لا يبلغه صوت [illegible] هو بعيد يجيز له التيمم ٥ • قال واذا كان مع رفيقه ماء فعليه ان يسأله الا على قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج • ولكنا نقول الماء مبذول في الناس عادة وليس في سؤال ما يحتاج اليه مذلة فقد سال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض حوائجه من غيره فان سأله فابى ان يعطيه الا بثمن ان لم يكن معه ثمنه يتيمم لعجزه عن استعمال الماء وان كان معه ثمنه فان اعطاه بمثل قيمته في ذلك الموضع او بغبن يسير فليس له ان يتيمم • وان ابى ان لا يعطيه الا بغبن فاحش فله ان يتيمم وقال الحسن البصري رح يلزمه الشرى بجميع ماله لانه لا يخسر على هذه التجارة ولا ناخذ بهذا فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه فاذا كان يلحقه خسران في ماله فرخص له التيمم والغبن الفاحش خسران وقد بين ذلك في النوادر فقال ان كان الماء الذي يكفي للوضوء يوجد في ذلك الموضع بدرهم فابى ان يعطيه الا بدرهم ونصف فله ان يشتري وان ابى ان يعطيه الا بدرهمين يتيمم ولو يشتري يجعل الغبن الفاحش في تضعيف الثمن واما اذا كان يعطيه بمثل الثمن فعليه ان يشتري لان قدرته على البدل كقدرته على عينه كما ان القدرة على ثمن الرقبة كالقدرة على عينها في المنع من التكفير بالصوم وقال ابو يوسف رح في الامالي سالت ابا حنيفة رح عن المسافر لا يجد الماء ايطلب عن يمين الطريق وعن يساره قال ان طمع في ذلك فليفعل ولا يبعد فيضر باصحابه ان انتظروه او بنفسه ان انقطع عنهم ولا يطلب ذلك الا ان يخبره فيطلبه الغلوة ونحوها لان الطلب انما يؤمر به اذا كان ٥

على رجاء من وجوده فان لم يكن على رجاء منه فلا فائدة في الطلب وعدم الوجود كالوجود يتحقق من غير تقدم الطلب يقال
وجد فلان لقطة وقال تعالى فلم تجدوا ماء ٥ قال فان كان المسافر في ردغة وطين لا يجد الماء ولا الصعيد نفض ثوبه
او لبده وتيمم بغباره اما لا يؤمر بالتيمم بالطين وان كان لو فعل ذلك اجزاه في قول ابي حنيفة رح لان فيه تلويث الوجه وهو مثله
ولكنه ينفض لبده فيتيمم بغباره وقد بينا فيه حديث عمر رض فان كان المطر يمنع ذلك لتلطخ بالطين بعض جسده فاذا جفت
حتى يتيمم به وان لم يجف لم يصل بغير وضوء ولا تيمم وان ذهب الوقت وعن ابي يوسف رح انه يصلي ثم يعيد اذا قدر على الطهور
ووجهه انه لا ينبغي ان يمضي وقت صلاة على المسلم ولا يتشبه فيه بالمصلين فعليه ان ياتي بما قدر عليه تشبها بالصايمين ٥
ولكنا نقول الصلاة بغير طهارة معصية والتشبه بالمطيعين لا يحصل بمباشرة المعصية بخلاف الامساك فانه ليس بمعصية
قال فان وجد سؤر حمار او بغل توضا به وتيمم وان قدم التيمم اجزاه الا على قول زفر رح فانه يقول ما دام معه ما هو مامور باستعماله
فلا يعتبر تيممه ٥ ولكنا نقول الاحتياط في الجمع بينهما لا في الترتيب فلا يلزمه اعادة الترتيب وان كان الافضل ان يقدم المتوضى به
قال فاذا اصاب بدن المتيمم نجاسة لم ينتقض تيممه بذلك ولكنه يمسح بخرقة او تراب لتقليل النجاسة ثم يصلي فان صلى ولم يمسحه اجزاه
لان المسح لا يزيل النجاسة فهو عاجز عن ازالتها فجازت صلاته معها قال واذا توضا الكافر او اغتسل ثم اسلم فله ان يصلي
بذلك الوضوء والاغتسال عندنا خلافا للشافعي رح بناء على ما تقدم من اشتراط النية فعنده الوضوء لا يجزي الا بالنية والكافر
ليس من اهلها وعندنا يجزي من غير نية ويزول به الحدث فيصح من الكافر كغسل النجاسة وروي ان عمر لما طلب من اخته ان تناوله
الصحيفة قالت انك نجس حتى تغتسل فاغتسل ولانه قد ثبت لدليل صحة الاغتسال من الكافر قال وان تيمم الكافر في حال عدم الماء ثم اسلم
فليس له ان يصلي بذلك التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا تيمم بنية الاسلام او الطهر فله ان يصلي به بعد الاسلام
ووجه قوله ان التيمم يفارق الوضوء في اشتراط النية وبنية الطهر صحيح لانه من اهله ونية الاسلام نية قربة فاذا اقترن بالتيمم
نية القربة صح منه كما يصح من المسلم ٥ ولنا ان من شرط التيمم نية الصلاة به والكافر ليس من اهله والتيمم لا يصح بغير نية
ونية الاسلام لا تعتبر في التيمم انما تعتبر نية قربة لا تصح الا بالطهارة الا ترى ان المسلم اذا تيمم بنية الصوم او الصدقة
لا يصح تيممه ثم اصراره على الكفر الى ان يفرغ من التيمم معصية فكيف يتحقق فيه معنى نية القربة قال ولو توضا المسلم او اغتسل
ثم ارتد نعوذ بالله لم يبطل وضوؤه لان الردة ليست بحدث وهو كفر والكفر لا يمنع ابتداء الوضوء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى
فان قيل اليس ان الردة تحبط عمله ووضوؤه من عمله ٥ قلنا الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضا
على قصد الرياء يزول الحدث به وان كان لا يثاب على وضوئه قال ولو تيمم المسلم ثم ارتد لم يبطل تيممه الا على قول زفر فانه يقول
الكفر يمنع ابتداء التيمم فيمنع البقاء كمن صلى ثم ارتد بطلت صلاته حتى لو اسلم في الوقت تلزمه الاعادة ولكنا نقول تيممه قد صح
باقتران نية القربة فلا ينقضه الا الحدث او وجود الماء والردة ليست بحدث وهذا لان التيمم انما يفارق الوضوء في اشتراط النية
وذلك في الابتداء لا في البقاء ففي البقاء الوضوء والتيمم سواء فكما يبقى وضوؤه بعد ردته فكذلك تيممه قال وللمسافر ان يطا جاريته
وان علم انه لا يجد الماء وقال مالك يكره ذلك وروي ان رجلا سال ابن عمر عن ذلك فقال اما ابن عمر فلا يفعله ذلك حتى اذا وجد
الماء فاغتسل والمعنى ان الضرورة لا تتحقق في اكتساب سبب الجنابة في حال عدم الماء والصلاة مع الجنابة امر عظيم فلا ينبغي
ان يعرض لذلك من غير ضرورة ولنا قوله تعالى او لامستم النساء فذلك تنبيه على اباحة الملامسة في حال عدم الماء ثم التيمم للجنابة
والحدث بصفة واحدة وكما يجوز له اكتساب سبب الحدث في حال عدم الماء فكذلك اكتساب سبب الجنابة لان في منع النفس بعد
فلبثه السبق بعد الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج قال ومن تيمم وهو يريد به تعليم الغير ولا يريد به الصلاة لم يجزه لما
ان التيمم في اللغة هو القصد وذلك يدل على اشتراط النية فيه وظاهر ما يقول في الكتاب انه يحتاج الى نية الصلاة وعن ابي يوسف
ان نية الطهارة تكفي وكان ابو بكر الرازي يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث والجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما
من الآخر الا بالنية قال ولو تيمم بنية النفل جاز له اداء الفرض عندنا خلافا للشافعي رح وقد بينا هذا انه يعتبر الضرورة في التيمم
ثم اداء النافلة بالتيمم يجوز عندنا كاداء الفرض وقال الزهري لا يجوز لانه لا ضرورة في اداء النافلة قال والمسافرة طهرت
من حيضها فلم تجد ماء فتيممت وصلت فلزوجها ان يقربها لانا حكمنا بطهارتها حين صح تيممها وتاكد ذلك بجواز صلاتها ولم يذكر اذا
لم تصل فقيل هو على الاختلاف عند ابي حنيفة وابي يوسف ليس للزوج ان يقربها وعند محمد له ذلك بناء على فصل الرجعة والاصح
انه للزوج ان يقربها عندهم جميعا لان محمدا رح انما جعل التيمم كالاغتسال فيما هو مبني على الاحتياط وهو قطع الرجعة والاحتياط

فالوطي

فالوطي تركه لم يحصل التيمم فيه فيقول انه بالصلاة كالاغتسال ولم يفعله في حق الازواج قال والمسافر الجنب يمر بمسجد فيه عين ماء وهو
لا يجد غيره فانه يتيمم للدخول في المسجد لان الجنابة تمنعه من دخول المسجد عندنا سواء قصد المكث فيه او الاجتياز
وعند الشافعي له ان يدخلها مجتازا لظاهر قوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل فمعنى المنع بقوله عن المساجد قبل المسجد فيتيمم ٥
ثم يدخل المسجد فيستقي منه وان لم يكن معه ما يستقي به ولا يستطيع ان يغتسل فيه ولا يستطيع ان يقع فيه فان كان
او حوضا كبيرا فاغتسل فيه وان كان صغيرا فالاغتسال فيه يفسد الماء فيتيمم للصلاة ولكن يتيمم للصلاة
الى ان يصلي بالتيمم الاول لان يقصد عنده دخول المسجد ونية الصلاة شرط لجواز التيمم في ظاهر الرواية فلهذا يتيمم ثانيا
وكذلك لو تيمم لمس المصحف فليس له ان يصلي به بخلاف ما اذا تيمم لسجدة التلاوة لان السجدة جزء من الصلاة فلا يصح بنيته ذلك
نية الصلاة قال ولا يتوضا بسؤر الكلب الا على قول مالك وقد بينا ان عنده سؤره طاهر واذا لم يجد غيره يتوضا به
وعند علمائنا رح سؤره نجس وظاهر قوله عم طهور اناء احدكم اذا ولغ فيه الكلب ان يغسل ثلاثا دليل على نجاسته والتطهير
لا يحصل بالنجس فكان فرضه التيمم قال ويتيمم لصلاة الجنازة في المصر اذا خاف فوتها وكذلك لصلاة العيد عندنا وقال
الشافعي رح لا يتيمم لها لان التيمم طهور شرع عند عدم الماء ومع وجوده لا يكون طهورا ولا صلاة الا بطهور ومذهبنا مذهب
ابن عباس رض فانه قال اذا فاجاتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها وعن ابن عمر رض مثله في صلاة العيد ٥ ووجه ذلك ان النبي
عليه السلام امر بطهارة التيمم حين خاف الفوت لجوازه المسلم عن ... فصار هذا اصلا لكل ما يفوت لا الى بدل يجوز اداؤه بالتيمم
مع وجود الماء وصلاة العيد تفوت لا الى بدل لانها لا تقضى اذا فاتت مع الامام وكذلك صلاة الجنازة تفوت لا الى بدل
لانها لا تعاد عندنا وكان الخلاف ينبني على هذا الاصل ٥ والفقه فيه ان التوضي انما يلزمه اذا كان يتوصل به الى اداء الصلاة
وهنا لا يتوصل بالتوضي الى اداء الصلاة لانه تفوته الصلاة اذا اشتغل بالوضوء فاذا سقط عنه الخطاب باستعمال الماء صار
وجود الماء كعدمه فكان فرضه التيمم وبهذا فارق صلاة الجمعة فانه لا يتيمم لها وان خاف الفوت لان هناك يتوصل الى الصلاة
وهو الظهر الذي هو اصل فرض الوقت فكان مخاطبا باستعمال الماء وبخلاف سجدة التلاوة لانها غير موقتة فلا تفوته وبالوضوء
يتوصل الى ادائها فلا يجزيه اداؤها بالتيمم لهذا قال فان سبقه الحدث بعدما شرع في صلاة العيد فان كان شروعه
بتيمم بنى بالاتفاق وان كان شروعه بالوضوء يتيمم للبناء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتيمم لانه لا يخاف الفوت فانه اذا ذهب
الوضوء كان له ان يبني وان عاد بعد فراغ الامام وابو حنيفة يقول لما جاز الافتتاح بطهارة التيمم فالبناء اجوز لان حالة البناء
اسهل وخوف الفوت قائم فربما يصلي بالمحاذاة مع الناس لكثرة ازدحامهم فتفسد صلاته ولا يصل الى الماء حتى تزول الشمس
فتفوته بمضي الوقت ٥ وقيل هذا الجواب بناء على جبانة الكوفة فان الماء بعيد لا يصل اليه حتى يعود الى المصر فاما في ديارنا الماء
محيط بالمصلى فلا يتيمم للابتداء ولا للبناء لانه لا يخاف الفوت وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح ان ولي الميت لا يصلي على الجنازة
بالتيمم بخلاف غيره لانه لا يخاف الفوت فان الناس لو صلوا عليها كان له حق الاعادة ٥ قال ولا يجوز التيمم من مكان قد كان فيه بول
او نجاسة وان ذهب الاثر ٥ ذكر ابن كاس النخعي عن اصحابنا انه يجوز لانه حكم بطهارة المكان حين ذهب اثر النجاسة بدليل
جواز الصلاة عليها ووجه ظاهر الرواية ان شرط جواز التيمم طيبة الصعيد كما قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وهذا ان
كان طاهرا وليس من ضرورة الطهارة الطيبة فلم يصر طيبا ثم كان هذا المكان ثابت بخبر الواحد واشتراط الطهارة في الصعيد ثابت
بنص مقطوع به فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد كمن استقبل الصلاة في الحطيم دون البيت لا تجوز صلاته لهذا وقد قررناه قال
وان افتتح الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء يتيمم وبنى لان افتتاح الصلاة بالتيمم عند عدم الماء جائز فالبناء اجوز
لانه بناء الضعيف على القوي وذلك مستقيم فان وجد ماء ينظر فان كان بعدما عاد الى مكانه توضا واستقبل بالاتفاق
فان كان قبل ان يعود الى مكانه في القياس يتوضا ويستقبل الصلاة وهو قول محمد رح لان حرمة الصلاة باقية بعدما تيمم
وهذا متيمم وجد الماء في خلال الصلاة فيتوضا ويستقبل الصلاة استحسن ابو حنيفة وابو يوسف رح فقالا يتوضا ويبني
وجعل كانه لم يتيمم اصلا ولكنه كان في طلب الماء الا ان يجد الماء بخلاف ما اذا عاد الى مكان الصلاة فان هناك لو جعلناه كانه
لم يتيمم كانت صلاته فاسدة وهذا لانه انما يتوضا للبناء اذا ادى شيئا من الصلاة بطهارة التيمم وقبل العود الى مكان الصلاة
لم يؤد شيئا بطهارة التيمم فكان له ان يتوضا ويبني ٥ قال وان كان الامام متيمما فاحدث فاستخلف متوضئا ثم وجد الماء الامام
الاول فسدت صلاته وحده لان الامامة تحولت منه الى الثاني فصار كواحد من القوم ففساد صلاته لا يفسد صلاة غيره

وان كان الامام متوضيا والخليفة متيمم فوجد الخليفة الماء فسدت صلاته وصلاة الاول وصلاة القوم جميعا لان الامامة تحولت اليه
وصار الاول كواحد من المقتدين وفساد صلاة الامام تفسد صلاة القوم ۝ قال واذا ام المتيمم المتوضيين فابصر بعض القوم الماء
ولم يعلم به الامام والاخرون حتى فرغوا فصلاة الامام والقوم تامة الا من ابصر الماء فان صلاته فاسدة عندنا وقال زفر لا تفسد صلاته
وهو رواية عن ابي يوسف ۝ ووجهه انه لا بد لفساد الصلاة من سبب وهو في نفسه متوضئ فرؤية الماء لا يكون مفسدا في حقه ۝
وانما تفسد الصلاة لفساد صلاة الامام وصلاة الامام هنا صحيحة فلا معنى لافساد صلاته ۝ ولنا ان طهارة الامام معتبرة
في حق المقتدي بدليل انه لو تبين ان الامام محدث لم تجز صلاة القوم وطهارته هنا بتيمم فيجعل في حق من ابصر الماء كانه هو المتيمم ۝
فلهذا فسدت صلاته لانه اعتقد الفساد في صلاة امامه فتفسد صلاته كما لو اشتبهت عليهم القبلة فتحرى الامام الى جهة والمقتدي
الى جهة اخرى لا يصح اقتداؤه اذا كان عالما ان امامه يصلي الى غير جهته ۝ قال متيمم راى في صلاته سرابا فظن انه ماء فمشى اليه
فاذا هو سراب فعليه ان يستقبل الصلاة لان مشيه كان على وجه الرفض لتلك الصلاة بدليل ان ما ظن لو كان حقا كانت صلاته فاسدة
فلم يكن له ان يبني كما لو ظن في خلال الصلاة انه نسي مسح الراس فمشى ليمسح ثم تذكر انه مسح فليس له ان يبني بخلاف ما اذا ظن انه سبقه الحدث
فمشى ليتوضا فعلم قبل ان يخرج من المسجد انه ليس بمحدث كان له ان يبني لان انصرافه هنا لكان الاصلاح الصلاة دون رفضها بدليل
ان ما ظن لو كان حقا كان له ان يتوضا ويبني ما لم يفارق مكان الصلاة جعل كانه في موضعه فيما هذا ۝ قال ومن استيقن بالتيمم فهو على تيممه
حتى يستيقن بالحدث او بوجود الماء للاصل الذي قدمناه في الوضوء ان اليقين لا يزال بالشك ۝ قال واذا اراد التيمم فتمعك بالتراب
وذلك بدلك الجسد كله فان اصاب التراب وجهه وذراعيه وكفيه اجزاه لانه اتى بالواجب وزاد عليه وقد بينا فيه حديث عمار ان النبي ﷺ
قال يكفيك ضربتان ضربة للوجه وضربة للذراعين ۝ قال وان بدا بذراعيه في التيمم او مكث بعدما تيمم وجهه ساعة ثم تيمم اجزاه ۝
لانه بدل عن الوضوء وقد بينا ان الترتيب والموالاة في الوضوء مسنون لا يمنع تركه الجواز فكذلك في التيمم قال واذا تيمم جنب وحائض
من مكان ثم وضع اخر يده على ذلك المكان فتيمم به اجزاه لان الصعيد الباقي في المكان بعد تيمم الاول نظير الماء الباقي في الاناء بعد الوضوء
الاول فاغتسال به فيكون طهورا في حق الباقي كما هذا ۝ قال واذا تيمم وهو مقطوع اليدين من المرفق فعليه مسح موضع القطع من المرفق
عندنا خلافا لزفر بناء على ان المرفق يدخل في فرض الطهارة عندنا خلافا لزفر ثم موضع القطع صار باديا في حقه فهو نظير الكف
في حق من هو صحيح اليدين فعليه مسحه في التيمم وان كان القطع من فوق فليس بموضع للطهارة ۝ قال واذا تيمم وفي رحله ماء لا يعلم به ۝
فان كان نسيه بعدما وضعه او وضعه بعض اهله فصلاته بالتيمم جائزة عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يجوز عند ابي يوسف رح قال لان الماء
في السفر من اهم الاشياء عند المسافر فقد نسي ما لا ينسى عادة فلا يعتبر نسيانه كما لو كان في ظهره او معلقا من عنقه فلا يعتبر نسيانه ولا يجوز له
التيمم عند عدم الماء وهو واجد للماء لكونه في رحله فان رحله في يده فلا يجزيه التيمم كالمكفر بالصوم اذا نسي الرقبة في ملكه لا يجزيه لهذا وابو حنيفة
ومحمد احتجا في الكتاب وقالا بان الله تعالى لم يكلفه الا علمه ومعنى هذا ان التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه استعمال الماء قبل علمه
وان كان مخاطبا باستعماله فوجوده كعدمه كالمريض ومن يخاف العطش على نفسه تقديره انه عدم الة الوصول الى الماء وهو العلم به
فكان نظير الواقف على شفير البئر وليس معه الة الاستقاء ففرضه التيمم بخلاف الرقبة فالمعتبر ملكها حتى لو عرض انسان عليه الرقبة كان له
ان لا يقبل ويكفر بالصوم وبالنسيان لم ينعدم ملكه ۝ وهنا المعتبر القدرة على استعمال الماء حتى لو عرض انسان عليه الماء لا يجزيه التيمم
وبالنسيان زالت هذه القدرة فجاز تيممه وهو بخلاف ما اذا كان عالما وظن انه قد نفد لان القدرة على الاستعمال ثابت بعلمه فلا يعتبر
ظنه وعليه التفتيش فان لم يفعل لا يجزيه التيمم بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ۝ قال واذا كان به جدري وجراحات في بعض جسده ۝
فان كان محدثا فالمعتبر اعضاء الوضوء فان كان اكثره صحيحا فعليه الوضوء في الصحيح وان كان اكثره مجروحا فعليه التيمم دون غسل الصحيح
وان كان جنبا فالعبرة لجميع الجسد فان كان اكثره مجروحا تيمم وصلى عندنا ۝ وقال الشافعي رحمه الله يلزمه الغسل فيما هو صحيح في الكل
لان سقوط الغسل عما هو مجروح لضرورة الضرر في اصابة الماء والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ۝ ولنا ان الاقل تبع للاكثر
كان النبي عليه السلام قال في المجدور كان يكفيه التيمم واحد لا نقول انه يغتسل ما بين كل جدريين ولان العبرة للاكثر فاذا كان الاكثر
مجروحا فكان الكل مجروح ۝ وقد بينا انه لا يجمع بين الاصل والبدل على سبيل تقوية احدهما بالاخر فاذا كان مجروحا لم يكن بد من التيمم فسقط
فرض الغسل لهذا ۝ قال وان اجنب الصحيح في المصر فخاف ان يقتله البرد ان اغتسل فانه يتيمم في قول ابي حنيفة رحمه الله كالمسافر اذا خاف
ذلك وعندهما يجزيه ذلك في السفر ولا يجزيه في المصر قالا لان السفر يتحقق خوف الهلاك من البرد فانه لا يجد ما يتسخن به ولا ثوبا يتدفا به
ولا مكانا يتوقى به فاما المصر لا تعدم هذه الاشياء الا نادرا ولا عبرة بالنادر وهذا لم يجعل عدم الماء في المصر مجوزا للتيمم بخلاف خارج المصر

وابو حنيفة

وابو حنيفة رحمه الله يقول المسافر يجوز له التيمم مع وجود الماء لخوف الهلاك من البرد فاذا تحقق ذلك في حق المقيم كان هو كالمسافر
لان معنى الحرج من استعمال الماء ثابت فيهما وان من جاز له التيمم مع وجود الماء فالمصر والسفر له سواء كالمريض والمحبوس في السجن فان كان
في موضع نظيف وهو لا يجد الماء كان ابو حنيفة رحمه الله يقول المسافر يجوز له التيمم مع انه كان خارج المصر صلى بالتيمم وان كان في المصر
لم يصل وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال يصلي ثم يعيد وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهم الله ۝ وجه قوله الاول ان عدم الماء
في المصر غير معتبر شرعا حتى لا يسقط عنه الفرض بالتيمم ويلزمه الاعادة فلم يكن التيمم طهورا له ولا صلاة الا بطهور ۝ ووجه
قوله الاخر ان عدم الماء في المصر انما لا يعتبر لانه لا يكون الا نادرا فاما في السجن عدم الماء ليس بنادر فكان معتبرا فامر بالصلاة بالتيمم
لعجزه عن الماء فاما الاعادة ففي القياس لا يلزمه وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله كما لو كان في السفر ۝ وفي الاستحسان يعيد ۝
لان عدم الماء كان بمعنى من العباد ووجوب الصلاة بالطهارة حق الله تعالى فلا يسقط بما هو من عمل العباد بخلاف المسافر فان هناك
جواز التيمم لعدم الماء لا بالحبس ولا صنع للعباد فيه فهو نظير المقيد اذا صلى قاعدا يلزمه الاعادة اذا رفع القيد عنه بخلاف المريض ۝
واذا كان محبوسا في مكان قذر ولا يجد صعيدا طيبا ولا ماء طيبا يتوضا به فانه لا يصلي في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
يصلي بالايماء تشبها بالمصلين واختلفت الروايات عن محمد رحمه الله فذكر في الزيادات وفي نسخ ابي حفص من الاصل كقول ابي حنيفة رحمه الله
وفي نسخ ابي سليمان ذكر قوله كقول ابي يوسف رح ۝ ووجهه ان العاقل المسلم لا يجوز ان يمضي عليه وقت الصلاة وهو لا يتشبه بالمصلين فيه
بحسب الامكان فان التكليف بما يثبت بحسبه ۝ ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الصلاة بغير طهور معصية ولا يحصل التشبه بالمصلين
بما هو معصية وقد تقدم نظيره ومن نظائره الهارب من العدو ماشيا والمشتغل بالقتال في حالة المسايفة والسابح في البحر بعدما انكسر
السفينة عند ابي يوسف رح يصلون بالايماء ثم يعيدون وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يصلون مع العمل من القتال والسباحة والمشي
لان تكون الصلاة قربة ۝ وفي الحديث ان النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق لكونه مشغولا بالقتال فدل انه لا يصلي
في هذه الحالة ۝ قال مسافر جنب غسل فرجه ووجهه وذراعيه وراسه ثم اهراق الماء فتيمم وافتتح الصلاة ثم قهقه فيها ووجد الماء فعليه
ان يغسل وجهه وذراعيه ويمسح براسه ويغسل ما بقي من جسده لان شروعه في الصلاة قد صح بالتيمم والقهقهة في الصلاة لو طرت
على غسل جميع الاعضاء نقض طهارته فيها فكذلك اذا طرت على غسل بعض الاعضاء بمنزلة سائر الاحداث وعن ابي يوسف رح في الامالي
قال القهقهة في الصلاة ناقض للطهارة التي بها شرع في الصلاة وشروعه في الصلاة هنا بالتيمم لا بغسل وجهه وذراعيه ولا تنتقض
بالقهقهة طهارته في الوجه والذراعين ولا يلزمه اعادة الغسل فيهما كما لا يلزمه اعادة الغسل فيما غسل من جسده سوى اعضاء الوضوء
قال جنب اغتسل فبقي على بدنه لمعة لم يصبها الماء فانه يتيمم ويصلي لان زوال الجنابة معتبر بثبوتها حكما كما لا يتحقق ثبوتها في بعض البدن
فكذلك لا يتحقق زوالها ما بقي شيء لم يصبها الماء فان وجد الماء بعد ذلك غسل ذلك الموضع لانه قدر على ما يطهره ولا يتيمم لانه طاهر
عن الحدث فان كان احدث قبل ذلك الموضع فالمسئلة على وجوه ان كان الماء الذي وجد يكفيه اللمعة والوضوء غسل اللمعة ليخرج
من الجنابة ثم يتوضا لانه محدث معه ماء يتوضا به وان كان لا يكفي لواحد منهما تيمم للحدث وتيممه للجنابة باق ولكنه يستعمل ذلك الماء
في اللمعة لتقليل الجنابة وان كان يكفيه للمعة دون الوضوء غسل به اللمعة ليخرج من الجنابة ثم تيمم للحدث وان كان يكفيه للوضوء ۝
دون اللمعة يتوضا به وتيممه للجنابة باق وان كان يكفيه لكل واحد منهما على الانفراد غسل به اللمعة لان زوال الجنابة فان حكمها اغلظ
من الحدث حتى يمنع الجنب من قراءة القران دون المحدث ثم يتيمم للحدث فان كان بدا بالتيمم للحدث اجزاه في رواية كتاب الصلاة ولم يجزه ايضا
في رواية الزيادات ۝ وقيل ما ذكر في الزيادات قول محمد رحمه الله ۝ ووجهه انه تيمم ومعه ماء يكفيه للوضوء فلا يعتبر تيممه ۝
وما ذكر في الاصل قول ابي يوسف رحمه الله ۝ ووجهه ان الماء مستحق للمعة فهو كالمعدوم في حق الحدث كالماء المستحق للعطش ۝
وشبه هذا بسؤر الحمار انه يجمع المسافر بينه وبين التيمم والاولى ان يبدا بالوضوء به فان بدا بالتيمم اجزاه فكذلك هنا ۝
قال متيمم افتتح الصلاة ثم وجد سؤر حمار مضى على صلاته فاذا فرغ توضا به واعاد الصلاة لان سؤر الحمار مشكوك في طهارته وشروعه
في الصلاة قد صح فلا ينتقض بالشك فلهذا يتم الصلاة ثم يتوضا به ويعيد احتياطا لجواز ان يكون سؤر الحمار طاهرا ۝ قال
ولو وجد نبيذ التمر في خلال الصلاة يتم صلاته ثم يتوضا به ويعيد لانه كسؤر الحمار عنده وعند ابي يوسف رحمه الله يتم صلاته ولا يعيد
لان النبيذ عنده ليس بطهور وعند ابي حنيفة رحمه الله يقطع صلاته لان نبيذ التمر بمنزلة الماء عنده في حال عدم الماء فتنتقض طهارته
بوجوده فيتوضا به ويستقبل وان وجد سؤر الحمار والنبيذ جميعا فعند ابي حنيفة يفسد صلاته فيتوضا بهما ثم يستقبل لان سؤر
الحمار ان كان طاهرا فالنبيذ ليس بطهور فلهذا توضا بهما واعاد الصلاة احتياطا ذكر المسائل ذكر المسائل المعدودة ۝

وعند ابي حنيفة ينقطع صلاته لان نبيذ التمر بمنزلة الماء عنده في حال عدم الماء فتنتقض طهارته بوجوده فيتوضأ به ويستقبل
وان وجد سور الحمار والنبيذ جميعا فعند ابي يوسف تفسد صلاته فيتوضأ بهما ثم يستقبل لان سور الحمار ان كان طاهرا فالنبيذ
ليس بطهور فلهذا يتوضأ بهما وعند ابي يوسف يمضي في صلاته فاذا فرغ توضأ بهما واعاد الصلاة احتياطا
ذكر المسايل المعدودة لابي حنيفة اذا فرغ المصلي من تشهده ولم يسلم حتى انقضى وقت مسحه او وجد في خفه شيئا فنزعه فانتقض مسحه
ولم يسلم حتى انقضى وقت مسحه فسدت صلاته في قول ابي حنيفة وكذلك المتيمم اذا وجد الماء ومصلي الجمعة اذا خرج وقتها ومصلي الفجر
اذا طلعت عليه الشمس والعاري اذا وجد ثوبا والامي اذا لم يتعلم القراءة والقاري اذا استخلف اميا والعاري اذا وجد ثوبا
والمومي اذا قدر على الركوع والسجود والمصلي اذا تذكر الفايتة وصاحب الجرح السايل اذا برا جرحه او ذهب الوقت وكذلك
المستحاضة ومصلي الفايتة اذا تغيرت الشمس وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح قد مضت في جميع ذلك صلوته وخرج بها عنها وجازت
فمن اصحابنا من قال هذه المسألة تبتنى على اصل وهو ان الخروج من الصلاة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رح وعندهما
ليس بفرض واحتجاجهما بحديث عبد الله بن عمر رض ان النبي عم قال اذا رفع المصلي راسه من اخر السجدة وقعد قدر التشهد فقد تمت
صلاته ولان بالاتفاق لو تكلم او قهقه او احدث متعمدا او حاذته امراة الرجل في هذه الحالة لم تفسد الصلاة ولو بقي عليه شيء
من فرايض الصلاة لفسدت في هذه الامور كما تفسد قبل القعدة ولابي حنيفة ان هذه عبادة لها تحريم وتحليل فلا يخرج منها
على وجه التمام الا بصنعه كالحج وتقريره ان بعد التشهد لو اراد استدامة التحريمة الى خروج الوقت ودخول وقت صلاة اخرى
منع منه ولو لم يبق عليه شيء من الصلاة لم يمنع من ذلك وتاويل الحديث انه قارب التمام والكلام والحدث العمد والمحاذات
والقهقهة صنع من جهته فان قيل فنزع الخف ايضا صنعه قلنا هنا صنع غير قاطع حتى ان غاسل الرجلين لو فعله في خلال الصلاة
لا يضره ولهذا قيل انا وتيله اذا كان الخف واسع الساق لا يحتاج الى نزعه الى المعالجة فان كان يحتاج الى ذلك فصلاته تامة
فان قيل فالاستخلاف ايضا صنعه قلنا نعم ولكنه صنع فيه مفسد بدليل انه لو استخلف لعاذر في خلال الصلاة لم يضره ولكن هذا
ليس بقوي لان الاستخلاف يتادى فرض الصلاة بالكلام والحدث العمد ولو كان الخروج بصنع المصلي فرضا لاختص بما هو قربة كالخروج من الحج ٥
ولكن الصحيح لابي حنيفة ان التحريمة باقية بعد التشهد كاعتراض المغير للفرض في هذه الحالة كاعتراضه في خلال الصلاة بدليل
ان المسافر لو نوى الاقامة في خلال الصلاة وهذه العوارض مغيرة للفرض بخلاف الكلام فانه قاطع لا مغير والقهقهة والحدث العمد
والمحاذاة مبطل لا مغير ٥ فان قيل بطلوع الشمس في خلال الفجر مبطل لا مغير وقد جعلتموه على الاختلاف ٥ قلنا لا كذلك
بل هو مغير للصلاة من الفرض الى النفل فانه لا يصير خارجا من التحريمة وجميع ما بينا فيما اذا اعترض قبل السلام كذلك في سجود السهو
او بعد ما سلم قبل ان يتشهد او بعد التشهد قبل ان يسلم لان التحريمة باقية فان عرض له شيء من ذلك بعد ما سلم قبل ان يسجد للسهو فصلاته
تامة اما عندهما فلا اشكال اما عند ابي حنيفة لانه بالسلام يخرج من التحريمة ولهذا لا يتغير فرض المسافر بنية الاقامة في هذه الحالة
وكذلك لو كان يسلم احدى التسليمتين لان انقطاع التحريمة يحصل بتسليمة واحدة وهذا كله بناء على قولنا فاما عند الشافعي رح تفسد صلاته
بالكلام والحدث العمد العوارض المفسدة في هذه الحالة لان الخروج بالسلام عنده من فرايض الصلاة لقوله عم وتحليلها التسليم ٥
فكما ان التحريم من الصلاة يختص بما هو قربة فكذلك التحليل ٥ ولنا حديث ابن مسعود رض ان النبي عم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا
وفعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ولان التسليم خطاب منه للناس حتى لو اتى به ٥
في خلال الصلاة عمدا تفسد صلاته وما يكون من اركان الصلاة لا يكون مفسدا للصلاة وتبين بهذا ان المراد بقوله عم وتحليلها الاذان
بانقضائها فان من تحرم للصلاة فانه غاب عن الناس لا يكلمهم ولا يكلمونه وعند التسليم يصير كالعايد اليهم فلهذا يسلم عليهم لا لان
التسليم من اركان الصلاة ولو عرض له شيء من ذلك قبل ان يقعد قدر التشهد اعاد الصلاة لان القعدة من الاركان لما روينا من حديث
ابن مسعود وزعم بعض مشايخنا ان القدر المفروض من القعدة ما ياتي فيه بكلمة الشهادة وليس كذلك لان الاصح ان المفروض قدر ما يتمكن فيه
من قراءة التشهد الى قوله عبده ورسوله فالتشهد اذا اطلق يفهم منه هذا ٥ وفي الاملاء عن ابي يوسف رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله
كان يقول ولا في الامي يتعلم السورة في خلال الصلاة انه يقرا ويبني كالقاعد يقدر على القيام ثم رجع عن ذلك وقال ٥
ان صلاة الامي ضرورة محضة حتى لا يجوز ترك القراءة مع القدرة في النفل والفرض فهو كالمومي يقدر على الركوع والسجود

باب الاذان

الاذان في اللغة هو الاعلام ومنه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فتكلموا في سبب ثبوته فروى ابو حنيفة رح عن علقمة بن مرثد ٥
عن ابن بريدة عن ابيه قال ان رجلا من الانصار مر بالنبي عم فراه حزينا وكان الرجل ذا طعام فرجع الى بيته واهتم لحزنه فلم يتناول الطعام ولكنه نام
فاتاه ات فقال اتعلم حزن رسول الله صلى الله عليه وسلم مم هذا هو قال من هذا الناقوس فمره فليعلم بلالا الاذان وذكره الى اخره ٥
والمشهور انه عم لما قدم المدينة كان يؤخر الصلاة تارة ويعجلها اخرى فاستشار الصحابة في علامة يعرفون بها وقت اداء الصلاة
لكيلا يفوتهم الجماعة فقال بعضهم تنصب علامة حتى اذا راها الناس اذن بعضهم بعضا فلم يعجبه ذلك واشار بعضهم بضرب الناقوس
وكرهه لاجل النصارى وبعضهم لاجل النفخ في الشبور وكرهه لاجل اليهود وبعضهم بالبوق فكرهه لاجل المجوس فتفرقوا قبل ان يجتمعوا
على شيء قال عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصاري فبت لا ياخذني النوم وكنت بين النايم واليقظان اذ رايت شخصا نزل من السماء وعليه ثوبان
اخضران وفي يده شبه الناقوس فقلت اتبيعني هذا فقال ما تصنع به فقلت نضربه عند صلاتنا فقال الا ادلك على ما هو خير من هذا
فقلت نعم فقام على جذم حايط مستقبل القبلة فاذن ثم مكث هنيهة ثم قام فقال مثل مقالته الاولى وزاد في اخره قد قامت الصلاة ٥
مرتين فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بذلك فقال رؤيا صدق فالقها على بلال فانه امد صوتا منك فالقيتها عليه
فقام على سطح اذ مله كان على سطوح بالمدينة وجعل يؤذن فجاء عمر رضي الله عنه في ازاره وهو يهرول ويقول لقد طاف بي الليلة
ما طاف بعبد الله الا انه قد سبقني هذا ابن زيد وروي ان سبعة من الصحابة راوا تلك الرؤيا في ليلة واحدة وكان ابو حفص محمد بن علي
ينكر هذا ويقول تعمدون الى ما هو من معالم الدين فتقولون ثبت بالرؤيا كلا ولكن النبي عم حين اسري به الى المسجد الاقصى وجمع له النبيون
اذن ملك واقام فصلى بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال كثير بن مرة اذن جبريل في السماء فسمعه عمر بن الخطاب ولا منافاة بين هذه
الاسباب فيجعل كان ذلك كله ٥ ثم يختلفون في الاذان في ثلثة مواضع احدها في الترجيع فانه ليس من سنة الاذان عندنا خلافا للشافعي
وصفته بان ياتي بكلمة الشهادتين يخفض بهما صوته ثم يرجع فياتي بهما مرتين اخريين يرفع بهما صوته ٥ واحتج الشافعي بحديث
ابي محذورة ان النبي عم علمه الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة ولن يكون تسع عشرة الا بالترجيع ٥ وروى انه امر
بالترجيع نصا وجعل كلمة الشهادتين قياس التكبير فكما انه ياتي بلفظ التكبير اربع مرات فكذلك بكلمة الشهادتين ٥ ولنا حديث
عبد الله بن زيد فهو الاصل وليس فيه ذكر الترجيع ولان المقصود من الاذان قوله حي على الصلاة حي على الفلاح ولا ترجيع فيهما
فالكلمتين فيما سواهما اولى واما لفظ التكبير قلنا ان ذكر التكبير مرتين لكان بصوت واحد فهو كلمة واحدة فاما حديث ابي محذورة
قلنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره بالتكرار حالة التعليم ليحسن تعلمه وهو كان عادته فيما يعلم اصحابه فظن انه امره بالترجيع وقيل
ان ابا محذورة كان مؤذن مكة فلما انتهى الى ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم خفض صوته استحياء من اهل مكة لانهم كانوا لم يعهدوا ذكر اسم رسول الله
صلى الله عليه وسلم بينهم جهرا فعرك رسول الله صلى الله عليه وسلم اذنه وامره ان يعود فيرفع صوته ليكون تاديبا له ٥ والثاني في التكبير عندنا
اربع مرات وعند مالك مرتين وهو رواية عن ابي يوسف قاسه بكلمة الشهادتين ياتي بهما مرتين ولنا حديث عبد الله بن زيد وحديث ابي محذورة
في الاذان تسع عشرة كلمة ولن يكون ذلك الا اذا كان التكبير مرتين ٥ ثم قد بينا ان كل تكبيرتين بصوت واحد فكانهما كلمة واحدة فياتي بهما
مرتين كما ياتي بالشهادتين ٥ والثالث ان اخر الاذان لا اله الا الله وعلى قول اهل المدينة لا اله الا الله والله اكبر فاعتبروا اخره باوله
فيرون فيه حديثا ولكنه شاذ فيما تعم به البلوى والاعتماد في مثله على المشهور وهو حديث عبد الله بن زيد على ما توارثه الناس
قال وينبغي للمؤذن ان يستقبل القبلة في اذانه حتى اذا انتهى الى الصلاة والفلاح حول وجهه يمينا وشمالا وقدماه مكانهما لحديث الرؤيا
وحديث عون بن ابي جحيفة عن ابيه قال رايت بلالا يؤذن ببطحاء مكة مستقبل القبلة فاذا انتهى الى الصلاة والفلاح حول وجهه
يمينا وشمالا وقدماه مكانهما ولان الاذان مناجاة ومناداة ففي حالة المناجاة يستقبل القبلة فاذا انتهى الى السلام حول وجهه
يمينا وشمالا لانه يخاطب الناس بذلك فاذا فرغ من الصلاة والفلاح حول وجهه الى القبلة لانه عاد الى المناجاة ٥ قال
والاقامة مثنى مثنى كالاذان عندنا ٥ وقال الشافعي رحمه الله والاقامة فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلاة فانها مرتين
واستدل بحديث انس رض ان النبي عم امر بلالا ان يشفع الاذان ويوتر الاقامة ولان الاذان لاعلام الغايبين والاقامة لاقامة الصلاة ٥
فالافراد بها اعجل لاقامة الصلاة والاعلام مع التكرار ابلغ في الاعلام فهو اولى ٥ ولنا حديث عبد الله بن زيد فهو الاصل
كما بينا ومر علي بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك ولانه احد الاذانين وهو مختص بقوله قد قامت الصلاة فلو كان
من سنته الافراد لكان اولى به هذه الكلمة وحديث انس معناه امر بلالا ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ما روي ٥
عن ابراهيم قال اول من افرد الاقامة معاوية ٥ وقال مجاهد كانت الاقامة مثنى كالاذان حتى استخفه بعض امراء الجور

فافردوه لحاجة الظهر وقال لما الكبير ذو الولد قد قامت الصلاة ايضا ويروى فيه حديثا عن سعد القرظ ولكنه شاذ فيما تعم به البلوى
والشاذ في مثله لا يكون حجة ٥ قال واذا اذن جعل اصبعيه في اذنيه عند اذانه لقوله عم لبلال اذا اذنت فاجعل اصبعيك
في اذنيك فانه اندى لصوتك وقال ابو حنيفة رايت بلالا يؤذن في صومعته يتبع فاه ها هنا وها هنا واصبعاه في اذنيه وان لم يفعل
لم يضره لان المقصود وهو الاعلام حاصل ٥ قال وان استدار في صومعته لم يضره لانه ربما لا يحصل المقصود بتحويل الوجه يمينا وشمالا
بدونها لاستدار لتباعد جوانب المحلة فالاستدارة للمبالغة في الاعلام ٥ قال والتثويب في شيء من الصلاة الا في الفجر وكان التثويب
الاول في الفجر وكان بعد الاذان الصلاة خير من النوم مرتين فاحدث الناس هذا التثويب وهو حسن اما معنى التثويب لغة الرجوع ومنه سمي الثواب
لان منفعة عمله تعود اليه ويقال ثاب الى المريض نفسه اذا برا فهو عود الى الاعلام الاول بعد الاعلام والدليل ما روي ان النبي عم قال اذا اذن
المؤذن ادبر الشيطان وله حصاص كحصاص الحمار فاذا فرغ رجع فاذا اقام ادبر فاذا فرغ رجع ويجعل يوسوس الى المصلي انه كم صلى
انه كم صلى فهذا دليل على ان التثويب بعد الاذان وكان التثويب للصلاة الاول خير من النوم لما روي ان بلالا رضي الله عنه اذن لصلاة الفجر
ثم جاء الى باب حجرة عايشة رض فقال الصلاة يا رسول الله فقالت عايشة الرسول نايم فقال بلال الصلاة خير من النوم فلما انتبه اخبرته عايشة
بذلك فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥ وقوله فاحدث الناس هذا التثويب اشارة الى تثويب اهل الكوفة فانهم الحقوا الصلاة
خير من النوم بالاذان وجعلوا التثويب بين الاذان والاقامة حي على الصلاة مرتين حي على الفلاح مرتين ٥ قال والتثويب في كل بلدة
ما يتعارفونه بالتنحنح او بقوله الصلاة الصلاة او بقوله قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام فانما يحصل ذلك بما يتعارفونه ٥ قال
ولا تثويب الا في صلاة الفجر لما روي ان عليا رض راى مؤذنا يثوب في العشا فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وفي حديث مجاهد قال
دخلت مع ابن عمر رض مسجدا يصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله
الا في صلاة الفجر ولان صلاة الفجر تؤدى في حالة نوم الناس ولهذا اختصت بالتطويل في القراة فخصت ايضا بالتثويب في اذانها
لكيلا تفوت الناس الجماعة وهذا المعنى لا يوجد في غيرها وفسره الحسن عن ابي حنيفة رح قال يؤذن للفجر ثم يقعد بقدر ما يقرا عشرين اية
ثم يقعد مثل ذلك ثم يقيم لحديث بلال رض ان النبي عم قال له اذا اذنت فامهل الناس قدر ما يفرغ الاكل من اكله والشارب من شربه ٥
والمعتصر من قضا حاجته وانما استحسن التثويب الثاني لان التنبيه الصلاة في الاذان كان بها بين الكلمتين فيستحسن التثويب بهما ايضا
هذا اختيار المتقدمين اما المتاخرون استحسنوا التثويب في جميع الصلوات لان الناس قد ازداد بهم الغفلة فلا يقومون عند سماع
الاذان فيستحسن التثويب للمبالغة في الاعلام ومثل هذا يختلف باختلاف احوال الناس وقد روي عن ابي يوسف رح انه لا باس بان يخص
الامير بالتثويب فياتي بابه فيقول السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة مرتين حي على الفلاح مرتين يرحمك الله لان
الامراء لهم زيادة اهتمام باشتغال المسلمين ورغبة في الصلاة بالجماعة فلا باس بان يخصوا بالتثويب وقد روي ان عمر رض لما كثر
نصب من يحفظ عليه صلاته غير ان محمدا رحمه الله كره هذا وقال انا لابي يوسف حيث خص الامراء بالذكر والتثويب لما روي ان عمر رض
حين حج اتاه مؤذن مكة يؤذنه بالصلاة فانتهره وقال الم يكن في اذانك ما يكفينا قال ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لحديث جابر
ان النبي عم قال لبلال اذا اذنت فترسل فاذا اقمت فاحدر ولان المقصود من الاذان الاعلام فالترسل فيه ابلغ في الاعلام والمقصود
من الاقامة اقامة الصلاة فالحدر فيها ابلغ في الاعلام هذا المقصود ٥ قال فان ترسل فيهما او ترسل في الاقامة وحدر في الاذان ٥
اجزاه لانه اتى بالكلام بصفة التمام وحصل به المقصود وهو الاعلام فترك ما ذكرناه فيه لا يضره ٥ قال ويجوز الاذان والاقامة
على غير وضوء ويكره مع الجنابة حتى يعاد اذان الجنب ولا يعاد اذان المحدث وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يعاد فيهما وعن ابي يوسف
انه لا يعاد فيهما ٥ ووجهه ان الاذان ذكر والجنب والمحدث لا يمنعان من ذكر الله تعالى لكن ما هو مقصود به وهو الاعلام حاصل ووجه
رواية الحسن ان الاذان مشبه بالصلاة ولهذا يستقبل فيه القبلة والصلاة مع الحدث لا تجوز فما هو مشبه به يكره معا ٥
ثم المؤذن يدعو الناس الى التاهب للصلاة فاذا لم يكن متاهبا لها دخل تحت قوله اتامرون الناس بالبر وتنسون انفسكم ٥ ووجه
ظاهر الرواية ما روي ان بلالا ربما اذن وهو على غير وضوء ثم الاذان ذكر معظم فيقاس بقراة القران والمحدث لا يمتنع ويمنع منه الجنب
فكذلك الاذان ٥ وفي ظاهر الرواية جعل الاقامة كالاذان في انه لا باس به اذا كان محدثا ٥ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله
الفرق بينهما فقال اكره اقامة المحدث لان الاقامة يتصل بها اقامة الصلاة فلا يتمكن من ذلك مع الحدث بخلاف الاذان ٥ قال ويكره
الاذان قاعدا لان في حديث الرويا فقال الملك قام على جذم حايط ولان المقصود الاعلام وتمامه في حالة القيام ولكنه يجزيه لان اصل
المقصود حاصل ٥ قال ولا باس بان يؤذن واحد ويقيم اخر لما روي ان عبد الله بن زيد سال رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان يكون

ان يكون له في الاذان نصيب فامر بان يؤذن بلال ويقيم هو ولان كل واحد منهما ذكر مقصود فلا باس بان ياتي بكل واحد منهما رجل اخر ٥
والذي روي ان الحارث الصدائي اذن في بعض الاسفار وبلال كان غايبا فلما رجع بلال اراد ان يقيم فقال عم ان اخا صدا اذن
ومن اذن فهو يقيم انما قال على وجه تعليم حسن العشرة لان خلاف ذلك لا يجزي ٥ قال وان ترك استقبال القبلة في اذانه اجزاه
وهو مكروه لان المقصود به حصل وهو الاعلام والكراهة لمخالفة السنة ٥ قال ويؤذن المسافر راكبا ان شا لما روي ان بلالا
في السفر ربما اذن راكبا ولان المسافر له ان يترك الاذان اصلا فله ان ياتي به راكبا بطريق الاولى قال وينزل للاقامة اجلالا
لان اقامة الصلاة وانما يصلي على الارض فينزل للاقامة لهذا ٥ قال وان اقتصر المسافر بالاقامة اجزاه لان السفر عذر مسقط
لشطر الصلاة فلان يكون مسقطا لاحد الاذانين اولى ولان الاذان لاعلام الناس حتى يجتمعوا وهم في السفر مجتمعون والاقامة لاقامة الصلاة
وهم اليها محتاجون ٥ هنا في السفر ويكره تركهما هذا والاولى ان ياتي بهما لما روي ان النبي عم قال لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما
فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما قراة وقال عم من اذن في ارض قفر واقام صلى بصلاته ما بين الخافقين من الملايكة ومن صلى بغير اذان واقامة
لم يصل معه الا ملكاه ٥ قال وليس على النساء اذان ولا اقامة لانها سنة الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة لما في الجماعة من الفتنة
وكذلك ان يصلين بغير اذان ولا اقامة لحديث رايطة قالت كنا جماعة من النساء عند عايشة رض فامتنا وقامت وسطنا وصلت بغير اذان ٥
ولا اقامة ولان المؤذن يشهر نفسه بالصعود الى اعلا المواضع ويرفع صوته بالاذان والمراة ممنوعة من ذلك لخوف الفتنة فان صلين
باذان واقامة جازت صلاتهن مع الاساءة لمخالفة السنة والتعرض للفتنة ٥ قال وان صلى اهل المصر جماعة بغير اذان ولا اقامة
فقد اساؤا والترك سنة مشهورة وجازت صلاتهم لادا اركانها والاذان والاقامة سنة ولكنهما من اعلام الدين فتركهما ضلالة
هكذا قال مكحول السنة سنتان احدهما هدى وتركها ضلالة وسنة اخذها هدى وتركها لا باس به كالاذان والاقامة وصلاة العيدين
وعلى هذا قال محمد رحمه الله اذا اصر اهل المصر على ترك الاذان والاقامة امروا بهما فان ابوا قوتلوا على ذلك بالسلاح كما يقاتل
عند الاصرار على ترك الفرايض والواجبات فاما في السنن يؤدبون على تركها ولا يقاتلون على ذلك ليظهر الفرق بين الواجب وغيره
ومحمد رح يقول ما كان من اعلام الدين فالاصرار على تركها استخفاف بالدين فيقاتلون على ذلك لهذا ٥ قال فان صلى رجل في بيته ٥
واكتفى باذان الناس واقامتهم اجزاه لما روي ان ابن مسعود رض صلى بعلقمة والاسود في بيت فقيل له الا تؤذن فقال اذان الحي يكفينا
وهذا بخلاف المسافر فانه يكره له تركهما وان كان وحده لان المكان الذي هو فيه لم يؤذن فيه لتلك الصلاة فاما هنا الموضع الذي هو فيه المقيم
قد اذن فيه واقيم لهذه الصلاة فله ان يتركهما ٥ قال وان اذن واقام فهو حسن لان المنفرد مندوب الى ان يؤدي الصلاة على صفة
الصلاة بالجماعة ولهذا كان الافضل ان يجهر بالقراة في صلاة الجهر وكذلك ان اقام ولم يؤذن فهو حسن لان الاذان لاعلام الناس
وذلك غير موجود هنا والاقامة لاقامة الصلاة وهو يقيمها ٥ قال وليس لغير الصلوات الخمس والجمعة اذان ولا اقامة
اما العيد فلحديث جابر بن سمرة قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العيدين بغير اذان ولا اقامة وكذلك توارثه الناس الى يومنا هذا
واما في صلاة الوتر فلانها لا تؤدى بالجماعة الا في التراويح في ليالي رمضان وهي تبع للعشا وقد اذن واقيم لها وهم مجتمعون عنده
فاما الجمعة يؤذن لها ويقام فانها فرض مكتوب والاذان لها منصوص في القران قال الله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة ٥
واختلفوا في البيع المعتبر الذي يحرم البيع عنده ويجب السعي الى الجمعة وكان الطحاوي يقول هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام
بانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يخرج فيستوي على المنبر وهكذا في عهد ابي بكر وعمر رض
ثم احدث الناس الاذان على الزوراء في عهد عثمان فكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر الاذان
عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما تفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا عن الجامع والاصح ان كل اذان يكون بعد زوال
الشمس سوا كان على المنبر او على الزوراء قال ولا يتكلم المؤذن في اذانه واقامته لانه ذكر معظم كالخطبة فيكره التكلم في خلاله لما فيه
من ترك الحرمة ٥ وروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره رد السلام لانها فريضة ولكنا نقول يحتمل التاخير الى
ان يفرغ من اذانه ٥ قال وان اذن قبل دخول الوقت لم يجزه ويعيدها في الوقت لان المقصود من الاذان اعلام الناس ٥
بدخول الوقت فقبل الوقت يكون تجهيلا لا اعلاما والمؤذن مؤتمن قال عم الامام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم ارشد الايمة ٥
واغفر للمؤذنين وفي الاذان قبل الوقت اظهار الخيانة فيما ايتمن فيه ولو جاز الاذان قبل الوقت لاذن عند الصبح خمس مرات
صلوات وذلك لا يجوز احد ولا خلاف فيه الا في صلاة الفجر فقال ابو يوسف اخرا لا باس بان يؤذن للفجر في النصف
الاخر من الليل وهو قول الشافعي واستدل لا بتوارث اهل الحرمين ٥ ولما روي ان بلالا كان يؤذن على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم بالليل فدل انه لا باس به ولان وقت الفجر مشتبه وفي مراعاته بعض الحرج ولكن ابو حنيفة ومحمد رح قاسا الاذان
للفجر بالاذان لسائر الصلوات بالمعنى الذي بينا • وفي الاذان للفجر قبل الوقت اضرار بالناس لانه وقت نوم فيلتبس عليهم
وذلك مكروه • وقد روي ان الحسن البصري رحمه الله كان اذا سمع من يؤذن قبل طلوع الفجر قال علوج فراغ لا يصلون
الا في الوقت لو ادركهم عمر لادبهم فاما اذان بلال فقد انكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان بالليل وامره ان ينادي
على نفسه الا ان العبد قد نام فكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا لم تلده امه وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك
لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل ان اذان بلال ما كان لصلاة الفجر ولكن كان لينام القايم ويقوم النايم فقد كانت
الصحابة فرقتين فرقة يتهجدون في النصف الاول من الليل وفرقة في النصف الاخر وكان الفاصل بلال وانما كان لصلاة الفجر باذان
ابن ام مكتوم كما قال عم لا يغرنكم اذان بلال فانه يؤذن ليرجع قايمكم ويتسحر صايمكم ويقوم نايمكم فكلوا واشربوا حتى يؤذن
ابن ام مكتوم وكان هو اعمى لا يؤذن حتى يسمع الناس يقولون اصبحت اصبحت • قال واذا دخل القوم مسجدا قد صلى فيه اهله
كرهت لهم ان يصلوا جماعة باذان واقامة ولكنهم يصلون وحدانا بغير اذان ولا اقامة لحديث الحسن قال كانت الصحابة اذا فاتتهم
الجماعة فمنهم من اتبع الجماعات ومنهم من صلى في مسجده بغير اذان ولا اقامة • وفي الحديث ان النبي عم خرج ليصلح بين الانصار
فاستخلف عبد الرحمن بن عوف فرجع بعد ما صلى فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم بيته وجمع اهله فصلى بهم باذان واقامة
فلو كان يجوز اعادة الجماعة في المسجد لما ترك الصلاة في المسجد والصلاة فيه افضل وهذا عندنا • وقال الشافعي لا باس
بتكرار الجماعة في مسجد واحد لان جميع الناس في المسجد سواء وانما بني لاقامة الصلاة فيه بالجماعة وهو قياس المساجد على قوارع الطرق
فانه لا باس بتكرار الجماعة فيها • ولنا انا امرنا بتكثير الجماعة وفي تكرار الجماعة في مسجد واحد تقليلها لان الناس اذا عرفوا انهم تفوتهم
الجماعة يعجلون الحضور فتكثر الجماعة واذا علموا انهم لا تفوتهم يعجلون واذا علموا انه لا يفوتهم يوخرون فيودي الى تقليل الجماعات
وبهذا فارق المسجد الذي على قارعة الطريق لانه ليس له قوم معلومون فكل من حضر يصلي فيه فاعادة الجماعة فيه مرة بعد اخرى لا يودي
الى تقليل الجماعات ثم في المسجد الذي له اهل ان صلى غير اهلها بالجماعة فلاهلها حق الاعادة لان الحق في مسجد المحلة لاهلها الا ترى
ان التدبير في نصب الامام والمؤذن اليهم فليس لغيرهم ان يفوتوا عليهم حقهم فاما اذا صلى فيه اهلها او اكثر اهلها فليس لغيرهم
حق الاعادة الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله قال ان وقف ثلثة او اربعة ممن فاتتهم الجماعة في زاوية غير الموضع المعهود للامام
فصلوا باذان واقامة فلا باس به وهو حسن لما روي ان النبي عم صلى باصحابه فدخل اعرابي فقام يصلي فقال عم الا احد يتصدق
على هذا يقوم فيصلي معه فقام ابو بكر رض وصلى معه • قال ومن فاتته صلاة عن وقتها فقضاها في وقت اخر اذن لها واقام وان
كان وحده او جماعة لان النبي عم في ليلة التعريس بعد ما انتبه مع اصحابه بعد طلوع الفجر باذان واقامة امر بلالا فاذن ثم اقام للاولى
ثم اقام لكل صلاة بعدها بما شغل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوي من الليل قال
امر بلالا فاذن واقام للاولى ثم اقام لكل صلاة بعدها • وقال الجبائي امره فاذن واقام لكل صلاة قال لان الناس اكتفوا بالاقامة لان الاذان
لاعلام الناس حتى يجتمعوا وذلك في القضاء معدوم والاقامة لاقامة الصلاة وان اذن واقام فهو حسن ليكون القضاء على سنن الاداء
قال ولا يجوز لمن فاته ظهر امسه ان يقتدي بمن يصلي ظهر يوم غيره لذلك وههنا مسايل • احدها اقتداء المتنفل بالمفترض
فهو جائز بالاتفاق لقوله عم سيكون امراء بعدي يؤخرون الصلاة عن مواقيتها فاذا فعلوا ذلك فصلوا انتم في بيوتكم ثم صلوا معهم
واجعلوا صلاتكم سبحة اي نافلة ولان المقتدي بنى صلاته على صلاة امامه كما ان المنفرد يبني اخر صلاته على اول صلاته وبناء النفل
على تحريمة انعقدت للفرض يجوز وكذلك اقتداء المتنفل بالمفترض • فاما المفترض اذا اقتدى بالمتنفل عندنا لا يصح الاقتداء وقال
الشافعي رح يصح لحديث معاذ انه كان يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ياتي قومه فيصلي بهم ولان المشاركة بين الامام
والمقتدي في التحريمة والنفل والفرض يستدعي كل منهما تحريمة مطلقة فكما يجوز اقتداء المتنفل بالمفترض فكذلك المفترض
بالمتنفل • ولنا قوله عم الامام ضامن معناه يتضمن صلاته صلاة المقتدي وتضمين الشيء فيما هو فوقه يجوز وفيما دونه
لا يجوز وهو المعنى في الفرض يشتمل على اصل الصلاة فاذا كان الامام مفترضا فصلاته تشتمل على اصل الصلاة المقتدي
وزيادة فصح اقتداؤه واذا كان الامام متنفلا فصلاته لا تشتمل على ما تشتمل عليه صلاة المقتدي فلا يصح اقتداؤه به لانه
بناء القوي على اساس ضعيف وحديث معاذ تاويله كان يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بنية النفل ليتعلم منه سنة
القراءة ثم ياتي قومه فيصلي بهم الفرض وهذا على تغاير الفرضين عندنا يمنع صحة الاقتداء حتى اذا اقتدى مصلي الظهر بمصلي العصر

او مصلى

او مصلي عصر يومه بمصلي عصر امسه لم يجز الاقتداء وعند الشافعي يجوز • واذا اقتدى مصلي الظهر بمصلي الجمعة او مصلي الظهر
بالمصلي على الجنازة فله فيه وجهان وهذا الخلاف بني على اصل نذكره بعد هذا ان المشاركة بين الامام والمقتدي لا يقوى عنده
حتى اذا تبين ان الامام محدث فصلاة المقتدي عنده صحيحة وعندهما المشاركة بينهما فتغاير الفرضين يمنع صحة المشاركة •
ثم المذكور في هذا الباب انه يصير شارعا في التطوع مقتديا بالامام حتى لو ضحك قهقهة يلزمه الوضوء لان الاقتداء في الصلاة
انما لا يصح في الجهة وفي باب الحدث قال لا يصير شارعا حتى لو قهقه لا يلزمه الوضوء وما ذكر قول ابي حنيفة وابي يوسف رح بناء
على اصلهما ان اصل الصلاة منفصل عن الجهة ابتداء وبقاء وما ذكر بعد هذا قول محمد بناء على مذهبه ان الجهة اذا فسدت
صار خارجا من الصلاة وعليه بعض زيادات الزيادات • قال ويجوز اذان العبد والاعمى وولد الزنا والاعرابي لان المقصود
هو الاعلام حاصل وغيرهم اولى اما العبد فلانه مشغول بخدمة المولى لا يتفرغ لمحافظة المواقيت • وروي ان وفدا جاء الى عمر
رض فقال لهم من يؤذن لكم فقالوا عبيدنا فقال ان هذا النقص بكم • واما الاعمى فهو محتاج الى الرجوع الى غيره في معرفة المواقيت
وكان لابراهيم النخعي مؤذن اعمى [illegible] الا اوهم • واما ولد الزنا والاعرابي فالغالب عليهم الجهل
وقد بينا ان الاذان ذكر معظم فيختار له من يكون معظما في الناس متبركا به • ولهذا قال الاحب الي ان يكون المؤذن عالما بالسنة •
وفيه حديث ان النبي عم قال يؤمكم قراؤكم ويؤذن لكم خياركم • قال واذان الغلام المراهق جائز لحصول المقصود باذانه
وهو الاعلام والبالغ اولى لانه ابلغ الى مراعاة الحرمة ولان الصبي غير مخاطب بالصلاة والاذان للمكتوبات خاصة فالاولى
ان يؤذن من هو مخاطب بالمكتوبات • قال وان اذنت امراة جاز لحصول المقصود وهو مكروه لان الاذان للنساء من المحدثات
لم يكن في السلف وكل محدثة بدعة ولان في صوتها فتنة وهي منهية عن الخروج الى الجماعات والاذان لاقامة الصلاة بالجماعة
قال ويؤذن المؤذن حيث يكون اسمع للجيران لان المقصود اعلامهم ويرفع صوته لان الاعلام لا يحصل الا به • وفي الحديث
يشهد للمؤذن من يسمع صوته او يستغفر ويغفر للمؤذن مد صوته • قال ولا يجهد نفسه فربما يضره ذلك وراى عمر رضي الله عنه
مؤذن بيت المقدس يجهد نفسه فقال اما تخشى ان ينقطع مريطاؤك والمريطا عرق مستبطن بالصلب اذا انقطع لم يكن معه حياة
قال ولا يكره للمؤذن ان يتطوع في صومعته لما روي ان بلالا رض ربما تطوع في صومعته ولانه بمنزلة السطح فلا باس بالصلاة عليه
قال والاحب ان يجزم قوله الله اكبر وقد بينا هذا في تكبيرة الافتتاح • قال واما التلحين في الاذان فمكروه لما روي ان رجلا جاء الى ابن عمر
فقال اني احبك في الله فقال اني ابغضك في الله فقال لم قال لانه بلغني انك تتغنى في اذانك التلحين واما التفخيم فلا باس به •
لانه احدى اللغتين قال وان افتتح الاذان فظن انها الاقامة فاقام في اخرها ان قال قد قامت الصلاة ثم علم فانه يتم الاذان
ثم يقيم وان كان في الاقامة فظن انها الاذان فصنع فيها ما يصنع في الاذان اعادها من اولها لان هنا وقع التيقن في جميعها
وفي الاول في اخرها وحقيقته المعنى في الفرق ان المقصود من الاذان اعلام الناس بحضرة الاقامة في اخرها لا يفوت
هذا المقصود بل يزداد لان الناس يعجلون على ظن انها الاقامة فلهذا لا يعيدها وعندنا لاقامة اقامة الصلاة والتعجيل للادراك
فاذا صنع في الاقامة ما يصنع في الاذان يفوت هذا المقصود لان الناس يظنون انها الاذان فينتظرون الاقامة فلهذا يعيد الاقامة
من اولها • قال فان غشي ساعة في الاذان والاقامة ثم افاق فالاحب الي ان يبتديها من اولها الا ترى انه لو غشي عليه في الصلاة
لم يبن على صلاته فكذلك فيما هو من اسباب الصلاة • قال وان رعف فيها او احدث فذهب وتوضا ثم جاء فالاحب الي ان يبتديها في الوجه
لان بذهابه انقطع النظم فربما يشتبه على الناس انه كان يؤذن ويتعلم كلمات الاذان والاولى له اذا احدث في اذانه او اقامته ان
يتم ثم يذهب فيتوضا ويصلي لان ابتداء الاذان والاقامة مع الحدث يجوز فاتمامه اولى • قال واذا قدم المؤذن في اذانه او اقامته بعض
الكلمات على البعض فالاصل فيه ان ما سبق اوانه لا يعتد به في اذانه وما وقع مكررا لا يعتد به لانه لم يكرر • قال واذا وقع في اذانه
فمات او اغمي عليه فالاحب الي ان يبتدي الاقامة غيره من اولها لان عمله قد انقطع بالموت ولا بناء على المنقطع • قال مؤذن اذن ثم ارتد
فان اعتدوا باذانه واقاموا من يقيم ويصلي بهم اجزاهم لان المقصود وهو الاعلام قد حصل باذانه وبطلان ثواب عمله بالردة في حقه
لا يبطله في حق غيره كما لو ارتد الامام بعد فراغه من الصلاة تبطل صلاته ولا تبطل في حق القوم • قال ويقعد المؤذن بين الاذان
والاقامة في جميع الصلوات الا في المغرب في قول ابي حنيفة رح اما في سائر الصلوات يكره له ان يصل الاقامة بالاذان ولا يقعد
بينهما لما روي ان النبي عم قال لبلال اجعل بين اذانك واقامتك قدر ما يفرغ الاكل من اكله والاولى في الصلوات التي قبلها تطوع
مسنون او مستحب ان يتطوع بين الاذان والاقامة جاء في تاويل قوله تعالى ومن احسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا انه المؤذن

يدعوا الناس باذانه ويتطوع بعده قبل الاقامة فاما في صلاة المغرب يكره له وصل الاقامة بالاذان كما في غيرها والافضل عند ابي حنيفة
ان يفصل بينهما بسكتة وذكر الحسن عنه بقدر ما يقرا ثلاث ايات ٥ ● وقال ابو يوسف ومحمد رح الافضل ان يفصل بينهما بجلسة مقدار
جلسة الخطيب بين الخطبتين لحديث ابن عمر رض انه كان يفصل بين اذان المغرب والاقامة بجلسة ولان السكتة تشبه السكتات بين كلمات الاذان
فلا يتحقق بها الفصل فالجلسة للفصل اولى وابو حنيفة قال امرنا بتعجيل المغرب قال عم لا تزال امتي بخير ما لم يوخروا المغرب وقال
بادروا بالمغرب قبل اشتباك النجوم ولا تتشبهوا باليهود فانهم يصلون والنجوم مشتبكة والفصل بالسكتة اقرب الى تعجيل المغرب
وحديث ابن عمر محمول على حالة العذر لكبر او مرض وبه نقول ٥ ● قال ابو بكر ان يوذن في مسجدين ويصلي في احدهما لانه بعد ما صلى يكون
متنفلا بالاذان في المسجد الثاني والتنفل بالاذان غير مشروع ولان الاذان مختص بالمكتوبات وانما يوذن ويقيم من يصلي المكتوبة على اثرها
وهو في المسجد الثاني يصلي النافلة على اثرهما ● قال ابو بكر للامام والموذن طلب الاجر على ذلك من القوم لانهما يعملان لانفسهما فكيف
يشترطان الاجر على غيرهما ثم هما خليفتان للرسول في الدعاء والامامة وقال الله تعالى قل لا اسألكم عليه اجرا فمن يكون خليفة ينبغي
ان يكون مثله ● وقال عثمان بن ابي العاص الثقفي اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صل بالناس صلاة اضعفهم واذا اتخذت
موذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا وقال رجل لعمر اني احبك في الله فقال اني ابغضك في الله قال لم قال لانه بلغني انك تاخذ على الاذان اجرا
فان عرف القوم حاجته فواسوه بشيء فهو احسن هذا لك بعد ان لا يكون على شرط لانه فرغ نفسه لحفظ المواقيت واعلامهم
بما لا يتفرغ للكسب فينبغي لهم ان يهدوا اليه هدية فقد كان الانبيا والرسل صلوات الله عليهم يقبلون الهدية ٥ ● وعلى هذا قالوا
الفقيه الذي يفتي في بلدة او قرية لا يحل له ان ياخذ على الفتوى شيا عن شرط فان عرفوا حاجته فاهدوا اليه فهو حسن لانه محبس اليهم
في تفريغ نفسه عن الكسب في حراسة امر دينهم فينبغي ان يقابلوا احسانه بالاحسان اليه ٥ ● قال والذي يواظب على الصلوات
اولى بالاذان من غيره لان صوته يصير معهودا للقوم فلا يقع الاشتباه واذا اذن السوقي في صلاة الليل واذن في صلاة النهار غيره فذلك
ايضا لان السوقي يحتاج الى الكسب فيلحقه الحرج بالرجوع الى المحلة في وقت كل صلاة ● قال واذا اذن السكران والمجنون هذيا
فلا يحصل به الاعلام وربما يشتبه على الناس فالاولى اعادة اذانهما ● قال ولا يجوز لاهل المسجد ان يقتسموا المسجد ويضربوا
وسطه حايلا لان بقعة المسجد خرجت عن حقوق العباد فصار خالصا لله تعالى والقسمة من التصرفات في الملك فلا يشتغل في المسجد كالزرع
وغيرها فان فعلوا ذلك فليصل كل فريق منهم بامام وموذن على حدة ما لم ينقضوا القسمة لانها في حكم مسجدين متجاورين فينبغي ان يكون
لكل واحد منهما امام وموذن على حدة والله اعلم ٥

باب مواقيت الصلاة

اعلم ان الصلاة فرضت لاوقاتها قال الله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس ولهذا تكرر وجوبها بتكرر الوقت وتودى في مواقيتها ٥
قال الله تعالى ان الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا اي فرضا موقتا وقال عم من حافظ على الصلوات الخمس في مواقيتها كان له عند الله عهد
يغفر له يوم القيمة وتلا قوله تعالى الا من اتخذ عند الرحمن عهدا ● وللمواقيت اشارة في كتاب الله تعالى فسبحان الله حين تمسون ٥
وحين تصبحون اي صلوا لله فقولوا حين تمسون المراد به العصر وعند بعضهم المغرب وحين تصبحون الفجر وعشيا العشا وحين تظهرون ٥
الظهر ● وقال ابن مسعود دلوكها غروبها فالمراد المغرب الى غسق الليل العشا وقران الفجر صلاة الفجر ٥ ● وقال تعالى حافظوا
على الصلوات والصلاة الوسطى وهو العصر وقال تعالى اقم الصلاة طرفي النهار قال الحسن الفجر لانه متفق وزلفا من الليل
قال محمد بن كعب المغرب والعشاء ثم بدا بالبيان بوقت الفجر لانه متفق عليه لم يختلف في اوله ولا في اخره قال ووقت صلاة الفجر
من حين يطلع الفجر المعترض في الافق الى طلوع الشمس والفجر فجران فجر كاذب تسميه العرب ذنب السرحان وهو البياض الذي
يبدو في السماء طولا ويعقبه ظلام والفجر الصادق وهو البياض المنتشر في الافق فطلوع الفجر الكاذب لا يدخل وقت الصلاة
ولا يحرم الاكل على الصايم ما لم يدخل الفجر الصادق لقوله عم لا يغرنكم الفجر المستطيل ولكن كلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير
يعني المنتشر في الافق ٥ ● وقال الفجر هكذا ومد يده عرضا لا هكذا ومد يده طولا والاصل حديث ابن عباس رض ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال امني جبريل عم عند البيت فصلى بي الفجر في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا ثم قال
ما بين هذين وقت لك ولامتك وهو وقت الانبياء قبلك ● وفي حديث ابي هريرة رض قال رسول الله صلى الله عليه ان للصلاة
اولا واخرا وان اول وقت الفجر حين يطلع الفجر واخره حين تطلع الشمس ٥ ● وفي حديث ابي موسى ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن مواقيت

عن مواقيت الصلاة فلم يجبه ولكنه صلى الفجر في اليوم الاول حين طلع الفجر ٥ ● وفي اليوم الثاني حين كادت الشمس تطلع ثم قال
اين السايل عن الوقت الوقت بين هذين ● والدليل على ان اخر الوقت حين تطلع الشمس قوله عم من ادرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس
فقد ادرك ● وفي حديث جرير بن عبد الله قال عم انكم سترون ربكم يوم القيمة كما ترون القمر ليلة البدر لا تضامون في رؤيته فان استطعتم
ان لا تغلبوا على صلاة قبل طلوع الشمس وقبل غروبها فافعلوا ثم تلا قوله فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ● قال
ووقت الظهر من حين تزول الشمس الى ان يكون ظل كل شيء مثله في قول ابي يوسف ومحمد رح ● وقال ابو حنيفة رح لا يدخل وقت العصر
حتى يصير الظل قامتين في اول الظهر انه يدخل بزوال الشمس لا شيء نقل عن بعض الناس اذا صار الفيء بقدر الشراك لحديث امامة
ان جبريل عم قال عليه السلام صلى بي الظهر في اليوم الاول حين صار الفيء بقدر الشراك ● ولكنا نستدل بقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك
الشمس اي لزوالها والمراد من الفيء مثل الشراك الفيء الاصلي الذي يكون للاشيا وقت الزوال والعدد يختلف باختلاف الامكنة والاوقات
فانما وقع ذلك القدر في ذلك الوقت ٥ ● وقد قيل لا بد ان يبقى لكل شيء فيء عند الزوال في كل موضع الا بمكة والمدينة في اطول
ايام السنة فلا يبقى بمكة ظل على الارض وبالمدينة تاخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفيء الاصلي غير معتبر في التقدير بالظل ٥
قامة او قامتين بالاتفاق واصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه ● خشبة في مكان مستوي ويجعل على مبلغ الظل منه
علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال فاذا اخذ الظل في الزيادة
فقد علم ان الشمس قد زالت واختلفوا في اخر وقت الظهر فعندهما اذا صار ظل كل شيء مثله خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر
وهو رواية محمد عن ابي حنيفة وان لم يذكره في الكتاب نصا الخروج وقت الظهر وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يخرج ٥
وقت الظهر حتى يصير الظل قامتين وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا صار الظل قامة يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر
حتى يصير الظل قامتين وبينهما وقت مهمل وهو الذي تسميه الناس بين الصلاتين كما ان بين الفجر والظهر وقتا مهملا واستدلا بحديث
امامة جبريل صلوات الله عليه فانه قال صلى بي العصر في اليوم الاول حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي الظهر في اليوم الثاني
حين صار ظل كل شيء مثله او قال حين صلى العصر بالامس وهكذا في حديث ابي هريرة وابي موسى في بيان المواقيت قولا وفعلا ٥
وابو حنيفة رح استدل بالحديث المعروف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما مثلكم ومثل اهل الكتابين من قبلكم كمثل رجل استاجر
اجرا فقال من يعمل لي من الفجر الى الظهر بقيراط فعملت اليهود ثم قال من يعمل لي من الظهر الى العصر بقيراط فعملت النصارى ثم قال
من يعمل لي من العصر الى المغرب بقيراطين فعملتم انتم اقل عملا فهل نقصت من حقكم شيا قالوا لا قال فهذا فضلي اوتيه من اشاء بين ان المسلمين
اقل عملا من النصارى فدل ان وقت العصر اقل من وقت الظهر وانما يكون ذلك اذا امتد وقت الظهر الى ان يبلغ الظل قامتين وقال عم ابردوا
بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد ما يكون من الحر في ديارهم اذا صار ظل كل شيء مثله ولانا عرفنا دخول وقت الظهر بيقين
ووقع الشك في خروجه اذا صار الظل مثله فانه للاختلاف في الاثار واليقين لا يزال بالشك والاوقات ما استقرت على امامة جبريل عم
فقد نقل انه صلى الفجر في اليوم الثاني حين اسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس وفيه ايضا انه صلى العشا في اليوم الثاني حين ذهب
ثلث الليل والوقت يبقى بعده ● وقال مالك رح اذا زالت الشمس دخل وقت الظهر فاذا مضى بقدر ما يصلى فيه اربع ركعات دخل وقت العصر
فكان الوقت مشتركا بين الظهر والعصر الى ان يصير الظل قامتين لظاهر حديث امامة جبريل عم فانه ذكر انه صلى الظهر في اليوم الثاني
في الوقت الذي صلى العصر في اليوم الاول وهذا فاسد عندنا فان النبي عم قال لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت صلاة اخرى
وتاويل حديث امامة جبريل عم صلى بي الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله اي قرب منه وصلى بي العصر في اليوم الاول
حين صار ظل كل شيء مثله اي تم وزاد عليه وهو نظير قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن اي قارب بلوغ اجلهن ولا تعضلوهن اي تم انقضا
عدتهن وحكى ابو عصمة عن ابي سليمان عن ابي يوسف قال خالفت ابا حنيفة في وقت العصر فقلت اوله اذا زاد الظل على قامته عشما
على الاثار التي جاءت وهو اشارة الى ما قلنا فاما اخر وقت العصر غروب الشمس عندنا ● وقال الحسن بن زياد تغير الشمس الى الصفرة
وهو قول الشافعي للحديث امامة جبريل عم وصلى بي العصر في اليوم الثاني حين كادت الشمس تتغير ٥ ● ولنا قوله عم من ادرك
ركعة من العصر قبل غروب الشمس فقد ادرك اي ادرك الوقت ولكن يكره تاخير العصر الى ان تتغير الشمس لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
تلك صلاة المنافقين يقعد احدهم حتى اذا كانت الشمس بين قرني الشيطان قام ينقر اربعا لا يذكر الله تعالى فيها الا قليلا ● وقال
ابن مسعود رض ما احب ان يكون لي صلاة حين احمرار الشمس بفلسين واختلفوا في تغير الشمس ان العبرة للضوء ام للقرص فكان النخعي
يعتبر تغير الضوء والشعبي يقول العبرة لتغير القرص وهذا اخذنا لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال فاذا صار القرص بحيث

لا يجاوز ظل الصبح حتى تغرب قال ووقت المغرب من حين تغرب الشمس الى ان يغيب الشفق عندنا وقال الشافعي ليس للمغرب الا وقت واحد مقدر بفعله
فاذا مضى بعد الغروب بمقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات خرج وقت المغرب لحديث امامة جبريل عم فانه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد
ولنا حديث ابي هريرة قال عم وان اول وقت المغرب حين تغرب الشمس واخره حين يغيب الشفق وتاويل حديث امامة جبريل انه اراد بيان وقت استحباب الصلاة
نقول انه يكره تاخير المغرب بعد غروب الشمس الا بقدر ما يستبين فيه النجوم رواه الحسن عن ابي حنيفة رح لقوله عم لا تزال امتي بخير
ما عجلوا المغرب واخروا العشاء واخر ابن عمر رض ذات المغرب يوما حتى بدا نجم فاعتق رقبة وعمر رض راى نجمين طالعين قبل ادائه فاعتق رقبتين
فهذا بيان كراهية التاخير فاما وقت الاداء فممتد الى غيبوبة الشفق والشفق البياض الذي بعد الحمرة في قول ابي حنيفة وهو قول ابي بكر وعائشة
رضي الله عنهما واحدى الروايتين عن ابن عباس رض وفي قول ابي يوسف ومحمد والشافعي الحمرة التي قبل البياض وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رض
واحدى الروايتين عن ابن عباس رض وهكذا روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رح ووجه هذا ان الطوالع ثلاثة والغوارب ثلاثة ثم المعتبر
لدخول الوقت الوسط وهو الحمرة فمن غيابها يدخل وقت العشاء وهذا لان في اعتبار البياض معنى الحرج فانه لا يذهب الا قريبا من ثلث الليل
وقال الخليل بن احمد راقبت البياض بمكة فما ذهب الا بعد نصف الليل وقيل لا يذهب البياض في ليالي الصيف اصلا بل يتفرق في الافق
ثم يجتمع عند الصبح ولدفع الحرج جعلنا الشفق الحمرة وابو حنيفة رح قال الحمرة اثر الشمس والبياض اثر النهار فما لم يذهب كل ذلك
لا يصير الليل مطلقا وصلاة العشاء صلاة الليل كيف وقد جاء في الحديث وقت العشاء اذا ملأ الظلام الظراب وفي رواية اذا ادلهم
الليل اي استوى الافق في الظلام وذلك لا يكون الا بعد ذهاب البياض فبذهاب البياض يخرج وقت المغرب فيدخل وقت العشاء فاما
اخر وقت العشاء فمذكور في الكتاب الى نصف الليل والمراد بيان وقت اباحة التاخير فاما وقت الاداء فيمتد الى طلوع الفجر الثاني حتى اذا اسلم
الكافر او بلغ الصبي قبل طلوع الفجر فعليه صلاة العشاء وهذا عندنا وقال الشافعي اخر وقت العشاء حين يذهب ثلث الليل لحديث
امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الثاني حين ذهب ثلث الليل ولنا حديث ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم واخر وقت العشاء
حين يطلع الفجر وصلاة العشاء صلاة الليل فيبقى وقتها ما بقي الليل وقوله عم لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت صلاة اخرى
دليل لنا ايضا ان ثبت هذا اللفظ ولكنه شاذ والمشهور اللفظ الذي روينا قال والتنوير لصلاة الفجر افضل من التغليس بها عندنا
وقال الشافعي التغليس بها افضل وذكر الطحاوي انه كان من عزمه تطويل القراءة فالافضل ان يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار وان لم يكن من عزمه
تطويل القراءة فالاسفار افضل من التغليس واستدل الشافعي بحديث عائشة رض قالت كن النساء ينصرفن من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس وقال انس كان النبي عم يصلي الفجر ولا يعرف احدنا من الى جنبه من شدة الغلس ولان في هذا اظهار
المسارعة في اداء العبادة وهو مندوب اليه لقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم ولنا حديث رافع بن خديج ان النبي عم قال اسفروا
بالفجر فانه اعظم للاجر وحديث الصديق عن بلال ان النبي عم قال نوروا بالفجر وقال اصبحوا بالصبح يبارك لكم ولان في الاسفار تكثير الجماعة
وفي التغليس تقليلها وما يؤدي الى تكثير الجماعة فهو افضل ولان المكث في مكان الصلاة حتى تطلع الشمس مندوب اليه قال عم من صلى الفجر ومكث
حتى تطلع الشمس فكانما اعتق اربع رقاب من ولد اسمعيل واذا اسفر بها يتمكن من احراز هذه الفضيلة وعند التغليس قلما يتمكن منها فاما حديث
عائشة رض فالصحيح من الروايات اسفار رسول الله صلى الله عليه وسلم لصلاة الفجر قال ابن مسعود رض ما رايت رسول الله صلى الله
عليه وسلم صلى صلاة قبل ميقاتها الا صلاة الفجر صبيحة الجمع فانه صلاها يومئذ بغلس على رواية مسلم فدل ان المعهود اسفاره بها فان
التغليس في وقت فلعذر الخروج الى السفر او كان ذلك حين يحضر النساء الصلاة بالجماعة ثم انتسخ ذلك حين امرن بالقرار في البيوت
قال والافضل في صلاة الظهر ان يؤخرها ويبردها في الصيف وفي الشتاء يعجلها بعد الزوال وقال الشافعي ان كان يصلي وحده يعجلها
بعد الزوال في كل وقت وان كان يصلي بالجماعة يؤخر يسيرا واستدل بحديث خباب بن الارت قال شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
حر الرمضاء في جباهنا فلم يشكنا فدل انه كان يعجل الظهر واصحابنا استدلوا بقوله عم ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم
وفي حديث ابي هريرة رض كان النبي عم في سفر فلما زالت الشمس جاء بلال ليؤذن فقال له ابرد هكذا مرارا فلما صار للتلال فيء قال اذن
ولان في التعجيل في الصيف تقليل الجماعات واضرارا بالناس فان الحر يؤذيهم وتاويل حديث خباب انهم طلبوا ترك الجماعة اصلا فمعنى قوله
فلم يشكنا اي لم يدعنا في الشكاية بل ازال شكوانا بان ابرد بها فاما في الشتاء المستحب تعجيلها لحديث انس كان النبي عم يصلي الظهر
في الشتاء فلا يدري ان ما مضى من النهار اكثر او ما بقي وقال عليه السلام لمعاذ حين وجهه الى اليمن اذا كان الصيف فابرد فان الناس يقيلون فامهلهم
حتى يدركوا واذا كان الشتاء فصل الظهر حين تزول الشمس فان الليالي طوال فاما العصر فالمستحب تاخيرها في الصيف والشتاء عندنا
بعد ان يؤديها والشمس بيضاء نقية لم يدخلها تغير وقال الشافعي المستحب تعجيلها لحديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يصلي

يصلي العصر والشمس طالعة في حجرتي ولحديث انس رض كان النبي عم يصلي العصر فيذهب الذاهب الى العوالي ويجد الجزور يطبخ ويوكل
قبل غروب الشمس ولنا حديث ابن مسعود رض قال كان النبي عم يصلي العصر والشمس بيضاء نقية هذا منه بيان العصر وقالت
ام سلمة رض انتم اشد تاخيرا للظهر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله اشد تاخيرا منكم وقيل سميت العصر لانها تعصر اي تؤخر
ولان في تاخير العصر تكثير النوافل واداء النافلة بعدها مكروه ولان المكث بعد العصر الى غروب الشمس كانما اعتق ثمانية من ولد اسمعيل
واذا اخر العصر تمكن من احراز هذه الفضيلة فهو افضل فاما حديث عائشة رض فقد كانت حيطان حجرتها قصيرة فتبقى الشمس طالعة فيها
الى ان تتغير وحديث انس رض كان ذلك في وقت الصيف وبيان مثله للمستعجل وكان ذلك في وقت مخصوص لعذر فاما صلاة المغرب
فالمستحب تعجيلها في كل وقت وقد بينا ان تاخيرها مكروه وكان عيسى بن ابان يقول الاولى تعجيلها للاثار ولكن لا يكره التاخير مطلقا
الا ترى ان بعذر المرض والسفر يؤخر المغرب ليجمع بينها وبين العشاء فعلا ولو كان المذهب كراهة التاخير لما ابيح ذلك بعذر السفر والمرض
كما لا يباح تاخير العصر الى ان تتغير الشمس واستدل فيه بما روي ان النبي عم قرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب ليلة واتمها
على بيان امتداد الوقت واباحة التاخير فاما صلاة العشاء فالمستحب عندنا تاخيرها الى ثلث الليل ويجوز التاخير بعد ذلك
الى نصف الليل ويكره التاخير بعد ذلك وقال الشافعي المستحب تعجيلها بعد غيبوبة الشفق لحديث النعمان بن بشير قال كان النبي عم
يصلي العشاء حين يسقط القمر لليلة الثالثة وذلك عند غيبوبة الشفق يكون ولان في تعجيلها تكثير الجماعة خصوصا في زمان الصيف
ولنا ان النبي عم اخر العشاء الى ثلث الليل ثم خرج فوجد اصحابه في المسجد ينتظرونه فقال اما انه لا ينتظر هذه الصلاة في هذا الوقت احد غيركم
ولولا سقم السقيم وضعف الضعيف لاخرت العشاء الى هذا الوقت وفي حديث اخر لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل
وكتب عمر رض الى ابي موسى الاشعري ان صل العشاء حين يذهب ثلث الليل فان ابيت فالى نصف الليل فان نمت فلا نامت عيناك
وفي رواية فلا تكن من الغافلين والحاصل ان الشافعي يختار اداء الصلاة في اول الوقت لقوله عم اول الوقت رضوان الله واخره عفو الله
والعفو يكون بعد تقصير ولان فيه احراز الفضيلة قبل ان يعترض عذر يحول عن احرازها واصحابنا اختاروا التاخير ففيه انتظار الصلاة
وقال عم المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها وفي التاخير تكثير الجماعة ايضا وفي تقليل النوم فهو افضل وما كان امتداد الوقت
الا للتيسير وفي التاخير اظهار معنى التيسير وهذا الذي اشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله واخره عفو الله فالمراد بالعفو
الفضل قال تعالى ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو ولا يجوز ان يحمل العفو ها هنا على التجاوز عن التقصير فقد ذكر في امامة جبريل عم
تاخير الاداء للصلوات في اليوم الثاني الى اخر الوقت وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقصد الى شيء يكون فيه تقصير فان الزلة التي تجوز
على الانبياء صلوات الله عليهم ما تكون من غير تقصير قال وفي يوم الغيم المستحب تاخير الفجر والظهر والمغرب وتعجيل العشاء وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان التاخير في جميع الصلوات في يوم الغيم افضل ووجهه انه اقرب الى الاحتياط فان اداء الصلاة في وقتها او بعدها
يجوز ولا يجوز اداؤها قبل دخول الوقت ووجه ظاهر الرواية ان في الفجر المستحب التاخير لانه لو عجل فالعالم بان يقع قبل طلوع الفجر
الثاني ولان الناس يلحقهم الحرج في التعجيل وعند الظلمة بسبب الغيم فيؤخر ليكون فيها تكثير الجماعة وكذلك في الظهر يؤخر لكيلا يقع
قبل الزوال ويعجل العصر لكيلا يقع في حال تغير الشمس ويؤخر المغرب لكيلا يقع قبل غروب الشمس ويعجل العشاء لدفع الحرج عن الناس
فانهم يتضررون بالمطر بتاخيرهم قبل الرجوع الى منازلهم وعند الغيم ينتظر المطر ساعة فساعة فيعجل العشاء لينصرفوا الى منازلهم قبل ان يمطروا
قال ولا يجمع بين صلاتين في وقت احداهما في حضر ولا سفر ما خلا عرفة ومزدلفة فان الحاج يجمع بين الظهر والعصر بعرفات فيؤديهما في وقت الظهر
وبين المغرب والعشاء بمزدلفة فيؤديهما في وقت العشاء عليه اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم انه فعله وفيما سوى هذين الموضعين
لا يجمع بينهما وقتا عندنا وقال الشافعي يجمع بينهما لعذر السفر والمرض وقال مالك لعذر المرض ايضا وهو احد قولي الشافعي وقال
احمد بن حنبل يجوز الجمع بينهما في الحضر من غير السفر واحتجوا بحديث معاذ رض ان النبي عم جمع بين الظهر والعصر في سفره الى تبوك
وعن عائشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الصلوتين اذا جد به السير وعن ابن عباس رض قال صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
سبعا جمعا وثمانيا جمعا فالمراد بالسبع المغرب والعشاء وبالثمان الظهر والعصر وعن ابن عباس ايضا قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بالمدينة من غير عذر ولنا قوله تعالى حافظوا على الصلوات اي في مواقيتها وقال
ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وعن ابن مسعود رض ان النبي عم قال من جمع بين الصلوتين كما لا يجمع بين العشاء والفجر ولا بين الفجر والظهر
لاختصاص كل واحد منهما بوقت مخصوص عليه شرعا وكذلك الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء وتاويل الاخبار ان الجمع بينهما كان فعلا
لا وقتا وبه نقول وبيان الجمع فعلا ان المسافر يؤخر الظهر الى اخر الوقت ثم ينزل فيصلي الظهر ثم يمكث ساعة حتى يدخل وقت العصر

وبين المغرب والعشاء بالمدينة من غير عذر فيصليها في اول الوقت وكذلك يؤخر المغرب الى اخر الوقت ثم ليصليها في اخر الوقت والعشاء ٥
في اول الوقت فيكون جامعا بينهما فعلا والدليل عليه حديث نافع قال خرجنا مع ابن عمر من مكة فاستصرخ بامرأته فجعل يسير حتى غربت الشمس
فنادى الركب الصلاة فلم يلتفت اليهم حتى اذا غيبوبة الشفق نزل فصلى المغرب ثم مكث حتى غاب الشفق ثم صلى العشاء ثم قال هكذا يفعل
رسول الله عم اذا اجد به السير فهذا على انه فعل مثل ذلك في بعض اسفاره صلى المغرب في اخر الوقت والعشاء في اوله وتحتجا بينهما وفي حنيفة
تبتني هذه المسألة على اصل وهو ان عنده بين وقت الظهر والعصر وقتا خاليا حتى اذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في وقت العصر يلزمهما قضاء الظهر ٥
وكذلك المغرب مع العشاء لا تداخل بل كل واحد منهما مختص بوقته ودليلنا ما روينا لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت الاخرى قال والوتر
من حين يصلي العشاء الى الفجر والافضل تاخيرها الى اخر الليل لحديث خارجة بن حذافة ان النبي عم قال ان الله تعالى امركم بصلاة وهي خير لكم
من حمر النعم الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر ٥ وقالت عايشة رض من كل الليل اوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اوله واوسطه واخره وانتهى وتره الى السحر وقال عم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فاوتر بركعة توتر لك ما قبله وكان ابو بكر رض
يوتر من اول الليل وعمر من اخره فقال عم لابي بكر اخذت بالثقة ولعمر اخذت بفضل القوة فان اوتر في وقت العشاء قبل ان يصلي العشاء
وهو ذاكر لذلك لم يجزه لذلك بالاتفاق لانه اداها قبل وقتها او ترك المامور به من تقديم العشاء على الوتر فاما اذا صلى العشاء بغير وضوء
وهو لا يعلم به ثم جدد الوضوء واوتر ثم علم انه كان صلى العشاء بغير وضوء عليه اعادة العشاء دون الوتر في قول ابي حنيفة لان الترتيب
كان ساقطا عنه بعذر النسيان وعندهما تلزمه اعادة الوتر لان عندهما دخول وقت الوتر بعد اداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد
فكان مصليا قبل وقته وعند ابي حنيفة يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء الا انه كان عليه مراعاة الترتيب وقد سقط ذلك بالنسيان
انما ينبني على هذا اختلافهم في صفة الوتر فعند ابي حنيفة واجب او فرض فلا يكون تبعا للعشاء وعندهما سنة فكان تبعا للعشاء وسيأتي
بيان هذا الفصل ٥ قال ولا يتطوع بعد طلوع الفجر الا بركعتي الفجر الى ان تطلع الشمس وترتفع واعلم بان الاوقات التي تكره فيها الصلاة خمسة
ثلاثة منها لا يصلي فيها جنس الصلوات عند طلوع الشمس الى ان تبيض وعند غروبها الا عصر يومه فانه يؤديها عند الغروب والاصل فيه
حديث عقبة بن عامر قال ثلث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيهن وان نقبر فيهن موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع
وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب وفي حديث الصنابحي ان النبي عم نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس وقال
انها تطلع بين قرني الشيطان فان الشيطان يزينها في عين من يعبدها حتى يسجدوا لها فاذا ارتفعت فارقها فاذا كان عند قيام الظهيرة قارنها ٥
فاذا مالت فارقها فاذا دنت للمغيب قارنها فلا تصلوا في هذه الاوقات وفي حديث عمرو بن عبسة قال قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم
هل من الليل والنهار ساعة لا يصلى فيها فقال اذا صليت المغرب فالصلاة مشهودة مقبولة وقت الزوال ثم امسك فانها ساعة تسعر
فيها جهنم ثم الصلاة مشهودة مقبولة الى ان يصلي العصر ثم امسك حتى تغيب الشمس والامكنة في هذا النهي سواء عندنا لعموم الاثار
وقال الشافعي لا باس بالصلاة في هذه الاوقات بمكة لحديث روي الا بمكة ولم تثبت هذه الرواية عندنا لانها شاذة فلا تعارض المشاهير
وعن ابي يوسف انه قال لا باس بالصلاة وقت الزوال يوم الجمعة وقد روي شاذا الا يوم الجمعة به اخذ ابو يوسف وقال للناس بلوى في تحية المسجد
عند الزوال يوم الجمعة فالاثار التي روينا توجب الكراهة في الكل ثم كل وقت نهى فيه عن عبادة لا يختلف الحال فيه بين الجمعة وغيرها وبين مكة وغيرها
كالنهي عن الصوم يوم العيد في هذه الاوقات الثلاثة لا يؤدي الفرايض عندنا ٥ وقال الشافعي النهي عن اداء النوافل فاما الفرايض فلا باس
باداءها في هذه الاوقات لقوله عم من نام عن صلاة او نسيها فليصليها اذا ذكرها فان ذلك وقتها ٥ ولنا حديث ليلة التعريس قال النبي عم
لما نزل اخر الليل قال من يكلانا الليلة فقال بلال انا فناموا فما ايقظهم الا حر الشمس وفي رواية انتبهوا وقد بدا حاجب الشمس فقال عم ٥
بلال اين ما وعدتنا قال ذهب بنفسي الذي ذهب بنفوسكم فقال عم ارواحنا بيد الله تعالى وامرهم فانتقلوا عن ذلك الوادي ثم نزلوا فامر
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذن بلال فصلى ركعتي الفجر ثم اقام فصلى بهم الفجر فانما انتقل من ذلك الوادي لانه تشام والاصح انه اراد
ان ترتفع الشمس فلو جاز قضا المكتوبة في حال طلوع الشمس لما اخر بعد الانتباه والاثار المروية في النهي عامة في جنس الصلوات وبها يثبت
تخصيص هذه الاوقات من الحديث الذي رواه الخصم قال ولا يصلي في هذه الاوقات على الجنازة ايضا لقوله وان نقبر فيهن موتانا فليس المراد به الدفن
لانه لا يكره بالاتفاق ولكنه كناية عن الصلاة على الجنازة قال ولا يسجد فيها للتلاوة ايضا لان الكراهة للتحرز عن التشبه لمن يعبد الشمس
والتشبه بالسجود يحصل والنهي بالصلاة على الجنازة وعن سجدة التلاوة في هذه الاوقات يروى عن ابن عمر رض ولو ادى سقط عنه
لان الوجوب كان في هذا الوقت والنهي ليس لمعنى في عين السجود والصلاة فلا يمنع الجواز الا عصر يومه فانه يؤديها عند غروب الشمس
لان هذا الوقت سبب لوجوبها حتى لو اسلم الكافر وبلغ الصبي في هذا الوقت ويكون ممنوعا عن التاخير اداؤها فيستحيل ان يجب عليه الاداء

في

35

في هذا الوقت ويكون ممنوعا من الاداء وعلى هذا لو غربت الشمس وهو في خلال العصر يتم الصلاة بالاتفاق فلو طلعت الشمس وهو في خلال الفجر
فسدت صلاته عندنا واستدل بقوله عم من ادرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس فقد ادرك والفرق بينهما عندنا ان بالغروب
يدخل وقت الفرض فلا يكون منافيا للفرض وبالطلوع لا يدخل وقت الفرض فكان مفسدا للفرض كخروج وقت الجمعة في خلالها مفسد للجمعة
لانه لا يدخل وقت مثلها والاصح عندي في الفرق ان الطلوع بظهور حاجب الشمس وبه لا تنتفي الكراهة بل تتحقق فكان مفسدا للفرض
والغروب باخرها وبه تنتفي الكراهة فلم يكن مفسدا للعصر لهذا وتاويل الحديث انه لبيان الوجوب بادراك الجزء من الوقت قال وكتب
وعن ابي يوسف ان الفجر لا يفسد بطلوع الشمس ولكن يصبر حتى اذا ارتفعت الشمس اتم صلاته وكانه استحسن هذا ليكون مؤديا بعض الصلاة
في الوقت ولو افسدها كان مؤديا جميع الصلاة خارج الوقت واداء بعض الصلاة في الوقت اولى من اداء الكل خارج الوقت ووقتان اخران
ما بعد العصر قبل تغير الشمس وما بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس فانه لا يصلي فيهما شي من النوافل لحديث ابن عباس رض قال
شهد عندي رجال مرضيون وارضاهم عندي عمر ان النبي عم نهى عن الصلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب وهذا الحديث
يرويه ابو سعيد الخدري ومعاذ بن عفرا وجماعة ولكن يجوز اداء الفرايض في هذين الوقتين وكذلك الصلاة على الجنازة وسجدة التلاوة
انما النهي عن التطوعات خاصة الا ترى انه يؤدي فرض الوقت فيهما فكذلك ساير الفرايض فاما الصلاة التي لها سبب من العباد ٥
كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد لا يؤدي في هذين الوقتين عندنا خلافا للشافعي واستدل بقوله عم اذا دخل المسجد فليحييه بركعتين وراى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى في مسجد الخيف رجلين لم يصليا معه فقال ما بالكما لم تصليا معنا فقالا انا صلينا في رحالنا
فقال اذا صليتما في رحالكما ثم اتيتما امام قوم فصليا معهم فقد جوزتما الاقتدا بالامام بعد الفجر تطوعا ٥ ولنا ما روي ان عمر رض
طاف بالبيت سبوعا بعد صلاة الفجر ثم خرج من مكة حتى اذا كان بذي طوى وطلعت الشمس صلى ركعتين فقال ركعتان مكان ركعتين فقد اخر
ركعتي الطواف الى ما بعد طلوع الشمس وتاويل الحديث الذي روي انه كان قبل النهي من الصلاة في هذا الوقت وكذلك المنذورة لا تؤدى ٥
في هذين الوقتين لان وجوبها بسبب من العبد فهو كالتطوع وركعتي الطواف وكذلك بعد طلوع الفجر قبل ان يصلي الفجر لا يصلي تطوعا الا ركعتي
الفجر لان النبي عم لم يتطوع في هذا الوقت مع حرصه على الصلاة حتى كان يقول وجعلت قرة عيني في الصلاة فان قيل لم يذكر في الكتاب وقتا اخر
وهو بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب فالتطوع فيه مكروه ايضا قلنا نعم ولكن هذا النهي ليس لمعنى في الوقت بل لما فيه من الاشتغال عن سماع الخطبة
فلهذا لم يذكره هنا ٥ قال واذا نسي الفجر حتى زالت الشمس ثم ذكرها بدا بها ولو بدا بالظهر لم يجزه عندنا لان الترتيب بين الفايتة وفرض الوقت
مستحق عندنا وهو مستحب عند الشافعي فاذا بدا بالظهر جاز عنده لان بعد زوال الشمس وقت للظهر بالاثار المشهورة واداء الصلاة في وقتها
يكون صحيحا كما اذا كان ناسيا للفايتة ثم الترتيب في اداء الصلوات في اوقاتها لضرورة الترتيب في اوقاتها وذلك لا يوجد في الفوايت
لانها صارت مرسلة عن الوقت ثابتة في الذمة فكان القياس قضاء الصوم بعد الاداء ٥ ولنا قوله عم من نام عن صلاة او نسيها فليصلها
اذا ذكرها فان ذلك وقتها فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت التذكر وقتا للفايتة ومن ضرورته ان لا يكون وقتا لغيرها
واداء الصلاة قبل وقتها لا يجوز بخلاف حالة النسيان فانه ليس بوقت للفايتة فكان نظيرها الصوم موقت ثم القضاء بصفة الاداء كما يراعى
الترتيب بين الفجر والظهر اداء في الوقت فكذلك قضاء بعد خروج الوقت والاصل فيه حديث ابن عمر رض قال عم من نسي صلاة فلم يذكرها
الا وهو مع الامام فليصل معه وليجعلها تطوعا ثم ليقض ما تذكره ثم ليعد ما كان صلى معه وغير هذا نقول فيه تنصيص على ان الترتيب شرط
ثم يسقط الترتيب بثلاثة اشيا احدها النسيان لما روي ان النبي عم صلى المغرب يوما ثم قال هل راني احد كم صليت العصر فقالوا لا فصلى العصر
ولم يعد المغرب ٥ والثاني ضيق الوقت حتى اذا كان بحيث لو اشتغل بالفايتة خرج الوقت قبل اداء فرض فليس عليه مراعاة الترتيب
لانه ليس من الحكمة تدارك الفايتة بتفويت مثلها ولو اشتغل بالفايتة فانه فرض الوقت ولكن في هذا الفصل لو بدا بالفايتة اجزاه بخلاف الاول
فانه هنا انما هو مامور بالبداية بالفايتة ولو بدا بفرض الوقت لم يجز لان النهي عن البداية بفرض الوقت لمعنى في عينها الاخرى
الا ترى انه لو ابتدا بالتطوع فمنع الجواز لهذا وها هنا النهي عن البداية بالفايتة ليس لمعنى في عينها الا ترى انه نهي عن الاشتغال
بالتطوع ايضا والنهي متى لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لم يمنع الجواز ٥ والثالث كثرة الفوايت فانه يسقط به الترتيب
عندنا وحد الكثرة ان تصير الفوايت ستا لان ادنى حد منها تصير مكررة وهذا يرجع الى ضيق الوقت ايضا فلو امرناه بمراعاة
الترتيب مع كثرة الفوايت لفاتته فرض الوقت عن وقته وعن زفر انه يلزمه مراعاة الترتيب في صلاة شهر فكانه جعل حد الكثرة بان تزيد
على شهر وكان بشر المريسي يقول من ترك صلاة ثم صلى في عمره بعده لم يجزه صلاة ما لم يقضها اذا كان ذاكرا لها لان كثرة الفوايت تكون ٥
عن كثرة تفريطه فلا يستحق به التخفيف ثم عند كثرة الفوايت كما لا يجب مراعاة الترتيب بينهما وبين فرض الوقت لا يجب

مراعاة الترتيب فيما بين الفوائت وعندنا الفوائت يجب لما روي ان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوي من الليل مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي وروى ابن سماعة عن محمد رح ان يدخل اوقات الساعة السادسة كالجزء وهذا لا يصح فيدخل وقت السادسة لا يدخل الفوائت في حد التكرار وانما تدخل الفوائت في حد التكرار بخروج وقت السادسة ○ قال واذا تذكر الوتر في الفجر فسدت فرضه اذا كان واسعا في قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يفسد لان الوتر اضعف من الفجر والضعيف لا يفسد القوي واستدل ابو حنيفة بقوله عم من نام عن الوتر او نسيه فليصله اذا ذكره فان ذلك وقته فقد جعل وقت الوتر وقت تذكره في سائر المكتوبات فدل على وجوب الترتيب بين الوتر والمكتوبة ولا يبعد افساد القوي بما هو اضعف منه لمراعاة الترتيب كالمصلي اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة التلاوة فسجدها تبطل القعدة والسجدة اضعف من القعدة وفي الحقيقة هذه المسألة تبنى على معرفة صفة الوتر فنقول لاخلاف بيننا ان الوتر اقوى من سائر السنن حتى انها تقضى اذا انفردت بالفوائت الا ترى ان النبي عم في ليلة التعريس بدا بقضاء الوتر والذي روى لا وتر بعد الصبح المراد النهي عن تاخيرها لا نفي قضائها وكذلك تقضى بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس فدل انها اقوى من السنن وهي دون الفرائض حتى لا يكفر جاحدها ولا يؤذن لها ولا يصلى بالجماعة الا في شهر رمضان ثم اختلفوا وراء هذا فروى حماد بن زيد عن ابي حنيفة ان الوتر فريضة وروى يوسف بن خالد ○ انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى اسد بن عمرو عنه انها سنة مؤكدة وهو قول ابي يوسف ومحمد ○ وحجتهما الاعرابي ان النبي عم علمه خمس صلوات في اليوم والليلة فقال هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع ○ وروي ان رجلا من الانصار يقال له ابو محمد قال الوتر فريضة فبلغ ذلك عبادة بن الصامت فقال كذب ابو محمد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فرض الله تعالى على عباده في اليوم والليلة خمس صلوات وقال الوتر سنة وليس بحتم وفي القران اشارة الى ما قلنا فان الله تعالى قال حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى الا اذا كان عدد الواجبات خمسا وابو حنيفة استدل بحديث ابي بصرة الغفاري ان النبي عم قال ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر فهذا يبين ان وجوب الوتر كان بعد سائر المكتوبات لانه قال زادكم واضاف ذلك الى الله تعالى لا الى نفسه ○ والسنن تضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل فانه لا نهاية لها وقال ابن مسعود رض الوتر ثلاث ركعات كالمغرب ○ وفي رواية وتر الليل كوتر النهار ثم وتر النهار واجب فكذلك وتر الليل وفيه اتفاق الصحابة على تقدير بعشر بن ركعة وذلك لا يكون الا اذا كان الوتر واجبا غير ان وجوب الوتر ثبت بدليل موجب للعمل غير موجب علم اليقين فلهذا لا يكفر جاحده وجحد ركنية سائر المكتوبات فلا يسمى فرضا مطلقا اما الفرض خمس صلوات كما ذكروا من الاثار وفيه والفرق بين الفرض والواجبات ظاهر عندنا ○ قال فان افتتح تطوعا ثم ذكر فائتة عليه لم يفسد تطوعه لان وجوب مراعاة الترتيب مختص بالواجبات فانها مؤقتة دون التطوع ولو تذكر فائتة في خلال الفرض انقلبت صلاته تطوعا فاذا انه كذلك في التطوع لان يبقى تطوعا كان اولى ○ قال والتطوع قبل الظهر اربع ركعات لا فصل بينهن وبعدها ركعتان ومراده السنة ولكنه في الكتاب يسمي السنن تطوعات والاصل في سنن الصلوات حديث عائشة رض عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة ركعتين قبل الفجر واربعا قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء ○ وفي حديث ابي هريرة ذكر عشر ركعات ركعتين قبل الظهر وفي حديث ابن عمر ثنتي عشرة ركعة ولكن ذكر اربعا قبل الظهر بتسليمتين وبه اخذ الشافعي ونحن اخذنا بحديث ابي ايوب قال كان النبي عم يصلي بعد الزوال اربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السماء فاحب ان يصعد لي فيها عمل صالح فقلت افي كلهن قراءة فقال نعم ○ فقلت بتسليمة واحدة ام بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة فاما قبل العصر فان تطوع باربع ركعات فهو حسن لحديث ام حبيبة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى قبل العصر اربع ركعات كانت له جنة من النار ولا تطوع بعدها ○ والذي روي ان النبي عم صلى بعد العصر في بيت ام سلمة رض ركعتين فسالته ام سلمة رض فقال ركعتان قبل الظهر شغلني الوفد عنهما فقضيتهما فقالت انقضيهما نحن فقال لا وكذلك لا تطوع بعد غروب الشمس قبل المغرب وبعده ركعتان لما ذكرنا من الاثار وان تطوع بعد المغرب بست ركعات فهو افضل لحديث عمر رض قال النبي عم من صلى بعد المغرب بست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوابين غفورا ولم يذكر التطوع قبل العشاء فان تطوع باربع ركعات فهو حسن لان العشاء نظير الظهر من حيث انه يجوز التطوع قبلها وبعدها فاما التطوع بعد العشاء فركعتان فيما روينا من الاثار ○ وان صلى اربعا فهو افضل لحديث ابن عمر رض موقوفا ومرفوعا من صلى بعد العشاء اربع ركعات كن له كمثلهن في ليلة القدر فاما قبل الفجر فركعتان اتفقت الاثار عليهما وهو اقوى السنن لحديث عائشة رض ان النبي عم قال ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وعن ابن عباس رض في تاويل قوله تعالى وادبار السجود انه الركعتان بعد المغرب ○ قال ويكره الكلام بعد انشقاق الفجر الى ان يصلي الفجر لما روي ان النبي عم كان في سفر مع اصحابه والحادي يحدو فلما طلع الفجر قال امسك فانها ساعة ذكر وكان الكلام عن تيسرا

على ابن مسعود في هذا الوقت اي شيئا ولان هذه ساعة يشهدها ملائكة الليل والنهار جاء في تاويل قوله ان قرآن الفجر كان مشهودا اي يشهده ملائكة الليل والنهار فلا ينبغي ان يشهدهم الا على خير ○ قالوا التطوع قبل الظهر اربع لا فصل بينهن الا بالتشهد وقبل الجمعة اربع اما قبل الجمعة فلانها نظير الظهر والتطوع قبل الظهر اربع ركعات ○ وفي حديث ابن عمر رض ان النبي عم كان يتطوع قبل الجمعة باربع ركعات واختلفوا بعدها قال ابن مسعود رض اربعا وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رح لحديث ابي هريرة رض قال النبي عم من كان مصليا بعد الجمعة فليصل اربع ركعات وقال علي رض يصلي بعدها ستا اربعا ثم ركعتين وبه اخذ ابو يوسف وقال عمر رض ركعتين ثم اربعا فترجح قول علي بالقياس على التطوع بعد الظهر وابو يوسف رح اخذ بقول علي رض فقال يبدا بالاربع لكيلا يكون متطوعا بعد الفرض مثلها وهذا ليس بقوي فان الجمعة بمنزلة اربع ركعات لان الخطبة شطر ○ قال لا صلاة قبل صلاة العيد فان النبي عم لم يتطوع قبل العيد مع حرصه على الصلاة ولما قدم علي الكوفة خرج يوم العيد فراى بعض الناس يصلون فقال ما هذه الصلاة قالوا صلاة نصليها قبل العيد فقيل له الا تنهاهم فقال اني اخشى ان اكون ممن قال الله تعالى في قوله ارايت الذي ينهى عبدا اذا صلى فنهاهم بعض الصحابة وكان محمد بن مقاتل يقول لنا يكره ذلك في المصلى كيلا يشتبه على الناس فاما في بيته فلا باس بان يتطوع قبل طلوع الشمس وغيره من اصحابنا يقول لا يتطوع في بيته ولا في المصلى قبل طلوع الشمس في هذا اليوم صلاة العيد ○ قالوا التطوع بعدها اربع ركعات بتسليمة لحديث علي رض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى بعد العيد اربع ركعات كتب الله له بكل نبت نبت وبكل ورقة حسنة ○ قال وطول القيام احب من كثرة السجود لما روي ان النبي عم سئل عن افضل الصلاة فقال طول القنوت وسئل عن افضل الاعمال فقال احمزها اي اشقها على البدن وطول القيام اشق ولانه جمع بين فرضين القيام والقراءة وكل واحد منهما فرض وعن ابي يوسف قال ان كان له ورد من القران يقرأه فكثرة السجود احب الي لما فضل لانه يقرأ فيه ورده لا محالة وان لم يكن فطول القيام احب ○ قالوا التطوع بالليل ركعتان وان شاء اربع او ست او ثمان اي ذلك شئت لما روي ان النبي عم كان يصلي بالليل خمس ركعات ركعتان صلاة الليل وثلث وتر والذي قال تسع ست صلاة الليل وثلث وتر وركعتان سنة الفجر وكان يصلي هكذا في الابتداء ثم فضل البعض عن البعض هكذا ذكره ابن سلمة ولم يذكر ما هذا الزيادة على ثمان ركعات بتسليمة والاصح انه لا يكره لان فيه وصلا بالعبادة وذلك افضل ثم قال والاربع احب الي وهذا قول ابي حنيفة فاما عندهما والشافعي فالافضل ركعتان لحديث ابن عمر قال النبي عم صلاة الليل مثنى مثنى في كل ركعتين فسلم واستدلا بالتراويح فان كل ركعتين منها بتسليمة فدل ان ذلك افضل ○ ولنا ما روي عن عائشة رض انها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت كان قيامه في رمضان وغيرها سواء كان يصلي بعد العشاء اربع ركعات لا تسال عن حسنهن وطولهن ثم اربعا لا تسال عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث ركعات ولان في الاربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو افضل والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهو اربع بتسليمة فكذلك النفل واما قوله في كل ركعتين فسلم معناه فتشهد والتشهد يسمى سلاما لما فيه من السلام وصلاة التراويح انما جعلوه ركعتين بتسليمة ليكون ارواح على البدن وما تشترك فيه العامة يبنى على اليسر فاما الافضل فما هو اشق على البدن ○ واما تطوع النهار فالافضل اربع ركعات بتسليمة عندنا على قياس الفرائض في صلاة النهار ولحديث ابن مسعود ان النبي عم كان يواظب في صلاة الضحى على اربع ركعات وعند الشافعي الافضل ركعتان بتسليمة لما فيه من زيادة التكبير والتسليم ولحديث عمارة بن رويبة ان النبي عم كان يفتتح صلاة الضحى بركعتين فانما بدا بما هو الافضل وتاويل الاثر الذي جاء لا يصلي بعد صلاة مثلها في ترك القراءة في الاخريين وهذا الاثر يروى عن عمر وعلي وابن مسعود رض ونظائره اخذ الشافعي فقال الاربع قبل الظهر بتسليمتين لكيلا يكون مصليا بعد صلاة مثلها وذلك بعد العشاء يتطوع بركعتين لهذا ونحن نقول المراد صفة القراءة لا عدد الركعات فان في الفرض القراءة في ركعتين بفاتحة الكتاب وسورة وفي النفل في كل ركعة الا ترى ان التطوع قبل الفجر ركعتان وانما المخالفة في صفة القراءة بالتطويل في الفرض دون الركعة لا في عدد الركعات ○ قال رجل افتتح التطوع ينوي اربع ركعات ثم تكلم فعليه قضاء ركعتين في قول ابي حنيفة ومحمد لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة الا ترى ان فساد الشفع الاول فلا يصير شارعا في الشفع الثاني ما لم يفرغ من الاول وبدون الشروع والنذر لا يلزمه شيء وعن ابي يوسف في رواية ابن سماعة انه يلزمه الاربع ولا يلزمه اكثر من اربع ركعات وان نواها وفي رواية انه يلزمه ما نوى وان نوى مائة ركعة ○ ووجهه ان الشروع ملزم كالنذر فنيته عند الشروع كتسميته عند النذر فيلزمه ما نوى ○ ووجه الرواية الاخرى ان التطوع نظير الفرائض والاربع بالتسليمة مشروع في الفرائض

فيلزمه بالشروع في التطوع بخلاف ما زاد عليه وبعض المتأخرين من اصحابنا اختاروا قوله فيما يؤدي من الاربع بتسليمة كالاربع قبل الظهر ونحوها ٥ قال فان صلى اربع ركعات بغير قراءة فعليه قضاء ركعتين في قول ابي حنيفة ومحمد رح لان كل شفع من التطوع صلاة وفي قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع قال لان ترك القراءة لا يفسد التحريمة الا ترى ان ابتداء التحريمة صحيح قبل مجيء اوان القراءة فيصح قيامه الى الشفع الثاني وقد افسد كل واحد منهما بترك ما هو ركن وهو القراءة فيلزمه قضاء الكل واما عند محمد رح التحريمة تنحل بترك القراءة في الاوليين لان مع صفة الفساد لا ترى التحريمة الصلاة فلا يصح قيامه الى الشفع وعند ابي حنيفة رح بصفة الفساد لا تنحل التحريمة ولكنها تضعف فقيامه الى الشفع الثاني حصل بصفة الفساد والضعف فلا يكون ملزما اياه ما لم يؤكده كما قال في الشروع في صوم يوم النحر وهذه على ثمانية اوجه احدها ما بينا ٥ والثاني اذا قرأ في الاوليين ولم يقرأ في الاخريين فعليه قضاء الاخريين لان شروعه في الشفع الثاني بعد تمام الاول صحيح وقد افسده بترك القراءة ٥ والثالث اذا قرأ في الاخريين دون الاوليين فعليه قضاء ركعتين اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فالتحريمة لا تنحل فصار شارعا في الشفع الثاني وقد اتمها فعليه قضاء ما افسد وهو الشفع الاول وعند محمد التحريمة انحلت بترك القراءة في الاوليين فعليه قضاؤهما فقط والاخريان لا يكونان قضاء عن الاوليين لانه بناهما على تلك التحريمة والتحريمة لا يتسع فيها القضاء والاداء ٥ والرابع اذا قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند ابي حنيفة وابي يوسف رح يلزمه قضاء اربع ركعات وعند محمد يلزمه قضاء ركعتين محمد مر على اصله ان التحريمة انحلت بترك القراءة في الاوليين وابو يوسف مر على اصله ان التحريمة باقية فيصح شروعه في الشفع الثاني وقد افسده فاما ابو حنيفة رحمه الله فقد جرت محاورة بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حتى عرض عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين وقال بل رويت لي ان عليه قضاء اربع ركعات وقيل ما حفظه ابو يوسف هو قياس مذهبه لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه بهذه التحريمة والاستحسان ما حفظه محمد رح لان الشروع وان حصل بصفة الفساد فقد تأكد بوجود القراءة في ركعة فصار ذلك ملزما اياه لتأكده ٥ والدليل على ان التأكيد يحصل بالقراءة في ركعة قوله لا صلاة الا بقراءة وبالقراءة في كل ركعة تكون صلاته بقراءة ولهذا قال بعض العلماء لا تجب القراءة في كل صلاة الا في ركعة ٥ والوجه الخامس قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء ركعتين ٥ والسادس قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء ركعتين ايضا وهذا ظاهر ٥ والسابع قرأ في احدى الاوليين فقط فعند ابي يوسف فعليه قضاء اربع ركعات وعند ابي حنيفة ومحمد عليه قضاء ركعتين لانه لم يؤكد الشفع الثاني بالقراءة في ركعة منها ٥ والثامن قرأ في احدى الاخريين فعند ابي يوسف عليه اربع ركعات وعند محمد قضاء ركعتين وهو الاصح عند ابي حنيفة رح لانه لم يؤكد الشفع الاول بالقراءة فلا يصح شروعه في الشفع الثاني فان ترك القراءة في الاوليين ثم اقتدى به رجل في الاخريين فصلاهما معه فعليه قضاء الاوليين كما يقضي الامام لانه لما شارك الامام في التحريمة فقد التزم ما التزمه الامام بهذه التحريمة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح فاما عند محمد تحريمة الامام قد انحلت فلم يصح اقتداء الرجل به وليس عليه قضاء شيء فان دخل معه في الاوليين رجل فلما فرغ منهما تكلم الرجل ٥ ومضى الامام في صلاته حتى صلى اربع ركعات فعلى الرجل الذي كان خلفه ان يقضي ركعتين وهما الاوليان فقط وان كانت الصلاة كلها صحيحة لم يكن على الرجل قضاء ركعتين لانه خرج من صلاة الامام قبل قيام الامام الى الشفع الثاني وقد بينا ان الامام انما يلزمه الشفع الثاني بالقيام اليها فاذا خرج هذا الرجل من صلاته قبل الامام الى الشفع الثاني لم يلزمه شيء من هذا الشفع وانما يلزمه قضاء الشفع الاول ان كان فسد بترك القراءة فيهما او في احدهما وان حصل اداؤهما بصفة الصحة فليس عليه قضاء شيء ٥ قال ولو صلى الفجر ثم ذكر انه لم يصل ركعتي الفجر لم يقضهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد احب الي ان يقضيهما في قول [illegible] اذا ارتفعت الشمس اما سائر السنن اذا فاتت عن موضعها لم تقض عندنا خلافا للشافعي ودليلنا حديث ام سلمة رض حين قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم انقضيهما نحن فقال لا ولان السنة عبارة عن الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فيما تطوع وهذا المقصود يحصل بالقضاء بعد الفوات وهي مشروعة للفصل بين الاذان والاقامة ولا يحصل هذا بالقضاء بعد الفراغ من المكتوبة فاما سنة الفجر فلو فاتت مع الفجر قضاهما معه استحسانا بالحديث ليلة التعريس فان النبي عم صلى ركعتي الفجر ثم صلى الفجر ولان لهذه السنة من القوة ما ليس لغيرها قال عم صلوها فان فيها الرغائب فان فاتت بالفوات لم يقض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لان موضعهما بين الاذان والاقامة وقد فات ذلك بالفرائض وعند محمد رح يقضيهما اذا ارتفعت الشمس قبل الزوال هكذا روي عن ابن عمر رض ولان ما قبل الزوال في حكم اول النهار وعند الشافعي رحمه الله يقضيهما ٥

قبل طلوع الشمس بنا على اصله في الصلوات التي لها سبب والله اعلم ٥

باب القيام في الفريضة

قال محمد رح الاصل بلغنا عن النبي عم انه قال من ام قوما فليصل بهم صلاة اضعفهم فان فيهم الكبير والمريض وذوا الحاجة في هذا دليل انه لا ينبغي للامام ان يطول القراءة على وجه يمل القوم لقوله عم ان من الائمة الطاردين ولما شكى قوم معاذ الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويله القراءة دعاه قال الراوي فما رأيته في موعظة اشد منه في تلك الموعظة قال افتان انت يا معاذ ثلاثا اين انت من والسماء والطارق والشمس وضحاها وقال عم تكلفوا من الاعمال ما تطيقون فان الله تعالى لا يمل حتى تملوا وقال انس ما صليت خلف احد اتم واخف مما صليت خلف رسول الله عم وروي انه عم قرأ المعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت قال سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن فدل ان الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه ٥ قال ويقرأ الامام في الفجر في الركعتين جميعا باربعين اية مع فاتحة الكتاب يعني سواها ٥ وفي الجامع الصغير قال باربعين خمسين ستين ٥ وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح قال ما بين الستين الى مائة اية وهذا لاختلاف الاثار فيه فعن ابن عباس رض ان النبي عم كان يقرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل اتى على الانسان ٥ وعن [illegible] قال ما [illegible] بسورة ق واخذت من في رسول الله من كثرة قراءته لها في صلاة الفجر وعن ابي هريرة رض قرأ والمرسلات [illegible] في صلاة الفجر وفي رواية اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت وان ابا بكر رض قرأ في الفجر سورة البقرة فلما فرغ قال له عمر كادت الشمس ان تطلع يا خليفة رسول الله فقال لو طلعت لم تجدنا غافلين وعمر رض قرأ في الفجر سورة يوسف فلما انتهى الى قوله انما اشكو بثي وحزني الى الله خنقته العبرة فركع فلما اختلفت الاثار اختلفت الروايات فيه كما بينا ٥ ووجه التوفيق ان القوم ان كانوا ممن عليهم الرجال يرغبون في العبادة قرأ مائة اية كما في رواية الحسن وان كانوا كسالى غير راغبين في العبادة يقرأ اربعين اية كما في الاصل وان كانوا فيما بين ذلك يقرأ خمسين ستين كما في الجامع الصغير وقيل يبني على كثرة اشتغال القوم وقلة ذلك ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وقيل يبني على طول الليالي وقصرها وقيل يبني على حال نفسه في الحفظ والثقل وحسن الصوت ٥ والحاصل انه يتحرز عما ينفر القوم عنه لكيلا يؤدي الى تقليل الجماعة ويقرأ في الظهر نحو ذلك او دونه لحديث ابي سعيد الخدري حزرنا قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الظهر في الركعتين ثلثين اية قال سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر فظننا انه قرأ الم تنزيل السجدة وعن النعمان بن بشير ان النبي عم قرأ في الجمعة سورة الجمعة والمنافقين والقراءة في الظهر نحو القراءة في الجمعة ٥ قال ويقرأ في العصر بعشرين اية مع فاتحة الكتاب لحديث ابي هريرة وجابر بن سمرة رض كان النبي عم يقرأ في العصر سورة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية وفي العشاء مثل ذلك في رواية الاصل وفي رواية الحسن مثل قراءته في الظهر وفي المغرب سورة قصيرة خمس ايات او ست مع فاتحة الكتاب لحديث عمر رض انه كتب الى ابي موسى ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ٥ ومن اصحابنا من تكلف فيه لمعنى وفي الفجر يؤدى في حال نوم الناس فيطول القراءة لكيلا تفوتهم الجماعة وكذلك الظهر في الصيف فان الناس يقيلون واما العصر يؤدى في حال حاجة الناس الى الرجوع الى منازلهم فلتكن القراءة فيها دون ذلك وكذلك العشاء تؤدى في حال عزم الناس فيطول القراءة فيها لكيلا تفوتهم على النوم والمغرب تؤدى في حال عزم الناس على الاكل وليكن القراءة فيها اقصر لقلة صبر الناس على الاكل خصوصا للصائمين قال وما قرأ في الوتر من شيء فهو حسن وقد بلغنا عن النبي عم انه قرأ في الركعة الاولى من الوتر سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون ٥ وفي الثالثة بقل هو الله احد والكلام فيه في فصول ان الوتر ثلث ركعات لا يسلم الا في اخرهن عندنا ٥ وقال الشافعي ركعة واحدة وقال مالك ثلث ركعات بتسليمتين ٥ واستدل الشافعي بقوله عم ان الله وتر يحب الوتر فاوتروا يا اهل القرآن ومالك استدل بحديث ابن عمر رض قال النبي عم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فاوتر بركعة يوتر لك ما قبله وكان سعد بن ابي وقاص يوتر بركعة واحدة ٥ ولنا حديث عائشة رض كما روينا في صفة قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يوتر بثلث وبعث ابن مسعود رض امه ليلا فتبيت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلاث ركعات قرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون ٥ وفي الثالثة بقل هو الله احد ٥ وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس رض حين بات عند خالته ميمونة ليرى تهجد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ○ ولما راى عمر رضي الله عنه سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك وانما قال ذلك لان الاثر
اشتهر ان النبي عم نهى عن البتيراء ○ وقال ابن مسعود رضي الله عنه ما اجزت ركعة قط ولانه لو جاز الاكتفاء بركعة في شيء من الصلوات
لدخل الفجر فيه بسبب السفر ولا حجة له فيما روي فان الله تعالى وتر لا من حيث العدد ○ والفصل الثاني انه يقنت في الوتر في جميع
السنة عندنا لما روينا وعند الشافعي لا يقنت الا في النصف الاخير من رمضان لما روي ان عمر رضي الله عنه لما امر ابي بن كعب
بالامامة في ليالي رمضان امره بالقنوت في النصف الاخير وتاويله عندنا ان المراد بالقنوت طول القراءة لا القنوت في الوتر
والثالث انه يقنت قبل الركوع عندنا لما روينا من الآثار ولان القنوت في معنى القراءة فان قوله اللهم انا نستعينك مكتوب
في مصحف ابي وابن مسعود في سورتين فالقراءة قبل الركوع فكذلك القنوت وعند الشافعي يقنت في صلاة الفجر في الركعة الثانية
بعد الركوع واستدل بحديث انس رضي الله عنه كان النبي عم يقنت في صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا وقد صح قنوته فيها ثم زعم
انه انتسخ فعليه اثباته بالدليل وقد صح ان عليا رضي الله عنه في حروبه كان يقنت على من ناواه في صلاة الفجر ○ ولنا حديث ابن مسعود
ان النبي عم قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب ثم تركه وهكذا عن انس رضي الله عنه ما قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم
في صلاة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وكان يقول في قنوته اللهم اشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين
كسني يوسف فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك وقال ابو عثمان النهدي صليت خلف ابي بكر سنين وخلف عمر
كذلك فلم ار واحدا منهما قنت في صلاة الفجر ولان القنوت لو كان ثابتا لكذلك فعله المتاخر ينسخ فعله المتقدم وقد صح انه كان يقنت
في صلاة المغرب كما في صلاة الفجر ثم انتسخ احدهما بالاتفاق فكذلك الاخر ○ قال وكان يقال مقدار القيام في القنوت
اذا السماء انشقت وليس فيها دعاء موقت بعينه سوى قوله اللهم انا نستعينك فالصحابة اتفقوا على هذا في القنوت فالاولى
ان ياتي بعده بما علم رسول الله عم الحسن بن علي رضي الله عنه في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الى اخره والقراءة اهم من القنوت
فاذا لم يوقت في القراءة بشيء من الصلوات ففي دعاء القنوت اولى ○ وقد روي عن محمد رح التوقيت في الدعاء يذهب برقة القلب
ومشايخنا قالوا مراده في ادعية المناسك فاما في الصلاة اذا لم يوقت فيها يجري على لسانه ما يفسد صلاته ○ قال ويرفع يديه
حين يفتتح القنوت للحديث المعروف لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن في افتتاح الصلاة وقنوت الوتر وفي العيدين وعند
استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند المقامين عند الجمرتين ثم يكفهما قيل يعتمد بارسالهما ليكون حال الدعاء
مخالف لحال القراءة وقيل يضع احداهما على الاخرى لان القنوت مشبه بالقراءة وهو الاصح فالوضع سنة القيام فكل قيام فيه ذكر
فانه يطول فالوضع فيه اولى وعن محمد بن الحنفية ○ قال الدعاء اربعة دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية ففي دعاء الرغبة
يجعل بطون كفيه نحو السماء وفي دعاء الرهبة يجعل ظهر كفيه الى وجهه كالمستغيث من الشيء وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر
ويحلق بالابهام والوسطى ويشير بالسبابة ودعاء الخفية ما يفعله المرء في نفسه وعلى هذا قال ابو يوسف رح ان الامام يجهر
والقوم يؤمنون وفي الاملاء يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين ويستقبل
بباطن كفيه السماء عند رفع الايدي على الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند الجمرتين لانه في هذه المواقف بدعاء الرغبة والاحب
الاخفاء في دعاء القنوت في حق الامام والقوم لقوله عم خير الدعاء الخفي وعن ابي يوسف رح ان الامام يجهر والقوم يؤمنون
على قياس الدعاء خارج الصلاة ○ قال واذا ام الرجل نساء في مسجد جماعة ليس معهن رجل فلا باس بذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه
امر ابي بن كعب ان يصلي بالرجال في ليالي رمضان وسليمان بن ابي حثمة بان يصلي بالنساء ولان المسجد ليس بموضع الخلوة فلا باس بان يجمع
معهن فيه فاما في غير المسجد من البيوت ونحوها فانه يكره له ذلك الا ان يكون معهن ذو رحم محرم منهن لقوله عم الا لا يخلون رجل بامرأة
ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان وبانفراد النساء يزداد معنى خوف الفتنة فلا تزول الكراهة الا ان يكون معهن محرم لحديث انس
ان النبي عم صلى بهم في بيتهم قال فقام امي واليتيم من ورائه وام سليم ورائنا ولان بوجود المحرم الحرمة يزول معنى خوف الفتنة
ويستوي ان كان المحرم لهن او لبعضهن وتجوز الصلاة بكل حال لان الكراهة لمعنى في غير الصلاة ○ قال رجل فاتته الصلاة بالجماعة
في مسجد حيه فان اتى مسجدا اخر يرجو ادراك الصلاة فيه فحسن لحديث الحسن قال كانوا اذا فاتتهم الجماعة فمنهم من يصلي في مسجد حيه ومنهم
من يتبع الجماعات ومراده الصحابة ولانه في كل جانب مراعاة حرمة وترك الاخرى ففي احدى الجانبين مراعاة حرمة مسجده وترك الجماعة
وفي الجانب الاخر مراعاة فضيلة الجماعة وترك حق مسجده فاذا تعذر الجمع بينهما مال الى ايهما شاء والاولى في زماننا ان لم يدخل
بعد ان يتبع الجماعة فان دخل مسجده فصلى فيه ○ قال ولا باس بان يتطوع قبل المكتوبة اذا لم يخف فوت الوقت وكان الكرخي يستدل

بهذا اللفظ

يستدل بهذا اللفظ في ان له ان يترك الاربع قبل الظهر اذا فاتته الجماعة لانه قال لا باس بان يفعل فدل ان له ان يترك وقيل الذي وقع
عند العوام والمعنى فيه ان من فاتته الجماعة فهو كالمدد لهم فليعجل اداء الفريضة ليلحق بهم في ان لا يتطوع قبل المكتوبة والاصح انه لا ينبغي له
ان يدعه لان التطوع مشروع جبرا لنقصان الفرائض وحاجة من فاتته الجماعة الى هذا امس ○ قال واذا اخذ المؤذن في الاقامة
كرهت للرجل ان يتطوع لقوله عم اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة الا ركعتي الفجر فاني لم اكرههما وكذلك اذا انتهى الى المسجد
وقد افتتح القوم صلاة الفجر ياتي بركعتي الفجر ان رجا ان يدرك مع الامام ركعة في الجماعة وهذا عندنا ○ وقال الشافعي يدخل مع الامام
على قياس سائر التطوعات ○ ولنا ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه دخل المسجد والامام في صلاة الفجر فقام الى سارية من سواري المسجد
فصلى ركعتي الفجر ثم دخل مع الامام وعن عثمان النهدي قال اني لاذكر ابا بكر يفتتح صلاة الفجر فيدخل الناس ويصلون ركعتي الفجر
ثم يدخلون معه وهذا بناء على ان عندنا لا يقضي هاتين الركعتين بعد الفوات فيحرزهما اذا طمع في ادراك الركعة من الصلاة كادراك جميع الصلاة
قال عم من ادرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس فقد ادرك ○ وعند الشافعي يقضيهما بعد الفراغ من الصلاة فيشتغل باحراز فضيلة
تكبيرة الافتتاح فان خاف فوت الجماعة دخل مع القوم لان اداء الصلاة بالجماعة من سنن الهدى قال ابن مسعود رضي الله عنه عليكم بالجماعات
فانها من سنن الهدى ولو صليتم في بيوتكم كما فعل هذا المتخلف لتركتم سنة نبيكم ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم ○ وقال عمر رضي الله عنه
لقد هممت ان امر من يصلي بالناس ثم انطلق الى من لم يشهد الجماعة فامر فتيانا ان يحرقوا بيوتهم فدل ان الجماعة اقوى السنن فيشتغل باحراز
فضيلتها ولم يذكر اذا كان يرجو ادراك التشهد قيل على قول ابي حنيفة وابي يوسف ادراك التشهد كادراك الركعة كما في صلاة
الجمعة فيبدا بركعتي الفجر وعند محمد لا يعتبر ادراك التشهد فيدخل مع الامام ○ قال رجل سلم على تمام من صلاته في نفسه ثم اقتدى
به رجل وكبر ثم ذكر الامام ان عليه سجدة التلاوة او انه لم يقرا التشهد في الرابعة فاقتداء الرجل صحيح به لان سلام العمد وسلام
وسلام السهو لا يخرجه من الصلاة فيحصل الاقتداء في حال بقاء حرمة الامام فان عاد الامام الى سجدة التلاوة او قراءة التشهد
تابعه الرجل ثم يقوم لاتمام صلاته بعد فراغ الامام من التشهد وسجود السهو وان لم يعد الامام اليها لم تفسد صلاته لان ما ترك
ليس من الاركان ولذلك لا تفسد صلاة المقتدي فيقوم لاتمام صلاته وان ذكر الامام ان عليه سجود السهو فعلى قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله اقتداء الرجل موقوف فان عاد الامام الى سجود السهو صح الاقتداء وتابعه الرجل وان لم يعد لا يصح ○
اقتداؤه به وعند محمد وزفر الاقتداء صحيح على كل حال وقال بشر لا يصح الاقتداء على كل حال لان من مذهبه ان سجود السهو ليس
من الصلاة فانه يؤدى بعد السلام وعندنا سجود السهو من الصلاة لانه جبر لنقصانها ثم عند محمد وزفر من سلم وعليه سجود السهو
لا يصير خارجا من الصلاة لانه قد بقي عليه واجب من واجبات الصلاة فهو كسجدة التلاوة وقراءة التشهد ولو خرج من الصلاة
لم يعد فيها الا بتحريمة جديدة فاذا لم يخرج صح اقتداء الرجل به على كل حال وعند ابي حنيفة وابي يوسف بالسلام يخرج من الصلاة
لان السلام محلل قال عليه السلام وتحليلها التسليم وقد اتى به في موضعه مع العلم بحاله فيعمل عمله في التحلل الا انه اذا عاد يعود الى حرمة
الصلاة ضرورة ولا يتحقق تلك الضرورة قبل عوده فيخرج بالسلام من الصلاة عند ابي حنيفة ثم يعود اليها بالعود الى سجود السهو
وعند ابي يوسف يتوقف حكم خروجه من الصلاة فلهذا كان الاقتداء به موقوفا ويبنى على الاصل اربع مسائل ○ احدها ما بينا
والثانية اذا نوى المسافر الاقامة بعد ما سلم وعليه سجود السهو فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يتغير فرضه ويسقط عنه سجود
السهو وعند محمد وزفر يتغير فرضه فيقوم لاتمام صلاته ○ والثالثة اذا ضحك قهقهة في هذه الحالة لم يلزمه الوضوء في قول ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يلزمه الوضوء لصلاة اخرى ○ والرابعة اذا اقتدى به رجل بنية التطوع ثم تكلم قبل عود الامام
الى سجود السهو بعد ذلك وعند محمد رحمه الله عليه قضاء التطوع ثم تكلم قبل عوده لان كلامه به حصل في حال بقاء الحرمة فصار
شارعا في التطوع ثم مفسدا فعليه القضاء والله اعلم

باب الحدث في الصلاة

مصل سبقه الحدث من بول او غائط او رعاف او ريح بغير قصد انصرف فتوضا وبنى على صلاته ما لم يتكلم استحسانا وان تكلم واستقبل
فهو افضل وفي القياس عليه استقبال الصلاة بعد الوضوء وهو قول الشافعي وكان يقول مالك يبني ثم رجع عنه فقال به محمد رحمه الله
في كتاب الحج يرجع من الاثار الى القياس ○ وجه القياس ان الطهارة شرط بقاء الصلاة كما هو شرط ابتدائها فكما لا يتحقق
شروعه في الصلاة بدون هذا الشرط فكذلك بقاؤها ولان الحدث مناف للصلاة قال عم لا صلاة الا بطهور ولا بقاء للصلاة

مع وجود ما ينافيها ۔ وجه قولنا حديث عايشة رض ان النبي عم قال من قاء في صلاته او رعف او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضا
وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم فان ابا بكر رض سبقه الحدث في الصلاة فتوضا وبنى وعمر رض سبقه الحدث فاستخلف وتوضا وبنى على صلاته ○
وعلي رض كان يصلي خلف عثمان رض فرعف فانصرف وتوضا وبنى على صلاته ○ ۔ وهو مروي عن ابن مسعود رض وابن عباس رض والقياس يترك بالاثار
ثم الذي سبقه الحدث اما ان يكون منفردا او مقتديا او اماما فاما المنفرد يذهب ويتوضا ثم يتخير بين اتمام الصلاة في بيته وبين الرجوع الى مصلاه
ليكون مؤديا جميع الصلاة في مكان واحد وهو افضل وان اتم في بيته فلم يوجد منه الا ترك المشي في الصلاة وذلك لا يضره واما المقتدي
اذا فرغ من الوضوء فان لم يفرغ امامه من الصلاة فعليه ان يعود ولو اتم بقية صلاته في بيته لا يجزيه لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة
الاقتداء وان كان قد فرغ امامه تخير هو كما بينا ۔ وان كان اماما تقدم وتاخر جذب رجلا ممن خلفه يصلي بالقوم والشافعي في هذا بنا ايضا فان
على اصله بحدث الامام لا تفسد صلاة القوم لانه لو ظهر انه كان محدثا جازت صلاة القوم فيستخلفهم ثم يتوضا ويستقبل وعندنا يستخلف
لانه عجز عن اتمام ما ضمن لهم الوفاء به فيستعين بمن يقدر عليه ○ ۔ والدليل على جواز هذا ان النبي عم لما امر ابا بكر رض ان يصلي بالناس
وجد في نفسه خفة فخرج يهادى بين اثنين بعد ما افتتح ابو بكر الصلاة فلما سمع حس رسول الله عم تاخر وتقدم النبي عم وانما تاخر لانه عجز
عن المضي لقوله تعالى لا تقدموا بين يدي الله ورسوله فصار هذا اصلا في حق كل امام عجز عن الاتمام انه يتاخر ويستخلف ثم يتوضا ويبني على صلاته
ما لم يتكلم وان تكلم واستقبل فهو افضل ليكون ابعد عن شبهة الاختلاف واقرب الى الاحتياط فان كان حين رجع الى اهله بال او استنشى
لم يبن على صلاته لان هذا حدث عمد فهو بمنزلة الكلام او فوقه في فساد الصلاة وجواز البنا كان بالاثار في الحدث الذي يسبقه لا فيما
يتعمد الحدث لان فيما يسبقه بلوى وضرورة بخلاف ما يتعمده ولو ابتلي بالجنابة في خلال الصلاة لم يبن بعد الاغتسال لانه مما لا يعم به البلوى
قال فان تكلم في صلاته ناسيا او عامدا مخطيا او قاصدا استقبل الصلاة وقال الشافعي رحمه الله اذا كان ناسيا او مخطيا لا يستقبل الا اذا طال
كلامه ○ ۔ واحتج بقوله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطاتم به ولقوله عم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه واعتماده ○
على حديث ابي هريرة رض قال صلى بنا رسول الله عم احدى صلاتي العشا اما الظهر واما العصر فسلم على راس ركعتين فقام رجل يقال له ذو اليدين
اقصرت الصلاة ام نسيتها فقال كل ذلك لم يكن فقال بعض ذلك قد كان فنظر الى ابي بكر وعمر رض وقال احق ما يقول ذو اليدين فقالا نعم واتم صلاته
وسجد للسهو فقد تكلم ناسيا ثم بنى على صلاته فقاس الكلام بالسلام لان كل واحد منهما قاطع ثم في السلام فصل بين العمد والنسيان فكذلك
الكلام بخلاف الحدث لانه منافي للصلاة لانه ينعدم به شرطها فسوينا بين النسيان والعمد لهذا ۔ ولنا ما روينا وليبن على صلاته ما لم يتكلم
فدل ان بعد الكلام لا يجوز البناء قط ۔ وفي حديث ابن مسعود رض انه قدم من الحبشة فوجد رسول الله عم في الصلاة فسلم عليه فلم يرد عليه السلام
قال فاخذني ما قرب وما بعد فلما فرغ قال يا ابن مسعود ان الله يحدث من امره ما يشا وان مما احدث ان لا تتكلم في الصلاة ۔ وفي حديث معاوية
ابن الحكم قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني بعض القوم بابصارهم فقلت واثكل اماه
فقلت ما لي اراكم تنظرون الي شزرا فضربوا ايديهم على افخاذهم فعلمت انهم يسكتونني فلما فرغ رسول الله عم فوالله ما رايت معلما احسن تعليما منه
فما نهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شي من كلام الناس انما هي التسبيح والتهليل وقراءة القران وما لا يصلح للصلاة ○
فمباشرته مفسدة للصلاة الا ترى ان الاكل والشرب مفسد للصلاة ناسيا او عامدا لهذا والخروج في الاعتكاف كذلك والجماع في الاحرام
كذلك ○ ۔ ولهذا لو طال الكلام كان مفسدا ولو كان النسيان فيه عذرا لاستوى فيه ان يطول او يقصر كالاكل في الصوم والقياس في السلام
انه مفسد وان كان ناسيا ولكنا استحسنا فيه لمعنى لا يوجد ذلك في الكلام وهو ان السلام من جنس اذكار الصلاة فان المتشهد يسلم على النبي عم
وعلى عباد الله الصالحين وهو اسم من اسماء الله تعالى وانما اخذ حكم الكلام لكاف الخطاب فانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد وهو اذا كان
ناسيا شبهناه بالاذكار واذا كان عامدا شبهناه بالكلام ۔ فاما الكلام فهو ليس من اذكار الصلاة فكان منافيا للصلاة على كل حال ○
والخطا والنسيان يعذر في رفع الاثم وعليه يحمل الاية والخبر ○ ۔ واما حديث ذي اليدين فقد كان في وقت كان الكلام مباحا في الصلاة ثم انتسخ
الكلام في الصلاة الا ترى ان ذا اليدين كان عامدا بالكلام وكذلك ابو بكر وعمر رض فلم يامرهم بالاستقبال فان قيل كيف يستقيم هذا واسلام
ابي هريرة كان بعد فتح خيبر وقد صلى بنا وحرمة الكلام في الصلاة كان ثابتا حين قدم من الحبشة وذلك في اول الهجرة ۔ قلنا معنى قوله صلى بنا
باصحابنا ولا وجه للحديث الا هذا لان ذا اليدين قتل ببدر واسمه مشهور في شهداء بدر وذلك قبل خيبر بزمان طويل ○ ۔ قال وان قهقه في صلاته
استقبل الصلاة ناسيا كان او عامدا لان القهقهة افحش من الكلام عند المناجاة ولهذا جعلت ناقضة للوضوء ثم تسوي بين النسيان والعمد ○
في القهقهة اولى والبنا لاجل ذلك لا يتحقق في القهقهة وان قهقه بعد ما قعد قدر التشهد قبل ان يسلم لا تفسد صلاته كما لو تكلم في هذه الحالة
لانه لم يبق عليه شي من اركان الصلاة ولكن يلزمه الوضوء لصلاة اخرى عندنا ولا يلزمه عند زفر قال لان القهقهة عرفناها حدثا بالنص

خلاف

خلاف القياس والنص ورد باعادة الصلاة والوضوء بالقهقهة وكل قهقهة توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء لانه ليس في معنى المنصوص
من كل وجه ۔ ولنا ان الضحك صادف حرمة الصلاة لبقائها ما لم يسلم حتى لو نوى المسافر الاقامة في هذه الحالة لزمه الاتمام وبالنص ○
صار الضحك حدثا لمصادفة حرمة الصلاة لان الجناية تتحقق بالقهقهة في حالة المناجاة وذلك باق في بقاء التحريمة فالزمناه الوضوء لهذا
فاما اعادة الصلاة فلبقاء المناجاة عليه وعجزه عنه بالقهقهة لفساد ذلك الجزء ولم يبق عليه البنا هنا فلم تلزمه الاعادة لهذا وكذلك
لو قهقه في سجدتي السهو لان العود اليهما يرفع السلام دون القعدة فكانه قهقه بعد القعدة قبل السلام الا في رواية شاذة عن ابي يوسف
ان العود الى سجود السهو يرفع القعدة كالعود الى سجود التلاوة فعلى تلك الرواية تلزمه اعادة الصلاة ۔ قال وان قهقه الامام والقوم جميعا
فان كان الامام سبق بها فعليه اعادة الوضوء وليس ذلك على القوم لانهم صاروا خارجين من الصلاة بخروج الامام منها فضحكهم لم يصادف
حرمة الصلاة وان قهقه اولا القوم ثم الامام فعلى الكل اعادة الوضوء لان قهقهة القوم صادف حرمة الصلاة وكذلك قهقهة الامام لانه لا يصير
خارجا بخروج القوم وان ضحكوا معا فكذلك لان ضحك القوم لما اقترن بضحك الامام كان مصادفا حرمة الصلاة في حقهم فان خروجهم من حكم ○
خروج الامام فيعقبه ولا يقترن به ○ ۔ قال الامام احدث فقدم رجلا قد فاتته ركعة فعليه ان يصلي بهم بقية صلاة الامام ۔ والاولى
للامام ان يقدم مدركا لا مسبوقا لان المدرك اقدر على تمام صلاته من المسبوق وقال عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه ○
فقد خان الله ورسوله وجماعة المومنين ولكن مع هذا المسبوق شريكه في التحريمة وصحة الاستخلاف بوجود المشاركة في التحريمة والحاجة
الى اصلاح صلاته فجاز تقديمه وقام مقام الاول فيتم ما بقي على الاول فاذا انتهى الى موضع السلام تاخر وقدم رجلا من المدركين يسلم بهم
لانه عاجز عن السلام لبقاء ركعة عليه فيستعين بمن يقدر عليه ولو ان تمامه بعد سلام الامام فلهذا قدم مدركا ليسلم بهم ثم يقوم
فيقضي ما بقي عليه من صلاته ۔ قال فان توضا الاول وصلى في بيته ما بقي من صلاته فان كان صلى بعد فراغ الامام الثاني من بقية صلاته
من بقية صلاته فصلاته تامة لان الامامة تحولت الى الثاني وصار الاول كواحد من المقتدين ○ ۔ وقد بينا ان المقتدي اذا اتم بقية صلاته
في بيته بعد فراغ الامام جاز ولو صلى قبل ان يفرغ الامام الثاني فصلاته فاسدة كغيره من المقتدين اذا سبقه الحدث ○ ۔ قال ○
فان قعد الامام الثاني في الرابعة قدر التشهد ثم قهقه فعليه اعادة الوضوء والصلاة لانه بقي عليه ركعة فضحكه حصل في خلال الصلاة
في حقه وصلاة القوم تامة لانه لم يبق عليهم البنا ۔ وروي عن ابي يوسف انه قال صلاة القوم فاسدة لفساد ما مضى ولو ضحكوا بانفسهم
في هذه الحالة كانت صلاتهم فضحك الامام في حقهم لا يكون اكثر تاثيرا من ضحكهم فاما الامام الاول فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثاني
مع القوم فصلاته تامة كغيره من المدركين ○ ۔ وان كان في بيته لم يدخل مع الامام الثاني في الصلاة فصلاته فاسدة ۔ وفي رواية ابي حفص قال
صلاته تامة ○ ۔ وجه هذه الرواية انه مدرك لاول صلاته فيكون كالفارغ بقعود الامام قدر التشهد كالرواية الاولى اصح واشبه بالصواب
لانه قد بقي عليه البنا وضحك الامام في حقه ورواية ابي حفص كانه غلط وقع من الكاتب لانه اشتغل بتقسيم ثم اجاب في الفصلين بان صلاته
تامة وظاهر هذا التقسيم يستدعي المخالفة في الجواب ○ ۔ قال رجل سلم في الركعتين من الظهر ناسيا ثم ذكر فظن ان ذلك يقطع الصلاة ○
فاستقبل التكبير ينوي به الدخول في الظهر ثانيه وهو امام قوم وكبر واتبعه ينوون معه ذلك فهم على صلاتهم الاولى يصلون ما بقي منها
ويسجدون للسهو لما بينا ان سلام السهو لا يقطع التحريمة فهم في صلاتهم بعد فقد نووا ايجاد الموجود وذلك لغو فبقي مجرد التكبير وهو لا يقطع
الصلاة بخلاف من كان في الظهر فنوى العصر وكبر لانه نوى ايجاد ما ليس بموجود فصار خارجا من الاولى داخلا في الثانية فان صلوا العصر ○
اربع ركعات هكذا فان قعدوا في الثانية جازت صلاتهم وما زادوا من الركعتين نافلة لهم فان لم يقعدوا في الثانية فسدت صلاتهم لاشتغالهم
بالنفل قبل اكمال الفرض حتى لو سلم ساهيا بعد ثلث ركعات ثم جدد التكبير وصلى اربع ركعات لا تجزيه صلاته لانه لم يقعد بعد الركعة الرابعة
حتى صلى ركعة اخرى وذلك مفسد لصلاته ○ ۔ قال رجل صلى ركعة ثم جاء قوم فاقتدوا به فلما فرغ من صلاته وقعد قدر التشهد قهقه او احدث متعمدا
فصلاته تامة لانه لم يبق عليه البنا وصلاة القوم فاسدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا تفسد لانه لا سبب لافساد صلاتهم
فان الضحك والحدث لم يوجد منهم فلا تفسد صلاتهم انما تفسد بفساد صلاة الامام ولم تفسد صلاة الامام هنا فهو قياس ضحكه بعد السلام
ولان الامام لما قعد قدر التشهد فقد صار المسبوق في حكم المنفرد يقوم لاتمام صلاته الا ترى ان صلاة الامام وسلامه لا يوثر في حقه ولا يمنعه
من البناء فكذلك ضحك الامام وحدثه وابو حنيفة قال ما لم يسلم الامام فالمسبوق مقتدي به الا ترى انه لو نوى الامامة اثر ذلك في حق المسبوق
وانه ممنوع من القيام حتى يسلم الامام والضحك والحدث اذا لاقا جزءا من الصلاة كان مفسدا لذلك الجزء وبفساد الجزء من صلاة الامام يفسد مثله
من صلاة المقتدي الا ان الامام لم يبق عليه البنا ففساد ذلك الجزء لا يضره والمسبوق قد بقي عليه البنا ففساد ذلك الجزء يمنعه مما بقي عليه ○
فلزمه الاستقبال الا ترى انه لو ضحك بنفسه او احدث في هذه الحالة لزمه الاستقبال فكذلك لو فعل الامام في حقه بخلاف السلام والكلام

منهي للصلاة والكلام قاطع لا مفسد لانه لا تفوت به شرط الصلاة وهو الطهارة ولهذا قيل لو تكلم الامام بعدما قعد قدر التشهد صلى القوم ان يسلموا
ولو احدث الامام متعمدا او قهقه لم يسلم القوم وخروج الامام من المسجد في كونه قاطعا كالكلام فلا يفسد صلاة المسبوقين ○ قال واذا افتتح الرجل
صلاة المكتوبة في المسجد ثم اقيمت فان كانت من ذوات الاربع كالظهر والعصر والعشا ان كان صلى ركعة اضاف اليها اخرى وقعد وسلم ثم دخل
مع الامام لانه لو قطعها كذلك كان مبطلا عمله فان الركعة الواحدة لا يكون صلاة فيضيف اليها ركعة اخرى ليصير شفعا ثم يسلم فيدخل مع الامام
لاحراز فضيلة الجماعة فان النبي عم قال الصلاة الرجل في الجماعة تزيد على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة ○ فان قيل كيف يقطع فريضة بعد الشروع
قلنا لا يقطعها رافضا لها وانما يقطعها ليعيدها على اكمل الوجوه وذلك جايز كما يقطع الظهر اذا اقيمت الجمعة وذلك ان قام الى الثالثة ولم يقيدها
بالسجدة عاد فقعد وسلم لكيلا تفوته فضيلة الجماعة ولا يسلم كما هو قايما لان ما اتى به من القعدة كان سنة وقعدة الختم كان فرضا فعليه ان يعود الى القعدة
ثم يسلم ليكون متنفلا بركعتين فان قيد الثالثة بالسجدة مضى في صلاته لانه اتى باكثرها وللاكثر حكم الكمال فاذا فرغ منها دخل مع الامام في الظهر والعشا
بنية النفل بعدهما جايز ولو خرج من المسجد بما بينهم انه لا يرى الجماعة فلهذا دخل معه فاما في العصر لا يدخل لان التنفل بعده مكروه كما بينا
وعند الشافعي يدخل بناء على اصله في الصلاة التي سبب اذا لم يدخل معه خرج من المسجد لانه ان مكث يطول مخالفته للامام وفي الخروج انما يظهر مخالفته
في حطه فهو اولى ولم يذكر انه اذا كان في الركعة الاولى ولم يقيدها بالسجدة كيف يصنع والصحيح انه يقطعها ويدخل مع الامام فيحرز به ثواب تكبيرة الافتتاح لان
ما دون الركعة ليس لها حكم الصلاة فاما من حلف لا يصلي لا يحنث ما دون الركعة الا ترى انه من الركعة الثانية يعود اذا لم يقيدها بالسجدة وكذلك
في الركعة الاولى يقطعها ليدخل مع الامام فاما في الفجر فان كان يصلي ركعة قطعها لانه لو ادى ركعة اخرى تم فريضته وفاتته الجماعة فالاولى ان يقطعها
ليعيدها على اكمل الوجوه وان كان قيد الركعة الثانية بسجدة اتمها لانه ادى اكثرها ثم لا يدخل مع الامام لانه يكون متنفلا بعد الفجر وذلك مكروه
والذي روي من حال الرجلين حين صلى رسول الله عم في مسجد الخيف صلاة الفجر كما روينا فقد ذكر ابو يوسف في الاملاء ان تلك الحادثة كانت
في صلاة الظهر ولئن كانت في صلاة الفجر فقد كان في وقت لم ينههم بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس ثم انتسخ بالمنهي ○ واما المغرب فان صلى ركعة
لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى كان مودّيا اكثر صلاته فلا يمكنه القطع بعد ذلك ولو قطع كان متنفلا بركعتين قبل المغرب وذلك منهي عنه فلهذا
قطع صلاته ليعيدها على اكمل الوجوه وان كان قيد الثانية بالسجدة اتم صلاته لانه قد ادى اكثرها ثم لا يدخل مع الامام وذلك مروي عن ابن عمر
وانما لا يدخل لا ان التنفل بعد المغرب منهي عنه ولكن لانه لو دخل معه فيكون متنفلا بثلاث ركعات وهو غير مشروع او يضيف اليها ركعة اخرى
فيكون مخالفا لامامه فلهذا لا يدخل معه وقال ابو يوسف انه يدخل معه فاذا فرغ الامام قام وصلى ركعة اخرى ليصير شفعا له ولا يبعد ان يكون
لا تمامه بعد فراغ الامام كالمسبوق وهو بالشروع قد التزم ثلث ركعات فكانه التزمها بالنذر فيلزمه اربعا وعندنا ان دخل فعل كما قال ابو يوسف
وقال بشر المريسي يسلم مع الامام لان هذا النفل كان بحكم الاقتداء وذلك جابر كالمسبوق يترك الامام في القعدة يقعد معه وابتداء الصلاة
بالقعدة وذلك جابر بحكم الاقتداء فهذا مثله ○ قال واذا صلى الظهر في بيته يوم الجمعة ثم صلى الجمعة مع الامام فالجمعة فريضته وتصير الظهر تطوعا
لانه باداء الظهر سقط عنه الخطاب بالسعي الى الجمعة فكان في ادايها مفترضا ولا يجتمع فرضان في وقت واحد فمن ضرورة كون الجمعة فرضا له ان ينقلب
ما قبله تطوعا وهذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في بيته يوم الخميس ثم ادركها بالجماعة صلاها فالاولى فرض والثانية تطوع لان بعد اداء الفرض
هو غير مخاطب بشهود الجماعة في تلك الصلاة فان شهدها كان متنفلا ○ يوضح الفرق ان الجمعة اقوى من الظهر لانها تستدعي من الشرايط ما لا يستدعيه
والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي فاظهرنا القوي باداء الاسقاط فرض الوقت به سقط اعتبار الضعيف فكان متطوعا فاما الظهر المودّى في الجماعة
في حكم القوة كالمودّى في بيته فان احدهما لا يستدعي شرطا لا يستدعيه الاخر فاذا استويا يرجح السابق منهما لاسقاط فرض الوقت به فكان كالثانية نفلا
قال واذا احدث الامام فلم يقدم احدا حتى خرج من المسجد فان صلاة القوم فاسدة لانهم مقتدون بها ولم يبق لهم امام في مكانه وهو المسجد ولم يبين
في الكتاب حال الامام وذكر الطحاوي ان صلاته تفسد ايضا لان بعد سبق الحدث كان الاستخلاف سنة هو في حكم المقتدي به كغيره فترك الاستخلاف
لما فسدت صلاة القوم فلان تفسد صلاته كان اولى وذكر ابو عصمة ان صلاته لا تفسد لانه في حق نفسه كالمنفرد ولا تفسد صلاته بالخروج من المسجد
بعد سبق الحدث على ما ذكره ابو عصمة وهو الاصح فساد صلاة القوم استحسانا فكان ينبغي في القياس ان لا تفسد لان بعد حدث الامام يقوا مقتدين به
حتى لو وجد الماء في المسجد توضا وعاد الى مكانه واتم بهم الصلاة اجزاهم فكذلك بعد خروجه ○ ولكنا استحسنا وراه قبيحا ان يكون القوم في الصلاة
في مسجد وامامهم في اهله فاما ما دام في المسجد فكانه في المحراب لان المسجد في كونه مكان الصلاة كبقعة واحدة وليس بينه وبينهم ما ينافي الاقتدا
فاما بعد خروجه فقد صار بينه وبينهم ما ينافي الاقتدا فلهذا فسدت صلاتهم ○ قال وان قدموا رجلا قبل خروج الامام من المسجد فصلاته وصلاتهم تامة
لان تقديم القوم اياه كاستخلاف الامام الاول الا ترى ان في الامامة العظمى لا فرق بين اجماع الناس على رجل وبين استخلاف الامام الاعظم وهذا لان
الامام في الاستخلاف ينظر لهم في اصلاح صلاتهم فيكون لهم ان ينظروا لانفسهم ايضا فان تقدم كل فريق من القوم رجلا فسدت صلاتهم ○

لانها

لانها انفتحت بامام واحد فيجوز اتمامها باماميين ولو جاز ذلك لجاز باكثر من اثنين فيتوى كل واحد ان يؤم نفسه وهذا اذا استوى الفريقان
في العدد لان احدهما ليس باولى من الاخر ○ فاما اذا اقتدى جماعة من القوم باحد الاماميين الا رجلا او رجلين اقتديا بالثاني فصلاة
من اقتدى به الجماعة صحيحة وصلاة الاخرين فاسدة لقوله عم يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ في النار وقال عمر رض في الشورى ان اتفقوا
على شيء وخالفهم واحد فاقتلوه فاما اذا اقتدى بكل امام جماعة واحد الفريقين اكثر عددا من الاخر فقد قال بعض مشايخنا صلاة الاكثر
جايزة ويتعين الفساد في الاخرين كما في الواحد والمثنى والاصح ان تفسد صلاة الفريقين لان كل واحد منهما جمع تام يتم به نصاب الجمعة
فيكون الاول مساويا للاكثر حكما كالمدعيين يقيم احدهما شاهدين والاخر عشرة من الشهود وكذلك ان كان الامام هو الذي قدم رجلين فهذا
وتقديم القوم اياهما سواء وان وصل احدهما الى موضع الامامة قبل الاخر فهو الامام وجاز صلاته وصلاة من اقتدى به لان الاستخلاف
كان للضرورة وقد ارتفعت بوصوله الى موضع الامامة فاستخلاف الاخر وجوده كعدمه ○ قال وان احدث الامام ولم يكن خلفه الا رجل
واحد صار هو اماما قدمه الامام او لم يقدمه نوى هو الامامة او لم ينو لانه متعين للاستخلاف فان صلاحيته للاستخلاف كونه شريكه
الامام في الصلاة ولا مزاحم له والحاجة الى الاستخلاف والنية للتمييز وذلك عند المزاحمة لا عند التعين فاذا توضا الامام رجع ودخل
مع هذا في صلاته لان الامامة تحولت اليه وان لم يرجع الامام حتى احدث هذا فخرج من المسجد فسدت صلاة الامام الاول لانه في حكم المقتدي
ولم يبق له امام في المسجد وان لم يخرج حتى رجع الاول ثم خرج الثاني فقد صار الامام هو الثاني لانه متعين لاصلاح الصلاة وان جاء ثالث
واقتدى بالثاني ثم سبقه الحدث فخرج من المسجد تحولت الامامة الى الثالث لكونه متعينا فان احدث فخرج من المسجد قبل رجوع احد الاولين فسدت
صلاتهما لانه لم يبق لهما امام في المسجد وان كان رجع احد الاولين قبل خروج الثالث تحولت الامامة اليه بخروج الثالث فان كانا رجعا
جميعا فان استخلف الثالث احدهما صار هو الامام وان لم يستخلف حتى خرج فسدت صلاتهما لان احدهما ليس باولى بالامامة من الاخر
وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا احدث وليس معه الا رجل واحد فوجد الماء في المسجد فتوضا فانه يتم صلاته مقتديا بالثاني لانه متعين للامامة
بنفس انصرافه فتحولت الامامة اليه وان كان معه جماعة فتوضا في المسجد عاد الى مكان الامامة وصلى بهم لان الامامة لم تتحول الى غيره
في هذه الحالة الا بالاستخلاف ولم يوجد ○ قال امام احدث فانفتل وقدم رجلا جاء ساعتئذ فان كبر قبل سبق الحدث من الامام
يصح استخلافه لانه شريك الامام في الصلاة وان لم يكن كبر فلما استخلفه كبر ونوى الاقتداء به صح الاستخلاف ايضا الا على قول
فانه يقول لا يصح اقتداؤه بالامام لان حدث الامام في حق المقتدي كحدثه بنفسه وكونه محدثا يمنع الشروع في الصلاة ابتداء فيمتنع
من الاقتداء به ايضا فان بقاء الاقتداء بعد الحدث عرفناه بالسنة والابتداء ليس في معنى البقاء ○ ولكنا نقول التحريمة
في حق الامام باقية حتى اذا عاد بنا على صلاته وكذلك صفة الامامة له ما لم يخرج من المسجد حتى لو توضا في المسجد وعاد الى مكان الامام
جاز فاقتداء الغير به صحيح في هذه الحالة واذا صح الاقتداء جاز استخلافه وان كان حين كبر نوى ان يصلي بهم صلاة مستقبلة ○
ولم ينوا الاقتداء بالاول فصلاته تامة لانه افتتحها مفردا لها وقد اداها وصلاة القوم فاسدة لانهم كانوا مقتدين بالاول
فلا يمكنهم اتمامها مقتدين بالثاني فان الصلاة الواحدة لا تؤدى بامامين بخلاف خليفة الاول فانه قايم مقامه فكذلك هو بعينه فكان
الامام واحدا معنى وان كان مثنى في الصورة وهنا الباقي ليس بخليفة الاول فانه لم يقتد به قط فتحقق اداء الصلاة الواحدة خلف امامين
صورة ومعنى فهذا فلا يجزيهم ○ قال امام احدث وخلفه مقيمون ومسافرون فقدم مقيما جاز ذلك لان المقيم شريكه في هذه الصلاة ولا يتغير
فرض المسافرين بخلاف ما لو نوى الاول الاقامة لانهم لما قصدوا الاقتداء بالاول فقد الزموا انفسهم حرمة الاقتداء وما قصدوا الاقتداء
بالثاني انما يلزمهم الاقتداء لضرورة الحاجة الى اصلاح صلاتهم والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وعلى هذا لو قدم مسافرا
فنوى الثاني الاقامة لا يتغير فرض المسافرين ثم على الثاني ان يتم بهم صلاة المسافرين لانه خليفة الاول فيأتي بما كان على الاول
فاذا قعد قدر التشهد قدم مسافرا ليسلم بهم لانه عاجز عن التسليم بنفسه لبقاء البناء عليه ثم يقوم هو مع المقيمين فيتمون صلاتهم
وحدانا هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صلى بعرفات اتموا يا اهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر فان اقتدوا به فيما يقضون فسدت
صلاتهم لان الاقتداء في موضع يجب فيه الانفراد كالانفراد في موضع يجب فيه الاقتداء لما بينهما من المخالفة في الحكم وان مضى الامام الثاني
في صلاته حتى اتمها صلاة الاقامة والقوم معه فان قعد في الثانية قدر التشهد فصلاته وصلاة المسافرين تامة لانه في حق نفسه منفرد
لا يتعلق صلاته بصلاة غيره والمسافرون انما اشتغلوا بالنفل بعد اكمال الفرض ولا يضرهم فاما صلاة المقيمين فاسدة لان عليهم الانفراد
في الاخريين فاذا اقتدوا به فسدت صلاتهم فان لم يقعد الثاني في الركعتين فسدت صلاته وصلاة القوم كلهم لانه خليفة الاول فيجب عليه
ما على الاول ولو ترك الاول القعدة الاولى فسدت صلاته وصلاة القوم فكذلك الثاني اذا تركها فتفسد به صلاة الامام الاول ايضا لانه كغيره من المقتدين

قال الامام افتتح الصلاة فركع قبل ان يقرا ثم رفع راسه فقرا وركع وسجد وادرك معه رجل هذا الركوع الثاني فهو مدرك ۝
للركعة لان الركوع الاول انتقض بالثاني فكان الاول سبق وانه لا لان الركوع بعد القراءة فما سبقه كان منتقضا والركوع الثاني
حصل في اوانه فهو المعتد به وقد ادركه الرجل وان كان قرا قبل الركوع الاول فالركوع هو الاول ومن ادرك الركوع الثاني ۝
لا يصير به مدركا للركعة لان الاول حصل في اوانه فهو المعتد به وقد ادركه الرجل وان كان قرا قبل الركوع الاول فالركوع
هو الاول والثاني وقع مكررا ولا تكرار في الركوع عنه في ركعة واحدة فالمنتقض ما وقع مكررا ۝ وذكر في باب السهو في نوادر ابي سليمان
ان المعتبر هو الركوع الثاني ومدركه مدرك للركعة ۝ ووجهه ان اعتبار الركوع باتصال السجود به وانما اتصل السجود بالركوع الثاني
دون الاول فكان المنتقض هو الاول والاصح ما ذكر في كتاب الصلاة فان الفرض بالركوع الاول صار مؤدى فهو فيه ينتظر السجود
فيجعل السجود متصلا به حكما ولذلك لو كان الامام احدث حين فرغ من الركوع واستخلف رجلا فان الخليفة يعتد بذلك الركوع ان كان
الامام قرا قبله وان لم يكن قرا قبله لم يعتد به لانه قائم مقام الاول فحاله في هذا كحال الاول ۝ قال الامام احدث فقدم رجلا
على غير وضوء فصلاته وصلاة القوم فاسدة لان المحدث لا يصلح للاستخلاف فاشتغاله بمن لا يصلح خليفة اعراض منه ۝
عن صلاته فتفسد به صلاته وصلاة القوم وهذا عندنا فان محدثا الامام اذا بين للقوم بعد الفراغ فصلاتهم فاسدة فكذلك
في حالة الاستخلاف واستدل بحديث روي عن عمر رض انه ام في صلاته اصحابه ثم ظهر انه كان جنبا فاعاد ولم يامرهم بالاعادة
ولنا ما روي ان النبي عم قال من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلاته واعادوا ۝ وقد روي نحو هذا عن عمر وعلي
حتى ذكر ابو يوسف في الامالي ان عليا رض صلى باصحابه يوما ثم علم انه كان جنبا فامر مؤذنه ان ينادي ان امير المؤمنين
كان جنبا فاعيدوا صلاتكم وتاويل حديث عمر ما ذكره في بعض الروايات انه راى اثر الاحتلام في ثوبه بعد الفراغ ولم يعلم متى اصابه
فاعاد صلاته احتياطا وعندنا في هذا الموضع لا يجب على القوم اعادة الصلاة وكذلك لو قدم الامام المحدث صبيا فسدت
صلاتهم وصلاته لان صلاة الصبي تخلق واعتبارا ونافلة فلا يصلح هو خليفة للامام في الفرض كما لا يصلح للامامة في هذه الصلاة
اصلا بنفسه وهذا بناء على اصلنا ايضا ۝ فاما الشافعي يجوز الاقتداء بالصبي في المكتوبة وهو بناء على اقتداء المفترض
بالمتنفل وقد مر ۝ فاما الاقتداء بالصبي في التطوع فقد جوز محمد بن مقاتل الرازي للحاجة اليه والاصح عندنا انه لا يجوز
لان نفل الصبي دون نفل البالغ حتى لا يلزمه القضاء بالافساد وبناء القوي على الضعيف لا يجوز كيف وقد قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والصبي لا يصلح ضامنا لغيره فكيف يصح منه الضمان لصلاة المقتدي وكذلك ان قدم الامام
المحدث امراة فصلاته وصلاتها وصلاة القوم كلهم فاسدة لان المراة لا تصلح لامامة الرجال قال عم اخروهن من حيث اخرهن الله
فاشتغاله باستخلاف من لا يصلح خليفة له اعراض منه عن الصلاة فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم لان الامام
لم يتحول منه الى غيره وعند زفر صلاة النساء صحيحة انما تفسد صلاة الرجال لان المراة تصلح لامامة النساء انما لا تصلح لامامة
الرجال فيما ذكرنا الجواب عن كلامه قال امي صلى بقوم اميين وقارئين فصلاة القوم والامام كلهم فاسدة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد صلاة الامام والاميين تامة لان الامي صاحب عذر فاذا اقتدى به من هو في مثل حاله ومن لا عذر به جازت صلاته وصلاة
من هو في مثل حاله كالعاري يؤم العراة واللابسين والمومي يؤم من يصلي بالايماء ومن يصلي بالركوع والسجود وصاحب الجرح السائل
يؤم من هو في مثل حاله والاصحاء ولابي حنيفة طريقان ۝ احدهما انهم لما جاؤوا مجتمعين لاداء هذه الصلوات بالجماعة فالامي قادر ۝
على ان يجعل صلاته بالقراءة بان يقدم القارئ فيكون قراءة امامه قراءة له قال عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة فاذا تقدم بنفسه
فقد ادى الصلاة بالقراءة مع قدرته عليه بنفسه فتفسد صلاته وصلاة القوم ايضا بخلاف سائر الاعذار فليس للامام لا يكون
لنيابة للمقتدين والركوع والسجود من الامام لا ينوب عن المقتدي ووضوء الامام لا يكون وضوءا للمقتدي فهو غير قادر على ازالة
هذا العذر بتقديم من لا عذر له فان قيل لو كان الامي يصلي وحده وهناك قارئ يصلي تلك الصلاة جازت صلاة الامي ولم ينظر
الى قدرته على ان يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارئ قلنا ذكر ابو حازم ان على قياس قول ابي حنيفة لا تجوز صلاته وهو قول مالك
وبعد التسليم قلنا لم يظهر هناك من القارئ رغبة في اداء الصلاة بالجماعة فلا يعتبر وجوده في حق الامي بخلاف ما نحن فيه والطريق الثاني
ان افتتاح الكل للصلاة قد صح لانه اذا كان التكبير فالامي قادر عليه كالقارئ فصحة الاقتداء صار الامي متحملا فرض القراءة عن القارئ
ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها
قائمة عند الافتتاح فلا يصح الاقتداء ممن لا عذر لصاحب العذر ابتداء فان قيل لو اقتدى القارئ بالامي بنية النفل لا يلزمه القضاء

ولو

ولو صح شروعه في الابتداء للزمه القضاء ۝ قلنا انما لا يلزمه القضاء لانه صار شارعا في صلاة لا قراءة والشروع كالنذر ۝
ولو نذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه شيء الا في رواية عن ابي يوسف فكذلك اذا شرع فيها ۝ قال امي تعلم سورة وقد صلى بعض صلاته فقرأها
فيما بقي فصلاته فاسدة مثل الاخرس يزول خرسه في خلال الصلاة وكذلك لو كان قارئا في الابتداء فصلى بعض الصلاة بقراءة ثم نسي
فصار اميا فصلاته فاسدة مثل الاخرس وهذا قول ابي حنيفة وعند زفر لا تفسد في الموضعين جميعا وعند ابي يوسف ومحمد اذا تعلم
السورة استقبل واذا نسي بنى استحسانا لان فرض القراءة في الركعتين الاخريين كالقارئ لو ترك القراءة في الركعتين الاوليين وقد قرا
في الاخريين اجزاه فاذا كان قارئا في الابتداء فقد ادى فرض القراءة في الاوليين وقد قرا في الاخريين اجزاه فاذا كان قارئا في الابتداء
فقد ادى فرض القراءة في الاوليين فعجزه عنه بعد ذلك لا يضره كتركه مع القدرة واذا تعلم السورة فقرا في الاخريين فقد ادى فرض القراءة
فلا يضره عجزه عنه في الابتداء كما لا يضره تركه وابو يوسف ومحمد قالا اذا تعلم السورة في خلال الصلاة فلو استقبلها كان مؤديا لها
على اكمل الوجوه فامرناه بالاستقبال فاما اذا نسي القراءة لو امرناه بالاستقبال لكان مؤديا جميع الصلاة بغير قراءة فالاولى هو البناء
ليكون مؤديا بعضها بقراءة ۝ وابو حنيفة يقول تحول حاله فيها وهو امي فقد انعقدت صلاته بصفة الضعف وحين تعلم السورة فقد قوي
حاله وبناء القوي على الضعيف لا يجوز كالعاري اذا وجد الثوب في خلال الصلاة وكالمتيمم اذا وجد الماء في خلالها واذا كان
قارئا في الابتداء فقد التزم اداء جميع الصلاة بقراءة ثم عجز عن الوفاء بما التزم وكان عليه الاستقبال في الفصلين هذا وكذلك ان كان
الامام قارئا فقرا في الركعتين الاوليين ثم احدث فاستخلف اميا فسدت صلاته الا في قول زفر فانه يقول الامام الاول ۝
ادى فرض القراءة وليس في الاخريين قراءة فاستخلاف القارئ والامي فيه سواء ولنا ان القراءة فرض في جميع الصلاة تؤدى في موضع
مخصوص فاذا كان الامام قارئا فقد التزم اداء جميع الصلاة بقراءة والامي عاجز عن ذلك فلا يصلح خليفة له واشتغاله باستخلاف
من لا يصلح خليفة له تفسد صلاته كما لو استخلف صبيا او امراة وعلى هذا لو رفع راسه من اخر السجدة ثم سبقه الحدث فاستخلف اميا
فسدت صلاته وصلاة القوم عندنا فاما اذا قعد قدر التشهد ثم احدث فاستخلف اميا فهو على الخلاف المعروف بين ابي حنيفة وصاحبيه
قال امي اقتدى بقارئ بعدما صلى ركعة فلما فرغ الامام قام الامي لاتمام صلاته فصلاته فاسدة في القياس وقيل هو قول ابي حنيفة
وفي الاستحسان تجزيه وهو قولهما وجه القياس انه بالاقتداء بالقارئ فقد التزم اداء هذه الصلاة بقراءة وقد عجز عن ذلك
حين قام للقضاء لانه منفرد فيما يقضي فلا يكون قراءة الامام له قراءة فتفسد صلاته ۝ ووجه الاستحسان انما يلتزم القراءة ضمنا للاقتداء ۝
وهو مقتد فيما بقي على الامام لا فيما اداه الامام يوضحه انه لو بنى كان مؤديا بعض الصلاة بالقراءة ولو استقبل كان مؤديا جميعها
بغير قراءة واداء البعض مع القراءة اولى من اداء الكل بغير قراءة ۝ قال رجل صلى اربع ركعات تطوعا ولم يقعد في الثانية ۝
ففي القياس لا يجزيه وهو قول محمد وزفر لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة تفترض القعدة في اخرها فتركها القعدة الاولى
تركها في صلاة الفجر والجمعة فتفسد به الصلاة ۝ وفي الاستحسان تجزيه وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف بالقياس على الفريضة
لان حكم التطوع اخف من حكم الفريضة وتجوز اداء الفريضة اربع ركعات بقعدة واحدة فكذلك التطوع الا ترى ان في التطوع تجوز
الاربع بتسليمة واحدة وتحريمة واحدة بالقياس على الفرض فكذلك في القعدة وعلى هذا قالوا لو صلى التطوع ثلث ركعات بقعدة واحدة
ينبغي ان يجوز بالقياس على صلاة المغرب والاصح انه لا يجوز لان التطوع بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ما اتصل به القعدة
وبفساده يفسد ما قبله ۝ واختلف مشايخنا فيمن تطوع بست ركعات بقعدة واحدة فجوزها بعضهم بالقياس على الاربع بتحريمة ۝
والتسليمة والاصح انه لا يجوز لان استحسانه في الاربع كان بالقياس على الفريضة وليس في الفرائض ست ركعات تجوز اداؤها
بقعدة واحدة فنعاد فيه الى اصل القياس لهذا ۝ قال امراة صلت خلف الامام وقد نوى الامام امامة النساء فوقفت وسط
الصف فانها تفسد صلاة من عن يمينها ومن عن يسارها ومن خلفها بحذائها عندنا استحسانا ۝ وقال الشافعي لا تفسد صلاة
بسبب المحاذاة لان محاذاة المراة الرجل لا يكون اقوى من محاذاة الكلب والخنزير اياه وذلك غير مفسد لصلاة الرجل ولو فسد
الصلاة بسبب المحاذاة لكان الاولى ان تفسد صلاتها لانها منهية عن الخروج الى الجماعة والاختلاط بالصفوف بدليل
ان المحاذاة في صلاة الجنازة او سجدة التلاوة غير مفسد على الرجل صلاته فكذلك في سائر الصلوات ۝ ولنا انه ترك المكان
المختار له في الشروع فتفسد صلاته كما لو اخرها وشرطها او لها فالمختار للرجال التقدم على النساء فاذا وقف بجنبها او خلفها
فقد ترك المكان المختار له وترك فرضا من فروض الصلاة ايضا فان عليه ان يؤخرها عند اداء الصلاة بالجماعة قال عم ۝
اخروهن من حيث اخرهن الله والمراد من الامر تاخيرها لاجل الصلاة فكان من فرائض صلاته وهذا لان حال الصلاة حال المناجاة

فلا ينبغي أن يخطر بباله شيء من معاني الشهوة فيه ومحاذاة المرأة إياه لا ينفك عن ذلك عادة فصار الأمر بتأخيرها من فرائض صلاته ۝
فإذا ترك تفسد صلاته وإنما لا تفسد صلاتها لأن الخطاب بالتأخير للرجل وهو يمكنه أن يؤخرها من غير أن يتأخر بأن يتقدم عليها
ولهذا لم تفسد صلاة الجنازة لأنها ليست بصلاة مطلقة بل هي مناجاة ودعاء للميت ثم ليس لها في الصلاة على الجنازة مقام
لكونها منهية عن الخروج في الجنائز ولا تفسد صلاة من هو على يمينها ومن هو على يسارها لأن المحاذاة في حقهما لم تتحقق فإن
من على يمينها ومن على يسارها حائل بينها وبينهما بمنزلة الأسطوانة أو كارة من الثياب فإن كان صف من النساء وراءهن صفوف
من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها استحسانا والقياس مثل الأول أنه لا تفسد إلا صلاة صف واحد خلف صفوف
النساء لأن تحقق المحاذاة في حقهم ۝ ولكنه استحسن لحديث عمر موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان
بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له ولأن الصف من النساء بمنزلة الحائط بين المقتدي وبين الإمام ووجود الحائط الكبير الذي ليس عليه فرجة
بين المقتدي وبين الإمام يمنع صحة الاقتداء فكذلك في الصف من النساء فأما المرأتان والثلاث إذا وقفن في الصف فالمروي عن محمد
ابن الحسن أن المرأتين تفسدان صلاة أربعة نفر من عن يمينهما ومن عن يسارهما ومن خلفهما بحذائهما والثلاث يفسدن صلاة من عن يمينهن
ومن عن يسارهن وثلاثة ثلاثة خلفهن إلى آخر الصفوف وقال الثلاث جمع متفق عليه فهو قياس الصف التام ۝ فأما المثنى فليس
بجمع تام فهما قياس الواحدة لا يفسدان إلا صلاة من خلفهما وعن أبي يوسف روايتان في إحداهما جعل الثلاث كالاثنين وقال
لا يفسدن إلا صلاة خمسة نفر من عن يمينهن ومن عن يسارهن ومن خلفهن بحذائهن لأن الاثنين في صف تام والثلاث ليس بصف تام
من النساء وفي الرواية الأخرى جعل المثنى كالثلاث وقال يفسدان صلاة من عن يمينهما ومن عن يسارهما وصلاة رجلين رجلين خلفهما
إلى آخر الصفوف لأن للمثنى حكم الثلاث في الاصطفاف حتى يصطفان خلف الإمام وقال عمر الاثنان فما فوقهما جماعة فإن وقفت
حذاء الإمام تأتم به وقد نوى إمامتها فسدت صلاة الإمام والقوم كلهم لأن صلاة الإمام بسبب المحاذاة في صلاة مشتركة
تفسد وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم وكان محمد بن مقاتل يقول لا يصح اقتداؤها لأن المحاذاة أمر منهي عنها في الصلاة
ولو طرأ كان مفسدا لصلاتها فإذا اقترن منعت صحة اقتدائها وهذا فاسد لأن المحاذاة لا تؤثر في صلاتها وإنما تبطل
صلاتها بفساد صلاة الإمام فلا تفسد صلاة الإمام إلا بعد صحة شروعها لأن المحاذاة ما لم تكن في صلاة مشتركة لا تؤثر
في صلاتها الإفساد حتى أن الرجل والمرأة إذا وقفا في مكان واحد فصلى كل واحد منهما وحده لا تفسد صلاة الرجل لأن الترتيب
في المقام إنما يلزمه عند المشاركة كالترتيب بين المقتدي والإمام والأصل فيه حديث عائشة رضي قالت كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يصلي بالليل وأنا نائمة بين يديه معترضة كاعتراض الجنازة فكان إذا سجد خنست رجلي وإذا قام مددتها وأما إذا أم
الإمام أمامها لم تكن داخلة في صلاته فلا تفسد الصلاة على أحد بالمحاذاة عندنا ۝ وقال زفر يصح اقتداؤها به وإن لم ينو
إمامتها والقياس ما قاله زفر فإن الرجل صالح لإمامة الرجال والنساء جميعا ثم اقتداء الرجال بالرجل صحيح وإن لم ينو
الإمامة فكذلك اقتداء النساء ۝ واستدل بالجمعة والعيدين فإن اقتداء المرأة بالرجل صحيح فيهما وإن لم ينو إمامتها ولنا
أن الرجل يلحقه في صلاته فساد من جهة المرأة فكان له أن يحترز عنه بالنية وهو أن ينوي الاقتداء به وهذا لأنا لو صححنا اقتداءها ۝
بغير النية قدرت على إفساد صلاة الرجل كل امرأة متى شاءت بأن تقتدي فتقف إلى جنبه وفيه من الضرر ما لا يخفى وفي صلاة الجمعة
والعيدين لكن مشايخنا قالوا لا يصح اقتداؤها به ما لم ينو إمامتها وإن كان الجواب مطلقا في الكتاب ومنهم من سلم فقال
الضرورة في جانبها هاهنا لأنها لا تقدر على أداء صلاة العيد والجمعة وحدها ولا تجد إماما آخر تقتدي به والظاهر
أنها لا تتمكن من الوقوف بجنب الإمام في هذه الصلوات لكثرة الازدحام فصححنا اقتداءها لدفع الضرر عنها بخلاف سائر
الصلوات ۝ وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا وقفت خلف الإمام جاز اقتداؤها به وإن لم ينو إمامتها ثم إذا وقفت
إلى جنبه فسدت صلاتها لا صلاة الرجل وهذا قول أبي حنيفة الأول ۝ ووجهه أنها إذا وقفت خلفه فقصدها أداء الصلاة
لا إفساد صلاة الرجل فلا يشترط نية الإمامة فإذا وقفت إلى جنبه فقد قصدت إفساد صلاته فيرد قصدها بإفساد صلاتها
إلا أن يكون الرجل قد نوى إمامتها فحينئذ هو ملتزم لهذا الضرر ۝ قال وإذا سبق الرجل المرأة ببعض الصلاة فلما سلم الإمام
قاما يقضيان فوقفت بحذاء الرجل لم تفسد صلاته ولو كانا لاحقين بأن أدركا أول الصلاة ثم ناما أو سبقهما الحدث
فوقفت المرأة بحذائه فيما يقضيان فصلاة الرجل فاسدة لأن المسبوق فيما يقضي كالمنفرد حتى تلزمه القراءة وسجود السهو إذا سها
فلم يوجد المحاذاة في صلاة مشتركة فأما اللاحق فيما يتم كالمقتدي حتى لا يقرأ ولو سها لا يلزمه سجود السهو فوجدت المحاذاة

في

في صلاة مشتركة وتفسير هذا الحرف أن اللاحق لما اقتدى بالإمام في أول الصلاة فقد التزم أداء جميع الصلاة بصفة الاقتداء ۝
فلا يجوز أداؤه بدون هذه الصفة فأما المسبوق فإنما التزم بحكم الاقتداء ما بقي على الإمام دون ما فرغ عنه لأن ذلك لا يتصور
تحمله فكان كالمنفرد فيما يقضي لهذا ۝ قال وإن كان الإمام يصلي الظهر فائتمت به امرأة تريد التطوع وقد نوى الإمام إمامتها ثم وقفت
بحذائه فسدت صلاته وصلاتها لأن اقتداء المفترض بالمتنفل صحيح فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة وعليها قضاء التطوع
لأن الفساد كان بعد صحة شروعها بسبب فساد صلاة الإمام وإن كانت نوت العصر لم تجزها صلاتها ولم تفسد على الإمام صلاته
لأن تغاير الفرضين يمنع صحة الاقتداء على ما مر في باب الأذان ففيه روايتان وبعض مشايخنا قالوا الجواب على ما ذكر في باب الأذان
ومعنى ما ذكرها هنا أن الإمام لم ينو إمامتها في صلاة العصر فيجعل هي في الاقتداء بنية العصر بمنزلة ما لم ينو إمامتها فلهذا
لا يصير شارعا في صلاة التطوع ۝ قال ويصلي العراة وحدانا قعودا بإيماء وقال بشر المريسي يصلون قياما بركوع وسجود وهو
قول الشافعي لأنهم عجزوا عن شرط الصلاة وهو ستر العورة فهم قادرون على أركانها فعليهم الإتيان بما قدروا عليه ويسقط
عنهم ما عجزوا عنه ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا العاري يصلي قاعدا بالإيماء ولأن القعود والإيماء أستر لهم
وفي القيام والركوع والسجود زيادة كشف العورة وذلك حرام في الصلاة وغير الصلاة وكل ركوع وسجود لا يمكنه أن يأتي به
إلا بكشف العورة وذلك حرام لا يكون من أركان صلاته فلهذا لا يلزمه القيام والركوع والسجود وإن صلوا جماعة قياما
بركوع وسجود أجزأهم لأن الإمام لا يحصل بالقعود فتركه لا يمنع جواز الصلاة وإنما أمرناهم بترك الجماعة ليتباعد بعضهم
من بعض فلا يقع بصر بعضهم على عورة البعض لأن الستر يحصل به ولكن الأولى لإمامهم إذا صلوا بجماعة أن يقوم وسطهم ۝
لكيلا يقع بصرهم على عورته وإن تقدمهم جاز أيضا وحالهم في هذا الموضع كحال النساء في الصلاة فالأولى أن يصلين وحدهن
فإن صلين بالجماعة قامت إمامتهن وسطهن وإن تقدمت جاز فكذلك حال العراة وإن كان مع العاري ثوب فيه نجاسة فإن كان
قدر الربع من الثوب طاهرا يلزمه أن يصلي فيه فلو صلى عريانا لم يجزه لأن الربع بمنزلة الكمال في بعض الأحكام ألا ترى ۝
أن نجاسة الربع في حالة الاختيار في المنع من جواز الصلاة كنجاسة الكل فكذلك طهارة الربع في حالة الضرورة كطهارة الكل
في وجوب الصلاة فيه وأما إذا كان الثوب كله مملوا دما أو كان الطاهر منه دون ربعه فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يتخير بين أن يصلي
عريانا وبين أن يصلي فيه وهو الأفضل وقال محمد لا تجزيه الصلاة إلا فيه لأن الصلاة في الثوب النجس أقرب إلى الجواز من الصلاة
عريانا فإن القليل من النجاسة في الثوب لا يمنع الجواز فكذلك الكثير في قول بعض علمائنا ۝ وقال عطاء من صلى وفي ثوبه سبعون
قطرة من دم جازت صلاته ولم يقل أحد بجواز الصلاة عريانا في حالة الاختيار ولأنه لو صلى عريانا كان تاركا لفرائض منها
ستر العورة ومنها القيام والركوع والسجود فإذا صلى فيها كان تاركا فرضا واحدا وهو طهارة الثوب فهذا الجانب أهون
وقالت عائشة ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين شيئين إلا اختار أهونهما فمن ابتلي ببليتين فعليه أن يختار أهونهما وأبو حنيفة
وأبو يوسف قالا الجانبان في حكم الصلاة سواء على معنى أن كل واحد منهما ضرورة محضة لا تجوز عند الاختيار في النفل ۝
ولا في الفرض يعني الصلاة عريانا والصلاة في ثوب مملوء دما وإنما يعتبر التفاوت في حكم الصلاة فإذا استويا خير بينهما
والأولى أن يصلي فيه لأن ستر العورة غير مختص بالصلاة وطهارة الثوب عن النجاسة يختص بها فلهذا كان الأفضل أن يصلي فيه
قال وإذا أحدث الرجل في ركوعه أو سجوده فذهب وتوضأ وجاء لم يجزه إلا الاعتداد بالركوع والسجود الذي أحدث فيه
لأن الحدث قد نقضه ومعنى هذا أن القياس أن يفسد جميع الصلاة بالحدث تركناه بالنص المجوز للبناء على الصلاة فبقي
معمولا به في حق الركن الذي أحدث فيه لأن انتقاض ذلك الركن لا يمنع من البناء ولأن إتمام الركن بالانتقال عنه ولا يمكن ۝
أن يجعل رفع رأسه بعد الحدث إتماما لذلك الركن لأنه جزء من صلاته وأداء جزء من صلاته بعد سبق الحدث مفسد لصلاته
وإذا جاء بعد الوضوء فعليه إتمام ذلك الركن ولا يمكنه إتمامه إلا بالإعادة فعليه الإعادة لهذا فإن كان إماما فأحدث
وهو راكع فتأخر وقدم رجلا مكث الرجل راكعا كما هو حتى يكون مقررا ركوعه لأن الاستدامة فيما يستدام كالإنشاء والثاني
قائم مقام الأول وعلى الأول إنشاء الركوع فعلى الثاني استدامته أيضا فإن لم يحدث ولكن تذكر في الركوع في الركعة
الثانية أنه ترك سجدة من الركعة الأولى فخر ساجدا ثم رفع رأسه فإن احتسب بذلك الركوع جاز فإن أعاده فهو أحب إلي
لأن تذكره السجود غير ناقض لركوعه ولأن رفع رأسه يمكن أن يجعل إتماما للركوع غير ناقض لركوعه ولأن رفع رأسه يمكن أن يجعل
إتماما للركوع بعد تذكر السجدة ألا ترى أنه لو أخرها إلى آخر صلاته جاز فلهذا كان له أن يعتد به والإعادة أفضل ۝

لانه كما قصد اتمام الركن بالاشتغال عنه انما قصد اذا انذكر وقال زفر عليه ان يعيد القيام والقراءة والركوع لان من اصله ان مراعاة
الترتيب في افعال الصلاة ركن واجب فانصرفت هذه السجدة بمحلها وبطل ما ادى من القيام والقراءة والركوع لترك الترتيب
فاما عندنا مراعاة الترتيب لا ترى ان المسبوق يبدا بما ادرك مع الامام فيه ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركها بعذر الجماعة
كالترتيب بين الصلوات ولئن كان الترتيب واجبا فقد سقط بعذر النسيان ٥ وعن ابي يوسف ان عليه اعادة الركوع لانه
هو بناء على اصله ان القومة التي بين الركوع والسجود ركن حتى لو تركها لا تجوز صلاته ٥ اصل المسئلة ان الاعتدال
في اركان الصلاة سنة مؤكدة او واجب عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف والشافعي هو ركن حتى انه لو لم يتم ركوعه
وسجوده في الصلاة ولم يقم صلبه تجوز صلاته عند ابي حنيفة ومحمد ويكره اشد الكراهة ٥ وروي عن ابي حنيفة قال
اخشى ان لا تجوز صلاته وعند ابي يوسف والشافعي لا تجوز صلاته وعند ابي حنيفة ومحمد يكره اشد الكراهة ٥ وروى
اصلا لحديث الاعرابي فانه دخل المسجد فصلى وخفف فقال عم ارجع فصل فانك لم تصل حتى فعل ذلك ثلثا حتى علمه قال له
اركع حتى يطمئن كل عضو منك ثم ارفع راسك حتى يطمئن كل عضو منك الحديث ورأى حذيفة بن اليمان رجلا يصلي ولا يتم الركوع
والسجود فقال منذ كم تصلي هكذا فقال منذ كذا فقال انك لم تصل منذ كذا ومثل هذا لا يعلم بالرأي وانما يقال سماعا ولنا
ما روي ان النبي عم انه كان في المسجد مع اصحابه فدخل رجل وصلى وخفف فلما خرج اساؤا القول فيه فقالوا لو اخرها
ثم لم يجتز اداها فقال عم الا احد يشتري صلاته منه فخرج ابو هريرة فاستشرى بدرهم فابى فما زال يزيد حتى بلغ الى
فقال لو اعطيتني ملأ الارض ذهبا ما بعتكها فعاد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الم انهكم عن المصلين
فقد جعل فعله صلاة معتبرة وسئل ابن عباس عن صلاة الاعرابي الذي ينقر نقرا فقال ذلك خير من لا شيء ولان الركنية
لا تثبت الا بالنص وانما ورد النص بالركوع والسجود ومطلق الاسم يتناول الادنى فيتعلق الركنية بذلك القدر والزيادة
على ذلك للاكمال ولكن ترك ما هو لاكمال الفريضة مما ليس بركن لا يعتبر وقد نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥
في حديث الاعرابي فيما علمه فانه قال فانك اذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك وان نقصت من ذلك فقد نقصت صلاتك
اذا عرفنا هذا فنقول عند ابي يوسف القومة التي بين الركوع والسجود ركن فانه اذا تذكر السجدة في الركوع اما سجدة الصلاة
او التلاوة فخر لها ساجدا ولم يات بتلك القومة فعليه اعادة الركوع ليأتي بتلك القومة وعندهما القومة ليست بركن ٥
فتركها لا يفسد الصلاة والاولى الاعادة ليأتي بها ثم قدر الركن من الركوع ادنى الانحطاط على وجه يسمى راكعا في الناس
وفي السجود امساس جبهته او انفه على الارض عند ابي حنيفة والمفروض من الرفع بين السجدتين قدر ما يزايل جبهته وانفه
الارض ليتحقق به الفصل بين السجدتين ٥ وقال بعض مشايخنا لا يجوز الا ان يرفع بقدر ما يكون الى القعود اقرب منه
الى السجود والاول اقيس ٥ قال واذا ادرك الرجل ركعة مع الامام من المغرب فلما سلم الامام قام يقضي فالمصلي ركعة
وهذا استحسان والقياس يصلي ركعتين ثم يقعد لانه يقضي ما فاته كما فاته وتأيد هذا القياس بالسنة وهو قوله عم وما فاتكم
فاقضوا ٥ ووجه الاستحسان ان هذه الركعة ثانية هذا المسبوق والقعدة بعد الركعة الثانية في صلاة المغرب سنة ٥
وهذا لان الثانية هي الثالثة للاولى والثانية للاولى في حقه هذه الركعة وروي ان جندبا ومسروقا ابتليا بهذا فصلى
جندب ركعتين ثم قعد ومسروق قعد بعد ركعة ثم قعد ثم صلى ركعة اخرى فسألا عن ذلك ابن مسعود فقال كلاهما اصاب ولو كنت انا
لصنعت كما صنع مسروق ٥ وتأويل قوله كلاهما اصاب بطريق الاجتهاد فاما الحق فواحد فهنا يقعد ثم يصلي المسبوق
مع الامام آخر صلاته حكما عند ابي يوسف وابي حنيفة وعند محمد في حكم القراءة والقنوت هو آخر صلاته وفي حكم القعدة
هو اول صلاته ومذهبه مذهب ابن مسعود ومذهبهما مذهب علي ٥ وقال الشافعي هو اول صلاته فعلا وحكما لانه
لا يتصور الآخر الا بعد الاول في الاداء الا ترى ان تكبيرة الافتتاح في حقه اول الصلاة فكذلك ما بعده ولكنا نقول
لو كان هذا مؤديا لاول الصلاة كان مخالفا لامامه ولا يصح الاقتداء به كيف وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما فاتكم فاقضوا فهو نص على انه مؤدى مع الامام ما ادرك لا ما فاته ولكن محمد جعله في حكم القراءة هكذا احتياطا حتى يلزمه
القراءة فيما يقضي لان القراءة مكررة في صلاة واحدة وكذلك في حكم القنوت لانه يتكرر في صلاة واحدة فلو جعلنا
ما يؤديه مع الامام اول الصلاة للزمه القنوت فيما يقضي فيؤدي الى تكرار القنوت في صلاة واحدة فاما في حكم القعدة
تختم الصلاة بقعدة هي ركن ولن يكون ذلك الا بعد ان يجعل ما يؤديه مع الامام اول الصلاة فلهذا قعد اذا صلى ركعة

وحكي

وحكي عن يحيى البلخي وكان من اصحاب محمد انه سأله عن هذه المسئلة فاجاب بما قلنا فقال على وجه التنجيز هذه صلاة معكوسة
فقال محمد لا افلحت قال وكان كما قال لم يفلح اصحابه ولم يفلح بدعائه ٥ قال واحب ان يكون بين يدي المصلي في الصحراء شيء ادناه
طول ذراع لما روي عن النبي عم قال اذا صلى احدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه سترة وكانت العنزة تحمل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
وتركز في الصحراء بين يديه فيصلي اليها حتى قال عون ابن ابي جحيفة عن ابيه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء في قبة حمراء من ادم
فاخرج بلال العنزة وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي اليها والناس يمرون من ورائها ٥ وانما قال بقدر ذراع طولا ٥
ولم يذكر العرض وقيل ينبغي ان يكون في غلظ اصبع لقول ابن مسعود يجزي من السترة السهم ولان المقصود ان يبدو للناظر فيمتنع من المرور
بين يديه وما دون هذا لا يبدو للناظر من بعد واذا اتخذ السترة فليدن منها لما جاء في الحديث اذا صلى احدكم الى سترة فليدن منها
وان لم يكن بين يديه شيء فصلاته جائزة لان الامر باتخاذ السترة ليس بمعنى راجع الى عين الصلاة فلا يمنع تركه جواز الصلاة وان مر
بين يديه مار من رجل وامرأة او حمار او كلب لم يقطع صلاته عندنا ٥ وقال اصحاب الظواهر مرور المرأة والحمار والكلب
وفي بعض الروايات قال الكلب الاسود فقيل له وما بال الاسود من غيره فقال اشكل علي ما اشكل فسألت رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فقال الاسود شيطان ٥ ولنا حديث ابي سعيد الخدري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة
مرور شيء وادرأوا ما استطعتم والحديث الذي رواه انه عائشة رض فانها قالت لعروة يا عرية ماذا يقول اهل العراق
قال يقولون يقطع الصلاة المرأة والكلب والحمار فقالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قد قرنتمونا بالكلاب والحمر كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يصلي بالليل وانا معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة ٥ والدليل على ان مرور الحمار والكلب لا يقطع الصلاة
حديث ابن عباس رض قال زرت رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اخي الفضل على حمار في البادية فنزلنا فوجدنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم يصلي فصلينا معه والحمار يرتع بين يديه ٥ وينبغي ان يدفع المار عن نفسه لكيلا يشتغل عن صلاته
عملا بقوله عم وادرأوا ما استطعتم الا انه يدفعه بالاشارة او بالاخذ بطرف ثوبه على وجه ليس فيه مشي ولا علاج ومن الناس
من قال ان لم يقف باشارته جاز دفعه بالقتال لحديث ابي سعيد الخدري انه كان يصلي فاراد ابن مروان ان يمر بين يديه فاشار
عليه فلم يقف فلما حاذاه ضربه ضربة على سنه فجاء الى ابيه يشكو ابا سعيد فدعاه فقال لم ضربت ابني فقال
ما ضربت ابنك انما ضربت الشيطان قال لم تسم ابني شيطانا قال لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
اذا صلى احدكم فاراد مار ان يمر بين يديه فليدفعه فان ابى فليقاتله فانه شيطان ٥ ولكنا نستدل بقوله عليه السلام
ان في الصلاة لشغلا يعني باعمال الصلاة وتأويل حديث ابي سعيد انه كان في وقت كان العمل مباحا في الصلاة ويكره للمار ان يمر بين يدي المصلي
لقوله عم المار بين يدي المصلي ما عليه لوقف ولو الى اربعين لا يدري يوما او شهرا او سنة وهذا المرور بين يديه غير منصوص في الكتاب
وقيل الى موضع سجوده وقيل بقدر الصفين والاصح ما قيل فيه ان المصلي لو صلى بخشوع فالى الموضع الذي يقع بصره على المار يكره المرور
بين يديه وفيما وراء ذلك لا يكره ٥ وحكى ابو عصمة عن محمد اذا لم يجد سترة قال لا يخط بين يديه فان الخط وتركه سواء لانه لا يبدو للناظر
من بعد ومن الناس من يقول يخط بين يديه اما طولا ليشبه ظل السترة او عرضا ليشبه المحراب لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه
سترة فان لم يجد فليخط بين يديه خطا ولكن الحديث شاذ فيما تعم به البلوى فلم نأخذ به ٥ قال واذا انفرد المصلي خلف الصف لم تفسد صلاته
قال اهل الحديث منهم احمد بن حنبل تفسد لقوله عم لا صلاة لمنفرد خلف الصف وعن وابصة ان النبي عم رأى رجلا يصلي في حجرة من الارض
فقال اعد صلاتك فانه لا صلاة لمنفرد خلف الصف ٥ ولنا حديث انس قال اقامني واليتيم من وراءه وامي ام سليم وراءنا فقد جوز اقتداءها
وهي منفردة خلف الصف وفي هذا الحديث دليل على انها تفسد صلاة الرجل لانه اقامهما خلفهما مع النهي عن الانفراد خلف الصف ٥
فما كان ذلك الا صيانة لصلاتهما وان ابا بكرة دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم راكع فكبر وركع ثم دب حتى لحق بالصف فلما فرغ رسول الله
صلى الله عليه وسلم من صلاته قال له زادك الله حرصا ولا تعد وقال لا تعد فقد جوز اقتداءه به وهو خلف الصف يدل عليه انه لو كان بجنبه
من هو تجوز صلاته بالاتفاق وصلاة المراهق تخلق فهو في الحقيقة منفرد خلف الصف وكذلك لو تبين ان من كان بجنبه كان محدثا تجوز صلاته ٥
وهو منفرد خلف الصف وتأويل الحديث نفي الكمال كقوله عم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد والامر بالاعادة شاذ ولو ثبت فيحتمل
انه كان بينه وبين الامام ما يمنع الاقتداء وفي الحديث ما يدل عليه فانه قال في حجرة من الارض اي ناحية ولكن الاولى عندنا ان يختلط
بالصف ان وجد فرجة وان لم يجد وقف ينتظر من يدخل فيصطف معه فان لم يدخل احد وخاف فوت الركعة جذب من الصف الى نفسه من يعرف
منه علما وحسن الخلق لكيلا يغضب عليه فيصطف خلفه فان لم يجر اليه احد فحينئذ يقف خلف الصف بحذاء الامام لاجل الضرورة ٥

فان كان بين الامام وبين المقتدي حائط اجزأه . وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يجزيه واليه اشار في الاصل في تعليل مسئلة المحاذاة وفي الحاصل
هذا على وجهين ان كان الحائط قصيرا ذليلا لا يمنع من الصعود حتى يمكن كل احد من الركوب على الحائط المقصورة لا يمنع الاقتداء وان كان كبيرا فان كان
عليه باب مفتوح او خوخة فكذلك وان لم يكن عليه شيء من ذلك ففيه روايتان وجه الرواية التي لا يصح الاقتداء لانه يشتبه عليه حال امامه
ووجه الرواية الاخرى ما ظهر من عمل الناس في الصلاة بمكة فان الامام يقف في مقام ابراهيم وبعض الناس وراء الكعبة من الجانب الاخر
فبينهم وبين الامام حائط الكعبة ولم يمنعهم من ذلك فان كان بينهما طريق يمر الناس فيه او نهر عظيم لم يجز صلاته لما روي عن عمر من كان بينه
وبين الامام نهر او طريق فلا صلاة له وفي رواية فليس معه والمراد طريق تمر فيه العجلة فاما دون ذلك طريقة لا طريق والمراد من النهر نهر
تجري فيه السفن فما دون ذلك بمنزلة الجدار لا يمنع صحة الاقتداء فان كانت الصفوف متصلة بالطريق جاز الاقتداء حينئذ لان باتصال
الصفوف خرج هذا الموضع من ان يكون ممر الناس وصار مصليا في حكم جزء الصلاة وكذلك ان كان على النهر جسر وعليه صف متصل فبحكم
اتصال الصفوف صار في حكم واحد فيصح الاقتداء قال والفتح على الامام لا يفسد الصلاة يعني المقتدي فاما غير المقتدي اذا فتح على المصلي
يفسد به صلاة المصلي وكذلك المصلي اذا فتح على غير المصلي لانه تعليم وتعلم والقاري اذا استفتح غيره فكانه يقول بعد ما قرأت ماذا بعد فذكرني
والذي يفتح عليه كانه يقول بعد ما قرأت كذا خذ مني ولو صرح بهذا لم يشكل فساد صلاة المصلي . فاما المقتدي اذا فتح على امامه فهكذا
في القياس ولكنه استحسن لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ سورة المؤمنين فترك حرفا فلما فرغ قال الم يكن فيكم ابي فقالوا نعم يا رسول الله
فقال هلا فتحت علي قال ظننت انها نسخت فقال لو نسخت لانباتكم بها وعن علي قال اذا استطعمك الامام فاطعمه وعن ابن عمر قرأ الفاتحة
في صلاة المغرب فلم يتذكر سورة فقال نافع اذا زلزلت الارض زلزالها فقرأها ولان المقتدي يقصد اصلاح صلاته فان قراءة الامام له قراءة
فلتعلق بها جنسه . قلنا لا تفسد صلاته ولهذا لا ينبغي ان يعجل بالفتح على الامام ان يحوجه الى ذلك بل يركع او يتجاوز الى اية اخرى فان لم يفعل
وخاف ان يجري على لسانه ما يفسد الصلاة فحينئذ يفتح يقول على استطعمك الامام فاطعمه وهو مليم اي مستحق اللوم لانه احوج المقتدي
الى ذلك وقد قال بعض مشايخنا ينوي بالفتح على امامه التلاوة وهو سهو فقراءة المقتدي خلف الامام منهي عنه والفتح على امامه غير منهي عنه
ولا يدع عليه ما رخص له بنية شيء هو منهي عنه وانما هذا اذا اراد ان يفتح على غير امامه فحينئذ ينبغي ان ينوي التلاوة دون التعليم فلا يضره ذلك
قال وقتل الحية والعقرب في الصلاة لا يفسدها لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة ولدغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عقرب
في صلاته فوضع عليه نعله وغمزه حتى قتله فلما فرغ قال لعن الله العقرب لا تبالي نبيا ولا غيره او قال مصليا ولا غيره ولانه رخص للمصلي
في ان يدرأ عن نفسه ما يشغله عن صلاته وهذا من جملة ذلك وقيل هذا اذا امكنه قتل الحية بضربة واحدة كما فعله رسول الله
صلى الله عليه وسلم في العقرب فاما اذا احتاج الى معالجة وضربات فليستقبل الصلاة كما لو قاتل انسانا في صلاته لان هذا عمل كثير
والاظهر ان الكل صلاة فيه لان هذا عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي واذا رمى طائرا بحجر تفسد
صلاته لان هذا عمل قليل ولكنه مكروه لانه اشتغال بما ليس من اعمال الصلاة ولم يذكر الكراهة في قتل الحية والعقرب لانه يحتاج الى
الدفع اذاهما عن نفسه وليس في رمي الطير ما يحوجه الى هذا الدفع فلهذا ذكر الكراهة فيه وان اخذ قوسا ورمى به فسدت صلاته وبعض
اهل الادب عابوا عليه في هذا اللفظ وقالوا الرمي بالقوس اسقاطه من يده وانما يقال رمى عليه اذا رمى بالسهم غير ان المقصود لمحمد
كان تعليم عامة الناس وقد وجد هذا اللفظ معروفا في لسان العامة فلهذا ذكره وانما فسدت صلاته لانه عمل كثير فان اخذ القوس وتثقيف
السهم عليه والمد والرمي عمل كثير يحتاج فيه الى استعمال اليدين والناظر اليه من بعيد لا يشك انه في غير الصلاة فكان مفسدا لها
وكذلك لو ادهن وسرح راسه او ارضعت المراة صبيها من اصحابنا من جعل الفاصل بين العمل القليل والكثير ان يحتاج فيه الى استعمال
اليدين حتى قالوا اذا زر قميصه في الصلاة فسدت صلاته واذا حل ازاره لم تفسد صلاته والاصح ان يقال فيه كل عمل لو نظر الناظر اليه
من بعيد لا يشك انه في غير الصلاة فهو مفسد للصلاة وكل عمل لو نظر اليه ربما يشتبه عليه انه في الصلاة فذلك غير مفسد فاذكرنا من الاعمال
اذا نظر الناظر اليه لا يشك انه في غير الصلاة فان المراة اذا حملت صبيها او ارضعته لم يشكل على احد انها في غير الصلاة وقد روينا ان النبي عم
قرأ المعوذتين في صلاة الفجر قال سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن فلو كان الارضاع غير مفسد الصلاة لما ترك رسول الله
صلى الله عليه وسلم سنة القراءة لاجل بكائه وان قاتل في صلاته فسدت صلاته لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق ولو كان
يسعه لا بالقتال فلو جازت الصلاة مع القتال لما اخرها وكذلك ان اكل او شرب في الصلاة ناسيا او عامدا خلافا للصوم
فانه يفصل بين النسيان والعمد لان حال المصلي ما يذكره فان حرمة الصلاة مانعة له من التصرف في الطعام المودي الى الاكل فلهذا سوى
بين النسيان والعمد وفي الصوم لم يعتبر بحاله ما يذكره فان الصوم لا يمنعه مما يودي الى الاكل وهو التصرف في الطعام ثم الاكل

لو نظر

لو نظر اليه الناظر لا يشك انه في غير الصلاة وعلى هذا قال محمد مضغ العلك في الصلاة يفسدها لان الناظر اليه من بعيد لا يشك
انه في غير الصلاة وان كان بين اسنانه شيء فابتلعه لم يضره لان ما يبقى بين الاسنان في حكم التبع لريقه فلهذا لا يفسد الصوم وهذا اذا كان
دون الحمصة فان كان دون ذلك يبقى بين الاسنان عادة وكذلك ان قلس اقل من ملء الفم ثم رجع فدخل جوفه وهو لا يملك فهذا بمنزلة ريقه الا ترى انه لا ينقض
وضوءه فكذلك لا تفسد صلاته والمتهجد بالليل قد يبتلى بهذا خصوصا في ليالي رمضان اذا تملا من الطعام عند الفطر فللبلوى . قلنا لا تفسد
صلاته . قال وان انتضح البول على المصلي اكثر من قدر الدرهم من موضع فانصرف فغسله لم يبن على صلاته . وفي الاملاء عن ابي يوسف
قال يبني لان هذا بعض ما ورد به النص فقد بنينا في الرعاف ومن رعف يحتاج الى غسل انفه الى الوضوء فاذا كان له ان يبني ثم فها هنا اولى
وجه ظاهر الرواية ان البناء على الصلاة حكم ثبت بالاثار بخلاف القياس فلا يثبت الا فيما يكون في معناه من كل وجه وليس هذا في معنى
المنصوص عليه لان الانصراف كان للوضوء ولا بد منه والانصراف ها هنا لغسل النجاسة عن الثوب وقد لا يحتاج اليه بان يكون
عليه ثوبان فيلقي ما يخص من ساعته فلهذا اخذنا فيه بالقياس . وقلنا لا يبني قال وان سال من دمل به دم توضا وغسله وبنى
على صلاته كما لو رعف وقد زاده من هذا اذا سال بغير فعله فاما اذا اسال الجرح بعصره او كان في موضع ركبتيه فانفتح من اعتماده
على ركبتيه في سجوده فهذا بمنزلة الحدث العمد . قال لا يبني على صلاته وان اصابته بندقة فشجته فسال منه دم لم يبن على صلاته
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبني اذا توضا لان عمر لما طعن في المحراب استخلف عبد الرحمن بن عوف ولو فسدت صلاته
لفسدت صلاة القوم فلم يستخلفه ولان الحدث سبقه بغير صنعه فهو كالحدث السماوي . ولنا ان الحدث كان بصنع العباد
بمنعه كما لو كان بصنعه لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان في الحدث السماوي العذر من قبل من له الحق وبينهما فرق فان المريض يصلي قاعدا
ثم لا يعيد اذا برأ والمقيد يصلي قاعدا ثم الاعادة عند اطلاقه وحديث عمر كان قبل افتتاح الصلاة ليفتتح الصلاة الا ترى انه روي انه لما طعن
قال الا قتلني الكلب من يصلي بالناس ثم قال تقدم يا عبد الرحمن وهذا كلام يمنع البناء على الصلاة . قال وان نام في صلاته فاحتلم
في القياس يغتسل ويبني وبه اخذ القياس على الاستحسان في الحدث الصغرى ولكنا استحسن ان يستقبل بهذا العذر والى القياس الاول
لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فانه يحتاج في الاغتسال الى كشف العورة ولا يحتاج اليه في الوضوء ولان المصلي قد يبتلى بالحدث
الصغرى عادة فمن النادر ان يبتلى بالحدث الموجب للاغتسال والنادر ليس في معنى ما تعم به البلوى . قال واذا عري المصلي ثوبه فقام
عريانا وهو لا يعلم ثم تذكر من ساعته فستر ولف ثوبه ولبسه فانه يمضي على صلاته وفي القياس يستقبل الصلاة لوجود انكشاف العورة
في الصلاة وهو منافي لها ابتداها ولكنه استحسن فقال الانكشاف الكثير في المدة اليسيرة بمنزلة الانكشاف اليسير في المدة الطويلة
وذلك لا يمنع جواز الصلاة فهذا مثله وهذا اذا لم يود ركنا ولم يمكث عريانا بقدر ما يتمكن فيه من اداء ركن فان مكث عريانا ذلك القدر
فليس له ان يبني قياسا واستحسانا وكذلك ان سال عليه نجاسة كثيرة وعليه ثوبان فالقى النجس من ساعته فهو على القياس والاستحسان
كما لو ادى ركنا او مكث بقدر ما يتمكن فيه من اداء ركن استقبل الصلاة قال واذا صلت المراة وربع ساقها مكشوف اعادت الصلاة وان كان
اقل من ذلك لم تعد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تعيد حتى يكون النصف مكشوفا فالحاصل ان ستر العورة فرض لقوله تعالى
خذوا زينتكم عند كل مسجد المراد ستر العورة لاجل الصلاة لا لاجل الناس والناس في الاسواق اكثر منهم في المساجد وراس المراة
عورة قال عم لا يقبل الله صلاة حائض اي صلاة بالغة الا بخمار فان الحايض لا تصلي ثم القليل من الانكشاف عفو عندنا خلافا للشافعي
وهو نظير من النجاسة . ودليلنا فيه ضرورة وبلوى خصوصا في حق الفقراء والذين لا يجدون الا الخلق من الثياب فقد روي عن عمرو
ابن ابي سلمة قال كنت اؤم اصحابي يعني الصبيان وعلي ازار مخرق فكانوا يقولون لامي غطي عنا است ابنك فعلمنا ان القليل من الانكشاف عفو
لا يمنع جواز الصلاة والكثير يمنع فقد روى ابو يوسف ذلك بالنصف لان القلة والكثرة من الاسماء المشتركة فان الشيء اذا قوبل
بما هو اكثر منه يكون قليلا واذا قوبل بما هو اقل منه يكون كثيرا فاذا كان المكشوف دون النصف فهو في مقابلة المستور قليل واذا كان
اكثر من النصف فهو مقابلة المستور قليل واذا كان اكثر من النصف فهو بمقابلة المستور كثير وفي النصف سواء روايتان عن ابي يوسف
في احدى الروايتين لا يمنع لان الانكشاف الكثير مانع ولم يوجد وفي الاخرى استوى جانبا المفسد والمجوز فيغلب المفسد احتياطا للعبادة وابو حنيفة
ومحمد قدرا الكثير بالربع فان الربع يحكي الكمال الا ترى ان المسح بربع الراس كالمسح بجميعه ومن نظر الى وجه انسان يستجيز من نفسه ان يقول
رأيت فلانا وانما راى احد جوانبه الاربعة والذي بينا في الراس كذلك في البطن والظهر والفخذ فاما في القبل والدبر فقد ذكر الكرخي ان التقدير
بالدرهم دون الربع لانها عورة غليظة فتقاس بالنجاسة الغليظة وهذا ليس بقوي فانه ليس في هذا معنى التغليظ لان الدبر يقدر بالدرهم فعلى
قياس قوله الكشف الذي يمنع جواز الصلاة حتى يكون اكثر من الدرهم فان قدر الدرهم من النجاسة لا يمنع جواز الصلاة حتى يكون اكثر منه

والاصح ان التقدير بالربع في الكل والبه اشار في الزيادات ○ قال واذا صلت وشيء من راسها وشيء من بطنها وشيء من ظهرها وشيء من فخذها مكشوف ان كان لو جمع بلغ قدر ربع
عضو يمنع جواز الصلاة والا فلا ○ قال ويستحب للمراة في صلاتها ان تستتر بما يكون لها لما روينا ان النبي عم قال لسلمان المراة تضم بعض الكم الى الارض ولان
حالها على التستر في خروجها فكذلك في صلاتها فينبغي ان تستتر بقدر ما بقدر عليه قال عم المراة عورة مستورة ○ قال رجل دعا في صلاته فسال الله تعالى
الرزق والعافية لم تفسد صلاته لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقال عم واما في سجودكم فاجتهدوا بالدعاء فانه قمين ان يستجاب لكم وحاصل
المذهب عندنا انه اذا دعا في صلاته بما في القران او بما يشبه ما في القران لم تفسد صلاته وان دعا بما يشبه كلام الناس نحو قوله اللهم البسني ثوبا اللهم زوجني فلانة تفسد صلاته ○ وقال الشافعي اذا دعا في صلاته بما يباح له ان يدعو به خارج الصلاة لم تفسد صلاته لقوله تعالى واسألوا الله من فضله وقال عم سلوا الله حوائجكم حتى الملح لقدوركم وان عليا رضي الله عنه في حروبه كان يقنت في صلاة الفجر يدعو على من ناواه
ولنا حديث معاوية بن الحكم فقد جعل قوله يرحمك الله من جنس كلام الناس وقال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وما يشبه
كلام الناس فهو كلامهم وان سعد بن ابي وقاص راى ابنا له في صلاته فقال يا بني اياك ان تكون من المعتدين فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول سيكون في امتي اقوام يعتدون في الدعاء وتلا قوله تعالى انه لا يحب المعتدين ثم قال انما يكفيك ان تقول اللهم اني اسالك الجنة وما قرب اليها
من قول وعمل ولا حجة في حديث علي فانهم لم يتوسعوا لذلك الا اجتهادا حتى كتب اليه ابو موسى الاشعري اما بعد فاذا اتاك كتابي فاعد صلاتك
وفي الاصل قال ارايت لو انشد شعرا الما كان يفسد الصلاة وهو من الشعر مما هو ذكر نحو قول القايل ○

شعر

الا كل شيء ما خلا الله باطل

قال واذا مر المصلي باية فيها ذكر النار فوقف عندها وتعوذ بالله منها فهو حسن في التطوع اذا كان وحده لحديث حذيفة انه صلى مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسال الجنة وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله جل وعلا وما مر باية فيها مثل
الا وقف وتفكر فيها اما اذا كان اماما كرهت له ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعله في المكتوبات والائمة بعده الى يومنا هذا فكان
من جملة المحدثات وربما يمل القوم بما يصنع وذلك مكروه ولكن لا تفسد صلاته لانه يزيد في خشوعه والخشوع زينة الصلاة وكذلك
ان كان خلف الامام فانه يستمع وينصت لان القوم بالاستماع امروا الى الانصات ندبوا على هذا وعدوا الرحمة لقوله تعالى واذا قرئ القران
فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون ○ وينبني على هذا الفصل اختلاف العلماء في قراءة المقتدي خلف الامام فالمذهب عند اهل الكوفة
انه لا يقرا في شيء من الصلوات وعند اهل المدينة منهم مالك رحمه الله يقرا في صلاة الظهر والعصر ولا يقرا في صلاة الجهر وعند الشافعي يقرا
في كل صلاة الا في صلاة الجهر او ان قراءة الفاتحة بعد فراغ الامام منها فان الامام ينصت حتى يقرا المقتدي الفاتحة ○ واستدل
بقول النبي عم لا صلاة الا بقراءة ○ وفي حديث عبادة بن الصامت قال صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما فرغ
قال لعلكم تقرؤون خلفي فقلنا نعم فقال لا تقرؤوا الا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة الا بها ○ وفي رواية لا صلاة لمن لا يقراها والمعنى فيه
ان القراءة ركن من اركان الصلاة فلا يسقط بسبب الاقتداء عند الاختيار كالركوع والسجود بخلاف ما اذا ادرك الامام في الركوع لان تلك
الحالة حالة الضرورة فقد يسقط بعض الاركان الا ترى ان القيام بعد التكبير ركن وقد يسقط هذا الضرورة ○ ولنا قوله تعالى واذا قرئ
القران فاستمعوا له وانصتوا واكثر اهل التفسير على ان هذا خطاب للمقتدي ومنهم من حمل على حال الخطبة ولا تنافي بينهما فيه بيان ان المقتدي يؤمر
بالاستماع والانصات في حالة الخطبة لما فيها من قراءة القران وقال عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وقال في الحديث المعروف
واذا كبر فكبروا واذا قرا فانصتوا ومنع المقتدي من القراءة خلف الامام مروي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة وقد جمع اساميهم اهل الحديث
قال سعد بن ابي وقاص من قرا خلف الامام فسدت صلاته والمعنى فيه ان القراءة غير مقصودة لعينها بل للتدبر والتفكر والعمل به
قال ابن مسعود رض انزل القران ليعمل به فاتخذ الناس تلاوته عملا وحصول هذا المقصود عند قراءة الامام وسماع القوم فاذا اشتغل
كل واحد منهم بالقراءة لا يتم هذا المقصود وهذا نظير الخطبة فالمقصود منها الوعظ والتدبر وذلك بان يخطب الامام ويستمع القوم
لا ان يخطب كل واحد منهم لنفسه دل عليه اذا ادرك الامام في حالة الركوع فان خاف فوت الركعة سقط عنه فرض القراءة ولو كان
من الاركان في حق المقتدي لما سقط بهذا العذر كالركوع والسجود ولا يقال ان ركن القيام يسقط فانه لا بد له من ان يكبر قائما وفرض القيام
يتادى بادنى ما يتناوله الاسم ولا حجة لهم في الحديث فانه يقرا الامام تصير صلاة القوم بالقراءة كما ان خطبة الامام تصير صلاتهم
جميعا بالخطبة وحديث عبادة بن الصامت رض محمول على انه كان في الابتداء ثم منعهم عن القراءة خلفه بعد ذلك الا ترى انه لما سمع
قال ما لي انازع في القران والقراءة مخالفة لسائر الاركان فما هو المقصود بها لا يحصل بفعل الامام بخلاف القراءة على ما مر ومذهبنا
مروي عن ابن عباس رض فان رجلا ساله عن القراءة خلف الامام فقال اما في الظهر والعصر فنعم ○ قال واذا مرت جارية بين يدي المصلي

فقال

فقال سبحان الله او اومى بيده ليصرفها لم يقطع صلاته لما روينا ان النبي عم اشار الى زينب فلم تقف وقال عم اذا نابت احدكم نائبة
فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء قال في الكتاب وما احب الي ان لا يفعل معناه لا يجمع بين التسبيح والاشارة باليد فان له باحدهما
كفاية ومنهم من قال المستحب ان لا يفعل شيئا من ذلك ○ وتاويل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان في وقت كان العمل فيه مباحا
في الصلاة فان استاذن عليه انسان فسبح واراد اعلامه انه في الصلاة لم يقطع صلاته لحديث علي كان لي مدخلان من رسول الله صلى الله عليه وسلم
في كل يوم بايهما شئت دخلت فكنت اذا اتيت الباب فان لم يكن في الصلاة فتح الباب فدخلت وان كان في الصلاة رفع صوته بالقراءة
فانصرفت ولانه قصد بهذا اصلاح صلاته ولو لم يفعل ربما يلح المستاذن حتى يبتلى هو بالغلط في القراءة وان اخبر بخبر يسوءه فاسترجع
لذلك اراد جوابه لم يقطع صلاته لحديث لان مطلق الكلام محمول على قصد المتكلم فاذا اراد به الجواب كان جوابا ومعنى استرجاعه عبوديته
فاني مصابه ولو صرح بهذا لم يشكل فساد صلاته فكذلك اذا اراده بالاسترجاع واذا اخبر بخبر يسره فقال الحمد لله او اخبر بما يتعجب منه
فقال سبحان الله واراد جوابا لخبر فقد قطع صلاته عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف التحميد واشباه ذلك لا يقطع الصلاة
وان اراد به الجواب لان النبي عم قال انما هي التسبيح والتهليل وقراءة القران مما يلفظ به شرع الصلاة لاجله فلو فسدت صلاته
انما تفسد بنيته ومجرد نية الكلام غير مفسد ولم يذكر خلاف ابي يوسف في مسالة الاسترجاع والاصح ان الكل على الخلاف
ومن سلم قال الاسترجاع اظهار المصيبة وما شرع الصلاة لاجله والتحميد اظهار الشكر والصلاة شرعت لاجله ○ ولنا
قوله عم من غير غضب ولا عجب فلم من الاجر كذا وانما جعله مسبحا اذا لم يقصد به التعجب له انه اذا قصد به التعجب كان متعجبا
لا مسبحا وهذا لان الكلام يبنى على غرض المتكلم ممن راى رجلا اسمه يحيى وبين يديه كتاب فقال يا يحيى خذ الكتاب بقوة واراد به خطابه
لم يشكل على احد انه متكلم لا قارئ واذا قيل للمصلي باي موضع مررت فقال بئر معطلة وقصر مشيد واراد الجواب لا يشكل انه متكلم
واذا انشد شعرا فيه ذكر اسم الله لم يشكل انه كان منشدا لا ذاكرا حتى تفسد صلاته وكذلك فيما نحن فيه ○ قال واذا قرا في صلاته
من المصحف فسدت صلاته عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد صلاته تامة ويكره ذلك ○ وقال الشافعي لا يكره لحديث ذكوان
مولى عايشة رض انها كان يؤمها في شهر رمضان وكان يقرا في المصحف ولانه ليس فيه الا حمل المصحف بيده والنظر فيه ولو حمل شيئا اخر
لم تفسد صلاته فكذلك المصحف الا انهما كرها ذلك لانه تشبه بفعل اهل الكتاب والشافعي قال انما نهينا عن التشبه بهم في كل شيء
فانا ناكل مما ياكلون ولابي حنيفة طريقان احدهما ان حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه والتفكر فيه ليفهم عمل كثير وهو مفسد
للصلاة كالرمي بالقوس في صلاته وعلى هذا الطريق نقول اذا كان المصحف موضوعا بين يديه او قرا ما هو مكتوب على المحراب لا تفسد صلاته
والاصح ان يقول انه من المصحف فكانه تعلم من معلم وذلك مفسد للصلاة الا ترى ان من ياخذ من المصحف يسمى صحفيا ومن لا يحسن قراءة
عن ظهر قلبه يكون اميا يصلي بغير قراءة فدل انه متعلم من المصحف وعلى هذا الطريق لا فرق بين ان يكون موضوعا بين يديه او في يديه وليس
المراد بحديث ذكوان انه كان يقرا من المصحف في الصلاة انما المراد بيان حاله انه كان لا يقرا جميع القران عن ظهر القلب والمقصود بيان
قراءة جميع القران في شهر رمضان ليس بفرض ○ قال رجل صلى ومعه جلد ميتة مدبوغ فلا باس بذلك عندنا وقال مالك لا تجوز
صلاته ولا ينتفع عنده بجلد الميتة وان كان مدبوغا الا في الجامد من الاشيا ○ واستدل بحديث عبد الله بن عكيم الليثي قال اتانا كتاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم قبل موته بسبعة ايام وفيه لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب ○ ولنا قوله عم ايما اهاب دبغ فقد طهر وتاويل
حديث عبد الله انه كان قبل الدباغة قال الاصمعي لا اهاب اسم الجلد لم يدبغ فاذا دبغ يسمى اديما ثم المحرم بالموت ما يدخل تحت مصلحة
الاكل قال عم انما حرم من الميتة اكلها وبالدباغ خرج الجلد من ان يكون صالحا للاكل وتبين نجاسته مما اتصل به من الدسومات النجسة
وقد زال ذلك بالدباغ فصار طاهرا كالخمر تخلل واصح ما قيل في حد الدباغ عندنا ما يعصمه من النتن والفساد حتى اذا شمسه او تربه
كان ذلك دباغا عندنا وعند الشافعي لا يكون دباغا الا بما يزيل الدسومات النجسة عنه وذلك باستعمال الشب والقرظ والعفص ودليلنا
ان المقصود اخراجه من ان يكون صالحا لمنفعة الاكل وقد حصل ذلك وبه تبين انه لم يبق فيه الدسومات النجسة فانها لو بقيت فيه لانتن ○
بمضي الزمان وكذلك جلود السباع عندنا ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه وقال الشافعي ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ وقاس على جلد الخنزير
والادمي ○ ولنا عموم الحديث ايما اهاب دبغ فقد طهر وما ظهر من لبس الناس لجلد الثعلب والفنك والسمور ونحوها في الصلاة وغير الصلاة
من غير نكير منكر يدل على طهارته بالدباغ فاما جلد الخنزير فقد روي عن ابي يوسف انه يطهر بالدباغ ايضا ○ وفي ظاهر الرواية لا يحتمل الدباغ
فان له جلودا مترادفة بعضها فوق بعض كما للادمي وانما لا يطهر لعدم احتماله المطهر وهو الدباغ او لان عينه نجس وجلده من عينه
فاما في ساير الحيوانات النجس ما اتصل بالعين من الدسومات وعلى هذا جلد الكلب يطهر عندنا بالدباغ وقال الحسن بن زياد لا يطهر ○

وهو قول الشافعي لان عين الكلب نجس عندهما ولكنا نقول الانتفاع به مباح في حالة الاختيار فلو كان عينه نجسا لما ابيح الانتفاع به فان كان
الجلد غير مدبوغ فصلى فيه او صلى ومعه شيء كثير من لحم الميتة فصلاته فاسدة لانه حامل للنجاسة وان صلى ومعه شيء من اصوافها او شعورها
او عظم من عظامها فصلاته تامة عندنا وقال الشافعي فيهما حياة وقال مالك في العظم حياة دون الشعر واستدلوا بقوله تعالى قال
من يحيي العظام وهي رميم ولانه ينمو بنماء الاصل فكان فيه حياة فيحله الموت وينجس به ومالك يقول العظم يتالم ويظهر ذلك في السن بخلاف الشعر
ولنا انه يبان من الحي فلا يتالم به ولا يحرم الانتفاع وقد قال عم ما ابين من الحي فهو ميت فلو كان فيه حياة لما جاز الانتفاع به ولا نقول
ان العظم يتالم بل هو متصل به فاللحم يتالم وبين الناس كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فان العظم لا يحدث في البدن بعد الولادة ○
وتاويل قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم اي النفوس وفي العصب روايتان في احدى الروايتين فيها من الحركة وينجس بالموت الا ترى انه
يتالم الحي بقطعه بخلاف العظم فان قطع قرن البقرة لا يولمها فدل انه ليس في العظم حياة فلا ينجس بالموت واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم
حين مر بشاة ملقاة لميمونة فقال هلا انتفعتم باهابها فقيل انها ميتة فقال انما حرم من الميتة اكلها وهذا نص على ان ما لا يدخل تحت
مصلحة الاكل لا ينجس بالموت وعلى هذا شعر الادمي طاهر عندنا خلافا للشافعي فان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره
بين اصحابه فلو كان نجسا لما جوزهم التبرك به ولكن لا ينتفع به لحرمة الادمي لا لنجاسته وكذلك عظمه لا ينتفع به لحرمته والذي قيل اذا طحن
سن الادمي مع الحنطة لم يوكل وذلك لحرمة الادمي لا لنجاسته فاما الخنزير فهو نجس العين عظمه وعصبه في النجاسة كلحمه فاما شعره فقد قال
ابو حنيفة يجوز استعماله للخرازين لاجل الضرورة وفي طهارته عنه روايتان في رواية طاهر وهكذا روى عن ابي يوسف ومحمد انه طاهر ○
لما كان الانتفاع به جائزا ولهذا جوز ابو حنيفة بيعه لان الانتفاع لا يتادى به الا بعد الملك وهو نجس في احدى الروايتين لان الثابت
بالضرورة لا يعدو موضعها وقد روى عن محمد انه الحق الفيل بالخنزير والاصح انه كسائر الحيوانات عظمه طاهر وقد جاء في حديث ثوبان
ان النبي عم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظاهر استعمال الناس للعاج من غير نكير دليل على طهارته ○ قال رجل صلى وقدامه عذرة قال
لا يفسد الصلاة لان شرط الصلاة طهارة مكان الصلاة وقد وجدنا النجاسة فيما وراء ذلك لا تضره والمستحب ان يبعد من موضع النجاسة
عند اداء الصلاة لان لمكان الصلاة حرمة فيختارها اقرب الاماكن الى الحرمة وان كانت النجاسة في موضع قيامه فصلاته فاسدة اذا كانت
كثيرة لان القيام ركن فلا يتادى على مكان نجس وكونه على النجاسة ككون النجاسة عليه في افساد الصلاة فان كانت النجاسة في موضع سجوده
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد وهو الظاهر من قول ابي حنيفة وروى ابو يوسف عنه ان صلاته جائزة ووجهه ان فرض السجود يتادى بوضع
الارنبة على الارض عنده وذلك دون مقدار الدرهم ○ ووجه ظاهر الرواية ان السجود فرض فاذا وضع الجبهة والانف يتادى الفرض بالكل
كما اذا طول القراءة او طول الركوع كان مؤديا للفرض بالكل واداء الفرض في المكان النجس لا يجوز والجبهة والانف اكثر من قدر الدرهم وقد روي
عن ابي يوسف انه اذا سجد على مكان نجس ثم اعاد على مكان طاهر جاز وقال زفر لا تجوز صلاته ووجه قوله ان السجدة قد فسدت بادائها على مكان نجس
والصلاة الواحدة لا تتجزى فاذا فسد بعضها فسد كلها كما لو قام على النجاسة عند التحريمة ووجه قول ابي يوسف ان الركن لا يتادى على مكان
نجس فكانه لم يؤدها اصلا حتى اداها على مكان طاهر وهذا ما نقول اذا كان عندنا التحريمة على مكان نجس صغير كانه لم يحرم للصلاة اصلا حتى
لو كان متطوعا لا يلزمه القضاء وان كانت النجاسة في موضع الكفين او الركبتين جازت صلاته عندنا وقال زفر لا تجزيه لان اداء السجدة
بوضع اليدين والركبتين والوجه جميعا فكانت النجاسة في موضع الركبتين كهي في موضع الوجه فاكثر ما في الباب انه بدا من موضع اليدين
والركبتين وهذا لا يدل على الجواز اذا وضع يديه على المكان النجس كما لو لبس ثوبين احدهما نجاسة كثيرة لا تجوز صلاته وله بد من لبس الثوب النجس
كما لو اكتفى بثوب واحد ولنا ان وضع اليدين والركبتين على مكان نجس كترك الوضع اصلا وترك وضع اليدين والركبتين في السجود لا يمنع الجواز ○
كما قاله ابن عباس مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف وبه فارق الوجه فان ترك الوضع فيه يمنع جواز السجود بخلاف
الثوبين فان اللابس للثوب مستعمل له فاذا كان نجسا كان هو حاملا للنجاسة فلهذا تفسد صلاته كما لو كان مستكملا به والمصلي ليس بحامل للمكان
الذي يفسد صلاته بهذا الطريق بل الطريق ما قلناه انما وضعه على مكان نجس فكانه لم يضعه اصلا قال رجل صلى على مكان من الارض
قد كان فيه نجاسة فجففت وذهب اثرها جازت صلاته عندنا وقال زفر لا تجزيه لان الشرط طهارة المكان ولم يوجد بدليل ان التيمم
لا يجوز بهذا الموضع ○ ولنا قوله عم ايما ارض جفت فقد زكت اي طهرت وقال زكوة الارض يبسها لان النجاسة تجذبها الشمس
وتنشفها الريح وتحول عينها الارض وينسفها الهوا فلا يبقى عينها بعد تاثير هذه الاشياء فيها فتعود الارض طاهرا كما كانت
قبل الاصابة وتقدم الفرق بين الصلاة والتيمم والصحيح من الجواب انه لا فرق بين موضع يقع عليه الشمس او لا يقع وبين موضع فيه حشيش
نابت في الارض فان اصاب الموضع ماء بعد ما يبس والتقى بتراب في ماء قليل ففيه روايتان احدهما انه يعود نجسا كما قبل الجفاف والاخرى

وهو الاصح انه لا يتنجس لان بعد الحكم بطهارته لم يوجد الا اصابة الماء والماء لا ينجس شيئا بخلاف ما اذا اصابت النجاسة البساط ○
فذهب اثرها لان النجاسة تتداخل في اجزاء البساط فلا يخرجها الا الغسل بالماء وليس من طبع البساط ان يحول شيئا الى طبعه ومن طبع
الارض تحويل الاشياء الى طبعها فان الثياب اذا طال مكثها في التراب تصير ترابا فاذا تحولت النجاسة الى طبع الارض بذهاب اثرها حكمنا ○
بطهارة الموضع لهذا وان كان الاثر باقيا لم يجز الصلاة لان ظهور الاثر دليل على بقاء النجاسة ○ قال ولا باس بان يصلي على الثلج
اذا كان متمكنا يستطيع ان يسجد عليه معناه ان يكون موضع سجوده متلبدا الا انه حينئذ يجد جبينه حجم الارض كما اذا لم يكن متلبدا
حتى لا يجد جبينه حجم الارض لا يجزيه لانه بمنزلة السجود على الهوا وعلى هذا السجود على الحشيش والقطن ان يستقل جبينه فيه حتى وجد
حجم الارض اجزاه والا فلا ○ وكذلك اذا صلى على طنفسة محشوة جازت صلاته اذا كان متلبدا الا على قول مالك وقد روي عن
بعض الصحابة قال ما ابالي صليت على عشر طنافس او اكثر وكذلك الصلاة على الحصير لانه عمل الناس في مساجدهم بخلاف ما يقوله ○
بعض من لا يعتد بقوله انه لا يجوز الصلاة على الحصير لان نساء سال عايشة رض هل صلى رسول الله على الحصير فاني سمعت قول الله
وجعلنا جهنم للكافرين حصيرا فقالت لا ولكن هذا الحديث شاذ فقد اشتهر عن عايشة رض ان النبي عم كان يصلي على الخمرة وهو اسم
لقطعة حصير ومعنى قوله تعالى للكافرين حصيرا اي محبسا وجاء في الحديث الصلاة على ما تنبته الارض افضل من الصلاة على ما لا تنبته
الارض فلهذا اختاروا الحشيش والحصير على البساط قال ويكره ان تكون قبلة المسجد الى حمام او قبر او مخرج لان جهة القبلة
يجب تعظيمها والمساجد كذلك قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ومعنى التعظيم لا يحصل اذا كانت قبلة المسجد الى هذه
المواضع التي لا تخلو عن الاقذار ○ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة قال هذا في مساجد الجماعة فاما في مسجد الرجل في بيته فلا باس
بان تكون قبلته الى هذه المواضع لانه ليس له حرمة المساجد حتى يجوز بيعه وللناس فيه بلوى بخلاف مسجد الجماعة ولو صلى في مثل ○
هذا المسجد جازت صلاته الا على قول بشر بن غياث المريسي وكذلك لو صلى في ارض مغصوبة او صلى وعليه ثوب مغصوب
عنده لا يجوز لان العبادة لا تتادى بما هو منهي عنه والنهي عندنا اذا لم يكن لمعنى في الصلاة لا يمنع جوازها واصل النهي في هذا ما
حديث ابي هريرة ان النبي عم نهى عن الصلاة في سبع مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل ○
وفوق ظهر بيت الله واما المجزرة والمزبلة فموضع النجاسات لا تجوز الصلاة فيهما لانعدام شرطها وهو الطهارة من حيث المكان ○
واما المقبرة فقيل انما نهى عن ذلك لما فيه من التشبه باليهود كما قال عم لعن الله اليهود اتخذوا قبور انبيائهم مساجد فلا تتخذوا
قبري بعدي مسجدا وراى عمر رجلا يصلي بالليل الى قبر فناداه القبر القبر فظن الرجل انه يقول القمر فجعل ينظر الى السماء فما زال به حتى تنبه فعلى هذا
القول تجوز الصلاة وتكره وقيل معنى النهي ان المقابر لا تخلو عن النجاسات فالجهال يستترون بما يشرف من القبور فيبولون ويتغوطون
خلفه فعلى هذا لا تجوز الصلاة لانعدام طهارة المكان ومعنى النهي في الحمام انه مصب الغسالات والنجاسات عادة فعلى هذا
اذا صلى في موضع جلوس الحمامي لا يكره وقيل معنى النهي ان الحمام بيت الشيطان فعلى هذا الكراهة في كل موضع منه سواء غسل ○
ذلك الموضع او لم يغسل ومعنى النهي في قوارع الطرق انه يستضر به المار فعلى هذا اذا كان الطريق واسعا لا يكره ويحكى ○
عن ابن سماعة ان محمدا كان يصلي على الطريق في البادية ○ وقيل معنى النهي في قوارع الطرق انها لا تخلو عن الارواث والابوال
عادة فعلى هذا لا فرق بين الطريق الواسع والضيق ومعنى النهي في معاطن الابل قيل لانها لا تخلو عن النجاسة عادة الا انه
جاء في الحديث صلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في معاطن الابل وفيما يكون منها المعاطن والمرابض سواء ○ وقيل معنى النهي
ان الابل ربما تصول على المصلي فيبتلى بما يفسد صلاته وهذا لا يتوهم من الغنم واما فوق ظهر بيت الله النهي عندنا لان الانسان
منهي عن الصعود على سطح الكعبة لما فيه من ترك التعظيم فلا يمنع جواز الصلاة وعند الشافعي هذا النهي لافساد صلاته عنده
على ما نبينه في اخر الكتاب قال ومن زحمه الناس فلم يجد موضعا للسجود فسجد على ظهر رجل اجزاه لقول عمر اسجد على ظهر اخيك
فانه مسجد لك ○ وقال في خطبته حين طلب من الناس ان يوسع المسجد ايها الناس ان هذا المسجد بناه رسول الله صلى الله عليه وسلم
والمهاجرون والانصار معه فمن وجد موضعا فليسجد عليه ومن لم يجد موضعا فليسجد على ظهر اخيه ○ وروى الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة قال ان كان السجود على ظهر شريكه في الصلاة يجوز والا فلا لان الجواز للضرورة وذلك عند المشاركة في الصلاة ○
ومن اصحابنا من قال المراد ظهر القدم فاما اذا سجد على ظهر غير الساجد فلا يجزيه وهو قول الحسن بن زياد والاصح انه يجوز
لان الرخصة فيه ثابتة شرعا للضرورة ومن اقتدى بامام ينوي صلاته ولم يدر انها الظهر او الجمعة اجزاه ايهما كان لانه بنى
صلاته على صلاة الامام وذلك معلوم عند الامام فالعلم في حق الاصل يغني عنه في حق التبع والبناء والاصل في حديث علي ○

وابي موسى فانهما قدما من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم اهللتما فقالا باهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم وجوز ذلك لهما
وان لم يكن معلوما عندهما وقت الاهلال فان لم ينو صلاة الامام ولكنه نوى الظهر والاقتدا فاذا امه في الجمعة فصلاته فاسدة لانه نوى
غير صلاة الامام • وتغاير الفرضين يمنع جواز الاقتدا وفي غير رواية ابي سليمان قال اذا نوى صلاة الامام والجمعة فاذا هي الظهر جازت
صلاته وهذا صحيح فقد تحقق البنا بنيته صلاة الامام ولا معتبر بما زاد بعد ذلك وهو كمن نوى الاقتداء بهذا الامام وعنده انه زيد
فاذا هو عمرو وكان الاقتداء به جائزا اذا هو عمرو وقال واذا صلى الرجل المكتوبة كرهت له ان يعتمد على شي الا من عذر لان في الاعتماد تنقيص القيام
ولا يجوز ترك القيام في المكتوبة الا من عذر فكذلك يكره تنقيصه بالاعتماد الا من عذر وان فعل جازت صلاته لوجود اصل القيام
ولم يبين الاعتماد في التطوع فقيل لا باس به لان ترك القيام في التطوع تنقيصه اولى وقيل بل يكره لان في الاعتماد بعض التسوية والتجبر
ولا ينبغي للمصلي ان يفعل شيئا من ذلك بعد • وروي ان النبي عم راى في المسجد حبلا ممدودا فقال لمن هذا فقيل لفلانة تصلي بالليل
الكتاب فقال لتصل فلانة بالليل ما نشطت • فلتنم ○ • قال ومن نسي تكبيرة الافتتاح حتى قرا لم يكن داخلا
في الصلاة وكان عطاء يقول تكبيرة الافتتاح الركوع تنوب عن تكبيرة وهذا فاسد لان اركان الصلاة لا تكون الا بعد التحريمة والتحريمة
للصلاة بالتكبير يكون فاذا كبر للافتتاح لم يكن داخلا في الصلاة ○ • قال واذا افتتح التطوع قائما ثم اراد ان يقعد من غير عذر
فله ذلك عند ابي حنيفة استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد لا يجزيه قياسا لان الشروع ملزم كالنذر ومن نذر ان يصلي ركعتين قائما
لم يجز ان يقعد فيهما فكذلك اذا شرع قائما وابو حنيفة يقول القعدة في التطوع بلا عذر كالقعود في الفرض بعذر ثم هنا لا
فرق بين حال الابتداء والبقاء فكذلك هنا وهذا لانه في الابتداء كان مخيرا بين القيام والقعود وخيارة فيما لم يوديا في والشروع
انما يلزمه ما باشره وما لا يصح لما باشره الا به وللركعة الاولى صحة بدون القيام في الركعة الثانية بدليل حالة العذر فلم يلزمه القيام
بالشروع بخلاف النذر فهو التزام بالتسمية وقد نص فيه على صفة القيام ولا رواية فيما اذا اطلق النذر فقيل يلزمه القيام اعتبارا
لما يوجبه على نفسه بما يوجب الله تعالى عليه مطلقا وقيل لا يلزمه لان القيام وصف زايد يهم التطوع ولا يلزمه الا بالتنصيص عليه
كالتتابع في الصوم وقيل هو على الخلاف على قياس ما مر في الشروع فان افتتحها قاعدا فصلى بعضها قائما وبعضها قاعدا اجزاه
لما روي ان النبي عم كان يفتتح التطوع قائما فيقرا ورده حتى اذا بقي عشر ايات ونحوها قام مقام قراته ثم ركع وسجد وهكذا
كان يفعل في الركعة الثانية فقد انتقل من القعود الى القيام ومن القيام الى القعود فدل ان ذلك جايز في التطوع قال
واذا افتتح التطوع على غير وضوء او في ثوب نجس لم يكن داخلا في صلاته ولا يلزمه القضاء لان الشروع لم يصح ووجوب القضا
والاتمام يبنى عليه وان افتتحها نصف النهار او حين احمرت الشمس وعند طلوعها فان صلى لذلك فقد اسا ولا يبني عليه لانه اذا
كما شرع فيها وان قطعها فعليها القضا الا على قول زفر فانه يعتبر الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة بالشروع في صوم
يوم النحر لعله ان يرتكب المنهي فيه ○ • والفرق لنا ان بالشروع هنا لا يصير صايما مرتكبا للمنهي عنه وهاهنا بنفس الشروع
لا يصير مصليا ما لم يقيد الركعة بالسجدة وارتكاب المنهي فيه ولان هناك لا يتصور الاداء بذلك الشروع الا بصفة الكراهة
وهاهنا يتصور بان يصبر حين يذهب الوقت فلهذا الزمناه القضا والفرق بين هذا وبين ما سبق ان الشروع كالنذر والنذر
بالصلاة في هذه الاوقات يصح فكذلك الشروع فاما النذر بالصلاة بغير وضوء لا يصح • وهنا مسايل اذا نذر ان يصلي
ركعتين بغير وضوء او عريانا او بغير قراة فعلى قول ابي يوسف في المواضع كلها يلزمه ما سمى من الصلاة الصحيحة وما زاد في كلامه
فهو لغو وعند زفر لا يلزمه شي في الاحوال كلها لان ما سماه في نذره ليس بقربة وعند محمد رح اذا سمى ما لا يجوز اداء الصلاة
معه بحال كالصلاة بغير طهارة لا يلزمه شي واذا سمى ما يجوز اداء الصلاة معه في بعض الاحوال كالصلاة بغير قراة تلزمه
قال وان افتتح وقت طلوع الشمس ثم قطعها ثم قضاها وقت تغير الشمس اجزاه لانه لو اتمها في ذلك الوقت اجزاه فكذلك
اذا قضاها في مثل ذلك الوقت قال واذا صلت المراة وهي حاملة ابنتها اجزاها لما روي ان النبي عم كان يصلي في بيته وامامة
ابنة ابي العاص يحملها على عاتقه فكان اذا سجد وضعها واذا قام رفعها • قال وهي مسيئة في ذلك لانها شغلت نفسها بما ليس
من اعمال صلاتها واذى في ما فيه انه لا بد لك بمنعها من سنة الاعتماد فان قيل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يفعل في صلاته
ما هو مكروه قلنا قلنا وتيله انه كان في وقت كان العمل في الصلاة مباحا او لم يكن الاعتماد سنة ○ • قال وان صلى وفي فيه شي
يمسكه جازت صلاته وهذا اذا كان في فيه درهم او دينار او لولوة على وجه لا يمنعه من القراة فان كان يمنعه من القراة لا يجوز
صلاته وان كان في فيه سكرة لا يجوز صلاته لانه اكل وكذلك ان كان في فيه متاع يمسكه جازت صلاته كما لو ترك الاعتماد

اووضع

اووضع اليدين على الركبتين في الركوع وان صلى قاعدا تطوعا او فريضة بعذر تربع ويفعل كيف شاء من غير كراهة ان شاء محتبيا وان شاء
متربعا لانه لما جاز له ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى وقال زفر يقعد على ركبتيه ليكون ابسر عليه ○ • واذا صلى فوق المسجد
مقتديا بالامام اجزاه لحديث ابي هريرة انه وقف على سطح المسجد واقتدى بالامام وهو في جوفه وهذا اذا كان فوقه خلف الامام او بحذائه
فان كان متقدما عليه لم يجزه كما لو كانا في جوف المسجد قال وكذلك ان كان على سطح بجنب المسجد وليس بينهما طريق • وقال الشافعي لا يصح
اقتداؤه لانه ترك مكان الصلاة بالجماعة من غير ضرورة ○ • ولنا ان اقتداؤه وهو على سطح بجنب المسجد بمنزلة اقتدايه به وهو في جوف
لانه لا يشتبه عليه حال امامه وليس بينهما مانع من الاقتدا فلهذا جوزنا • قال ولا باس بالصلاة في بيت في قبلته تماثيل مقطوعة الرا
لان التمثال بتمثال برأسه فيقطع الرأس يخرج من ان يكون تمثالا لا بابانه فيما روي ان النبي عم اهدي اليه ثوبين عليه تمثال طاير فاصبحوا
وقد محي وجهه ○ • وروي ان جبريل عم استاذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذن له فقال كيف ادخل وفي البيت قرام فيه تماثيل
ورجال فاما ان تقطع رؤوسها او تتخذ وسايد يوطا ولان بعد قطع الراس صار بمنزلة تمثال الشجر وذلك غير مكروه انما المكروه تمثال
ذي الروح هكذا روي عن ابن عباس انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي فقال ان لم يكن بد فعليك بتمثال الاشجار
وان عليا رض قال من صور تمثال ذي الروح كلف يوم القيمة ان ينفخ فيه الروح وليس بنافخ وان لم يكن مقطوع الراس كرهتها في القبلة
لان فيه تشبيها بمن يعبد الصور ولكن هذا اذا كان كبيرا يبدو للناظر بعيد فان كان صغيرا فلا باس لان من يعبد الصورة لا يعبد الصغير منه
وقد كان على خاتم ابي موسى ذباب وذلما وجد خاتم دنيال صلوات الله عليه كان على فصه اسدان بينهما رجل يلحسانه كانه كان يحكي هذا ابتدا
حاله ولان التمثال في شريعة من قبلنا كان حلالا قال الله تعالى يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل وكما يكره في القبلة يكره في السقف
او عن يمين المصلي او عن يساره لان الاثر قد جاء ان الملايكة لا تدخل بيتا فيه كلب او صورة فيجب تنزيه مواضع الصلاة عن ذلك
الا انه اذا كانت الصورة على الحايط الذي هو خلف المصلي فالكراهة فيه ابسر لان معنى التعظيم والتشبيه بمن يعبد الصور ينعدم
وكذلك ان كانت الصورة على الازار والستور واما على البساط فنقول اتخاذ الصورة على البساط مكروه ولكن لا باس بالنوم والجلوس
لان البساط يوطا فلا يحصل فيه معنى التعظيم وكذلك الوسادة الا ترى انه قال في حديث جبريل او تتخذ وساده توطا وان كان المصلي
على البساط مكروه ولكن لا باس بالنوم والجلوس فان كانت الصورة في موضع وجهه او امامه فهو مكروه لان فيه معنى التعظيم بحصل بتقريب
الوجه من الصورة وان كان في موضع قدميه فلا باس به لان معنى التعظيم فيه لا يحصل فصلاته جايزة على كل حال لان الكراهة لمعنى ثبت
لمعنى راجع الى الصلاة • قال رجل قارى دخل في صلاة امي تطوعا او في صلاة امراة او جنب ثم افسدها على نفسه فليس عليه قضاؤها
لان شروعه في الصلاة لم يصح حين اقتدى بمن لا يصلح اماما له ولا يمكن من اداء الصلاة خلفه ووجوب القضاء يكون بالافساد بعد صحة
الشروع • قال واذا وقفت جارية مراهقة بجنب رجل خلف الامام وهما في صلاته فسدت صلاة الرجل استحسانا ○
وفي القياس لا تفسد لان صلاة غير البالغة تخلق وليست بصلاة حقيقية ○ • ووجه الاستحسان انها تؤمر بالصلاة وتضرب
على ذلك كما ورد به الحديث فكانت كالبالغة في المشاركة في اصل الصلاة وعليه يبتني الفساد بسبب المحاذاة لانها تشتهي فلا يصفو
قلب الرجل عن الشهوة في حال المناجاة عند محاذاتها وهذا المعنى موجود هنا • قال الا ترى انها لو صلت بغير وضوء او عريانة
امرتها ان تعيد الصلاة لانها انما تؤمر بالصلاة لتعتاد فلا يشق عليها الاداء اذا بلغت وذلك اذا ادت بصفة الجواز وهذا ○
بتلك الصفة بعد الاداء وهي بتلك الصفة بعد البلوغ بحال فان ادت بغير طهارة او عريانة لا يحصل هذا المقصود فلهذا امرتها
بالاعادة فلو صلت بغير قناع في القياس تؤمر بالاعادة كما اذا صلت عريانة ولكنه استحسن فقال الراس منها عورة ولا تخرجها صلا
لقول النبي عم لا يقبل الله صلاة حايض الا بخمار معناه صلاة بالغة فالاجماع على صلاة غير البالغة تجوز بغير الخمار ولان من البالغات
من تصلي بغير قناع وهي المملوكة وتجوز صلاتها فصلاة غير البالغة اولى بخلاف العريانة ○ • قال وللامة ان تصلي بغير قناع لحديث
انه كان اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير وكذلك المكاتبة والمدبرة وام الولد
لان الرق قايم فيهن فليس لرؤوسهن حكم العورة فان اعتقت في صلاتها اخذت قناعها ومضت في صلاتها استحسانا • وفي القياس ○
تستقبل كالعريانة اذا وجدت ثوبا في خلال الصلاة • وجه الاستحسان ان فرض الستر لزمها في خلال الصلاة مقصورا عليه وقد
كان لزمها بخلاف العريانة لان فرض الستر كان عليها قبل الشروع ○ • ولكنها كانت عاجزة بعده فاذا زال استقبلت كالمتيمم ○
اذا وجد الماء في خلال الصلاة توضا واستقبل والمتوضي اذا سبقه الحدث توضا وبنى على صلاته فهذا مثله

باب صلاة المريض

الاصل في صلاة المريض قوله تعالى الذين يذكرون الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم قال الضحاك في تفسيره هو بيان حال المريض في اداء الصلاة على حسب الطاقة ودخل رسول الله عم على عمران يعوده في مرضه فقال كيف اصلي فقال عم صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء فان لم تستطع فالله اولى بالعذر اي بقبول العذر منك ولان الطاعة على حسب الطاقة قال الله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها وبقوله تعالى فاتقوا الله ما استطعتم • فاذا عرفنا هذا فنقول المريض اذا كان قادرا على القيام يصلي قائما فاذا عجز عن القيام يصلي قاعدا يركع ويسجد وان كان عاجزا عن القعود يصلي بالايماء لانه وسع مثله فان كان قادرا على القيام في اول الصلاة ثم عجز عن القيام فانه يقعد فرق بين هذا وبين الصوم فان المريض اذا كان قادرا على الصوم في بعض اليوم ثم عجز فانه لا يصوم اصلا وهنا يصلي ۝ • وجه الفرق بينهما وذلك لان في الصوم لما في اخر اليوم لم يكن فعلا في اول اليوم معتدا به فلا يشتغل به واما اذا كان قادرا على القيام وعاجزا عن الركوع والسجود فانه يصلي قاعدا بايماء ويسقط عنه القيام لان هذا القيام ليس بركن لان القيام انما شرع لافتتاح الركوع والسجود فكل قيام لا يعقبه سجود لا يكون ركنا • ولان الايماء انما شرع للتشبه بمن يركع ويسجد واما التشبه بالقعود اكثر • ولهذا قلنا بان المومي يجعل السجود اخفض من ركوعه لان ذلك اشبه بالسجود الا ان يشترط ابتداء انما يسقط عنه بالمرض ما كان عاجزا عن اتيانه ۝ • فاما فيما هو قادر عليه لا يسقط عنه ولكن لا انفصال عنه على ما بينا فان كان عاجزا عن القعود يصلي بالايماء مضطجعا مستلقيا على قفاه • ووجه القبلة عند علمائنا رحمهم الله وهو مذهب عبد الله بن عمر وقال الشافعي يضطجع على جنبه الايمن ووجهه نحو القبلة واحتج بحديث عمران بن حصين فان رسول الله عم قال فعلى الجنب تومي ايماء فالنبي عم نص على الجنب ولان فيما وجهه الى القبلة وكما اذا احتضر يضجع على شقه الايمن هكذا يصلي ايضا وكذا يوضع في القبر هكذا ولان اصحابنا قالوا اذا استلقى على قفاه كان قريبا الى استقبال القبلة فالجانب منه الى القبلة ووجهه الى ما هو الى القبلة وفيما قال الشافعي وجهه الى جانبه وذا ليس بقبلة وكذلك اذا قدر على القيام فوجهه ايضا يكون الى القبلة بخلاف ما اذا احتضر فان هناك لم يكن مرضه على شرف الزوال فافترقا من هذا الوجه • واما الجواب عن احتجاجه بحديث عمران بن حصين فلما قيل بان مرضه كان ناسورا فلا يمكنه ان يستلقي على قفاه والثاني وهو ان النبي عم قال فعلى الجنب تومي ايماء يعني ساقطا على الجنب كقوله فاذا وجبت جنوبها اي ساقطة فكذلك هنا • قال المومي اذا اقتدى بالمومي يصح اقتداؤه به لقوله عم الامام ضامن معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدي وتضمن الشيء انما يتحقق فيما هو مثله او فوقه ولا يتحقق فيما هو دونه وها هنا حال المقتدي مثل حال الامام فيصح اقتداؤه به فاذا عرفنا هذا فنقول بان الامام ان كان قائما او قاعدا او موميا يصح اقتداؤه لان حاله مثل حال الامام او دونه فاما اذا كان الامام قاعدا والمقتدي قائما يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يصح قياسا • وحجة قول محمد ما روي عن النبي عم انه قال لا يومن احد بعدي جالسا وهذا نص على رضي الله عنه قال لا يوم المتيمم المتوضيين ولا المقيد المطلقين وهذا نص والمعنى فيه وذلك لان الامام صاحب عذر فمن كان حاله مثل حال الامام يصح اقتداؤه وما لا فلا كالامام صاحب الجرح السائل للاصحاء ولاصحاب الجروح وتاثير هذا الكلام وهو ان القيام ركن والمقتدي ينفرد بهذا الركن فلو قلنا بانه يصح اقتداؤه به يكون هذا مقتديا بالبعض دون البعض وهذا لا يجوز وجه قولهما ابي حنيفة وابي يوسف ما روي عن النبي عم انه صلى باصحابه وكان قاعدا وهم قيام خلفه فانه لما ضعف في مرضه قال مروا ابا بكر يصلي بالناس فقالت عايشة لحفصة قولي له ان ابا بكر رجل اسيف فاذا وقف مكانك لا يملك نفسه فلو امرت عمر فقالت ذلك له فقال انكن صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس فلما شرع ابو بكر في الصلاة وجد رسول الله عم خفة في نفسه فخرج وهو بين الفضل بن عباس وبين علي وكان رجلاه يخطان في الارض حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر حس مجي النبي عم فتاخر وتقدم النبي عم وقعد وكان ابو بكر يصلي بصلاة رسول الله عم والقوم يكبرون بتكبير ابي بكر وبعض ابو بكر يكبر بتكبير رسول الله عم والصحابة يكبرون بتكبير ابي بكر وهذا اخر فعل رسول الله عم في مرضه يكون ناسخا لما كان قبله على ما جاء في حديث جابر رضي الله عنه قال سقط رسول الله عم عن فرسه فجحش شقه الايسر فلم يخرج اياما فالصحابة دخلوا عليه فوجدوه في الصلاة قاعدا فاقتدوا به قياما فاشار اليهم ان اقعدوا فلما فرغ من صلاته قال انما جعل الامام اماما ليوتم به فلا تختلفوا على ائمتكم فان صلى قاعدا فصلوا قعودا اجمعين ولا يومن احد بعدي جالسا • ولكنا نقول هذا صار منسوخا بفعله الاخر وهو ما روي في حديث مرض موته واما حديث علي رضي الله عنه قلنا لا يمكن العمل به لان في الحديث زيادة وهو قوله ولا الماسح الغاسلين وبالاجماع امامة الماسح للغاسل جايزة فدل انه لا يمكن العمل به والفقه فيه ان الامام صاحب بدل صحيح فاقتداء صاحب الاصل به صحيح كالماسح على الخفين اذا ام الغاسلين بخلاف صاحب الجرح السايل ونحوه لانه ليس صاحب بدل صحيح ولان بين القيام والقعود تقاربا

في

في الصلاة حتى يجوز القعود في التطوع من غير عذر وهذا لان القائم كلا الجانبين منه مستوي فالقاعد احد الجانبين منه منثني وكان بينهما تقارب فيصح اقتداؤه به كاقتداء القايم بالراكع فان كان الامام يصلي بالايماء مضطجعا والمقتدي يصلي بركوع وسجود لا يصح اقتداؤه به ۝ عندنا خلافا لزفر هو يقول كل واحد منهما مودي ما هو مستحق عليه بصفة الصحة فيصح اقتداؤه به نظيره اقتداء المتوضي بالمتيمم والغاسل بالماسح ۝ • ولكنا نقول بان حال المقتدي فوق الامام لان الاكتفاء بالايماء مع القدرة على الركوع والسجود يمنع جواز فيمنع صحة الاقتداء ولان الايماء ليس ببدل عن الركوع والسجود لانه بعضه فلو قلنا بانه يصح اقتداؤه به يكون هذا اقتداء بالبعض دون البعض وهذا لا يجوز بخلاف التيمم والمسح فان التيمم بدل عن الوضوء والمسح بدل عن الغسل فيصح اقتداؤه به بالاجماع فان كان الامام يصلي قاعدا بالايماء والمقتدي يصلي قائما بالايماء يصح اقتداؤه به لان هذا القيام ليس بركن حتى كان الاولى تركه فيجعل كان لم يكن ولو كان معدوما اصلا يصح اقتداؤه لان هذا اقتداء القاعد بالقاعد فكذلك هنا فان كان الامام يصلي بالايماء مضطجعا والمقتدي يصلي بالايماء قائما او قاعدا لا يصح اقتداؤه بالاجماع لان حاله فوق حال الامام فيمنع صحة الاقتدا • قال فان نزع الماء من عينيه وامر بان يستلقي على قفاه اياما ونهي عن القيام والقعود له ان يصلي بالايماء مضطجعا عند علمائنا وقال مالك ليس له ذلك ۝ • واحتج بما روي عن عبد الله بن عباس انه قال له طبيب بعدما كف بصره لو صبرت اياما مستلقيا على قفاك صحت عينك فشاور في ذلك عايشة رضي الله عنها والصحابة فلم يرخصوا له ذلك وقالوا له ارايت لو مت في هذه الايام كيف تصنع بصلواتك فلو جاز له ذلك لجوزوا له الا ان علماؤنا قالوا بان حرمة الاعضاء كحرمة النفس ثم اذا خاف الهلاك على نفسه من عدو وسبع كان له ان يصلي مستلقيا على قفاه فكذلك هنا • واما حديث عبد الله بن عباس قلنا يحتمل انه انما لم يرخصوا له في ذلك لانه لم يظهر عندهم صدق ذلك الطبيب فيما يدعي فلهذا لم يرخصوا له ۝ • قال علماؤنا ان المريض اذا صلى الى غير القبلة متعمدا لا يجوز وان اخطا يجوز معناه اذا اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة وصلى اليها ثم تبين انه اخطا القبلة تجوز صلاته وان تعمد لا يجوز لحديث علي رضي الله عنه انه قال قبلة المتحري جهة قصده والحاصل ان المريض انما يفارق الصحيح فيما هو عاجز عنه واما فيما هو قادر عليه هو والصحيح سواء ثم الصحيح اذا اشتبهت عليه القبلة في المفازة فتحرى الى جهة وصلى اليها ثم تبين انه اخطا القبلة تجوز صلاته ولو تعمد لا يجوز فكذلك هنا • وقال محمد بن مقاتل الرازي اذا كان وجهه الى غير القبلة ولا يمكنه ان يحول وجهه الى القبلة ولا يجد احدا ان يحول وجهه الى القبلة له ان يصلي الى غير القبلة فاذا برأ لا يلزمه (؟) اعادة الصلاة لان التوجه الى القبلة شرط جواز الصلاة والقيام والقراءة والركوع والسجود اركان الصلاة ثم ما سقط عنه من الاركان بعذر المرض لا يجب عليه اعادة الصلاة واما اذا صلى بغير طهارة او بغير قراءة او عريانا لا يجوز صلاته فكذلك هنا • قال قوم مرضى ۝ في بيت مظلم اشتبهت عليهم جهة القبلة صلوا بجماعة فتحرى كل واحد منهم الى جهة وصلى اليها جازت صلاة الكل لانها تجوز من الاصحاء بهذه الصفة فمن المرضى اولى قال الحاكم انما جازت صلاة المقتدي اذا كان المقتدي لا يعلم انه خالف امامه اما اذا علم انه خالف امامه لا تجوز صلاته بهذه الصفة لانه اعتقد فساد صلاة الامام • والاصل ان المقتدي اذا اعتقد فساد صلاة الامام تفسد صلاته وهذا خلاف ما اذا صلوا في جوف الكعبة وان علم انه خالف امامه جازت صلاته لانه ما اعتقد فساد صلاة الامام الا اذا كان متقدما على الامام فحينئذ لا تجوز صلاته قال مريض تحرى ومسافر تحرى تبين له في خلال الصلاة انه اخطا القبلة له ان يحول وجهه الى القبلة ويبني على صلاته ولا يجب عليه ان يستقبل لحديث اهل قبا اخبروا في خلال الصلاة ان القبلة حولت من بيت المقدس الى الكعبة فاستداروا كهيئتهم وهم في ركوع الفجر فجوزهم رسول الله عم ولان المودي حصل بالاجتهاد ثم هذا اجتهاد اخر والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله كالقاضي اذا قضى في حادثة بالاجتهاد ثم ظهر ان اجتهاده كان خطأ في تلك الحادثة باجتهاد اخر لا ينقض قضاؤه فكذلك ها هنا • قال المريض المومي اذا وجب عليه سجدتا السهو يومي ايما للسهو لان سجدتي السهو دون الصلبية وتلك تتادى بالايماء فهذا اولى فلو انه عجز عن الايماء بالراس سقط عنه الصلاة عند علمائنا الثلاثة • وقال زفر والحسن يومي بعينيه وان عجز عن الايما بالعينين فالزفر رحمه الله يومي بالقلب لانه وسع مثله • ولكنا نقول بان الايماء عبارة عن الاشارة والاشارة انما تكون بالراس فاما العين فتسمى لحظا ولا تكون ايماء وبالقلب تسمى نية وعزيمة وبمجرد النية لا تتادى الصلاة ونصب الابدال بالراي لا يجوز ثم اذا برئ ينظر ان كان مفيقا بعد هذه الحالة حتى اذا برئ يجب اعادة الصلاة ونقول وجوب القضاء يبتنى على وجوب الاداء ولا يجب عليه الاداء فلا يجب عليه القضاء • ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه اغمي عليه في اربع صلوات فقضاهن وعن عمار بن ياسر انه اغمي عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه ثلثة ايام ولياليها فلم يقضها ۝ والفقه فيه وهو ان الاغماء اذا طال يجعل كالتطويل عادة وهو الجنون والصغر واذا قصر يجعل كالقصير عادة وهو النوم ۝

فيحتاج الى الحد الفاصل بين القليل والكثير فان كان يوما وليلة او اقل فهو قصير لان الصلاة لم تدخل في حد التكرار وان كان اكثر من يوم وليلة يكون طويلا
لان الصلاة دخلت في حد التكرار ۝ وروى عن ابي حنيفة انه قال اذا اغمي عليه يوما وليلة يجب عليه القضاء ولكن يعتبر بالساعات
لا بالصلوات في الاول اصح ۝ قال فان لم يستطع السجود لمرض او جرح او خوف فهو كله سواء ويومي لانه وسع مثله ۝ قال فان عجز عن القراءة
سقط عنه القراءة لان القراءة ركن كما ان القيام ركن فلو عجز عن القيام سقط عنه القيام فكذلك هنا ۝ قال فان كان في جبهته جراحة ولا يمكنه
ان يسجد على الجبهة قال يسجد على انفه لان الانف مسجد كالجبهة ۝ قال ويكره للمريض المومي بان يرفع اليه عودا او وسادة يسجد عليه لما روي
عن النبي عم انه دخل على مريض يعوده فوجده يسجد على عوده فقال له ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك وعبد الله بن مسعود
دخل على اخيه عتبة يعوده في مرضه فراى عودا يرفع بين يديه ويسجد عليه فاخذ العود من يدي من كان في يديه وقال ان هذا شيء عرض لكم الشيطان
فاومي بسجودك ۝ وعبد الله بن عمر راى مريضا يفعل هكذا فقال اتتخذون مع الله الهة فدل انه يكره له ذلك ۝ وان سجد هل يجوز له ذلك
قال ينظر ان خفض راسه للركوع ثم السجود يجوز بالايماء لا بوضع الراس على العود حتى انه لو رفع العود الى جبهته ووضع جبهته عليه لا يجوز
لانه ترك ركنا من اركان الصلاة وهو الايماء فقلنا بانه لا يجوز ۝ واما اذا سجد على الوسادة يجزيه لما روي عن ام سلمة كان لها رمد فسجدت
على المرفقة يجوزها رسول الله عم قال ولو ان المريض اذا صلى بالايماء مضطجعا ثم قدر على الركوع والسجود في اخر الصلاة يجب عليه ان يستقبل الصلاة
ولا يبني الا على قول زفر وهو بناء على اصل وهو ان المنفرد يبني اخر صلاته على اول صلاته كالمقتدي يبني صلاته على صلاة الامام ففي كل موضع
يصح الاقتداء يصح البناء والا فلا فنقول بان الامام اذا صلى بالايماء مضطجعا والمقتدي يصلي بالركوع والسجود لا يصح اقتداؤه به فكذلك
لا يجوز البناء واما اذا صلى قاعدا بالركوع والسجود ثم برئ وقدر على القيام في بعض الصلاة له ان يبني على صلاته ولا يجب عليه ان يستقبل
لان الامام اذا صلى قاعدا والمقتدي قائما يصح الاقتداء به عند ابي حنيفة وابي يوسف فكذلك يصح البناء واما اذا شرع في الصلاة قائما
ثم عجز عن القيام في خلال الصلاة فعليه ان يبني على صلاته لان هذا بناء الضعيف على القوي فكذلك يصح والله اعلم

باب السهو في الصلاة

الاصل في سجود السهو ما روي ان النبي عم سها في صلاته فسجد وفي حديث ثوبان عن النبي عم لكل سهو سجدتان بعد السلام ۝ وكان ابو الحسن الكرخي
يقول هو واجب استدلالا بما قال محمد اذا سهى الامام وجب على المؤتم ان يسجد ۝ ووجهه انه جبر لنقصان العبادة فكان واجبا كدماء الجبر
في باب الحج وهذا لان اداء العبادة بصفة الكمال واجب في صفة الكمال لا تحصل الا بجبر النقصان وغيره من اصحابنا كان يقول انه سنة ۝
استدلالا بما قال محمد ان العود الى سجود السهو لا يرفع التشهد ولو كان واجبا لكان رافعا للتشهد كسجدة التلاوة ولانه يجب بترك بعض السنن
والخلف لا يكون فوق الاصل اذا عرفنا هذا فنقول اذا سها ولم يدر اثلاثا صلى ام اربعا فليستقبل ولان الاستقبال لا يرتبه والمضي يرتبه
بعد الشك والاحتياط في العبادة ليؤديها بكمالها واجب بكمال قوله وذلك اول ما سهى ان السهو ليس بعادة له لانه لم يبتله في عمره قط
وان تحري لذلك غير مرة تحرى الصواب لان تمام الصلاة على ذلك الحديث ابن مسعود قال رسول الله عم من شك في صلاته فليتحر الصواب ولانا لو امرنا
بالاستقبال يقع في الشك ثانيا وثالثا اذا صار ذلك عادة له فيتعذر عليه المضي في الصلاة فلهذا يتحرى وشهادة القلب في التحري تكفي
عندنا لقوله عم المؤمن ينظر بنور الله وعند الشافعي لا يكفي ما لم ينضم اليه دليل اخر لانه مجرد الظن وان الظن لا يغني من الحق شيئا ۝ وان لم
يكن له تحري اخذ بالاقل لحديث عبد الرحمن بن عوف قال رسول الله عم من شك في صلاته فليأخذ بالاقل وليصل حتى يشك في الزيادة كما يشك
في النقصان ولانه متيقن بوجوب الاداء عليه فلا يترك هذا اليقين الا بيقين مثله وذلك في الاقل الا ان في كل موضع يتوهم انه اخر صلاته
فيقعد لا محالة لان قعدة الختم ركن والاشتغال بالنافلة قبل كمال الفرض مفسد لصلاته ثم يسجد للسهو بعد السلام عندنا ۝ وقال
الشافعي لحديث قبل السلام عبد الله بن بحينة ان النبي عم سجد سجدتي السهو قبل السلام ۝ وما روي بعد السلام اي بعد التشهد كما قلنا
في قوله وفي كل ركعتين فسلم اي فتشهد ولان سجود السهو مؤدى في حرمة الصلاة فكذلك العود الى الامام فيه صح اقتداؤه به والسلام محلل له
فينبغي ان يؤخر عن كل ما يؤدى في حرمة الصلاة فكان هذا قياس سجدة التلاوة ۝ ولنا حديث ابن مسعود وعايشة وابي هريرة ان النبي عم
سجد للسهو بعد السلام وما روي قبل السلام اي قبل السلام الثاني فان عندنا يسلم بعد سجود السهو ايضا ومما وقع الاختلاف
في فعل رسول الله عم يصار الى قوله وهو حديث ثوبان لكل سهو سجدتان بعد السلام ولان سجود السهو مؤخر عن محله فكان يؤدى
قبل السلام لكان الاولى ان يؤدى في محله كسجدة التلاوة وانما كان مؤخرا ليتاخر اداؤه عن كل حالة يتوهم فيها السهو وفيما قبل السلام
يتوهم السهو فيؤخر عنه لهذا ولكنه جبر للنقصان في الصلاة فالعود اليه يكون عائدا الى حرمة الصلاة ضرورة فلهذا يسلم بعده وقال

ان كان سهوه عن نقصان سجد قبل السلام لانه جبر للنقصان ولو كان عن زيادة سجد بعد السلام لانه ترغيم للشيطان الا ان ابا يوسف قال له
بين يدي الخليفة ارايت لو زاد ونقص كيف يصنع فتحير مالك ۝ من سها عن قيام او قعود فعليه سجود السهو لحديث المغيرة بن شعبة ان النبي عم قام
من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا انه لم يعد وسجد للسهو ولانه تارك القعدة مقدم للقيام على وقته وكذلك ان قعد في موضع القيام
فهو زايد في صلاته فعدة ليست منها مؤخر للقيام عن وقته فيتمكن النقصان في فعله فلهذا يسجد للسهو ۝ قال فان سهى عن قراءة التشهد في القعدة
الاولى وتكبيرات العيد او قنوت الوتر ففي القياس لا يسجد للسهو لان هذه الاذكار سنة فبتركها لا يتمكن كثير نقصان في الصلاة كما اذا ترك الثناء
والتعوذ وهذا لان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار وسجود السهو عرف بفعل رسول الله عم وما نقل عنه الا في الافعال ۝ وجه الاستحسان
ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة فيقال التكبيرات العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فبتركها يتمكن النقصان والتغير للصلاة فاما ثناء الافتتاح
غير مضاف الى جميع الصلاة بل الى الافتتاح والتعوذ غير مضاف الى الصلاة بل هو للقراءة فبتركها لا يتمكن النقصان والتغير في الصلاة ۝ قال
وان سهى عن التكبيرات سوى تكبيرة الافتتاح فعليه سجود السهو عند مالك اذا سها عن ثلث تكبيرات فعليه سجود السهو بالقياس على تكبيرات العيد
ولكنا نقول تكبيرة الانتقال سنة لا تضاف الى جميع الصلاة فبتركها لا يتمكن التغير في الصلاة وكذلك لو سهى عن تسبيحات الركوع والسجود لانها سنة
تضاف الى ركن منها لا الى جميعها فكانت كالتعوذ وثناء الافتتاح ۝ قال فان سها عن القراءة في الاوليين فعليه سجود السهو لان القراءة ذكروا الاوليان
تعينتا للاداء هذا الركن واجبا وبترك الواجب يتمكن النقصان في الصلاة ۝ قال فان سهى عن فاتحة الكتاب في الركعة الاولى وبدا بغيرها فلما قرا
بعض السورة تذكر يعود فيقرا فاتحة الكتاب ثم السورة لان الفاتحة سميت فاتحة الكتاب لافتتاح القراءة بها في الصلاة فاذا تذكر في محله كان عليه مراعاة
الترتيب كما لو سهى عن تكبيرات العيد حتى اشتغل بالقراءة ثم تذكر عاد الى التكبيرات ثم القراءة بعدها وعليه سجدتا السهو لان الترتيب في القراءة
واجب فبتركه يتمكن النقصان ۝ قال فان قرا في الاوليين سورة ولم يقرا بفاتحة الكتاب لم يعد قراءة الفاتحة في الاخريين لان الاخريين محل الفاتحة
اداء فلا يكون محلا لها قضاء فانه لو قضى الفاتحة قراها مرتين وذلك غير مشروع في قيام واحد ۝ قال ولو قرا الفاتحة في الاوليين ولم يقرا السورة
قضاها في الاخريين لحديث عمر انه ترك القراءة في ركعة من صلاة المغرب فقضاها في الركعة الثالثة وجهر بها وعثمان رضي ترك القراءة في الاوليين من صلاة العشاء
فقضاها في الاخريين وجهر ولان الاخريين ليس بمحل السورة اداء فيكون محلا لها قضاء ثم قال في الكتاب فيجهر قال البلخي اي بالسورة خاصة لان القضاء
بصفة الاداء فاما الفاتحة فهو مؤدى فيخافت بها في الاخريين والاصح انه يجهر بهما لان القراءة في قيام واحد لا يكون بعضه جهرا دون البعض وقد وجب عليه
الجهر بالسورة فيجهر بالفاتحة ايضا ۝ وعن ابي يوسف انه يخافت بهما لان القراءة في قيام واحد لا يكون الا بالفاتحة والسورة والسنة المخافتة في الاخريين
فكذلك ما يبنى عليها وعنه في رواية اخرى انه لا يقضي السورة في الاخريين لا يقضي الفاتحة لانها سنة فاتت عن موضعها ۝ وعن الحسن بن زياد انه يقضي الفاتحة
في الاخريين كما يقضي السورة لان الفاتحة اوجب من غيرها فالقضاء فيها اولى ۝ ولكنا نقول الفاتحة لافتتاح القراءة بها وذلك لا يحصل
اذا قراها في الاخريين لانه لا يقرا بعدها السورة وهذا كله اذا تذكر بعدما قيد الركعة بالسجدة فان تذكر قراءة السورة في الركوع او بعدما رفع
راسه منها عاد الى قراءة السورة وانتقض به ركوعه لان القراءة ركن فاذا طولها فالكل فرض فلمراعاة الترتيب بين الفرض ينتقض الركوع لبقاء محل القراءة
ما لم تقيد الركعة بالسجدة ۝ قال فان قرا في كل ركعة من صلاته باية اجزاه في قول ابي حنيفة الاخر قصيرة كانت او طويلة وفي قوله الاول
وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يجزيه ما لم يقرا في كل ركعة ثلث ايات قصار او اية طويلة ۝ وفي بعض الروايات عن ابي يوسف لا يجزيه
اقل من ثلث ايات لان الواجب عليه قراءة المعجزة وهي السورة واقصرها الكوثر وهي ثلث ايات لانه لا بد ان ياتي بما يسمى به قاريا ومن قال ثم نظر
او قال مدهامتان لا يسمى به قاريا وابو حنيفة استدل بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران والذي تيسر عليه قراءة اية واحدة فيكون ممتثلا للامر
ولانه يتعلق بالقراءة حكما لجواز الصلاة وحرمة القراءة على الجنب والحايض ثم في احد الحكمين لا فرق بين الاية القصيرة والطويلة فكذلك في الحكم الاخر
وهو بناء على الاصل الذي بيناه لابي حنيفة ان الركن يتادى بادنى ما يتناوله الاسم وان جهر الامام فيما يخافت فيه او خافت فيما يجهر فيه يسجد للسهو
لان مراعاة صفة القراءة في كل صلاة بالجهر والمخافتة واجب على الامام فاذا ترك فقد تمكن النقصان والتغيير في صلاته فعليه السهو وذكر
في نوادر ابي سليمان ان جهر فيما يخافت فعليه السهو قل او كثر وذكر ان خافت فيما يجهر فان كان في اكثر الفاتحة او في ثلث ايات من غير الفاتحة فعليه
السهو والا فلا ۝ ووجهه ان صفة المخافتة في صلوات النهار الزم من صفة الجهر في صلوات الليل الا ترى ان المنفرد في صلوات الجهر يتخير
وفي صلوات المخافتة لا يتخير فنفس الجهر في صلوات المخافتة يتمكن من النقصان ايضا ونفس المخافتة في صلوات الجهر لا يتمكن النقصان ما لم يكن
في مقدار ثلث ايات او اكثر ۝ وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه قال التسوية بين الفصلين انه ان تمكن التغير في ثلث ايات او اكثر فعليه
فعليه سجود السهو والا فلا ۝ وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في اية واحدة وهو بناء على ما سبق ان عندهما لا يتادى فرض القراءة الا بثلث ايات
فما لم يتمكن التغير في هذا المقدار لا يجب عليه سجود السهو وعند ابي حنيفة يتادى الفرض باية واحدة فاذا تمكن التغير في هذا القدر وجب السهو

قال وإن كان منفردا فعليه سجود السهو هذا إذا كان في صلوات الجهر هو مخير بين الجهر والمخافتة فلا يتمكن النقصان في صلاته جهرا وخافت وأما في صلاة
المخافتة يجهر المنفرد بقدر إسماعه نفسه وهو غير منهي عن ذلك فلهذا لا يلزمه السهو ○ قال وسهو الإمام يوجب عليه وعلى المؤتم سجدتي
لأنه شريك الإمام تبع له وقد تقرر السبب الموجب له في حق الأصل فيجب على التبع بوجوبه على الأصل وسهو المؤتم لا يوجب شيئا أما على الإمام
فلا إشكال لأنه ليس بتبع للمؤتم وأما على المؤتم فلأنه لو سجد كان مخالفا لإمامه وقد قال عم فلا تختلفوا عليه ○ قال وإذا سلم في الرابعة
ساهيا بعدما قعد مقدار التشهد ولم يقرأ التشهد وكان عليه سجدة تلاوة أو سجدة صلاتية فعاد إلى قضاء ما عليه لأن سلامه سلام
من عليه واجب محل أدائه قبل السلام وقد ذكرنا أن سلام السهو لا يصير به خارجا من الصلاة ثم إن عاد إلى سجدة التلاوة أو قراءة التشهد
انتقض به القعدة كما لو عاد إلى سجدة صلاتية لأن قراءة التشهد واجبة محله قبل الفراغ من القعدة وكذلك سجدة التلاوة محلها قبل القعدة
والعود إليها يرفع القعدة كالعود إلى سجدة الصلاتية حتى لو تكلم قبل أن يقعد بعدها فسدت صلاته لترك القعدة الأخيرة بخلاف
العود إلى سجود السهو فإنه رافع للسلام دون القعدة لأن محله بعد الفراغ من القعدة والسلام إلا أن ارتفاع القعدة لو تكلم بعدما سجد
قبل أن يقعد فصلاته تامة وإن كان حين سلم عامدا فقد قطع صلاته بسلام العمد فإن كان ما ترك سجدة صلاتية فعليه إعادة الصلاة
لأنها ركن وإن كان ما ترك سجدة التلاوة أو قراءة التشهد فليس عليه إعادة لأنها واجبة وترك الواجب يوجب الكراهة والنقصان فلا
الصلاة لأن حكم الجواز متعلق بأداء الأركان وعن زفر التسوية بين سجدة التلاوة والصلاتية والفرق بينهما أوضح فإن سجدة الصلاتية
من موجبات التحريمة ولكنها سجدة التلاوة ليس من موجبات التحريمة ○ ولكنها وجبت بعارض قراءة آية السجدة فبتركها لا تفسد الصلاة
وإنما يتمكن النقصان ولو ليس عليه سجود السهو لأنه عند تمكن السهو ولا سهو إذا كان عامدا ○ قال وإذا شك في شيء من صلاته ثم استيقن
فإن طال تفكره حين شك حتى شغله عن شيء من صلاته سجد للسهو وإن لم يطل تفكره فليس عليه سهو ○ وفي القياس هما سواء ولا سهو
عليه لأنه لا يتمكن النقصان في صلاته حين تذكر أنه أداها على وجهها ومجرد التفكر لا يوجب عليه السهو كما لو شك في صلاته قبل هذا
ثم تذكر أنه أداها لا سهو عليه وإن طال تفكره ○ وجه الاستحسان أنه إذا طال تفكره حتى شغله عن شيء من صلاته فقد تمكن
النقصان بتأخير الركن عن أوانه بخلاف ما إذا لم يطل تفكره ثم السهو إنما يوجب السجدة إذا كان في تلك الصلاة فإذا شك في صلاة أخرى
لم يكن سهوه في هذه الصلاة فلهذا لا سهو عليه ○ قال وإذا نهض من الركعتين ساهيا فلم يستتم قائما يعود وإن استتم قائما لا يعود
لأنه جاء في الحديث عن النبي عم أنه قام من الثانية إلى الثالثة قبل أن يقعد فسبحوا به فعاد وروي أنه لم يعد ولكن سبح بهم فقاموا ○ ووجه التوفيق
بين الحديثين أن ما روي أنه عاد كان قبل أن يستتم قائما وما روي أنه لم يعد كان بعدما استتم قائما وهذا لأنه لما استتم اشتغل بفرض القيام
وليس من الحكمة ترك الفرض للعود إلى السنة بخلاف ما قبل أن يستتم قائما ○ وعن أبي يوسف أنه قال إن كان إلى العود أقرب يعود ○
لأنه كالقاعد وإن كان إلى القيام أقرب لا يعود كما لو استتم قائما ○ قال وإذا سها في صلاة مرات لا يجب عليه إلا سجدتان لقوله عم
سجدتان تجزيان عن كل زيادة ونقصان ولأن سجود السهو إنما يؤخر إلى آخر الصلاة لكيلا يتكرر السهو ○ قال فإن أراد أن يقرأ سورة
وقرأ غيرها لم يكن عليه سجود السهو لأن ما قرأ وما أراد أن يقرأ في حكم الصلاة سواء فلا يتمكن النقصان في صلاته بهذا السبب
وإذا سجد للسهو قبل السلام أجزأه لأن فعله حصل في موضع الاجتهاد ولأنا لو أمرناه بالإعادة بعد التسليم كان ساجدا للسهو
مرتين في صلاة واحدة ولم يقل به أحد ○ قال فإن شك في سجود السهو عمل بالتحري ولم يسجد للسهو لما بينا أن تكرار سجود السهو
في صلاة واحدة غير مشروع ولأنه لو سجد لهذا السهو ربما يسهو فيه ثانيا وثالثا فيؤدي إلى ما لا نهاية له وحكي أن محمدا قال
للكسائي وكان ابن خالته لم لا تشتغل بالفقه مع هذا الخاطر فقال إن من أحكم علما فذاك يهديه إلى سائر العلوم فقال محمد أنا ألقي عليك شيئا
من مسائل الفقه فاخرج جوابه من النحو فقال هات فقال ما تقول فيمن سها في سجود السهو فتفكر ساعة فقال لا سهو عليه فقال
من أي باب من النحو خرجت هذا الجواب فقال من باب أن المصغر لا يصغر فتعجب من فطنته ○ قال فإن سلم وهو يريد أن يسجد للسهو
لم يكن ذلك قطعا ويسجد لأن السجود بعد السلام فلم ينفه هذا السلام شيء ونيته أن لا يسجد حديث النفس ولا يعتبر حكما كما لو نوى
أن لا يتكلم في خلال صلاته لم تفسد صلاته ○ قال فإن سبقه الحدث بعدما يسلم وبعدما سجد سجدة واحدة للسهو توضأ وعاد فأتم
لأن حرمة الصلاة باقية وسبق الحدث لا يمنعه من البناء بعد الوضوء وإن كان إماما استخلف من يتم بالقوم كما لو سبقه الحدث في خلال الصلاة
قال فإذا أحدث الإمام في خلال صلاته وقد سها فاستخلف رجلا يسجد خليفته للسهو بعد السلام لأنه قائم مقام الأول ○
فعليه أن يأتي بما كان يأتي الأول وإن سها خليفته فيما يتم أيضا كفته سجدتان كما لو كان الأول سها مرتين لأن الثاني قائم مقامه ○ قال
وإن لم يكن الإمام الأول سها لزمه سجود السهو لسهو الثاني لأنه صار مقتديا بالثاني كغيره من القوم فيلزمه السهو لسهو إمامه الآخر ○

أن الثاني لو أفسد الصلاة على نفسه فسدت على الأول فكذلك بسهوه يتمكن النقصان في حق الأول ○ قال ولو سها الأول بعد الاستخلاف
لا يوجب سهوه شيئا لأنه صار في حكم المقتدي ألا ترى أنه لو أفسد صلاته لم تفسد به صلاة الثاني ولا صلاة القوم قال
ويسجد المسبوق مع الإمام سجود السهو قبل أن يقوم إلى قضاء ما سبق به وعن إبراهيم النخعي أنه لا يسجد معه لأن أوان سجود السهو
بعد السلام وهذا لا يتابعه في السلام فكيف يتابعه فيما يؤدى بعد السلام ○ ولكنا نقول بأن سجود السهو وجب على الإمام
لمعارض في صلاته فيتابعه المسبوق فيها كما يتابعه في سجدة التلاوة ولأن أول قيامه إلى القضاء بعد فراغ الإمام فما دام الإمام
مشغولا بواجب من واجبات الصلاة مؤدى في حرمة الصلاة ألا ترى أنه لا يمكنه أن يقوم إلى القضاء فعليه متابعة الإمام فيها
وإن لم يفعل سجد في آخر صلاته استحسانا ○ وفي القياس لا يسجد لأن وجوب هذه السجدة عليه في حال الاقتداء وقد كان منفردا
فيما يقضي وكان هذا بمنزلة ما لو اشتغل بصلاة أخرى لأن حكم المنفرد مخالف لحكم صلاة المقتدي ○ ووجه الاستحسان أنه
يبني ما يقضي على تلك التحريمة وهو بعد القضاء منفرد في أفعاله مقتدي في التحريمة حتى لا يصح اقتداء الغير به فلهذا يسجد لذلك السهو
قال فإن سها فيما يقضي كفاه سجدتان لسهوه ولما عليه من قبل الإمام لأن التحريمة واحدة فبتكرر السهو فيها لا يتكرر السجود وإن كان قد سجد
مع الإمام لسهوه سجد في آخر صلاته لأن ما أداه مع الإمام كان بطريق المتابعة فلا ينوب عما لزمه مقصودا بنفسه فإن قيل قد تكرر عليه
في سجود السهو في تحريمة واحدة قلنا التحريمة واحدة صورة فأما الأفعال مختلفة في الحكم لكونه منفردا فيما يقضي بعدما كان مقتديا
في أصل الصلاة فنزل هذا بمنزلة اختلاف الصلوات ○ قال وإذا دخل المسبوق في صلاته بعدما سلم قبل أن يسجد سجد معه
لأن المسلم حين يعود إلى سجود السهو صح اقتداء المقتدي به فيتابعه فيما أدرك معه وإن لم يسجد معه قضى في آخر صلاته استحسانا كما بينا
قال وإذا دخل في صلاته بعدما سجدهما لم يقضهما لأن الوجوب عليه بحكم المتابعة وإنما تتحقق المتابعة فيما لم يفرغ الإمام منه قبل اقتدائه
فأما فيما فرغ منه فلا متابعة ولا يتقرر السبب في حقه ○ قال ولا يتابع المسبوق الإمام في التكبير في أيام التشريق بخلاف سجود السهو
لأن التكبير غير مؤدى في حرمة الصلاة حتى أن من اقتدى به في حالة التكبير لا يصح اقتداؤه به وكذلك يسلم بعد التكبير بخلاف سجود السهو
فإنه مؤدى في حرمة الصلاة حتى يسلم بعده ويصح اقتداء المقتدي به في هذه الحالة والتكبير في هذا كالتلبية في حق المحرم بعد فراغه ○
من الصلاة وكما لا تصح متابعة المسبوق في التلبية فكذلك في التكبير إلا أنه إن تابعه في التكبير لا تفسد صلاته لأنه من أركان الصلاة
وإن تابعه في التلبية تفسد صلاته لأنه من جنس الكلام فإنه إجابة للداعي والدليل عليه كاف الخطاب فيه ○ قال وإذا ذكر سجدتين
من ركعتين بدأ بالأولى منهما لأن القضاء معتبر بالأداء كما أن الثانية تترتب على الأولى في الأداء فكذلك في القضاء وعند الشافعي رحمه
من ترك سجدة وصلى بعدها ركعة أو ركعتين يأتي بتلك السجدة ويعيد ما صلى بعدها لأنه حصل قبل أوانه وهو بناء على أصله أن زيادة ○
ركعتين أو ركعة كزيادة ما دون الركعة في احتمال الإلغاء فأما عندنا زيادة الركعة الواحدة لا تحتمل الإلغاء والركعة تتقيد بالسجدة الواحدة
فإذا الركعة الثالثة إذا معتبرة فليس عليه إلا قضاء المتروك ولأن ترك السجود مخالف لترك الركوع لأن كل سجود لم يسبقه ركوع لا يعتد به
فإن السجود تتقيد الركعة به وذلك لا يتحقق قبل الركوع وكذلك إن كانت إحداهما للتلاوة وقال زفر يبدأ بالصلاتية لأنها أقوى ○
ولكنا نقول القضاء معتبر بالأداء فإذا كانت سجدة التلاوة من الركعة الأولى والصلاتية من الركعة الثانية بدأ بالتلاوة لتقدم وجوبها
قال وإذا سلم وانصرف ثم ذكر أن عليه سجدة صلاتية أو سجدة تلاوة فإن كان في المسجد ولم يتكلم عاد إلى صلاته استحسانا ○ وفي القياس
إذا صرف وجهه عن القبلة لم يمكنه أن يعود إلى صلاته وهو رواية عن محمد فإن صرف الوجه عن القبلة مفسد للصلاة كالكلام فيمنعه
من البناء ○ وجه الاستحسان أن المسجد مكان الصلاة فبقاؤه فيها كبقائه في مكان الصلاة ○ والدليل على أنه في حكم مكان واحد صحة الاقتداء
بالإمام لمن هو في المسجد وإن كان بينهما فرجة وصرف الوجه عن القبلة غير مفسد للصلاة كما في حق المتنفل الصلاة وإن كان قد خرج
من المسجد استقبل الصلاة في الصلاتية خاصة لما بينا أنها ركن والخروج من مكان الصلاة يمنعه من البناء وإن كان في الصحراء فإن تذكر
قبل أن يجاوز أصحابه عاد في الصلاة لأن بحكم اتصال الصفوف صار ذلك الموضع كالمسجد بدليل صحة الاقتداء ولم يذكر في الكتاب ○
إذا كان يمشي أمامه وقيل وقته بقدر الصفوف خلفه اعتبارا لأحد الجانبين بالآخر والأصح أنه إذا جاوز موضع سجوده فذلك ○
في حكم خروجه من المسجد يمنعه من البناء بعد ذلك ○ قال رجل يصلي الظهر خمس ركعات ولم يقعد في الرابعة قال صلاته فاسدة ○
وقال الشافعي لا تفسد لما روي أن النبي عم أنه صلى الظهر خمسا ولم ينقل أنه كان قعد في الرابعة ولأنه أعاد صلاته وهو بناء على الأصل
الذي بينا أن الركعة الكاملة في احتمال النقض وما دونها سواء فكما أنه لو تذكر قبل أن يقيد الخامسة بالسجدة تمكن من إصلاح صلاته
بالعود إلى القعود فكذلك ما قيدها بالسجدة ○ ولنا أنه اشتغل بالنفل قبل إكمال الفريضة ولأن القعدة من أركان الصلاة والركعة

الخامسة نفل لا محالة لان الظهر لا يكون اكثر من اربع ركعات ومن ضرورة استحكام شروعه في النفل خروجه عن الفرض والخروج من الفرض
قبل اكماله مفسد للفرض بخلاف ما قبل تقييد الركعة بالسجدة لان ما دون الركعة ليس لها حكم الصلاة حتى ان من حلف ان لا يصلي لم يحنث
بما دون الركعة فلم يستحكم شروعه في النفل بما دون الركعة والحديث تاويله انه كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل انه قال صلى الظهر والظهر
اسم لجميع الاركان الصلاة ○ ومنها القعدة وهو الظاهر فانما قام الى الخامسة على تقدير انها هي القعدة الاولى حملا لفعل رسول الله عم
على ما هو اقرب الى الصواب ○ قال والواجب له ان يشفع الخامسة بركعة ثم يسلم ويستقبل الظهر وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف
فاما عند محمد بالفساد يصير خارجا من الصلاة لان الصلاة عنده جهة واحدة ولان ترك القعدة في التطوع في كل شفع عنده مفسد للصلاة
فاما عندهما تفسد الفرضية ويبقى اصل الصلاة تطوعا فيشفعها بركعة واحدة لان ترك القعدة عقيب كل شفع عندهما غير مفسد للتطوع
وان كان قعد في الرابعة قدر التشهد فقد تمت الظهر والخامسة تطوع لان قيامه الى النافلة كان بعد اكمال الفرض فلا يفسد به الفرض ○
ويشفع الخامسة بركعة فيكون متطوعا بركعتين وهو بنا على ما اذا شرع في صوم او في صلاة على ظن انه عليه لان شروعه هاهنا
في الخامسة على ظن انها عليه والاولى ان يشفعها بركعة لان ما دون الركعة لا يكون صلاة تامة كما قال ابن مسعود والله ما اجزت ركعة قط ○
واذا شفعها بركعة فعليه ان يسجد للسهو استحسانا ○ وفي القياس لا سهو عليه لان تمكن السهو كان في الفرض وقد تادى بعدها صلاة اخرى
وفي الاستحسان انما بنى النفل على التحريمة التي تمكن فيها السهو فيأتي بسجود السهو لبقاء التحريمة وهو قياس المسبوق الذي قدمنا والاصح ان هاتين
الركعتين لا تنوب عن السنة التي بعد الظهر لان شروعه كان لا عن قصد ولهذا لا يلزمه والسنة ما شرع فيه عن قصد الاقتداء برسول الله عم
فيما واظب عليه صلى الله عليه ○ قال رجل افتتح الصلاة فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع فهذا قد صلى ركعة لان ركوعه الاول ○
توقف على ان تقيد الركعة بالسجدة والقيام والقراءة بعده غير معتد به فحين سجد تقيد ركوعه به فكان مصليا ركعة واحدة وكذلك ان ركع او
ثم قرأ وركع وسجد فانما صلى ركعة لان ركوعه الاول حصل في اوانه والثاني وقع مكررا فلا يعتد به فسجوده يتقيد الركوع الاول ○ وكذلك
ان قرأ ولا وسجد سجدتين ولم يركع ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع توقف هذا الركوع فانما صلى ركعة لان سجوده الاول
حصل قبل اوانه فلا يعتد به فحين قرأ وركع وقع على التقييد بسجوده بعده فحين سجد في الثالثة تقيد بها الركوع الاول فصار مصليا ركعة وعليه
سجود السهو لتمكن السهو له فيما زاد ولا تفسد صلاته الا في رواية عن محمد فانه يقول زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة الواحدة ○
بنا على اصله ان السجدة الواحدة قربة بيانه في سجود الشكر فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف السجدة الواحدة ليست بقربة الا سجدة التلاوة
وزيادة ما دون الركعة لا يكون مفسدا للصلاة ○ قال واذا سهى المصلي فسجد في ركعة واحدة ثلث سجدات او ركع ركوعين لم تفسد صلاته
لما بينا انه انما زاد دون الركعة قال واذا سها الامام ثم احدث فاستخلف مسبوقا فاتم المسبوق بقية صلاة الامام بالاخرس غير ان يسلم
لان عليه القضاء لما فاته فكان عاجزا عن التسليم ولو ان سجود السهو بعد التسليم صلينا باخر ويقدم مدركا يسلم بهم ويسجد بهم للسهو
ويسجد هو معهم كما لو كان الامام الاول هو الذي يسجد للسهو ثم يقوم الى قضاء ما سبق به وحده وان لم يسجد مع خليفته يسجد للسهو ○
في اخر صلاته استحسانا وقد بينا هذا في حق الامام الاول فكذلك هنا ○ قال وكذلك المقيم خلف المسافر فهذا بعد في سجود السهو ثم يقوم
الى اتمام صلاته وان سهى فيما يقضي يسجد ايضا وهذه ثلث فصول احدها في المسبوق وقد بينا والثاني في اللاحق اذا نام خلف الامام او احدث
فذهب وتوضأ ثم جاء فانه يبدأ باتمام صلاته ولا يتابع الامام في سجود السهو لان اللاحق في حكم المقتدي فيما يتم وسهو المقتدي
متعطل ولهذا لا يقرأ فيما يتم والمسبوق فيما يقضي كالمنفرد ولهذا يلزمه القراءة فيلزمه سجود السهو ايضا ولا يقوم الى القضاء الا بعد تمام
خروج الامام من صلاته وذلك بعد سجود السهو ○ والثالث في المقيم خلف المسافر اذا قام الى اتمام صلاته لم يلزمه القراءة فيما يتم
في رواية واحدة لان فرض القراءة في الاوليين وقراءة الامام بينهما تكون قراءة له في حكم السهو وفي الكتاب جعله كالمسبوق فقال يتابع الامام
في سجود السهو واذا سهى فيما يتم فعليه سجود السهو ايضا لانه في الاتمام غير مقتدي وكيف يكون مقتديا فيما ليس على امامه والامام
لو تم صلاته اربعا كان متنفلا في الاخريين ولو جعلناه مقتديا فيهما كان اقتدا المفترض بالمتنفل ○ وذكر الكرخي في مختصره انه
كاللاحق لا يتابع الامام في سجود السهو واذا سهى فيما يتم لم يلزمه سجود السهو لانه مدرك لاول الصلاة فكان في حكم المقتدي فيما يؤديه
بتلك التحريمة كاللاحق ○ قال وان سجد اللاحق مع الامام للسهو لم يجزه لانه سجد قبل اوانه في حقه فعليه ان يعيد اذا فرغ عن قضاء
ما عليه ولكن لا تفسد صلاته لانه ما زاد الا سجدتين فان قيل اليس ان المسبوق لو تابع الامام في سجود السهو ثم تبين انه لم يكن على الامام
سهو فصلاة المسبوق فاسدة وما زاد الا سجدتين ○ قلنا فساد صلاته ليس للزيادة بل لانه اقتدى في موضع كان عليه الانفراد
في ذلك الموضع ومثله غير موجود في اللاحق فانه مقتدي في جميع ما يؤدي فلهذا لم تفسد ○ قال ولو كان الامام لم يقرأ في الاوليين

ثم اقتدى به انسان في الاخريين فقرأ الامام فيهما ثم قام المسبوق الى قضاء ما سبق فعليه القراءة وان ترك ذلك لم تجزه صلاته ○
لان الامام قضى في الاخريين ما فاته من القراءة في الاوليين فلهذا الحث على المسبوق القراءة ايضا بخلاف المقيم خلف المسافر فان القراءة
من الامام في الاوليين كان اداء والمقيم شريكه فيهما وكذلك ان كان المسبوق قرأ خلف الامام فيما صلى معه فعليه القراءة فيما يقضي ○
لان قراءته فيما هو مقتدي فيه مكروه غير معتد به فلا يتأدى به فرض القراءة في حقه ○ قال واذا قام المسبوق الى قضاء ما عليه بعد
تشهد الامام قبل ان يسلم فقضاه اجزاه لان قيامه حصل بعد فراغ الامام من اركان الصلاة ولكنه مسيء في ترك الانتظار بتسلام
الامام فان لم ينتظر بقيامه للقضاء بعد ما خرج الامام من الصلاة فان قام اليه وقضى قبل ان يقعد الامام قدر التشهد لم يجزه لان قيامه
كان قبل اوانه فان الامام لم يفرغ من اركان الصلاة بعد لان القعدة من اركانها ثم فسر هذه المسئلة في نوادر ابي سليمان فقال
ان كان مسبوقا بركعة او بركعتين فان قرأ بعد فراغ الامام من التشهد مقدار ما يتأدى به فرض القراءة جازت صلاته والا فلا ○
لان قيامه وقراءته غير معتد به ما لم يفرغ الامام من التشهد ويجعل هو في الحكم كالقاعد معه لان ذلك مستحق عليه فانما يعتبر قراءته
بعد فراغ الامام من التشهد وان كان مسبوقا بثلث ركعات فان لم يركع حتى فرغ الامام من التشهد ثم ركع وقرأ في الركعتين بعد
جازت صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد فقبل ان يركع هو فقد وجد القيام في هذه الركعة والقراءة في الركعتين بعده
فتجوز صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد فلم يوجد منه قيام معتد به في هذه الركعة فلهذا فسدت صلاته وان قام
بعد ما تشهد الامام وعليه سجود السهو فقرأ وركع فانه يرفض ذلك ويجزيه فيسجد مع الامام لانه لم يستحكم انفراده باداء ما دون
الركعة فعليه ان يعود الى متابعة الامام ثم يقوم للقضاء ولا يعتد بما كان يصنع لانه صار رافضا بالعود الى المتابعة فان لم يعد
الى المتابعة جازت صلاته ويسجد للسهو في اخر صلاته استحسانا ○ قال وان كان ركع وسجد ثم عاد الامام الى سجود السهو
لم يعد الى متابعته لانه قد استحكم انفراده باداء ركعة كاملة وان عاد الى متابعته فسدت صلاته لانه اقتدى في موضع
كان عليه الانفراد في ذلك الموضع وهذه فصول ثلث ○ احدها في السهو وقد بينا ○ والثاني في الصلبية اذا تذكر الامام
سجدة صلبية بعدما قام المسبوق الى القضاء فان لم يكن قيد الركعة بالسجدة عاد الى متابعة الامام فيها وسجد وان لم يفعل
فصلاته فاسدة وان كان قد قيد ركعة بالسجدة فصلاته فاسدة عاد الى المتابعة او لم يعد لان الصلبية من اركان الصلاة الا ترى
ان الامام لو لم يأت بها كانت صلاته فاسدة فكذلك اذا لم يتابعه المسبوق فيها وبعد اكمال الركعة هو عاجز عن المتابعة والثالثة
اذا تذكر الامام سجدة التلاوة فان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه ان يعود الى متابعة الامام وان لم يفعل ○
فصلاته فاسدة لان عود الامام الى سجدة التلاوة يرفع القعدة بدليل انه لو لم يقعد بعدها لم تجز صلاته والقعدة من اركانها
كالصلبية وان كان المسبوق قد قيد ركعته بالسجدة قبل ان يعود الامام الى سجدة التلاوة ثم عاد الامام فان تابعه المسبوق فصلاته
فاسدة رواية واحدة وان لم يتابعه ففيه روايتان ○ قال في الاصل صلاته فاسدة ايضا لان عود الامام الى سجدة التلاوة
ينقض القعدة وهو والصلبية سوا ○ وفي نوادر ابي سليمان لا تفسد صلاته لانه لو ترك تلك القعدة جازت صلاته بخلاف
الصلبية وفقه هذا ان قعوده كان معتدا به وانما انتقض في حقه بالعود الى سجدة التلاوة وذلك بعدما استحكم انفراد المسبوق
فلا يتعدى حكمه الا ترى ان اماما لو صلى بقوم ثم ارتد بطل صلاته ولا يبطل صلاة القوم وكذلك لو صلى الظهر بقوم يوم الجمعة
ثم راح الى الجمعة فادركها انقلب المؤدى في حقه تطوعا وبقي فرضا في حق القوم ○ قال واذا اقتدى احد المسبوقين بالاخر
فيما يقضيان فسدت صلاة المؤتم لانه اقتدى في موضع كان عليه الانفراد ولانه كان مقتديا بالامام الاول في بعض صلاته
والاخر ليس بخليفة وهذا اداء صلاة بامامين وذلك لا يجوز لما بينا ○ وكذلك المقيمان خلف المسافر اذا قاما الى اتمام صلاتهما
فاقتدى احدهما بالاخر فصلاة المقتدي فاسدة لما بينا ○ قال فاذا اقتدى مصلي التطوع بمصلي الظهر في القعدة الاخيرة فعليه
اربع ركعات وكذلك لو اقتدى به في اول الصلاة ثم قطعها لانه صار بالاقتداء ملتزما صلاة الامام وصلاة الامام اربع ركعات
قال واذا افتتح الظهر اربع ركعات وهو ينوي ان يصليها ستا ثم بدا له ان يسلم على راس الاربع تمت صلاته وليس عليه شيء ○
الا انه اساء فيما نوى ثم ندم والندم توبة ومجرد النية لا يوجب شيئا ما لم يشرع وانما حصل شروعه في الظهر والظهر لا يكون
اكثر من اربع ركعات وقد اداها وكذلك لو افتتحها المسافر فهو ينوي ان يصليها اربعا ثم بدا له فصلى ركعتين فصلاته تامة لان الظهر
في حق المسافر ركعتان كالفجر في حق المقيم فنية الزيادة على ذلك لغو وكذلك لو نوى ان يقطعها بكلام او غيره فكذلك النية ○
ما لم يعمل بها لقوله عم ان الله تعالى تجاوز عما حدثت به انفسهم ما لم يتكلموا او يعملوا ○ قال واذا لم يقرأ في ركعة من التطوع

او في ركعة من الفجر فسدت صلاته لان فرض القراءة في الركعتين والقراءة في الركعة الواحدة وان طالت لا تنوب عن القراءة في الركعتين
ولا يمكنه ان يصلي بعد الركعة ركعتين لان الفجر لا يكون ثلاثا فكان فهذا تعين جهة الفساد في صلاته . قال واذا توهم مصلي الظهر
انه قد اتمها فسلم ثم علم انه صلى ركعتين وهو على مكانه فانه يتمها ثم يسجد للسهو لان سلامه كان سهوا فلم يصر به خارجا من الصلاة
وهذا بخلاف ما اذا ظن انه مسافر او انه يصلي الجمعة فسلم على راس ركعتين فصلاته فاسدة لانه عالم بالقعدة التي ادى فيها فسلامه سلام عمد
وذلك قاطع لصلاته وظنه ليس بشيء فاما اذا كان عنده ان هذه القعدة هي القعدة الاخيرة فسلامه سلام سهو فلم تفسد صلاته
قال وان لم يسلم ولكنه نوى القطع لصلاته والدخول في صلاة اخرى تطوعا وهو ساهي وقد كبر ثم ذكر ذلك فانه يمضي على التطوع
ثم يعيد الظهر لان تكبيرة بنية التطوع قطع لما كان فيه وشروع في التطوع فيتم ما شرع فيه ثم يعيد ما كان قطعه قبل تمامه
قال وان سهى الامام في صلاة الخوف فسجد للسهو وتابعه فيهما الطائفة الثانية بمنزلة المسبوق من لم يدرك مع الامام اول الصلاة
والطائفة الاولى بمنزلة اللاحقين فقد ادركوا مع الامام اول الصلاة . قال رجل فتح الصلاة فقرا ثم شك في تكبيرة الافتتاح
واعاد التكبيرة والقراءة ثم علم انه كبر فعليه سجود السهو لانه زاد على التكبيرة والقراءة ساهيا وكذلك ان كان ركع قبل ان يشك
بناء على ذلك الركوع وليس بتكبيرة الثاني بقطع للصلاة وان كان في الظهر فتوهم انه في العصر وذلك الصلى ركعة او ركعتين فلا سهو عليه
لانه ما غير شيئا من افعال الصلاة وتعيين النية كان شرطها شرط افتتاح الصلاة لا شرط البقاء فان تفكر في ذلك تفكرا شغله عن ركن فعليه
سجود السهو وقد بيناه . قال واذا قعد المصلي في اخر صلاته قدر التشهد ثم شك في شيء من صلاته حتى شغله ذلك عن التسليم ثم ذكر
انه في الصلاة فسلم فعليه سجود السهو لتاخيره السلام ولهذا قلنا اوان سجود السهو ما بعد السلام لان بعد الفراغ من التشهد
قبل السلام اوان وجوب السهو فيوخر الاداء عنه كما قبل القعدة وان عرض له ذلك بعدما سلم تسليمة واحدة فلا سهو عليه لانه بالتسليمة
الواحدة صار خارجا من الصلاة . والثانية لتعميم القوم بها فلا يتمكن له سهو في صلاته . قال وان احدث في صلاته فذهب
وتوضا يعرض له هذا الشك حتى شغله عن وضوءه ساعة فعليه سجدتا السهو لان حرمة الصلاة باقية بعد الحدث فانما تمكن له هذا السهو
في صلاته . قال واذا صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما فسجد للسهو بعد التسليم ثم اراد ان يبني عليهما ركعتين لم يكن له ذلك لانه لو فعل
كان سجوده للسهو في وسط الصلاة وذلك غير مشروع بخلاف المسافر اذا صلى ركعتين وسجد للسهو ثم نوى الاقامة فانه يقوم لاتمام صلاته
لان هناك انما حصل سجود السهو في خلال الصلاة فذلك لمعنى شرعي لا يفعل باشره باختياره وحقيقة الفرق ان السلام محلل وبالعود
الى سجود السهو يعود حرمة الصلاة للضرورة وهذه الضرورة فيما يرجع الى اكمال تلك الصلاة لا في صلاة اخرى ونية الاقامة عملها في وجوب
الاكمال لتلك الصلاة فظهر عود الحرمة في حقها فاما كل شفع من التطوع صلاة على حدة ولم تعد الحرمة في حق صلاة اخرى فلهذا لا يمكنه ان يبني
عليها ركعتين . قال رجل يصلي العشاء فنسي فيها فقرا اية التلاوة ولم يسجدها وترك ركعة من سجدة ساهيا ثم سلم فان كان ناسيا للكل
لم تفسد صلاته لان هذا سلام السهو وان كان ذاكرا للصلاتية حين سلم فصلاته فاسدة لانه سلام عمد وان كان ذاكرا لسجدة التلاوة
ناسيا للصلاتية فصلاته فاسدة ايضا . وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه لا تفسد صلاته . ووجهه ان سجدة التلاوة
من الواجبات دون الاركان فسلامه فيما هو ركن سلام سهو وذلك لا يفسد الصلاة . وجه ظاهر الرواية انه سلم وهو ذاكر
لواجب يؤدى قبل السلام فكان سلامه قطعا للصلاة وانما قطعها قبل اتمام اركانها ولانا لو لم تفسد صلاته حتى ياتي بالصلاتية
لزمنا ان نقول ياتي بسجدة التلاوة ايضا لبقاء الحرمة ولا وجه الى ذلك فقد سلم وهو ذاكر للتلاوة فكان قطعا في حقه وقراءة التشهد
الاخير في هذا الحكم كسجدة التلاوة لانه واجب ليس بركن . قال واذا قرا الرجل في الصلاة شيئا من التوراة والانجيل والزبور
وهو يحسن القران او لا يحسنه لم يجزه لانه كلام ليس بقران ولا تسبيح ومعنى هذا انه قد ثبت لنا انهم قد حرفوا وبدلوا فيحتمل ان ما قراه
حرفوه وهو كلام الناس ولان النقل المتواتر الذي لا يثبت كلام الله الا به غير موجود فيما هو في ايديهم الان والواجب عليه بالنص
قراءة القران وهذا ليس بقران فلا يقطع القول بانه قرا كلام الله فلهذا فسدت . وقيل هذا اذا لم يكن موافقا لما في القران واما اذا كان
موافقا لما في القران تجوز به الصلاة عند ابي حنيفة لانه يجوز قراءة القران بالفارسية وغيرها من الالسنة فيجعل كان هذا القران بالسريانية
والعبرانية فتجوز الصلاة عنده . قال وان نسي القنوت في الوتر ثم ذكر بعدما رفع راسه من الركوع لم يقنت لانه سنة فات عن موضعها
فان اوان القنوت قبل الركوع وكان سنة في محله يكون بدعة في غير محله ولانه لو قنت لكان بعد الركوع والفرض لا ينتقض بالسنة وبه فارق
قراءة السورة لان القراءة ركن واذا قرا السورة كان مفترضا فيما يقضي فينتقض به الركوع . قال واذا تذكر القنوت وهو راكع ففيه روايتان
في احديهما يعود لان حالة الركوع كحالة القيام ولهذا لو ادرك الامام فيها كان مدركا للركعة ولهذا يعود لتكبيرات العيد اذا ذكرها

في الركوع

في الركوع فكذلك للقنوت . وفي الرواية الاخرى لا يعود للقنوت لان الركوع فرض ولا يترك الفرض بعدما اشتغل به للعود
الى السنة كما لو قام الى الثالثة قبل ان يقعد بخلاف تكبيرات العيد فانها لم تسقط فان الركوع محلها حتى اذا ادرك الامام
في الركوع ياتي بها فلهذا يعود لاجلها فاما القنوت فقد سقط بالركوع لانه ليس بمحل له فان القنوت مشبه بالقراءة وحالة الركوع
ليس بحالة القراءة فبعدما سقط لا يعود لاجله وعليه سجدة السهو على كل حال عاد او لم يعد قنت او لم يقنت لتمكن النقصان
في صلاته لسهوه . قال ولو صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وتشهد ثم قام فصلى ركعتين فعليه ان يسجد للسهو في الاوليين لان الشفع
الثاني بنا على التحريمة التي تمكن فيها السهو فلا يمنعه من اداء سجود السهو والله اعلم بالصواب

باب صلاة المسافر

قال رضي الله عنه واقل ما يقصر فيه الصلاة للسفر اذا قصد مسيرة ثلثة ايام وفسره في الجامع الصغير بمشي الاقدام وسير الابل
وهو الوسط لانه اعجل السير سير البريد وابطا السير سير العجلة وخير الامور اوساطها وهذا مذهب ابن عباس رض واحدى الروايتين
عن ابن عمر رض عنه وفي رواية اخرى التقدير بيوم وليلة وهو قول الزهري والاوزاعي . وقال مالك اربعة برد كل بريد اثنا عشر ميلا
واستدل بحديث مجاهد وعطا ان النبي عم قال يا اهل مكة لا تقصروا الصلاة فيما دون مكة الى عسفان وذلك اربعة برد وقال
الشافعي في قول التقدير بيوم وليلة وفي قول التقدير بستة واربعين ميلا لحديث مجاهد قال سالت ابن عمر رض عن ادنى مدة السفر
فقال لا نعرف السويدا فقلت قد سمعت بها فقال كنا اذا خرجنا اليها قصرنا ومن السويدا الى المدينة ستة واربعين ميلا وقال
نفاة القياس لا تقدير لادنى مدة السفر لظاهر قوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح الاية فاثبات التقدير يكون زيادة
ولكنا نقول ثبت بالنص ان المراد به السفر وقد قال في اية اخرى فمن كان منكم مريضا او على سفر والخارج الى الجبانة او الى ضيعته
لا يصير مسافرا فلا بد من اثبات التقدير لتحقيق اسم السفر وانما قدرنا بثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها
معناه ثلثة ايام وكلمة فوق صلة كما في قوله فاضربوا فوق الاعناق وهي لا تمنع الخروج لغيره بدون المحرم . وقال عم
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها فهو تنصيص على ان مدة السفر لا تنتقص عما يمكن استيفاء هذه الرخصة فيها
والمعنى فيه ان التخفيف بسبب الرخصة لما فيه من الحرج والمشقة ومعنى الحرج والمشقة انه يحتاج الى ان يحمل رحله من عند اهله
وذلك لا يتحقق فيما دون الثلث لان في اليوم الاول يحمل رحله من غير اهله ويحطه في غير اهله وفي اليوم الثاني اذا كان قصد يحطه
في اهله واذا كان التقدير بثلاثة ايام ففي اليوم الثاني يحمل رحله من غير اهله ويحطه في غير اهله فيتحقق معنى الحرج فلهذا قدرنا
بثلاثة ايام ولياليها وقدر بعض اصحابنا بثلث مراحل لان المعتاد من السفر في كل يوم مرحلة واحدة خصوصا في اقصر ايام السنة
وعن ابي يوسف انه قدر بيومين والاكثر من اليوم الثالث فقام الاكثر من اليوم الثالث مقام الكمال وهكذا رواه الحسن عن ابي حنيفة
وابن سماعة عن محمد الا انه اذا بكر واستعجل في اليوم الثالث ووصل الى المقصد قبل غروب الشمس فانما الاكثر مقام الكمال
من اليوم الثالث ولا معنى للتقدير بالفراسخ فان ذلك يختلف باختلاف الطرق في السهولة والجبال والبحر وانما التقدير
بالايام والمراحل وذلك معلوم عند الناس فيرجع اليهم عند الاشتباه فاذا قصد مسيرة ثلثة ايام قصر الصلاة حين يخلف
عمران المصر صار مسافرا لاقتران النية بعمل السفر والاصل فيه حديث علي حين خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر اربعا ثم نظر
الى خص امامه فقال لو جاوزنا هذا الخص صلينا ركعتين . قال واقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما وهو قول ابن عمر وقال الشافعي
اربعة ايام وهو قول عثمان فانه كان يقول من اقام اربعا صلى اربعا ولنا ما اخذ به لحديث جابر ان النبي عم دخل مكة صبيحة الرابع
الرابع من ذي الحجة وخرج منها الى منى في الثامن من ذي الحجة وكان يقصر الصلاة حتى قال بعرفات اتموا يا اهل مكة صلوتكم فانا قوم سفر
وانما قدرنا بخمسة عشر يوما لان التقدير انما يكون بالايام او بالشهور والمسافر لا يجد بدا من المقام في المنازل اياما للاستراحة
او لطلب الرفقة فقدرنا ادنى مدة الاقامة بالشهور وذلك نصف شهر ولان مدة الاقامة في معنى مدة الطهر لانه يعيد ما سقط
من الصوم والصلاة كما يتقدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة السفر
ثلاثة ايام اعتبارا بادنى مدة الحيض واستدل الشافعي بما روي ان النبي عم رخص للمهاجرين بمكة بعد قضاء المناسك
ثلاثة ايام فهو دليل على ان بالزيادة على ذلك يثبت حكم الاقامة . ولكنا نقول انما قدر بهذا لانه علم ان حوائجهم كانت ترتفع
في هذه المدة لا بتقدير ادنى مدة الاقامة . قال واذا قدم الكوفي مكة وهو ان ينوي ان يقيم فيها وبمنى خمسة عشر يوما فهو مسافر

لان نية الاقامة ما يكون في موضع واحد فان الاقامة ضد السفر والانتقال من الارض الى الارض فيكون ضربا في الارض ولو جوزنا
نية الاقامة في موضعين جوزنا فيما زاد على ذلك فيؤدي الى القول بان السفر لا يتحقق لان اذا جمعت اقامة المسافر في المراحل ربما يزيد
على خمسة عشر يوما وهذا اذا نوى الاقامة في موضعين بمكة ومنى او الكوفة والحيرة فان عزم على ان يقيم بالليالي باحد الموضعين
ويخرج بالنهار الى الموضع الاخر فان دخل اولا الموضع الذي عزم على المقام فيه بالنهر لا يصير مقيما ثم بالخروج الى الموضع الاخر
لا يصير مسافرا لان اقامة الرجل حيث يبيت فيه الا ترى انك اذا قلت للسوقي اين تسكن يقول في محلة كذا وهو بالنهار يكون في السوق
وكان سبب تفقه عيسى بن ابان هذه المسئلة فانه كان مشغولا بالحديث قال فدخلت مكة في اول العشر من ذي الحجة مع صاحب لي
وعزمت على الاقامة شهرا فجعلت اتم الصلاة فلقيني بعض اصحاب ابي حنيفة فقال اخطات فانك تقيم بمكة فلم تخرج منها لا تكون
مسافرا فقلت اخطات في مسئلة في موضعين ولم ينفعني ما جمعت من الاخبار فدخلت في مجلس محمد واشتغلت بالفقه قال
وان لم يعزم على الاقامة مدة معلومة ولكنه مكث اياما في المصر وهو على عزم الخروج لا يصير مقيما عندنا وان طال مكثه وقال الشافعي
ان زاد على ثمان عشرة ليلة اتم الصلاة لان النبي عم اقام بمكة بعد الفتح ثمان عشرة ليلة وكان يقصر الصلاة والقياس ان السفر يتعدد
بالمقام لانه ضده تركناه في المدة للنص فبقي ما وراءه على اصل القياس ● ولنا ما روي عن النبي عم انه اقام بتبوك عشرين ليلة
يقصر الصلاة وابن عمر اقام باذربيجان ستة اشهر يقصر الصلاة وانس اقام بنيسابور شهرا يقصر الصلاة وعلقمة بن قيس اقام بخوارزم
سنتين يقصر الصلاة ولانه لو خرج خلف غريم له لم يصر مسافرا ما لم ينو ادنى مدة السفر وان طاف جميع الدنيا فكذلك
لا يصير مقيما ما لم ينو المكث ادنى مدة الاقامة وان طال مقامه اتفاقا ● قال وان خرج من مصره مسافرا بعد ما دخل وقت الصلاة
صلى صلاة المسافر عندنا ● وقال ابن شجاع يصلي صلاة المقيم وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما يصلي فيه اربع ركعات
ثم خرج مسافرا صلى اربعا وهو بناء على ان وجوب الصلاة عندهما باول الوقت فاذا كان مقيما في اول الوقت وجب عليه صلاة المقيمين
فلا يسقط ذلك بالسفر وعندنا الوجوب يتعلق باخر الوقت فاذا كان مسافرا لانه مخير في اول الوقت بين الاداء والتاخير والوجوب
مع الخير والتخيير ينفي الوجوب بدلوهات في الوقت لقوله تعالى ولا شيء عليه فعلمنا ان الوجوب يتعلق باخر الوقت فاذا كان مسافرا في اخر الوقت
كان عليه صلاة السفر وان كان الباقي من الوقت قدر ما لا يصلي صلاة المقيم لان التاخير لا يتسع الى وقت لا يتمكن من اداء الصلاة فيه
في الوقت ● ولكنا نقول جزء من الوقت بمنزلة جميعه الا ترى ان ادراك الجزء من الوقت كاف للسبب لوجوب الصلاة فوجود السفر
في ذلك الجزء كوجوده في جميع الوقت ● والدليل عليه ان الصلاة لا تصير دينا في ذمته الا بخروج الوقت فاذا صار مسافرا قبل
ان تصير دينا في ذمته صلى صلاة المسافرين فاذا صار دينا في ذمته بخروج الوقت قبل ان يصير مسافرا لا يتغير ذلك بالسفر ويعتبر
جانب السفر بجانب الاقامة فانه لو دخل مصره قبل خروج الوقت صلى صلاة المقيمين وان كان الباقي من الوقت شيئا يسيرا فكذلك
في جانب السفر ولا حاجة الى نية الاقامة اذا دخل مصره فان النبي عم كان يخرج مسافرا الى الغزوات ثم يعود الى المدينة ولا يجدد
نية الاقامة ● قال واذا قرب المسافر من مصره وحضرت الصلاة صلى صلاة المسافرين ما لم يدخل مصره لان عليا رض صلى صلاة السفر
وهو ينظر الى بيوت الكوفة حين قدم من البصرة وهكذا روي عن ابن عمر رض ان المسافر يصلي ركعتين ما لم يدخل منزله لانه في موضع
لو خرج من المصر اليه على قصد السفر صار مسافرا فلا يبقى بعد وصوله اليه اولى وان كان خرج من مصره مسافرا ثم بدا له ان يرجع
الى مصره لحاجة له قبل ان يسير مسيرة ثلاثة ايام صلى صلاة المقيم في انصرافه لانه نقض عزيمة السفر بعزمه على الرجوع الى وطنه
وبينه وبين وطنه مسيرة السفر صار مقيما من ساعته خلافا للاول فانه ماض على سفره ما لم يدخل مصره ● قال رجل خرج من مصره
مسافرا فحضرت الصلاة فافتتحها ثم احدث فانفتل ليأتي مصره فيتوضأ ثم علم ان امامه ماء فانه يتوضأ ويصلي صلاة المقيم فان تكلم
صلى صلاة المسافر لانه من عزم على الانصراف الى اهله صار مقيما في صلاته لا يصير مسافرا فيها الا ترى ان المسافر اذا نوى الاقامة
في خلال الصلاة يصح والمقيم في السفينة اذا جرت به السفينة لا يصير مسافرا في هذه الصلوات لان السفر عمل وحرمة الصلاة
تمنع عن مباشرة العمل فاما الاقامة ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنع من ذلك فاذا تكلم فقد انفتحت حرمة الصلاة وهو متوجه
امامه على عزم السفر فصار مسافرا ● والاصل ان النية متى تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة فاذا نوى الاقامة في موضع الاقامة
فقد اقترنت بالنية عمل الاقامة فصار مقيما واذا نوى السفر فقد تجردت النية عن العمل ما لم يخرج فلا يصير مسافرا وهو نظير
ما لو نوى في عبد التجارة ان يكون للخدمة صار للخدمة ● ولو نوى في عبد الخدمة ان يكون للتجارة لا يصير لها ما لم يتجر فيه ● قال
مسافر صلى في سفره اربعا فان كان قعد في كل ركعتين قدر التشهد فصلاته تامة والاخريان تطوع له وان كان لم يقعد فصلاته

فاسدة

فاسدة عندنا ● وقال مالك يعيد ما دام في الوقت على كل حال ● وقال الشافعي صلاته تامة وكان الاربع فرضا له وهو بناء
على ان القصر عزيمة في حق المسافر عندنا ● وقال الشافعي رخصة واستدل بقوله تعالى فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة
فهو تنصيص على ان اصل الفرض اربع ركعات والقصر رخصة وعن يعلى بن امية انه قال سالت عمر بن الخطاب ما بال الناس
يقصرون الصلاة في السفر ولا نخاف شيئا وقد قال الله تعالى ان خفتم فقال اشكل علي ما اشكل عليك فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال انها صدقة تصدق الله عليكم بها فاقبلوا صدقته فهو تنصيص على ان القصر رخصة وان عائشة كانت تتم الصلاة
في السفر وعثمان صلى بعرفات اربع ركعات ثم اعتبر الصلاة بالصوم فان السفر مؤثر فيهما ثم الفطر رخصة ومن صام
في السفر كان مؤديا للفرض فكذلك القصر في الصلاة ● ولنا حديث عائشة قالت فرضت الصلاة في الاصل ركعتين
الا المغرب فانها وتر النهار ثم زيدت في الحضر واقرت في السفر على ما كانت ● وعن عمر رض قال صلاة المسافر ركعتان
تام غير قصر على لسان نبيكم ● وعن ابن عمر قال صلاة المسافر ركعتان من خالف السنة فقد كفر ● وابن عباس قال
صلاة المسافر ركعتان وسأله رجلان احدهما كان يتم الصلاة في السفر والثاني يقصر عن حالهما فقال للذي قصر
انت الذي كملت وقال للاخر انت قصرت ولما صلى عثمان بعرفات اربعا قال ابن مسعود صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
في هذا المقام ركعتين ومع ابي بكر وعمر ركعتين ثم اختلفت بكم الطرق فليت حظي من الاربع مثل حظي من ركعتين فلما بلغ ذلك
الى عثمان قال اني تاهلت بمكة وسمعت رسول الله عم يقول من تاهل ببلدة فهو من اهلها فانكار عبد الله بن مسعود واعتذار عثمان
دليل على ان فرض المسافر ركعتان الا ان ابن مسعود احب ان يكون اقامة الصلاة على هيئة فعل رسول الله عم
وعثمان قام بنفسه لكثرة الاعراب بعرفات كيلا يظنوا ان الصلاة في حق المقيم ركعتان والمعنى فيه ان الشفع الثاني ساقط
عن المسافر لا الى بدل وبقاء الفريضة يوجب القضاء او الاداء فحين لم يثبت في حقه واحد منهما عرفنا انه لم يبق الفريضة فيما زاد
على الركعتين في حقه وان الظهر في حقه كالفجر في حق المقيم ثم المقيم اذا صلى اربعا فان لم يقعد في الثانية فسدت صلاته لاشتغاله
بالنفل قبل اكمال الفرض وان قعد في الثانية جازت صلاته والاخريان تطوع له فكذلك هنا وبه فارق الصوم فان الفرض ثمة لم يبق
هنا لم يسقط عن قضا او اداء ● وتاويل حديث عائشة ما قيل انها كانت تتنقل من بعض اولادها الى بيت بعض فلم تكن
مسافرة وفي قول رسول الله عم فاقبلوا صدقته ما يدل على ان القصر عزيمة لانه امر به والامر على الوجوب ● وتاويل
الاية القصر في القراءة والاركان عند الخوف فاما صلاة المسافر عرفناه بالسنة كما روينا من الاثار ● قال مسافر صلى الظهر
ركعتين وسلم وعليه سهو ثم نوى الاقامة فصلاته تامة لان نيته لم تصادف حرمة الصلاة عند ابي حنيفة وابي يوسف
فلا يتغير به فرضه وليس عليه سجود السهو لانه لو سجد للسهو كان عائدا الى حرمة الصلاة فيتغير فرضه بنية الاقامة ويكون
سجوده في خلال الصلاة وكما يسجد يترك الاتمام للصلاة فلا فائدة للاشتغال به فان كان نية الاقامة بعد ما عاد الى سجود السهو
قام فاتم صلاته لان نيته حصلت في حرمة الصلاة ● وعند محمد هما سواء يتم صلاته ثم يسجد للسهو لان عنده بالسلام
لا يصير خارجا من الصلاة اذا كان عليه سهو وقد بينا هذا ● قال مسافر ام مسافرين ومقيمين فصلى بهم ركعة وسجدة
ثم احدث فقدم رجلا دخل معه في الصلاة ساعتيد وهو مسافر فلا ينبغي لذلك الرجل ان يتقدم لان غيره اقدر على اتمام
صلاة الامام وان تقدم جاز لانه شريك الامام وينبغي له ان يسجد تلك السجدة لانه خليفة الاول فيبدا بما كان على الامام
الاول وعلى الامام ان يبدا به فان لم يفعله ولكنه صلى بهم ركعة وسجدة ثم احدث فجاء ساعتيد فذهب وتوضا ورجع
الامام الاول فقدم الثاني قال يسجد الثالث السجدة الاولى لانه خليفة الامامين ويسجدها معه الامام الاول والقوم لانهم
صلوا تلك الركعة فاما هي عليهم منها تلك السجدة ولا يسجدها الامام الثاني لانه مسبوق في تلك الركعة فعليه اعادتها
فلا يبدا بالسجدة منها ● وفي نوادر ابي سليمن قال يسجدها معهم لانه كالمقتدي بالامام الثالث متابعه فيما ياتي به وان كان
محسوبا من صلاته لما ادرك الامام في السجود ثم يسجد السجدة الاخرى ويسجدها معه الامام الثاني والقوم لانهم صلوا
معه هذه الركعة ولا يسجدها معه الامام الاول الا ان يكون صلى تلك الركعة وانتهى الى هذه السجدة فحينئذ يسجدها لانه
لاحق فيبدا بالاول فالاول ولهذا قلنا يصلي الامام الاول الركعة الثانية بغير قراءة ثم يتشهد الامام الثالث ويتاخر
ويقدم رجلا ممن ادرك اول الصلاة فيسلم بهم لانه عاجز عن السلام بنفسه فيستعين بمن يقدر عليه ثم يسجد للسهو ويسجدون
ثم يقوم الثاني فيقضي الركعة التي سبق بها بقراءة ويكملوا المقيمين صلاتهم ثم ذكر بعد هذا فصلين في المقيمين احدهما في اللاحقين

اذا صلى الائمة الاربعة كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم احدث الرابع وقدم خامسا وجاء الائمة الاربعة فانه ينبغي للخامس
ان يبدا بالسجدة الاولى ويسجدها معه الائمة والقوم لانهم صلوا تلك الركعة ثم يسجد السجدة الثانية ويسجدونها معه غير
الامام الاول والثاني لانهما لم يصليا الركعة الثانية ثم يسجد الرابعة ويسجدونها معه غير الامام الاول والثاني والثالث
لانهم ما صلوا هذه الركعة بعد ثم يقوم الامام الاول ويقضي ثلث ركعات والامام الثاني ركعتين والامام الثالث الركعة
الرابعة بغير قراءة لانهم مدركون لاول الصلاة ثم يسلم الخامس ويسجد للسهو والقوم معه وكل امام فرغ من اتمام صلاته
واذركه تابعه في سجود السهو ومن لم يفرغ اخر سجود السهو الى اخر صلاته والفصل الثاني في الائمة الاربعة اذا كانوا مسبوقين
وقد صلى كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم احدث الرابع وقدم رجلا جاء ساعتيذ وتوضا الائمة الاربعة وجاؤوا فينبغي للخامس
ان يسجد السجدة الاولى ويسجدها معه القوم والامام الاول ولا يسجدها معه الامام الثاني والثالث والرابع لانهم
مسبوقون في تلك الركعة ● وفي النوادر ان يسجدونها معه للمتابعة ثم يسجد السجدة الثانية ويسجدها معه القوم والامام
الثاني لانه صلى تلك الركعة بعد ولا الثالث والرابع لانهما مسبوقان في هذه الركعة الا على رواية النوادر ثم يسجد الثالثة
ويسجدها معه القوم والامام الثالث لانهم صلوا هذه الركعة ولم يسجدوا هذه السجدة ثم يسجد الرابعة ويسجدها معه القوم
والامام الرابع ثم يتشهد ويتاخر فيقدم سادسا ليسلم بهم ويسجد سجدتي السهو ثم يقوم الخامس فيصلي اربع ركعات
لانه مسبوق فيها يقرا في الاوليين وفي الاخريين هو بالخيار واما الامام الاول فهو يقضي ثلث ركعات بغير قراءة لانه ادرك اول الصلاة
ولا قراءة على اللاحق فيما يقضي والامام الثاني يقضي ركعتين لانه لاحق فيهما ثم ركعة بقراءة والامام الثالث يقضي الرابعة اولا
بغير قراءة ثم يقضي ركعتين بقراءة لانه مسبوق فيهما والامام الرابع يقضي ثلث ركعات يقرا في ركعتين منها ● وفي الثالثة هو بالخيار
لانه مسبوق فيها فان قيل لماذا اورد هذه المسايل مع تيقن كل عاقل بانها لا تقع ولا يحتاج اليها ● قلنا لا ينبغي للمجتهد
يعلم ما يحتاج اليها لا يتعلم ما لا يحتاج اليه فيصير الكل من جملة ما يحتاج اليه بهذا الطريق وانما يستعد للبلاء قبل نزولها ○
قال مسافر ام مسافرين صلى بهم ركعة ثم نوى الاقامة فعليه ان يكمل بهم الصلاة لان نيته استندت الى اول الصلاة وهم
قد التزموا متابعته فعليهم ما عليه من اتمام الصلاة بخلاف ما اذا كان الناوي للاقامة خليفة الامام المسافر لان القوم ○
ما التزموا متابعته وانما التزمهم ذلك للضرورة اصلاح صلاتهم فيما وراء ذلك ليس عليهم متابعته ○ ● قال امام احدث
فاستخلف مدركا قد نام خلفه حتى صلى الامام ركعة وقعدة فان تاخر هو وقدم غيره فهو اولى لان غيره اقدر على اتمام صلاة الامام
فانه محتاج الى البداية لما فرغ منه الامام وان لم يفعل ولكنه اشار اليهم بان ينتظروه ليصلي ركعة او لا ثم صلى بهم بقية الصلاة
جاز ايضا لانه شريك الامام فيصلح ان يكون خليفة الامام وان لم يفعل ولكنه اشار اليهم وصلى بهم الثلاث ركعات بقية صلاة
الامام وتشهد ثم قدم مدركا وسلم بهم وقام وقضى ما عليه اجزاه ذلك عندنا ● وقال زفر لا يجزيه لانه مامور بالبداية بالركعة
الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب المامور به فتفسد صلاته كالمسبوق اذا بدا بقضاء ما فاته قبل ان يتابع الامام فيما ادرك
ولنا ما روي ان مراعاة الترتيب في افعال الصلاة الواحدة واجبة وليست بركن الا ترى انه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى
اخر صلاته لم تفسد صلاته وان المسبوق اذا ادرك الامام في السجود يتابعه فيها فعلمنا ان مراعاة الترتيب في صلاة واحدة ○
ليست بركن فتركها لا يفسد الصلاة بخلاف المسبوق ففساد صلاته هنا للعمل بالمنسوخ لا لترك الترتيب ولان حكم ما هو مسبوق فيه
مخالف لحكم ما ادرك معه لانه فيما هو مسبوق كالمنفرد فان انفرد في موضع يجب عليه الاقتداء تفسد صلاته وها هنا حكم الكل واحد
في حقه فترك الترتيب لا يكون مفسدا صلاته ● قال فان صلى بهم ركعة ثم ذكر ركعة تلك فالافضل ان يومي اليهم لينتظروه حتى يقضي
تلك الركعة ثم يصلي بهم بقية الصلاة كما كان في الابتداء يفعله وان لم يفعل وتاخر حتى يتذكر ذلك وقدم رجلا منهم فصلى بهم فهو
ايضا كما في الابتدا وان لم يفعل ولكنه صلى بهم وهو ذاكر الركعة اجزاه ايضا لما بينا ● قال وليس للمسافر ان يقتدي بالمقيم بعد
فوات الوقت وللمقيم ان يقتدي بالمسافر في الوقت وبعد فوات الوقت لان النبي عم جوز اقتداء اهل مكة بعرفات حتى قال
اتموا صلوتكم يا اهل مكة فانا قوم سفر وكذلك بعد فوات الوقت لان فرض المقيم لا يتغير بالاقتدا واما اقتداء المسافر بالمقيم
في الوقت يجوز ويتغير فرضه هكذا روي عن ابن عمر وابن عباس وبعد فوات الوقت لا يصح اقتداؤه لان فرضه لا يتغير بالاقتدا
فان المغير للفرض اما نية الاقامة او الاقتداء بالمقيم ثم من بعد خروج الوقت لا تغير نية الاقامة فكذلك الاقتداء بالمقيم
واذا لم يتغير فرضه كان هذا عقدا لا يفيد موجبه ولو صلى ركعتين وسلم كان بعد فرغ قبل امامه وان اتم اربعا كان خالطا

النفل بالمكتوبة قصدا وذلك لا يجوز ثم القعدة الاولى نفل في حق الامام فرض في حقه واقتدا المفترض بالمتنفل لا يجوز على ما بينا
هذه الفروق فيما امليناه من شرح الجامع ● قال والغلام المراهق اذا كان بعد رجل في الصف اجزاهما ذلك لحديث انس فاقامني
واليتيم من ورايه ○ ● قال رجل ترك صلاة واحدة ثم صلى شهرا وهو ذاكرها فعليه ان يقضي تلك الصلاة وحدها استحسانا ○
وان كان صلى يوما او اقل من ذلك بعدها اعاد ما صلى بعدها في هذه عند ابي حنيفة وهذه المسئلة التي يقال لها واحدة تفسد خمسا
وواحدة تصحح خمسا لانه ان صلى السادسة قبل الاشتغال بالقضاء صح الخمس عنده وان ادى المتروكة قبل ان يصلي السادسة
فسد الخمس وعلى قولهما عليه قضا الفايتة وخمس صلوات بعدها وهو القياس لان الخمس فسدت بسبب ترك الترتيب حتى لو اشتغل
بالقضاء في ذلك الوقت كان عليه قضا الكل فبتاخير القضا لا ينقلب صحيحا ● وابو حنيفة يقول الفساد كان بوجوب مراعاة الترتيب
وقد سقط ذلك عنه بالاتفاق عند تطاول الزمان والدليل عليه انه لو اعادها غير مرتب يجوز فكيف يلزمه اعادتها لترك الترتيب
مع انه ليس عليه مراعاة الترتيب في الاعادة ● ولا يبعد ان يتوقف حكم الصلاة المؤداة على ما يتبين في الثاني كمصلي الظهر يوم الجمعة
اذا ادرك الجمعة تبين ان المؤداة كان تطوعا وان لا كان فرضا وصاحبة العادة اذا انقطع دمها فيما دون عادتها صلت صلوات
ثم عاودها الدم تبين انها لم تكن صلاة صحيحة ○ ● قال واذا زاد على ايام عادتها فانقطع لتمام العشرة تبين ان الكل حيض وليس
عليها قضاء الصلوات وان جاوزها كان عليها قضا الصلوات ○ ● وقال ابو حنيفة ومحمد اذا صلى الحاج المغرب في طريق المزدلفة
فعليهم اعادتها ان وصل الى المزدلفة قبل طلوع الفجر وان لم يصل فليس اعادتها عليه فهذا مثله ● وحاصل كلام ابي حنيفة ○
ان هذه الصلوات مؤداة في وقتها والفساد بسبب ترك الترتيب فساد ضعيف فلا يبقى حكمه بعد سقوط الترتيب فيما يقولان
الحكم بفساده لمراعاة الترتيب لا يصح لسقوط الترتيب كمن افتتح الصلاة في اول الوقت وتذكر الفايتة فطولها حتى ضاق الوقت
لم يحكم بجوازها الا ان ابا حنيفة قال هناك لم يسقط الترتيب لان بعد السقوط لا يعود الترتيب وهنا لما ذا خرج الوقت ○
فعليه مراعاة الترتيب وعلى قول زفر يلزمه اعادة المتروكة وصلاة شهر بعدها بناء على مذهبه في حد الكثرة التي يسقط به الترتيب
وقد بينا ● قال رجل صلى الظهر على غير وضوء ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا لذلك وهو يظن انه يجزيه فعليه ان يعيدهما جميعا ○
لوجوب مراعاة الترتيب وظنه جهل فلا يسقط عنه ما هو مستحق عليه وكان الحسن بن زياد يقول انما يجب مراعاة الترتيب
على من يعلم فاما من لا يعلم فليس عليه ذلك لانه ضعيف في نفسه فلا يثبت حكمه في حق من لا يعلم به وكان زفر يقول اذا كان عنده
ان ذلك يجزيه فهو في معنى الناسي للفايتة فيجزيه فرض الوقت ○ ● ولكنا نقول ان كان الرجل مجتهدا فقد ظهر عنده ان مراعاة الترتيب
ليس بفرض فهذا دليل شرعي لذلك ان كان ناسيا فهو غير مخاطب باداء الفايتة قبل ان يتذكر فاما اذا كان ذاكرا وهو غير
مجتهد فمجرد ظنه ليس بدليل شرعي فلا يعتبر فان اعاد الظهر وحدها ثم صلى المغرب وهو يظن ان العصر له جايز فانه يجزيه المغرب ويعيد
العصر فقط لان ظنه هذا استند الى خلاف معتبر بين العلما فكان دليلا شرعيا ● وحاصل الفرق ان فساد الصلاة بترك الطهارة
فساد مجمع عليه فيظهر اثره فيما يؤدى بعده فاما فساد العصر بسبب ثبت فساد ضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى الصلاة اخرى
وهو كمن جمع بين حر وعبد في البيع بثمن واحد بطل العقد فيهما بخلاف ما اذا جمع بين قن ومدبر ● قال رجل اسلم في دار الحرب فمكث فيها شهرا
ولم يصل ولم يعلم ان عليه الصلاة فليس عليه قضاؤها ● وقال زفر عليه قضاؤها لانه بقبول الاسلام صار ملتزما لما هو من احكامه
ولكن قصر عنه الخطاب لا دائه والجهل به وذلك غير مسقط للقضا بعد تقرر السبب الموجب كالنايم اذا انتبه بعد مضي وقت الصلاة عليه
وجه قولنا ان ما يجب بخطاب الشرع لا يثبت حكمه في حق المخاطب قبل علمه به ● الا ترى ان اهل قبا افتتحوا الى بيت المقدس بعد فرضية
التوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله عم لانه لم يبلغهم وشرب بعض الصحابة الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل
قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب بحسب الوسع وليس في وسع الانسان
قبل العلم ولو ثبت حكم الخطاب كان فيه من الحرج ما لا يخفى ● ولهذا قلنا ان عزل الوكيل والحجر على الماذون لا يثبت في حقه ما لم يعلم
وان كان ذميا اسلم في دار الاسلام فعليه قضاؤها استحسانا ● وفي القياس لا قضاء عليه ايضا وهو الحد لما بينا
ووجه الاستحسان ان الخطاب شايع في دار الاسلام فيقوم شيوع الخطاب مقام العلم لانه ليس في وسع المبلغ ان يبلغ
كل احد انما الذي في وسعه ان يجعل الخطاب شايعا في دار الاسلام وهذا لانه يسمع الاذان والاقامة ويرى شهود الناس
الجماعات في كل وقت فانما اشتبه عليه ما لا يشتبه ولان في دار الاسلام يجد من يسال عنه فترك السوال تقصير منه بخلاف
دار الحرب فان بلغه في دار الحرب رجل واحد فعليه القضا فيما ترك بعد ذلك عندهما وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله

وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة ما لم يخبره رجلان او رجل وامرأتان لا يلزمه القضاء لان هذا خبر ملزم ومن اصله اشتراط العدد
في الخبر الملزم كما قال في الحجر على المأذون وعزل الوكيل والاخبار بجناية العبد وجه الرواية الاخرى وهو الاصح ان كل
مأمور من صاحب الشرع مأمور بالتبليغ قال عليه السلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم اداها الى من لم يسمعها فهذا المبلغ
نظير الرسول من المولى والموكل وخبر الرسول هناك ملزم فها هنا كذلك قال رجل ترك الظهر والعصر من يومين مختلفين لا يدري
لعل الظهر الذي تركها اولا او العصر فانه يتحرى في ذلك لان عليه مراعاة الترتيب ولا يتوصل اليها الا بالتحري فعليه ان يتحرى كما اذا
اشتبهت عليه القبلة فان لم يكن له في ذلك رأي وأراد الاخذ بالثقة صلاهما ثم اعاد الاولى منهما عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه سوى
التحري لانا نعلم يقينا انه ما ترك سوى الصلوتين فكيف يلزمه قضاء ثلث صلوات وهذا نظير من اشتبهت عليه القبلة لا يؤمر بالصلاة
الى الجهات كلها احتياطا وابو حنيفة يقول الاخذ بالاحتياط في العبادات اصل وفي مراعاة الاولى منهما تيقن باداء ما كان عليه
من الترتيب بخلاف امر القبلة فان الصلاة الى غير جهة القبلة لا تكون قربة فلا يحصل معنى الاحتياط بمباشرة ما ليس بقربة فاما ها هنا
اعادة الاولى اما ان تكون فرضا او نفلا وهو قربة وهو نظير من يذكر فائتة لا يدري ايما هي من صلوات اليوم او الليلة فعليه صلاة
يوم وليلة احتياطا وكذلك لو تذكر انه ترك سجدة من صلاة وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول يعيد الفجر والمغرب ثم يصلي اربعا بنية
ما عليه بثلث تحريمات وهذا كله فاسد فان القضاء لا يتأدى الا بتعيين النية وفيما قالوا تضييع النية فكيف يتأدى به القضاء والصحيح
ما قلنا انه يعيد صلاة يوم وليلة احتياطا هذا مثله قال رجل ام نساء معهن رجل فاحدث فذهب فتوضأ فصلاته تامة
وصلاة النسوة فاسدة لان صلاتهن لهذا قال فان استخلف امرأة فسدت صلاته وصلاتهن وقال زفر تجوز صلاة النسوة
لان المرأة تصلح لامامة النساء دون الرجال بدليل الابتداء ولكنا نقول اشتغاله باستخلاف من لا يصلح ان يكون خليفة له مفسد لصلاته
فانما فسدت صلاته قبل تحول الامامة منه الى غيره فتفسد به صلاة المقتدين قال فان تقدمت منهن امرأة من غير ان يقدمها
قبل ان يخرج من المسجد فهذا والاول سواء وهذا جواب منهم فقد تقدم فصلان حكمهما مختلف ثم ذكر الفصل الثالث فلم يبين باي فصل يعتبره
فمن اصحابنا من قال معناه هذا واستخلاف الامام اياها سواء حتى تفسد صلاة الامام لما بينا في باب الحدث انه لا فرق بين تقدم واحد
من القوم وبين تقديم الامام اياه والاصح ان هذا نظير الفصل الاول حتى لا تفسد صلاة الامام لانه لم يشتغل باستخلاف من لا يصلح خليفة له
وليس للنساء عليه ولاية في افساد الصلاة فصار في حقه كأن لم يتقدم واحدة منهن فتجوز صلاته في حق نفسه كالمنفرد قال مسافر
صلى الظهر ركعتين بغير قراءة ثم نوى المقام فعليه ان يصلي ركعتين بقراءة وهو والمقيم فيه سواء عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد صلاته فاسدة وهذا بناء على ما سبق ان فساد الصلاة بترك القراءة يخرجه من حرمة الصلاة عند محمد ولا يخرجه منها
عندهما واما على سبيل الابتداء ها هنا حجة محمد ان ظهر المسافر كفجر المقيم ثم الفجر في حق المقيم يفسد بترك القراءة فيهما او في احديهما
على وجه لا يمكنه اصلاح صلاته الا بالاستقبال فكذلك الظهر في حق المسافر اذ لا تأثير لنية الاقامة في رفع الفساد وهما
ان نية الاقامة في آخر الصلاة كهي في اولها ولو كان مقيما في اولها لم تفسد صلاته بترك القراءة في الاوليين فهذا مثله وبيان هذا ان المفسد
لم يتقرر في صلاة المسافر بعرض ان يلحقه مدد نية الاقامة والمفسد خلو الصلاة عن القراءة في الركعتين منها ولا يتحقق ذلك
بترك القراءة في الاوليين بخلاف فجر المقيم وكذلك ان قام الى الثالثة وركع ثم نوى الاقامة الا انه ان كان لم يقرأ في الاوليين يعيد القراءة
وان كان قرأ في الاوليين يعيد القيام والركوع لانه انما ادى ذلك لانه حين قام الى الثالثة لم يكن نوى الاقامة الا انه لم يكن يعتد في الاخرى
وكان حين الركعة بمقدار ما ادى الى وقت نية الاقامة نافلة فلا تنوب عن الفرض فكان عليه الاعادة لهذا قال مسافر دخل في صلاة
المقيم ثم ذهب الوقت لم تفسد صلاته لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام فلم يتغير بخروج الوقت فالتحق بغيره من المقيمين بخلاف ما لو اقتدى
بعد خروج الوقت فان الاتمام لم يلزمه بهذا الاقتداء فان افسدها الامام على نفسه كان على المسافر ان يصلي صلاة السفر لان وجوب
الاتمام عليه بمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فان قيل قد كان هو مقيما في هذه الصلاة عند خروج الوقت فصار في حكم المقيم
بعد خروج الوقت لا يتغير ذلك الفرض قلنا لم يكن مقيما فيها وانما يلزمه الاتمام لمتابعة الامام الا ترى انه لو افسد الاقتداء
في الوقت كان يصلي صلاة السفر والقصر في السفر في الظهر والعصر والعشاء لان القصر عبارة عن سقوط شطر الصلاة وفي هذه الصلاة
بعد سقوط الشطر تبقى صلاة كاملة بخلاف الفجر فان بعد سقوط الشطر منها لا تبقى الا ركعة وهي لا تكون صلاة تامة وكذلك في المغرب
بعد سقوط شطر لا تبقى صلاة تامة فلهذا لم يدخلها القصر والسنن والتطوعات لا يدخلها القصر بسبب السفر لان القصر في الصلاة
بسبب السفر توقيف لا يعرف بالرأي ومن الناس من قال يترك السنن في السفر ويروى عن بعض الصحابة قال لو اتيت بالسنن لاتممت الفريضة

وتاويل

وتاويل هذا عندنا في حالة الخوف على وجه لا يمكنه المكث في حالة اداء السنن قال ويخفف القراءة في جميع الصلوات لما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر في السفر قل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد وما طول القراءة في صلاة الفجر ولان السفر لما اسقط عنه
شطر الصلاة دفعا للحرج فلان يسقط مراعاة سنة القراءة اولى ولكن المستحب ان يكون قراءته في الفجر والظهر اطول اعتبارا بحالة الاقامة
فيقرأ والشمس وضحاها والسماء والطارق وما اشبهها وفي العصر والمغرب والعشاء قل هو الله احد وما اشبهها قال واذا دخل
المسافر في صلاة المقيم يلزمه الاكمال ان دخل في اولها او في آخرها قبل السلام لان الاقتداء بالمقيم في تغيير الفرض كنية الاقامة
ولا فرق فيه بين اول الصلاة وآخرها وهذا مثله قال واذا وطن اهل العسكر انفسهم على الاقامة وهم في دار الحرب محاصرون لاهل
حائط وهم مسافرون لحديث ابن عباس ان رجلا سأله فقال انا نطيل الثوى في دار الحرب فقال صل ركعتين حتى ترجع الى اهلك
ولان نية الاقامة لا تصح الا في موضع الاقامة ودار الحرب ليس بموضع للاقامة للمحاربين من المسلمين لانه غير متمكن من القرار بنفسه
بل هو بين ان يهزم العدو فيقر وبين ان يهزموه فيفر ولان منعة البلدة تمنع حقوقها والبلدة في يد اهل الحرب فالموضع الذي فيه العسكر
كان في ايديهم ايضا حكما وكذلك ان نزلوا المدينة وحاصروا اهلها في الحصن فلا قرار لهم ما داموا محاربين فكانت نية الاقامة في غير موضعها
فتفاسد نية السفر في غير موضعها وكذلك ان حاربوا اهل البغي في دار الاسلام وحاصروهم وقال زفر في الفصلين جميعا ان كانت
الشوكة والغلبة للعدو لم يصح نيتهم الاقامة وان كانت الشوكة لهم صحت نيتهم الاقامة لانهم يتمكنون من القرار باعتبار الظاهر
وقال ابو يوسف ان كانوا في الاخبية والفساطيط خارج البلدة لم يصح نيتهم الاقامة وان كانوا في البيوت والابنية صحت نيتهم
الاقامة لان البناء هو موضع الاقامة دون الصحراء وعلى هذا الخلاف التاجر والذين يسكنون الاخبية في دار الاسلام
كالاعراب والاتراك فمنهم من يقول لا يكونون مقيمين ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون لان الاقامة للرجل
اصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر قط انما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين باعتبار الاصل قال
واذا مر الامام بمدينة وهو مسافر فصلى بهم الجمعة اجزأهم واجزأته وقال زفر لا يجوز لانه لا جمعة على المسافر قال عليه السلام اربعة لا جمعة عليهم
المسافر والمريض والعبد والمرأة فكان هذا في معنى اقتداء المفترض بالمتنفل ولكنا نقول قد اقام رسول الله الجمعة بمكة وهو كان
مسافرا بها ثم صلاة الجمعة من غيره في هذا الموضع انما تجوز بامره فلان تجوز منه اولى وانما لا يجب الحضور على المسافر لدفع الحرج
فاذا حضر وادى كان مفترضا كالمريض وكذلك الامير يطوف في بلاد عمله وهو مسافر فهو والامام سواء في هذا قال
ويصلي المسافر التطوع على دابته ايماء حيث توجهت به لحديث ابن عمر ان النبي عليه السلام كان يصلي على دابته تطوعا حيث توجهت به
وتلا قوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله وعن جابر قال رأيت رسول الله عليه السلام في غزوة انمار يتطوع على دابته بالايماء ووجهه الى المشرق
الا ان في حديث ابن عمر ذكر انه كان ينزل للوتر والمكتوبة وفي حديث ذكر انه كان يوتر على دابته وينزل للمكتوبة ولو لم يكن له في التطوع
على الدابة من المنفعة الا حفظ اللسان وحفظ النفس عن الوساوس والخواطر الفاسدة لكان ذلك كافيا قال وان كان على سرجه
قذر فكذلك تجوز صلاته وكان محمد بن مقاتل وابو حفص البخاري يقولان لا تجوز اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس او في موضع الركابين
اكثر من قدر الدرهم اعتبارا للصلاة على الدابة بالصلاة على الارض وكانا يقولان تأويل ما ذكر من القذارة عرق الدابة واكثر مشايخنا
يقولون يجوز لما قال في الكتاب لان الدابة اشد من ذلك يعني ان باطنها لا يخلو عن النجاسات ويترك عليها الركوع والسجود مع التمكن
من النزول والاداء والاركان اقوى من الشرائط فاذا سقط اعتبار الاركان ها هنا للحاجة فشرط طهارة المكان اولى ثم الايماء لا يصيب
موضعه انما هو اشارة في الهواء وانما يشترط طهارة الموضع الذي يؤدي فيه ركنا وهو لا يؤدي على موضع سرجه وركابيه فلا تضره
نجاستهما وكذلك المقيم يخرج من مصره فرسخين او ثلاثة فله ان يتطوع على دابته لانه في معنى المسافر يحتاج الى قطع الوساوس عن نفسه
ولا يسير على الدابة ها هنا مديدا كسير المسافر ولم يذكر في الكتاب اذا كان في المصر يتطوع على دابته وذكر في الهارونيات
ان عند ابي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة بالايماء لان جوازه بالنص بخلاف القياس وانما ورد النص به خارج المصر والمصر في هذا
ليس في معنى خارج المصر لان سيره على الدابة في المصر لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى اصل القياس وحكي ان ابا يوسف
لما سمع هذا من ابي حنيفة قال حدثني فلان عن فلان ان النبي عليه السلام ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وكان يصلي راكبا فلم يرفع
ابو حنيفة رأسه قيل انما لم يرفع رجوعا منه الى الحديث وقيل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى والشاذ في مثله لا يكون حجة عنده
ولهذا لم يرفع رأسه وابو يوسف اخذ بالحديث ومحمد كذلك الا انه كره ذلك في المصر لان اللغط يكثر فيها فلكثرة اللغط ربما يبتلى بالغلط في القراءة
فلذلك كرهه قال ولا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة من غير عذر لان المكتوبة في اوقات محصورة فلا يشق عليه النزول

لادائها فيها بخلاف التطوع فانه ليس بمؤكد حتى لو ترك النزول لادائها تخلف عليه ادائها ببسط فيه من التطوعات
او ينقطع سفره وكذلك يترك الوتر عندابي حنيفة لانها واجبة وعندهما له ان يوتر على الدابة كما هو في حديث جابر وفي حديث الفضل
يصلي المكتوبة والوتر على الدابة لما روي ان النبي عم كان مع اصحابه في سفر فمطروا فامر مناديا حتى نادى صلوا على رواحلكم ثم نزل ابن رواحة
فطلب موضعا يصلي فيه فاخبر بذلك رسول الله عم فدعاه فلما اقبل اليه قال اما انه ياتيكم وقد لقن حجته قال الم تسمع ما امرت به اما لك
اما لك في اسوة قال يا رسول الله انت تسعى في رقبة لم تطهر وكما قال اقول لكم انه ياتيكم وقد لقن حجته ثم قال اني لارجو على هذا ان يكون
لله تعالى يجوز له الصلاة على الدابة عند تعذر النزول بسبب المطر فكذلك بسبب الخوف عن سبع او عدو ولان مواضع الضرورة
مستثناة ● قال واذا افتتح التطوع على الارض ثم ركب فاتمها راكبا لم يجزه ولو افتتحها راكبا ثم نزل فاتمها اجزاه وقيل لان النزول
عمل يسير والركوب عمل كثير لانه يحتاج فيه الى استعمال اليدين عادة وفي النزول يجعل رجليه من جانب فينزل من غير معالجة وقيل اذا
على الارض فلو اتم راكبا كان دون ما شرع فيها لانه شرع فيها بركوع وسجود والايماء دون ذلك والراكب اذا نزل يؤديها اتم مما شرع فيه
لانه شرع فيها بالايماء ويؤديها بركوع وسجود وعند زفر فيهما جميعا يبني لانه لما جاز له افتتاح التطوع على الدابة بالايماء مع القدرة
على النزول فالاتمام اولى وعند ابي يوسف فيهما جميعا يستقبل لانه لو بنى بعد النزول كان هذا بناء القوي على الضعيف وذلك لا يجوز كالمريض
كالمريض المومي يقدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة ● وفي ظاهر الرواية فرق فقال هنا ليس له ان يفتتح بالايماء مع القدرة على الركوع
والسجود فكذلك اذا قدر على الركوع فكذلك في خلال الصلاة لا يبني وهنا له ان يفتتح بالايماء على الدابة مع القدرة على الركوع والسجود
فقدرته على ذلك بالنزول لا يمنعه من البناء ● قال ومن قال لله علي ان اصلي ركعتين فصلاهما على الدابة من غير عذر لم يجزه اعتبارا بما نوى
على نفسه بما اوجب الله عليه وكذلك ان يسمع تلاوة على الارض فسجدها على الدابة لم يجزه لانها لزمته بالسجود بالسماع على الارض
حيث سمعها قبل الركوب ولو سمعها وهو راكب فسجدها بالايماء جاز لانه اداها كما التزمها ولو سجدها على الارض اجزاه لانه اداها اتم
مما التزمها ● قال رجلان في محمل اقتدى احدهما بالاخر في التطوع اجزاهما كما لو كانا على الارض اذ ليس بين المقتدي والامام ما يمنع
من الاقتداء ويكره له ان يأتم اذا كان على غير دابة الامام اعتبارا بما لو كانا على الارض وان كان كل واحد منهما على دابة لم يجز صلاة المؤتم
لان بين الدابتين طريقا والطريق الاعظم بين المقتدي والامام يمنع الاقتداء ● وعن محمد بن الحسن رح قال استحسن ان يجوز اقتداؤه بالامام
اذا كانت دابتهم بالقرب من دابة الامام على وجه لا يكون الفرجة بينهم وبين الامام الا بقدر الصف بالقياس على الصلاة على الارض
قال ونية اللاحق للاقامة وهو في قضاء ما عليه وقد فرغ الامام من صلاته ساقطة الا ترى انه لا يلزمه الامام لانه فيما يتم مقتدي
الامام فنيته كنية امامه ونية الامام للاقامة لا تلزمه اتمام هذه الصلاة بعدما فرغ منها فكذلك نيته ● فان قيل
معتبر في حقه ما لم يخرج من حرمة الصلاة وفي حق الامام انما لم يعتبر لخروجه عن حرمة الصلاة ● قلنا المقتدي يجعل كالخارج من الصلاة
حكما لخروج امامه منها وكذلك لو دخل مصره فان دخول موضع الاقامة ونية الاقامة في الحكم سواء ونية المسبوق في قضاء ما عليه
للاقامة ودخوله مصره يلزمه الاتمام لان المسبوق فيما يقضي كالمنفرد ونية المنفرد الاقامة مغير فرضه في الوقت فكذلك المسبوق
لانه اصل بنفسه ونية المنفرد الاقامة بعد خروج الوقت في الصلاة افتتحها في الوقت ساقطة وكذلك دخوله المصر لان بخروج الوقت
صار صلاة السفر دينا في ذمته فلا يتغير بالاقامة فاما في الوقت لم تصر دينا في ذمته بعد الا ترى ان في الوقت تسقط بعذر الحيض
وبعد خروج الوقت لا يسقط ● قال خراساني قدم الكوفة فاقام بها شهرا ثم خرج منها الى الحيرة فوطن نفسه على اقامة خمسة
عشر يوما ثم خرج منها يريد خراسان ومر بالكوفة فانه يصلي ركعتين لان وطنه بالكوفة كان وطنا مستعارا فانتقض بمثله فالحاصل
ان الاوطان ثلثة وطن قرار ويسمى الوطن الاصلي وهو ان يتأهل ببلدة او تاهل بها وتوطن بها ● ووطن مستعار وهو ان ينوي المسافر
المقام في موضع خمسة عشر يوما وهو بعيد عن وطنه الاصلي ووطن سكنى وهو ان ينوي المسافر المقام في موضع اقل من خمسة عشر يوما
او خمسة عشر يوما وهو قريب من وطنه الاصلي ثم الوطن الاصلي لا ينقضه الا وطن مثله والوطن المستعار ينقضه الوطن الاصلي
ووطن مستعار مثله والسفر ولا ينقضه وطن السكنى لانه دونه ووطن السكنى ينقضه كل شيء لان الخروج منه الى الاهل نية السفر
وقد قررنا هذا الاصل فيما امليناه من شرح الزيادات فاكثر المسائل على هذا الاصل تخرج وانما ذكرنا هاهنا
انه حين توطن بالحيرة خمسة عشر يوما كان هذا وطنا مستعارا له فانتقض به وطنه بالكوفة والحيرة من اين تخطى فقط فلهذا يصلي بها
وان لم يوطن على اقامة خمسة عشر يوما بالحيرة صلى بالكوفة ما لم يخرج منها فان الحيرة كانت وطن السكنى له فلم ينتقض به وطنه
بالكوفة فهو مقيم بها ما لم يخرج على قصد خراسان منها ● قال كوفي خرج الى القادسية لحاجة ثم خرج منها الى الحيرة ثم خروج

من الحيرة يريد الشام وله بالقادسية ثقل يريد ان يحمله منها من غير ان يمر بالكوفة فانه يصلي ركعتين لان القادسية كان وطن السكنى في حقه
سواء عزم على الاقامة بها خمسة عشر يوما او لم يعزم لانه من فنا الوطن الاصلي فان بينها وبين الكوفة دون مسيرة السفر ●
فلما خرج الى الحيرة انتقض وطنه بالقادسية لان وطن السكنى ينقضه مثله وقد ظهر له بالحيرة وطن السكنى فالحاصل ان من لم يدخل
القادسية فهذا صلى بها ركعتين وشرط له ان لا يمر بالكوفة لانه كان يمر بها نقد عزمه على الرجوع الى وطنه الاصلي وبينه وبين وطنه
الاصلي دون مسيرة السفر فكان مقيما من ساعته قال وان لم يات الحيرة ولكنه خرج من القادسية لحاجة حتى اذا كان قريبا من
بدا له ان يرجع الى القادسية فيحمل ثقله منها ويرتحل الى الشام ولا يمر بالكوفة صلى اربعا حتى يرتحل من القادسية استحسانا
وفي القياس يصلي ركعتين لان وطن السكنى الذي كان له بالقادسية قد انتقض بخروجه منها على قصد الحيرة كما ينتقض لو دخلها
ولكنه استحسن فقال القادسية كانت له وطن السكنى ولم يظهر له بقصد الحيرة وطن سكنى اخر ما لم يدخلها فيبقى وطنه بالقادسية
ارايت لو خرج منها لبول او غائط او تشييع جنازة او لاستقبال القادم اكان ينتقض وطنه بهذا القدر من الخروج لا ينتقض ●
فكذا بالخروج الى الحيرة ما لم يدخلها فلهذا صلى بالقادسية اربعا حتى يرتحل منها ● تم الباب والله اعلم

باب الصلاة في السفينة

قال وان استطاع الرجل الخروج من السفينة للصلاة فالاولى له ان يخرج ويصلي قائما على الارض ليكون ابعد عن الخلاف وان صلى فيها
قاعدا وهو يقدر على القيام او على الخروج اجزاه عند ابي حنيفة استحسانا ولا يجزيه عندهما وهو القياس ● ووجهه وهو ان السفينة
في حقه كالبيت حتى لا يصلي فيها بالايماء تطوعا مع القدرة على الركوع والسجود فكما اذا ترك القيام في البيت مع قدرته عليه
لا يجزيه اداء المكتوبة فكذلك في السفينة لان سقوط القيام في المكتوبة للعجز والمشقة وقد زال ذلك بقدرته على القيام
او على الخروج ● ووجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب السفينة دوران راسه اذا قام والحكم يبنى على العام الغالب
دون الشاذ النادر الا ترى ان نوم المضطجع جعل حدثا على الغالب من حاله انه يخرج منه لزوال الاستمساك وسكون البكر جعل
لاجل الحيا بناء على الغالب من حال البكر والشاذ يلحق بالعام الغالب فهذا مثله وفي حديث ابن سيرين قال صلينا مع انس بن مالك
في السفينة قعودا ولو شئنا لخرجنا الى الحد وقال مجاهد صلينا مع جنادة بن امية قعودا في السفينة ولو شئنا لقمنا قدل
على الجواز ● قال ولا يجوز للمسافر ان يتطوع في السفينة بالايماء بخلاف راكب الدابة فان الجواز له بالايماء هناك لورود النص به
وهذا ليس في معناه لان راكب الدابة ليس له موضع قرار على الارض وراكب السفينة له فيها موضع قرار على الارض فالسفينة
في حقه كالبيت الا ترى انه لا يجريها بل هي تجري به ● قال الله تعالى وهي تجري بهم في موج كالجبال وراكب الدابة يجريها حتى يمكنه
ايقافها متى شاء ولهذا جوزنا الصلاة على الدابة حيث كان وجهه وفي السفينة يلزمه التوجه عند الافتتاح الصلاة وكذلك
كلما دارت السفينة يتوجه اليها لانها في حقه كالبيت فيلزمه التوجه الى القبلة لاداء الصلاة فيها ولا يصير مقيما بنية الاقامة
وصاحب السفينة وغيره في هذا سواء لان نية الاقامة حصلت في غير موضعها الا ان يكون قريبا من قريته فحينئذ هو مقيم فيها
بالقرب من موضع اقامته فاما اذا كان مسافرا فيها لا يصير مقيما بنية الاقامة ● قال ولا يجوز ان يأتم رجل من اهل السفينة
بامام في سفينة اخرى لان بينهما طائفة من النهر الا ان يكونا مقرونين فحينئذ يصح الاقتداء لانه ليس بينهما ما يمنع الاقتداء فكانهما
في سفينة واحدة فاما السفينتين المقرونتين في معنى الالواح سفينة واحدة وكذلك ان اقتدى من على الحد بامام في سفينة لم يجز اقتداؤه
اذا كان بينهما طريق او طائفة من النهر وقد بينا هذا فيما سبق ● قال ومن وقف على الاطلال يقتدي بالامام في السفينة صح اقتداؤه
الا ان يكون امام الامام لان السفينة كالبيت فاقتداء الواقف على السطح بمن هو في البيت صحيح اذا لم يكن امام الامام ● قال
ومن خاف فوت شيء من ماله وسعه ان يقطع صلاته ويستوثق من ماله وكذلك اذا انفلتت سفينته او راى سارقا يسرق من متاعه
لان حرمة المال كحرمة النفس كما يسعه ان يقطع صلاته اذا خاف على نفسه من عدو او سبع فكذلك اذا خاف على شيء من ماله
ولم يفصل في الكتاب بين القليل والكثير واكثر مشايخنا قدروا ذلك بالدرهم فصاعدا وقالوا ما دون الدرهم حقير فلا يقطع الصلاة لاجله
قال الحسن رحمه الله لعن الله الدانق ومن دنق الدانق وانما يقطع صلاته اذا احتاج الى عمل كثير فاما اذا لم يحتج الى مشي وعمل كثير
يبني على صلاته لحديث ابي برزة انه كان يصلي في بعض المغازي فانسل قياد الفرس من يده فمشى امامه حتى اخذ قياده فرجع القهقرى
واتم صلاته ● وتاويل هذا انه لم يحتج الى عمل كثير والله اعلم ●

باب السجدة

قال رض ويكره للمرء أن يقرأ السورة ويدع آية السجدة منها لأنه في صورة الفرار عن السجدة وليس ذلك من أخلاق المؤمنين ولأنه في صورة هجر آية
السجدة وليس شيء من القرآن بمهجور ولأن القارئ مأمور باتباع التأليف قال الله تعالى فإذا قرأناه فاتبع قرآنه أي تأليفه وتغيير التأليف
يكون مكروها وإذا قرأ آية السجدة من بين السورة فالأولى أن يقرأ معها آيات وإن اكتفى بقراءة آية السجدة لم يضره لأن قراءة آية السجدة من بين
الآي كقراءة سورة من بين السور وذلك لا بأس به والمستحب أن يقرأ معها آيات ليكون أدل على المعنى والإعجاز ولأنه ربما يعتقد هو أو بعض السامعين
منه زيادة فضيلة في آية السجدة ومن حيث أن قراءة الكل سواء فلهذا يستحب أن يقرأ معها آيات. قال ومن قرأ آية السجدة أو سمعها وجب عليه
أن يسجدها عندنا. وقال الشافعي يستحب له ذلك ولا يجب عليه لحديث الأعرابي حين علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الشرائع قال هل علي غيرهن
قال لا إلا أن تطوع فلو كانت سجدة التلاوة واجبة لما ترك البيان بعد السؤال وعن عمر أنه تلا آية السجدة على المنبر وسجد ثم تلاها في الجمعة الثانية
فتشزن الناس للسجود فقال إنها لم تكتب علينا إلا أن نشاء. ولنا حديث أبي هريرة أن النبي عم قال إذا تلا ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان
يبكي فيقول أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فلم أسجد فلي النار والأصل أن الحكيم متى حكى عن غير الحكيم ولم يعقبه بالنكير فذلك
دليل أن ابن آدم مأمور بالسجود والأمر للوجوب وعن عثمان وعن علي وابن عباس رض أنهم قالوا السجدة على من تلاها السجدة على من سمعها
على من جلس لها الحلف القاطع لهم وعلى كل إيجاب ولأن الله تعالى وبخ تارك السجود بقوله فما لهم لا يؤمنون وإذا قرئ عليهم الآية
والتوبيخ لا يكون إلا بترك الواجب وتأويل حديث عمر لم يكتب علينا التنفيل بها فأراد أن يبين للقوم التأخير بها عن حالة الوجوب جائز
وفي حديث الأعرابي بيان الواجبات ابتداء دون ما يجب بسبب من العبد ألا ترى أنه لم يذكر المنذورة. قال وإن قرأها أو سمعها وهو
على غير وضوء لم يجزه التيمم إذا كان يقدر على الماء لأنه لا يفوته ولأنه باستعمال الماء يتوصل إلى أدائها بخلاف صلاة الجنازة والعيد
قال ومن سمعها من صبي أو كافر أو جنب أو حائض فعليه أن يسجد لأن المتلو قرآن من هؤلاء ولهذا منع الجنب والحائض من قراءته فتقرر
السبب الموجب في حق السامع. قال وليس على الحائض سجدة قرأت وسمعت لأن السجدة ركن من الصلوات والحائض لا تلزمها الصلاة
مع تقرر السبب وهو شهود الوقت فلا يلزمها السجدة بالتلاوة أو السماع. قال ويستوي في حق التالي إذا تلاها بالفارسية أو بالعربية
وفي حق السامع كذلك عند أبي حنيفة فهم أو لم يفهم بناء على أصله في القراءة بالفارسية وعندهما إن كان السامع يعلم أنه يقرأ القرآن
فعليه السجود وإلا فلا. وفي العربية عليه السجدة على كل حال لكن يعذر بالتأخير ما لم يعلم. قال فإن قرأها ومعه قوم
فسمعوها سجد وسجدوا معه القوم ولم يرفعوا رؤوسهم قبله لأن التالي إمام السامعين هكذا قال عم للتالي كنت إمامنا لو سجدت
سجدنا معك فكانوا في حكم المقتدين من وجه فلا يرفعوا رؤوسهم قبله لهذا وإن فعلوا أجزأهم لأنه لا مشاركة بينه وبينهم في الحقيقة
ألا ترى أنه لو تبين فساد سجدته بسبب لم يفسد عليهم. قال وليس عليه في قراءة سجدة واحدة أو سماعها مرة بعد أخرى في مجلس
واحد قاعدا أو قائما أو مضطجعا أكثر من سجدة واحدة لما روي أن جبريل عم كان ينزل بالوحي على رسول الله عم فيقرأ آية السجدة
على رسول الله عم على أصحابه ولا يسجد إلا مرة واحدة ولأن مبنى السجدة على التداخل فإن التلاوة من الأصم والسماع من السميع
موجب لها ثم لو تلاها سمع لا يلزمه إلا سجدة واحدة وقد وجد في حقه التلاوة والسماع ولأن السبب واحد وهو حرمة المتلو
والقراءة الثانية تكرار محض بسبب اتحاد المجلس فلا يتجدد به السبب وهذا الحرف أصح من الأول فإنه لو تلاها وسجد ثم تلاها في مجلسه
لم يلزمه أخرى والتداخل لا يكون بعد الأداء الأول فعلنا أن الصحيح اتحاد السبب ولم يذكر الصلاة على النبي عم إذا ذكره أو سمع ذكره
في مجلس واحد مرارا فالمتقدمون من أصحابنا يجعلون هذا قياس السجدة فيقولون يكفيه أن يصلي عليه مرة واحدة لاتحاد السبب وبعض
المتأخرين يقولون يصلي عليه في كل مرة لأنه حق رسول الله كما قال لا تجفوني بعد موتي قيل وكيف نجفاك يا رسول الله قال أن أذكر في موضع
فلا يصلى علي وحقوق العباد لا تتداخل وعلى هذا قالوا لو أن رجلا عطس وحمد الله في مجلس ينبغي للسامع أن يشمته في كل مرة والأصح عن العاطس
والأصح أنه إذا زاد على الثلاث لا يشمته. وفي حديث عمر رض قال هذا إذا ابتعد من ذلك المكان ثم رجع فقرأها فعليه سجدة أخرى
لأنه تجدد له بالرجوع مجلس آخر وتجدد المجلس يجدد السبب بالتلاوة حكما. وعن محمد قال إذا ابتعد من ذلك المكان فأما إذا كان قريبا
لا يلزمه سجدة أخرى وكان يتلاها في كتاب ما حديثا في موسى الأشعري أنه كان يعلم الناس القرآن وكان يرجع إلى هذا تارة وإلى هذا تارة
فيعلمهم آية السجدة ولا يسجد إلا مرة واحدة وإن قرأ آية أخرى وهو في مجلسه فعليه سجدة أخرى لأن السبب قد تجدد فإن السجدة
الثانية غير الأولى ثم ذكر عدد سجود القرآن وهي أربع عشرة سجدة عندنا وكان ابن عباس يقول عدد سجود القرآن إحدى عشرة سجدة

وليس

وليس في المفصل عنده سجدة وكان يعد الأعراف والرعد والنحل وبني إسرائيل ومريم والحج الأولى منها. والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة. قال سعيد بن جبير وسألت ابن عمر فعدهن كما عدهن ابن عباس إحدى عشرة سجدة وقال ليس في المفصل وهكذا ذكر
الكرخي في الجامع الصغير له وليس في المفصل عنده سجدة الشكر والاختلاف بين العلماء في مواضع منها في الحج عندنا سجدة التلاوة
الأولى منها وعند الشافعي سجدتان الأولى والثانية لحديث مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال رسول الله عم في الحج سجدتان
أو قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما فلا يقرأهما وهو مروي عن عمر ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا السجدة التلاوة
هي الأولى والثانية هي سجدة الصلاة وهو الظاهر فقد قرنها بالركوع فقال اركعوا واسجدوا والسجدة المقرونة بالركوع سجدة
الصلاة. وتأويل الحديث فضلت الحج بسجدتين إحداهما سجدة التلاوة والأخرى سجدة الصلاة ويختلفون في التي في سورة ص
عندنا وهي سجدة التلاوة وعند الشافعي سجدة الشكر وفائدة الاختلاف إذا تلاها في الصلاة عندنا يسجدها وعند الشافعي
لا يسجدها. واستدل بما روي عن النبي عم أنه تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس للسجود فقال عم تشزنتم إنها توبة نبي
ولنا ما روي أن رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني أكتب ص فلما انتهيت موضع السجدة سجد الدواة
والقلم فقال عم نحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى يكتب في مجلسه وسجدها مع أصحابه فإن قيل في الحديث [illegible] أنه
قال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا. قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة التلاوة ثم هي عبادة يأتي بها العبد الآن وفيها معنى الشكر
ومراده من هذا سبب الوجوب بأنه كان توبة داود عم وإن لم يسجدها في خطبته مرة وذلك دليل على الوجوب وعلى أنها سجدة تلاوة
فقد قطع الخطبة لها ويختلفون في التي في حم السجدة في موضعها فقال علي رض في آخر الآية الأولى عند قوله إن كنتم إياه تعبدون
وبه أخذ الشافعي. وقال ابن مسعود رض عند آخر الآية الثانية عند قوله وهم لا يسأمون وبه أخذنا لأنه أقرب إلى الاحتياط
فإنها إن كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها وإن كانت عند الأولى جاز تأخيرها إلى الآية الثانية ويختلفون في المفصل عندنا
فيها سجدات ثلاث وقال مالك ليس في المفصل سجدة واحدة بقول ابن عباس رض. ولنا حديث علي رض قال عزائم سجود
القرآن أربعة التي في الم تنزيل وفي حم السجدة وفي النجم واقرأ باسم ربك وعن ابن مسعود قال إذا بنا رسول الله عم قرأ سورة
النجم بمكة فسجد وسجد الناس معه المسلمون والمشركون إلا شيخا وضع كفا من التراب على جبهته وقال إن هذا يكفيني فلقيته قتل
كافرا بعد وعن أبي هريرة أن رسول الله عم قرأ إذا السماء انشقت فسجد وسجد معه أصحابه. قال فإن تلا آية السجدة راكبا
أجزأه أن يومئ بها. وقال بشر لا يجزيه لأنها واجبة فأداؤها على الدابة من غير عذر. ولنا أنه أداها كما التزمها فتلاوته على الدابة
مشروع فيما يجب به السجدة كان نظير من شرع على الدابة في التطوع وأداها فكما يجوز هناك يجوز هنا بخلاف ما إذا نذر فإنه ليس بشروع
في أداء الواجب فكان الوجوب بالنذر مطلقا فيعتبر بما وجب بإيجاب الله تعالى. قال فإن تلاها على الدابة فنزل ثم ركب فأداها
بالإيماء جاز الأول لم يجز لأنه لما نزل وجب عليه أداؤها على الأرض فكأنه تلاها على الأرض. ولنا أنه لو أداها قبل نزوله جاز
فكذلك بعدما نزل وركب لأنه يؤديها بالإيماء في الوجهين وهو نظير ما تقدم لو افتتح الصلاة في وقت مكروه فأفسدها ثم قضاها
في وقت مكروه. قال ومن تلاها ماشيا لم يجز أن يومئ لها لأن السجدة ركن الصلاة فكما لا يصلي الماشي بالإيماء فكذلك لا يسجد
بخلاف الراكب. قال وإن قرأها في صلاته وهو في آخر السورة إلا آيات يقرأ بعدها فإن شاء ركع وإن شاء سجد لها هكذا روي
عن ابن عمر أنه كان يتلو آية السجدة في الصلاة ويركع ولأن المقصود الخضوع والخشوع وذلك يحصل بالركوع كما يحصل بالسجود واختلف
مشايخنا في الركوع ينوب عن سجدة التلاوة أما السجود بعده فمنهم من قال الركوع أقرب إلى موضع التلاوة فهو الذي ينوب عنه
والأصح أن سجدة الصلاة تنوب عن سجدة التلاوة لأن المجانسة بينهما أظهر لأن الركوع افتتاح للسجود ولهذا لا يلزمه الركوع
في الصلاة إذا كان عاجزا عن السجود وإنما ينوب ما هو الأصل. قال فإن أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع ونوى هكذا فسره
الحسن عن أبي حنيفة وإن أراد أن يسجدها سجد عند الفراغ من آية السجدة ثم يقوم فيتلو بقية السورة ثم يركع إن شاء وإن وصل إليها
سورة أخرى فهو أحب إلي لأن التالي من خاتمة السورة دون ثلاث آيات فالأولى إذا قام من سجوده أن يقرأ ثلاث آيات إذا كان يكره الركوع
على السجود قال فإن كانت السورة عند ختم السورة فإن ركع بها فحسن وإن سجدها ثم قام فلا بد أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع لئلا يكون
بانيا للركوع على السجود. قال فإن لم يفعل ولكنه ما دفع رأسه يعيد أجزأه ويكره ذلك وإن كانت السجدة في وسط السورة فينبغي أن يسجدها
ثم يقوم فيقرأ ما بقي ثم يركع وإن ركع في موضع السجدة أجزأه وإن ختم السورة ثم ركع لم يجزه ذلك عن السجدة نواها أو لم ينوها لأنها صارت
دينا عليه بفوات محل الأداء فلا تتأدى بالركوع عنها بخلاف ما إذا ركع عندها فإنها ما صارت دينا بعد حين لم يقرأ بعدها ما يتم سنة القراءة

وهو نظير من اراد دخول مكة فعليه الاحرام فان احرم ثم خرج من عامه ذلك فاحرم بحجة الاسلام تادى عما يلزمه لدخول مكة ايضا
وان تحولت السنة ثم احرم بحجة الاسلام لم يجزه عما لزمه لدخول مكة لانها صارت دينا عليه بتحول السنة ۞ قال فان اراد ان يركع
بالسجدة بعينها فالقياس ان الركعة والسجدة في ذلك سواء وبالقياس ناخذ ۞ وفي الاستحسان لا يجزيه الا السجدة وتكلموا في موضع
هذا القياس والاستحسان من اصحابنا من قال مراده اذا تلاها في غير الصلاة وركع ففي القياس يجزيه لان الركوع والسجود يتقاربان
قال الله تعالى وخر راكعا واناب اي ساجدا ويقال ركعت النخلة اذا طاطات راسها والمقصود منهما الخشوع والخضوع فينوب احدهما
عن الاخر كما في الصلاة ۞ وفي الاستحسان الركوع خارج الصلاة ليس بقربة فلا ينوب عما هو قربة بخلاف الركوع في الصلاة خارج الصلاة
ليس بقربة فلا ينوب عما هو قربة بخلاف الركوع الى الصلاة والاظهر ان مراده من هذا القياس والاستحسان في الصلاة اذا ركع عند
موضع السجدة ففي الاستحسان لا يجزيه لان سجدة التلاوة نظير سجدة الصلاة وكما ان احدى السجدتين في الصلاة لا تنوب عن الاخرى
والركوع لا ينوب عنهما فكذلك لا ينوب عن سجدة التلاوة ۞ وفي القياس يجوز للتقارب بين الركوع والسجود فيما هو المقصود وكل واحد منهما
في الصلاة قربة واخذنا بالقياس لانه اقوى الوجهين ۞ والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان وانما يوخذ باحدهما لترجح بظهور اثره
او قوة في جانب صحته ۞ واذا سلم وعليه سجدة التلاوة ولا يذكرها فقد ذكرنا ان هذا السلام سهو فلا يخرج من الصلاة حتى لو اقتدى
به انسان جاز اقتداؤه ويسجدها الامام اذا ذكرها والمقتدي معه ثم يتشهد لان عوده الى السجدة ينقض القعدة ۞ قال فان تكلم قبل
ان يذكرها سقطت عنه لان الكلام قاطع لحرمة الصلاة وما وجب بالتلاوة في الصلاة كان من اعمال الصلاة فلا يؤدى بعد انقطاع حرمة
الصلاة ولم تفسد صلاته لانها ليست من جملة الاركان ۞ قال فان وجبت عليه في غير الصلاة ثم ذكرها في الصلاة لم يقضها فيها
لانها ليست بصلاتية وحرمة الصلاة تمنع من اداء ما ليس من اعمالها فيها وكذلك ان سمعها في صلاته ممن ليس معه في الصلاة لم يسجدها
لانها ليست بصلاتية فان سببها تلاوة في غير الصلاة فلا يؤديها حتى يفرغ منها وان سجدها فيها لم تجزه لانه اداها قبل وقتها ولا تفسد
صلاته الا في رواية عن محمد رح وقد بينا فيما تقدم ۞ قال فان سجد للتلاوة لغير القبلة فان كان عالما لم تجزه وان كان جاهلا اجزاه يعني
اذا اشتبهت عليه القبلة فتحرى وسجد الى جهة وقد بينا ان الصلاة بالتحري تجوز الى غير القبلة فالسجدة اولى وان ضحك فيها اعادها
كما لو تكلم ولم يعد الوضوء لان القهقهة عرف حدثا بالاثر وانما ورد الاثر في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة وكانت قياس
صلاة الجنازة ۞ قال ولا ينبغي للامام ان يقرا سورة فيها سجدة في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة لانه لو فعل ذلك وسجدها اشتبه على القوم
فيظنون انه غلط فقدم السجود على الركوع وفيه من الفتنة ما لا يخفى فان قراها سجدها لتقرر السبب في حقه وهو التلاوة ويسجد القوم معه
لوجوب المتابعة عليهم ۞ وفي حديث ابي سعيد الخدري قال سجد رسول الله عم في صلاة الظهر فظننا انه قرا الم تنزيل السجدة ۞
قال ويكبر للسجدة اذا سجدوا اذا رفع راسه كما في سجدة الصلاة قال ولا يسلم فيها لان السلام للتحليل من التحريمة وليس فيها تحريمة
ولم يذكر ما ذا يقول في سجوده والاصح انه يقول في سجوده من التسبيح ما يقول في سجدة الصلاة وبعض المتاخرين استحسنوا ان يقول فيها
سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا لقوله تعالى ويخرون للاذقان سجدا الاية واستحسنوا ايضا ان يقوم فيسجد لان الخرور سقوط من القيام
والقران ورد به وان لم يفعل لم يضره ۞ قال رجل قرا اية السجدة خلف الامام فسمعها الامام والقوم فليس على احد منهم ان يسجدها في الحال
ولا بعد الفراغ من الصلاة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا من صلاتهم اما في الصلاة لا يسجدون ۞
لانه لو سجدها التالي وتابعه الامام انقلب المتبوع تبعا وان لم يتابعه الامام كان هو مخالفا لامامه وان سجدها الامام وتابعه التالي
كان هذا خلاف موضوع السجدة فان التالي امام السامعين واما بعد الفراغ فمحمد يقول السبب الموجب للسجدة في حقهم قد وجد وهو التلاوة
والسماع وحرمة الصلاة منعت الاداء فيها فيسجدونها بعد الفراغ كما لو سمعوا من رجل ليس معهم في الصلاة وليس في هذا اكثر من ان المقتدي
ممنوع من القراءة خلف الامام وهذا لا يمنع وجوب السجدة بتلاوته كالجنب اذا تلاها ولهما حرفان ان الامام يتحمل عن المقتدي ما
فرض كما يتحمل عنه موجب السهو ثم سهو المقتدي يتعطل فكذلك التلاوة والثاني ان هذه السجدة صلاتية اذ لم تؤد في الصلاة لا تؤدى بعد الفراغ
كما لو تلاها الامام ولم يسجد في الصلاة بخلاف ما اذا سمعوا ممن ليس معهم في الصلاة لانها ليست بصلاتية الا ترى ان المقتدي اذا فتح
على امامه لم تفسد به الصلاة ومن ليس معه في الصلاة اذا فتح على المصلي فسدت صلاته وبه يتضح الفرق وليس هذا كقراءة الجنب لانه غير ممنوع
من قراءة القران الموجب للسجدة وهو ما دون الاية بخلاف المقتدي ولان الجنب ممنوع من القراءة غير مولى عليه والمقتدي مولى عليه في القراءة
والمولى عليه في التصرف لا يتعلق بتصرفه حكم ۞ قال واذا سمعها من الامام من ليس معهم في الصلاة فعليه ان يسجدها لتقرر السبب ۞
وهو السماع فان دخل مع الامام في صلاته فان كان الامام لم يسجدها بعد سجدها والداخل معه كما لو كان في صلاته عند القراءة وان كان

الامام

الامام قد سجدها سقطت عن الرجل لانه لا يمكنه ان يسجدها في الصلاة اذ يكون مخالفا لامامه ولا يمكنه ان يسجدها بعد الفراغ لانها
صلاتية في حقه كما في حق الامام فانه شريك الامام فيها والصلاتية لا تؤدى بعد الفراغ منها ۞ وفي الاصل بعد هذه المسألة قال
الا ترى ان رجلا لو افتتح الصلاة مع الامام وهو ينوي التطوع والامام في الظهر ثم قطعها فعليه قضاؤها فان دخل معه فيها
ينوي صلاة اخرى تطوعا فصلاها معه لم يكن عليه قضاء شيء وهذه المسألة مبتداة وهي على ثلاثة اوجه اما ان ينوي قضاء الاول
او لم يكن له نية او نوى صلاة اخرى ففي الوجهين الاولين عندنا سقط عنه ما لزمه بالافساد وقال زفر لا يسقط لان ما لزمه بالافساد
صار دينا كالمنذورة فلا يتادى خلف الامام بصلاة اخرى ۞ ولكنا نقول انه التزم الاداء حتى لو شرع فيها لم يلزمه شيء اخر فكذلك
اذا التزمها بالشروع الثاني لانه ما التزم بالشروع الا اداء هذه الصلوات مع الامام وقد اداها فان كان قد نوى تطوعا اخر
فقد قال هاهنا ينوب عما لزمه بالافساد وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي زيادات الزيادات قال لا ينوب وهو قول محمد ۞ وجهه
انه لما نوى صلاة اخرى فقد اعرض عما كان دينا في ذمته بالافساد فلا ينوب هذا المؤدى عنه بخلاف الاول ۞ وجه قولهما انه التزم
في المرتين الاداء هذه الصلوة مع الامام وقد اداها ۞ قال فان قراها المصلي وسمعها ايضا من اجنبي اجزته سجدة واحدة وروى
ابن سماعة عن محمد انه لا يجزيه لان السماعية ليست بصلاتية والتي اداها صلاتية فلا تنوب عما ليست بصلاتية ۞ وجه ظاهر الرواية
انه ادى ما لزمه بالتلاوة وهو اقوى من السماعية لان لها حرمتين حرمة التلاوة وحرمة الصلاة وللسماعية حرمة واحدة والقوي
ينوب عن الضعيف ولو استويا ناب احدهما عن الثاني فلان ينوب القوي عن الضعيف كان اولى ۞ قال فان تلاها في الصلاة وسجد ثم احدث
فذهب فتوضا ثم عاد الى مكانه وبنى على صلاته ثم قرا ذلك الاجنبي تلك السجدة فعلى هذا المصلي ان يسجدها اذا فرغ من صلاته
لان ذهابه ورجوعه تجدد له مجلس اخر مما لا يكون من صلاته والسماعية ليست من صلاته فيجعل في حقها كانه لم يكن في الصلاة ثم من
ليس في الصلاة اذا سمع وسجد ثم ذهب فتوضا ثم عاد وسمع فعليه سجدة اخرى ۞ قال فان قراها في غير الصلاة وسجد ثم شرع في
الصلاة في مكانه فقراها فعليه سجدة اخرى لان التي وجبت بالتلاوة في الصلاة صلاتية فلا تنوب عنها المؤداة قبل الشروع في الصلاة
لانها اضعف وان لم يكن سجد ولا حتى شرع في الصلاة في مكانه فقراها فسجد اجزته عنهما في ظاهر الرواية ۞ وفي رواية ابن سماعة
عن محمد وهو احدى روايتي نوادر الصلاة لا تجزيه عن الاولى ۞ ووجهه انه لا يمكنه ادخال الثانية في الاولى لانها اقوى ولا يمكن
ادخال الاولى في الثانية لانه خلاف موضوع التداخل فلا بد من اعتبار كل واحد منهما على حدة الصلاتية وغير الصلاتية وهي الاولى
تؤدى بعد الفراغ منها ۞ ووجه ظاهر الرواية ان السبب واحد فان المتلو اية واحدة والمكان واحد فالصلاتية من الاولى لان لها
حرمتين ولو كانت مثل الاولى لنابت عنها فاذا كانت اكمل من الاولى اولى ان تنوب عنها ۞ قال رجل قرا اية السجدة فسجدها ثم قراها
ثانية بعد ما طال القعود اجزته السجدة الاولى لانه لم يشتغل بين التلاوتين بعمل ينقطع به المجلس وباتحاد المجلس يتحد السبب
فان اكل ونام مضطجعا او اخذ في بيع او شرى او عمل يعرف انه قطع لما كان قبل ذلك ثم قرا فعليه سجدة اخرى لان المجلس يتبدل
بهذه الاعمال الا ترى ان القوم يجلسون لدرس العلم فيكون مجلسهم مجلس الدرس ثم يشتغلون بالاكل فيصير مجلسهم مجلس الاكل ۞
ثم يقتتلون فيصير مجلسهم مجلس القتال وصار تبدل المجلس بهذه الاعمال كتبدله بالذهاب والرجوع ۞ قال فان نام قاعدا
او اكل لقمة او شرب شربة او عمل عملا يسيرا ثم قراها فليس عليه اخرى لان بهذا القدر لا يتبدل المجلس والقياس فيهما سواء انه لا يلزمه
اخرى لبقائه في مكانه حقيقة ۞ ولكنا استحسنا اذا طال العمل اعتبارا بالمخيرة اذا عملت عملا كثيرا خرج الامر من يدها وكان
قطعها المجلس بخلاف ما اذا اكل لقمة او شرب شربة ۞ قال فان قرا بعدها سورة طويلة ثم اعاد قراءة تلك السجدة لم يكن عليه
ان يسجدها لان مجلسه لم يتبدل بقراءة القران فان قراءة القران من السجود فباتحاد المجلس يتحد السبب ۞ قال فان قراها
في الركعة الاولى وسجدها ثم اعادها في الثانية او الثالثة لم يكن عليه سجود ولم يذكرها هنا اختلافا ۞ وقال في الجامع الكبير في القياس
وهو قول ابي يوسف الاخر وعليه سجدة اخرى ۞ وفي الاستحسان وهو قوله الاول وقول محمد عليه سجدة اخرى ۞ وجه ذلك
ان للقراءة في كل ركعة حكما على حدة حتى يسقط به فرض القراءة فكانت الاعادة في الركعتين نظير الاعادة في الصلاتين ۞ ووجه القياس
ان المكان مكان واحد وحرمة الصلاة حرمة واحدة والمتلو اية واحدة فلا يجب الا سجدة واحدة كما لو اعادها في الركعة الاولى وقد قررنا
هذا الفصل فيما املينا من شرح الجامع ۞ قال واذا قرا الامام سجدة في ركعة وسجدها ثم احدث في الركعة الثانية فقدم رجلا
جاء ساعتئذ فقرا تلك السجدة فعليه ان يسجدها لتقرر السبب الموجب في حقه وهو التلاوة ولم يوجد منه اداء قبل هذا وهو في هذه
التلاوة مبتدئ وعلى القوم ان يسجدوا معه لانهم التزموا متابعته واذا سجدها في الصلاة ثم سلم وتكلم ثم قراها في مكانه فعليه

ان يسجدها • وفي نوادر ابي سليمان قال اذا سلم ثم قراها فعليه ان يسجدها وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة
فيما اذا اعادها قبل ان يتكلم وبالسلام لم ينقطع فور الصلاة فكانه اعادها في الصلاة وهنا وضع المسئلة فيما اذا تكلم وبالكلام ينقطع
فور الصلاة الا ترى انه لو تذكر سجدة تلاوة بعد السلام ياتي بها وبعد الكلام لا ياتي بها فيكون هذا في معنى تبدل المجلس • قال فان
وان لم يسجدها في الصلاة حتى سجدها الآن اجزاه عنهما وهو سهو ان كان مراده اعادها بعد الكلام لان الصلاتية قد سقطت عنه بالكلام
الا انه مراده اعادها بعد السلام قبل الكلام فحينئذ يستقيم لانه لم يخرج عن حرمة الصلاة فانما كررها في الصلاة وسجد فان قراها
راكبا ثم نزل قبل ان يسير فقراها فعليه سجدة واحدة استحسانا • وفي القياس عليه سجدتان لتبدل المكان بالنزول • وفي الاستحسان
النزول عمل يسير حتى لا يمنعه من البنا على الصلاة فلا يتبدل به المجلس • قال فان قراها على الارض ثم ركب فقراها على الارض قبل ان يسير
فسجدها سجدة واحدة على الارض فالمؤداة اقوى فالمكان مكان واحد فتنوب المؤداة عنهما وان قراها راكبا ثم نزل ثم ركب فقراها وهو في مكانه
فعليه سجدة واحدة لما بينا ان المكان واحد فالمتلو ايضا واحد وان قراها راكبا سائرا مرتين فان كان في غير الصلاة فعليه سجدتان لان سير الدابة
مضاف اليه فانه يملك ايقافها متى شاء فكان نظير مشيه فيتبدل به المجلس بخلاف راكب السفينة فان السفينة في حقه كالبيت وهو لا يجريها بل هي تجري
وان كان في الصلاة فليس عليه الا سجدة واحدة لان المكان وان تفرق فحرمة الصلاة واحدة والسجدة من الصلاة لان المكان يراعى فيها اتحاد حرمة الصلاة
ومن اصحابنا من يقول لا اذا اعادها في ركعة واحدة فان اعادها في ركعتين ينبغي ان يكون على الاختلاف الذي بينا في المصلي على الارض ان هنا لم يبرح وسجد
وذلك عمل كثير فلهذا يتجدد به وجوب السبب للسجدة • قال فان سمعها من غيره مرتين وهو يسير يتخلل بين التلاوتين والراكب يومي وهو عمل يسير على الدابة
فعليه سجدتان لان حرمة ليست بصلاتية فيعتبر فيها اختلاف الامكنة لا اتحاد حرمة الصلاة فلهذا يلزمه بالسماع في كل مرة والله اعلم

باب المستحاضة

قال واذا ادركها الحيض في شيء من الوقت وقد افتتحت الصلاة او لم تفتتحها سقطت تلك الصلاة عنها اما اذا حاضت بعد دخول الوقت فليس عليها قضاء
تلك الصلاة اذا طهرت عندنا • وقال ابراهيم النخعي عليها قضاؤها لان الحيض يمنع وجوب الصلاة ولا يسقط الواجب وقد وجب عليها بادراك الجزء
من الوقت بدليل انها لو ادت كانت مؤدية للفرض • وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما يمكنها ان تصلي فيه ثم حاضت فعليها القضا لانه تمكن
من الاداء فيتقرر الوجوب فاذا وجد تقرر وجوب الصلاة عليها فلا يسقط بعد ذلك بالحيض • وقال زفر اذا كان الباقي من الوقت حين حاضت
مقدار ما يمكنها ان تصلي فيه فليس عليها قضاء تلك الصلاة وان كان دون ذلك فعليها القضا لان الوجوب في حق ذلك موسع وانما يتضيق بالخروج
والقضا يجب بالتفويت فما بقي من الوقت مقدار ما يمكن اداء الصلاة لم تكن هي مفوتة بالتاخير شيا حتى لا يكون اثمة مفرطة واذا كان الباقي دون ذلك
فهي اثمة مفرطة وكانت مفوتة فيلزمها القضا كما لو حاضت بعد خروج الوقت • ولكنا نقول ما بقي شيء من الوقت فالصلاة لم تصر دينا في ذمتها
بل هي في الوقت عين وانما تعذر عليها الاداء بسبب الحيض وذلك غير موجب للقضاء فاما بخروج الوقت تصير الصلاة دينا في ذمتها والحيض لا يمنع
كون الصلاة دينا في ذمتها • وقد بينا فيما سبق ان الوجوب يتعلق باخر الوقت لكونه مخيرا في اول الوقت وما لم يتقرر الوجوب لا يجب القضا فاذا اقترن
الحيض بوقت تقرر الوجوب فلم يتقرر الوجوب واذا حاضت بعد خروج الوقت فلم يقترن الحيض بحال تقرر الوجوب فتقرر وعلى هذا لو نفست في اخر الوقت
بالولادة او باسقاط سقط مستبين الخلق وكذلك لو اغمي على الرجل بعد دخول الوقت فطال الاغماء ففي وجوب قضاء تلك الصلاة اختلاف
على ما بينا • وكذلك لو افتتحت الصلاة بالتطوع في الوقت ثم حاضت فهذا خلاف التطوع فانها لو ادركها الحيض بعدما افتتحت التطوع كان
عليها قضا تلك الصلاة اذا طهرت لانها بالشروع التزمت الاداء فكانها التزمت بالنذر • وفي الفريضة بالشروع ما التزمت شيا
وانما شرعت لاسقاط الواجب لا للالتزام فاذا ادركها الحيض لم تلتزمه لو لم تشرع وانما قلنا هذا لان الالتزام ما هو لازم لا يتحقق الا ترى ان من نذر
اداء فريضة لم يلزمه بالنذر شيء • قال واذا طهرت من الحيض وعليها من الوقت مقدار ما تغتسل فيه فعليها قضاء تلك الصلاة واذا كان عليها
من الوقت مقدار ما لا تستطيع ان تغتسل فيه فليس عليها قضاء تلك الصلاة • قال وهذا اذا كان ايامها دون العشرة فاما اذا كان ايامها عشرة
فانقطع الدم وعليها من الوقت شيء قليل او كثير فعليها قضاء تلك الصلاة هكذا فسره في نوادر ابي سليمان لانه اذا كان ايامها عشرة فبمجرد انقطاع الدم
تيقنا بخروجها من الحيض لان الحيض لا يكون اكثر من عشرة فاذا ادركت جزءا من الوقت يلزمها قضاء تلك الصلاة سواء تمكنت فيه من الاغتسال او لم تتمكن
منه كالكافر اسلم وهو جنب والصبي بلغ بالاحتلام في اخر الوقت فعليه قضاء تلك الصلاة سواء تمكن من الاغتسال في الوقت او لم يتمكن واما اذا كان
ايامها دون العشرة فمدة الاغتسال من جملة حيضها على ما قال الشعبي حدثني بضعة عشر نفرا من الصحابة ان الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل
وهذا لان صاحبة هذه البلوى لا تكاد ترى الدم على الولاء • ولكنها تسيل تارة وتنقطع اخرى فبمجرد الانقطاع لا تخرج من الحيض لجواز ان يعاود

فاذا

فاذا اغتسلت تيقن بطهارتها فاذا ابتنت مدة الاغتسال من حيضها قلنا اذا ادركت من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتفتتح الصلاة
فقد ادركت جزءا من الوقت بعد الطهارة فعليها قضاء تلك الصلاة والا فلا وعلى هذا حكم حل القربان للزوج انه اذا كان ايامها عشرة فكما انقطع الدم جاز للزوج
ان يقربها عندنا وعند زفر ليس له ذلك ما لم تغتسل لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن اي لا يطهرن بالاغتسال ولنا ان بمجرد الانقطاع تيقنا بخروجها
من الحيض والمانع من الوطء الحيض لا وجوب الاغتسال عليها الا ترى ان الطاهرة اذا كانت جنبا فللزوج ان يقربها فكذلك هنا بعد التيقن بالخروج من الحيض
للزوج ان يقربها ولو كان ايامها دون العشرة فانقطع دمها لم يكن للزوج ان يقربها ما لم تغتسل لان مدة الاغتسال من حيضها فان مضى عليها وقت صلاة فللزوج
ان يقربها لتقرر وجوب الاغتسال عليها كما قبل مضي الوقت ولكنا نقول بمضي الوقت صارت الصلاة دينا في ذمتها وذلك من احكام الطاهرات فثبت صفة الطهارة
شرعا كما تثبت بالاغتسال لانه من ضرورته انتفاء صفة الحيض فكان له ان يقربها • قال واذا كان حيضها خمسة ايام فزاد الدم عليها فالزيادة دم حيض معها
الى تمام العشرة لان عادة المراة في تمام عمرها لا تبقى على صفة واحدة بل تزداد تارة وتنقص اخرى بحسب اختلاف طبعها في كل وقت فما يمكن ان يجعل حيضا جعلناه
لان مبنى الحيض على الامكان الا ترى ان الصغيرة اذا بلغت فاستمر بها الدم يجعل حيضها عشرة للامكان فهذا كذلك فان زاد على العشرة كان حيضها ما هي خمسة
والزيادة استحاضة لان الحيض لا يكون اكثر من عشرة فتيقنا فيما زاد على العشرة انها استحاضة وتيقنا في ايامها بالحيض وفي الزيادة فيما زاد عليه الى تمام العشرة
ان الحقناه بما قبله كان حيضا وان الحقناه بما بعده كان استحاضة فلا تترك الصلاة فيه بالشك والحاقه بما بعده اولى لانه ما ظهر الا في الوقت الذي ظهر فيه
الاستحاضة متصلا به والاصل فيه قوله عم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها • قال ولو كان حيضها خمسة ايام من كل شهر فتقدم حيضها بيوم او يومين
او خمسة فهي حائض اعتبارا للمتقدم بالمتاخر ولم يذكر الاختلاف في الاصل وذكر في نوادر ابي سليمان والحاصل ان المتقدم اذا كان بحيث لا يمكن جعله حيضا
تبع لايامها والكل حيض بالاتفاق لانه لا يستقل بنفسه تبع لما يستقل بنفسه فاما اذا لم تر في ايامها شيا ورات قبل ايامها ما يمكن ان يجعل حيضا من خمسة
او ثلثة ورات في ايامها مع ذلك يوما او يومين ورات قبل ايامها يوما او يومين لم يكن شيء من ذلك حيضا عند ابي حنيفة لانه دم مستنكر مرئي قبل وقته فهو كالمرئي من صغيرة
جدا اذا رات الدم لا يكون حيضا وعندهما الكل حيض لوجود الامكان فانه مرئي عقيب طهر صحيح وباب الحيض مبني على الامكان كما بينا فاما اذا رات
قبل ايامها ما يمكن ان يجعل حيضا بانفراده فعندهما الكل حيض اذا لم يجاوز العشرة وعن ابي حنيفة فيه روايتان احديهما ان الكل حيض لان ما رات في ايامها
كان اصلا مستقلا بنفسه فيستتبع ما قبله والرواية الاخرى ان حيضها ما رات في ايامها دون ما رات قبله وهو رواية المعلى عن ابي يوسف عنه
لان كل واحد منهما لما كان مستقلا بنفسه لم يكن تبعا لغيره والمتقدم مستنكر مرئي قبل وقته وهو خلاف المتاخر لان في المتاخر قد صارت هي حائضا
بما رات في ايامها فتبقى صفة الحيض لها بالمرئي بعده تبعا وفي المتقدم الحاجة الى اثبات صفة الحيض لها ابتدا وذلك لا يكون بالمستنكر المرئي قبل وقته
قال وان كان حيضها مختلفا مرة تحيض خمسة ومرة سبعة فاستحيضت فانها تدع الصلاة خمسة ايام ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض وتصلي يومين
بالوضوء لوقت كل صلاة فتغتسل لتوهم خروجها من الحيض وليس لزوجها ان يقربها في هذين اليومين احتياطا لجواز انها حائض فيهما ولو كان هذا اخر عدتها
لم يكن للزوج ان يراجعها في هذين اليومين احتياطا • قال وليس لها ان تتزوج في هذين اليومين احتياطا وهذا كله اذا لم ينقطع الدم فناخذ بالاحتياط
في كل جانب وقد بينا فيما سبق ان المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة ولها ان تصلي في الوقت ما شاءت بوضوء واحد من فرض ونفل ونذر وفائتة • قال
فان احدثت حدثا اخر في الوقت فعليها اعادة الوضوء لان طهارتها تتقدر بالوقت في حق الدم السائل لاجل الضرورة ولا ضرورة في سائر الاحداث
فهي فيها كغيرها من الاصحاء وكذلك ان توضات للحدث ولم يسل دم الاستحاضة فعليها الوضوء لان الوضوء الاول لما سبق دم الاستحاضة لم يكن واقعا
عن دم الاستحاضة فالحكم لا يسبق سببه فكان ذلك في حكم دم الاستحاضة كالمعدوم • قال ولو كان حيضها خمسة فحاضت ستة ثم حاضت حيضة اخرى
ثم حاضت اخرى ستة فحيضها ستة كلما عاود الدم مرتين في يوم فحيضها ذلك ومراده اذا استمر بها الدم واحتاجت الى البناء وهذا الجواب
وهو قوله حيضها ستة عندهم جميعا اما عند ابي يوسف فلان العادة تنتقل بالمرة الواحدة فانما يبنى على ما رات اخر مرة لان عادتها انتقلت اليها
وعند ابي حنيفة ومحمد لا يحصل انتقال العادة بما دون المرتين لانها كما تكرار فستة قد انعدمت فانتقلت اليها • واليوم السابع انما رات الدم
مرة فلم يثبت فيها التكرار والبناء في زمان الاستمرار على ما تكرر وهذا معنى قوله كلما عاودها الدم في يوم مرتين فحيضها ذلك • قال
وان كان حيضها خمسة فحاضت ستة وطهرت اربعة ايام ثم عاودها اليوم العاشر كله ثم انقطع فذلك كله حيض ولا يجزيها صومها في الاربعة الايام
التي طهرت فيها وهذا عند ابي يوسف ظاهر لان الطهر المتخلل اذا كان دون خمسة عشر يوما لم يكن فاصلا عنده وهو رواية عن ابي حنيفة وكذلك
على رواية محمد عن ابي حنيفة لان الدم محيط بطرفي العشرة وكذلك على رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لانها رات في اكثر الحيض مثل اقله وزيادة
وكذلك على قول محمد لان الدم غالب على الطهر في العشرة فاما على قول الحسن فحيضها خمستها لان عنده اذا بلغ الطهر المتخلل ثلاثة ايام يصير فاصلا
والاستقصاء في بيان هذه الرواية في كتاب الحيض • قال والحمرة والصفرة والكدرة في ايام الحيض حيض حتى ترى البياض الخالص • وقال ابو يوسف
لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لان الحيض الدم الخارج من الرحم دون الخارج من العرق ودم الحيض يجتمع في الرحم في الطهر ثم يخرج الصافي منه

ثم الكدرة فاما دم العرق يخرج منه الكدرة اولا ثم الصافي فمن اشكل عليه فلينظر في حال المنفصل فاذا خرجت الكدرة اولا كان ذلك دليلا انه
على انه دم عرق واما اذا خرج الصافي اولا ثم الكدرة عرفنا انه من الرحم فكان الكل حيضا ولكنا نقول ما يكون حيضا اذا راته المراة في اخر ايامها
يكون حيضا اذا راته في اول ايامها كالحمرة والصفرة وهذا لان الحيض اسم هو الاذى المرئي من موضع مخصوص والكل في صفة الاذى سوا
قال وانما الدم في الحاصل سنه والبيان الشافي فيه في كتاب الحيض وانما قال حتى ترى البياض الخالص لحديث عائشة رض ان النساء
كن يبعثن بالكراسف اليها للنظر فكانت اذا رات كدرة قالت لا حتى ترين القصة البيضاء يعني البياض الخالص قيل هو بياض الخرقة وقيل هو شبيه
خيوط دقيق ابيض تراه المراة على الكرسف اذا طهرت • قال فان حاضت المراة في شهر مرتين فهي مستحاضة والمراد انه لا يجتمع في شهر واحد حيضتان
وطهران لان اقل الحيض ثلاثة واقل الطهر خمسة عشر وقد ذكر في الاصل سوال [illegible] في اول الشهر خمسة ثم طهرت خمسة عشر ثم رات
الدم خمسة اليس قد حاضت في شهر مرتين ثم اجاب فقال اذا ضممت اليها طهرا اخر كان اربعين يوما والشهر لا يشتمل على ذلك ويحكى ان امراة
جاءت الى علي رض فقالت اني حضت في شهر ثلث مرات فقال علي رض لشريح ماذا تقول في ذلك فقال ان اقامت بينة من بطانتها ممن يرضى بدينه وامانته
قبل منها قال علي رض قالون وهي بلغة الرومية اصبت ومراد شريح من هذا تجهيلها لا تحقيقه لانها لا تجد ذلك [illegible] هذا لا يكون • قال وما رات النفسا
من الدم زيادة على اربعين يوما فهي استحاضة تصلي فيها وياتيها زوجها لان اكثر النفاس مقدر باربعين يوما عندنا وبيانه في الحيض وكانت
الاربعون للنفاس كالعشرة للحيض فكما ان الزيادة على العشرة تكون استحاضة فكذلك الزيادة على الاربعين هاهنا • قال وان طهرت قبل الاربعين
اغتسلت وصلت لانه لا تقدير لاقل النفاس فانما اسم للدم الخارج عقيب الولادة مشتق من تنفس الرحم به والقليل والكثير فيه سوا
فاذا طهرت كان عليها ان تغتسل وتصلي [illegible] ولا يترك المعلوم بالموهوم • قال فان كانت عادتها
[illegible]
في حكم [illegible] الصوم والصلاة [illegible]
والحامل ليست صغيرة ولا ايسة ولان ما بنا في الاقرا بنا في الحبل كالصغر والاياس واذا ابتلي فامتد [illegible] الاقرا فان المراة اما صغيرة او حبلى
وقد ذاق من الدم ما يمكن ان يجعل حيضا جعل حيضا لها • والاصل فيه قوله عم لفاطمة بنت ابي حبيش اذا اقبل قرؤك فدعي الصلاة الا ان الحبل
معتبر في حكم اقراء العدة لانها لا تدل على فراغ الرحم في حقها وهي المقصود باقراء العدة ومذهبنا مذهب عايشة فانها قالت الحامل لا تحيض
ومثل هذا لا يعرف بالراي فحمل على انها قالت ذلك سماعا • ثم ان الله تعالى اجرى العادة ان المراة اذا حبلت انسد فم رحمها فلا يخلص شي الى رحمها
ولا يخرج منه شي فالدم المرئي ليس من الرحم فلا يكون حيضا والدليل عليه ان الله لما انزل قوله يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء قالت الصحابة وان كانت ايسة او صغيرة
فنزل قوله واللائي يئسن قالت فان كانت حاملا فنزلت اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ففي هذا بيان ان الحامل لا تحيض وانها ليست من ذوات
الاقرا وتبين هذا ان قوله اذا اقبل قرؤك تناول الحايل دون الحامل • قال فان ولدت ولدا وفي بطنها اخر فالنفاس من الاول في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر من الاخر لانها بعد وضع الاول حامل بعد والحامل لا تصير نفسا كما لا تحيض والدليل عليه حكم انقضاء العدة فانه معتبر
بالولد الاخر وهما يقولان النفاس من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس الذي هو الولد او من خروج النفس الذي هو عبارة عن الدم وقد وجد
ذلك كله بالولد الاول وانما لا تحيض لانسداد فم رحمها وقد انفتح بالولد الاول فكان الدم المرئي بعده من الرحم وفي انقضاء العدة المعتبر
فراغ الرحم ولا يحصل ذلك الا بالولد الاخر • قال واذا توضات المستحاضة والدم سايل ولبست خفيها فلها ان تمسح عليهما ما دامت في وقت
تلك الصلاة عندنا وقال زفر تمسح كمال مدة المسح وقد بينا هذا في باب المسح على الخفين • قال فاذا وجب الوضوء عليها بالوقت خرج
وهي في الصلاة استقبلت الصلاة واذا وجب بسيلان الدم بنت على صلاتها ومعنى هذا اذا كان الدم سايلا حين توضات وسال بعد الخروج
الوقت فخرج الوقت وهي في الصلاة فعليها ان تستقبل لان خروج الوقت ليس بحدث ولكن عند خروج الوقت تنتقض طهارتها بالدم المقرون بالطهارة
او بعدها في الوقت فقد دخلنا في الصلاة بعد ذلك اليوم واداء جزء من الصلاة بعد سبق الحدث يمنع البناء عليها فاما اذا توضات والدم منقطع
وخرج الوقت في خلال الصلاة قبل سيلان الدم فانها تتوضا وتبني • قال وصاحب الجرح السايل كالمستحاضة على انه يتوضا لوقت كل صلاة

قال

قال وان سال الدم من احد المنخرين فتوضا له ثم سال من المنخر الاخر فعليه الوضوء لان هذا حدث جديد فلم يكن موجودا وقت الطهارة
فلم تقع الطهارة له فهو والبول والغايط فيه سوا وان كان سال منهما جميعا فتوضا لهما ثم انقطع احدهما فهو على وضوئه ما بقي الوقت
لان وضوءه وقع لهما وما بقي بعد انقطاع احدهما حدثا كما [illegible] انه لم يكن موجودا في الابتدا الا اباه وكان تجدد وضوءه [illegible]
لاجله فكذلك في حكم البقا وما انقطع صار كان لم يكن وعلى هذا صاحب القروح اذا كان البعض سايلا ثم سال من الاخر
وكان الكل سايلا فانقطع السيلان عن البعض والله اعلم ٥

باب صلاة الجمعة

قال رض الله عنه اعلم ان الجمعة فريضة بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله فالامر بالسعي الى الشي
لا يكون الا لوجوبه والامر بترك البيع المباح لاجله دليل على وجوبه ايضا واما السنة فحديث جابر رض قال خطبنا رسول الله عم
فقال يا ايها الناس توبوا الى ربكم قبل ان تموتوا وتقربوا الى الله بالاعمال الصالحة قبل ان تشتغلوا وتحببوا الى الله بالصدقة في السر والعلانية
تجبروا وتنصروا وترزقوا واعلموا ان الله تعالى كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا واستخفافا بها
وله امام جاير او عادل فلا جمع الله شمله الا فلا صلاة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب الله عليه وفي حديث ابن عباس
وابن عمر رض قالا سمعنا رسول الله عم على اعواد منبره يقول لينتهين اقوام عن تركهم الجمعة او ليختمن على قلوبهم وليكونن من الغافلين ٥
والامة اجتمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في الوقت فمن العلما من يقول الفرض الجمعة في حق من يلزمه اقامتها وكان فرضية الجمعة
بزوال الشمس في هذا اليوم كفرضية الظهر في ساير الايام وهو قول الشافعي وزفر واكثر العلماء على ان اصل فرض الوقت في هذا اليوم ما هو
في ساير الايام وهو الظهر ولكنه مامور باسقاط هذا الفرض بالجمعة اذا استجمع شرايطها لان اصل الفرض في حق كل واحد ما يتمكن
من ادايه ولا يتمكن من اداء الجمعة وانما يتمكن من اداء الظهر ولو جعلنا اصل الفرض الجمعة لكان الظهر خلفا عن الجمعة عند فواتها واربع
ركعات لا تكون خلفا عن ركعتين فعلمنا ان اصل الفرض الظهر ولكنه مامور باسقاط هذا الفرض عن نفسه باداء الجمعة اذا استجمع شرايطها
ثم تختص بشرايط منها في المصلي ومنها في غيره • قال اما الشرايط في المصلي لوجوب الجمعة الاقامة والحرية والذكورة والصحة لحديث
جابر قال رسول الله عم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فعليه الجمعة الا مسافر او مملوك وصبي وامراة او مريض فمن استغنى عنها بلهو او تجارة
استغنى الله عنه والله غني حميد ٥ • والمعنى ان المسافر تلحقه المشقة لدخول المصر وحضور الجمعة وربما لا يجد احدا يحفظ رحله وربما
ينقطع من اصحابه فلدفع الحرج اسقطها الشرع عنه كما يسقط عنه الجهاد والمملوك مشغول بخدمة المولى فتتضرر به المولى بترك خدمته
وشهود الجمعة وانتظاره الامام فلدفع الضرر عنه اسقطها الشرع عنه كما اسقط عنه الجهاد بخلاف الظهر فانه يتمكن من ادايه
حيث هو بنفسه فلا ينقطع عن خدمة المولى وذلك القدر يستثنى عنه من حق المولى اذ ليس فيه ضرر كثير عليه ويحتمل الضرر اليسير لاجله
ولا يحتمل الضرر الكثير ٥ • قال ولا المراة كذلك مشغولة بخدمة الزوج منهية عن الخروج شرعا لما في خروجها الى مجمع الرجال من الفتنة
والمريض تلحقه الحرج في شهود الجمعة وانتظار الامام وعلى هذا قال ابو حنيفة الاعمى لا يلزمه شهود الجمعة وان وجد قايدا لانه قادر
على السعي انما لا يهتدي الى الطريق فهو كالضال اذا وجد من يهديه الى الطريق غير ان هذه شرايط الوجوب لا شرايط الاداء حتى ان المسافر
والمملوك والمراة والمريض اذا شهدوا الجمعة فادوها جازت لحديث الحسن كن النساء يجمعن مع رسول الله عم ويقال لهن لا تخرجن الا تفلات
اي غير متطيبات ولان سقوط السعي عنهم لا لمعنى في الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا في الاداء بغيرهم • قال فاما الشرايط ٥
في غير المصلي لاداء الجمعة ستة المصر والوقت والخطبة والجماعة والسلطان والاذن العام اما المصر فشرط عندنا • وقال الشافعي ليس بشرط
بل كل قرية يسكنها اربعون رجلا من الاحرار المقيمين لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا تقام بهم الجمعة لما روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة
جمعت بجواثا وهو قرية من قرى عبد القيس بالبحرين وكتب ابو هريرة الى عمر يسال عن الجمعة بجواثا فكتب اليه ان اجمع بها وحيثما كنت ولنا قوله عم
لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وقال علي رض لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع ولان الصحابة حين فتحوا الامصار والقرى
ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجامع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرايط الجمعة وجواثا مصر بالبحرين وتسميته اياه
بالقرية لا تنفي ما ذكرنا من التاويل • قال الله تعالى لتنذر ام القرى ومن حولها ومعنى قول عمر وحيثما كنتم اي مما هو مثل جواثا من الامصار وظاهر
المذهب في بيان حد المصر الجامع ان يكون فيه سلطان او قاض لاقامة الحدود وتنفيذ الاحكام وقال بعض مشايخنا ان يتمكن كل صانع ان يعيش بصنعته
ولا يحتاج فيه الى التحول الى صنعة اخرى ٥ • وقال ابن شجاع احسن ما قيل فيه ان اهلها بحيث لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا

الى ما يشهد الجمعة فهذا مصر جامع تقام فيه الجمعة ثم في ظاهر الرواية لا تجب الجمعة الا على من يسكن المصر والارباض المتصلة بالمصر
وعن ابي يوسف رح ان كل من سمع النداء من اهل القرى القريبة من المصر فعليه ان يشهدها وقال الاوزاعي من يمكنه ان يشهدها و
يرجع الى اهله قبل الليل فعليه ان يشهدها والصحيح ما قلنا ان كل موضع يمكنه من اذا خرج من المصر مسافرا فوصل الى ذلك الموضع
كان له ان يصلي صلاة السفر فليس عليه ان يشهدها لانه ليس من المصر الا ترى ان المقيم في المصر لا يكون مقيما في هذا الموضع ٥
واما الوقت فمن شرائط الجمعة يعني به وقت الظهر لما روي ان رسول الله عم لما بعث مصعب بن عمير الى المدينة قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس
فصل بالناس الجمعة وكتب الى اسعد بن زرارة اذا مالت الشمس من اليوم الذي تتجهز فيه اليهود لسبتها فازدلف الى الله تعالى بركعتين
والذي روي ان ابن مسعود رض اقام الجمعة ضحى معناه بالقرب منه ومقصود الراوي انه اذا اخرها عن الزوال وكان مالك يقول
جواز اقامتها في وقت العصر بناء على مذهبه في تداخل الوقتين وقد بينا فساده • قال والخطبة من شرائط الجمعة لحديث ابن عمر وعائشة رض
انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة والظاهر قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله يعني الخطبة والامر بالسعي دليل على وجوبها ولان رسول الله
ما صلى الجمعة في عمره بغير خطبة فلو جاز فعله تعليما للجواز • وقال بعض مشايخنا الخطبة تقوم مقام ركعتين فلهذا لا يجوز الا بعد دخول
الوقت والاصح انها تقوم مقام شطر الصلاة فان الخطبة لا تستقبل القبلة في ادائها ولا يقطعها الكلام وتعتد بها وان اداها وهو محدث
او جنب عنه تبين ضعف قوله انها بمنزلة شطر الصلاة • قال والجماعة من شرائطها الظاهر قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله ولانها سميت جمعة
وفي هذا الاسم ما يدل على اعتبار الجماعة فيها ويختلفون في مقدار العدد فقال ابو حنيفة ثلاثة نفر سوى الامام وقال ابو يوسف اثنان
سوى الامام لان للمثنى حكم الجماعة فيها ويختلفون حتى يتقدم الامام عليهما وفي الجماعة معنى الاجتماع وذلك يتحقق بالمثنى وجه قولهما
الاستدلال بقوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وهذا يقتضي مناديا وذاكرا وهو المؤذن والامام ٥
واثنين يسعون لان قوله فاسعوا لا يتناول الا المثنى ثم ما دون الثلاث ليس بجمع متفق عليه فان اهل اللغة فصلوا بين التثنية والجمع
فالمثنى وان كان فيه معنى الجمع من وجه فليس بجمع مطلق واشتراط الجماعة هي ما تعتبر مطلقا ثم يشترط في الثلاثة ان يكونوا بحيث يصلحون للامامة
في صلاة الجمعة حتى ان نصاب الجمعة لا يتم بالنساء والصبيان ويتم بالعبيد والمسافرين لانهم يصلحون للامامة فيها • وقال الشافعي
النصاب اربعون رجلا من الاحرار المقيمين وهذا فاسد فان مصعب بن عمير اقام الجمعة بالمدينة مع اثني عشر رجلا واسعد بن زرارة
اقامها بتسعة عشر رجلا ولما نفر الناس من اليوم الذي دخل فيها العير المدينة كما قال الله تعالى واذا رأوا تجارة او لهوا انفضوا اليها بقي
بقي رسول الله عم مع اثني عشر رجلا فصلى بهم الجمعة ولا معنى لاشتراط الاقامة والحرية فيهم لان درجة الامام اعلى فاذا لم يشترط
في صلاحية للامامة كيف يشترط فيما يكون موتما ولا وجه لمنع هذا فقد اقام رسول الله عم الجمعة بمكة وهو كان مسافرا حتى قال لاهل مكة
اتموا صلاتكم فانا قوم سفر • قال والسلطان من شرائط الجمعة عندنا خلافا للشافعي وقاسه باداء سائر المكتوبات فالسلطان والرعية
في ذلك • ولنا ما روينا من حديث جابر وله امام جائر او عادل فقد شرط رسول الله عم الامام من تخلف الوعيد بتارك الجمعة وفي الاثر اربع الى الولاة
منها الجمعة ولان الناس يتركون الجماعات لاقامة الجمعة ولو لم يشترط فيها السلطان ادى الى الفتنة لانه يسبق بعض الناس الى الجامع فيقيمونها
لغرض لهم ويفوت على غيرهم وفيه من الفتنة ما لا يخفى فيجعل مفوضا الى الامام الذي فوض اليه امور الناس والعدل بينهم لانه اقرب
الى تسكين الفتنة والاذن العام من شرائطها حتى ان السلطان اذا صلى بحشمه في قصره فان فتح باب القصر واذن للناس اذنا عاما جازت صلاته
شهدها العامة او لم يشهدوها وان لم يفتح باب قصره ولم يأذن لهم في الدخول لا يجزيه لان اشتراط السلطان للتحرز عن تفويتها على الناس
ولا يحصل ذلك الا بالاذن العام وكما يحتاج العامة الى السلطان في اقامتها فالسلطان يحتاج اليهم بان يأذن لهم اذنا عاما فهذا يعتدل النظر
من الجانبين • قال فان صلى الامام باهل المصر الظهر يوم الجمعة اجزاهم وقد اساءوا في ترك الجمعة اما الجواز فانهم ادوا اصل فرض الوقت
ولم يجز لهم امر امامهم باعادة الظهر بعد خروج الوقت لا الامر باعادة الظهر عند تفويتها في الوقت وبا فوتها واما الاساءة فلتركهم اداء الجمعة
بعدما استجمعوا شرائطها وفي حديث ابن عمر قال رسول الله عم من ترك ثلاث جمع طبع على قلبه وفي رواية تهاونا بها طبع على قلبه ٥ • قال الامام خطب جنبا ثم اغتسل
وصلى بهم اجزاهم عندنا وعند ابي يوسف لا يجزيهم وهو قول الشافعي لان الخطبة بمنزلة شطر الصلاة حتى لا يجوز اداؤها الا في وقت الصلاة
وفي الاثر انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما يشترط الطهارة في الصلاة فكذلك في الخطبة • ولنا ان الخطبة ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان
من ذكر الله تعالى ما خلا قراءة القرآن في حق الجنب وليست الخطبة نظير الصلاة ولا بمنزلة شطرها بدليل انها تؤدى غير مستقبل القبلة ولا يقطعها
الكلام وتأويل الاثر انها في حكم الثواب كشطر الصلاة لا في اشتراط شرائط الصلاة فيها وقد ذكرنا في باب الاذان انه يعاد اذان الجنب ولم يذكر اعادة خطبة
ولا فرق بينهما في الحقيقة فيكون في الاذان لا يتعلق بها حكم الجواز فذكر استحباب الاعادة والخطبة يتعلق بها حكم جواز الاعادة هاهنا فهو في الاذان

قال

قال وينبغي للامام ان يقرأ في خطبته سورة لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له الآية قيل الآية في الخطبة سماها قرآنا لما فيها
من القرآن العظيم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبلغهم ما انزل الله تعالى في خطبته وذكر السورة لانها ادل على التحري والاعجاز
ولو اكتفى بقراءة آية طويلة جاز ايضا لان فرض القراءة يتأدى بهذا فتشبه القراءة بالخطبة اولى • قال واذا احدث الامام يوم الجمعة بعد الخطبة
وامر رجلا يصلي بالناس فان كان الرجل شهد الخطبة جاز ذلك لانه اقام مقام الاول وهو مستجمع شرائط الافتتاح الجمعة ويستوي
ان كان الامام مأذونا في الاستخلاف او لم يكن بخلاف القاضي فانه اذا لم يكن مأذونا في الاستخلاف لا يكون ان يستخلف لان القضاء
غير موقت فلا يفوت بتأخيره عند العذر والجمعة موقتة تفوت بتأخيرها عند العذر اذا لم يستخلف من ولاه لما امره بذلك
مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فصار راضيا باستخلافه وان لم يكن المأمور شهد لم يجز له ان يصلي بهم الجمعة
لان الخطبة من شرائط افتتاح الصلاة وهو المفتتح لها فاذا لم تستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالاول اذا لم يخطب وهذا بخلاف
ما لو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد اجزاهم لان هناك الثاني بان وليس بمفتتح والخطبة من شرائط
الافتتاح وقد وجد ذلك في حق الاصل فتعين عن اعتباره في حق التبع • فان قيل لو افسد الثاني الصلاة ثم افتتح بهم الجمعة بعدها
وهو مفتتح في هذه الحالة قلنا نعم ولكنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة الاول التحق بمن شهد الخطبة حكما فلهذا جاز له افتتاحها
بعد الافساد • قال وان كان المأمور جنبا وقد شهد الخطبة فلما امره الامام بذلك امر هو رجلا طاهرا قد شهد الخطبة فصلى بهم
اجزاه لان استخلاف الامام اياه يثبته ولاية الجمعة بدليل انه لو اغتسل وصلى بهم اجزاهم فيعتده ولاية الاستخلاف ايضا بعد
بخلاف ما اذا كان المأمور الاول لم يشهد الخطبة فامر غيره ممن شهد الخطبة لم يجز له ان يصلي بهم الجمعة لان امر الامام اياه لم
يثبت له ولاية اقامة الجمعة بنفسه فلا يفيده ولاية الاستخلاف الذي هو تبع له وكذلك ان كان المأمور صبيا او معتوها او كافرا او امرأة
فامر غيره بذلك لم يجز له اقامة الجمعة بامره لانه لم يفده ولاية اقامتها بنفسه ولان ولاية الاستخلاف تثبت تبعا لثبوت
ولاية الاقامة بنفسه • قال واذا احدث الامام قبل افتتاح الصلاة فلم يأمر احدا فتقدم صاحب الشرط اماما او القاضي
او امر رجلا قد شهد الخطبة فتقدم وصلى بهم اجزاهم لان الجمعة من امور العامة وقد فوض الى القاضي وصاحب الشرط ما هو
من امور العامة فنزلا فيه منزلة الامام في الامامة والاستخلاف ٥ • قال ولا ينبغي للامام ان يتكلم في خطبته بشيء من حديث الناس
لانه ذكر منظوم والتكلم في خلاله يذهب بهاؤه فلا يشتغل به كما في خلال الاذان والذي روي ان عمر رض كان نهيا الناس
عن شعر الرأس وقد كان ذلك الشروع في الخطبة لا في خلالها والذي روي ان عمر رض قال لعثمان حين دخل وهو يخطب اية ساعة
المجيء هذه الحديث فقد كان ذلك امرا بالمعروف والخطبة كلها وعظ وامر بمعروف والذي روي ان النبي عم كان يخطب اذ دخل
اعرابي وقال هلكت المواشي وتقطعت السبل وخشينا القحط فاستسق يا رسول الله قيل كان ذلك قبل نزول قوله تعالى واذا قرئ
القرآن وقيل كان ذلك منبسطا هبط في الجمعتين ليذكر رسول الله عم دعاء الاستسقاء والفرج من خوف الصدق والخطبة
فيها الدعاء • قال ولا ينبغي للقوم ان يتكلموا والامام يخطب لقوله تعالى فاستمعوا له وانصتوا الآية ولانه في الخطبة يخاطبهم
بالوعظ فاذا اشتغلوا بالكلام لم يفد وعظهم اياه شيئا • وفي حديث ابي هريرة رض ان النبي عم قال من قال لصاحبه والامام
يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وقرأ رسول الله عم سورة في خطبته فقال ابو الدرداء لابي بن كعب متى انزلت
هذه السورة فلم يجبه فلما فرغ من صلاته قال ليس لك من صلاتك الا ما لغوت فجاء الى رسول الله عم يشكوه فقال عم صدق ابي وسمع
ابن عمر رجلا يقول لصاحبه والامام يخطب متى تخرج القافلة قال لصاحبه فغدا فلما فرغ ابن عمر رض من صلاته قال للمجيب ٥
اما انك فقد لغوت واما صاحبك فحمار فان كان بحيث لا يسمع الخطبة فانه يسكت ظاهر الجواب انه يسكت لان المأمور به
الاستماع والانصات فمن قرب من الامام فقد قدر عليهما ومن بعد عنه فقد قدر على احدهما وهو الانصات فيأتي بما قدر عليه
وهو الانصات فيأتي بما قدر عليه وكان محمد بن سلمة يختار السكوت ونصير بن يحيى يختار قراءة القرآن في نفسه والحكم بن زهير كان ينظر
في الفقه وهو من كبار اصحابنا وكان مولعا بالتدريس ٥ • قال الحسن بن زياد ما دخل العراق احد افقه من الحكم بن زهير قلت فهل
يردون السلام ويشمتون العاطس ويصلون على النبي عم ويقرؤن القرآن قال احب الي ان يستمعوا فقد انظرف في هذا الجواب
ولم يقل لا ولكنه ذكر ما هو المأمور به وهو الاستماع والانصات ولم يذكر ان العاطس هل يحمد الله تعالى والصحيح انه يقول ٥
في نفسه فكذلك لا يشتغل عن الاستماع واما التشميت ورد السلام لا يأتي بهما عندنا خلافا للشافعي وهو رواية عن ابي يوسف
لان رد السلام فرض والاستماع سنة ٥ • لكنا نقول رد السلام انما يكون فريضة اذا كان السلام تحية وفي حالة الخطبة المسلم ممنوع

من السلام فلا يكون جوابه فرضا له كما في الصلاة ثم طلب ابو الدرداء من ابي ابن كعب من تاريخ المنزل فقد كان فرضا عليهم ليجزوا به الناسخ
من المنسوخ وقد جعله رسول الله عم من اللغو في حالة الخطبة فكذلك رد السلام واما الصلاة على النبي عم فقد روي
عن ابي يوسف انه قال ان الخطيب اذا قال يا ايها الذين امنوا صلوا عليه ينبغي لهم ان يصلوا عليه وهو اختيار الطحاوي لانه بلغهم
امرا فعليهم الامتثال ○ ووجه ظاهر الرواية ان حالة الخطبة كحالة الصلاة في المنع من الكلام فكما ان الامام لو قرا هذه الاية
في صلاته لم يشتغل القوم بالصلاة عليه فكذلك اذا قراها في خطبته ○ قال الامام اذا خرج فخروجه يقطع الصلاة حتى يكره
افتتاحها بعد خروج الامام وينبغي لمن كان فيها ان يفرغ منها يعني يسلم على راس الركعتين لحديث ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما
موقوفا عليهما ومرفوعا اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام ○ وقال عقبة بن عامر الصلاة في حالة الخطبة خطيئة ولان الاستماع
واجب والصلاة تشغله عنه ولا يجوز الاشتغال بالتطوع وترك الواجب ○ وقال الشافعي ياتي بالسنة وتحية المسجد اذا دخل
والامام يخطب لحديث سليك الغطفاني انه دخل المسجد ورسول الله عم يخطب فجلس فقال له رسول الله عم اركعت ركعتين فقال لا
فقال قم فاركعهما ودخل ابو الدرداء المسجد وهو يخطب فركع ركعتين ثم قال لا اتركهما بعدما سمعت رسول الله عم يقول فيهما ما قال
وتاويل حديث سليك انه كان قبل وجوب الاستماع ونزول قوله تعالى فاذا قرئ القران ○ وقيل لما دخل عليه هيئة رثة ترك رسول الله عم
الخطبة لاجله وانتظره حتى قام وصلى ركعتين والمراد ان يرى الناس سوء حاله فيواسوه بشيء وفي زماننا الخطيب لا يترك الخطابة لاجل الداخل
فلا يشتغل هو بالصلاة ○ وقال ابو حنيفة يكره الكلام بعد خروج الامام قبل ان ياخذ في الخطبة وبعد الفراغ من الخطبة قبل الاشتغال
بالصلاة كما يكره الصلاة ○ وقال ابو يوسف ومحمد يكره الصلاة في هذين الوقتين ولا يكره الكلام لما جاء في الحديث خروج الامام يقطع
الصلاة وكلامه يقطع الكلام ولان الصلاة تمتد وربما لا يمكنه قطعها حتى ياخذ الامام في الخطبة والكلام يمكن قطعه متى شاء والنهي عنه
لوجوب استماع الخطبة فيقتصر على حالة الخطبة وابو حنيفة استدل بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا كان يوم الجمعة
وقعدت الملائكة على ابواب المساجد فيكتبون الناس الاول فالاول الحديث الى ان قال فاذا خرج الامام طووا الصحف وجاءوا يستمعون
الذكر وانما يطوون الصحف اذا طوى الناس الكلام فاما اذا كانوا يتكلمون فهم يكتبونه عليهم قال الله تعالى ما يلفظ من قول الا لديه
رقيب عتيد ○ ولان الامام اذا صعد المنبر ليخطب فكان مستعدا لها فيجعل كالشارع فيها الا ترى ان في كراهة الصلاة جعل الاستعداد
كالشروع فيها فكذلك في كراهة الكلام ووجوب الانصات غير مقصود على حال اشتغاله بالخطبة حتى يكره الكلام في حالة الجلسة
بين الخطبتين ○ قال وينبغي للرجل ان يستقبل الخطيب بوجهه اذا اخذ في الخطبة وهكذا نقل عن ابي حنيفة انه كان يفعله لان الخطيب
يعظهم ولهذا استقبلهم بوجهه وترك استقبال القبلة فينبغي لهم ان يستقبلوه بوجوههم لتظهر فائدة الوعظ وتعظيم الذكر كما في غير
ذهاب مجالس الوعظ ولكن الرسم الان ان القوم يستقبلون القبلة ولم يومروا بترك هذا لما يلحقهم من الحرج في تسوية الصفوف
بعد فراغه لكثرة الزحام اذا استقبلوه بوجوههم في حالة الخطبة ○ قال واذا خطب بتسبيحة واحدة او بتهليل او تحميدة اجزاه
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجزيه حتى يكون كلاما يسمى خطبة وقال الشافعي لا يجزيه حتى يقرا خطبتين يقرا فيهما شيئا من القران
ويجلس بينهما جلسة واستدل بالتوارث من لدن رسول الله عم والى يومنا هذا والتوارث كالتواتر ولكنا قد روينا ان النبي عم كان
في الابتداء خطبة واحدة فلما اسن جعلها خطبتين وجلس بينهما فدل انه انما فعل ذلك ليكون ارفق عليه لا لانه شرط وابو يوسف ومحمد
قالا الشرط الخطبة ومن قال الحمد لله او قال لا اله الا الله فهذه الكلمة لا تسمى خطبة وقايلها لا يسمى خطيبا فلم يات بما يسمى خطبة
لانهم شرط الجمعة وابو حنيفة رح استدل بما روي ان عثمان رض لما استخلف صعد المنبر فقال الحمد لله فارتج عليه فقال
ان ابا بكر وعمر رض كانا يعدان لهذا المكان مقالا وقال لان تكونوا الى امام فعال احوج منكم الى امام قوال وستاتيكم الخطب
ما شاء الله فعل ونزل وصلى الجمعة ولم ينكر عليه احد من الصحابة فدل انه يكتفى بهذا القدر ولما اتى الحجاج العراق صعد المنبر فارتج عليه
فقال يا ايها الناس قد هالني كثرة رؤوسكم واحداق الاحاطة بالنظر الي باعينكم واني لا اجمع عليكم بين الشح والعي ان لي نعما في بني فلان
فاذا قضيت الصلاة فانتهبوها ونزل وصلى ومن بقي معه من الصحابة كانس بن مالك رض ولان المنصوص عليه الذكر قال الله تعالى
فاسعوا الى ذكر الله ○ وقد بينا ان الركن ما يثبت بالنص والذكر يحصل بقوله الحمد لله فما زاد عليه شرط الكمال لا شرط الجواز وهو نظير
ما قال ابو حنيفة ان فرض القراءة يتادى بآية واحدة ثم قوله الحمد لله كلمة وجيزة تحتها معاني جمة فتشتمل على ما تشتمل عليه الخطبة وزيادة فان الخطبة
بقوله الحمد لله كالذي يرى هذه الكلمة فيكون ذلك خطبة لكنها وجيزة وقصر الخطبة مندوب اليه جاء عن عمر رض قال طولوا الصلاة وقصروا
وقال ابن مسعود رض طول الصلاة وقصر الخطبة حتى اذا عطس وقال الحمد لله يريد به الحمد على عطاسه لا ينوب عن الخطبة هكذا نقل نصا

في الامالي

في الامالي ○ قال وكان الاذان اذا صعد الامام المنبر فاذا نزل اقام الصلاة بعد فراغه من الخطبة هكذا كان على عهد رسول الله عم والخليفتين ○
من بعده الى ان احدث الناس الاذان على الزوراء في عهد عثمان رض وقد بينا في باب الاذان ○ قال رجل ذكر في الجمعة ان عليه الفجر فهذا على ثلاثة اوجه احدها
انه لا يخاف فوت الجمعة اذا اشتغل بالفجر فعليه ان يقطع الجمعة ويبدا بالفجر ثم بالجمعة لمراعاة الترتيب فانه واجب عندنا والثاني ان يخاف فوت الجمعة
دون الوقت لو اشتغل بالفجر فهذا في قول ابي حنيفة وابي يوسف نظير الفصل الاول يلزمه مراعاة الترتيب وعند محمد لا يلزمه مراعاة الترتيب نظير الفصل الثاني
لان شروعه في الجمعة قد صح وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالفجر فلا يلزمه مراعاة الترتيب كما لو تذكر العشاء في خلال الفجر وهو يخاف طلوع الشمس لو اشتغل
بالعشاء بل اولى فان هناك لا يفوته اصل الصلاة انما يفوته الاداء في الوقت وهاهنا يفوته اصل الصلاة وابو حنيفة وابو يوسف
قالا الجمعة في هذا اليوم كالظهر في سائر الايام فكما انه لو تذكر الفجر في خلال الظهر وهو يخاف فوت الجماعة دون الوقت يلزمه مراعاة الترتيب
فكذلك هاهنا ○ وهذا لان اصل الفرض الوقت لا يفوته فقد بينا انه الظهر وهو يتمكن من ادائها في الوقت مع مراعاة الترتيب
بخلاف ما اذا كان يخاف فوت الوقت ○ قال رجل زحمه الناس يوم الجمعة فلم يستطع ان يسجد فوقف حتى سلم الامام فهذا واللاحق سواء
يمضي في صلاته بغير قراءة لانه ادرك اولها فكان مقتديا في الاتمام ولا قراءة عليه كالذي نام او سبقه الحدث فان ركع في الركعة الثانية
معتدا بقراءة الامام ولكنه لما استتم قائما ركع اجزاه لانه ترك اصل القيام في كل ركعة لا امتداده الا ترى ان الامام في سائر
الصلوات لو لم يطول القيام في الشفع الثاني اجزاه لانه لا قراءة فيهما فهذا مثله ○ قال ولا يجزيه التيمم في الجمعة ولو خاف فوتها
لانه يفوتها الى خلف وهو الظهر وقد بينا هذا في باب التيمم ○ قال مريض لا يشهد الجمعة فصلى الظهر في بيته باذان واقامة فهو حسن لان
اليوم في حقه كسائر الايام اذ ليس عليه شهود الجمعة فيه قال ومن صلى الظهر لمرض او سفر او بغير عذر ثم صلى الجمعة مع الامام فالجمعة
هي الفريضة عندنا وقال زفر ان كان مريضا او مسافرا ففرضه الظهر وان لم يكن له عذر ففرضه الجمعة ولا يجزيه الظهر قبل فراغ الامام
من الجمعة فالكلام في فصلين احدهما في المعذور ○ وجه قول زفر ان هذا اليوم في حقه كسائر الايام وفي سائر الايام لو صلى الظهر
في بيته ثم ادرك الجماعة كان فرضه ما ادى في بيته فكذلك هنا ○ ولكنا نقول الجمعة اقوى من الظهر ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فاما
فارق المريض الصحيح في الترخص بترك السعي الى الجماعة فاذا شهدها فهو والصحيح سواء فيكون فرضه الجمعة والثاني في الصحيح المقيم اذا صلى
في بيته ولم يشهد الجمعة اجزاه عندنا وقياسا ○ وقال زفر لا يجزيه الظهر الا بعد فراغ الامام من الجمعة وقال الشافعي لا يجزيه الظهر
الا بعد خروج الوقت لان من اصل زفر والشافعي ان الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل فانه مامور بالسعي الى الجمعة
وترك الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل فاذا ادى البدل مع قدرته على الاصل لا يجزيه الا عند فوت
فوات الاصل لفراغ الامام لانه يشترط السلطان لاقامة الجمعة وعند الشافعي فوات الاصل بخروج الوقت لان السلطان عنده ليس
بشرط لاقامة الجمعة واما عندنا اصل فرض الوقت الظهر قال عم واول وقت الظهر حين تزول الشمس ولم يفصل بين هذا اليوم وغيره
ولانه سوى القضاء في الظهر اذا اداه بعد خروج الوقت فلو لم يكن اصل فرض الوقت في حقه الظهر لما احتاج الى نية القضاء بعده اي الوقت
واذا تبين ان اصل الفرض هو الظهر وقد اداه في وقته يجزي عنه ○ وقد روي عن محمد رح قال لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم
ولكن يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة ان اصل الفرض احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ○ قال ولو صلى الظهر ثم سعى الى الجمعة فوجد
الامام قد فرغ منها فان كان خروجه من بيته بعد فراغ الامام منها فليس عليه اعادة الظهر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد
ليس عليه اعادة الظهر ما لم يفتتح الجمعة مع الامام ○ وجه قولهما انه ادى فرض الوقت باداء الظهر فلا ينتقض الا بما هو اقوى منه وهو الجمعة
فاما مجرد السعي ليس باقوى مما ادى ولا يجعل السعي اليها كمباشرتها في انتقاض الظهر به كالقارن اذا وقف بعرفات من قبل ان يطوف للعمرة
يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير رافضا للعمرة ○ وجه قوله ان السعي من خصائص الجمعة لانه امر فيها دون سائر الصلوات
فكان الاشتغال بما هو من خصائصها كالاشتغال بها من وجه فيصير به رافضا للظهر ولكن السعي اليها انما يتحقق قبل فراغ الامام منها
لا بعده وفي مسالة القارن في القياس ترتفض عمرته بالسعي الى عرفات ○ وفي الاستحسان لا ترتفض لان السعي هناك منهي عنه قبل
فراغ الجمعة فضعف في نفسه وهاهنا مامور به فكان قويا في نفسه ○ قال واذا لم يفرغ الامام من الجمعة حتى دخل وقت العصر فسدت
لان الوقت من شرائطها فاذا فات قبل الفراغ منها كان بمنزلة فواته قبل الشروع فيها لان شرائط العبادة مستدامة من اولها الى اخرها
كالطهارة للصلاة فان قهقه لم يلزمه وضوء وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان التحريمة انحلت بفساد الجمعة واما عند ابي يوسف
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة لم تنحل بفساد الفريضة فاذا قهقه فعليه الوضوء لمصادفة القهقهة حرمة الصلاة ○ قال
واذا نفر الناس فذهبوا بعدما خطب الامام لم يصل الجمعة الا ان يبقى معه ثلاثة رجال سواه لان الجماعة من شرائط افتتاح الجمعة

وقد بينا اختلافهم في مقدارها وان بقي معه ثلاثة من العبيد او المسافرين يصلي بهم الجمعة لانهم يصلحون للامامة فيها بخلاف ما اذا بقي ثلاثة
من النساء او الصبيان وان كان صلى بالناس ركعة ثم ذهبوا اتم صلاة جماعة عندنا • وقال زفر يستقبل الظهر اذا ذهبوا قبل ان يقعد
مقدار التشهد لان الجماعة شرط الجمعة كالوقت • ولكنا نقول الجماعة شرط افتتاح الجمعة وقد وجد حين صلى بهم ركعة فكان له
ان يتمها جمعة بخلاف الوقت فانه شرط الاداء لا شرط الافتتاح وتمام الاداء بالفراغ من الصلاة الا ترى ان المسبوق اذا ادرك
ركعة مع الامام قام بعد فراغه فاتم الجمعة كما قال رسول الله عم من ادرك ركعة من الجمعة مع الامام فقد ادركها ومثله لو خرج الوقت
قبل فراغه من قضاء الركعة الثانية فسدت عليه جمعته فاتضح الفرق • ولو ذهبوا بعدما كبر الامام وكبروا معه قبل تقييد الركعة بالسجدة
فعلى قول ابي حنيفة يستقبل الظهر وعندهما يتمها جمعة لان الافتتاح بالتكبير يحصل وقد كان شرط الجماعة موجودا عنده وقياسا بالخطبة
فان الامام بعدما كبر لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة اتم الجمعة وكان استخلافه اياه بعد التكبير كاستخلافه بعدما اتم ركعة
وهذا لان ابا حنيفة يقول الجماعة شرط صلاة الجمعة ولا يصير مصليا ما لم يقيد الركعة بالسجدة فكان ذهابهم قبل تقييدها
كذهابهم قبل التكبير ثم الجماعة شرط الافتتاح ولم تقيد الركعة بالسجدة فهو مفتتح لكل ركن بخلاف ما بعد تقييد الركعة بالسجدة فانه مقيد
للاركان لا مفتتح وليس كالخطبة فان الذي يستخلفه هنا الباني على صلاته وشرط الخطبة موجود في حق الاصل وهاهنا الامام اصل
في افتتاح الاركان فلا بد من وجود شرط الجماعة عند افتتاح كل ركن • قال رجل صلى الجمعة بالناس بغير اذن الامام او خليفته او صاحب
الشرط او القاضي لم يجزهم لما بينا ان السلطان شرط لاقامتها وقد تقدم ولم يذكر انه لو مات من يصلي الجمعة بالناس فاجتمعوا على رجل
صلى بهم الجمعة لم يجزهم والصحيح انه يجزيهم فقد ذكر ابن رستم عن محمد انه لو مات عامل افريقية فاجتمع الناس على رجل صلى بهم الجمعة اجزأهم
لان عثمان لما حصر اجتمع الناس على علي رض فصلى بهم الجمعة ولان الخليفة انما يأمر بذلك نظرا منه لهم فاذا نظروا لانفسهم واتفقوا عليه
كان ذلك بمنزلة امر الخليفة اياه • قال ومن صلى الجمعة في الطاقات وفي السدة او في دار الصيارفة اجزأه اذا كانت الصفوف متصلة
لان اتصال الصفوف يجعل هذا الموضع في حكم المسجد فيصح الاقتداء بالامام بدليل سائر الصلوات وذا الاصطفاف بين الاسطوانتين
غير مكروه لانه صف في حق كل فريق وان لم يكن طاقا او تخلل الاسطوانة بين الصف كتخلل متاع موضوع او كحجر بين رجلين وذلك لا يمنع
صحة الاقتداء ولا يوجب الكراهة • قال ومن ادرك الامام في التشهد في الجمعة او في سجدتي السهو فاقتدى به فقد ادركها ويصليها
ركعتين في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يصلي اربعا لما روي ان النبي عم قال من ادرك ركعة من الجمعة مع الامام فقد ادركها وان ادركهم جلوسا
صلى اربعا وهما استدلا بقوله عم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وقد فاتته ركعتان ثم ما هو بادراك التشهد مدرك للجمعة
بدليل انه ينويها دون الظهر حتى لو نوى الظهر لم يصح اقتداؤه به ثم الفرض بالاقتداء تارة يتغير الى الزيادة كما في حق المسافر يقتدي بالمقيم
وتارة الى النقصان كما في الجمعة ثم اقتداء المسافر بالمقيم لا فرق فيه بين الركعة وما دونها في تغير الفرض به فكذا هنا • وتاويل الحديث
وان ادركهم جلوسا قد سلموا والقياس ما قالا الا ان محمدا ترك القياس احتياطا وقال يصلي اربعا احتياطا وذلك الجمعة ولهذا الزمه القراءة
في كل ركعة ولذلك يلزمه القعدة الاولى على ما ذكره الطحاوي عنه كما هو لازم للامامة وفي رواية المعلى عنه لا يلزمه القعدة الاولى لانه ظهر
من وجه فلا يكون القعدة الاولى فيه واجبة وهذا الاحتياط لا معنى له فانه ان كان ظهرا فلا يمكنه ان يبنيها على تحريمة عقدها للجمعة وان كان
جمعة فلا تكون الجمعة اربع ركعات • قال امام خطب يوم الجمعة فلما فرغ منها قدم اميرا آخر يصلي بان يصلي القادم بخطبة الاول لم يجزهم
لان الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة ولم توجد في حقه وان خطب خطبة اخرى صلى ركعتين لاستجماع شرائط الجمعة وان صلى
الاول الجمعة بالناس فان لم يعلم بقدوم الثاني اجزاهم لانه لا ينعزل ما لم يعلم بقدوم الثاني وان علم به لم يجزهم الا ان يكون الثاني امره بها
فحينئذ يجزيهم لانه مستجمع بشرائطها وقد قيل لا يجزيهم لان الثاني لما لم يملك اقامتها لعدم شهود الخطبة لم يصح امره الاول بها وقد بينا
هذا فيما سبق • قال ويكره ان يصلي الظهر يوم الجمعة جماعة في المصر في سجن او غير سجن هكذا روي عن علي رض ولان الناس اغلقوا ابواب
المساجد في وقت الظهر يوم الجمعة في الامصار دليل انه لا يصلى فيها جماعة ولان المامور به في حق من يسكن المصر في هذا الوقت شيئان
ترك الجماعة وشهود الجمعة واصحاب السجن قدروا على احدهما وهو ترك الجماعة فيأتون بذلك ولو جوزنا للمعذور اقامة الظهر بالجماعة
في المصر ربما يقتدي بهم غير المعذور وفيه تقليل الناس في الجامع وهذا بخلاف القرى فانه ليس على من يسكنها شهود الجمعة فكان هذا
اليوم في حقهم كسائر الايام • قال والخطبة يوم الجمعة قبل الصلاة هكذا فعله رسول الله عم وقد بينا انها من شرائط الجمعة قال
ويجهر بالقراءة في صلاة الجمعة به جرى التوارث وهكذا نقل عن رسول الله عم حتى حفظه عنه اصحابه ما قرأ فيها ونقلوا • قال
ابو هريرة قرأ في الركعة الاولى سورة الجمعة وفي الثانية المنافقين • وقال النعمان بن بشير قرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى

وفي الثانية

وفي الثانية هل اتاك حديث الغاشية • قال ومن ادرك الامام بعدما رفع راسه من الركوع وقد سجد بهم السجدتين لم يحتسب بهما
من صلاته لانه خليفة الاول فيأتي بما كان يأتي به الاول الا ان شرط الاحتساب بهما لم يوجد في حقه وهو تقدم الركوع فان قيل
فاذا لم يحتسب بهما كانتا تطوعا في حقه فكيف جوز اقتداء القوم به وهم مفترضون • قلنا لا كذلك بل هو فرض في حقه حتى لو تركهما
لم يجز صلاته ولكن لا يحتسب بهما لانعدام شرط الاحتساب في حقه • قال وان كان امير الامام مسافرا او عبدا فاتم الجمعة
بالناس جاز لما بينا للاهلية وقد بينا ذلك • قال وما قرأ من القرآن في الجمعة فهو حسن كما في سائر الصلوات لانه يؤدي بها حكم
ما سوى ما وقته وليس شيء من القرآن بمهجور الا ان يقرأ سورة تبركا بقراءة النبي عم فيها فحسن • قال واذا قام الامام
من الركعة الثانية في الجمعة ولم يقعد فانه يعود ويقعد لانها قعدة الختم في هذه الصلاة فيعود اليها كما في سائر الصلوات
والجمعة في حق المقيم كالظهر في حق المسافر • قال وللرجل ان يحتبي يوم الجمعة في المسجد ان شاء لانه يقعده لانتظار الصلاة
فيقعد كما شاء وقد صح ان النبي عم في التطوعات في بيته كان يقعد محتبيا فاذا جاز ذلك في الصلاة ففي حالة انتظارها اولى والله اعلم

باب صلاة العيد

الاصل في العيدين حديث انس رض ان النبي عم قال قدم رسول الله المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال قد ابدلكم الله سبحانه
وتعالى خيرا منهما الفطر والاضحى واشتبه المذهب في صلاة العيد انها واجبة ام سنة فالمذكور في الجامع الصغير انها سنة
لانه قال في العيدين يجتمعان في يوم واحد فالاولى منهما سنة • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب صلاة العيد على من تجب عليه
الجمعة • وقال في الاصل لا يصلى التطوع بالجماعة ما خلا قيام رمضان وكسوف الشمس فهو دليل على ان صلاة العيد واجبة
والاظهر انها سنة • ولكنها من معالم الدين اخذها هدى وتركها ضلالة وانما يكون الخروج في العيدين على اهل الامصار دون
اهل القرى والسواد لما بينا في الجمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمراد بالتشريق صلاة العيد على ما جاء في الحديث لا ذبح الا بعد التشريق
والحاصل انه يشترط لصلاة العيد ما يشترط لصلاة الجمعة الا الخطبة فانها من شرائط الجمعة وليست من شرائط العيد ولهذا كانت
الخطبة قبل الصلاة في الجمعة وفي العيدين بعدها لانها خطبة تذكير وتعليم لما يحتاج اليه في الوقت فلم يكن من شرائط الصلاة كالخطبة
بعرفات والخطبة يوم الجمعة بمنزلة شطر الصلاة لما ذكرنا والدليل ان الخطبة في العيد بعد الصلاة ما روي ان مروان لما خطب في العيد
قبل الصلاة قام رجل فقال اخرجت المنبر يا مروان ولم يخرجه رسول الله عم وخطبت قبل الصلاة ولم يخطب هو قبلها وانما كان يخطب
بعد الصلاة فقال مروان ان ذلك شيء قد ترك فقام ابو سعيد الخدري رض اما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله عم يقول
من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان يعني اضعف فعال الايمان
وقد كانت الخطبة بعد الصلاة في عهد رسول الله عم والخلفاء الراشدين حتى احدث بنو امية الخطبة قبل الصلاة لانهم كانوا
في خطبتهم يتكلمون بما لا يحل فكان الناس لا يجلسون بعد الصلاة لسماعها فاحدثوها قبل الصلاة ليسمعها الناس والخطبة في العيد
كهي في الجمعة يخطب خطبتين بينهما جلسة خفيفة ويقرأ فيهما سورة من القرآن ويستمع لها القوم وينصتوا له لانه يعظهم فانما ينفع وعظه
اذا استمعوا • قال وليس في العيدين اذان ولا اقامة هكذا جرى التوارث من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا وهو دليل على
انها سنة • قال فان لم يخطب ولكنه صلى اجزأهم كما لو ترك الخطبة اصلا • قال والتكبير في صلاة العيد
تسع خمس في الركعة الاولى فيها تكبيرة الافتتاح والركوع واربع في الثانية فيها تكبيرة الركوع ويوالي بين القراءة في الركعتين وهذه
مسألة اختلف الصحابة رضوان الله عليهم فيها والذي بينا قول ابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا • وقال علي رض في الفطر يكبر
احد عشر تكبيرة ست في الاولى وخمس في الثانية فيها تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع وتكبيرتان زائدتان واحدة في الاولى
والاخرى في الثانية ومن مذهبه البداية بالقراءة في الركعتين ثم بالتكبير • وعن ابن عباس رض ثلث روايات روي عنه
كقول ابن مسعود وهي رواية شاذة والمشهور عنه روايتان احداهما انه يكبر في العيدين ثلاثة عشر تكبيرة تكبيرة الافتتاح
وتكبيرتا الركوع وعشر زوائد خمس في الاولى وخمس في الثانية • وفي الرواية الاخرى ثنتي عشرة تكبيرة تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا
الركوع وتسع زوائد خمس في الاولى واربع في الثانية • وقد روي عن ابي يوسف انه رجع الى هذا وهو قول الشافعي وعليه
عمل الناس لان اولاده لما انتقلت الى بني العباس امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم ومن مذهبه البداية بالتكبير في كل ركعة
وانما اخذنا بقول ابن مسعود رض لان ذلك شيء اتفقت عليه جماعة من الصحابة منهم ابو مسعود البدري وابو موسى الاشعري وحذيفة

اتى اليمان فقال الوليد بن عقبة ان العيد غدا فكيف تامروني ان افعل فقالوا الا ابن مسعود فحكاه مثل فعله الصغير ووافقوه
على ذلك ۝ وفى الحديث ان النبي عم كبر فى صلاة العيد اربعا ثم قال اربع كاربع الجنائز فلا تنسوه واشار باصابعه وخنس
ابهامه ففيه قول وعمل واشارة واسناد لا لدتاكيد وانما قلنا بالموالاة بين القراءتين لان التكبير اتى وفيها عقيبه ذكر هو فرض
فى الركعة الاولى يؤتى بها عقيب تكبيرة الافتتاح ۝ وفى الثانية عقيب القراءة ولانه يجمع بين التكبيرات ما امكن ففى الركعة الاولى
يجمع بينهما وبين تكبيرة الافتتاح ۝ وفى الثانية يجمع بينها وبين تكبيرة الركوع ولم يبين مقدار الفصل بين التكبيرات فى الكتاب
وروى عن ابى حنيفة قال ويسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات ۝ وقال ابن ابى ليلى ياخذ باى هذه التكبيرات شاء وهو رواية
عن ابى يوسف لان الظاهر ان كل واحد منهم انما اخذ بما رآه من رسول الله عم او سمعه منه فان هذا شئ لا يعرف بالراى ۝ ولكنا نقول
الاخذ بالاول اولى لانه لا اثبات تحقيق بين القليل والكثير ۝ قال ويرفع يديه فى سائر هذه التكبيرات الا فى تكبيرتى الركوع ۝
وحكى ابو عصمة عن ابى يوسف رح انه لا يرفع يديه فى شئ منها لما جاء فى الحديث عن ابن مسعود رض ان النبي عم كان لا يرفع يديه فى الصلاة
الا فى تكبيرة الافتتاح ۝ ولنا ما روينا لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن ومنها فى العيدين ولان هذا تكبير يؤتى به فى مكان مستوى
من رفع اليدين فيه كتكبيرة القنوت وتكبيرة الافتتاح وهذا لان المقصود اعلام من لا يسمع بخلاف تكبيرتى الركوع لانه يؤتى بها فى حالة
الانتقال فلا حاجة الى رفع اليد للاعلام ۝ قال ولا شئ على من فاتته صلاة العيد مع الامام ۝ وقال الشافعى يصلى وحده كما يصلى
مع الامام وهذا غير صحيح فالصلاة بهذه الصفة ما عرفت قربة الا بفعل النبي عم وما فعلها الا بالجماعة ولا يجوز اداؤها الا كذلك
واذا فاتت فليس لها خلف لان وقتها بعد طلوع الشمس وهذا ليس بشئ لوقت الصلاة والجمعة فى سائر الايام بخلاف من فاتته الجمعة فانه يصلى
الظهر لان وقتها بعد الزوال وهو وقت لوجوب الظهر فى سائر الايام ولكنه ان احب صلى ان شاء ركعتين وان شاء اربعا كصلاة الضحى ۝
فى سائر الايام لحديث عمارة بن رويبة كان رسول الله عم يفتتح الضحى ركعتين وحديث ابن مسعود رض كان رسول الله عم يواظب
على اربع ركعات فى صلاة الضحى والذى يخص بهذا اليوم حديث على رض عن رسول الله عم قال من صلى بعد العيد اربع ركعات
كتب الله تعالى له بكل نبت نبتة وبكل ورقة حسنة ۝ قال واذا خرج الامام الى الجبانة لصلاة العيد فان استخلف رجلا يصلى بالناس
فى المسجد فحسن وان لم يفعل فلا شئ عليه لما روينا ان عليا رض فعله واستخلف من يصلى بالضعفة صلاة العيد فى الجامع وخرج
الى الجبانة مع خمسين شيخا يمشى ويمشون ويكبر ويكبرون ولان فى الاستخلاف نظرا منه للضعفاء وهو حسن وان لم يفعل فلا شئ عليه
لان من له قدرة على الخروج الى الجبانة ومن هو عاجز عن ذلك فليس عليه شهودها ۝ قال فان احدث الرجل فى الجبانة فخاف
ان رجع الى المصر ان تفوته الصلاة وهو لا يجد الماء يتيمم ويصلى قاعدا ۝ وقد بينا هذا فى باب التيمم غير ان المذكور هنا يقوى قول من قال
من اصحابنا ان هذا فى جبانة الكوفة لان الماء بعيد اما فى ديارنا لا يجوز لان الماء محيط بالمصلى وقد قال وهو لا يجد الماء الا انه قال
وصلاة العيد بمنزلة صلاة الجنازة لانها ان فاتت لم يكن عليه قضاؤها ففى هذا دليل على انه متى خاف الفوت يجوز له اداؤها بالتيمم فى اى موضع
كان ۝ قال وكذلك ان كان الامام هو الذى احدث وروى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة انه ليس للامام ان يتيمم لانه لا يخاف الفوت
فانه لا يجوز للناس ان يصلوها دونه ۝ ووجه ظاهر الرواية انه يخاف الفوت بخروج الوقت فيها بزوال الشمس قبل فراغه من الوضوء
فكذلك ان احدث بعدما دخل فى الصلاة ۝ وقد بينا الاختلاف فى هذا بين ابى حنيفة وصاحبيه قال واى سورة قرا فى صلاة العيد جاز
وقد بلغنا عن النبي عم انه كان يقرا فيها سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية فان تبرك بالاقتداء برسول الله فى قراءتهما احيانا
فحسن ولكن يكره له ان يتخذ شيئا من القرآن حتما فى صلاة لا يقرا فيها غيرها فربما يظن الظان انه لا يجوز تلك الصلاة الا بقراءة تلك السورة ۝
فكان هو مدخلا فى الدين ما ليس منه وقال عم من ادخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد ۝ قال وليس قبل العيدين صلاة لما روينا عن على رض
انه كره ذلك ونهاه بفعله ۝ قال والمسبوق بتكبير العيدين اذا قام يقضيها فانه يبنى على راى نفسه فى عدد التكبيرات
ويجعلها اذا كان رايه مخالفا لراى امامه لانه فيما يقضى كالمنفرد ان كان يرى قول ابن مسعود كما فعله الامام بداء بالقراءة ثم بالتكبير
فى الجامع والزيادات وفى نوادر ابى سليمان ذكر فى احد الموضعين ۝ وقال فى الموضع الاخر يبدا بالتكبير وهو القياس لانه يقضى ما فاته
ولكنه استحسن فقال لو بدا بالتكبير كان مواليا بين التكبيرات فان فى الركعة المؤداة مع الامام كانت البداءة بالقراءة والموالاة بين التكبيرات
لم يقل به احد من الصحابة ولو بدا بالقراءة كان فعله موافقا لقول على رض ولان يفعل كما قال بعض الصحابة اولى من عكسه ولانه لو بدا
بالقراءة كان اتيا بالتكبيرات عقيب ذكر هو فرض جامعا بينها وبين تكبيرة الركوع وهو اصل ابن مسعود كما بينا ۝ قال وليس على النساء
خروج فى العيدين وقد كان رخص لهن فى ذلك فاما فى اليوم فانى اكره ذلك يعنى للشواب منهن لقوله تعالى وقرن فى بيوتكن وفتنتهن على الخروج

لما فيه من الفتنة واما العجائز فرخص لهن فى الخروج لصلاة الظهر والعصر والجمعة فى قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رخص للعجائز فى حضور
الصلوات كلها وفى الكسوف والاستسقاء لانه ليس فى خروج العجائز فتنة فالناس قل ما يرغبون فيهن وقد كن يخرجن الى الجهاد مع رسول الله
عليه السلام يداوين المرضى ويسقين الماء ويطبخن وابو حنيفة قال فى صلوات الليل تخرج العجوز مستترة وظلمة الليل تحول بينها وبين نظر
الرجال اليها بخلاف صلوات النهار والجمعة تؤدى فى المصر لكثرة الزحام وربما تصدم وتصدم وفى ذلك فتنة فان العجوز ان كان لا يشتهيها شاب
يشتهيها شيخ مثلها وربما يحمل فرط الشبق الشاب على ان يشتهيها ويقصد ان يصدمها ۝ فاما صلاة العيد تؤدى فى الجبانة فيمكنها ان تعتزل
ناحية عن الرجال كيلا تصدم اذا خرجن فى صلاة العيد ففى رواية الحسن عن ابى حنيفة يصلين لان المقصود بالخروج هو الصلاة وقال عم
لا تمنعوا اماء الله مساجد الله وليخرجن اذا خرجن تفلات اى غير متطيبات ۝ وروى المعلى عن ابى يوسف عن ابى حنيفة رح لا يصلين العيد
مع الامام وانما خروجهن لتكثير سواد المسلمين جاء فى حديث ام عطية كان النساء يخرجن مع رسول الله عم فى العيدين حتى ذوات الخدور
والحيض ومعلوم ان الحائض لا تصلى فظهر ان خروجهن لتكثير سواد المسلمين فلذلك فى زماننا ۝ قال وللمولى منع عبده من حضور الجمعة والجماعة
لان حقه منه خدمة مولاه وفى خروجه ابطال حق المولى فى خدمته واضرار به وكان له ان يمنعه من ذلك وانما لا يمنعه من اداء المكتوبات لان ذلك
مستثنى من حق المولى واختلف مشايخنا فيما اذا حضر مع مولاه ليحفظ دابته فمنهم من قال ليس له ان يصلى الجمعة والعيدين بغير رضاه والاصح
ان له ذلك اذا كان لا يخل بحق مولاه فى امساك دابته ۝ قال ولا يخرج المنبر فى العيدين لما روينا وقد صح ان النبي عم كان يخطب فى العيدين
على ناقته والناس من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا اتفقوا على ترك اخراج المنبر ولهذا اتخذوا فى المصلى منبرا على حدة من اللبن والطين ۝
واتباع ما اشتهر به العمل فى الناس واجب ۝ واذا كبر الامام اكثر من تسع تكبيرات تابعه القوم الا ان يكبر ما لم يقل به احد من الصحابة
لان الامام مجتهد فاذا حصل فعله فى موضع الاجتهاد وجب متابعته لقوله عم فلا تختلفوا عليه واذا كبر ما لم يقل به احد من الصحابة
كان فعله خطا مخالفا للاجماع ولا متابعة فى الخطا فاكثر مشايخنا انه يتابعه الى ثلاث عشرة تكبيرة ثم يسكت بعد ذلك ۝ وقال بعضهم
يتابعه الى ست عشرة تكبيرة لان فعله الى هذا الموضع يحتمل التاويل فلعله ذهب الى مذهب ابن عباس ثلاث عشرة تكبيرة زوائد فاذا ضممت
اليها تكبيرة الافتتاح وتكبيرتى الركوع صارت ست عشرة تكبيرة فلاحتمال هذا التاويل لا يتيقن بخطائه فيتابعه وهذا اذا كان يسمع
التكبير من الامام فان كان يكبر تكبير المنادى فلا ينبغى له ان يدع شيئا من التكبيرات وان كثر لجواز ان الخطا من المنادى فلو ترك
شيئا منها كان المتروك مما اتى به الامام والماتى به مما اخطا به المنادى فلهذا لا يدع شيئا منها وقد قالوا اذا كان يكبر تكبير المنادى ۝
ينبغى ان ينوى الصلاة عند كل تكبيرة لجواز ان ما تقدم منه كان خطاء من المنادى وانما كبر الامام للافتتاح الان ثم لا خلاف
انه ياتى بثناء الافتتاح عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد الا فى قول ابن ابى ليلى فانه يقول ياتى بالثناء بعد تكبيرات الزوائد فاما التعوذ
ياتى بها عند ابى يوسف عقيب ثناء الافتتاح قبل التكبيرات الزوائد وعند محمد بعد الزوائد حين يريد القراءة لانها للقراءة عنده وبيان
هذا فيما امليناه من شرح الزيادات والله اعلم

باب التكبير فى ايام التشريق

اتفق المشايخ من الصحابة عمر وعلى وابن مسعود رض انه يبداء بالتكبير من صلاة الغداة فى يوم عرفة وبه اخذ علماؤنا فى ظاهر الرواية
لقوله تعالى واذكروا اسم الله فى ايام معلومات وهى ايام العشر عند المفسرين فيقتضى ان يكون التكبير فيه مشروعا الا ما قام عليه الدليل
وعن عبد الله بن عمر قال رسول الله عم افضل ما قلت وقالت الانبياء قبلى يوم عرفة لا اله الا الله والله اكبر ولان هذا التكبير لاظهار
فضيلة وقت الحج ومعظم اركان الحج الوقوف فينبغى ان يكون التكبير مشروعا فى جميعه ولهذا قال يبدا بالتكبير من صلاة الظهر يوم عرفة لان وقت
الوقوف بعد الزوال ثم قال ابن مسعود رض الى صلاة العصر من يوم النحر يكبر فى العصر ثم يقطع وبه اخذ ابو حنيفة رح لان البداية لما كانت
فى يوم يؤدى فيه ركن الحج فالقطع مثله يكون فى يوم النحر الذى يؤدى فيه ركن الحج من الطواف ولان رفع الاصوات بالتكبير فى ادبار الصلوات
خلاف المعهود فلا يثبت به الا باليقين وانما اليقين فيما اتفق عليه من كبار الصحابة وقال على رض الى صلاة العصر من اخر ايام التشريق يكبر فى العصر
ثم يقطع وهو احدى الروايتين عن عمر وفى الاخرى الى صلاة الظهر من اخر ايام التشريق واخذ ابو يوسف ومحمد بقوله تعالى واذكروا
الله فى ايام معدودات وهى اما ايام التشريق او ايام النحر فينبغى ان يكون التكبير فيها مشروعا ولانا امرنا بالاكثار بالذكر ولان الاتيان بما ليس عليه
اولى من ان يترك ما عليه واتفق الشبان من الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رض على انه يبدا بها من صلاة الظهر يوم النحر ورجع ابو يوسف
لقوله تعالى فاذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله كذكركم اباءكم والفاء للتعقيب وقضاء المناسك وقت الضحى من يوم النحر فينبغى ان يكون

التكبير عقيبه والناس في هذه التكبيرات تبع للحاج من يوم النحر فان الحاج يقطعون التلبية عند رمي جمرة العقبة ويأخذون في التكبيرات وذلك وقت الضحوة فعلى الناس ان يكبروا عقيب اول صلاة تؤدى بعد هذا الوقت وهي صلاة الظهر ثم قال ابن عمر رضي الله عنه الى صلاة الفجر من اخر ايام التشريق ○ وقال ابن عباس الى صلاة الظهر ثم قال ابن عمر رضي الله عنه وقيل الى صلاة العصر وبه اخذ الشافعي والتكبير ان يقول بعد التسليم الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد وهو قول علي وابن مسعود وكان ابن عمر يقول الله اكبر الله اكبر واجل الله اكبر ولله الحمد وبه اخذ الشافعي وكان ابن عباس رض يقول الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله الحي القيوم يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير وانما اخذنا بقول ابن مسعود لانه عمل الناس في الامصار ولانه يشتمل على التكبير والتهليل والتحميد والتهليل فهو اجمع وهذا التكبير على الرجال المقيمين من اهل الامصار ○ في الصلوات المكتوبات في الجماعة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد كل من يصلي مكتوبة في هذه الايام فعليه التكبير مسافرا كان او مقيما في المصر والقرية رجلا او امراة في الجماعة او وحده وهو قول ابراهيم رح لان هذه التكبيرات في حق الحاج بمنزلة التلبية في حق الحاج وفي التلبية لا تراعى هذه الشرائط فكذلك في التكبيرات وابو حنيفة احتج بما روينا لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع قال الخليل والنضر بن شميل التشريق في اللغة التكبير ولا يجوز ان يحمل على صلاة العيد فقد قال في حديث علي رض لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فقد ثبت بالحديث انه بمنزلة الجمعة في اشتراط المصر فكذلك في اشتراط الذكورة والاقامة والجماعة وهذا لم يشترط ابو حنيفة رح فيه الحرية كما لا يشترط في صلاة الجمعة قال وان صلى النساء مع الرجال والمسافر خلف المقيم وجب عليهم التكبير تبعا كما يتادى بهم فرض الجمعة تبعا وفي المسافرين اذا صلوا اذا صلوا في المصر جماعة روايتان في رواية الحسن عليهم التكبير لان المسافر يصلح للامامة في الجمعة والاصح انه ليس عليهم التكبير ○ لان السفر مغير للفرض مسقط للتكبير ثم لا فرق في تغير الفرض بين ان يصلوا في المصر او خارجا منه فكذلك في التكبير ○ قال ولا يكبر على المتطوع لصلاته وقال مجاهد عليه التكبير وقاس التكبير في اخر الصلاة بالتكبير في اولها ولنا ان الاذان اوجب من التكبير لان ذلك في جميع السنة وهذا في ايام مخصوصة ثم الاذان غير مشروع في التطوعات فكذلك هذه التكبيرات وكذلك لا يكبر عقيب الوتر عندهما لانه سنة وعند ابي حنيفة لانه لا يؤدى بالجماعة في هذه الايام وكذلك عقيب صلاة العيد لا يكبر ○ لانها سنة فاما عقيب الجمعة يكبرون لانها فرض مكتوبة ○ قال ويبدأ الامام اذا فرغ من صلاته بسجود السهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية ان كان محرما لان سجود السهو يؤدى في حرمة الصلاة لا في حرمتها حتى لا يسلم بعدها ولا يصح اقتداء المقتدي به ○ في حال التكبير والتلبية غير مؤدى في حرمة الصلاة ولا في فورها حتى لا يختص بحالة الفراغ من الصلاة فيبدا بما هو مؤدى في حرمتها ثم بما هو مؤدى في فورها ثم بالتلبية والمسبوق يتابع الامام في سجود السهو لانه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلبية لانهما غير مؤداة في حرمة الصلاة وعلى هذا اذا نسي الامام سجود السهو يسجد القوم لانها تؤدى في حرمة الصلاة فكانوا معتقدين لا ياتون به دونه ○ قال واذا نسي التكبير والتلبية او تركهما ساهيا لم يترك القوم لانها غير مؤداة في حرمة الصلاة وان نسي الامام التكبير حتى انصرف فان ذكره قبل ان يخرج من المسجد عاد وكبر وان كان قد خرج او تكلم ناسيا او عامدا او احدث يسقط لان الانصراف قبل الخروج من المسجد لا يقطع فور الصلاة حتى لا يمتنع البناء عليها لمن ظن انه سبقه الحدث واما الخروج والكلام والحدث العمد يقطع فور الصلاة حتى يمنع البناء عليها كما لو حصل في خلالها فان سبقه الحدث فان شاء ذهب فتوضأ ورجع فكبر وان شاء كبر من غير تطهير لان سبق الحدث لا يقطع فور الصلاة حتى لا يمتنع من البناء والتكبير غير مؤدى في حرمة فلا يشترط فيه الطهارة كالاذان قال الشيخ الامام والاصح عندي انه يكبر ولا يخرج من المسجد للطهارة لانه لما لم يكن به حاجة الى الطهارة كان خروجه قاطعا لفور الصلاة فلا يمكنه ان يعدها فيكبر في الحال والله اعلم

باب صلاة الخوف

اعلم ان العلماء اختلفوا في صلاة الخوف في فصول احدها انه مشروع بعد رسول الله عم في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اولا كان مشروعا وكان ذلك في زمن رسول الله خاصة ولم يبق مشروعا بعده هكذا ذكره في نوادر ابي سليمان لقوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة فقد شرط كونه فيهم لاقامة صلاة الخوف ولان الناس كانوا يرغبون في الصلاة خلفه ما لا يرغبون في الصلاة خلف غيره فشرع صفة الذهاب والمجيء لينال كل فريق فضيلة الصلاة خلفه وقد ارتفع هذا المعنى بعده فكل طائفة يتمكنون من اداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز لهم اداؤها بصفة الذهاب والمجيء وحجتنا في ذلك ان الصحابة اقاموها بعد رسول الله عم روي ذلك عن سعد بن ابي وقاص وابي عبيدة بن الجراح ولان سعيد بن العاص سال ابا سعيد الخدري عن ذلك فعلمه فاقامها والمعنى ان سببه وهو الخوف يتحقق بعد رسول الله كما كان في حياته ولم يكن المبيح فضيلة الصلاة خلفه فان المشي واجب في الصلاة ولا يجوز تركها لاحراز الفضيلة ثم الان يحتاجون الى احراز فضيلة تكثير الجماعة فانها كلما كانت اكثر فهو افضل ○ قوله واذا كنت فيهم معناه انت ومن يقوم مقامك في الامامة كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقد يكون الخطاب لرسول الله ولا يختص هو به كما في قوله يا ايها النبي اذا طلقتم النساء ○ والثاني ان الركعات لا ينتقص عددها بسبب الخوف عندنا وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول صلاة المقيم اربع ركعات وصلاة المسافر ركعتان وصلاة الخوف ركعة وبه اخذ بعض العلماء واستدل بما روي ان النبي عم صلى صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع بكل طائفة ركعة فكانت له ركعتان ولكل طائفة ركعة وتأويل هذا عندنا ولكل طائفة ركعة مؤداة مع رسول الله وركعة اخرى صلوها وحدهم ○ والثالث في صفة صلاة الخوف فالمذهب عندنا انه يجعل الامام الناس طائفتين فيصلي بالطائفة الاولى ركعة فاذا رفع راسه منهما ذهبوا فوقفوا بازاء العدو وجاءت الطائفة الاخرى فيصلون الركعة الاولى بغير قراءة وهكذا روى ابن مسعود رض ان النبي عم جعل الناس طائفتين فصلى بكل طائفة ركعة وقضت كل طائفة ركعة اخرى وهكذا روى سالم عن ابن عمر رض ان النبي عم صلى صلاة الخوف بالطائفتين بهذه الصفة وكان ابن ابي ليلى يقول اذا كان العدو في ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعا فاذا ركع الامام ركعوا معه واذا سجد الامام ○ سجد معه الصف الاول والصف الثاني قيام يحرسونهم واذا رفعوا رؤوسهم سجد الصف الثاني والصف الاول قعود يحرسونهم ○ فاذا رفعوا رؤوسهم تاخر الصف الاول وتقدم الصف الثاني فيصلي بهم الركعة الثانية فاذا سجد الامام السجدة الثانية سجد معه الصف الاول والصف الثاني قعود يحرسونهم فاذا رفعوا رؤوسهم الثانية بهذه الصفة ايضا فاذا قعد وسلم سلموا معه واستدل بحديث ابي عياش الزرقي ان النبي عم صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة لانه ليس فيها ذهاب ومجيء وعندنا اذا كان العدو في ناحية القبلة فان صلوا بهذه الصفة اجزاهم وان صلوا بصفة الذهاب والمجيء كما بينا اجزاهم لان ظاهر الرواية شاهد لذلك قال الله تعالى ولتأت طائفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك ○ وقال مالك يجعل الناس طائفتين فيصلي بالطائفة الاولى ركعة وطائفة تقف بازاء العدو ثم تنتظر الامام حتى يصلي الطائفة الاولى الركعة الثانية ويسلمون ويذهبون الى العدو وجاءت الطائفة الثانية فيصلي بهم الامام الركعة الثانية ثم يسلم ويقومون لقضاء الركعة الاولى وهكذا روى صالح ابن خوات ان النبي عم فعله اي لعوق وذكر الطحاوي حديث صالح بن خوات في شرح اشارات ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف يوم ذات الرقاع وذكر فيه ان النبي عم ثبت جالسا للطائفة الاخرى حتى اتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبه اخذ الشافعي ايضا الا انه يقول لا يسلم الامام حتى تقضي الطائفة الثانية الركعة الاولى ثم يسلم ويسلمون معه وقال لما ينتظر فراغ الطائفة الاولى من اتمام صلاتهم فكذلك يفعل بالطائفة الثانية ولم ياخذ بهذا لان فيه فراغ المؤتم من صلاته قبل فراغ الامام وذلك لا يجوز بحال بخلاف المشي فقد ورد به الاثر في حق من سبقه الحدث فجوزنا ذلك في حالة الخوف وروى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عم لما صلى بالطائفة الاولى ركعة انتظرهم حتى اتموا صلاتهم وذهبوا الى العدو وجاءت الطائفة الاخرى فبدا بالركعة الاولى والنبي عم ينتظرهم ثم صلى بهم الركعة ولم ياخذ به احد من العلماء لانه حكم كان في الابتداء ان المسبوق يبدا بقضاء ما فاته ثم باداء ما ادرك مع الامام وقد ثبت انتساخه وروى جابر ان النبي عم صلى بكل طائفة ركعتين فكانت له اربع ركعات ولكل طائفة ركعتين وقضت كل طائفة ركعتين ولم ناخذ بهذا لان في حق الطائفة الثانية يحصل اقتداء المفترض بالمتنفل لان تاويله انه كان مقيما فصلى بكل طائفة ركعتين وهو المذهب عندنا فانه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة فاما في صلاة المغرب فيصلي بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعة عندنا ○ وقال الثوري يصلي بالطائفة الاولى ركعة وبالطائفة الثانية ركعتين ○ لان فرض القراءة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طائفة منه ذلك الحظ ○ ولنا انه انما يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيثبت حق الطائفة الاولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فيثبت حقهم في كلها ولان الركعتين شطر ولهذا كانت القعدة بعدها وهي مشروعة للفصل بين الشطرين ثم الطائفة الاولى تصلي الركعة الثانية بغير قراءة لانهم لاحقون والطائفة الثانية يصلون الركعتين الاوليين بالقراءة ويقعدون بينهما وبعدهما كما يفعله المسبوق بركعتين في المغرب ○ قال ومن قاتل منهم في صلاته فسدت صلاته عندنا ○ وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي في القديم لظاهر قوله تعالى وليأخذوا حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح لا يكون الا للقتال به ○ ولكنا نقول القتال عمل كثير وهو ليس من اعمال الصلاة ولا يتحقق فيه الحاجة لا محالة فكان مفسدا لها كتخليص الغريق واتباع السارق لاسترداد المال والامر باخذ الاسلحة لكيلا يطمع فيهم العدو

اذا راوهم مستعدين وليقاتلوا اذا احتاجوا ثم يستقبلون الصلاة ۞ قال ولا يصلون وهم يقاتلون وان ذهب الوقت
لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوى من الليل وقال شغلونا عن صلاة الوسطى ملا الله قبورهم
وبطونهم نارا فلو كان يجوز الصلاة في حالة القتال لما اخرها رسول الله عم وكذلك من ركب في صلاته عند انصرافه
الى وجه العدو فسدت صلاته لان الركوب عمل كثير وهو مما لا يحتاج اليه بخلاف المشي فانه لابد منه حتى يقفوا بازاء العدو
وجواز العمل للضرورة فيختص بما يتحقق فيه الضرورة ۞ قال ولا يصلون جماعة ركبانا لان بينهم وبين الامام طريق فيمنع ذلك
صحة الاقتدا الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة فيصح اقتداوه به لانه ليس بينهما مانع وقد روى عن محمد انه جوز لهم في الخوف
ان يصلوا ركبانا بالجماعة وقال استحسن ذلك لينالوا فضيلة الصلاة بالجماعة فقد جوزنا لهم ما هو اعظم من ذلك وهو الذهاب
والمجي لاجل فضيلة الجماعة ولكنا نقول ما اثبتناه من الرخصة اثبتناه بالنص ولا مدخل للراي في اثبات الرخص ۞ قال
وان صلوا صلاة الخوف من غير ان يعاينوا العدو جاز للامام ولم يجز للقوم اذا صلوا بصفة الذهاب والمجي لان الرخصة انما وردت
اذا كانوا بحضرة العدو واذا لم يكونوا بحضرتهم لم يتحقق سبب الترخيص بالذهاب والمجي فلا يجوز صلاتهم فاما الامام فلم يوجد منه
الذهاب والمجي فيجوز صلاته ولو راوا سوادا فظنوا انه العدو فصلوا صلاة الخوف فان تبين انه سواد العدو فقد ظهر ان سبب الترخيص
كان متقررا فيجزيهم ولان لا ظهر ان السواد سواد ابل او بقر او غنم فقد ظهر ان السبب لم يكن متقررا فلا يجزيهم والخوف من سبع
يعاينونه كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق في هذا بين السبع والعدو والله اعلم

باب الشهيد

قال واذا قتل الشهيد في معركة لم يغسل وصلى عليه عندنا ۞ وقال الحسن البصري يغسل ويصلى عليه وقال الشافعي لا يصلى
اما الحسن قال ان الغسل سنة الموتى من بني ادم جاء في الحديث ان ادم لما مات غسلته الملائكة وصلوا عليه ثم قالوا هذه سنة موتاكم
يا بني ادم والشهيد ميت باجله ولان غسل الميت تطهير له حتى تجوز الصلاة عليه بعد غسله لا قبله والشهيد يصلى عليه فيغسل ايضا
تطهيرا له وانما لم يغسل شهدا احد لان الجراحات فشت في الصحابة في ذلك اليوم وكان يشق عليهم حمل الماء من المدينة وغسلهم لان عامة
جراحاتهم كانت في الايدي فعذرهم لذلك ۞ ولنا ما روى ان النبي عم قال في شهداء احد زملوهم بدمائهم ولا تغسلوهم فانه
ما من جريح يجرح في سبيل الله الا وهو ياتي يوم القيمة واوداجه تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وما قاله الحسن
من التاويل باطل فانه لم يامرهم بالتيمم ولو ترك الغسل للتعذر لامرهم ان يتيمموا كما لو تعذر غسل الميت في زماننا لعدم الماء ولانه لم يعذرهم
في ترك الدفن وكانت المشقة في حفر القبور للدفن اظهر منه للغسل وكما لم يغسل شهدا احد لم يغسل شهدا بدر كما رواه عقبة بن عامر
وهذه الضرورة لم تكن يومئذ وكذلك لم يغسل شهداء الخندق وخيبر فظهر ان الشهيد لا يغسل وقال الشافعي لا يصلى عليه
لحديث جابر ان النبي عم ما صلى على احد من شهدا ولانهم بصفة الشهادة يطهروا من دنس الذنوب كما قال عم السيف محا للذنوب
والصلاة عليه شفاعة له ودعاء لتمحيص ذنوبه وقد استغنى عن ذلك كما استغنى عن الغسل ولان الله تعالى وصف الشهداء
بانهم احيا فقال ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله امواتا والصلاة على الميت لا على الحي ۞ ولنا ما روى ان النبي عم صلى
على شهداء احد صلاته على الجنازة حتى روى انه صلى على حمزة رض سبعين صلاة ۞ وتاويله انه كان موضوعا بين يديه فيوتى بواحد
واحد فيصلي عليه رسول الله فظن الراوي انه يصلي على حمزة في كل مرة فقال صلى عليه سبعين صلاة وحديث جابر رضي الله عنه ليس بقوي
وقيل انه كان يومئذ مشغول فقد قتل ابوه وخاله فرجع الى المدينة ليدبر كيف حملهم الى المدينة فلم يكن حاضرا حين صلى رسول الله
عليه السلام عليهم فلهذا روى ما روى ومن شاهد النبي عم فقد روى انه صلى عليهم ثم سمع جابر منادي رسول الله عم ان يدفن
الموتى في مصارعهم ورجع فدفنهم فيها ولان الصلاة على الميت لاظهار كرامته ولهذا اختص به المسلمون ونهى رسول الله
عليه السلام عن الصلاة على المنافقين والشهيد اولى بما هو من اسباب الكرامة والعبد وان يطهر من الذنوب فلا يبلغ درجته
الاستغنا عن الدعا الا ترى انهم صلوا على رسول الله عم فلا اشكال ان درجته فوق درجة الشهدا والشهيد حي في احكام الاخرة
كما قال الله تعالى بل احيا عند ربهم فاما في احكام الدنيا فهو ميت تقسم ميراثه وتتزوج امراته بعد انقضاء العدة وفريضة الصلاة
عليه من احكام الدنيا فكان فيه ميتا يصلى عليه قال ويكفن في ثيابه الذي قتل فيه لقول رسول الله عم زملوهم بدمائهم وكلومهم
وروى ان زيد بن صوحان لما استشهد يوم الجمل قال لا تغسلوا عني دما ولا تنزعوا عني ثوبا فاني رجل محاج احاج يوم القيمة من قتلني

ولما

ولما استشهد عمار بن ياسر بصفين قال لا تغسلوا عني دما ولا تنزعوا عني ثوبا فاني التقي ومعاوية بالجادة وهكذا نقل عن حجر بن عدي
غير انه ينزع عنه السلاح والجلد والفرو والحشو والخف والقلنسوة لانه انما يلبس هذه الاشياء لدفع باس العدو وقد استغنى عن ذلك
ولان هذا عادة اهل الجاهلية لانهم كانوا يدفنون ابطالهم بما عليهم من الاسلحة وقد نهينا عن التشبه بهم ۞ قال ويزيدون وينقصون ما شاؤوا
واستدلوا بهذا اللفظ ان هذه الثلاث في الكفن ليس بلازم ويجعلونه ان شاؤوا بمعنى الجديد من الموتى ۞ قال فان حمل من المعركة حيا
ثم مات في بيته او على ايدي الرجال انما اراد بهذا ارتث الشهادة فاما فيما سوى ذلك فهو كغيره من الموتى غسل لانه صار مرتثا وقد ورد الاثر
بغسل المرتث ومعناه من خلق امره في باب الشهادة يقال ثوب رث اي خلق ۞ والاصل فيه ان عمر رض حمل الى بيته فعاش يومين ثم غسل
وكان شهيدا على لسان رسول الله عم وكذلك علي رض حمل حيا بعدما طعن ثم غسل وكان شهيدا فاما عثمان رض اجهز عليه في مصرعه
دون ان حمل حيا وهذا اذا حمل ليمرض في خيمته او في بيته واما اذا جر برجله من بين الصفين كيلا تطاه الخيول فمات لم يغسل لانه ما نال
شيا من راحة الدنيا بعد صفة الشهادة فتحقق بذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى لانه لا يكون مرتثا وكذلك ان انصب ماء في فمه فشرب لم ينال ذلك
بعد غسل وان كان ذلك من ثواب الشهدا كالغريق والحريق والمبطون والغريب فانهم شهدا بشهادة رسول الله صلى الله عليه
قال ومن وجد في المعركة ميتا وليس به اثر جراحة من سلاح او غيره فهو يغسل لان الاصل شهادته لان الاصل انه مات حتف انفه وفيهم من قتل
بالعصا ثم لم يامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغسل ولان الشهيد باذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى قال الله تعالى
ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة وفي هذا المعنى السلاح وغيره سوا ۞ قال وان وجد في المعركة ميتا
ليس به اثر غسل لان المقتول يفارق الميت الا باثر فاذا لم يكن به اثر فالظاهر انه لم يكن ازلا وجه بقتل مضافا الى العدو قبل
لما التقى الصفان انخلع فؤاده من شدة الفزع فمات والجبان قد يبتلى بهذا وان كان به اثر فلا يغسل لان الظاهر انه مات من
الجرح وانه من العدو فاجتماع الصفين كان الحكم يتعلق بالظاهر بعقب سبب يحال على ذلك السبب فان كان الدم يخرج من بعض مخارجه
نظر فان كان الدم يخرج من ذلك الموضع من غير جرح في الباطن غسل وذلك كالانف والدبر والذكر فقد يبتلى بالرعاف وقد يبول
لشدة الفزع وقد يخرج الدم من الدبر من غير جرح في الباطن وان كان يخرج الدم من اذنه او عينه لم يغسل لان الدم لا يخرج
من هذين الموضعين عادة الا لجرح في الباطن فالظاهر انه ضرب على راسه حتى خرج الدم من اذنه او عينه وان كان يخرج من فيه
فان كان ينزل من راسه غسل وجرحه من جانب الفم ومن جانب الانف سوا وان كانوا يعلوا من جوفه لم يغسل لان الدم لا يعلو من الجوف
الا لجرح في الباطن وانما يعرف ذلك باللون الدم ۞ قال ومن صار مقتولا من جهة قطاع الطريق لم يغسل ايضا لانه قتل دافعا عن ماله
وقد قال عم من قتل دون ماله فهو شهيد فلهذا لا يغسل ۞ قال ومن قتل بسلاح ظلما لم يغسل ايضا عندنا ۞ وقال الشافعي
يغسل وهو بنا على ان عنده القتل العمد يوجب الدية كالخطا فاذا وجب عن نفسه بدل ما هو مال غسل وعندنا العمد يوجب
المال فهذا مقتول ظلما لم يجب عن نفسه بدل هو مال فكان شهيدا والقياس الموجب ليس ببدل محض بل هو عقوبة واجبة
فلا يخل بصفة الشهادة واعتمادنا فيه على حديث عثمان بن عفان رض فقد قتل في المصر وكان شهيدا لم يغسل وان قتل بغير سلاح
غسل لان هذا في معنى الخطا حتى يجب عن نفسه بدل هو مال ۞ وذكر الطحاوي انه اذا قتل بحجر او عصا كبير فهو عندهما
والقتل بالسلاح سواء وعند ابي حنيفة يغسل وهو بناء على اختلافهم في وجوب القصاص في القتل بهذه الالة ۞ قال
ومن قتل بحق في قصاص او رجم غسل لما روى ان ماعزا لما رجم جاء عمه الى رسول الله عم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تامرني
ان اصنع به فقال لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب فاغسله وكفنه وصل عليه
ولان الشهيد باذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى وهذا لا يوجد في المقتول بحق فانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه
وكذلك من مات من حد او تعزير غسل لما بينا وكذلك من عدى على قوم ظلما فقتلوه غسل لان الظالم غير باذل نفسه لابتغاء مرضات الله
تعالى فهو في حكم الغسل كغيره من الموتى ۞ قال ومن قتله السبع او احترق بالنار او تردى من جبل او مات تحت هدم او غرق
غسل كغيره من الموتى لان هذه الاسباب غير مخبرة شرعا في احكام الدنيا فهو والميت حتف انفه سوا وكذلك من وجد مقتولا
في محلة لا يدري من قتله غسل لانه استحق عن نفسه بدل هو مال بالقسامة والدية تجب على اهل المحلة ۞ قال ويصنع بالمحرم
ما يصنع بالحلال يعني يخمر راسه ووجهه بالكفن عندنا ۞ وقال الشافعي لا يخمر راسه واستدل بما روي ان اعرابيا محرما وقصت
به ناقته في اخافيق جرذان فاندقت عنقه فقال رسول الله عم لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا او قال ملبدا
ولانه مات وهو مشغول بعبادة لها اثر فيبقى عليه ذلك الاثر كالغازي اذا استشهد ۞ ولنا حديث عطاء ان النبي عم سئل

عن محرم مات فقال خمروا راسه ووجهه ولا تشبهوا باليهود وسئلت عائشة عن ذلك فقالت اصنعوا به ما تصنعوا بموتاكم وان عبد الله
ابن عمر رض لما مات ابنه واقد وهو محرم كفنه وعممه وحنطه وقال لولا انا محرمون لطيبناك يا واقد ولان احرامه قد انقطع بموته وقال عم
اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلثة والاحرام ليس منها وهذا لانه انما امر بالكف على احرامه والبقي بالحلال وقد جاز ان يخمر راسه
ووجهه باللبن والتراب فكذلك بالكفن وحديث الاعرابي تاويله ان النبي عم عرف بطريق الوحي خصوصيته ببقاء احرامه بعد موته
وقد كان رسول الله عم يخص بعض اصحابه باشيا قال ومن قتل من اهل العدل في محاربة اهل البغي فهو شهيد لا يغسل لان الجهاد
معهم مامور به قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فالمقتول في هذه المحاربة باذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى
كالمقتول في محاربة المشركين ولما قاتل علي رض اهل النهروان لم يغسل من استشهد من اصحابه ولم يذكر في الكتاب
ان من قتل من اهل البغي ماذا يصنع به وروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح انه لا يغسل ولا يصلى عليه وكذلك
من قتل من قطاع الطريق وهو قول ابي يوسف ومحمد وقال الشافعي يغسل ويصلى عليه لانه مسلم قال الله تعالى وان طايفتان
من المومنين اقتتلوا الاية ولكنه مقتول بحق فهو كالمقتول رجما او في قصاص ولنا حديث علي رض انه لم يغسل اهل النهروان ولم
يصل عليهم فقيل له اكفار هم قال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا اشار الى ان ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم ليكون زجرا
لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبته عقوبة له وزجرا لغيره قال واذا اغار اهل الحرب على قرية من قرى المسلمين فقتلوا
الرجال والنساء والصبيان فلا خلاف انه لا يغسل النساء كما لا يغسل الرجال لانهن مخاطبات يخاصمن من قتلهن يوم القيمة
فيبقى عليهن اثر الشهادة ليكون شاهدا لهن كالرجال فاما الصبيان فعند ابي حنيفة يغسلون وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يغسلون
لان حال الصبيان في الطهارة فوق حال البالغين فاذا لم يغسل البالغ اذا استشهد لانه قد يطهر فالصبي اولى وابو حنيفة
قال ليس للصبي ذنب يمحوه السيف فالقتل في حقه والموت حتف انفه سوا فيغسل ثم الصبي غير مكلف فلا يخاصم بنفسه في حقوقه
في الدنيا فانما الخصم في حقوقه في الاخرة وهو خالقه سبحانه وتعالى والله غني عن الشهود فلا حاجة الى ابقاء اثر الشهادة عليه
قال واذا وجد عضو من اعضاء الادمي كيد او رجل لم يغسل ولم يصل عليه لكنه يدفن لان المشروع الصلاة على الميت وذلك
عبارة عن بدنه لا عن عضو من اعضائه ولعل صاحب العضو حي ولا يصلى على الحي ولو قلنا يصلى على عضو اذا وجد لكان يصلى
على عضو اخر اذا وجد ايضا فيودي الى تكرار الصلاة على ميت واحد وذلك غير مشروع عندنا وقال الشافعي يغسل ما وجد ويصلى عليه
اعتبارا للبعض بالكل فان لاطراف الادمي حرمة كما لنفسه وعنده لا باس بتكرار الصلاة عند ميت واحد فاما اذا وجد اكثر البدن
او النصف ومعه الراس يصلى عليه لان للاكثر حكم الكل فلا يودي هذا الى تكرار الصلاة على ميت واحد قال واذا وجد ميت
لا يدرى امسلم هو ام كافر فان كان في قرية من قرى اهل الاسلام فالظاهر انه مسلم فيغسل ويصلى عليه وان كان في قرية من قرى
اهل الشرك فالظاهر انه منهم فلا يصلى عليه الا ان يكون عليه سيما المسلمين فحينيذ يغسل ويصلى عليه وسيما المسلمين الختان والخضاب
ولبس السواد وما تعذر الوقوف على حقيقته يعتبر فيه العلامة والسيما قال الله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وقال ولو ارادوا الخروج لاعدوا له
عدة قال واذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار فان كانت الغلبة للمسلمين غسلوا وصلي عليهم الا من عرف انه كافر لان الحكم
للغلبة والمغلوب لا يظهر حكمه مع الغالب فان كانت الغلبة لموتى الكفار لا يصلى عليهم عندنا لان الصلاة على الكفار منهي عنها ويجوز
ترك الصلاة على بعض المسلمين وقال عم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ومن العلماء من قال يصلى عليهم ترجيحا
للمسلمين على الكفار وينوي من يصلى عليهم المسلمين لانه لو قدر على التمييز فعل فاذا عجز عنه ميز بالنية وعلى قول الشافعي يستعمل
التحري فيصلى على من وقع في اكبر رايه انه مسلم وهي مسالة التحري ولم يبين في الكتاب اي موضع يدفنون فقال بعض مشايخنا اذا لم يصل عليهم
دفنوا في مقابر المشركين وقال بعضهم يتخذ لهم مقبرة على حدة واصل الاختلاف في نصرانية تحت مسلم حبلت ثم ماتت وفي بطنها
ولد مسلم اختلفت الصحابة انها في اي موضع تدفن فرجح بعضهم جانب الولد وقال تدفن في مقابر المسلمين وبعضهم جانبها فان الولد
في حكم جزء منها ما دام في البطن فقال يدفن في مقابر المشركين وقال عقبة بن عامر يتخذ لها مقبرة على حدة قال ولا باس بان يغسل
المسلم اباه الكافر اذا مات ويدفنه لما بينا ان الغسل سنة الموتى من بني ادم وهو مع كفره منهم والولد المسلم مندوب
الى بر والديه وان كان مشركا قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا والمراد به الوالد المشرك بدليل قوله تعالى وان جاهداك
على ان تشرك بي ومن الاحسان اليه والبر في حقه القيام بغسله ودفنه بعد موته ولما مات ابو طالب جاء علي رض الى رسول الله عم
فقال ان عمك الضال قد مات فقال اذهب فاغسله وكفنه وواره ولا تحدث به حدثا حتى تلقاني فلما رجعت اليه دعا لي بدعوات

ما احب

ما احب ان يكون لي بها حمر النعم قال سعيد بن جبير سال رجل ابن عباس فقال ان امي ماتت نصرانية فقال اغسلها وكفنها
وادفنها وان الحارث بن ابي ربيعة ماتت امه نصرانية فقال اغسلها وكفنها وادفنها فتبع جنازتها في نفر من الصحابة وانما تغسل
الكافر كما تغسل النجاسات بافاضة الماء عليه ولا يوضى وضوءه للصلاة كما يفعل بالمسلم لانه كان لا يتوضى في حياته
وكذلك كل ذي رحم محرم منه وانما يقوم بذلك اذا لم يكن هناك من يقوم به من المشركين فاما اذا خلى المسلم بينه وبينهم ليصنعوا
ما يصنعون بموتاهم ولم يبين ان الابن المسلم اذا كان هو الميت هل يمكن ابوه الكافر من القيام بغسله وتجهيزه وينبغي ان لا يمكن
من ذلك بل يفعله المسلمون لان اليهودي لما امن برسول الله عند موته ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم قال
لاصحابه لوا اخاكم ولم يخل بينه وبين ابيه اليهودي ويكره ان يدخل الكافر احد من اقاربه المسلمين لان الموضع الذي فيه
لان الموضع الذي فيه الكافر ينزل السخط واللعنة فينزه قبر المسلم من ذلك وانما يدخل قبره المسلمون ليضعوه على سنة المسلمين
ويقولون عند وضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله والله اعلم

باب حمل الجنازة

السنة في حمل الجنازة اربعة نفر من جوانبها الاربع عندنا وقال الشافعي السنة حملها بين العمودين وهو ان يحملها رجلان يتقدم
احدهما فيضع حاملتي الجنازة على كتفه ويتاخر الاخر فيفعل مثل ذلك واحتج بما روي عن النبي عم انه حمل جنازة سعد بن معاذ
بين عمودين وحجتنا حديث ابن مسعود رض من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع ولان عمل الناس اشتهر بهذه الصفة وهو ايسر
على الحاملين المتناوبين بينهم وابعد عن تشبيه حمل الجنازة بحمل الاثقال وقد امرنا بذلك ولهذا كره حملها على الظهر او على الدابة
وتاويل الحديث انه لضيق الطريق او لعوز الحاملين ومن اراد كمال السنة في حمل الجنازة ينبغي له ان يحملها من الجوانب الاربع يبدا
بالايمن المقدم لان النبي عم كان يحب التيامن في كل شي والمقدم اول الجنازة والبداية بالشي من اوله ثم بالايمن المؤخر ثم بالايسر
المؤخر لانه لو تحول من الايمن المقدم الى الايسر المقدم احتاج الى المشي امامها والمشي خلفها افضل فلهذا تحول من الايمن
المقدم الى الايمن المؤخر والايمن المقدم جانب الايسر فكذلك يمين الميت يمين الحامل وينبغي ان يحمل من كل جانب عشر خطوات
جاء في الحديث من حمل جنازة اربعين خطوة كفرت له اربعين كبيرة قال وليس في المشي بالجنازة شي موقت غير ان العجلة احب الي
من الابطاء لما روي ان النبي عم سيل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يك خيرا عجلتموه اليه وان يك شرا وضعتموه عن رقابكم
او قال فبعدا لاهل النار قال ولا باس بالمشي قدامها والمشي خلفها افضل عندنا وقال الشافعي المشي امامها افضل
لما روي ان ابا بكر وعمر رض كانا يمشيان امام الجنازة ولان الناس شفعاء الميت والشفيع يتقدم في العادة على من يشفع له
ولنا حديث رسول الله عم انه كان يمشي خلف جنازة سعد بن معاذ وان عليا رض كان يمشي خلف الجنازة فقيل له ان ابا بكر وعمر
كانا يمشيان امامها فقال يرحمهما الله قد عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما ارادا ان ييسرا الامر على الناس معناه ان الناس
يحترزون امامها فلو اختارا المشي خلفها لضاق الطريق بمن يشيعها وقال ابن مسعود فضل المشي خلف الجنازة على المشي امامها
كفضل المكتوبة على النافلة ولان المشي خلفها اوعظ فانه ينظر اليها ويتفكر في حال نفسه فيتعظ به وربما يحتاج الى التعاون
في حملها فاذا كانوا خلفها تمكنوا من التعاون عند الحاجة فلهذا افضل والتشفيع انما يتقدم من يشفع للتحرز عن تعجيل من طلب منه الشفاعة
عقوبة من يشفع له حتى يمنعه من ذلك اذا عجل به وذلك لا يتحقق هاهنا قال واذا وضعت الجنازة على الارض عند القبر فلا باس
بالجلوس به امر رسول الله عم اصحابه حتى كانوا قياما معه على راس قبر فقال اليهودي هكذا نصنع بموتانا فجلس وقال لاصحابه
خالفوهم وانما يكره الجلوس قبل ان يوضع عن مناكب الرجال لانهم يحتاجون الى التعاون قبل الوضع واذا كانوا قياما امكن التعاون
وبعد الوضع قد وقع الاستغناء عن ذلك ولانهم انما حضروا اكراما له فالجلوس قبل الوضع على المناكب يشبه الازدراء
والاستخفاف به وبعد الوضع لا يودي الى ذلك قال ويحمل الرجال جنازة الصبي احب الي من حملها على الدابة تشبيها
بحمل الاثقال في حملها على الايدي اكرام للميت والصغار من بني ادم مكرمون كالكبار قال ومن ولد ميتا لا يغسل ولا يصلى عليه
وفي كتاب اختلاف الروايات فروي عن ابي يوسف انه يغسل ويسمى ولا يصلى عليه وهكذا ذكر الطحاوي وعن محمد انه لا يغسل
ولا يسمى ولا يصلى عليه هكذا ذكره الكرخي ووجه هذا ان المنفصل ميتا في حكم الجزء حتى لا يصلى عليه فكذلك لا يغسل
ووجه ما اختاره الطحاوي ان المولود ميتا نفس مؤمنة ومن النفوس من يغسل ولا يصلى عليه واكثر ما فيه انه في حكم الجزء من وجه

وفي حكم النفس من وجه فلاعتبار الشبهين قلنا يغسل اعتبارا بالنفوس ولا يصلي عليه اعتبارا بالاجزاء وان ولد حيا ثم مات صنع به ما يصنع
بالموتى من المسلمين لانه نفس مؤمنة من كل وجه حين انفصل حيا ۞ قال واذا قتل الشهيد وهو جنب غسل عند ابي حنيفة ولم يغسل عندهما
لان صفة الشهادة تمحو صنع الجنابة وهي مانعة لابقاء اثر الشهادة عليه وحنظلة بن عامر انما غسلته الملائكة عليهم السلام
اكراما له ولو كان الغسل واجبا على بني ادم لم يكتف رسول الله عم بغسل الملائكة اياه وجه لابي حنيفة انه لم يكن واجبا ولابي
حنيفة حديث حنظلة فانه لما استشهد يوم احد غسلته الملائكة فسال رسول الله عم اهله عن حاله فقالت ذوجته اصاب مني
فسمع الهيعة فاعجلته ذلك عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عم هو ذاك فلما مات سعد بن معاذ قال عم بادروا
بغسل سعد لا تبادرنا به الملائكة كما بادرونا بغسل حنظلة فهو دليل على ان حنظلة لو لم يغسل الملائكة حتى علم رسول الله
عليه السلام حاله لغسله وانما لم يعد لان الواجب تادى بفعل الملائكة فانهم غسلوا ادم ثم قالوا هذه سنة موتاكم
ولم يعدوا ولاده غسله ثم صفة الشهادة تمنع وجوب الغسل بالموت ولا يسقط ما كان واجبا الا ترى انه لو كان في ثوب
الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل الدم عنه فكذلك الحدث هنا في حق الطاهر الغسل يجب بالموت فصفة الشهادة
تمنع منه وفي حق الجنب الغسل كان واجبا قبل الموت فلا يسقط بصفة الشهادة وعلى هذا الاختلاف اذا انقطع دم الحايض
ثم استشهدت فان استشهدت قبل انقطاع فيه روايتان عن ابي حنيفة رح احديهما انها لا يغسل لان الاغتسال لما كان واجبا
عليها قبل الانقطاع والاخرى انها تغسل لان الانقطاع قد حصل بالموت والدم السابق موجب للاغتسال عند الانقطاع

باب غسل الميت

اعلم بان غسل الميت واجب وهو من حق المسلم على المسلم قال عم على المسلم ست حقوق وفي جملته ان يغسله بعد موته ولكن اذا قام به
بعض المسلمين سقط عن الباقين لحصول المقصود ثم ذكر ابو حنيفة عن حماد بن ابراهيم قال يجرد الميت اذا اريد غسله لانه في حالة الحياة
كان يجرد عن ثيابه عند الاغتسال فكذلك بعد الموت يجرد عن ثيابه وقد كانوا تشهدوا في الصحابة حتى انهم لما ارادوا ان يفعلوه برسول الله
نودوا من ناحية البيت اغسلوا نبيكم صلى الله عليه وعليه قميصه فعلم انه مخصوص بذلك ۞ قال ويوضع على تخت ولم يبين كيفيته
وضع التخت الى القبلة طولا او عرضا ومن اصحابنا من اختار الوضع طولا كما يفعله في مرضه اذا اراد الايماء للصلاة ومنهم من اختار
الوضع عرضا كما يوضع في قبره والاصح انه يوضع كما تيسر فذلك يختلف باختلاف المواضع ويطرح على عورته خرقة لان ستر العورة
واجب على كل حال والادمي محترم حيا وميتا ۞ وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يوزر بازار سابغ كما يفعله في حياته اذا اراد الاغتسال
وفي ظاهر الرواية قال يشق عليهم ما يخلا الازار فيكفي بستر العورة الغليظة بخرقة ثم يوضيه وضوءه للصلاة ويبدا بميامن الميت
لانه في حال حيوته اذا اراد الاغتسال يبدا بالوضوء فكذلك بعد الموت الا انه لا يمضمض ولا يستنشق لانه يتعذر عليهم اخراج الماء
من فيه فيكون سقيا لا مضمضة ولو كبوه على وجهه ليخرج الماء من فيه ربما يسيل منه شيء ويغسل رجلاه عند الوضوء بخلاف الاغتسال
في حق الحي فانه يوخر فيه غسل الرجلين لانهما في مستنقع الماء المستعمل وذلك غير موجود هنا ثم يغسل راسه ولحيته بالخطمي
ولا يسرح لان ذلك يفعله الحي للزينة وقد انقطع ذلك عنه بالموت ولو فعل به ربما ينتاثر شعره والسنة دفنه على ما مات عليه
وعلى هذا لا يقص اظفاره ولا شاربه ولا ينتف ابطه ولا يحلق عانته وان عايشة رض رات قوما يسرحون ميتا فقالت علام تنصون
ميتكم ثم يضجعه على شقه الايسر فيغسل بالماء القراح حتى ينقيه لان البداية بالشق الايمن مندوب اليه لان النبي عم كان يحب التيامن
في كل شيء فيغسل هذا الشق حتى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت وقد امر قبل ذلك بالماء فاغلي بالسدر فان لم يكن سدر فحرض وان لم يكن
واحد منهما فالماء القراح ثم يضجعه على شقه الايمن فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ويرى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت
ثم يقعده فيمسح بطنه مسحا رفيقا حتى ان بقي عند المخرج شيء يسيل منه لكيلا يتلوث اكفانه فقد فعل ذلك برسول الله عم فلم يجد شيئا
فقال طبت حيا وميتا وفي رواية فاح ريح المسك في البيت فان سال شيء منه مسحه ثم اضجعه على شقه الايسر فيغسله بالماء القراح
حتى ينقيه لان السنة في الاغتسال التحري عدد الثلاث فكذلك في غسل الميت ثم ينشفه في ثوب كيلا تبتل اكفانه وقد امر قبل ذلك
باكفانه وسريره فاجمروترا ۞ والاصل فيه ما روي ان النبي عم قال للنساء اللاتي غسلن ابنته ابدان بالميامن واغسلنها وترا
وامر باجمار اكفانها وترا وهذا لانه يلبس كفنه للعرض على ربه وفي حياته كان اذا لبس ثوبه للجمعة والعيد تطيب فكذلك بعد الموت
يفعل بكفنه والوتر مندوب اليه في الطيب لقوله عم ان الله تعالى وتر يحب الوتر ثم يبسط اللفافة وهي الرداء طولا ثم يبسط الازار عليها

طولا

طولا فان كان له قميص البسته اياه وان لم يكن كذلك لم يضره والمذهب عندنا ان القميص في الكفن سنة ۞ وقال الشافعي ليس في الكفن قميص
انما الكفن ثلاث لفايف عنده واستدل بحديث عايشة ان النبي عم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة ولنا حديث
ابن عباس رض ان النبي عم كفن في ثلاثة اثواب قميصه ولباسه بعد موته معتبر بلباسه في حياته الا ان في حياته كان يلبس السراويل
حتى اذا مشى لم تنكشف عورته وذلك غير محتاج اليه بعد موته فالازار قايم مقام السراويل ولكن في حال حيوته السراويل تحت القميص
ليتيسر المشي عليه وبعد الموت الازار فوق القميص من المنكب الى القدم لانه لا يحتاج الى المشي ولم يذكر العمامة في الكفن وقد كرهها بعض
مشايخنا لانه لو فعل كان الكفن متسعا والسنة فيه ان يكون وترا واستحسنه بعض مشايخنا لحديث عمر رض انه كان يعمم الميت ويجعل
ذنب العمامة على وجهه بخلاف حال الحياة فانه يرسل ذنب العمامة من قبل القفا للزينة وبالموت قد انقطع عن ذلك ۞ قال
ثم يوضع الحنوط في لحيته وراسه ويوضع الكافور على مساجده يعني جبهته وانفه ويديه وركبتيه وقدميه لانه كان يسجد بهذه الاعضا
فخص بزيادة الكرامة وعن زفر قال يذرا الكافور على عينيه وانفه وفمه لان المقصود ان ينبا عنه الدود من الموضع الذي يذر عليه الكافور
فانما يخص هذه المخارق من بدنه بالكافور لهذا ۞ قال ثم يعطف الازار عليه من قبل شقه الايسر وان كان طويلا حتى يعطف على راسه وساير جسده
فهو اولى ثم يعطف اللفافة وهي الرداء كذلك لان الميت في حياته اذا اتزر بدا بعطف شقه الايسر ثم يعطف الايمن على الايسر فكذلك
يفعل به بعد الموت ۞ قال فان خوفوا ان ينتشر اكفانه عقدوه ولكن اذا وضع في قبره حل العقد لان المعنى الذي لاجله عقد قد زال
ولم يبين في الكتاب انه هل يحشى مخارقه وقالوا لا باس بذلك في انفه وفمه كيلا يسيل منه شيء وقد جوز الشافعي في دبره ايضا واستقبح
ذلك مشايخنا ثم يحمل على سريره ولا يتبع بنار الى قبره يعني الاجمار في القبر ۞ قال ابراهيم النخعي اكره ان يكون زاده من الدنيا نارا
وروي ان النبي عم خرج في جنازة فراى امراة في يدها مجمر فصاح عليها وطردها حتى توارت بالاكام فاذا انتهى به الى قبره فلا
يضر ادخله وترا او شفعا لان في الحديث انه دخل قبر رسول الله عم اربعة نفر علي والعباس والفضل ابن العباس واختلفوا في الرابع
انه المغيرة بن شعبة او ابو رافع ولان المقصود وضع الميت في القبر فانما يدخل قبره بقدر ما يحصل به الكفاية الشفع والوتر فيه سواء
فاذا وضع في اللحد قالوا بسم الله وعلى ملة رسول الله اي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك والسنة عندنا ان يدخل الميت
من قبل القبلة يعني يوضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد ۞ وقال الشافعي السنة ان يسل الى قبره
وصفة ذلك ان الجنازة توضع على يمين القبلة ثم يوخذ برجله الى القبر مع جسده سلا لما روي ان النبي عم سل الى قبره ولانه في حال حيوته
كان اذا دخل بيته بدا برجله والقبر بيته بعد الموت فيبدا بادخال رجله فيه ۞ ولنا ما روى ابراهيم النخعي ان النبي عم ادخل قبره
من قبل القبلة فان صح هذا انتفى المذهب وان صح ما رووا فقيل انما كان ذلك لاجل الضرورة لان النبي عم مات في حجرة عايشة رض
من قبل الحايط وكانت السنة في دفن الانبياء صلوات الله عليهم في الموضع الذي قبضوا فيه فلم يتمكنوا من وضع السرير
من قبل القبلة لاجل الحايط فلهذا سل قبره وعن ابن عباس وابن عمر رض قالا يدخل الميت قبره من قبل القبلة ولان جانب القبلة معظم
الا ترى ان المختار للجلوس في حالة الحياة استقبال القبلة قال صلى الله عليه خير المجالس ما استقبلت به القبلة فكذلك
بعد الوفاة يختار ادخاله من جانب القبلة ۞ قال ويلحد ولا يشق عندنا وقال الشافعي يشق واعتمادنا فيه على قوله صلى الله عليه اللحد لنا
والشق لغيرنا وكان بالمدينة حفاران احدهما يلحد والاخر يشق فلما قبض رسول الله عم بعثوا في طلب الحفار فقال العباس اللهم
لنبيك فوجدا الذي يلحد وصفة اللحد ان يحفر القبر ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيه الميت وصفة الشق ان يحفر
حفيرة في وسط القبر فيوضع فيه الميت وانما اختاروا الشق في ديارنا لتعذر اللحد لرخاوة الارض فيها فاذا لحد فلهذا استعملوا
الشق ويجعل على لحده اللبن والقصب جاء في الحديث انه وضع على قبر رسول الله عم طن من قصب وراى رسول الله عم فرجة في قبر
فاخذ مدرة وناولها الحفار وقال سد بها الفرجة فان الله تعالى يحب من صانع ان يحكم صنعته والمدرة قطعة من اللبن فدل انه لا باس
باستعمال اللبن ويكره الاجر لانه انما يستعمل في الابنية للزينة او لاحكام البناء والقبر موضع البلى فلا يستعمل فيه الاجر
وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رح يقول لا باس به في ديارنا لرخاوة الاراضي وكان يجوز استعمال رفوف الخشب واتخاذ التابوت
للميت حتى لو اتخذوا تابوتا من حديد لم ار به باسا في ديارنا هذه ۞ قال ويسجى قبر المراة بثوب حتى يفرغ من اللحد لما روي ان فاطمة رض
سجي قبرها بثوب ونعش على جنازتها لان مبنى حال المراة على الستر كما في حال حيوتها فلا يسجى قبر الرجل لما روي ان عليا رض راى قبر رجل
سجي بثوب فنحى الثوب وقال لا تشبهوه بالنساء ولان مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور الا اذا كان عذر الضرورة لدفع مطر او ثلج
او حر على الداخلين في القبر فحينئذ لا باس به ۞ قال ويسنم القبر ولا يربع لحديث النخعي قال حدثني من راى قبر رسول الله عم وابي بكر وعمر

مسنمة عليها فلق من مدر تبيض ولان التربيع في الابنية للاحكام وبحثا للقبور ما هو ابعد من احكام الابنية وعلى قول الروافض السنة التربيع في القبور ولا يجصص لما روي ان النبي عم نهى عن تجصيص القبور وتقضيضها ولان التجصيص في الابنية اما للزينة او لاحكام البناء • قال وامام الحي احق بالصلاة على الميت وحاصل المذهب عندنا ان السلطان ان حضر فهو احق بالصلاة على الميت لان اقامة الجمعة والعيدين اليه فكذلك الصلاة على من حضر الجمعة والعيدين ولان في التقدم على السلطان ازدراء والمامور في حقه التوقير ولما مات الحسن بن علي رضي الله عنهما حضر جنازته سعيد ابن العاص فقدمه الحسين رض وقال لولا انها سنة ما قدمتك وكذلك ان حضر القاضي فهو احق بالصلاة عليه فان لم يحضر واحد منهما فامام الحي عندنا لان الميت كان راضيا بامامته في حياته فهو احق بالصلاة عليه بعد موته وعند الشافعي الولي احق من امام الحي لظاهر قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فان لم يحضر امام الحي فالاولياء • وفي الكتاب قال الاب احق من غيره وهو قول محمد فاما عند ابي يوسف الابن احق من الاب لكن الاولى ان يقدم الاب لانه جده وفي التقدم عليه ازدراء فالاولى ان يقدمه وعند محمد الاب احق ولا بنه حق يعم ولاية النفس والمال وهذا نظير اختلافهم في ولاية التزويج كما بيناه في كتاب النكاح • والحاصل انه يترتب هذا الحق على ترتيب العصوبة كولاية التزويج وابن العم احق بالصلاة على المراة من زوجها ان لم يكن لها منه ابن لما روي ان عمر ابن الخطاب رض ماتت امراة له فقال لاوليائها كنا احق بها حين كانت حية فاما اذا ماتت فانتم احق بها ولان الزوجية تنقطع بالموت والقرابة لا تنقطع • قال والصلاة على الجنازة اربع تكبيرات وكان ابن ابي ليلى يقول خمس تكبيرات وهو رواية عن ابي يوسف والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله فروي الخمس والسبع والتسع واكثر من ذلك الا ان آخر فعله كان اربع تكبيرات فكان هذا ناسخا لما قبله وان عمر رض جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات فقال لهم انكم اختلفتم فمن ياتي بعدكم اشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله عم على جنازة فخذوا بذلك فوجدوه صلى على امراة كبر عليها اربعا فاتفقوا على ذلك ولان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على اربع ركعات الا ان ابن ابي ليلى يقول التكبيرة الاولى للافتتاح فينبغي ان يكون بعدها اربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة واهل الرفض يزعمون ان عليا رض كان يكبر على اهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس اربعا وهو افتراء منهم عليه فقد روي انه كبر على فاطمة اربعا وروي انه صلى على فاطمة ابو بكر وكبر عليها اربعا وعمر صلى على ابي بكر وكبر اربعا ثم يثني على الله تعالى في التكبيرة الاولى كما في سائر الصلوات يثني عقيب الافتتاح ويصلي على النبي عم في الثانية لان الثناء على الله تعالى يعقبه الصلاة على النبي ويستغفر للميت ويشفع له في الثالثة لان الثناء على الله تعالى والصلاة على النبي عم يعقبه الدعاء والاستغفار والمقصود بالصلاة على الجنازة الاستغفار للميت والشفاعة له فلهذا ياتي به ويذكر الدعاء المعروف اللهم اغفر لحينا وميتنا ان كان يحسنه والا يذكر ما يدعو به في التشهد اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات الى آخره ويسلم تسليمتين بعد الرابعة لانه جاء اوان التحلل وذلك بالسلام وفي ظاهر المذهب ليس بعد التكبيرة الرابعة دعا سوى السلام وقد اختار بعض مشايخنا ما يختم به سائر الصلوات اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب النار فان كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدي في الخامسة الا على قول زفر فانه يقول هذا مجتهد فيه فيتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد • ولنا ان ما زاد على اربع تكبيرات ثبت انتساخه بما روينا ولا متابعة في المنسوخ لانه خطأ ثم في احدى الروايتين عن ابي حنيفة يسلم حين زاد امامه لانه يشتغل بما هو خطأ • وفي الرواية الاخرى ينتظر سلام الامام حتى يسلم معه قال ولا يقرا في الصلاة على الجنازة بشي من القرآن • وقال الشافعي يفترض قراءة الفاتحة فيها وموضعه عقيب تكبيرة الافتتاح لقوله عم لا صلاة الا بقراءة وهي صلاة بدليل اشتراط الطهارة واستقبال القبلة فيها • وفي حديث جابر رض ان النبي عم كان يقرا في الصلاة على الجنازة بام القرآن وقرا ابن عباس فيها بالفاتحة وجهر بها وقال عمدا فعلت لتعلموا انها سنة • ولنا حديث ابن مسعود قال لم يوقت لنا في الصلاة على الجنازة دعاء ولا قراءة كبر ما كبر الامام واختر من الدعاء اطيبه وهكذا روي عن عبد الرحمن بن عوف وابن عمر رض انهما قالا ليس فيها قراءة شي من القرآن • وتاويل حديث جابر انه كان يقرا على سبيل الثناء لا على وجه قراءة القرآن ولان هذه ليست بصلاة على الحقيقة انما هي دعاء واستغفار للميت الا ترى انه ليس فيها اركان الصلاة من الركوع والسجود والتسمية بالصلاة على ما بينا فيما سبق ان الصلاة في اللغة الدعاء واشتراط الطهارة واستقبال القبلة لا يدل على انها صلاة حقيقة وانها اواه كسجدة التلاوة ولا يرفع الايدي الا في التكبيرة الاولى الامام والقوم فيه سواء وكثير من ائمة بلخ اختاروا رفع اليد عند كل تكبيرة فيها وكان نصير ابن يحيى يرفع تارة ولا يرفع تارة فمن اختار الرفع قال هذه تكبيرات يؤتى بها في قيام مسنون فيرفع الايدي عندها كتكبيرات العيد وتكبير القنوت والفقه فيه ما بينا من الحاجة الى اعلام من خلفه من اصم او اعمى • وجه ظاهر الرواية قوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وليس فيها صلاة الجنازة وعن علي وابن عمر رض قالا لا يرفع اليد فيها الا عند تكبيرة الافتتاح والمعنى ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة فكما لا ترفع الايدي في سائر الصلوات عند كل ركعة فكذلك هنا • قال واذا اجتمعت الجنائز فان شاءوا جعلوها صفا وان شاءوا وضعوا واحدا خلف واحد وكان ابن ابي ليلى يقول يوضع شبه الدرج وهو ان يكون راس الثاني عند صدر الاول وعن ابي يوسف انه ان وضع هكذا فحسن ايضا لان الشرط ان تكون الجنازة امام الامام وقد وجد ذلك كيفما وضعوا وكان الاختيار اليهم • قال وان كانت رجالا ونساء يوضع الرجال مما يلي الامام والنساء خلفهم

مما يلي القبلة ومن العلماء من قال على عكس هذا لان في الصلاة بالجماعة صف النساء خلف صف الرجال الى القبلة فكذلك في وضع الجنائز • ولكنا نقول في الصلاة بالجماعة الرجال اقرب الى الامام من النساء فكذلك في وضع الجنائز وان كانت جنازة غلام او امراة وضع الغلام مما يلي الامام والمراة خلفه مما يلي القبلة • لما روي ان ام كلثوم ابنة علي رض امراة عمر رض وابنها زيد بن عمر رضي الله عنهما ماتا معا فوضع ابن عمر رض جنازتهما بهذه الصفة وصلى عليهما ولان الرجل انما يتقدم مما يلي الامام للفضيلة بالذكورة وهذا موجود في الغلام • والاصل فيه قوله عم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم فصار الحاصل انه يوضع جنازة الرجل مما يلي الامام وخلفه مما يلي القبلة جنازة الغلام وخلفه جنازة الخنثى ان كان وخلفه جنازة المراة • قال وان دعت الحاجة الى دفن اثنين وثلثة في قبر واحد فلا باس بذلك لانه امر رسول الله عليه السلام اصحابه وقال احفروا واوسعوا واجعلوا في قبر اثنين او ثلثة وقدموا اكثرهم اخذا للقرآن فقلنا يوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الغلام ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المراة ويجعل بين كل ميتين حاجزا من التراب ليجعل في حكم قبرين • قال واحسن مواقف الامام من الميت في الصلاة عليه بحذاء الصدر وان وقف في غيره اجزاه وكان ابن ابي ليلى يقول يقف من الرجل بحذاء الصدر ومن المراة بحذاء وسطها لما روي ان سمرة صلى عليها رسول الله عم فوقف بحذاء وسطها • ولنا ان اشرف الاعضاء في البدن الصدر فانه موضع العلم والحكمة وهو ابعد من الاذى فالوقوف عنده اولى كما في حق الرجال ثم الصدر موضع نور الايمان • قال الله تعالى فمن شرح الله صدره للاسلام الاية وانما يصلى عليه لايمانه فيختار الوقوف بحذاء الصدر ولهذا والصدر هو الوسط في الحقيقة فانه فوقه راس ويدان وتحته بطن ورجلان • قال ويتيمم لصلاة الجنازة اذا خاف فوتها في المصر عندنا وكذلك لو افتتح الصلاة ثم احدث يتيمم ويبني وقد بينا هذا فيما سبق فان صلى على جنازة بالتيمم ثم جيء بجنازة اخرى فان وجد بينهما من الوقت ما يمكنه ان يتوضا فعليه اعادة التيمم للصلاة على الجنازة الثانية عند ابي يوسف لان العجز قائم وهو خوف الفوت لو اشتغل بالوضوء وعند محمد يجدد التيمم على كل حال ذكره في نوادر ابي سليمان لانه تجددت ضرورة اخرى فعليه تجديد التيمم • قال واذا كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين ثم جاء رجل فانه ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه فاذا سلم قضى ما بقي عليه قبل ان ترفع الجنازة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يكبر حين يحضر لقوله عم اتبع امامك على حال ادركته وقاس هذا بسائر الصلوات فان المسبوق يكبر للافتتاح فيها حين ينتهي الى الامام فهذا وكذلك لو كان قائما خلف الامام فتاخر بتكبيرة عن تكبيرة الامام لم ينتظر ان يكبر الامام الثانية بالاتفاق فهذا مثله • ومذهبنا مروي عن ابن عباس رض والمعنى فيه ان كل تكبيرة في الصلاة على الجنازة قائمة مقام ركعة فلو لم ينتظر تكبير الامام حتى جاء كان قاضيا ما فاته قبل اداء ما ادرك مع الامام وذلك منسوخ الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في تكبيرة الافتتاح معنيان معنى الافتتاح والقيام مقام ركعة ومعنى الافتتاح مرجح فيها بدليل تخصيصها برفع اليد عندها ولو جاء بعدما كبر الامام الرابعة لم يدخل معه وقد فاتته الصلاة في قولهما وفي قول ابي يوسف رحمه الله يكبر فاذا سلم قضى ثلث تكبيرات بمنزلة ما لو كان خلف الامام حتى كبر الامام الرابعة والفرق بين الفصلين لهما ان من كان خلف الامام فهو مدرك للتكبيرة الافتتاح فياتي بها حين حضرته النية بخلاف المسبوق فانه غير مدرك للتكبيرة الاولى وهي قائمة مقام ركعة فلا يشتغل بقضائها بعد سلام الامام كسائر التكبيرات • قال فاذا صلي على جنازة ثم حضر قوم لم يصلوا عليها فانا نجيز الجماعة ولا وحدانا الا ان يكونوا الذين صلوا عليها اجانب بغير امر الاولى ثم حضر الولي فحينئذ له ان يعيدها • وقال الشافعي رحمه الله تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد اخرى لما روي ان النبي عم مر بقبر جديد فسال عنه فقيل هو قبر فلانة فقال عم هلا آذنتموني بالصلاة عليها فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى عليه الصحابة فوجا فوجا • ولنا ما روي عن ابن عباس وابن عمر رض انهما فاتتهما الصلاة على جنازة فلما حضرا ما زادا على الاستغفار وعبد الله بن سلام رض فاتته الصلاة على جنازة عمر فلما حضر قال ان سبقتموني بالصلاة عليه فلا تسبقوني بالدعاء له والمعنى فيه ان حق الميت تادى بفعل الفريق الاول فلو فعله الفريق الثاني كان تنفلا بالصلاة على الجنازة وذلك غير مشروع ولو جاز هذا لكان الاولى ان يصلى على قبر رسول الله عم من يرزق زيارته الان لانه في قبره كما وضع فان لحوم الانبياء حرام على الارض به ورد الاثر ولم يشتغل احد بهذا فدل انه لا تعاد الصلاة على الميت الا ان يكون الولي هو الذي حضر فان الحق له وليس لغيره ولاية اسقاط حقه وهو تاويل فعل رسول الله عم فان الحق كان له • قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم الاية • وهكذا تاويل فعل الصحابة رض فان ابا بكر رض كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل عليه احد بعده وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله لا يصلى على ميت غائب وكان الشافعي رحمه الله يصلي عليه فان النبي عليه السلام صلى على النجاشي وهو غائب • ولكنا نقول طويت له الارض وكان هو الولي اولياءه ولا يوجد مثل ذلك في حق غيره ثم اركان الميت من جانب المشرق فان استقبل القبلة في الصلاة عليه كان الميت خلفه وذلك لا يجوز وان استقبل الميت كان مصليا لغير القبلة وذلك لا يجوز • قال واذا كبر الامام على جنازة ثم اتي بجنازة اخرى فوضعت معها فانه يفرغ من الصلاة على الاولى ثم يستانف الثانية لانه شرع في الصلاة على الاولى فيتمها وكذلك ان نوى الثانية ينوي الصلاة عليهما او ثم الجنازة

نيه فيهما فهو في الاولى وان كبر ينوي الصلاة على الثانية كان قاطعا للاولى شارعا في الثانية فيصلي على الثانية ثم يستانف الصلاة على
الاولى بمنزلة ما لو كان في الظهر فكبر ينوي العصر بخلاف ما اذا نواهما لانه غير رافض للاولى فلا يصير شارعا في الثانية مع بقائه في الاولى
قال وتكره الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وعند غروبها او نصف النهار لحديث عقبة بن عامر وان نقبر فيها موتانا والمراد
الصلاة على الجنازة فلا باس بالدفن في هذه الاوقات وان صلوها لم يكن عليهم اعادتها لان حق الميت تادى بما ادوا فان المودى في هذه الاوقات
صلاة وان كان فيها انتقاص الا ترى ان التطوع يلزم بالشروع في هذه الاوقات ٥ قال فاذا ارادوا ان يصلوا على جنازة بعد غروب الشمس
بدوا بالمغرب لانها اقوى فانها فرض عين على كل حال والصلاة على الجنازة فرض على الكفاية والبداية بالاقوى اولى لان تاخير صلاة المغرب ٥
بعد غروب الشمس بدا بالمغرب لانها اقوى فانها فرض عين على كل حال والصلاة على الجنازة فرض على غروب مكروه وتاخير الصلاة على الجنازة
غير مكروه قال وتكره الصلاة على الجنازة في المسجد عندنا ● وقال الشافعي لا يكره لما روي ان سعد بن ابي وقاص لما مات امرت عايشة
رضي الله عنها بادخال جنازته في المسجد حتى صلى عليها ازواج رسول الله عم ورضي عنهن ثم قال لبعض من حولها هل عاب الناس علينا
ما فعلنا قالت نعم فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله عليه السلام على جنازة سهيل بن ابي البيضا الا في المسجد ولانها دعا
او صلاة في المسجد اولى به من غيره ● ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال عليه السلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له
وحديث عايشة دليلنا لان الناس في زمانها المهاجرون والانصار وقد عابوا عليها فدل انه كان معروفا بينهم كراهة هذا
وتاويل حديث عايشة رض ان رسول الله عم كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه ان يخرج وامر بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا
اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره ان يصلى عليها في المسجد انما الكراهة في ادخال الجنازة لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم
ومجانينكم فاذا كان الصبي ينحى عن المسجد فالميت اولى ٥ ● قال واذا صلوا على جنازة والامام غير طاهر فعليهم اعادة الصلاة ٥
لان صلاة الامام فاسدة لعدم الطهارة فتفسد صلاة القوم بفساد صلاته وان كان الامام طاهرا والقوم على غير طهارة
لم يكن عليهم اعادتها لان صلاة الامام قد صحت وحق الميت به تادى فالجماعة ليست بشرط في الصلاة على الجنازة ● قال واذا اخطوا
بالراس فوضعوها موضع الرجلين وصلوا اجزتهم الصلاة لان ما هو الشرط وهو كون الميت امام الامام فقد وجد انما التغيير ٥
في صفة الوضع وذلك لا يمنع جواز الصلاة الا انهم ان تعمدوا ذلك فقد اساؤا بتغيير صفة الوضع عما توارثه الناس قال
وان اخطوا القبلة جازت صلاتهم يعني اذا صلوا بالتحري وان تعمدوا خلافها لم يجز على قياس سائر الصلوات ● قال وان دفن قبل
الصلاة عليها صلي عليها في القبر اما لا يخرج من القبر لانه قد سلم الى الله تعالى وخرج من ايديهم جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال القبر اول منزل من منازل الاخرة ولكنهم لم يودوا واجبه بالصلاة عليه والصلاة عليه ممكنة في قبره فعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلهذا يصلى على القبر ما لم يعلم انه تفرق لان المشروع الصلاة على الميت لا على اعضائه ● وفي الامالي عن ابي يوسف ٥
قال يصلي عليه الى ثلثة ايام وهكذا ذكره ابن رستم عن محمد رح ان الصحابة كانوا يصلون على رسول الله عم الى ثلثة ايام والصحيح ان هذا ٥
ليس بتقدير لازم لانه يختلف باختلاف الاوقات في الحر والبرد وباختلاف الامكنة وباختلاف حال الميت في السمن والهزال والمعتبر فيه
اكبر الراي والذي يروى ان النبي عليه السلام صلى على شهدا احد بعد ثمان سنين معناه دعا لهم ● قال الله تعالى وصل عليهم ان صلواتك
سكن لهم ٥ ● وقيل انهم لما دفنوا لم تتفرق اعضاؤهم هكذا وجدوا حين اراد معاوية ان يحولهم من قبورهم ● قال ولا يفسد النساء خلف الرجال
في الصلاة على الجنازة لقوله عم خير صفوف النساء اخرها فان وقفت امراة بجنب رجل لم تفسد عليه صلاته لان الصلاة ادت بسبب المحاذاة
ثبتت بالنص بخلاف القياس ٥ ● وانما ورد النص به في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة ولهذا لا وضوء على من قهقه فيها بخلاف ٥
سائر الصلوات ٥ ● قال وان صلوا قعودا او ركبانا في القياس يجزيهم لانها دعاء في الحقيقة ولان ركن القيام معتبر بساير الاركان ٥
كالقراءة والركوع والسجود ● وفي الاستحسان عليهم الاعادة لان فيها شيين التكبير والقيام فكما ان ترك التكبير يمنع الاعتداد فكذلك
ترك القيام والقيام هاهنا كوضع الجبهة والانف في السجدة التلاوة فكما لا تتادى السجدة الا بها فكذلك هنا ● قال ولو مات
رجل في سفره ومعه نساء ليس معهن رجل فان كان فيهن امراته غسلته لان ابا بكر رضي الله عنه اوصى الى امراته اسما ان تغسله ٥
وهكذا ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ٥ ● وقالت عايشة رضي الله عنها لو استقبلنا من امرنا ما استدبرنا ما غسل رسول
عليه السلام الا نساوه ولان النكاح بينهما قايم ايضا ما لم تنقض العدة فان الموت يحول الملك ومال النكاح لا يحتمل التحول
الى الورثة فيبقى موقوفا ايضا على الزوال بانقضاء العدة كما بعد الطلاق الرجعي ولو ارتفع النكاح بالموت فانما ارتفع الى خلف
ولو ارتفع النكاح بالعدة فانما ارتفع الى الخلف وهي العدة وهذه العدة من النكاح فتقوم مقام حقيقته في ابقاء حل المس والنظر ٥

قال فان كان فيهن ام ولد له لم تغسله في قول ابي حنيفة الاخير وفي قوله الاول لها ان تغسله وهو قول زفر لانها معتدة منه من فراش صحيح كالمنكوحة
وجه قوله الاخر انها عتقت بالموت فصارت اجنبية منه ووجوب العدة عليها بطريق الاستبرا ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة فلا
باعتباره حل المس والنظر كالعدة من نكاح فاسد ٥ ● قال فان كان فيهن امراة قد بانت منه في حيوته لم تغسله سواء كانت البينونة
بطلاق او بغير طلاق لان النكاح قد ارتفع في حال الحيوة والعدة الواجبة عليها بطريق الاستبرا ولهذا يقدر بالاقراء وكذلك
لو ارتدت قبل موته ثم اسلمت بعد موته وان ارتدت بعد موته ثم اسلمت لم تغسله عندنا خلافا لزفر لان الردة بعد الموت لا ترفع النكاح
فقد ارتفع بالموت بخلاف الردة في حالة الحياة ولكنا نقول النكاح كالقايم على احدى الطريقين فارتفع بالردة على الطريق الاخر
فقد بقي المس والنظر وعلى هذا لو طاوعت ابن زوجها بعد موته او وطيت بشبهة فوجب عليها العدة لم تغسله عندنا خلافا لزفر
ولو مات الزوج وهي معتدة من وطي بشبهة فانقضت عدتها لم تغسله عندنا لانه لم يثبت حل الغسل عند الموت لها فلا يثبت بعده
خلافا لابي ● وكذلك لو كانت اختها فانقضت عدتها بعد موته فهو على هذا الخلاف وكذلك المجوسية اذا اسلمت بعد موت
زوجها المسلم لم تغسله وقال الشافعي لها ان تغسله لان ملكه فيها يبقى حكما لحاجته الى من يغسله ● ولنا انها قد انتقلت الى الوارث
وصارت كسائر اماته وهذا لان حل المس يعتمد ملك المتعة لا ملك المالية وملك المتعة في الامة تبع فلا يبقى بقاؤها لم يبق بحول
ما هو الاصل وهو ملك الرقبة الى الوارث وكذلك ان كان فيهن احد من ذوات محارمه لان المحرم في حكم النظر الى العورة كالاجنبية
فكما لا تغسله الاجنبية فكذلك ذوات محارمه ولكن ييممنه لانه تعذر غسله لانعدام من يغسله فصار كتعذر غسله لانعدام ٥
ما يغسل به وان كان من يممه محرما يممه بغير خرقة لانه حل لها مس هذين العضوين في حياته فكذلك بعد وفاته فان كانت اجنبية يممته
بخرقة تلفها على كفها لانه لم يكن لها ان تمسه في حيوته فكذلك بعد وفاته ثم يصلين عليه وتقوم الامام منهن وسطهن كما هو الحكم في جماعة
وان كان معهن رجل كافر علمنه غسل الميت ليغسله لان نظر الجنس الى الجنس اخف وان لم يكن بينهما موافقة في الدين الا ترى ان المسلم
قرابته من الكفار ولو ماتت المراة بين الرجال وفيهم زوجها لم يكن له ان يغسلها عندنا وقال الشافعي له ذلك لحديث عايشة رضي الله عنها
دخل عليها وهي تقول وا راساه فقال وانا وا راساه لا عليك انك لو مت غسلتك وكفنتك وصليت عليك وما جاز لرسول الله يجوز
لامته الا ما قام عليه دليل وان عليا رض غسل فاطمة بعد موتها ولان النكاح انتهى بينهما بالموت فيبقى فيما بينهما حل الغسل ٥
كالرجل اذا مات وهذا لان المنتهي متقرر في حق احكامه نحو الارث وغيره لان الملك جعل كالقايم لحاجة الميت منهما الى الغسل وملك
الحل مشترك بينهما ● ولنا حديث ابن عباس رض ان رسول الله عم سئل عن امراة تموت بين رجال فقال تيمم الصعيد ولم يفصل ان كان
فيهم زوجها او لا يكون والمعنى فيه ان النكاح بموتها انتهى بجميع علايقه فلا يبقى حل النظر والمس كما لو طلقها قبل الدخول وبيان
الوصف انها بالموت صارت محرمة البنت والحرمة تنافي النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج ان يتزوج باختها واربع سواها بخلاف
ما اذا مات الزوج ثم الزوج بالنكاح مالك والمراة مملوكة فبعد موتها لا يبقى الملك مع فوات المحل ومعنى قوله عم غسلتك
كما يقال بنى فلان دارا وان لم يكن هو بانيا وحديث علي رض فقد ورد ان فاطمة غسلتها ام ايمن ولو ثبت ان عليا رض غسلها فقد انكر عليه
ابن مسعود حتى قال له علي اما علمت ان رسول الله عم قال لفاطمة زوجتك في الدنيا والاخرة فادعاه الخصوصية دليل على انه كان معروفا
بينهم ان الرجل لا يغسل زوجته وقد قال عم كل سبب ونسب ينقطع بالموت الا سببي ونسبي فهذا دليل الخصوصية في حقه وفي حق
علي رض ايضا لان نكاحه كان من اسباب رسول الله عم واذا لم تغسل يممها فان كان من يممها محرما لها يممها بغير خرقة وان كان اجنبيا يممها بخرقة
يلفها على كفه ويعرض وجهه عن ذراعيها دون وجهها لانه في حال حيوتها ما كان للاجنبي ان ينظر الى ذراعيها فكذلك بعد الموت
وان كان معهم امراة كافرة علموها غسل الميت ليغسلها ثم يصلي عليها الرجال لما بينا ● قال وتكفن المراة في خمسة اثواب والرجل
في ثلثة اثواب هكذا قال علي رض كفن المراة خمسة اثواب وكفن الرجل ثلاثة اثواب ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ولان حال كل واحد
منهما بعد الموت معتبر بحالة الحياة والرجل في حياته يخرج في ثلاثة اثواب عادة قميص وسراويل وعمامة والمراة في خمسة اثواب ٥
درع وخمار وازار وملاءة ونقاب فكذلك عند الموت لان مبني حالها على الستر فيزاد كفنها على كفن الرجل ويعتبر الاثواب الخمسة درع
وخمار وازار ولفافة وخرقة تربط فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن حتى لا ينتشر عليها الكفن اذا حملت على السرير وقال زفر
تربط الخرقة على فخذيها لئلا تضطرب اذا حملت على السرير ويوضع الحنوط منها موضعه من الرجال ولا يسدل شعرها خلف ظهرها ولكنها
تسدل بين ثدييها من الجانبين جميعا لان سدل الشعر خلف ظهرها في حالة الحياة كان لمنع الزينة وقد انقطع ذلك بالوفاة ثم يسدل
الخمار عليها كهيئة المقنعة فوق الدرع تحت الازار وان كفنت المراة في ثوبين وخمار ولم يكن في درع جاز ذلك لان معنى الستر في حالة

يجعل ثلاثة اثواب حتى يجوز لها ان تصلي فيها وتخرج فكذلك بعد الموت ۞ قال والخلق والجديد سوا لحديث ابي بكر رض قال
اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما فانهما للمهل والصديد وان الحي احوج من الميت الى الجديد ۞ قال والبرود والبياض كل ذلك حسن لحديث
جابر ان النبي عم قال احب الثياب الى الله تعالى البياض فليلبسها احياكم وكفنوا فيها موتاكم وقال عم حسنوا اكفان الموتى فانهم يتزاورون
فيما بينهم ويتفاخرون بحسن اكفانهم ۞ والحاصل ان ما يجوز لكل جنس ان يلبسه في حياته يجوز ان يكفن فيه بعد موته والسنة في كفن الرجل
ثلثة اثواب لما روي ان النبي عم كفن في برد وحلة والحلة اسم للزوج من الثياب ۞ وقالت عايشة رض كفن رسول الله عم في ثلاثة اثواب
بيض سحولية ۞ قال وادنى ما يكفن فيه في حالة الاختيار ثوبان لانه يجوز له ان يخرج ويصلي فيهما من غير كراهة فكذلك يكفن فيهما قال
فان كفنوه في واحد فقد اساوا الا في حالة لانه في حال حياته يجوز صلاته في ازار واحد مع الكراهة فكذلك بعد الموت يكره ان يكفن فيه الا عند الضرورة
بان كان لا يوجد غيره لان مصعب بن عمير لما استشهد كفن في نمرة فكان اذا غطي بها راسه بدت رجلاه واذا غطي بها رجلاه بدا راسه
ويجعل على رجليه الاذخر وكذلك حمزة رض كفن في ثوب واحد لم يوجد له غيره فدل ان عند الضرورة يجوز هذا ۞ قال والغلام المراهق
كالرجل يكفن فيما يكفن فيه الرجل فاما الطفل الذي لم يتكلم فان كفن في خرقتين ازار ورداء فحسن وان كفن في ازار واحد جاز لانه في حال حياته
كان يجوز الاقتصار على ثوب واحد في حقه فكذلك بعد الموت ۞ قال وتغسل المراة الصبي الذي لم يتكلم لانه ليس لعورته حكم العورة
حتى لا يحتسبون في حال حياته ويجوز النظر اليه ۞ قال قوم صلوا على ميت قبل ان يغسل قال تعاد الصلاة بعد الغسل لان الطهارة
في حقه معتبرة للصلاة عليه كما هو معتبر في حق من يصلي عليه ولو صلى بغير طهارة على جنازة اعادها بعد الطهارة فكذا هذا وكذلك
لو غسلوه وبقي عضو من اعضايه او لمعة فان كان قد لف في كفنه وقد بقي عضو لم يصبه الما يخرج من الكفن فيغسل ذلك العضو بالاتفاق
وان كان الباقي شي يسير كالاصبع ونحوه فكذلك عند محمد لان الاصبع في حكم العضو بدليل اغتسال الحي ۞ وقال ابو يوسف لا يخرج
من الكفن لانه لا يتيقن بعدم وصول الما الى ذلك القدر فلعله اسرع عليه الجفاف لقلته وهذا الخلاف في نوادر ابي سليمن قال
فان كانوا قد دفنوه لم ينبش عنه القبر لما بينا انه قد خرج من ايديهم فسقط فرض غسله عنهم ثم يصلي على قبره لان الصلاة الاولى
لم تصح فكانهم دفنوه قبل الصلاة عليه ۞ قال ميت وضع في لحده لغير القبلة او على شقه الايسر او جعل راسه في موضع
رجليه قال لا ينبش عنه قبره لان وضعه الى القبلة سنة وقد تم خروجه من ايديهم بعد ما اهالوا عليه التراب وان وضعوا عليه اللبن
فلا يجوز نبشه فان وضع اللبن فلم يهل التراب عليه فانه ينزع اللبن ويوضع كما ينبغي ويغسل ان لم يكن غسل لانه لم يتم خروجه
من ايديهم بعد فرفع اللبن من بين ايديهم بعد الوضع متيسر لا يحتاج فيه الى حفر بخلاف الاول ۞ قال وان سقط شي من متاع القوم
في القبر فلا باس بان يحفروا التراب في ذلك الموضع ليخرجوا متاعهم من غير ان ينبش الميت لان لمال المسلم حرمة وقد نهى رسول الله عم
عن اضاعة المال وقد صح في الحديث ان المغيرة بن شعبة رض سقط خاتمه في قبر رسول الله عليه السلام فما زال بالصحابة
حتى رفع اللبن واخذ خاتمه وقبل بين عيني رسول الله عم ۞ قال ويكره ان يجعل على اللحد فوق الخشب لان ذلك يستعمل في الابنية
للزينة او لاحكام الدنيا وقد بينا انه لا باس بذلك في ديارنا لرخاوة الاراضي والله اعلم

باب صلاة الكسوف

والاصل فيه حديث ابن مسعود الانصاري رض قال انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ابن رسول الله عم فقال الناس انما انكسفت
الشمس لاجله فقال عم انما الشمس والقمر ايتان من ايات الله تعالى لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رايتم شيا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلاة ۞ وفي حديث ابي موسى قال انكسفت الشمس فخرج رسول الله عم فزعا يخشى ان تكون الساعة حتى اتى المسجد فصلى
ثم قال ان هذه الايات لا ترسل لموت احد ولكن يرسلها الله يخوف بها عباده فاذا رايتموها فاذكروا الله تعالى واستغفروه ثم الصلاة
في الكسوف ركعتان كساير الصلوات عندنا كل ركعة بركوع وسجدتين وقال الشافعي كل ركعة بركوعين وسجودين لحديث عايشة وابن عباس
رض ان النبي عم صلى في كسوف الشمس ركعتان باربع ركوعات واربع سجدات ۞ ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وابي بكرة
وسمرة بن جندب بالفاظ مختلفة ان النبي عم صلى في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلاة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها وفي بعض
وفي الكتاب ذكر حديث ابراهيم ان النبي عم صلى ركعتين في الكسوف ثم كان الدعا حتى تجلت وهو كما تقدم في باب الاخبار فانما يعتمد على ما
هو الصحيح انها كساير الصلوات ولو جاز الاخذ بما روت عايشة وابن عباس لجاز الاخذ بما روى جابر ان النبي عم صلى في الكسوف
ركعتين بست ركوعات وست سجدات وقال علي صلى رسول الله في الكسوف ركعتين بثمان ركوعات واربع سجدات وبالاجماع هذا غير ماخوذ به

لانه

لانه مخالف للمعهود فكذلك ما روت عايشة وابن عباس وتاويل ذلك ان النبي عم طول الركوع فيها فانه عرض عليه الجنة والنار
في تلك الصلاة فمل بعض القوم فرفعوا روسهم وظن من خلفهم ان النبي عم رفع راسه فرفعوا روسهم ثم عادوا الصف المتقدم الى الركوع
اتباعا لرسول الله عم فركع من خلفهم ايضا وهو انه ركوعين في كل ركعة ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان اخر هذه الصفوف
وعايشة كانت واقفة في صف النساء وابن عباس في صف الصبيان في ذلك الوقت فلهذا كان نقلا كما وقع عندهما ولو كان هذا صحيحا
لكان امرا خلاف المعهود فينقلها الكبار من الصحابة الذين كانوا يلون رسول الله عم وحيث لم يروها احد منهم دل ان الامر كما قلنا
ثم هذه الصلاة لا يقيمها بالجماعة الا الامام الذي يصلي بالناس في العيدين فاما ان يصلي كل فريق في مسجدهم فلا لانه اقامها
رسول الله عم فانما يقيمها الان من هو قايم مقامه وان لم يقمها الا ان صلى الناس فرادى ان شاوا ركعتين وان شاوا اربعا لان هذا
والاصل في التطوع اداوها فرادى ان شاء وان شاوا اربعا لان هذا تطوع والاصل في التطوع اداوها فرادى وذلك افضل
ثم ان شاوا اطولوا القراة وان شاوا اقصروا ثم اشتغلوا بالدعا حتى تنجلي الشمس فان عليهم الاشتغال بالتضرع الى ان تنجلي
وذلك بالدعاء تارة وبالقراة اخرى وقد صح في الحديث ان قيام رسول الله في الركعة الاولى كان بقدر سورة البقرة وفي الثانية
بقدر سورة ال عمران فعلى الاصل ان يطول القراة فاما في خسوف القمر فالصلاة حسنة وكذلك في الظلمة والريح والفزع لقوله عم
اذا رايتم شيا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة وعاب اهل الادب على محمد في هذا اللفظ وقالوا انما تستعمل في القمر لفظة الخسوف
قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر ۞ لكنا نقول الخسوف ذهاب دايرته والكسوف ذهاب ضوءه دون دايرته فانما
اراد محمد هذا النوع بذكر الكسوف ثم الصلاة فيها فرادى لا بجماعة لان كسوف القمر بالليل فيشق على الناس الاجتماع وربما يخاف
الفتنة ولم ينقل ان النبي عم صلى فيها بالجماعة والاصل في التطوعات ترك الجماعة فيها ما خلا قيام رمضان لاتفاق الصحابة عليه
وكسوف الشمس لورود الاثر به الا ترى ان ما يودى بالجماعة من الصلوات يوذن لها ويقام ولا يوذن للتطوعات ولا يقام فدل انها لا تودى
بالجماعة ۞ قال ولا يجهر بالقراة في صلاة الجماعة في كسوف الشمس في قول ابي حنيفة ويجهر بها في قول ابي يوسف وقول محمد مضطرب
وجه قول ابي يوسف حديث علي رض انه جهر بالقراة في صلاة الكسوف ولانها صلاة مخصوصة تقام بجمع عظيم فيجهر فيها بالقراة
كالجمعة والعيدين ۞ وجه قول ابي حنيفة حديث ابن عباس وسمرة ابن جندب ان النبي عم لم نسمع منه حرفا من قراته في صلاة
الكسوف ولانها صلاة النهار وفي الحديث صلاة النهار عجما اي ليس فيها قراة مسموعة ۞ وتاويل حديث ابن عباس وسمرة بن جندب
علي رض انه وقع اتفاقا او تعليما للناس ان القراة فيها مشروعة ثم قال ولا تصلى في الكسوف في الاوقات الثلاثة التي تكره فيها الصلاة لانها
تطوع كساير التطوعات والله اعلم ۞ قال ولا صلاة في الاستسقا انما فيها الدعا في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
يصلي فيها ركعتين بجماعة كصلاة العيد الا انه ليس فيها تكبيرات كتكبيرات العيد وهو رواية بشر بن غياث عن ابي يوسف وقال الشافعي
فيها تكبيرات كتكبيرات العيد لحديث ابن عباس رض ان النبي عم صلى فيها ركعتين كصلاة العيد ولابي حنيفة قوله تعالى واستغفروا ربكم
انه كان غفارا يرسل السما عليكم مدرارا ۞ وفي حديث انس رض ان الاعرابي لما سال رسول الله ان يستسقي وهو على المنبر رفع يديه
يدعو فلما نزل عن المنبر حتى نشات سحابة فمطرنا الى الجمعة القابلة الحديث وان عمر خرج على الاستسقا فما زاد على الدعا فلما قيل له
في ذلك قال لقد استسقيت لكم بمجاديح السما التي يستنزل بها المطر وروي انه خرج بالعباس فاجلسه على المنبر ووقف بجنبه يدعو
ويقول اللهم انا نتوسل اليك بعم نبيك عم ودعا بدعاء طويل فما نزل عن المنبر حتى سقوا فدل ان الاستسقا الدعاء والاستغفار
والاثر الذي نقل انه صلى فيها رسول الله شاذ فيما تعم به البلوى وما يحتاج الخاص والعام الى معرفته لا يقبل فيه الشاذ وهذا مما تعم به البلوى
في ديارهم ثم عند محمد رح يخطب الامام بعد الصلاة نحو الخطبة في صلاة العيد وعن ابي يوسف انه يخطب خطبة واحدة لان المقصود
الدعا فلا يقطعهما بالجلسة وقد ورد بكل واحد منهما اثر عن رسول الله عم وكان الزهري يخطب قبل الصلاة وهو قول ابي
وقد ورد به حديث لكنه شاذ فاذا مضى شطر من خطبته قلب رداه وصفته ان كان مربعا جعل اعلاه اسفله وان كان مدورا جعل
الجانب الايمن على الجانب الايسر وقد ورد به حديث ان النبي عم فعله ولا معنى له سوى انه يتفال بتغيير الهيئة لتغير الهوا ولا باس بان يعتمد
في خطبته على عصا وان يتنكب قوسا به ورد الاثر وهذا لان خطبته تطول فيستعين بالاعتماد على عصا وان قلب الامام رداه لم يقلب
الناس ارديتهم الا على قول مالك ۞ وقد روي ان الناس فعلوا ذلك حين فعله رسول الله عم ولم ينكر عليهم فهو حجة مالك
وتاويله انهم اقتدوا به على ظن انها سنة كما خلعوا نعالهم حين خلع نعليه في الصلاة ولم يامرهم به رسول الله عم وما يكون من هيئة
الخطبة ياتي به الخطيب دون القوم كالقيام وعن ابي يوسف قال ان شاء رفع يديه في الدعاء وان شاء اشار باصبعيه لان رفع اليد

عند الدعاء سنة جاء في الحديث ان النبي عم كان يدعو بعرفات باسطا يديه كالمستطعم المسكين وانما يخرجون في الاستسقاء ثلاثة ايام لم ينقل
اكثر من ذلك ولا يخرجون المنبر فيها كما بينا في صلاة العيد قال ولا يخرج اهل الذمة في الاستسقاء وقال اما لنا ان نخرجوا لم يمنعوا من ذلك
وقد ورد به اثر انهم خرجوا في عهد بعض الخلفاء مع المسلمين فلم يمنعوا من ذلك ، ولكنا نقول انما يخرج الناس للدعاء وما دعاء الكافرين الا
في ضلال ولانهم بالخروج يستنزلون الرحمة وانما ينزل على الكافر اللعن والسخط وقد امر رسول الله عم بتبعيد المشركين بقوله انا بري
من كل مسلم مع مشرك لا تراءى ناراهما فلهذا لا يمكنون من الخروج مع المسلمين ، قال ولا يصعد القوم لخطبة الامام لانه يعظهم فيها
وفائدة الوعظ انما تظهر بالانصات وليس فيها اذان ولا اقامة اما عند ابي حنيفة لا يشكل لانه ليس فيها صلاة الجماعة انما فيها
الدعاء فان شاوا صلوا فرادى وذلك في معنى الدعاء وعند محمد رحمه الله فيها صلاة بالجماعة لكنها تطوع كصلاة العيد وليس فيها
اذان ولا اقامة والله اعلم

باب الصلاة بمكة

قال واذا صلى الامام بالناس في المسجد الحرام وقف في مقام ابراهيم وتحلق الناس حول الكعبة يقتدون به فيجزيهم به جرى التوارث
من لدن رسول الله الى يومنا هذا ، والاصل فيه قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام والقوم كلهم قد استقبلوا القبلة وواحد منهم
لم يتقدم على الامام في مقامه فيجزيهم الا من كان ظهره الى وجه الامام او كان مستقبلا الجهة التي استقبلها الامام وهو اقرب الى الحائط من الكعبة
من الامام فهذا متقدم على الامام فلا يصح اقتداؤه به فان وقفت امراة بحذاء الامام تقتدي به وقد نوى امامتها فان استقبلت الجهة
التي استقبلها الامام فصلاة الامام والقوم فاسدة لوجود المحاذاة في صلاة مشتركة وان استقبلت الجهة الاخرى لم تفسد
صلاة الامام وانما تفسد صلاة ثلثة نفر من عن يمينها ومن عن يسارها ومن خلفها بحذاها لوجود المحاذاة في حقهم فانهم يستقبلون الجهة
التي استقبلت هي وان كانوا يصلون فرادى لم تفسد صلاة احد بالمحاذاة وقد بينا هذا فيما سبق ، قال وان كانت الكعبة تنهدم وقد نظر
في العبارة في هذا اللفظ لانه كره اطلاق لفظ الانهدام على الكعبة وبهذا اللفظ يتبين هذا المقصود فاذا تحلق الناس حول الكعبة
وصلوا هكذا اجازت صلاتهم عندنا ، وقال الشافعي ان لم يكن في تلك البقعة شي موضوع لا يجزيهم لان عنده القبلة هي البنا
فاما عندنا القبلة هي الكعبة سواء كان هناك البناء او لم يكن الا ترى ان البنا ينقل الى موضع اخر فلا يكون قبلة وقد رفع البنا في عهد
ابن الزبير حتى بنى البيت على قواعد الخليل صلوات الله عليه وفي عهد الحجاج حتى اعاده الى ما كان عليه في الجاهلية وكان يجوز الصلاة للناس
وان لم يكن هناك بنا الا انه يكره الصورة اتخاذ السترة لما فيه من استقبال الطلول وقد نهى رسول الله عم عن ذلك في الصلاة
وان ابن عباس في عهد ابن الزبير امر بتعليق الانطاع في تلك البقعة وانما امر بذلك ليكون بمنزلة السترة لهم ، قال فان صلوا
في جوف الكعبة فالمذهب عندنا انه يجوز اداء الصلاة في جوف الكعبة لانه ان كان مستقبلا جهة فهو مستدبر جهة اخرى والصلاة
مع استدبار القبلة لا يجوز فيوخذ بالاحتياط في المكتوبة وفي التطوع الامر واسع وقاس الصلاة بالطواف فان من طاف في جوف الكعبة
لا يجزيه طوافه ، ولنا ان الواجب عليه استقبال الجزء من الكعبة وقد استقبلها بيقين والفرض والنفل في وجوب القبلة سواء فاما الطواف
بالبيت لا فيه الا ترى ان الطواف في خارج المسجد لا يجوز بخلاف الصلاة وما اختلفت الرواة ان النبي عم صلى في الكعبة حين دخلها في
اسامة ترويانه لم يصل فيها ، وروى عمر رض انه صلى فيها ركعتين بين الساريتين المتقدمتين وبينه الى الحائط قدر ثلاثة اذرع فان كان في جوف
الكعبة والناس تحلقوا حولها كما ذكرنا اجزاهم وان كانوا في جوف الكعبة معه فصلاة الامام ومن وجهه الى ظهر الامام او الى يمين
الامام او الى يساره يجوز وكذلك من كان وجهه الى وجه الامام الا انه يكره استقبال الصورة وانما لا يجوز صلاة من ظهره الى وجه
الامام وصلاة من كان مستقبلا الجهة التي استقبلها الامام وهو اقرب الى الحائط من الامام لانه متقدم عليه وهذا بخلاف
ما اذا تحروا في ظلمة الليل واقتدوا بالامام انه لا يجوز صلاة من علم انه يخالف الامام في الجهة هناك لان عنده ان امامه غير مستقبل
القبلة فلا يصح اقتداؤه به وهاهنا كل جانب قبلة بيقين فهو لا يعتقد الخطا في صلاة امامه فجاز اقتداؤه به ومن صلى على سطح الكعبة
جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون بين يديه سترة بناء على اصله ان البناء معتبر في جواز التوجه
اليه للصلاة وعندنا القبلة هو الكعبة فسواء كان بين يديه سترة او لم يكن فهو مستقبل القبلة فسواء كان بين يديه سترة او لم يكن
فهو مستقبل القبلة وبالاتفاق من صلى على ابي قبيس جازت صلاته وليس بين يديه شي من بناء الكعبة فدل انه لا معتبر بالبناء
وبعض مشايخ بلخ قالوا بالاتفاق لو صلى على سطح الكعبة ووضع بين يديه اكافا تجوز صلاته ومن المحال ان يتعلق جواز الصلاة باستقبال الاكاف

الاكاف فدل انه معتبر بالبناء والله اعلم بالصواب

كتاب السجدات

قال الشيخ الامام رحمه الله مسايل هذا الكتاب مبنية على اصول قد بيناها في كتاب الصلاة منها ان زيادة ما دون الركعة قبل
اكمال الفريضة لا يكون مفسدا للصلاة بخلاف زيادة الركعة الكاملة وانما تتقيد الركعة بالسجدة وفي رواية عن محمد زيادة السجدة
الواحدة قبل اكمال الفريضة يفسدها ، ومنها ان الترتيب في افعال الصلاة واجبة فيما شرع مكررا لا يكون ركنا وتركها لا يفسد الصلاة
عمدا كان او سهوا ، ومنها ان المتروكة اذا قضيت التحقت بمحلها وصارت كالمؤداة في موضعها ، ومنها سلام السهو لا يفسد الصلاة
وان سجد في السهو يجب بتاخير ركن عن محله ويؤدى بعد السلام عندنا ، ومنها ان ما تردد بين الواجب والبدعة فعليه ان ياتي
احتياطا لانه لا وجه لترك الواجب وما تردد بين البدعة والسنة يتركها لان ترك البدعة لازم واداء السنة غير لازم ومنها
ان القعدة الاولى في ذوات الاربع او الثلاث من المكتوبات وقعدة الختم فريضة ، ومنها ان الصلاة اذا فسدت من وجه
يجب اعادتها وان كانت تصح من وجوه اخذا بالاحتياط في باب العبادات ، ومنها انك تنظر في تخريج هذه المسايل الى المتروكات
من السجدات والى الباقي منها فعلى الاقل منهما تخرج المسايل واذا لم هذه الاصول قد بيناها في كتاب الصلاة اذا عرفنا هذا فنقول
قال محمد في رجل صلى الغداة وترك منها سجدة قال يسجد تلك السجدة ويستوي ان ذكرها قبل السلام او بعدها لانه تبين انه سلم
وعليه ركن فلم يخرج به من الصلاة فيسجدها فان كانت متروكة من الركعة الاولى التحقت بمحلها وان كانت من الركعة الثانية فهي مؤداة
في محلها لان القعدة تنتقض بالعود اليها ياتي بعدها بقعدة الختم ويسلم ويسجد للسهو اما للتاخير ركن عن محله او لزيادة قعدة او السلام
ساهيا ولو ترك سجدتين يسجد سجدتين ويصلي ركعة لانه ان كان تركهما من الركعة الاخيرة فعليه سجدتان لا غير لانه ركع ثم قعد
قبل ان يسجدها ان كان تركهما من الركعة الاولى فعليه قضاء تلك الركعة لانه في الحقيقة ركع ركوعين ثم سجد سجدتين فكان مصليا ركعة
والمعتبر هو الركوع الاول ان كان بعد القراءة في اصح الروايتين كما بينا في كتاب الصلاة فاذا لم يتذكر انه كيف تركهما اخذنا بالاحتياط
فيسجد سجدتين ويصلي ركعة الا انه يبدا بالسجدتين لانه لو بدا بركعة فان الواجب عليه سجدتان فسدت صلاته لاشتغاله بالنفل
قبل اكمال الفريضة وان بدا بالسجدتين فان كان الواجب عليه قضاء ركعة لم تفسد صلاته لان زيادة السجدة والسجدتين قبل اكمال
الفريضة لا تفسد الفريضة فلهذا يبدا بالسجدتين وانما يتبين في هذه المسايل وجه الفساد لان الصلاة اذا فسدت من وجه واحد
يكفي ذلك لوجوب الاعادة فاذا سجد سجدتين فقعد بعدهما لا محالة لانه ان كان الواجب عليه سجدتان فقد تمت صلاته وقعدة الختم
فرض وان كان الواجب عليه ركعة كانت هذه القعدة بدعة وما تردد بين البدعة والفريضة يجب اداؤه ثم يقوم فيصلي ركعة
لجواز ان يكون الواجب عليه قضاء ركعة ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو فان قيل فلماذا لا يامره بركعة اخرى حتى لا يكون متنفلا
بركعة واحدة ان كان الواجب عليه سجدتين ، قلنا هذا يتردد بين التطوع والبدعة وقد بينا انه لا باس بمثله ولو فعله
كان متطوعا بعد الفجر قبل طلوع الشمس وذلك منهي عنه وكما يتوهم ان يكون متنفلا بركعة اذا سلم عليها يتوهم ذلك اذا اضاف اليها
ركعة اخرى لجواز ان الواجب عليه قضاء ركعة فلا معنى للاشتغال بهذا وان ترك ثلث سجدات فنقول هذا في الحقيقة ما سجد الا سجدة
واحدة وبالسجدة الواحدة لا يتقيد الا ركعة واحدة فعليه ان يسجد سجدة واحدة ليتم به ركعة ثم لا يقعد لانه يتيقن انه لم يتم صلاته
ولكنه يصلي ركعة ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو الا انه ينبغي ان ينوي بالسجدة قضاء المتروكة لجواز ان يكون انما اتى بسجدة بعد الركوع
الاول فاذا لم ينو بهذه السجدة القضاء تتقيد بها الركعة الثانية فاذا قام بعدها وصلى ركعة كان متنفلا بها قبل اكمال الفريضة
فتفسد صلاته فاذا نوى بها القضاء التحقت بمحلها وانتقض الركوع بالمؤدى بعدها لان ما دون الركعة يحتمل النقض فلهذا ينوي بها
القضاء فان تذكر انه ترك منها اربع سجدات فهذا ركع ركوعين ولم يسجد شيئا فعليه ان يسجد سجدتين ليتم ركعة ثم لا يقعد لكن يصلي ركعة
ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو ، قال رجل صلى الظهر اربع ركعات وترك منها سجدة قال يسجد تلك السجدة وعليه سجدتا السهو
لما بينا فان تذكر انه ترك منها سجدتين يسجد سجدتين ثم يصلي ركعة لانه ان كان تركهما من ركعتين او من الركعة الاخيرة فعليه سجدتان
وان تركهما من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه قضاء ركعة فاذا لم يعلم كيف تركهما اخذ بالاحتياط فيسجد سجدتين ثم يقعد بعدها
لجواز ان يكون قد تمت صلاته ثم قام فيصلي ركعة وان تذكر ترك ثلاث سجدات يسجد ثلاث سجدات ثم يصلي ركعة لانه ان كان تركها من ثلث
سجدات يسجد ثلث سجدات ثم يصلي ركعة لانه ان كان تركها من ثلث ركعات او سجدتين من الركعة الاخيرة فعليه ثلث سجدات وان ترك سجدتين من

من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه ركعة وسجدة فيبدا بالسجود احتياطا فيسجد ثلاث سجدات ثم يقعد لجواز ان صلاته قد تمت
ثم يقوم فيصلي ركعة وان كان ترك منها اربع سجدات يسجد اربع سجدات ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وبعدهما لان من وجه عليه اربع
سجدات فقط وهو ان يكون تركها من اربع ركعات وترك سجدتين من الركعة الاخيرة وسجدتين من ركعتين قبلها ومن وجه عليه سجدتان
وركعة وهو ان يكون ترك سجدتين من ركعة قبل الركعة الاخيرة وسجدتين من ركعتين ومن وجه عليه قضاء ركعتين وهو ان يكون تركها
من ركعتين قبل الركعة الاخيرة فناخذ بالاحتياط ونبدا فيسجد اربع سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول
ثم يصلي ركعة ويقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الثاني ثم يصلي ركعة اخرى لاحتمال الوجه الثالث ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو ۵
قال وان ترك خمس سجدات فنقول الماتي به هاهنا اقل فيبنى التخريج عليها فنقول انما اتى بثلاث سجدات فان كان اتى بها في ثلاث ركعات
فعليه قضاء ثلاث سجدات وركعة وان كان اتى بسجدتين في ركعة فعليه قضاء سجدة وركعتين فناخذ بالاحتياط فيسجد ثلث سجدات ثم لا يقعد
لان هذه القعدة تتردد بين السنة والبدعة فانه ان تم له ركعتان فالقعدة سنة وان تم له ثلث ركعات فالقعدة بدعة فلا يقعد لكنه يصلي
ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة اخرى لاحتمال الوجه الثاني وان ترك منها ست سجدات فانما اتى بسجدتين
فان كان اتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعتان وان اتى بهما في ركعة فعليه ثلث ركعات فيحتاط فيسجد سجدتين ثم لا يقعد ولكنه يقوم فيصلي
ركعتين ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة اخرى لاحتمال الوجه الثاني ثم يتشهد ويسلم ۵ قال فان ترك منها
سبع سجدات فهذا ما اتى الا بسجدة واحدة وبالسجدة لا تتقيد الا ركعة فيسجد سجدة اخرى ثم يقوم فيصلي ركعة ثم يقعد وبعده
لانها القعدة الاولى من ذوات الاربع ثم يصلي ركعتين ويسجد للسهو فان ترك منها ثمان سجدات فهذا ترك اربع ركوعات ولم يسجد شيا ۵
فيسجد سجدتين فيتم بها ركعة ثم يصلي ثلاث ركعات وكذلك الجواب في العصر والعشا ۵ قال رجل صلى المغرب ثلاث ركعات وترك منها سجدة ۵
قال يسجد تلك السجدة ويتشهد ويسلم ويسجد للسهو كما بينا فان ترك سجدتين يسجد سجدتين ثم يصلي ركعة لانه ان تركهما في ركعتين او من الركعة
الاخيرة فعليه سجدتان وان تركهما من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه ركعة فيسجد اولا سجدتين احتياطا ثم يقعد لان صلاته
قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يقوم فيصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني ثم يسجد للسهو بعد السلام فان ترك منها ثلاث سجدات
فعليه ان يسجد ثلث سجدات ثم يصلي ركعة لانه ان تركها من ثلاث ركعات او سجدتين من الركعة الاخيرة فعليه ثلاث سجدات وان ترك سجدتين
من ركعة قبل الركعة الاخيرة وسجدة من ركعة فعليه قضاء ركعة وسجدة فيحتاط فيسجد اولا ثلاث سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت
باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني ۵ قال فان ترك منها اربع سجدات فهذا انما اتى بسجدتين فان اتى بهما في ركعتين
فعليه قضاء ركعتين فيبدا فيسجد سجدتين ولا ثم لا يقعد ولكنه يصلي ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة
لاحتمال الوجه ۵ قال فان ترك منها خمس سجدات فانما سجد سجدة واحدة وبالسجدة الواحدة لا تتقيد الا ركعة فيسجد سجدة ليتم بها
ركعة ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وهذه القعدة سنة ويقعد بعدهما وهي قعدة الختم فان ترك منها ست سجدات فهذا ترك ثلاث ركوعات
ولم يسجد شيا فيسجد سجدتين ثم يقوم فيصلي ركعتين ۵ قال رجل صلى الغداة ثلث ركعات ولم يقعد في الثانية فصلاته فاسدة لانه
ادى ركعة كاملة قبل اكمال الفريضة فان القعدة من اركان الصلاة وهو لم يقعد في الثانية فان تذكر انه ترك منها سجدة لم يرتفع الفساد ۵
لانه لا يخرج بهذا من ان يكون مصليا ثلث ركعات فالركعة تتقيد بسجدة واحدة وكذلك ان ترك منها سجدتين وثلث سجدات لا يرتفع الفساد
لجواز ان يكون انما ترك من كل ركعة سجدة فيكون مصليا الركعة الثالثة قبل اكمال الفريضة وهذا هو الاصل في هذا الجنس من المسايل ان المتروك
من السجدات اذا كانت اقل من الماتي بها ومثل الماتي بها او مثل الماتي بها لا يرتفع الفساد وان كان الماتي بها اقل فالان يرتفع الفساد حتى اذا تذكر
انه ترك منها اربع سجدات فهذا انما اتى بسجدتين ولا تتقيد بسجدتين الا ركعتان وقد تيقنا انه غير مصلي الركعة الثالثة فلهذا يرتفع الفساد
ثم يسجد سجدتين ويصلي ركعة لان من وجه عليه سجدتان وهو ان يكون اتى بهما في ركعتين ومن وجه عليه ركعة فيسجد سجدتين ثم يقعد لان صلاته
قد تمت من وجه ثم يقوم فيصلي ركعة ۵ قال وان كان ترك خمس سجدات فهذا ما سجد الا سجدة واحدة فيسجد سجدة اخرى ثم يصلي ركعة ثم يسجد
للسهو وهذا كله اذا كان قد صلى الركعة الثالثة وان كان تذكر في ركوع الركعة الثالثة او ما رفع راسه منها قبل ان يسجد لم تفسد صلاته لانه
انما زاد ما دون الركعة وزيادة ما دون الركعة قبل اكمال الفريضة لا تفسد صلاته ۵ قال رجل صلى الظهر ستة ركعات وترك منها سجدة
فصلاته فاسدة لانه زاد ركعة كاملة قبل اكمال الفريضة وكذلك لو ترك منها سجدتين او ثلثا او اربعا او خمسا لم يرتفع الفساد لجواز ان يكون
ترك خمس سجدات من خمس ركعات ۵ فان قيل اذا تذكر انه ترك منها سجدتين لماذا يجعلهما تاركا السجدتين انه هو خطا وهو الركعة الاخيرة
حتى يرتفع الفساد قلنا وان جعلناه كذلك لا يرتفع الفساد لاحتمال انه تركهما من ركعتين والصلاة متى فسدت من وجه واحد يحكم

لوجوب

لوجوب الاحتياط فان تذكر انه ترك منها ست سجدات فقد ارتفع الفساد لانه ما اتى الا باربع سجدات فتيقن بانه لم يصل اكثر من اربع ركعات
ثم وجه الاتمام ان نقول من وجه عليه قضاء اربع سجدات وهو ان يكون سجد سجدتين في كل ركعة سجدة ومن وجه عليه قضاء ركعتين وهو ان يكون
سجد اربعا في ركعتين فيحتاط فيسجد اولا اربع سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الثاني ثم يصلي ركعة لاحتمال الوجه الثالث
فان ترك منها سبع سجدات فانما اتى بثلاث سجدات فان كان اتى بها في ثلاث ركعات فعليه ثلث سجدات وركعة وان كان اتى بهما في ركعتين فعليه
سجدتان وركعتان وان كان اتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعتان وان كان اتى بهما في ركعة فعليه ثلث ركعات فيسجد اولا سجدتين ثم يصلي
ركعتين ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة اخرى لاحتمال الوجه الثاني فان ترك منها تسع سجدات فانما اتى
بسجدة واحدة فيسجد سجدة ليتم ركعة ثم يصلي ركعة ثم يقعد وهذه القعدة سنة ثم يصلي ركعتين ويقعد لختم صلاته فان ترك منها عشر
سجدات فهذا قد ترك خمس ركوعات ولم يسجد شيا فيسجد سجدتين ثم يصلي ثلث ركعات ولم يسجد شيا فيسجد سجدتين ثم يصلي ثلث
ويسجد للسهو وكذلك الجواب في العصر والعشاء فان صلى المغرب اربع ركعات فصلاته فاسدة لانه لم يقعد في الركعة الثانية
حتى صلى بعدها ركعة كاملة فان تذكر انه ترك منها سجدة او سجدتين وثلاثا او اربعا لم يرتفع الفساد لجواز انه ترك من كل ركعة سجدة ۵
فلا يخرج من ان يكون مصليا اربع ركعات فان تذكر انه ترك منها خمس سجدات فقد ارتفع الفساد بيقين لانه ما سجد الا ثلث سجدات
فلا يتقيد بها الا ثلث ركعات فيتيقن انه غير مصلي اربع ركعات ثم ان كان اتى بثلاث سجدات في ثلث ركعات فعليه ثلث سجدات ۵
وان كان اتى بسجدتين في ركعة وسجدة في ركعة فعليه سجدة وركعة فيحتاط فيسجد اولا ثلث سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت
باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة اخرى لاحتمال الوجه الثاني وان تذكر انه ترك منها ست سجدات فهو ما اتى الا بسجدتين فان كان
اتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعة وان اتى بهما في ركعة فعليه ركعتان فيسجد سجدتين ثم لا يقعد ولكنه يصلي ركعة ثم يقعد
لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة الاخرى لاحتمال الوجه الثاني فان تذكر انه ترك منها سبع سجدات
فهذا ما سجد الا سجدة واحدة فيسجد سجدة ليتم ركعة ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وهذه القعدة سنة ويقعد بعدهما وهي قعدة الختم ۵
وان تذكر انه ترك ثمان سجدات فهذا ترك اربع ركوعات ولم يسجد شيا فيسجد سجدتين ليتم ركعة ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وهذه
القعدة سنة وبعدهما وبعدهما وهي قعدة الختم ۵ قال رجل افتتح الصلاة خلف الامام ثم نام حتى صلى الامام اربع ركعات
وترك من كل ركعة سجدة وانتبه النايم فاحدث الامام وقدمه قال لا ينبغي له ان يتقدم لان المقصود من الاستخلاف اتمام صلاة
الامام وغيره اقدر على هذا الاتمام منه فانه لاحق حين ادرك اول الصلاة فعليه ان يبدا بالاول فالاول فلهذا لا ينبغي له ان يتقدم
فان تقدم جاز لان صحة الاستخلاف تعتمد المشاركة بينه وبين الامام في الصلاة وهذا شريكه فيها فيبدا فيصلي الاولى ويسجد
ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء هذه السجدة من هذه الركعة مع الامام ثم يقوم فيصلي ركعة بسجدة من غير ان يصلي القوم معه
لانهم قد ادوا هذه الركعة ثم يسجد السجدة من هذه الركعة ركعة بسجدة من غير ان يصلي القوم معه لانهم قد ادوا هذه الركعة ۵
ثم يسجد تلك السجدة التي تركها الامام من الركعة الثانية ويسجد القوم معه لان عليهم قضا هذه السجدة مع الامام ثم يقوم فيصلي
الركعة الثالثة بسجدة من غير ان يصلي القوم معه لانهم قد ادوا هذه الركعة ثم يسجد السجدة الثانية من هذه الركعة ويسجد القوم
لان عليهم قضا هذه السجدة من الركعة الثالثة مع الامام ثم يقوم فيصلي الركعة الرابعة ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء
هذه السجدة من هذه الركعة مع الامام ثم يتشهد ويسجد للسهو ويسجد القوم معه لانه خليفة الامام الاول وقد كان على الاول
سجود السهو فعليه ان ياتي بها ۵ يقول في الكتاب ما تفسد عليه صلاته قال ولماذا تفسد قلت لان الامام يصير مؤتما للقوم
ومن غير امام وهذا قبيح ولو كان هذا في ركعة استحسنا ان اجيزه فقد اشار الى ان هذه الواقعة تفسد الصلاة في القياس لانه
فيما يشتغل به من الاتمام ليس بامام للقوم لانهم قد فرغوا منها فلم يبق لهم امام في المسجد فتفسد صلاتهم وصلاة الامام الاول
وصلاة الثاني لانه لاحق واللاحق في حكم المقتدي الا انا استحسنا في ركعة واحدة لانه لا يتكرر خروجه من حكم الامامة ۵
وحرمة الصلاة حرمة فللقوم ان ينتظروه حتى يصلي الركعة التي بقيت عليه ثم يسجد بهم السجدة المتروكة فاما اذا كان ذلك
في اربع ركعات فصلاته وصلاتهم فاسدة لانه يتكرر خروجه من الامام في كل ركعة حتى يشتغل باتمام ما عليه خاصة ثم
يعود الى الامامة حتى ينتهي الى السجدة التي تركها الامام من تلك الركعة فلهذا تفسد صلاتهم وعليه ان يستقبل الصلاة

باب نوادر الصلاة

قال الشيخ الامام الزاهد شمس الائمة محمد بن ابي سهل السرخسي رح بنى مسائل اول الكتاب على ما بينا في كتاب الصلاة ان مراعاة الترتيب
بين الفوايت وبين فرض الوقت واجب الا في حالة النسيان وضيق الوقت وكثرة الفوايت فقال لو ان رجلا نسي الظهر فصلى من العصر ركعة
في اول وقتها ثم ذكر فانه يقطع العصر ثم يصلي الظهر ثم يصلي العصر لانه لو كان ذاكرا للظهر عند الشروع لم يصح شروعه في العصر ٥
في اول وقتها فاذا ذكرها قبل الفراغ من العصر لا يمكنه اتمام العصر ايضا كالمتيمم اذا ابصر الماء قبل الفراغ من الصلاة وفي قوله يقطع
العصر اشارة الى انه بمجرد تذكر الظهر لا يصير خارجا من العصر لا يمكنه على الاطلاق وهذا الاختلاف العلماء واشتباه الاثار
والسبيل في العبادات الاخذ بالاحتياط وتمام الاحتياط في ان يقطع العصر ٥ فان مضى في العصر لم يجزه لانعدام
شرط الجواز فان مراعاة الترتيب بعد التذكر شرط لجواز العصر ثم يجزيه عن التطوع في قول ابي يوسف وهو ظاهر الروايتين عن ابي حنيفة
رواه الحسن عن محمد يقول لا يجزيه من التطوع وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا وهو قول زفر بناء على ما بينا في كتاب الصلاة ان عند محمد
للصلاة جهة واحدة فاذا فسدت صار خارجا من الصلاة وعند ابي حنيفة وابي يوسف بفساد الجهة لا يفسد اصل الصلاة ٥
اذا لم يكن ما اعترض منافيا لاصل الصلاة ولم يتذكر الظهر لا ينافي اصل الصلاة وانما يمنع اداء العصر فيفسد العصر ويبقى اصل الصلاة
بمنزلة المكفر بالصوم اذا ايسر في بعض اليوم وعلى هذا لو افتتح العصر في اول وقتها وهو ذاكر للظهر لم يجزه من العصر وعند محمد لا يصير
شارعا في الصلاة حتى لو ضحك قهقهة لا يلزمه الوضوء وعند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة يصير شارعا في الصلاة وفرق بين
اول الوقت وبين اخر الوقت فقال عند ضيق الوقت عليه ان يبدا بفرض الوقت ولو بدا بالفايتة اجزاه اذا كان الوقت قابلا للفايتة
وعند سعة الوقت عليه ان يبدا بالفايتة ولو بدا بفرض الوقت لم يجزه لان في ضيق الوقت النهي عن البداية بالفايتة لم يكن لمعنى في المنهي عنه
بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا ترى انه كما نهي عن البداية بالفايتة ينهى عن الاشتغال بالتطوع والنهي متى كان لمعنى في غير
لا يكون مفسدا كالنهي عن الصلاة في الارض المغصوبة وعند سعة الوقت النهي عن البداية بفرض الوقت لمعنى فيها والدليل
انه لا ينهى عن الاشتغال بالتطوع في هذه الحالة والنهي متى كان لمعنى في المنهي عنه كان مفسدا له فان افتتح العصر في اخر وقتها وهو
ناسي للظهر فصلى منها ركعة ثم احمرت الشمس ثم ذكر ان الظهر عليه فانه يمضي في صلاته لان تذكر الظهر في هذا الوقت لا يمنع افتتاح
العصر فلا يمنع المضي فيها بطريق الاولى وهذا لانه لو قطعها واشتغل بالظهر لم يجز اداء الظهر ففيه تفويت الصلاتين عن الوقت
فكان تذكر الظهر وجودا وعدما بمنزلة قال وهي تامة من حيث الجواز لا من حيث الاستحباب فان اداء العصر في هذا الوقت
مكروه على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه ما احب ان تكون لي صلاة حين تحمار الشمس بفلسين وان افتتح العصر في اول وقتها وهو ذاكر للظهر
فصلى منها ركعة ثم احمرت الشمس فانه يقطع الصلاة لانه ما صح شروعه في العصر في اول وقتها مع ذكره للظهر والبنا على الفاسد
غير ممكن فعليه ان يقطع صلاته ثم يستقبل العصر وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف لان عندهما صار شارعا في التطوع ودوام
اداء التطوع بعدما احمرت الشمس منهي عنه واداء عصر اليوم مامور به في هذا الوقت فعليه ان يقطع المنهي عنه ويشتغل بالمامور
وعلى قول محمد هو غير شارع في الصلاة اصلا فعليه ان يستقبل العصر وان افتتح العصر والشمس حمرا وهو ذاكر للظهر فانه يجزيه ٥
لان هذه ساعة لا يجوز فيها اداء الظهر ولا غيرها من الصلاة سوى عصر اليوم فعليه ان يشتغل بما يكون الوقت قابلا له ولانه لو اخر
اداء العصر عن هذا الوقت تفويتها لان تاخير العبادة الموقتة عن وقتها يكون تفويتا لادائها وذلك لا يجوز ولو اشتغل بالفايتة كان
متداركا لما فوت بتفويت مثله وذلك لا يليق بالحكمة فان غربت الشمس وهو في العصر وطعن عيسى في هذا وقال الصحيح انه يقطعها بعد غروب
الشمس ويبدا بالظهر ثم بالعصر لان ما بعد غروب الشمس قابل للظهر والمعنى المسقط لمراعاة الترتيب ضيق الوقت وقد انعدم ٥
بغروب الشمس لان الوقت قد اتسع فهو بمنزلة ما لو افتتح العصر في اول الوقت وهو ناسي للظهر ثم تذكر وقد بينا هنا انه يلزمه
مراعاة الترتيب فكذلك في هذا الموضع وهذا لان ما يعترض في خلال الصلاة يجعل كالموجود عند افتتاحها كالمتيمم اذا وجد الماء
او العاري اذا وجد الثوب وما ذكره عيسى رح هو القياس ولكن محمدا استحسن فقال لو قطع صلاته بعد غروب الشمس كان مؤديا
جميع العصر في غير وقتها ولو اتمها كان مؤديا بعض العصر في وقتها وكما سقط مراعاة الترتيب لحاجته الى اداء بعض العصر
في وقتها ٭ يوضحه انه في الابتداء كان مامورا بالشروع في العصر وان كان يعلم يقينا ان الشمس تغرب قبل فراغه منها ولو كان
هذا مانعا له من اتمام العصر لكان تيقنه بها عند الشروع مانعا له من افتتاح العصر واحد لا يقول انه لا يفتتح العصر
عند ضيق الوقت وان كان يعلم ان الشمس تغرب قبل الفراغ منها ٭ يوضحه انه عند ضيق الوقت قد سقط عنه مراعاة الترتيب
في هذه الصلوة وبعدما سقط الترتيب في صلاة لا يعود في تلك الصلاة بخلاف حالة النسيان فهنا الترتيب غير ساقط عنه

ولكنه معذور بالجهل فاذا زال العذر قبل الفراغ من الصلاة بقي عليه مراعاة الترتيب كما قال فان افتتح العصر بعدما غربت الشمس
وهو ذاكر للظهر فانه يقطعها ويصلي الظهر ثم العصر ثم المغرب لان الوقت قد اتسع وقد صارت العصر فايتة كالظهر فعليه مراعاة الترتيب
بينهما وبين فرض الوقت فان كان ناسيا الظهر حين افتتح العصر بعد غروب الشمس فلما صلى منها ركعة ذكر ان الظهر عليه فانه يفسد عصره
ويصلي الظهر لان التذكر في هذا الوقت يمنعه من افتتاح العصر فيمنعه من اتمامها ايضا وهذا لان الترتيب غير ساقط عنه ولكنه
معذور بالنسيان فاذا زال العذر في خلال الصلاة صار كان لم يكن فان افتتح العصر في اول وقتها وهو ناسي للظهر فلما صلى منها ركعة
احمرت الشمس ثم ذكر ان الظهر عليه فانه يمضي فيها لان شروعه في العصر قد صح في الابتداء لكونه ناسيا للظهر وانما تذكر بعدما احمرت
الشمس ومراعاة الترتيب ساقط في هذه الحالة فكان تذكره وجودا وعدما بمنزلة ٥ يوضحه انه لو قطع صلاته حين تذكر لكان يستقبل
العصر ولا فائدة في ان يقطع عصرا صح شروعه فيها ثم يستقبلها بخلاف ما اذا كان ذاكرا للظهر حين افتتحها لان هناك ما صح شروعه
في العصر فهو انما يقطع التطوع ليشتغل باداء العصر في وقتها وذلك مفيد ٥ ثم الحاصل انه ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير
الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلاتين قبل غروب الشمس فعليه اداء العصر وان كان يمكنه اداء الظهر قبل تغير الشمس
ويقع العصر كله او بعضه بعد تغير الشمس ليس بوقت للعصر وقد بينا هذا في كتاب الصلاة وبينا الاختلاف في ان المعتبر تغير الضوء
ام تغير القرص ٥ ويحكى عن ابي جعفر الهندواني انه كان يقول في الفصل على قول ابي حنيفة وابي يوسف يلزمه مراعاة الترتيب ٥
وعند محمد رح لا يلزمه لان ما بعد تغير الشمس وان كان وقتا للعصر ولكن تاخير العصر اليه مكروه وعلى اصل محمد معنى الكراهة يسقط
مراعاة الترتيب كما ان معنى تفويت الوقت يسقط ذلك ٥ بيانه في مصلي الجمعة اذا تذكر الفجر فكان بحيث لو اشتغل بالفجر تفوته الجمعة
ولا يفوته الوقت فعند ابي حنيفة وابي يوسف يلزمه مراعاة الترتيب وعند محمد لا يلزمه ولكن يتم الجمعة لان ترك الجمعة للصحيح المقيم في مصر
مكروه فنزل ذلك منزلة خوف فوات الوقت في سقوط مراعاة الترتيب فهذا مثله ٥ قال رضي الله عنه واكثر مشايخنا على انه يلزمه مراعاة الترتيب
ها هنا عند علمائنا الثلاثة والفرق لمحمد ان الجمعة اقوى من الفجر فانها ادعى للشرائط ولهذا لو صلى الظهر ثم ادرك الجمعة كان فرضه الجمعة
فالاضعف لا يكون مفسدا للاقوى وخوف فوات الاقوى يمنعه من الاشتغال بالادنى وها هنا الظهر والعصر يستويان في القوة فلا يسقط
عنه مراعاة الترتيب الا بخوف فوت الوقت ٥ رجل توضا بالنبيذ وصلى ثم اصاب الماء في الوقت فصلاته تامة في قول ابي حنيفة
لان من اصله ان النبيذ طهور في حال عدم الماء وهو بدل عن الماء فانما قدر على الاصل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يلزمه الاعادة
كالمتيمم اذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة والمكفر بالصوم اذا ايسر بعد الفراغ من التكفير بالصوم ٥ فان قيل الوقت باق فينبغي
ان يجعل وجود الماء في اخر الوقت كوجوده في اوله ٥ قلنا وجوب استعمال الماء عليه لاجل الصلاة لا لاجل الوقت وما وجد الماء
الا بعد الفراغ من الصلاة فلا يعتبر وجوده في هذه الصلاة وانما يعتبر وجوده في هذه الصلاة وانما يعتبر في صلاة اخرى فعليه الوضوء
لصلاة اخرى ٥ رجل فاتته ركعة من الظهر مع الامام فلما رفع الامام راسه من السجدة الاخيرة قام الرجل ولم يقعد معه فان كان
قرا بعدما قعد الامام قدر التشهد مقدار ما يتادى به فرض القراءة جازت صلاته والا لم يجزه لان قيامه وقراءته غير معتد به ما لم يقعد
الامام قدر التشهد لمعنيين احدهما انه مقتدي ما لم يفرغ الامام من التشهد لانه كان شريكا للامام مقتديا به فلا يجوز ان يخرج ٥
من الاقتداء الا في وقت خروج الامام منه من الصلاة جازت صلاته وما لم يقعد الامام مقدار التشهد لو خرج من الصلاة لم تجز صلا
صلاته فكذلك لا يخرج هو من الاقتداء ولا يعتد بقراءة المقتدي ولان العود الى القعود مع الامام مستحق عليه ما لم يفرغ من التشهد ٥
فيجعل هو في حكم القاعد وان كان قائما في الصورة فاذا ركع قبل فراغ الامام من التشهد فيجعل هو في حكم القاعد وان كان قائما في الصورة
فاذا ركع قبل فراغ الامام فكانه ترك القيام والقراءة في هذه الركعة فلا تجزيه صلاته وان قرا بعدما قعد قدر التشهد مقدار ما يتادى به
فرض القراءة جازت صلاته بمنزلة ما لو قام في هذه الحالة ٥ فان قيل القعدة الاخيرة ركن وقد تركها فينبغي ان تفسد صلاته قلنا
هذه القعدة في حقه ليست هي القعدة الاخيرة وانما يلزمه لمتابعة الامام فان القعدة الاخيرة ما يكون ختم الصلاة بها وذلك
بعد فراغه من القضاء وقد اتى بها فان ادرك مع الامام ركعة من الظهر والمسالة بحالها قال ان كان قرا بعد فراغ الامام من التشهد شيئا
قليلا او كثيرا اجزته صلاته فاذا قرا في الثالثة والرابعة وان كان لم يقرا بعد قعود الامام مقدار التشهد شيئا استقبل الصلاة
لم يرد به حقيقة القراءة وانما اراد القيام فيكنى بالقراءة عنه لان القيام محل القراءة ٥ والحاصل انه متى قام بعد فراغ الامام من التشهد
جازت صلاته لان القيام ركن في كل ركعة وفرض القراءة ركن في كل ركعتين ٥ القيام يتادى بادنى ما يتناوله الاسم وقد بينا انه لا يعتبر

قيامه ما لم يفرغ الامام من التشهد فاذا بقي قايما بعد فراغ الامام فقد وجد فرض القيام في هذه الركعة وقد قرا في الركعتين بعدهما ٥
فيتم صلاته وان كان ركع قبل ان يقعد الامام قدر التشهد لم تجز صلاته لانعدام القيام المعتد به في الركعة وان افتتح الصلاة مع الامام
قاعدا من غير عذر وصلى معه حتى فرغ الامام لم تجز صلاته لان القيام ركن ٥ قال الله تعالى الذين يذكرون الله قياما وقعودا الاية
فان قيل المراد بيان احوال المصلي بحسب الامكان ٥ وقال تعالى وقوموا لله قانتين وان افتتحها قايما ثم قعد من غير عذر بعدما افتتحها ٥
قايما يومي للركوع والسجود فعليه ان يقوم ويتبع الامام في صلاته وهي تامة بخلاف الاول والفرق من وجهين احدهما ان ركوعه وسجوده
على الارض وهو قاعد يتادى به التطوع في حالة الاختيار فاذا لم يجز ما اداه عن الفرض كان نفلا واشتغاله باداء النفل قبل اكمال الفرض
مفسد للفرض فلم يكن هو موديا للنفل ولكنه موخرا اداء الاركان بعدما صح اقتداؤه بالامام فعليه ان يقوم ويودي اركان الصلاة ويكون
مسيئا لمخالفته الامام بالتاخير والثاني ان الركوع والسجود عمل كثير وهو ليس من عمل صلاته لانه غير معتد به واشتغاله بعمل كثير ليس من اعمال
صلاته يكون مفسدا لصلاته فاما الايماء ليس بعمل وهو يسير والاشتغال به لا يكون قاطعا لصلاته فاما الايماء ليس بعمل كالالتفات
فلهذا يقوم ويبني على صلاته ولو ظن القوم ان الامام قد كبر ولم يكن فعل فكبروا ثم قهقه بعض القوم فلا وضوء عليهم لانه لم يصح شروعهم ٥
في الصلاة قبل الامام فضحكهم لم يصادف حرمة الصلاة وقد ذكر في كتاب الصلاة انه لو كبر قبل الامام ثم كبر الامام ثم كبر الرجل يكون شارعا
في صلاة الامام ويكون تكبيره هذا قطعا لما كان فيه وشروعا في صلاة الامام فهذا يدل على انه كان شارعا في صلاة الامام فهذا يدل
على انه شارعا في الصلاة بالتكبير قبل الامام فمن اصحابنا من يقول موضوع المسالة هنا ان نوى اصل الصلاة ونوى الاقتداء بالامام فصحت
نيته اصل الصلاة ولم تصح نية الاقتداء فيكون شارعا في صلاة نفسه وموضوع المسالة هاهنا انه نوى صلاة الامام ولم تصح نيته
هذا حين لم يكبر الامام فلا يصير شارعا في الصلاة والاصح انما اجابه في كتاب الصلاة قول ابي يوسف وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة
لان بفساد الجهة عندهما لا يفسد اصل الصلاة فكذلك في الابتداء اذا لم تصح نية الجهة تبقى نية اصل الصلاة فيصير شارعا في صلاة نفسه
وعلى قول محمد رح بفساد الجهة يفسد اصل الصلاة فكذلك ببطلان نية الجهة هاهنا تبطل نية الصلاة هنا فلا يصير شارعا فيها بالتكبير
قبل الامام من غير نية ولو ان اماما صلى بقوم وسلم من احد الجانبين فضحك بعض من خلفه او ضحك الامام بنفسه قبل ان يسلم من الجانب الاخر
فصلاته تامة ولا وضوء عليه اما الامام اذا ضحك فلانه بالتسليمة صار خارجا من الصلاة لقوله عم وتحليلها التسليم وقد وجد تسليمه
من الجانب الاخر للتحرز عن الجفاء وليعم جميع القوم بالسلام فلا يتوقف خروجه من الصلاة على وجوده واذا صار خارجا بالتسليم فضحكه
لم يصادف حرمة الصلاة واما المقتدي اذا ضحك في هذه الحالة فلانه تبع للامام وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع وكما انه في حق
الامام السلام من الجانب الاخر ليس بتبع فلا يتوقف الخروج من الصلاة عليه فكذلك السلام في حق المقتدي تبع فلا يتوقف الخروج من الصلاة عليه
فكذلك السلام في حق المقتدي فلا يتوقف خروجه من الصلاة عليه وقيل هذا قول محمد فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف المقتدي انما يصير
خارجا من الصلاة بسلام نفسه واذا ضحك قبل ان يسلم كان عليه الوضوء لان عندهما يكون المقتدي فيه تبعا للامام لم يات به المقتدي
اصلا كالقراءة ولان التحليل معتبر بالتحريم فكما لا يصير المقتدي شارعا بتكبير الامام لا يصير خارجا من الصلاة بتسليم الامام ومحمد
يقول هو تبع للامام في الصلاة فلو بقي بعد خروج الامام في حرمة الصلاة بقي مقصودا وفيما يكون هو تبعا لا يكون مقصودا ٥ قال الرضي ٥
وكان مشايخنا الامام يقول بهذه المسالة تبين غلط جهال الناس ممن يشتغل بالدعوات بعد تسليم الامام فان الاولى ان يسلم مع الامام
ثم يشتغل بالدعوات ليكون خروجه بسلام نفسه لانه اذا صار خارجا بسلام الامام يعني عند محمد وعلى ما ذكر في الكتاب من الجواب
مطلقا يكون خارجا على قول الكل فان الجواب انه يصير خارجا بسلام الامام لا بسلام نفسه فلا تكون دعواه في حرمة الصلاة وقد بينا
في كتاب الصلاة ان الاولى عند ابي حنيفة رح ان يكبر مع الامام وكذلك ياتي بساير الافعال معه وفي التسليم روايتان احديهما
انه يسلم مع الامام لانه شريك الامام والمشاركة تقتضي المقارنة وعندهما الاولى ان يكبر عقيب تكبير الامام وكذلك ساير الافعال
لانه تبع لامامه وعلى هذا لو كان الامام حين سلم خرج بتسليمه اقتدى به رجل لم يكن داخلا معه في الصلاة لان بالتسليمة الواحدة صار خارجا
منها فكيف يقتدي به بعد خروجه من الصلاة ولو نام المقتدي فلم يتشهد حتى سلم الامام فانه يصير خارجا بسلام الامام اذا لم يبق
عليه شيء من واجبات الصلاة فاما مع بقاء شيء من اعمال الصلاة لا يصير خارجا بسلام الامام كاللاحق والمسبوق فان ضحك
الرجل النايم في هذه الحالة كانت صلاته تامة لانه لم يبق عليه شيء من اركانها وقراءة التشهد واجب وليس بركن ولكن عليه الوضوء لصلاة
اخرى لان ضحكه لاقى حرمة الصلاة فيكون حدثا الا على قول زفر رح فانه يقول الضحك متى لم يوجب اعادة الصلاة لا يوجب اعادة الوضوء

فان

فان سلم هذا النايم عمدا كانت صلاته تامة لانه لم يبق عليه من اركانها وان سلم ساهيا فعليه ان يتشهد ثم يسلم لانه قد بقي عليه واجب
من واجبات صلاته فلا يصير خارجا بسلامه كمن سلم ساهيا وعليه سجود التلاوة ٥ ولو ادرك الامام في الركوع فكبر
ثم انحط فرفع الامام راسه قبل ان يركع ثم ركع الرجل لم يجزه عندنا وعلى قول زفر رح يجزيه وهو قول ابن ابي ليلى لان حالة الركوع كحالة
القيام فان القايم انما يفارق القاعد في النصف الاسفل لان النصف الاسفل من القاعد منثن ومن القايم مستو فاما النصف الاعلى
فيهما سواء والراكع كالقايم في استواء النصف الاسفل منه ولهذا يجعل مدركا للركعة اذا ادرك الركوع مع الامام فيكون اقتداؤه
بالامام وهو راكع بمنزلة اقتدايه بالامام قبل ان يركع ولو كبر قبل ان يركع الامام لم يتابعه في الركوع حتى رفع راسه منها جازت
صلاته فكذلك هاهنا ٥ ولكنا نستدل بحديث ابي بكرة رض حيث كبر وركع عندما باب المسجد ثم دب راكعا حتى التحق بالصف فلو لم يكن
مشاركته مع الامام في الركوع شرطا للادراك لما فعل هكذا وان القيام ركن في كل ركعة فلا يصير مدركا للركعة الا بمشاركته
في حقيقة القيام او فيما هو مشتبه بالقيام وهو الركوع ولم يوجد ذلك حين رفع الامام راسه قبل ان يركع هو فكان هذا وما ادرك
في السجود سواء بخلاف ما اذا ادرك في حالة القيام لان هناك قد وجدت المشاركة بينهما في حقيقة القيام ولو انتهى الى الامام
وهو ساجد فكبر ورفع الامام راسه وسجد السجدة الثانية ولم يسجد هذا الرجل معه واحدة من السجدتين فعليه ان يتبعه في السجدة
الثانية دون الاولى لانهما بمنزلة السجدتين لا يحتسب بهما من صلاته لعدم شرط وهو تقدم الركوع فان الركوع افتتاح السجود
ولم يوجد في حقه وانما ياتي بهما للمتابعة للامام فانما يلزمه المتابعة فيما اتى به الامام بعدما صار هو مقتديا به وقد سجد الامام
السجدة الاولى قبل ان يصير هو مقتديا به فلا يلزمه بذلك السجدة المتابعة وسجد السجدة الثانية بعدما صار هو مقتديا به ٥
فعليه ان ياتي بها ما لم يركع الامام الركعة الاخرى ويسجد فاذا سجد ذلك فحينئذ لا يشتغل بها وانما يشتغل بما هو الاهم
وهو الركوع وسجود الركعة الثانية لانها محسوبة من صلاته ٥ رجل رفع راسه من السجود قبل الامام ثم عاد فان نوى
عند عوده السجدة الاولى ومتابعة الامام او لم يكن له نية كان فعله بما هو مستحق عليه وكذلك لو نوى السجدة الثانية ومتابعة
الامام لان متابعة الامام تكون بنيابته الامام وهي السجدة الاولى فصار نادبا لهما والجمع بينهما غير ممكن فيلغو نيته
ويصير كانه لم يحضره النية ولو نوى السجدة الثانية خاصة فلم يزل ساجدا حتى رفع الامام راسه وسجد الثانية تجزيه
من السجدة الثانية لانه سجد الثانية في وقت لو سجدها امامه جاز وقد وقعت المشاركة بينه وبين الامام في اخرها حتى ٥
ادركه فيها فهو كما لو وقعت المشاركة بينه وبين الامام في اولها بان سجد الثانية مع الامام وان رفع الامام راسه
وسجد الثانية ثم رفع المقتدي راسه فظن ان الامام في الركعة الاولى فسجد ينوي الاولى ومتابعة الامام او الثانية ٥
او لم يكن له نية فسجوده هذا هو الثانية لان السجدة الاولى قد تمت حين رفع راسه منها وجاء اوان السجدة الثانية فتحمل نيته
الى انها كانت هي الثانية ولو ان رجلا اقتدى بامي ثم قهقه لم يكن عليه وضوء لان على احدى الطريقتين وان صار شارعا في الصلاة
لكن تفسد صلاته اذا جاء اوان القراءة لان الامام يتحمل عنه فرض القراءة فاذا عجز عن ايفايه فسدت صلاته فهذا الضحك منه
في صلاة لا ركوع فيها ولا سجود فهو كالضحك في صلاة الجنازة وكذلك لو اقتدى خلف اخرس او صبي او مجنون او مريض يومي لانهم
لا يصلحون للامامة فلا يصير شارعا في الصلاة اذا اقتدى بهم ولو ان غلاما يصلي العشاء الاخيرة ثم نام فاحتلم وانتبه قبل
ان يذهب وقت العشا فعليه ان يعيدها عندنا وعلى قول الشافعي ليس عليه ان يعيدها لان وقت الصلاة في حالة واحدة فالمودى
في اول الوقت بمنزلة المودى في اخر الوقت على معنى ان ما اداه في اول الوقت كان موقوفا فاذا تحققت الفريضة في اخر الوقت ٥
وقع المودى عن الفرض بمنزلة ما لو عجل الزكوة ثم تم الحول وجبت عليه الزكوة ٥ ولكنا نقول المودى وقع نفلا لانه لم يكن اهلا للفرض
حين اداه فان الاهلية للفرض وهو ليس باهل له الذي عجل الزكوة لانه اهل الفرض وانما اداه بعد كمال سبب الوجوب ٥
وهذه هي المسالة التي سمعها محمد رح من ابي حنيفة رح اولا على ما يحكى عنه انه كان من اولاد بعض الاغنياء فمر يوما ببني حرام ووقف
عند باب المسجد يستمع كلام ابي حنيفة كما يفعله الصبيان وكان هو يعلم اصحابه هذه المسالة وكان محمد قد ابتلي بها في تلك الليلة
فدخل المسجد واعاد العشا فدعاه ابو حنيفة وقال لما هذه الصلاة التي صليتها فاخبره بما ابتلي به فقال يا غلام الزم مجلسنا فانك
ستفرس فيه خيرا فجزاه عمل بما تعلم مرسا عنه ولو لم ينتبه حتى طلع الفجر الثاني فقد قال بعض مشايخنا لا قضاء عليه لانه لم يكن
مخاطبا في وقتها فكانه كان صبيا في اول الوقت وفي اخر الوقت نايما والنوم يمنع توجه الخطاب عليه ابتداء واستدلوا بظاهر
لفظ الكتاب فانه شرط الانتباه قبل ذهاب الوقت والاصح انه يلزمه القضاء لان النوم يمنع توجه الخطاب بالاداء ولكن لا يمنع الوجوب

الا ترى ان من نسي نائما وقت صلاة او صلاتين كان عليه القضا اذا انتبه وقد جعل النايم كالمنتبه في بعض الاحكام خصوصا على اصل
ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه القضا اذا علم انه احتلم قبل طلوع الفجر وان لم يعلم ذلك بان انتبه في اخر الوقت الفجر وهو يتذكر
الاحتلام ويرى الاثر ولا يدري متى احتلم فحينئذ لا يلزمه قضا العشا لان الاحتلام حادث فانما يحال بحدوثه على اقرب الاوقات
ولو ان مسلما صلى الظهر ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم في وقت الظهر كان عليه ان يعيدها عندنا خلافا للشافعي وهو بنا على الاصل
الذي بينا في كتاب الصلاة ان عنده بمجرد الردة لا يحبط عمله ما لم يمت عليها • قال الله تعالى ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت
وهو كافر الاية وعندنا بنفس الردة قد حبط عمله قال الله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله والتحق بالكافر الاصلي الذي اسلم
الان فيلزمه فرض الوقت لانه ادرك جزءا منها وعلى هذا الاصل لو حج حجة الاسلام ثم ارتد ثم اسلم فعليه حجة الاسلام عندنا
وعند الشافعي لا يلزمه ذلك ولو صلى الظهر في منزله ثم جاء وهو ناسي انه قد صلى فدخل مع الامام ينوي الظهر ثم ذكر انه قد صلاها
فافسدها لم يكن عليه قضاؤها الا على قول زفر لانه شرع فيه على ظن انها عليه فان رعف الامام واستخلف هذا الرجل فصلاتهم جميعا
فاسدة لانه متنفل فلا يصلح ان يكون اماما للمفترض واشتغال الامام باستخلاف من لا يصلح ان يكون خليفة له مفسد لصلاته ثم يفسد
صلاة القوم بفساد صلاة الامام • ولو ان الامام قرا في الاوليين من الظهر ثم احدث فاستخلف اميا فسدت صلاتهم الا على قول زفر
والحسن بن زياد رح قال لان فرض القراة في الاوليين وقد اداه الامام وليس في الاخريين قراة فالامي والقارئ فيهما سوا ولكنا نقول
القراة فرض الصلاة تودى في محل مخصوص قال عم لا صلاة الا بقراة وهذه الصلاة فيحتاج القارئ فالامي لا يصلح للامامة فيها فكان
اشتغال الامام باستخلاف من لا يصلح ان يكون خليفة له يكون مفسدا لصلاته ولو ان رجلا قال لله علي ان اصلي ركعتين فصلاهما عند الزوال ٥
الشمس لم يجزه لان مطلق النذر يلزمه الصلاة بصفة الكمال والمودى في الاوقات المكروهة ناقص ولان بالنذر يلتزم ادا صحيحا والادا
في الاوقات المكروهة يكون فاسدا لما فيه من ارتكاب النهي فلا يحصل الوفاء بها ولو نسي صلاة في ايام التشريق فذكرها بعد ايام التشريق
فقضاها لم يكبر عقيبها وهذه اربع فصول بيناها في الصلاة احدها هذه والثانية ما اذا نسي صلاة في غير ايام التشريق ثم قضاها
في ايام التشريق • والثالثة ما اذا نسيها في ايام التشريق وقضاها في ايام التشريق من قابل وفي الفصول لا يكبر لان التكبير ٥
لان التكبير لا يعرف الا بوقت مخصوص فلا يقضى بعد مضي ذلك الوقت كصلاة الجمعة ورمي الجمار وهذا لانها تكون سنة في وقتها تكون
بدعة في غير وقتها واذا كان يقضي في ايام التشريق وقضى في ايام التشريق صلاة نسيها قبله كالقضا بصفة الادا واما اذا نسيها
في ايام التشريق وقضى في ايام التشريق في تلك السنة كبر عقيبها عندهما المنفرد والجماعة فيه سوا وعند ابي حنيفة اذا كانوا جماعة
كبروا لان وقت التكبير باق والقضا بصفة الادا فهو نظير رمي الجمار اذا تركها في اليوم الاول والثاني عقبها في اليوم الثالث
ولو صلى الوتر في منزله ثم جاء الى قوم في شهر رمضان يصلون الوتر وهو ينوي انهم في التطوع فدخل في صلاتهم ثم قطع حيث علم
انهم في الوتر فعليه قضاء اربع ركعات لانه بالشروع التزم صلاة الامام وصلاة الامام ثلث ركعات ومن التزم ثلث ركعات
يلزمه اربع ركعات كمن نذر ان يصلي ثلث ركعات وهذا لان مبنى التطوع على الشفع دون الوتر والشفع الواحد لا يتجزى فالتزام بعضه
التزام لكله وان دخل معهم في الوتر ولم يكن اوتر وقد فاته ركعتان مع الامام وهو الركعة الاخيرة فاوتر معهم او ادرك ركوعا فوتر
معهم ثم قام فقضاها فليس عليه ان يقنت فيما يقضي قال لانه يقضي اول صلاته وقد بينا هذا الاصل في كتاب الصلاة انه في حكم القنوت
يجعل ما ادرك مع الامام اخر صلاته لان القنوت لم يشرع مكررا في وتر واحد فلو جعلنا ما ياتي به مع الامام اول صلاته كان يقنت فيما يقضي
فيودي الى تكرار القنوت وكذلك اذا ادركهم في الركوع لانه مدرك لهذه الركعة وهي محل القنوت فيجعل ادراكه محل القنوت مع الامام
بمنزلة قنوته مع الامام • رجل افتتح المغرب فصلى منها ركعة ثم ظن انه لم يكن افتتح الصلاة فجدد التكبير وصلى ثلث ركعات مستقبلا ٥
قال لا يجزيه لانه بقي في صلاته الاول لانه نوى ايجاد الموجود ونية الايجاد في الموجود لغو فلما صلى ركعتين قد تمت فريضته ثم كانت
الركعة الثانية نفلا لانه اشتغل بها نفلا كال الفريضة ولو كان صلى ركعتين والمسئلة بحالها لم تجز صلاته لانه بقي بعد تجديد التكبير
في صلاته الاولى فلما صلى ركعة كان عليه ان يقعد ولم يقعد حتى صلى ركعة اخرى وكان قد اشتغل بالنفل قبل اكمال الفريضة وذلك مفسد
لصلاته ولو اقتدى بالامام في المغرب بنية التطوع فصلى منها ركعة وفاتته ركعتان ثم رعف فانطلق وتوضا وقد ادرك اول الركعة
يعني قام خلف الامام حتى صلى ركعتين ثم احدث فتوضا ثم جاء وقد فرغ الامام فعليه ان يصلي ركعة بغير قراة ويقعد لانه لاحق
فيها بين الركعتين فيصليهما بغير قراة ويقعد لانه ليس يتبع الامام في الركعة الرابعة فانه لم يكن على امامه ٥ • ولكنها نفل
مقصود في حقه فعليه ان يصليها بقراة وفيما كان تبعا للامام عليه ان يوديه كما اداه الامام ولهذا يقضي في الثالثة كما قعد الامام

رجل

رجل افتتح الصلاة مع الامام فنام خلفه حتى فرغ الامام ثم انتبه وقد كان الامام ترك السجدة من الركعة الاولى فقضاها في الثانية
ولم يقعد في الثانية مقدار التشهد ساهيا ثم علم الرجل كيف صنع الامام قال يتبعه ويصلي بغير قراة لانه قد ادرك اول الصلاة مع الامام
والتزم الاقتداء به فكان هو مقتديا فيما اتى به وليس على المقتدي قراة ويسجد في موضعها من الركعة الاولى لان الامام قضى تلك السجدة
فالتحقت بمحلها وصار كانه اداها في موضعها ولا يقعد مقدار التشهد في الركعة الثانية عندنا وقال زفر يقعد لان الامام لما استتم
قائما انما لم يعد الى القعود لما فيه من ترك الفريضة لاداء السنة وذلك المعنى غير موجود في حق هذا الرجل فعليه ان ياتي بالقعدة كما كان
على الامام ان ياتي بها ولكنا نقول هو في الحكم كانه خلف الامام يسقط عنه القعدة الاولى بسقوطها عن الامام الا ترى
ان الامام لو قام الى الثانية ساهيا ولم يعد القوم كان عليهم ان يتبعوه ولا ياتون بتلك القعدة فكذلك هذا الرجل وبه فارق السجدة
فان تلك السجدة ما سقطت عن الامام بالترك ولهذا قضاها وقد سقطت القعدة عن الامام الا ترى انه لا يقضيها ويسقط عن المقتدي
ايضا ولو نام خلف الامام حين صلى ركعة ثم استيقظ فقدمه فانه لا ينبغي له ان يتقدم لان غيره اقدر على اتمام صلاة الامام منه فهو اولى
بان يكون خليفة له وان فعل جاز لانه شريك الامام في الصلاة فيصلح ان يكون خليفة ثم ينبغي له ان يشير على القوم لينتظروه حتى يقضي
الركعة التي نام فيها لانه لاحق فيبدا بالاول فالاول فان لم يفعل ولكن صلى بهم بقية صلاة الامام ثم اخذ بيد رجل فقدمه حتى سلم بهم
وقام هو فقضى ركعة جاز عندنا خلافا لزفر وهو بنا الاصل الذي بينا في الصلاة ان مراعاة الترتيب في افعال الصلاة واجبة ليست
بركن عندنا وعنده ركن وان بدا بالتي نام فيها فتابعه القوم فصلاته تامة لانه في حق نفسه كالمنفرد وصلاة من ائتم به فاسدة ٥
لانهم صلوا ركعة قبل ان يصلوها اما بهم مشغول بالركعة التي ادوها مع الاول ثم قد صلوا ركعة وذلك مفسد لصلاتهم
ولو ان رجلا قال لله علي ان اصلي ركعتين فاقتدى فيهما بمتطوع لم يجزه من الركعتين لان المنذور واجب عليه قبل الشروع فيه والتطوع
ليس بواجب وصلاة المقتدي بنا على صلاة الامام وبنا القوي على الضعيف لا يجوز بمنزلة المفترض يقتدي بالمتطوع وهذا بخلاف
ما اذا قال والله لاصلين ركعتين فاداهما خلف متطوع فان ذلك يجزيه لان بيمينه ما وجب عليه الصلاة فكان هو في الادا متطوعا
وان كان يبر في يمينه الا ترى ان البر في اليمين يحصل بما هو حرام ولا يجوز الالتزام بخلاف النذر الذي يوضح الفرق انه لو قال لله علي
ان اصلي ركعتين اليوم فلم يفعل حتى مضى اليوم لم يكن عليه قضاؤها ولو قال والله لاصلين اليوم ركعتين فلم يفعل حتى مضى اليوم
لم يكن عليه قضاؤها فبهذا يتضح الفرق ولو ان مسافرا ومقيما نسيا صلاة فام احدهما صاحبه بعد ما تذكر فان ام المسافر المقيم
جاز وان ام المقيم المسافر لم يجز صلاة المسافر وقد بينا هذا الفرق في كتاب الصلاة ان اقتدا المقيم بالمسافر يجوز بعد خروج الوقت
كما يجوز في الوقت لان فرضه لا يتغير بالادا واقتدا المسافر بالمقيم يجوز في الوقت ولا يجوز بعد خروج الوقت لان فرضه يتغير
بالاقتدا ولو ان رجلا صلى مع الامام الفجر فجعل يركع معه ويسجد قبله فعليه ان يسجد سجدتين وصلاته تامة لانه لما سجد قبله
ورفع راسه قبل ان يسجد الامام لم يعتد بهذه السجدة فلما سجد الامام وسجد الرجل ينوي الثانية كانت هذه هي السجدة الاولى
فاما صلى مع الامام ركعتين وترك من كل ركعة سجدة فعليه ان يسجد سجدتين وصلاته تامة لانه لما سجد قبله ورفع راسه قبل ان يسجد
الامام لم يعتد بهذه السجدة فلما سجد الامام وسجد الرجل ينوي الثانية كانت هذه السجدة وليس مراده من هذه المسئلة ان يسجد
قبل الامام ثم يسجد الامام قبل ان يرفع هو راسه لان هناك لا يلزمه قضاء شي فان الامام لما ادركه في اخر السجدة فقد وجدت المشاركة
بينهما في هذه السجدة وليس مراده انه يسجد سجدتين جميعا • منهما قبل ان يسجد الامام لانه حينئذ لا تجوز صلاته بادا
فانه في الحقيقة يكون مصليا ركعة فانما عليه ان يصلي ركعة اخرى فعرفنا ان مراده ما بينا • ولو صلى ركعة وترك منها سجدة ثم صلى ركعة
اخرى بسجدتين فهما لهذه الركعة لان الركعة تتقيد بالسجدة الواحدة فقد سجد للركعة الثانية في اوانها فيكون سجوده عن الركعة الثانية
وسجدة الركعة الاولى صار في حكم القضا لفوات محلها فلا تتادى بدون النية فان طاف بالبيت سبوعا ثم صلى ركعتين طلوع الشمس
او بعدما تغيرت الشمس لم يجزه عندنا من ركعتي الطواف خلافا للشافعي رح لحديث جبير بن مطعم ان النبي عم قال لا تمنعوا احدا
يطوف بهذا البيت اي ساعة شا من ليل ونهار وليصل لكل سبوع ركعتين ٥ • ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود بن عفرا فانه طاف
بعد العصر سبوعا ثم لم يصل فقيل له في ذلك فقال نهانا رسول الله عم عن الصلاة في هذه الساعة وعن ابي سعيد الخدري ٥
انه طاف بعد العصر سبوعا فقال لعطا ارمقوا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يصلي فرمقوه فلم يصل حتى غربت الشمس
وعن عمر رض انه لما طاف بالبيت سبوعا في صلاة الفجر ثم خرج من مكة فلما كان بذي طوى وارتفعت الشمس صلى ركعتين ثم قال
ركعتين مكان ركعتين ولان ركعتي الطواف تجب بسبب من جهة العبد فهي كالمنذورة وقد بينا ان المنذورة لا تودى بعد الفجر قبل

طلوع الشمس ولا بعد العصر قبل غروب الشمس ۝ وتأويل حديث جبير وليصل لكل اسبوع ركعتين الا وقتا نهى النبي عليه السلام فيها
رجل صلى ركعتين تطوعا ثم اقتدى به رجل ثم رعف فانطلق متوضئا فصلى امامه ركعة اخرى ثم تكلم الذي احدث فصلى هذا الامام تمام
ست ركعات فصلى الرجل الداخل معه ان يقضي اربع ركعات لانه اقتدى بالامام في الشفع الثاني فيصير ملتزما لهذا الشفع وللشفع
الاول الذي اداه الامام بهذه التحريمة فعليه قضاء الشفعين ثم هو قد افسد الاقتداء قبل قيام الامام الى الشفع الثالث
وانما يلزمه الشفع الثالث بالقيام اليه كما لو لم يكن اماما حتى قام اليهما لم يكن عليه قضاؤها ولو ان رجلين افتتحا الصلاة معا ينوي كل واحد
ان يكون اماما لصاحبه فصلاتهما تامة لان الامام في حق نفسه كالمنفرد فان صلاته لا تبتنى على صلاة غيره فنية كل واحد منهما الامامة
ونية الانفراد سواء وان نوى كل واحد منهما تبعا لصاحبه في صلاة واحدة فقد افسدت صلاتهما ثم ذكر مسئلة المغمى عليه وقد بينا ها
في كتاب الصلاة وفرق بين الاغماء والنوم فان النوم لا يسقط القضاء وان كان اكثر من يوم وليلة لان النائم في حكم القضاء كالمنتبه ۝
الا ترى انه اذا انتبه انتبه بخلاف المغمى عليه وجعل الجنون كالاغماء فان دام الجنون يوما وليلة او اقل فعليه قضاء الصلوات وان دام
اكثر من يوم وليلة او اقل فعليه قضاء الصلوات وهذا لان الجنون يخرجه عن فهم الخطاب مع بقاء الاهلية للفرض الا ترى ان فرضية الصوم
يبقى على حاله يعني بحجة الاسلام والصلاة المؤداة حتى لو افاق قبل مضي الوقت لم يكن عليه اعادة الصلوات فعرفنا ان الجنون اذا
قصر كالاغماء فان كان يوما او اقل كان عليه قضاء الصلوات وقد ظن بعض اصحابنا ان الجنون اذا استوعب وقت صلاة كاملة لم يكن عليه
قضاؤها خلافا للاغماء قالوا لان الجنون يزيل العقل الا ترى ان من قال الجن رسول الله عليه السلام في بيعة من همزه كفر وقد اغمي عليه في مرضه ولكن
الاصح ان في حكم الصلاة لا فرق بين الجنون والاغماء كما ذكره هاهنا ۝ رجل نسي صلاتين من يومين وهو لا يدري اي صلاتين هو
فعليه اعادة صلاة يومين للاحتياط وليس عليه مراعاة الترتيب في القضاء لانه لزمه قضاء ها اكثر من ست صلوات فيسقط مراعاة
الترتيب الكثرة وكذلك لو نسي صلاة من يوم وهو لا يدري اي ما هو او نسي سجدة من صلاة وعلى قول سفيان الثوري يعيد الفجر والمغرب
ثم يصلي اربع ركعات بنية ما عليه وعلى قول محمد بن مقاتل يصلي اربع ركعات بثلاث قعدات وهذا ليس بصحيح عندنا لان تعيين النية ۝
في القضاء شرط للجواز والصلوات وان اتفقت في اعداد الركعات فهي مختلفة في الاحكام لان اقتداء من يصلي الظهر ۝
بمن يصلي العصر لا يجوز فلا يتحقق تعيين النية فيما يقوله محمد بن مقاتل ولا فيما يقوله سفيان فلهذا الزمناه قضاء صلاة يوم وليلة ۝ ولو ان رجلا
ام قوما شهرين ثم قال قد كنت في تلك المدة مجوسيا لم يعد القوم ان يصدقوه ويعيدوا صلاتهم لانه اخبرهم بما هو من امور الدين وخبر الواحد في امور
الدين حجة يجب العمل بها الا ان يكون ماجنا فحينئذ لا يصدق لان خبر الماجن في امور الدين غير مقبول لانه كان ماجنا والذي يسبق الى الاوهام انه
في خبره على قصد الاضرار بالقوم لمعنى دخله من جهتهم لان الماجن هو الفاسق فان المجون نوع جنون ولا هو لا يبالي لما يقول ويفعل ۝
فيكون مما له على نحو اعمال المجانين وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول بل الماجن هو الذي يدعي تيبا مثيبه وهو الذي يلبس فيها طاف
ويتمندل بمنديل خيش ويطوف في السكك ينظر في الغرف ان النساء ينظرن اليه ام لا ۝ ولو طلعت الشمس وهو في خلال صلاة الفجر فقهقه
قبل ان يسلم فليس عليه وضوء لصلاة اخرى في قول محمد لانه صار خارجا بطلوع الشمس وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله
وفي الرواية الاخرى وان لم يصر خارجا من اصل التحريمة فقد فسدت صلاته بطلوع الشمس فانه لا يجوز اداء النفل في هذا الوقت كما لا
اداء الفرض فالضحك في هذه الحالة دون الضحك في صلاة الجنازة فلا يجعل حدثا وعلى قياس قول ابي يوسف يلزمه الوضوء على الرواية
التي رويت عنه انه يصير حتى يطلع الشمس ثم يتم الفريضة فعلى الرواية لا يشكل ان ضحكه صادف حرمة الصلاة مطلقة فكان حدثا
ولو فتح التطوع حين تطلع الشمس ثم افسدها يحتمل ثم قضاها حين احمرت الشمس اجزاه الاول فرقا انه يقول لما افسدها فقد لزمه
قضاؤها وصار ذلك دينا في ذمته فلا يسقط بالوقت المكروه بمنزلة المنذورة التي شرع فيه في وقت مكروه ۝ ولكنا نقول
لو اداها حين افتتحها لم يكن عليه شيء اخر فكذلك اذا قضاها في مثل ذلك الوقت لم يلزمه شيء اخر لان القضاء بصفة الاداء فهو والمؤدى
حين شرع فيه سواء وقد بينا نظائره في كتاب الصلاة والله اعلم

باب صلاة المسافر

رجل صلى بمسافرين ومقيمين ركعتين وقد قعد للتشهد ثم قام بعض من خلفه من المسافرين فتكلموا ثم نوى الامام الاقامة فعليه ان يتم صلاة
لان نيته حصلت في حرمة الصلاة وعلى من خلفه من المسافرين اتمام الصلاة ايضا لانهم صاروا مقيمين في هذه الصلاة تبعا لامامهم
ومن تكلم منهم فصلاته تامة وان كان يلزمهم صلاة المقيمين باعتبار التبعية ومن تكلم منهم فقد خرج من ان يكون تبعا للامام قبل ان يتغير

فرض الامام ومن تكلم منهم بعدما نوى الامام الاقامة فسدت صلاته بمنزلة ما لو تكلم الامام في هذه الحالة وهذا لان فرضه تغير بنية الامام
الاقامة فيكون هو متكلما في وسط الصلاة فان قام بعض من خلفه من المقيمين فقرأ وركع وسجد ثم نوى الامام الاقامة فهذا الرجل خارج من الصلاة
يتم بقية الصلاة وحده لانه استحكم انفراده وان كان قرأ وركع ولم يسجد حتى نوى الامام الاقامة فعليه ان يعود الى متابعته لانه لم يستحكم
انفراده بمجرد القيام والركوع فكان بمنزلة من لم يكن من المقيمين فعليه ان يتابع الامام في اتمام الصلاة فان لم يفعل ولكنه سجد فصلاته فاسدة ۝
لانه انفرد في موضع كان عليه فيه الاقتداء ومن اقتدى في موضع كان عليه فيه الانفراد وانفرد في موضع كان عليه فيه الاقتداء فسدت صلاته
وانما قلنا ان انفراده انما استحكم بتقييد الركعة بالسجدة لان ما دون الركعة يحتمل الرفض والركعة الكاملة لا تحتمل ولان زيادة ما دون الركعة
لا تفسد الصلاة وزيادة الركعة الكاملة تفسدها فان الركعة الكاملة اذا لم تحتسب بها من الفريضة كانت نافلة وخلط النفل بالفرض
قبل كمال الفرض مفسد للصلاة وان كان الامام لم يقرأ في الاوليين ثم تكلم بعض من خلفه بعدما قعد قدر التشهد فصلاة من تكلم فاسدة
لان الامام لو تكلم في هذه الحالة كانت صلاته فاسدة ويقوم الامام فيتم ما بقي من صلاته ويقرأ في الاخريين في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وفي قول محمد وزفر صلاته فيهما او في احدهما تفسد صلاته على وجه لا يمكنه تصحيحه وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف يتوقف حكم الفساد
يتوقف على تعينه فان فرضه في الوقت بعرض التغير بنية الاقامة فاذا نوى الاقامة في الانتهاء جعل ذلك كنيته في الابتداء وترك القراءة
في الاوليين من المقيم لا يكون مفسدا للصلاة حتى اذا قرأ في الاخريين كانت صلاته تامة فكذلك هاهنا وهو بناء على الاصل الذي بينا
ان بمجرد ترك القراءة لا يخرج عن حرمة الصلاة عندهما وهو بناء على الاصل الذي بينا فان كان بعض من خلفه من المقيمين قام فقرأ وركع
وسجد ثم نوى الامام الاقامة فصلاة هذا الرجل فاسدة لانه استحكم انفراده قبل تمام صلاة الامام في حال لو تكلم فيه الامام ۝
كانت صلاته فاسدة وان قرأ وركع ولم يسجد حتى نوى الامام الاقامة فانه يرفض ما صنع ويعود الى تمام صلاته مع الامام لانه لم يستحكم
انفراده بعد وهذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف فان سجد بعدما نوى الامام الاقامة فصلاته فاسدة لانه انفرد في موضع كان
الاقتداء ۝ ولو ان مسافرا صلى ركعتين بغير قراءة فظن بعدما قعد قدر التشهد انه انما صلى ركعة وقام فقرأ وركع ثم رفع راسه ثم نوى
الاقامة فانه يعيد القراءة والركوع والسجود ويمضي في صلاته وان كان سجد قبل ان ينوي الاقامة فصلاته فاسدة وكذلك ان سجد ۝
قبل ان ينوي الاقامة فصلاته فاسدة وكذلك ان سجد بعد نية الاقامة قبل ان يعيد القراءة والركوع لان ما دون الركعة يحتمل الرفض ۝
فاذا نوى الاقامة قبل ان يسجد صار هذا وبنية الاقامة قبل ان يقوم الى الثالثة سواء فان كان سجد فهذه الركعة نافلة في حقه لا يحتمل
الرفض واشتغاله بالنفل قبل اكمال الفرض مفسد لصلاته وكذلك ان سجد بعد النية لان هذه السجدة بتقييد ما ادى من الركعة وهي نافلة
والنفل لا ينوب عن الفرض فان كان ركعوا فادى القراءة والركوع فقد صار بما ادى مؤديا للفرض فيجوز صلاته في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وان كان قرأ في الاوليين وقد قعد قدر التشهد ثم قام فقرأ وركع وسجد ثم نوى الاقامة فقد استحكم خروجه من الفرض بتقييد الركعة بالسجدة
فلا يتغير فرضه بنية الاقامة ولكنه متنفل بركعة فيضيف اليها ركعة اخرى ليكون شفعا وان كان ركع ولم يسجد حتى نوى الاقامة فانه يعيد
الركوع لان فرضه تغير بهذه النية على ما بينا انه لا يستحكم خروجه من الفرض ما لم تقيد الركعة بالسجدة فعليه اعادة القيام والركوع ۝
لان ما ادى كان نفلا والقيام والركوع فرض في كل ركعة وفي الكتاب ذكر اعادة الركوع خاصة لانه انما يركع عن قيام وفرض القيام انما يتادى
بادنى ما بينا وله الاتمم وان لم يعد فصلاته فاسدة كترك القيام والركوع في الفريضة وادائه النافلة قبل اكمال الفريضة فان لم يقعد
في الركعتين حتى قام ساهيا ثم نوى الاقامة فانه يمضي على قيامه ولا يعود الى القعدة لانه صار مقيما في هذه الصلاة والمقيم بعدما قام
الى الثالثة ساهيا لا يعود الى القعدة لما فيه من العود الى السنة من الفرض فان عاد الى القعدة قبل ان ينوي الاقامة ثم نواها قبل تمام التشهد
فانه يتم التشهد لان قبل الاقامة العود مستحق عليه وانما تغير فرضه بنية الاقامة وهو قاعد فعليه ان يتم التشهد ثم يقوم لاتمام صلاته
مسافر اقتدى بمقيم فعليه ان يصلي اربعا لانه التزم متابعة الامام بالاقتداء فان تكلم صلى ركعتين لانه مسافر على حاله وانما كان
يلزمه الاتمام لاجل المتابعة وقد زال ذلك حين تكلم وهذا بخلاف ما لو اقتدى به بنية النفل ثم تكلم فانه يلزمه قضاء اربع ركعات
لان هناك الشروع يكون ملتزما صلاة الامام وصلاة الامام اربع ركعات وهنا بالشروع ما قصد التزام شيء وانما قصد اسقاط
الفرض عن ذمته وتغير فرضه حكما للمتابعة فاذا انعدمت صار كانه لم يشرع في صلاته اصلا ولو نام هذا المسافر خلف المقيم
حتى دخل وقت العصر فعليه ان يصلي اربعا لانه لاحق واللاحق في حكم المقتدي فان تكلم صلى ركعتين وكذلك ان نوى الاقامة بعدما تكلم
لان بالكلام يخرج عن متابعة الامام فبقي بنية الاقامة بعد خروج الوقت وذلك لا يغير فرضه ۝ فان قيل هذا اذا كان الواجب عليه
عند خروج الوقت ركعتان وهنا الواجب عليه عند خروج الوقت اربع ركعات قلنا نعم ولكن وجوبا لا اربع عند خروج الوقت

كان زمن المتابعة وقد انعدم ذلك حين تكلم وكان هذا وما لو خرج الوقت قبل شروعه في الصلاة سواء فلا يتغير فرضه بنية الاقامة ○ ولو ان امرأة سافرت مع زوجها فنوى هو ان يقيم في موضع خمسة عشر يوما فعليها ان تصلي اربعا وان لم تنو الاقامة ولو انها نوت الاقامة دون الزوج كان عليها ان تصلي ركعتين لانها تابعة للزوج في السفر والاقامة قال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقال تعالى الرجال قوامون على النساء وانما تعتبر النية ممن هو اصل دون من هو تبع لان ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل ومن اصحابنا من يقول هذا اذا كانت اذا كانت قد استوفت صداقها فان لم تكن استوفت صداقها ولم يدخل بها الزوج فانه تعتبر نيتها لان لها ان تحبس نفسها لاستيفاء الصداق فلا تخرج مع زوجها وان كان قد دخل بها فعلى الخلاف المعروف في ثبوت حق الحبس لها لاستيفاء الصداق وقيل بل هو قولهم جميعا لانه وان كان لها ان تحبس نفسها فما لم تحبس كانت تابعة لزوجها وانما وضع المسألة فيما اذا نوى الاقامة او السفر من غير ان تصدت حبس نفسها عن زوجها وعلى هذا حكم كل تبع مع اصله كالعبد مع سيده والاجير للخدمة مع المستاجر والجندي مع السلطان انما تعتبر نية الاقامة والسفر ممن هو اصل دون التبع وان كان الزوج والسيد خلى بين المرأة والعبد وبين النية الا ان تعتبر نيتهما لانهما صارا اصلين بهذه التخلية فلم يرجع الزوج والسيد عنهما ○ قال كوفي خرج يريد مكة فلما انتهى الى الحيرة توضا وافتتح الصلاة ثم رعف فنوى الرجوع الى الكوفة ثم اصاب الماء في مكانه فتوضا صلى اربعا لانه لما نوى الرجوع الى وطنه الاصلي وهو في فناء وطنه فقد صار رافضا لسفره والتحق بالمقيم في هذه الصلاة فعليه ان يصلي اربعا وكذلك ان تكلم لانه صار مقيما بنية الاولى في هذا المكان فلا يصير مسافرا ما لم يرتحل منه ○ وان لم يتكلم ولكن قال له انسان الماء على راس غلوة فمشى اليه فتوضا فانه يصلي اربعا لانه فعل منه الاتمام بنية الاولى ولانه بالتوجه امامه لا يصير مسافرا بعد ما صار مقيما لان السفر عمل وحرمة الصلاة تمنعه من مباشرة عمل ليس من اعمال صلاته بخلاف نية الاقامة فانه ترك السفر وهو يحصل بمجرد النية وحرمة الصلاة لا تمنع منه فان تكلم بعد ما مشى امامه صلى ركعتين لانه خرج عن حرمة الصلاة وهو منشئ السفر بمشيه بعد ما خرج عن حرمة الصلاة ○ ولو ان خراسانيا اوطن الكوفة سنة فعليه ان يصلي اربعا لانه نوى الاقامة في موضعها وهذا وطن مستعار له وقد بينا في كتاب الصلاة ان الاوطان ثلثة فعلى هذا الاصل بناء هذه المسائل فما لو خرج هذا الخراساني مع الكوفي الى مكة ○ فلما انتهيا الى الحيرة نويا الاقامة بالقادسية شهرا فعلى الكوفي ان يصلي اربعا والخراساني يصلي ركعتين حتى يدخل القادسية على نيته لان وطن الكوفي بالكوفة وطن اصلي فلا ينتقض بالخروج منه على قصد السفر وانما نوى الاقامة في فناء وطنه الاصلي لان القادسية على مرحلتين من الكوفة فصار هو مقيما من ساعته ووطن الخراساني بالكوفة كان مستعارا فانتقض بالخروج من الكوفة على قصد السفر فهو مسافر نوى الاقامة في موضع فما لم يدخل ذلك الموضع لا يصير مقيما فاذا دخلا القادسية صليا اربعا حتى يخرجا منها الى مكة فان بدا لهما ان لا يقيما بالقادسية بعد نيتهما الاولى وهما بالحيرة بعد فان الكوفي يصلي اربعا والخراساني ركعتين لان الكوفي مقيم بنيته الاولى في هذا الموضع فلا يصير مسافرا برفض النية ما لم يخرج منها ○ وان شخصا من ذلك الموضع صليا ركعتين وان نويا من الحيرة ان يرجعا الى خراسان ويمران بالكوفة فالخراساني يصلي ركعتين والكوفي يصلي اربعا لانه عزم على الرجوع الى وطنه الاصلي وبينه وبين وطنه دون مسيرة سفر فيصير مقيما في الحال حتى يخرج من الكوفة الى خراسان وان نويا الذهاب الى خراسان ولا يمران بالكوفة صليا ركعتين لان الكوفي لم يعزم على الرجوع الى وطنه فهو ماض على سفره يصلي ركعتين كالخراساني وان خرج الكوفي والخراساني يريدان قصر ابن هبيرة وهو على ليلتين من الكوفة صليا اربعا لانهما لم يعزما على السفر من الكوفة فان ادنى مدة السفر ثلثة ايام فان بدا لهما ان يقيما بالقصر خمسة عشر يوما ثم يمضيا الى بغداد صليا اربعا لان من القصر الى بغداد دون مدة السفر فان بدا لهما من بغداد الى الكوفة ويمران بالقصر فالخراساني يصلي اربعا والكوفي يصلي لان وطن الخراساني بالقصر كان وطنا مستعارا فانتقض به وطنه بالكوفة وصار وطنه القصر وقد عزم على الرجوع الى وطنه وبينه وبين وطنه دون مسيرة سفر يصلي اربعا واما وطن الكوفي بالقصر كان وطن السكنى لانه من فناء وطنه الاصلي ولا يكون له وطنا مستعارا في فناء وطنه الاصلي فان وطن الاصلي ينقض الوطن المستعار لانه فوقه ووطن السكنى ينتقض بالخروج منه لا على قصد السفر فالتحق هو بعد ما وصل الى بغداد بمن لم يدخل القصر فاذا عزم على الرجوع الى وطنه فهذا انشاء سفر من بغداد الى الكوفة وان كانا اوطنا ببغداد خمسة عشر يوما ثم بدا لهما الرجوع صليا جميعا ركعتين لان وطن الخراساني بالقصر قد انتقض بمثله وهو وطنه ببغداد وان لم يكونا نويا الاقامة بالقصر ولا ببغداد فاذا خرجا من بغداد الى الكوفة صليا ركعتين لان وطنهما كان وطن السكنى وقد انتقض بالخروج منه ○ ولو ان كوفيا باع داره وخرج مع عياله يريد ان يوطن مكة فلما انتهى الى الثعلبية بدا له ان يوطن خراسان فمر بالكوفة صلى اربعا لان الوطن الاصلي لا ينقضه الا وطن اصلي مثله ولم يظهر له وطن اصلي في موضع اخر فكانت الكوفة وطنا له فيصلي بها اربعا فان كان دخل مكة ودخلها على عزيمته ثم بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة صلى ركعتين لانه لما دخل مكة باهله وثقله على قصد التوطن بها صار ذلك وطنا اصليا له وانتقض وطنه بالكوفة الا ترى ان النبي عم كان متوطنا بمكة

فلما توطن بالمدينة انتقض وطنه بمكة حتى دخلها قال يا اهل مكة اتموا صلاتكم فانا قوم سفر فان بدا له ان يرجع الى اليمن ويمر بمكة صلى اربعا لانها صارت وطنا اصليا له فيصلي ولم يتخذ بعدها وطنا اخر ولو ان كوفيا قدم مكة في عشر الاضحى يريد الحج وبدا له ان يقيم بمكة سنة فانه يصلي ركعتين حتى يرجع من منا لانه على عزم الخروج منها الى منى وعرفات فلا يصير مقيما بهذا الدخول حتى يرجع من منا الا ان يكون حين دخلها كان بينه وبين يوم التروية خمسة عشر يوما او اكثر فحينئذ يصير مقيما ثم بالخروج الى منا وعرفات لا يصير مسافرا وان بدا له قبل ان يرجع الى منا ان يصير الى الكوفة بعد ما قضى حجه صلى ركعتين بمكة في المسألة الاولى لانه بعد الرجوع من منى ما دخلها على عزم الاقامة فلا يصير مقيما وان كان انما بدا له بعد ما رجع من منا صلى اربعا حين يخرج من مكة يريد سفرا لانه صار مقيما بها حين دخلها على عزم الاقامة ولو ان خراسانيا اوطن الكوفة والحيرة عشرين يوما صلى ركعتين لانه نوى الاقامة في الموضعين وانما تعتبر نية الاقامة في موضع واحد الا ان يكون بالليل بالحيرة وبالنهار بالكوفة فحينئذ يصير مقيما اذا انتهى الى الحيرة لان موضع اقامة المرء حيث يبيت فيه ○ الا ترى انك تسال السوقي اين تقيم فيقول في محلة كذا يشير الى مبيته وان كان هو بالنهار يكون في السوق ○ ولو ان كوفيا خرج حاجا ثم رجع الى الحيرة فنوى الاقامة صلى اربعا فان بدا له ان يخرج من مكة فلما انتهى الى النجف وهو على راس فرسخين بدا له ان يرجع الى الكوفة فانه يصلي ركعتين ما لم يدخل الكوفة لان الحيرة كان وطن السكنى في حقه فانتقض بالخروج منها والتحق بمن لم يدخلها وكذلك ان بدا له ان يرجع الى الحيرة فانه يصلي اربعا وان كان هو على اقل من يوم من اهله لانه ماض على سفره ما لم يدخل الكوفة فان وطنه بالحيرة كان وطن السكنى ○ ولو ان كوفيين خرج احدهما من اهله يريد مكة واقبل الاخر من الشام يريد الكوفة فالتقيا بالحيرة وقد حضرت الصلاة فافتتحا الصلاة ثم رعفا فاقبلا يريدان الكوفة ثم اصابا ماء قبل ان ينتهيا الى بنيان الكوفة فالذي خرج من الكوفة يصلي اربعا والذي اقبل من الشام يصلي ركعتين لان الذي اقبل من الشام ماض على سفره ما لم يدخل الكوفة والذي خرج عزم على الرجوع الى وطنه الاصلي الذي خرج منه فصار مقيما في الحال فلهذا صلى اربعا وان كانا دخلا الكوفة فتوضيا صليا اربعا لان الذي اقبل من الشام دخل وطنه الاصلي فصار مقيما ○ فان كانا مقتديين بمسافر فرعفا فدخلا الكوفة قبل ان يفرغ امامهما صليا اربعا لان حالهما معتبر بحال امامهما ولو دخل امامهما وطنه في هذه الحالة صلى اربعا وان كان فرغ ○ امامهما من صلاته وقد احدثا فدخلا الكوفة صلى كل واحد منهما ركعتين لانهما مقتديان به امامهما لو صار مقيما في هذه الحالة لا يتغير فرضه فكذلك لا يتغير فرضهما وان تكلما صليا اربعا لان حكم المتابعة قد انقطعت حين تكلما وقد دخلا وطنهما الاصلي وكانا مقيمين فيه يصليان اربعا قال واذا نوى الاقامة بعد فراغ الامام لم يتغير فرضه بخلاف المسبوق لان اللاحق في حكم المقتدي فيكون تبعا للامام والامام لو نوى الاقامة في هذه الحالة لم يتغير فرضه وان تكلم اللاحق بعد ما نوى الاقامة في المسألة الاولى تغير فرضه لانه خرج من حكم المتابعة ○ فصار اصلا ونية الاقامة في الوقت ممن هو اصل يكون مغيرا للفرض ○ ولو ان المسافر اسبقه الحدث فاستخلف رجلا قد نوى الاقامة صلى بهم اربعا لان بمجرد الاستخلاف لم يتحول الامامة عنه الى نيته فاما نوى الاقامة وهو امام فتغير فرضه وفرض القوم ولو استخلف مقيما فقد لم يتغير فرض المسافرين فاذا اتم هو المقيم الصلاة وقعد في الركعتين بعد فراغ الاوليين جازت صلاته وصلاة المسافرين لانهم اشتغلوا بالنفل بعد كمال الفرض فاما صلاة غيره من المقيمين فاسدة لانهم اقتدوا في موضع كان عليهم الانفراد فيه وان لم يقرا هذا الخليفة في الركعة الثانية فسدت صلاته وصلاة القوم لانه قائم مقام الاول والاول لو ترك القراءة في هذه الحالة فسدت صلاته وصلاة جميع القوم ولو ان امة افتتحت الصلاة بغير قناع ونحو فذهبت لتتوضا فاعتقت وكانت ام ولد فمات سيدها فاخذت القناع من ساعتها قبل ان تعود الى مكان الصلاة جازت صلاتها استحسانا ○ وفي القياس عليها استقبال الصلاة وفيه قياسان كلاهما في كتاب الصلاة احدهما ان فرض التقنع لما لزمها في خلال الصلاة وجب استقبال الصلاة كالعاري اذا وجد ثوبا في خلال الصلاة والثاني انها بعد ما رعفت في حرمة الصلاة بعد وكانها في خلال الصلاة فاذا تركت التقنع ساعة كان ذلك مفسدا لصلاتها ○ وفي الاستحسان قال هذا الفرض لم يكن عليها في اول الصلاة وانما لزمها في خلال الصلاة وقد اتت به بخلاف العريان لان ○ فرض الستر كان واجبا عليه في اول الصلاة ولكنه كان معذورا للعجز ○ والثاني انها بعد سبق الحدث وان كانت في حرمة الصلاة فهي ما مشغولة باداء اعمال الصلاة فاذا اخرت التقنع فلم يوجد منها اداء شيء من الصلاة مكشوفة العورة بخلاف ما اذا رجعت الى مكان الصلاة ثم تقنعت فقد وجد منها اداء جزء من الصلاة مكشوفة العورة وهو القيام فيكون ذلك مفسدا للصلاة وهذا نظير ما ذكر في كتاب الصلاة ان من في حرمة الحدث فذهب يتوضا اذا لم يجد ماء قبل ان يعود الى مكان الصلاة بطهارة التيمم ثم وجد ماء فعليه استقبال الصلاة ○ رجل صلى بالقوم الظهر ركعتين في بعض القرى وهم لا يدرون امسافر هو ام مقيم فصلاة القوم فاسدة سواء كانوا مقيمين او مسافرين لان الظاهر انه من كان في موضع الاقامة انه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه ○ الا ان يكون كان

في دار الحرب اذا لم يعرف حاله يجعل من اهل دار الحرب بخلاف من كان في دار الاسلام فانه يجعل من المسلمين اذا لم يعرف حاله واذا كان هذا الامام مقيما باعتبار الظاهر فسدت صلاته وصلاة جميع القوم حين سلم على راس الركعتين وذهب فان سالوه فاخبرهم انه مسافر جازت صلاة القوم ان كانوا مسافرين او مقيمين فاتموا صلاتهم بعد فراغه لانه اخبرنا بما هو من امور الدين مما لا يعرف الا من جهته فيجب قبول خبره في ذلك والله اعلم بالصواب

باب السهو

قال رضي الله عنه رجل ام قوما فنسي ان يتشهد حتى قام الى الثالثة فعلى القوم ان يقوموا معه لانهم تبع له وقد جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا به فسبح بهم حتى قاموا ۝ وان كان الامام تشهد فنسي بعض من خلفه التشهد حتى قاموا جميعا فعلى من لم يتشهد ان يعود فيتشهد ثم يتبع امامه وان خاف ان تفوته الركعة الثالثة لانه تبع لامامه فيلزمه ان يتشهد بطريق المتابعة وهذا بخلاف المنفرد لان التشهد الاول في حقه سنة وبعدما اشتغل بفرض القيام لا يعود الى السنة وهنا التشهد فرض عليه بحكم المتابعة وهذا بخلاف ما اذا ادرك الامام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فانه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة اخرى فاذا خاف ذلك تركها لان هناك هو يقضي تلك الركعة بسجدتيها فعليه ان يشتغل باحراز الركعة الاخرى اذا خاف فوتها وهنا لا يقضي هذا التشهد بعد هذا فعليه ان ياتي به ثم يتبع امامه بمنزلة الذي نام خلف الامام اذا انتبه فانه ياتي بما اتى به الامام وان سهى هذا المقتدي في الرابعة حين سلم الامام فعليه الوضوء لصلاة اخرى ومراده انه سهى عن قراءة التشهد عن القعدة لانه اذا لم يقعد حتى سلم الامام فقعد هو فعليه استقبال الصلاة وهذا لان القعدة الاخيرة ركن متى تركها يفسد الصلاة فاما قراءة التشهد واجب فهو لا يصير خارجا بسلام الامام اذا بقي عليه واجب قضى له يكون مصادفا لآخر الوضوء لصلاة اخرى وذلك لا يلزمه استقبال الصلاة لان ترك الواجب لا يفسد صلاته ۝ ولو ان اماما سلم ناسيا وعليه سجدة صلاتية ثم اقتدى به رجل صح الاقتداء لان الامام بسلام السهو لم يصر خارجا من الصلاة فان ذهب الامام ولم يسجد فسدت صلاة المقتدي كما فسدت صلاة الامام وان سجد الامام سجد الرجل معه ثم قام الى قضاء ما سبقه به فان قيد الركعة بالسجدة قبل ان يسجد الامام فسدت صلاته لانه يلزمه العود الى متابعته بعد ان صلى ركعة كاملة فصار منفردا في موضع كان عليه الاقتداء فيه وان كانت السجدة التي تركها الامام سجدة تلاوة وقد قيد هذا الرجل ركعته بالسجدة التي تركها الامام سجدة تلاوة قبل ان يعود الامام اليها ففي رواية هذا الكتاب قال صلاته تامة ولا يعود الى متابعته وفي رواية كتاب الصلاة يقول صلاته فاسدة ۝ وجه تلك الرواية ان العود الى سجدة التلاوة يرفض القعدة كالعود الى السجدة الصلاتية فكان هذا المسبوق قيد ركعته بالسجدة قبل قعود الامام وذلك يفسد صلاته ۝ وجه ظاهر الرواية انه انفرد في موضع لو تكلم فيه امامه كانت صلاته تامة فلا يكون مفسدا لصلاته بخلاف ما اذا كانت السجدة التي تذكرها سجدة صلاتية وهذا لان انتقاض القعدة ۝ في حق الامام انما كان بالعود الى سجدة التلاوة وقد صار هذا المقتدي خارجا عن متابعته قبل ذلك فلا يؤثر ذلك في حقه كالامام اذا ارتد بعد السلام حين بطلت صلاته لم تبطل صلاة القوم ولو صلى بقوم الظهر يوم الجمعة فادركها انقلب ما ادى نفلا في حقه وبقي فرضا في حق القوم على ما كان ۝ وان تذكر الامام سجود السهو واقتدى به هذا الرجل قبل ان يعود اليها ففي صحة اقتدائه خلاف معروف بيناه في كتاب الصلاة وان كان قد اقتدى به قبل ان يسلم ثم قام وقيد ركعته بالسجدة قبل ان يعود الامام الى سجدة السهو جازت صلاته ولم يعد الى متابعته بعد ذلك لان عود الامام الى السهو يرفع السلام ولا ينقض القعدة ولو نسي سجدة من صلب الصلاة وسجدة من تلاوة حتى سلم فان كان ناسيا لهما لم تفسد صلاته لانه سلم ساهيا وذلك غير مفسد لصلاته فيعود ويسجد السجدة الصلاتية ثم سجدة التلاوة وان كان ذاكرا لاحدهما فصلاته فاسدة اما اذا كان ذاكرا للصلاتية فلانه قطع للصلاة لانه تعمد السلام وعليه ركن من اركان الصلاة وان كان ذاكرا للتلاوة ناسيا للصلاتية فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا تفسد هاهنا لانه حين سلم فهو ذاكر لما بقي عليه من ركن الصلاة ۝ وفي ظاهر الرواية تقول صلاته هذا قطع لصلاته لانه سلم وهو ذاكر لواجب من واجبات الصلاة بمحله قبل السلام فيكون صلاته قطعا لا نهاية وبعد قطع الصلاة لا يمكنه ۝ ان يبني عليها يوضحه انه لو بنى فاتى بالصلاتية فلا بد من ان ياتي بسجدة التلاوة ايضا وكان يقال انه ذاكر لها حين سلم فلا يمكنه ان ياتي بها وعلى هذا ايضا لو سلم وعليه سجدة صلاتية وقراءة التشهد الاخيرة وهو ذاكرهما او لاحدهما كان سلامه قاطعا ايضا حتى لا يمكنه ان ياتي بهما ۝ ولكن لا تفسد صلاته لانه لم يبق عليه شيء من اركانها فان سهى الامام في صلاته وسجد للسهو ثم اقتدى به رجل في القعدة التي بعدها صح اقتداؤه لان الامام في حرمة الصلاة بعد وليس على الرجل سجود السهو فيما يقضي لانه ما سهى وانما يلزمه متابعة الامام فيما ادرك فيها وهو لم يدرك فيها بين السجدتين فلا يلزمه بحكم المتابعة ثم ذكرنا او جهر الامام فيما يخافت فيه او خافت فيما يجهر فيه قال هذا مما خافت فعليه السهو

قل ذلك

قل ذلك او كثر وان خافت فيما يجهر كان ذلك في اكثر الفاتحة او في ثلاث آيات من غيرها فعليه السهو وفيما دون ذلك لا يلزمه السهو وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة في كتاب الصلاة ۝ ولو ان اماما نسي ان يقرا في الاوليين فقرا فيهما اقتدى به رجل ثم رعف الامام فقدم هذا الرجل فعليه ان يقرا في الاخريين لانه قام مقام الاول لكان قراءة فيهما ثم تاخر وقدم من ادرك اول الصلاة وقام هو لاتمام صلاته فعليه ان يقضي الركعتين بقراءة حتى اذا ترك القراءة فيهما او في احدهما فسدت صلاته لانه في الاخريين كان خليفة للامام الاول فيلتحق قراءته بمحلها بمنزلة ما لو قرا الامام الاول فلا يتادى به الفرض القراءة في حقه وهو فيما مسبوق فعليه ان يقضي بقراءة ومن عليه سهو وتكبير وتلبية بدا بالسهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية لان السهو مؤدى في حرمة الصلاة بدليل انه يسلم بعدها والتكبير مؤدى في فور الصلاة لا في حرمتها ولهذا لا يسلم بعده والتلبية مؤدى لا في حرمة الصلاة ولا في فورها فيؤخرها فان سلم في خلال الصلاة ساهيا ثم كبر ثم اتم صلاته واعاد التكبير ولو كبر ثم تذكر استقبل الصلاة لان التكبير ذكر لا تفسد به الصلاة والتلبية كلام فانه اجابة للداعي فيكون من جنس الكلام ۝ ومن تكلم ساهيا في خلال الصلاة فسدت صلاته ثم خروج الوقت قبل سجود السهو في كل موضع لو كان في خلال الصلاة كان يفسد الصلاة فانه يسقط عنه سجود السهو كطلوع الشمس او خروج وقت الظهر في صلاة الجمعة او تغير الشمس في حق من يقضي فائتة عليه وفي كل موضع لو كان ذلك في خلال الصلاة لم يمنعه من اتمام الصلاة فذلك لا يمنعه من سجود السهو ايضا نحو دخول وقت العصر في حق من يصلي الظهر ولو قرا الفاتحة ثم ركع ساهيا ثم رفع راسه فقرا سورة ثم ركع ساهيا ثم رفع راسه فقرا سورة ثم ركع فاقتدى به رجل في الركوع الثاني فهو مدرك للركعة لان المعتد به هو الركوع الثاني فان الاول لحصل قبل اوانه لان الركوع ما بعد قراءة الفاتحة والسورة ولو كان قرا الفاتحة والسورة ثم ظن بعدما رفع راسه من الركوع انه لم يقرا وركع الثانية فادرك رجل الركوع الثاني لم يكن مدركا للركعة لان المعتد به هو الركوع الاول فانه حصل في اوانه والركوع الاول حصل مكررا فلا يكون معتدا به ۝ ولو صلى من الظهر ركعة وترك سجدة ثم قام فقرا وركع وسجد ثلث سجدات فالسجدة الثالثة لا تكون من الاولى لان الركعة تتقيد بالسجدة الواحدة وقد صارت السجدة المتروكة في حكم الدين حين صلى بعدها ركعة تامة فلا يتادى بدون نية الاداء القضاء بخلاف ما اذا لم يركع في الثانية حتى سجد فانه يقع عما عليه ولا يحتاج الى النية لان محل تلك السجدة لم يفت فلم يات بمحل التلاوة فلو سهى عن سجدة من الركعة الاولى حين صلى الثالثة وقام ساهيا قبل ان يتشهد ثم تذكر فسجد تلك السجدة لم يقعد بعدها ولكنه يقوم لانه ما ادى تلك وقد التحقت بمحلها وهي الركعة الاولى ويبقى هو في حكم القائم الى الركعة الثالثة قبل ان يقعد فلا يعود للقعدة وان كان ترك من الثانية ايضا سجدة والمسئلة بحالها فانه ياتي بالسجدتين ثم يقعد لان السجدة الاولى تلتحق بمحلها من الركعة الاولى كالسجدة الثانية وبعدها اوان القعدة فعليه ان يقعد وهذا لانه في حكم العقد بعدما لم يصل بعدها ركعة وكانت مؤداة في محلها وارتفض ما ادى من القيام به فكانه لم يقم الى الثالثة فيتشهد ثم يقوم وكذلك لو كان تشهد فانه يعيد التشهد لان بالعود الى السجدة المتروكة من الركعة الثانية انتقض تشهده كما انتقض قيامه ثم ذكر المسئلة المعروفة التي بيناها في كتاب الصلاة وهي الخمس امامية الا انه اجاب هنا في السهو فنزل الامام الخامس يسجد السجدة الاولى ويسجد معه جميع القوم والائمة الاربعة وفي كتاب الصلاة

[illegible]

باب الحدث في الصلاة

قال رضي الله عنه ولو ان اماما صلى بقوم ركعتين من الظهر ثم احدث فجاء رجل [illegible] فقدمه الامام [illegible] فظن الرجل انه قد صلى ثلث ركعات فصلى بهم ركعة اخرى ثم تاخر فاخذ بيد رجل ممن ادرك اول الصلاة فسلم بهم صلاتهم جميعا فاسدة [illegible]

لان الامام الثاني استخلف في غير موضعه من غير عذر فكان ذلك مفسدا لصلاته وصلاة القوم وكذلك الثاني اذا فعل ذلك فظن انه انما صلى ركعة فصلى ثلث ركعات
ولم يقعد في رابعة الامام فصلاتهم ايضا فاسدة لانه قايم مقام الاول والاول لو قام الى الخامسة قبل ان يقعد وقيد الركعة بالسجدة فسدت
صلاته وصلاة جميع القوم فكذلك الثاني ۞ ولو ان اماما احدث فتقدم رجلان ممن خلفه ونوى كل واحد منهما ان يكون اماما فايتم بكل واحد منهما
طايفة فصلاة الذي ايتم به الاكثر من القوم تامة وصلاة الاخرين فاسدة لان هذه صلاة افتتحت بامام فلا يمكن اتمامها باماميين والاقل لا يعارض
الاكثر فالامام هو الذي ايتم به الاكثر القوم وما ذكرنا يتبين انه لا معتبر بما قاله بعض المشايخ انه اذا ايتم بكل واحد منهما طايفة
انه اذا ايتم بكل واحد من الامامين جماعة انه تفسد صلاة الفريقين ولا عبرة بالاقل فالاكثر بعد ان وجد جمع متفق عليه مع كل واحد منهما فان
هنا على الترجيح بالكثرة وهو اصل في الفقه فان للاكثر حكم الكمال فالذي ايتم به اكثر القوم في حكم ما لو ايتم به جميع القوم وان ايتم بعض
الطايفة على بعض فصلاتهم فاسدة لانه لا ترجيح لاحد الفريقين ولا وجه لتصحيح صلاة الفريقين لان الصلاة التي افتتحت بامام لا يمكن اتمامها
باماميين ولو قدم الامام رجلا قبل ان يخرج من المسجد وتقدم اخر وايتم بكل واحد منهما طايفة من القوم فهذا والاول سوا لان الذي يقوم بنفسه
قبل خروج الامام في حكم من قدمه الامام اذا اقتدى به القوم فانما الامام انما استخلف لاصلاح صلاتهم ولهم ان يشتغلوا باصلاح صلاتهم
كما يكون ذلك للامام واقتدا القوم بمن تقدم بمنزلة تقديم الامام اياه الا ترى ان اجماع الناس على رجل بمنزلة استخلاف الاعظم اياه في حكم
ثبوت الامامة ۞ ولو ان رجلا ام رجلين في مسجد فاحدث فقدم احدهما ثم احدث الثاني فخرج ونوى الثالث ان يكون اماما فهذا لا معتبر به
فانه متعين للامامة سوا نوى او لم ينو فتحولت الامامة اليه فان احدث فخرج من المسجد قبل ان يعود احد الاولين فسدت صلاتهما لانه لم يبق
امام في المسجد ولم تفسد صلاته لانه في حق نفسه كالمنفرد ولو لم يخرج من المسجد حتى استقبل الرجلان قبل ان يستخلف احدهما وقبل ان يتقدم
احدهما فصلاة الرجلين فاسدة لانه ليس احدهما بتحول الامامة اليه باولى من الاخر وان تقدم احدهما للامامة او قدمه الامام ثم خرج فصلاتهم
جميعا فاسدة لاهلية الامامة فتحولت الى من قدمه الامام او تقدم بنفسه فلم يخل مكان الامامة عن الامام ولو ان رجلا ام قوما في المسجد ۞
والمسجد ملآن وصف خارج من المسجد متصل بهم يصلون فاحدث واحد فدخل من هو خارج المسجد فقدمه فصلاتهم جميعا فاسدة وهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فاما على قول محمد رحمه الله فصلاتهم تامة قال لان الصفوف متصلة وبحكم اتصال الصفوف تصير الامكنة
المختلفة في حكم مكان واحد الا ترى انهم اذا كانوا يصلون في الصحرا فاستخلف الامام من اخر الصفوف قبل ان يجاوزها صح الاستخلاف ولم
صلاتهم بتاخير الاستخلاف الى اخر الصفوف فكذلك اذا كان الامام في المسجد والدليل عليه ان القوم الذين هم خارج المسجد صح اقتداوهم
بالامام وانما صح اقتداوهم به لان الموضع الذي هم فيه بمنزلة المسجد في حكم الصلاة فكذلك في حكم الاستخلاف وهذا لان الاستخلاف
انما يكون لاصلاح صلاة القوم وحاجة الذين هم خارج المسجد الى ذلك كحاجة الذين هم في المسجد الا ترى انه قبل ان يخرج من المسجد
لو اشار الى بعض من كان خارجا من المسجد حتى دخل فقدمه كان استخلافه صحيحا فكذلك اذا خرج اليه فقدمه قبل ان يجاوز الصفوف
قلنا باستخلافه يكون صحيحا ايضا ۞ وجه قولهما ان الامام خرج من المسجد قبل الاستخلاف وذلك مفسد لصلاة القوم ايضا
كما لو لم تكن الصفوف متصلة خارج المسجد وتحقيق هذا الكلام ان القياس ان تفسد صلاته بترك الاستخلاف من اول الصفوف ان كان ۞
في المسجد لخلو موضع الامامة وهو المحراب عن الامام ولكن تركنا هذا القياس ايضا ما دام في المسجد لان حكم جميع المسجد في حكم واحد ايضا
ولهذا صح اقتداء من وقف في اخر المسجد بالامام وان لم تكن الصفوف متصلة بينه وبين الامام وهذا المعنى لا يوجد خارج المسجد ۞
لان ذلك لم يجعل في حكم المسجد فاخذنا فيه بالقياس وانما جعلنا ذلك في حكم صحة الاقتداء بمنزلة المسجد لاجل الضرورة الا ترى انه
في موضع الضرورة وهو ما اذا لم يكن المسجد ملآن لا يجعل كذلك حتى لا يصح اقتداؤهم بالامام فكذلك ايضا في حكم الاستخلاف
لا ضرورة له لانه يتمكن من الاستخلاف في المسجد ايضا وهذا لانهم كانوا يصلون في الصحرا لان تلك الامكنة قبل افتتاح الصلاة فيها ۞
لم تكن في حكم مكان واحد وانما صارت كذلك باتصال الصفوف فالمواضع التي فيها الصفوف متصلة تكون بمنزلة المسجد وها هنا
المسجد في حكم مكان واحد وانما صارت بدون اتصال الصفوف الا ترى ان الامام لو جاوز الصفوف قبل ان يستخلف وهو في المسجد بعد
ثم استخلف كان استخلافه صحيحا فلما كان فيما يرجع الى تصحيح صلاتهم يعتبر المسجد ها هنا ولا يعتبر ايضا اتصال الصفوف فكذلك فيما يرجع
الى فساد صلاتهم ۞ ولو ان رجلا صلى ركعة وهو امام وليس احد خلفه ثم جاء قوم فاقتدوا به ثم احدث فاخذ بيد رجل منهم فقدمه وكان
قد سهى قال يتم هذا بقية صلاة الامام الاول لانه قايم مقامه ثم يتاخر فيقضون ما فاتهم وحدانا لانهم مسبوقون في ذلك فاذا فرغوا
سجدوا للسهو ولا يسجدون عند تمام صلاة الامام لان موضع سجود السهو بعد السلام وليس ها هنا من يدرك اول الصلاة حتى
يسلم بهم فلهذا لا يسجدون للسهو ايضا حتى يفرغوا من قضاء ما عليهم فاذا سلموا سجدوا للسهو ايضا بمنزلة المسبوق ۞

اذا لم يتابع الامام في سجود السهو حتى يفرغ مما عليه فانه يسجد للسهو استحسانا فهذا مثله ۞ ولو ان رجلا صلى مع الامام ركعة ثم رعف
فذهب فتوضأ وقد فرغ الامام من صلاته ثم صلى هذا بمنزلة ما بقي من صلاته قال يجزيه لانه لا يوجد منه الا ترك المشي الى الصلاة وذلك لا
فان قيل كيف يستقيم هذا واللاحق في حكم المقتدي فيما يتم فاذا كان بينه وبين الامام ما يمنع صحة الاقتدا به من طريق او نهر ينبغي ان لا تجوز صلاته
قلنا نعم فيما يؤدي من الافعال بمنزلة المقتدي ولكن الامام قد خرج من حكم الصلاة فكيف يراعى ترتيب المقام بينه وبين من خرج من الصلاة وزال
او احدث او نام او كان الامام لم يخرج من صلاته بعد فصلاة هذا الرجل فاسدة اذا كان امام الامام او كان بينه وبين الامام ما يمنع صحة الاقتدا
الا ان يكون بيته بجنب المسجد بحيث لو اقتدى بالامام من بيته يكون اقتداؤه صحيحا فحينئذ يجوز له ان يؤدي بقية الصلاة في بيته لان البقا على التحريمة ليس
واذا كان يجوز اقتداؤه بالامام ابتدا وهو في هذا الموضع اذا كان المسجد ملآن فلان يجوز له اتمام الصلاة في هذا الموضع مع الامام كان اولى

باب الجمعة

قال رضي الله عنه واذا سجد الامام في الركعة الاولى في الجمعة فلم يستطع بعض من خلفه ان يسجد لكثرة الزحام حتى قام الامام في الثانية فقرا وركع وهذا
يريد اتباعه في الثانية فسجد معه قال هذه السجدة للثانية لانه نواها متابعة الامام فسجدها الامام للركعة الثانية فنيته متابعة الامام ۞
بمنزلة نيته ان يسجد للثانية فيتقيد الركوع الثاني بالسجدة ولم يتقيد الركوع الاول بها وكل ركوع لم يتقيد بسجود فانه لا يعتد به فعليه قضاء الركعة
الاولى بركوعها وسجودها ولا يعتد بها لانه لا يعتد بما هو الاول الصلاة ولا يتابع الامام في التشهد لكن يقوم فيقضي ركعة لانه لاحق
فهو بمنزلة النايم خلف الامام اذا انتبه ومراعاة الترتيب في ركعات صلاة واحدة ليس بشرط فلا يضره هذا التقديم والتاخير وان لم يركع
في الثانية ولكنه سجد معه ينوي اتباعه لم يجزه هذه السجدة لواحدة من الركعتين لانه نواها للثانية حين نوى متابعة الامام وشرط جواز
للثانية لعدم الركوع فان الركوع افتتاح للسجود ولا يوجد فلا يمكن تجويزها للاولى لانه قصد متابعة الامام فيها وان لم يحط السجدة على نيته
متابعة الامام فسجد قبله ثم ادرك الامام فهذا يجزيه من الركعة الاولى لان نية المتابعة لا تكون نية السجود للركعة الثانية فان الامام ما
ولو انما يتابع الامام فيما اداه الامام او هو فيه فاما ما ادى الامام لسجدة الركعة الاولى فنيته هذه المتابعة لغو وزعم بعض مشايخنا ان جواب
هذا الفصل فيما اذا لم يركع مع الامام الثانية قال رضي الله عنه والصحيح عندي انه سوا ركع او لم يركع اذا سجد معه كان سجوده في الركعة الاولى وكذلك
لو سجد بعدما رفع الامام راسه من الركوع ينوي اتباعه في الثانية كانتا للاولى وان سجد مع الامام في الثانية ينوي الاولى فهي للاولى ايضا
لانه لم يقصد متابعة الامام وانما قصد اداء ما سبقه الامام به ولهما نوى وان كان ركع في الثانية وسجد ينوي اتباعه وهو ساجد في الثانية
وبقوله هو ساجد تبين ان الصحيح من الجواز فيما سجد قبله انها للاولى سواء ركع او لم يركع ۞ وان كان اماما كبر يوم الجمعة ومعه قوم متوضئون
فلم يكبروا معه حتى دخل قوم المسجد فاحدث هؤلاء وكبر الذين دخلوا فصلاتهم تامة لان الامام حين كبر كان مستجمعا الشرايط الجمعة فان من شرط
الجمعة الجماعة والقوم الذين كانوا معه مستعدين للجمعة فانعقدت تحريمته للجمعة ثم مشاركة الفريق الاخر معه ومشاركة الجماعة الاول
ان لو كبروا معه قبل ان يحدثوا سواء ثم جاءوا فكبروا قبل ان يحدث لو وجدوا الماء في المسجد فتوضئوا واقتدوا به كانت صلاتهم تامة فكذلك الفريق الثاني
وهذا لان سبق الحدث لما كان لا ينافي صفة الامامة عن الامام ما دام في المسجد وان كانوا على غير الوضوء ثم جاء قوم اخرون فدخلوا معه
فعليه ان يستقبل بهم التكبير والا لم تجزه صلاته لانه حين كبر لم يكن مستجمعا جميع شرايط الجمعة فان نصاب الجماعة لا يتم في الجمعة بالمحدثين فانعقدت
تحريمته للظهر ثم لا يتحول الى الجمعة فاقتداء القوم به لم يجدد التكبير ولو ان اميرا قدم والي الاول يخطب فاستمع الخطبة والاول
لا يعلم به ثم تقدم الاول فادى الفريضة فصلاتهم تامة لان الاول لا ينعزل ما لم يعلم بقدوم الثاني فانما صلى بهم وهو امام وان كان الاول
قد علم بقدوم هذا فان امره الاخر ان يعيد لصلاته لم تجز صلاتهم لانه لما علم بالعزل صار كغيره من الرعية وان تقدم الامام الثاني فصلى بهم
فلم تجزهم الا ان يعيد الخطبة لان الباقي لما نهى الاول صار هو كغيره من الرعية فلا يعتد بخطبته والثاني لم يخطب ومن شرط الجمعة الخطبة وان كان الثاني
امره ان يمضي في خطبته ففعل ثم تقدم الاخر فصلى بهم اجزاه لان خطبة الاول بامر الثاني كخطبة الثاني بنفسه وهذا اذا كان الثاني شهد الخطبة
الاول فان لم يشهد لم تجزهم الجمعة انعدم في حق الثاني حين لم يشهد الخطبة الا ان يامر الاول ان يصلي او يتقدم الاول فاقتدى به الثاني فيكون
دليل الرضا بامامته ودليل الرضا كصريح الرضا فتجزيهم حينئذ لان من فتح الجمعة كان مستجمعا شرايطها ۞ ولو ان اميرا فتح ابواب القصر
وامر المؤذن فاذن فجمع بين الناس في قصره فانه يجزيهم والمراد من فتح ابواب القصر الاذن للعامة بالدخول فقد ادى الجمعة وهو مستجمع لشرايطها
لانه مامور بان يصلي الجمعة باهل المصر وان موضع اقامة الجمعة فيه المصر واذا لم يفتح باب قصره ولم ياذن للناس بالدخول لم يكن مصليا باهل المصر وانما
السلطان شرطا في الجمعة لانه لا يفوت بعض اهل المصر على البعض صلاة الجمعة كذلك لا يكون للسلطان ان يفوت الجمعة على اهل المصر فلهذا شرطنا الاذن في ذلك

ولو امر الامير انسانا ان يصلى بالناس الجمعة فى المسجد الجامع وانطلق فى حاجة له ثم دخل المصر فى بعض المساجد فصلى الجمعة قال لم يجز اهل المسجد الجامع لان خليفته مستجمع لشرايط الجمعة وقد صلى باهل المصر ولا تجزيه صلاته الا ان يكون علم الناس بذلك باذن لهم اذنا عاما في الصلاة معه فحينئذ يجوز لانه لا يكون مستجمعا شرايط الجمعة الا بذلك ثم هذا الجمعة في موضعين واختلفت الروايات فى اقامة الجمعة فى موضعين فى مصر واحد فالصحيح من قول ابى حنيفة ومحمد رح انه يجوز اقامة الجمعة فى مصر واحد فى موضعين او اكثر من ذلك • وعن ابى يوسف فيه روايتان فى رواية احدى الروايتين يجوز فى موضعين ولا يجوز اكثر من ذلك وفى الرواية الاخرى لا يجوز اقامة الجمعة فى مصر واحد فى موضعين الا ان يكون فى وسط المصر نهرا عظيما كما هو ببغداد فحينئذ يكون كل جانب منه فى حكم مصر على حدة • ووجه ظاهر الرواية انه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده فتحت الامصار ولم يجد احد منهم فى مصر اكثر من مسجد واحد لاقامة الجمعة ولو جاز اقامتها فى موضعين جاز فى اكثر من ذلك فيؤدى الى القول بان يصلى فى كل مسجد من مسجدهم واحده يقول بذلك فى تجويز اقامة الجمعة فى موضعين فى مصر واحد تقليل كل جماعة واقامة الجمعة من اعلام الدين فلا يجوز القول بما يؤدى الى تقليلها • وجه الرواية الاخرى ان المصر قد يكون متباعد الجوانب فيشق على الشيوخ والضعفاء التحول من جانب الى جانب لاقامة الجمعة فلدفع هذا الحرج جوزنا اقامتها فى موضعين • والاصل فيه حديث على رضى الله عنه حين خرج يوم العيد الى الجبانة استخلف من يصلى بالضعفة فى المسجد الجامع وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وهذه الضرورة ترتفع بتجويزها فى موضعين فلا يجوزها فى اكثر من ذلك • وجه قول ابى حنيفة وهو قول النبى عم لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع فانما شرط لاقامة الجمعة المصر الواحد فهذا الشرط فى حق كل فريق ولان الحرج مدفوع وفى القول بانه لا يجوز اقامتها الا فى موضع واحد معنى الحرج ومعنى تهييج الفتنة فقد يكون بين اهل مصر واحد اختلاف على وجه بحيث لو اجتمعوا فى موضع كان ذلك سببا لتهييج الفتنة وقد امرنا بتسكينها فلهذا جوزنا اقامتها فى موضعين او اكثر من ذلك ولو خرج الامام يوم الجمعة الى الاستسقاء وخرج باناس كثير وخلف انسانا فصلى بهم فى المسجد الجامع وصلى هو من معه الجمعة فى الجبانة وهو على غلوة من المصر فصلاة الفريقين جائزة لان فناء المصر فى حكم جوف المصر فكان هذا وما لو صلى الامام فى جوف المصر سواء ثم المصر كما يشترط لاقامة الجمعة يشترط لاقامة صلاة العيد وهو انما يؤدى فى الجبانة على غلوة من المصر او اكثر من ذلك فكذلك تجوز اقامة الجمعة فى مثل هذا الموضع فان قيل اليس ان فى حق المسافر هذا الموضع فى حكم المفازة لا فى حكم جوف المصر حتى ان من خرج من اهل هذا المصر على نية السفر يصلى صلاة المسافرين فى هذا الموضع ومن قدم مسافرا من اهل هذا المصر فانتهى الى هذا الموضع صلى صلاة المسافرين ايضا فكذلك فى حق الجمعة ينبغى ان يجعل هذا الموضع بمنزلة المفازة • قلنا فناء المصر موضع معد لحوايج اهل المصر لا لاقامتهم فى فنايها وانما يتغير فرض المسافر بالاقامة فيتعين فيه موضع الاقامة وهو ما بين الابنية فاما اقامة صلاة الجمعة والعيد من حوايج اهل المصر وهذا الموضع معد لذلك فيجعل فى حق هذا الحكم فناء المصر كجوف المصر • رجل صلى الظهر فى منزله يوم الجمعة ثم راح الى الجمعة فقد بينا هذه المسئلة بفصولها فى كتاب الصلاة والذى نذكرها هنا حرف واحد هو ما اذا كان خروجه من اهله بعد فراغ الامام من الجمعة واصاب انه لا ينتقض ظهره بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يجعل السعى الى الجمعة على الخصوص وانما سعيه الى الجمعة على الخصوص بعد خروجه من باب داره ولو وجد ذلك لا ينتقض ظهره ومعنى هذا انه اذا كان يسعى فى داره قبل فراغ الامام من الجمعة فخرج منها قبل ان يخرج هو من داره فانه لا حتى خرج بعد فراغ الامام من الجمعة ولو احدث الامام بعد ما دخل فى الصلاة فقدم رجلا واتم الصلاة بالقوم اجزاهم بمنزلة ما لو فعله الامام وقد بينا هذا فى ساير الصلوات ان يقدم بعض القوم لحاجتهم الى اصلاح الصلاة وهذا المعنى موجود فى الجمعة بل اظهر فانه هنا لو فسدت صلاتهم لم يقدروا على استقبالها بانفسهم بخلاف ساير الصلوات وهذا بخلاف ما لو احدث الامام قبل ان يدخل فى الصلوة فتقدم رجل من العوام من غير ان يقدمه الامام فانه لا يجزيهم لان المتقدم هنا يحتاج الى افتتاح الجمعة ولا يصلح لافتتاح الجمعة من لا يكون مستجمعا لشرايطها ومن شرايطها السلطان فلهذا لا يجزيهم الا ان يكون المتقدم ذا سلطان تاما فى الاول لحاجة المتقدم الى البناء على الصلاة فلا يعتبر استجماع الشرايط فى حق من يبنى على الصلاة وهو نظير ما لو قدم الامام رجلا ممن لم يشهد الخطبة فان ذلك بعد الشروع فى الصلاة صح تقديمه وان كان قبل الشروع فيها لم يصح تقديمه • يوضحه ان الامام حين افتتح بهم الجمعة فقد صار مستقيما بهم فيما يعجز هو عن اقامته بنفسه وذلك دلالة الاذن منه لكل واحد من القوم فى التقدم لاتمام الصلاة عند سبق الحدث وهذا المعنى قبل دخوله فى الصلاة معدوم فلا يكون يقتدى به باذن الامام • ولو ان الامام قدم رجلا لم يشهد الخطبة قبل ان يدخل فى الصلاة لم يجز ان يصلى بهم الجمعة لانه غير مستجمع لشرايطها فان قدم هذا المقدم غيره ممن لم يشهد الخطبة فصلى بهم الجمعة فالاصح انه يجزيهم لانه مستجمع لشرايط الجمعة وفى مثل هذا الموضع وهو الاصح ان الاستخلاف انما يصح ممن يملك اقامة الجمعة بنفسه والذى لم يشهد الخطبة بعدما فرغ من الصلاة اجزاهم لان خليفته مضى على صلاته واستجماع الشرايط غير معتبر فى البناء ولانه لما صح تحريمه للجمعة

الجمعة ممن شهد الخطبة فى الحكم وهذا هو الاصح وقد قال ان تكلم هذا المقدم يستقبل بهم الجمعة وهو يحتاج الان الى افتتاح الجمعة فعرفنا ان المعنى الصحيح ما قلنا انه لما صح تحريمه للجمعة صار هو بمنزلة من شهد الخطبة فى الحكم

باب صلاة العيد

قال رضه ولو ان رجلا ادرك الركعة الثانية من العيد مع الامام فكبر ثم رعف فتوضا ثم جاء وقد صلى الامام قال يقوم مقدار القراءة ثم يكبر قلنا يركع بالرابعة لانه لاحق فى الركعة الثانية مسبوق فى الركعة الاولى فانما يبدا بما هو لاحق فيه وهى الركعة الرابعة فيقضيها بغير قراءة والذى قال انه يقوم مقدار القراءة على طريق الاستحباب فاما فرض القيام يتادى بادنى ما يتناوله الاسم فاذا فرغ من هذه الركعة قام فقضى الركعة الاولى بقراءة لانه مسبوق فيها ثم ذكرها هنا انه يبدا بالقراءة فيها ثم بالتكبير وذكر بعد هذا هذه المسئلة فى الكتاب وقال يبدا بالتكبير ثم بالقراءة ففيها روايتان وكلاهما فى صفحة واحدة فالرواية التى قال يبدا فيها بالتكبير جواب الاستحسان وهو ظاهر الرواية على ما ذكر فى كتاب الصلاة والجامع والزيادات انه السير الكبير وقد بينا هذا فى كتاب الصلاة • واذا صلى الرجل مع الامام فى العيد ركعة ثم تكلم فلا قضاء عليه فى قول ابى حنيفة رحمه الله ولم يذكر قولهما وقد ذكرنا فى بعض النوادر ان عليه قضاء ركعتين فى قول ابى يوسف رحمه الله • ووجه قولهما انه التزم ذلك فى الشروع اداء ركعتين ولو التزم ذلك بالنذر كان عليه اداؤهما فكذلك اذا التزم ذلك بالشروع وقياسا بساير الصلوات وابو حنيفة رح يقول هو بالشروع ما قصد اداء ما ليس عليه وانما قصد اقامة ما هو من اعلام الدين وذلك مستحق على جماعة المسلمين فكان هذا فى المعنى فى اداء الفرض نفسه وذلك لا يلزمه شيئا ليس عليه فكذلك هذا الشروع والمعنى انه قصد الاسقاط لا الالتزام الا ترى ان من شرع فى صلاة الجمعة مع الامام ثم تكلم لم يلزمه الا ما يلزمه قبل الشروع وهو اداء الظهر فكذلك يوضحه انا لو اوجبنا عليه القضاء فاما ان يقضى مع التكبيرات او بدون التكبيرات ولا يمكنه ان يقضى مع التكبيرات لان ذلك غير مشروع الا فى صلاة العيد والمنفرد لا يتمكن من اداء صلاة العيد ولا يجوز ان يقضيه بدون التكبير ولان القضاء بصفة الاداء وردوا هذه المسئلة الى الخلاف الذى بينا فى كتاب الصوم ان من شرع فى صوم يوم النحر ثم افسده لم يلزمه القضاء فى قول ابى حنيفة وعندهما يلزمه قضاء يوم آخر وهذا المعنى متقارب فان ابا حنيفة يقول لا يلزمه القضاء بغير صفة الاداء ومما يجب ان الاصل الايجاب دون الصفة فكذلك هنا ثم ذكر باب التكبير فى ايام التشريق ولم يذكر فيه المسائل الا ما قلنا فى كتاب الصلاة وذكر باب صلاة الخوف ايضا • ومسائله عينها بينا فى كتاب الصلاة وقد بينا المسئلة هنا لم يذكر ان الامام لو رعف فى الركعة الثانية فقدم رجلا من الطائفة الثانية فانه يصلى بقية صلاة الامام ثم ينتقل هو ومن خلفه فيقومون بازاء العدو وهذا لا يشكل فى حق القوم لانهم الطائفة الثانية فاوان انصرافهم من الصلاة الى العدو عند تمام صلاة الامام فاما فى حقه فيقول هو خليفة الامام فى تمام بقية صلاته • وقيل فيما وراء ذلك هو من جملة الطائفة فلهذا ينصرف مع الطائفة الثانية ثم يعود معهم لاتمام صلاته والله اعلم

باب صلاة المريض

ولو ان مريضا صلى بالايماء قوما يومون وقوما يسجدون فانه تجوز صلاته وصلاة من هو فى مثل حاله ولا تجوز صلاة من يسجد لا على قدر وقد بينا هذا فى كتاب الصلاة ان المقتدى يبنى صلاته على صلاة الامام ويجوز بناء الضعيف على الضعيف ولا يجوز بناء القوى على الضعيف ثم فرع على هذا الاصل هاهنا فقال اذا كان الامام مستلقيا يومى ايماء وخلفه من يومى مستلقيا ومن يومى قاعدا فانه تجوز صلاته وصلاة من هو فى حاله ولا تجوز صلاة القاعد لما فيه من بناء القوى على الضعيف فان حال المستلقى فى الايماء دون حال القاعد الا ترى انه لا يجوز الايماء مستلقيا ممن يقدر على القعود فى النافلة ولا فى المكتوبة وهكذا الحرف يفرق ابو حنيفة وابو يوسف بين هذا وبين اقتداء القائم بالقاعد الذى يركع ويسجد فانهما جوزا ذلك هناك لان حال الامام قريب من حال المقتدى حكما الا ترى انه يجوز اداء النفل مع القدرة على القيام مع ان ابا يوسف كان لا يرى القياس ان لا يجوز اقتداء القائم بالقاعد وانما جوزنا ذلك بخلاف القياس بالسنة فان آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم باصحابه فى المسجد كان هو قاعدا وهم خلفه قيام والمخصوص عن القياس لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معنى المنصوص من كل وجه على ما بينا فلهذا اخذنا فيه بالقياس ولو افتتح المكتوبة وهو صحيح مع الامام قاعدا ثم قام فلم يعد التكبير لصلاته فاسدة وكذلك لو مرض بعد ما كبر لم يستطع القيام الا ان يقيد التكبير بعد ما تقدم او بعد ما عجز عن القيام لان القيام شرط عندنا فى التحريمة فى حق من يقدر عليه وقد انعدم ذلك فلم ينعقد تحريمته للمكتوبة الا ان يجدد

التكبير بها بعدها تجزيه وهو نظير ما لو افتتح صلاة الظهر قبل زوال الشمس ثم زالت فاذا هالم يخرج من المكتوبة لانعدام شرطها وهو الوقت
عند الافتتاح الا ان يجدد التكبير بعد زوال الشمس فهذا مثله والله اعلم

باب الصلاة على الجنائز

قال رضي الله عنه ولو ان رجلا صلى على جنازة وهو مريض قاعدا وصلى القوم معه قياما فانه يجزيهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجزيهم في قول محمد وزفر رح لان القيام فرض في حق من يقدر عليه في صلاة الجنازة كما هو فرض في سائر المكتوبات وقد بينا اقتداء القائم بالقاعد في التطوعات وكالقيام في شهر رمضان انه على الخلاف فكذلك في صلاة الجنازة الا ان معنى قول محمد وزفر رح لان القيام فرض في حق من يقدر عليه في صلاة انه على الخلاف في سائر المكتوبات وكذلك اقتداء القائم بالقاعد في التطوعات وكالقيام في شهر رمضان انه على الخلاف فكذلك في صلاة الجنازة الا ان معنى قول محمد رح هاهنا لا يجزي انه لا يجزي القوم فاما الصلاة على الجنازة تتادى باداء الامام لان الجماعة ليست بشرط للصلاة على الجنازة والامام الذي صلى قاعدا عليها كان مريضا فجازت صلاته والصلاة على الجنازة فرض على الكفاية فتسقط باداء الواحد اذا كان هو الولي وليس للقوم ان يعيدوا بعد ذلك ولو ان جنازة تشاجر فيها قوم ايهم يصلي عليها فوثب رجل غريب فصلى وصلى بعض القوم صلاتهم تامة وان احب الاولياء اعادوا الصلاة لان حق الصلاة على الاولياء فلا يكون لغيرهم ان يبطل حقهم وهو بمنزلة ما لو صلى غير اهل المسجد المكتوب بالجماعة في المسجد كان لاهل المسجد حق الاعادة بخلاف ما اذا صلى اهل المسجد فانه ليس لغيرهم حق الاعادة بعد ذلك ٥ وان كان حين فتح الرجل الغريب صلاة الجنازة اقتدى به بعض الاولياء فليس لمن بقي منهم حق الاعادة لان الذي اقتدى به رضي بامامته فكانه قدمه ولكل واحد من الاولياء حق الصلاة على الجنازة كانه ليس معه لان الولاية متكاملة فهذا تسقط باداء احدهم ولم يكن للباقين حق الاعادة ٥ وقد بينا في كتاب الصلاة جواز اداء الصلاة على الجنازة بالتيمم في المصر اذا خاف الفوت وكذلك لو كان هو بنفسه الامام ٥ وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز للامام ان يصلي على الجنازة بالتيمم في المصر قال عيسى وهو الصحيح لان التيمم انما يجوز في حال عدم الماء فاما مع وجود الماء لا يكون طهارة الا عند الضرورة وهو خوف الفوت وهذا غير موجود في حق الامام الذي يكون حق الصلاة على الجنازة له لان الناس ينتظرونه ولو لم يفعلوا كان له حق اعادة الصلاة عليها فلا حاجة به الى الاداء بالتيمم مع وجود الماء ٥ وجه ظاهر الرواية حديث ابن عباس رض اذا فجاتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولان الامام قد يحتاج الى ذلك كما يحتاج اليه القوم فانه عند كثرة الزحام ربما يلحقه الحرج اذا ذهب الى موضع الماء ليتوضا ولا ينتظره الناس فيصلون عليها ويدفنون الميت قبل ان يرجع هو من الطهارة ولو انتظره الناس ربما يلحقهم الحرج في ذلك ولدفع الحرج جوزنا له ذلك الاداء بالتيمم فان التيمم انما جعل طهارة لدفع الحرج ٥ قال الله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج الاية وفيه معنى اخر في حق القوم وهو ان الصلاة على الجنازة دعاء وليست بصلاة على الحقيقة فانه ليس فيها اركان الصلاة من القيام والقراءة والركوع والسجود والطهارة شرط صلاة مطلقة فكان ينبغي ان تتادى الصلاة على الجنازة بغير طهارة بمنزلة الدعاء ولكن لما كان صلاة تسمية شرطنا فيها نوع طهارة وفي هذا المعنى لا فرق بين الامام والقوم وعلى هذا قال لو كان جنبا في المصر تيمم وصلى عليها ايضا لا باحة لها الدعاء وذلك صحيح من الجنب لانه امر بان يتيمم لها كما تيمم رسول الله عم لرد السلام في حديث [illegible] بجنازة في الصلاة فان تيمم وصلى على الجنازة ثم اتي بجنازة اخرى فان تمكن من ان يتوضا فلم يفعل اعاد الصلاة على الجنازة لانه لما تمكن من الماء فقد انتقض تيممه الاول ولو لم يتمكن من ذلك وخاف ان اشتغل بالوضوء ان تفوته الصلاة على الجنازة ثانيا فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يصلي عليها بذلك التيمم وعلى قول محمد رح يعيد التيمم على كل حال لان تيممه الاول كان لحاجته الى اداء الصلاة على الجنازة الاولى وقد حصل مقصوده بالفراغ منها فانتهى حكم ذلك التيمم ثم حدثت له حاجة جديدة الى اداء الصلاة على الجنازة الثانية فيلزمه ان يتيمم لها لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ويتجدد بتجددها وقاسه بما لو تمكن من الوضوء بين الصلاتين ٥ وجه قولهما ان المعنى الذي لاجله جوزنا الصلاة على الجنازة الاولى بالتيمم قائم بعد وهو خوف الفوت فيبقى تيممه ببقاء المعنى بخلاف ما اذا تمكن من الطهارة [illegible] بين الشغلين [illegible] على الجنازة الاولى [illegible] كان [illegible] الثانية سوى الصلاة على الاولى [illegible]

الثانية

الثانية لانه نوى ما هو [illegible] الصلاة على الاولى وان كان نوى الصلاة على الجنازة الثانية لا الصلاة على الجنازة [illegible] في الثانية فهذا مثله ولو ان امراة [illegible] انقطع عنها الدم [illegible] عن الحيض [illegible] وقت صلاة كامل [illegible] وحكم بخروجها من العدة فاما اذا كان ايامها دون العشرة وقد مضى عليها وقت صلاة كامل فانه لا يجزيها الصلاة على الجنازة بالتيمم لانها من الحيض حقيقة وحكما ولهذا لا يحل للزوج ان يقربها ولا ينقطع حق الرجعة بنفس انقطاع الدم وان كانت حائضا حكما فليس لها ان تصلي على الجنازة الا ان يكون في سفر وهي عادمة للماء فحينئذ لها ان تتيمم وتصلي بعد انقطاع الدم على الجنازة لان التيمم في حقها بمنزلة الاغتسال في هذا المكان ولهذا يجوز لها اداء المكتوبة بالتيمم فكذلك الصلاة على الجنازة ثم هذا على اصل محمد رح ظاهر فانه يقول الرجعة تنقطع ٥ بنفس التيمم وعلى اصل ابي حنيفة وابي يوسف رح الرجعة وان كانت لا تنقطع بنفس التيمم ولكن التيمم طهارة بالغسل في حكم الصلاة واداء الصلاة على الجنازة دون سائر الصلوات فمن ضرورة كونه طهارة في حق سائر الصلوات ان يكون طهارة في الصلاة على الجنازة ايضا فان غسل ميت وبقي منه عضو لم يصبه الماء وكفن فانه يخرج من الكفن فيغسل ذلك الموضع ثم يكفن لان بقاء العضو الكامل في حق الاغتسال كبقاء جميع حتى لا تنقطع الرجعة اذا اغتسلت المراة وبقي منها عضو فيكون هذا وما لو كفن قبل ان يغتسل سواء وهناك يخرج من الكفن فيغسل ٥ لانه في ايديهم على حاله بعدما كفن فلا يسقط فرض غسله بخلاف ما بعد الدفن فانه خرج من ايديهم حين هالوا التراب عليه فيسقط فرض الغسل عنه وان كان بقي موضع اصبع او نحو ذلك فانه لا يخرج من الكفن لاجل ذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وفي قول محمد يخرج فيغسل لان بقاء اللمعة كبقاء جميع البدن في الصلاة في الاغتسال للحي فكذلك على الميت وهذا لان البدن في حكم الطهارة كشيء واحد فكما لا يتجزى ٥ حكم الغسل في البدن وجوبا فكذلك لا يتجزى سقوطا وما بقي ينبغي منه قل او كثر كانوا مخاطبين بغسله وقيام الخطاب بغسله عندهم في الاخراج من الكفن فكان هذا وما لو علموا انه قبل التكفين سواء وابو حنيفة وابو يوسف رح يقولان لا ينتقض بقيام فرض الغسل عليهم لان ذلك القدر مما يتسارع اليه الجفاف فلعله وصل اليه الماء ثم جف فاذا اعتبرنا هذا المعنى في حكم الرجعة قلنا بانقطاع الرجعة عند بقاء اللمعة فكذلك في حكم الاخراج من الكفن كان ذلك نوع نبش لا يجوز الاقدام عليه الا عند تحقق الضرورة ٥ يوضحه ان القليل يتادى فرض الغسل فيه بدون استعمال ماء جديد بان تحول البلة اليه على ما روي ان النبي عم اغتسل ثم راى لمعة فاذا ابتلت لا يجب عليهم استعمال ماء جديد في غسله كان هذا وما لو فرغوا من غسله سوا معنى فلا يجوز اخراجه من الكفن بخلاف ما اذا بقي عضو او اكثر منه ولو خرج شيء من الميت بعدما غسل فانه يغسل ذلك على سبيل اماطة الاذى ولا يعاد غسله لان الميت لا يحدث ولا يجنب ٥ ولو ان صبيا حمل في سقط على دابة فصلوا عليها وهو على الدابة لم تجزهم صلاتهم لانهم امروا بالصلاة على الجنازة وهم انما صلوا على الدابة وهذا استحسان وفي القياس يجوز وهو نظير القياس والاستحسان فيما اذا كان المصلي على الدابة فان في القياس يجوز لان في الصلاة على الميت دعا الراكب والنازل سواء وفي الاستحسان لا يجوز لان الركن في الصلوة على الجنازة التكبير انما القيام فكما لا يتادى بدون التكبير لا يتادى بدون القيام من غير عذر واذا ثبت هذا فيما اذا كان المصلي على الدابة فكذلك اذا كان الميت على الدابة والله اعلم ٥

باب الصلاة بمكة

قال رض رجل اهل بعمرة ثم صلى مع الامام بعرفة الظهر ثم اهل بحجة ثم صلى معه العصر لم يجزه الا ان يصلي الصلاتين معه جميعا ٥ وهو مهل بالحج في قول ابي حنيفة رح وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان على قول زفر يجزيه وهو قول ابي حنيفة فيه روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله وهكذا عن ابي يوسف ومحمد رح فيه روايتان ٥ وجه الرواية التي قال يجوز ان التغيير انما حصل في العصر من حيث انه تعجيل على وقته ولا تغيير في الظهر لانه مؤدى في وقته فانه يشترط الاحرام بالحج فيما وقع فيه التغيير ولان الاحرام بالحج شرط الجمع بين الصلاتين وانما يحصل الجمع باداء العصر دون الظهر ٥ وجه الرواية التي قال لا يجوز ان الاخرى ان من شرط صحة العصر في هذا اليوم تقديم الظهر عليه على وجه الصحة بدليل انه لو صلى الظهر ثم العصر وكان اليوم يوم غيم ثم تبين انه صلى الظهر قبل الزوال لم يجزه العصر فثبت ان من شرط صحة العصر تقديم الظهر عليه والاحرام بالحج شرط لاداء العصر فيشترط لاداء الظهر ايضا كالخطبة يوم الجمعة فانه كما من شرط صحة الجمعة تقديم الخطبة والسلطان شرط لاقامة الجمعة كان شرطا لاقامة الخطبة ايضا ٥ يوضحه ان الجمع بين الصلوتين

الحاجة الى امتداد الوقوف وانما يحتاج الى ذلك المحرم بالحج لهذا الجمع ثم الجمع انما يتصل بهما جميعا فيشترط الاحرام فيهما ۰ ولو ان امير الموسم
جمع بمكة وهو مسافر فجاز لانه فوض اليه امر المسلمين فلا يكون هو دون القاضي وصاحب الشرط في اقامة الجمعة بمكة وهو مسافر جاز لانه فوض
اليه امر المسلمين فلا يكون هو دون القاضي وصاحب الشرط في اقامة الجمعة بمكة ولو صلى بهم بمنى لم يجز لانه مسافر امر باقامة المناسك
وقد امر باقامة الجمعة وحقيقته ان مكة مصر واهلها يحتاجون الى اقامة الجمعة فمن كان ذا سلطان فقد يملك اقامة الجمعة مسافرا كان او مقيما
واما اهل منى لا يحتاجون الى اقامة الجمعة لانه ليس عليهم ذلك فلا يكون لامير الموسم ان يقيم الجمعة بمنى فان كان امير مكة او امير الحجاز او الخليفة
حج بنفسه ففي اقامة الجمعة له بمنى خلاف قد بيناه في كتاب الصلاة فان صلى الظهر والعصر بعرفات ولم يخطب اجزاه لان هذه خطبة وعظ وتذكير
وتعليم لبعض ما يحتاج اليه في ذلك الوقت فتركه لا يمنع جواز الصلاة كالخطبة في صلاة العيد بخلاف الخطبة في الجمعة فانه بمنزلة شطر الصلاة
على ما قال عمر رض وانما قصرت الجمعة لمكان الخطبة ثم ينبغي للامام ان يخطب في الحج ثلث خطب قبل يوم التروية بيوم يخطبها بمكة بعد الظهر ۝
وخطبة بعرفات بعد زوال الشمس يوم عرفة قبل صلاة الظهر وخطبة في اليوم الثاني من ايام النحر وهو يوم القر كما روي في حديث عبد الله
بن قرط ان النبي عم قال افضل الايام عند الله تعالى يوم النحر ثم يوم القر يريد اليوم الثاني من ايام النحر يسمى بهذا الاسم لان الحاج فيه يقرون بمنى
وهذه الخطبة بعد الظهر وقال زفر يخطب ثلث خطب خطبة يوم التروية وخطبة يوم التروية وما قلناه احسن لان في يوم التروية يخرجون
من مكة الى منى فلا يتفرغون لسماع الخطبة فينبغي ان يخطب يوم عرفة يعلمهم في هذه الخطبة كيفية الوقوف بعرفات والافاضة الى المزدلفة
والوقوف بالمزدلفة والرمي والذبح والحلق والرجوع الى مكة لطواف الزيارة والسعي ثم العود الى مقام ابراهيم يخطب في اليوم الثاني ۝
من ايام النحر ليعلمهم بقية اعمال الحج فيكون التعليم يوما وكان هذا احسن مما ذهب اليه زفر والله اعلم ۝ ۝

باب السجدة

قال رض رجل قرا اية السجدة في مكان ثم قام فدخل مع الامام في صلاته في موضعه فقراها الامام فسجدها وسجد هذا الرجل معه فعليه ان يسجد
الاولى اذا فرغ من صلاته وفي كتاب الصلاة والجامع يقول ليس عليه ان يسجد الاولى اذا فرغ من صلاته ۰ ووجه تلك الرواية ان المتلوة
واحدة والمكان مكان واحد والمؤداة اكمل فان لها حرمتان حرمة الصلاة وحرمة التلاوة ولو كانت المؤداة مثل الاولى نابت عنها فاذا كان
اكمل من الاولى فلان تنوب عنها اولى ۰ ووجه هذه الرواية انهما مختلفان في الحكم فان احديهما صلاتية والاخرى ليست بصلاتية
فلا يدخل احديهما في الاخرى كما لو كان المتلو ايتين ۰ وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فانه وضع المسئلة هاهنا فيما اذا اعادها
الامام فيكون هذا الرجل فيما يلزمه بحكم تلاوة الامام تبع والاولى وجبت عليه تلاوة مقصودا فلا يتادى بالتبع وهنالك وضع المسئلة
فيما اذا قام فدخل في الصلاة بنفسه ثم قراها فيكون كل واحد منهما مقصودا في حقه والمؤداة اكمل فان سها الامام فلم يسجدها فعلى الرجل
السجدة الاولى وليس عليه الثانية لان الثانية صلاتية عليه فلا يمكنه ان يؤديها بعد الفراغ من الصلاة ولا في الصلاة لانه تبع للامام
واما الاولى ففي هذه الرواية لم يدخل في الثانية فعليه ان يؤديها بعد الفراغ من الصلاة ۰ وفي رواية الجامع ليس عليه ان يؤديها
لانها دخلت في الصلاتية فيسقط بسقوط الصلاتية عنه ولو ان رجلين افتتحا التطوع كل واحد منهما على حياله فقرا كل واحد منهما على حياله
فقرا كل واحد منهما سورة لم يقرا صاحبه وفيها سجدة فسجد كل واحد منهما التي قراها فليس على كل واحد ان يسجد اذا فرغ لما سمع من صاحبه
لان المتلوة واحدة والمكان واحد والمؤداة اكمل لاجتماع الحرمتين لها وان سهى كل واحد منهما ان يسجدها في الصلاة فلا سجود على كل
واحد منهما بعد الخروج من الصلاة لان السماعية قد دخلت في الصلاتية بسبب اتحاد السبب وقد سقطت الصلاتية بالخروج منها فسقط ۝
بالسماعية ايضا فان قرا اية السجدة في الصلاة فسجدها ثم فرغ من صلاته فقراها في مقامه ذلك فلا سجود عليه في كتاب الصلاة يقول
اذا سلم وتكلم ثم اعادها فعليه سجدة اخرى قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فهنا الوضع المسئلة فيما اذا سلم ولم يتكلم ۝
وبمجرد السلام لا ينقطع فور الصلاة الا ترى انه ياتي بسجود السهو بعد الكلام ولو انه تذكر شيئا من اركان الصلاة بعد السلام كان ياتي به
ولا ياتي به بعد الكلام ۰ وقيل بل ما ذكرها قول ابي يوسف الاخر وما ذكر في كتاب الصلاة قوله الاول وهو قول محمد وهو نظير الاختلاف
فيما قراها في ركعة وسجد ثم اعادها في ركعة اخرى وهو قول محمد وهو نظير الاختلاف فيما قراها في ركعة وسجد ثم اعادها في ركعة اخرى ۝
وقد بينا وجه الروايتين في كتاب الصلاة ولو ان امراة انقطع عنها الدم فلم تغتسل حتى سمعت السجدة فليس عليها قضاء تلك السجدة ۝
اذا اغتسلت وهذا اذا كان ايامها دون العشرة فاما اذا كان ايامها عشرا فقد تيقنا بخروجها من الحيض وانما بقي عليها الاغتسال فهي ۝
كالجنب والجنب اذا سمع اية السجدة كان عليه ان يسجدها بعد الاغتسال وكذلك اذا كان ايامها دون العشرة وذهب وقت صلاة مبتدا

انقطع

انقطع الدم عنها فقد حكمنا بطهارتها حين وجبت الصلاة عليها فلزمها السجدة بالسماع ايضا فاذا لم يذهب وقت صلاة بعد ما انقطع
الدم وهي في مغتسلها فسمعت اية التلاوة فلا سجود عليها لانها حايض بعد فان مدة الاغتسال في حقها من جملة الحيض الا ترى انه لا يحل
للزوج ان يقربها مالم تغتسل والحائض لا يلزمها السجدة كما لا يلزمها الصلاة وقد قال بعض مشايخنا اذا تمكنت من الاغتسال
فلم تغتسل ثم سمعت اية السجدة يلزمها السجدة لان السماع سبب موجب للسجدة كما ان جزءا من الوقت سبب موجب للصلاة ثم لو ادركت
جزءا من الوقت بعد ما تمكنت من الاغتسال تلزمها الصلاة فكذلك اذا سمعت بعد ما تمكنت من الاغتسال ولو كانت في سفر ۝
فان تيممت ثم سمعت فعليها السجدة لان التيمم في حقها بمنزلة الاغتسال في حكم الصلاة فكذلك في حكم السجدة وان لم تتيمم حتى سمعت فلا قضاء عليها
لانها لا تخرج من الصلاة مالم تتيمم او يذهب وقت الصلاة ۰ ولو قرا السجدة ثم ارتد ثم اسلم فلا سجود عليه لان الردة تحبط عمله
وتجعله كانه صلى اسلم الان الا انه في حكم سائر الصلوات فكذلك في حكم سجدة التلاوة ولو قراها الامام في صلاة لا يجهر فيها ولم يسمعها
القوم فعليهم ان يسجدوا لانها وجبت على الامام بالتلاوة وهي صلاتية والمقتدي تبع الامام في افعال الصلاة فيجب عليه ما هو واجب
على الامام وهذا بخلاف ما اذا قراها على المنبر يوم الجمعة فان هنالك لا يجب السجدة على من لم يسمعها لان الخطبة تؤدى في غير حرمة مشتركة
فلا يكون بين القوم والامام فيها متابعة وانما السبب الموجب للسجدة هنالك التلاوة والسماع فلا يجب الا من وجد السبب في حقه
ولو قراها رجل بالفارسية وسمعها قوم لا يفقهون الفارسية وسلم في غير الصلاة وعليهم ان يسجدوها وهذا قياس قول ابي حنيفة رح
وذكر في الامالي عن ابي يوسف رح قال انما تجب السجدة هاهنا على من يعلم انه قرا اية السجدة ولا يجب على من لا يعلم ذلك وهو قول محمد رح ايضا
وهذا لان من اصل ابي حنيفة ان القراءة بالفارسية كالقراءة بالعربية حتى قال يتادى به فرض القراءة في الصلاة ولو قراها بالعربية
وجبت السجدة على من سمعها بتقرر السبب ويلزمه اداؤها اذا علم بذلك فكذلك اذا قراها بالفارسية فاما عندهما الفارسية ۝
ليست بقران على الاطلاق وهذا يتادى فرض السجدة به في حق من يعرف العربية ومن لا يعرف العربية فكذلك يجب بهذا السماع السجدة
على من يعرف انه يقرا القران ولا يجب على من لا يعرف ذلك ۰ ولو ان سكرانا قرا سجدة او سمعها فعليه ان يسجدها لان السكران مخاطب تلزمه الصلاة
بادراك الوقت فكذلك تلزمه السجدة بخلاف المجنون اذا قراها او سمعها في حال الجنون لانه غير مخاطب كما لو وهذا اذا طال الجنون
فاما اذا قصر فكان يوما وليلة او اقل ينبغي ان تلزمه السجدة استحسانا كما تلزمه قضاء الصلوات على رواية هذا الكتاب كما بينا ۰
ولو قراها عند ارتفاع الضحى فقضاها نصف النهار لم يجزه لانها وجبت عليه بصفة الكمال والمؤداة عند الزوال ناقصة وان قراها
نصف النهار فسجدها اجزاه لانه اداها كما وجبت عليه وان لم يسجدها حتى تغيرت الشمس عند الغروب ثم اداها كما وجبت عليه ۝
فانه يجزيه وهو قول ابي يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة ومحمد رح فاما على قول زفر لا يجزيه واصل الخلاف فيما بينا اذا شرع في الصلاة
عند الزوال ثم افسدها وقضاها عند الغروب اجزاه عندنا ولم يجزه عند زفر فكذلك اذا قرا اية السجدة على الدابة وهو نازل ثم ركب
فاداها جاز عندنا بمنزلة ما لو اداها قبل النزول وعند زفر لا يجزيه لانه لما نزل فقد لزمه اداؤها على الارض فلا يتادى بالايماء
بعد ذلك كما لو قراها وهو نازل فكذلك في هذه المسئلة والله اعلم

باب المستحاضة

قال رض لو ان مستحاضة توضات ولبست خفيها في وقت العصر فلما صلت ركعة من العصر غربت الشمس فهذه المسئلة على ثلثة اوجه
في وجه عليها ان تتوضا وتغسل قدميها وتستقبل الصلاة وفي وجه عليها ان تتوضا وتمسح على خفيها وتبني على صلاتها وتستقبل الصلاة
وفي وجه عليها ان تتوضا وتمسح على خفيها ۰ اما بيان الوجه الاول فهو اذا توضات والدم سائل ولبست الخف فان هذا اللبس حصل
على طهارة معتبرة في الوقت بعد خروج الوقت وتنتقض طهارتها عند خروج الوقت بالحدث المقارن للوضوء وكان ذلك سابقا
على الشروع في الصلاة ۰ والاصل ان طهارة المصلي متى انتقضت في خلال الصلاة بسبب سابق على الشروع من الصلاة
يلزمه استقبال الصلاة كالمتيمم اذا ابصر الماء فلهذا يلزمها ان تتوضا وتغسل قدميها وتستقبل الصلاة ۰ وبيان الوجه الثاني فيما اذا
توضات والدم منقطع ولبست الخف ثم سال الدم قبل غروب الشمس فهنا اللبس حصل على طهارة كاملة فيكون لها ان تمسح في الوقت
وبعد خروج الوقت تمام المدة ولكن انتقضت طهارتها عند خروج الوقت بسيلان كان في الوقت فقد ادت جزءا من الصلاة بعد سبق
الحدث وذلك يمنعها من البناء على الصلاة ۰ وبيان الوجه الثالث فيما اذا توضات والدم منقطع ولبست الخف ثم لم يسيل الدم
حتى غربت الشمس ثم سال الدم فها هنا طهارتها انما تنتقض بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها اداء جزء من الصلاة بعد سبق الحدث

فيكون لها ان تتوضأ وتبني على صلاتها ويكون لها ان تمسح على الخفين لانها لبست على طهارة كاملة ولو لم يسل الدم حتى فرغت من صلاتها ثم سال الدم فصلاتها تامة لانها ادت الصلاة بطهارة كاملة فان دخل الوقت والدم منقطع ثم توضأت ثم سال الدم فعليها الوضوء وانما اراد بهذا ان الدم كان منقطعا حين توضأت ولم يسل بعد ذلك حتى دخل وقت اخر فان طهارتها لم ينتقض بخروج الوقت وانما تنتقض بسيلان الدم فلا يجزيها الوضوء المتقدم لهذا السيلان فاما اذا كان الدم سايلا حين توضأت ثم انقطع ثم دخل وقت اخر فتوضأت ثم سال الدم فليس عليها وضوء اخر لانه قد انتقض طهارتها بخروج الوقت فانها توضأت والوضوء واجب عليها فلا يلزمها وضوء اخر بسيلان الدم ما بقي الوقت ولو توضأ بالنبيذ في سفره وهو لا يقدر على ماء ولبس خفيه ثم اصاب ماء كثيرا فعليه ان ينزع خفيه ويغسل قدميه لان الطهارة بالنبيذ بدل عن الطهارة بالماء عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون معتبرا مع القدرة على الاصل فانما لبس الخف بطهارة غير معتبرة بعد وجود الماء فكذلك لو توضأ بسؤر الحمار ثم تيمم ولبس الخف ثم وجد ماء طهورا فعليه ان ينزع خفيه ويغسل قدميه لان التوضي بسؤر الحمار لا يكون طهارة بعد وجود الماء المطلق ولو ان رجلا انكسرت يده وهو على غير وضوء فربط الجباير عليها ثم توضأ فله ان يمسح على الجباير بخلاف ما اذا لبس الخف وهو على غير وضوء لان المسح على الجباير كالغسل لما تحته ما دامت العلة قائمة الا ترى انه لا يتوقت وانه يجمع بين المسح على الجباير والغسل في عضو واحد ولا يجوز الجمع بين البدل والاصل فعرفنا انه بمنزلة الغسل لما تحته فلا الحدث عند ربط الجباير • واما المسح على الخف لم يجعل كغسل الرجل ولكن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث الى القدم ولا يرفع الحدث عنها وشرط جواز المسح اللبس على طهارة كما قال عليه السلام اني ادخلتهما وهما طاهرتان • ولو ربط الجباير وهو على غير وضوء ولبس خفيه ثم احدث فتوضأ فيمسح على خفيه لان اللبس حصل على طهارة فان المسح على الجباير كالغسل لما تحته ما دامت العلة قائمة فلهذا كان له ان يمسح على الخف والجباير فان برا ما تحت الجباير وهو على طهارته فانه يغسل موضعها ويصلي ۝ لان المسح على الجباير كان معتبرا قبل البرء فاذا برات فقد انتهى حكم المسح فعليه غسل ذلك الموضع والبرء ليس بحدث فلا ينقض وضوءه فان غسل ذلك الموضع قبل ان يحدث ثم احدث فله ان يتوضأ ويمسح على خفيه لانه لما غسل ذلك الموضع فقد تمت طهارته وانما اعترض اول الحدث بعد لبس الخف ما طرى على طهارة كاملة فان المسح على الخف ولو احدث قبل ان يغسل ذلك الموضع كان عليه ان يتوضأ ويغسل قدميه لان اول الحدث بعد لبس الخف ما طرى على طهارة كاملة فان المسح على الجباير لا معتبر به بعد البرء فلهذا لزمه غسل القدمين ولو ان جنبا معه من الماء ما يتوضأ به فانه يتيمم وقد بينا هذا في الصلاة فان تيمم ثم احدث ثم توضأ ولبس خفيه ثم احدث ومعه من الماء ما يتوضأ به فانه يتوضأ ويمسح على خفيه لانه بالتيمم قد خرج من حكم الجنابة ما لم يجد ما يكفيه للاغتسال فانما لبس الخف على طهارة تامة ما لم يجد ما يكفيه للاغتسال ولم يتيمم ولكنه توضأ ولبس خفيه ثم تيمم ثم احدث ومعه من الماء مقدار ما يتوضأ به فانه يلزمه غسل القدمين لانه لبس الخف لا على طهارة فان الوضوء في حق الجنب لا يكون طهارة فان تيمم ثم احدث ومعه من الماء ما يتوضأ به فانه يتوضأ ويغسل قدميه لانه حين مر بما يكفيه للاغتسال فلما جاوزه احدث فعليه ان يتيمم لان حكم تيممه الاول قد انتهى بما اصاب من الماء فان تيمم ثم احدث ومعه من الماء ما يتوضأ به فانه يتوضأ ويغسل قدميه لانه مر بما يكفيه للاغتسال فقد عاد جنبا كما كان ووجب عليه نزع الخفين فلا يكون له ان يمسح عليهما بعد ذلك ولو ان جنبا اغتسل وبعض جسده لم يصبه الماء فلبس خفيه ثم احدث ثم اصاب ماء فعليه ان يغسل ما بقي من جسده ويتوضأ ويغسل قدميه لانه لبس الخف على غير طهارة فلا يكون له ان يمسح • ولو ان هذا الجنب الذي بقي من جسده لمعة لم يصبها الماء تيمم وصلى ثم احدث ثم اصاب ماء فهذه المسألة على خمسة اوجه احدها ان يكون الماء الموجود يكفيه للاغتسال لما بقي من جسده وللوضوء فعليه ان يغسل ما بقي من جسده ليخرج من الجنابة ثم هو محدث معه من الماء ما يتوضأ به فعليه ان يتوضأ • والثاني ان يكون الماء بحيث لا يكفيه لواحد من الامرين ۝ فعليه ان يتيمم ولكن يستعمل الماء الموجود فيما بقي من جسده لتقليل الجنابة • والثالث ان يكون الماء الموجود بحيث يكفيه للمعة ولا يكفيه للوضوء فعليه ان يغسل به اللمعة حتى يخرج من الجنابة ثم هو محدث لا ماء معه فيتيمم للحدث • والرابع ان يكون الماء الذي معه يكفيه للوضوء ولا يكفيه لما بقي من جسده فعليه ان يتوضأ به لان حكم الجنابة باق في حقه لم يجد ما يكفيه لازالتها فهو محدث معه من الماء ما يتوضأ به • والخامس ان يكون بحيث يكفي كل واحد منهما على الانفراد ولا يكفي لهما فعليه ان يصرف الماء الى غسل ما بقي من جسده لان حكم الجنابة اغلظ الا ترى ان الجنب يمنع من قراءة القرآن والمحدث لا يمنع من ذلك فعليه ازالة اغلظ الحدثين بالماء ثم يتيمم بعد ذلك للحدث فان تيمم اولا ثم غسل اللمعة بالماء اجزاه في رواية هذا الكتاب • وفي الزيادات يقول لا يجزيه وقيل ما ذكر في الزيادات قول محمد وما ذكر هاهنا قول ابي يوسف ووجه قول محمد انه يتيمم ومعه من الماء ما يكفيه للوضوء فلا يعتبر تيممه وقاس هذا برجلين وجدا في السفر ما يتوضأ به احدهما فانه يجب

على احدهما

على احدهما انه يتوضأ به ثم يتيمم الاخر بالماء ثم يجزيه التيمم • ووجه هذه الرواية ان الماء الذي معه مستحق لازالة الجنابة فيجعل كالمعدوم في حق الحدث حتى صح تيممه كما لو كان مستحقا للعطش ثم [illegible] هذا الكتاب [illegible] سؤر الحمار وهو محدث فانه ينبغي له ان يتوضأ به ثم يتيمم فان تيمم اولا ثم توضأ به اجزاه لانه لا واجب عليه الجمع بينهما فبايهما بدأ اجزاه فكذلك هاهنا الواجب عليه التيمم ۝ واستعمال الماء في اللمعة فبايهما بدأ اجزاه ولو توضأ للظهر ولبس خفيه وصلى ثم دخل وقت العصر [illegible] لم يمسح برأسه في الظهر فعليه ان ينزع خفيه ويغسل قدميه ويعيد الصلوات كلها لانه تبين ان اللبس لم يكن على طهارة كاملة [illegible]

[illegible]

لان عذره قايم ولو كان السايل حين توضأ الا احدهما كان ينتقض وضوءه بالوقت فكذلك اذا رقى احدهما وبقي الاخر سايلا فان سكن هذا وانفجر الذي كان سكن وهو في خلال الصلاة فانه يمضي على صلاته قال لان هذا بمنزلة جرح واحد تعين في حكم الطهارة ان طهارته وقعت لهما جميعا ثم حقيقة المعنى ان الذي انفجر كان سايلا حين توضأ فيجعل بمنزلة ما لو لم يسكن اصلا فتبقى طهارته ما بقي الوقت وان توضأ وصلى ثم وقفا بعد الفراغ من الصلاة لم تفسد صلاته لانه اتم الصلاة بطهارة ذوي الاعذار وعذره قايم فزوال العذر بعد الفراغ لا يفسد صلاته بخلاف ما اذا زال العذر في خلال الصلاة وهو نظير المتيمم يجد الماء في خلال الصلاة او بعد الفراغ منها وعلى هذا حكم المستحاضة والمبطون الذي لا ينقطع استطلاق بطنه ومن به سلس البول وسقوط الدود او انفلات الريح فان طهارتهم تتقيد بالوقت لاجل العذر فان كان مع المستحاضة ثوبان احدهما طاهر والاخر غير طاهر فلها ان تصلي في ايهما شاءت اذا كان الطاهر يتنجس اذا لبسته اما اذا صلت في الطاهر منهما فلا يشكل لان ما لا يمكن الاحتراز عنه عفو واليه اشار

رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس صلي وان قطر الدم على الحصير قطرا وكذلك ان صلت في الثوب الاخر لانه لا فايدة في لبس الطاهر منهما فانه يتنجس بما يصيبه من الدم وجعل صلاتها في الثوب النجس جايزة عند العجز عن اداىها في الثوب الطاهر والصلاة في الثوب النجس جايزة عند العجز عن اداىها في الثوب الطاهر فلهذا جوزنا صلاتها في اي الثوبين لبسته والله اعلم

باب المستحاضة

قال رض ولو ان امراة كانت تحيض في مدة كل شهر خمسا خمسا فتقدم حيضها خمسة ايام ثم انقطع الدم ولم تر في خمستها شيا فهذا المتقدم لا يكون حيضا في قول ابي حنيفة رح نص عليه في هذا الموضع • وفي كتاب الصلاة اطلق الجواب فقال المتقدم يكون حيضا وهو قول ابي يوسف ومحمد رح والمسلة في الحاصل على ثلثة اوجه يكون المتقدم حيضا بالاتفاق • وفي وجه اخر اختلفوا فيه وفي وجه اختلفت الروايات عن ابي حنيفة رح اما الوجه الاول وهو ما اذا رات قبل ايامها ما لا يكون حيضا بانفراده كيوم او يومين ورات في ايامها ما يكون حيضا بانفراده فان رات خمستها او مثله في خمستها فالكل حيض لان المتقدم لا يستقل بنفسه فيجعل تبعا لايامها فان اتباع ما لا يستقل بنفسه فيجعل تبعا لايامها فان اتباع ما لا يستقل بنفسه اصل • والوجه الثاني الذي اختلفوا فيه ثلث فصول احدها ما اذا رات خمسة قبل خمستها ما يكون حيضا بانفراده ورات في خمستها ما يكون حيضا بانفراده فعن ابي حنيفة رح ولم تر في خمستها شيا او رات في خمستها مع ذلك يوما او يومين فعلى قول ابي حنيفة رح لا يكون شي من ذلك حيضا وعندهما الكل حيض • والوجه الثالث ما اذا رات قبل خمستها ما يكون حيضا بانفراده ورات في خمستها ما يكون حيضا بانفراده فعن ابي حنيفة رح فيه روايتان في رواية هذا الكتاب ما زاد في ايامها وهي مستحاضة فيما رات قبل ايامها والرواية الاخرى عنه الكل حيض وهو قول ابي يوسف رح تنتقل عادتها بهذه المرة لانه يرى انتقال العادة برؤية المخالف مرة وعلى قول محمد يكون حيضا ولكن حكم انتقال العادة يتوقف على ما تراه في الشهر الثاني فان رات في ايام عدتها المعروفة فعادة الاولى تكون باقية وان رات كما رات في هذه المرة فحينيذ تنتقل عادتها برؤية المخالف مرتين وهذا اذا لم يجاوز الكل عشرة فان جاوز فحينيذ يكون حيضها ايام المعروفة بالاتفاق وهي مستحاضة فيما سوى ذلك وفي المتاخر اتفاق انه يكون حيضا تبعا لايامها ما لم يجاوز العشرة فان جاوز فحيضها ايامها المعروفة وهي مستحاضة فيما زاد على ذلك فان لم ترها في ايامها ورات بعد ايامها فان ذلك لا يكون حيضا في قول ابي حنيفة رح وفي قول محمد يكون حيضا بطريق الابدال الا ان شكرر ذلك لا الامكان بان يبقى بعدها الابدال الى موضع حيضها الثاني خمسة عشر يوما او اكثر حتى لو رات بعد ايامها بعشرة ايام فهي مستحاضة في القولين جميعا لانا لو ابدلنا لها خمسة من اول ما رات لا يبقى الى حيضها الثاني الا عشرة ايام وذلك دون مدة الطهر • وقد بينا وجوه هذه الفصول بمعانيها في كتاب الحيض فان رات يوما من ايام اقرائها ثم انقطع ثم رات يوم العاشر وايام اقرائها منها فهذا حيض في قول ابي يوسف بناء على مذهبه ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان اقل من خمسة عشر يجعل كله كالدم المتوالي وان زادت في اليوم الحادي عشر فهي مستحاضة فيما تقدم من حيضها وما تاخر وهي حايض في ايام اقرائها في القولين جميعا لان الكل جاوز العشرة فلا يمكن ان يجعل جميع ذلك حيضا • وانما يكون ايام اقرائها حيضا اذا رات الدم فيها فاما اذا لم تر الا اليوم الاول من ايام اقرائها على قول محمد رح لا تكون ايام اقرائها حيضا ايضا لانه لا يرى ختم الحيض بالطهر • وقد بينا هذا في كتاب الحيض والنفساء اذا ولدت فرات الدم خمسة عشر يوما ثم انقطع خمسة عشر يوما ثم رات تمام اربعين يوما فهذا كله نفاس عند ابي حنيفة رح لان الاربعين للنفاس بمنزلة العشرة للحيض فكما ان من اصله ان الطهر المتخلل بين الدمين في مدة الاربعين لا يكون العشرة لا يصير فاصلا فكذلك الطهر المتخلل بين الدمين في مدة الاربعين لا يصير فاصلا في النفاس وعندهما نفاسها خمسة عشر يوما لان طهر خمسة عشر يوما كما يصلح للفصل بين الحيضتين يصلح للفصل بين الحيض والنفاس وان زاد الدم اكثر من اربعين يوما فهي مستحاضة في الزيادة على الاربعين اذا كانت مبتداة في النفاس وان كانت صاحبة عادة فهي مستحاضة في الزيادة على ايام عادتها المعدودة لان الاربعين اكثر مدة النفاس كما ان العشرة اكثر مدة الحيض وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها ولو ان امراة ولدت في غرة شهر رمضان فصامت رمضان كله ثم جاءت بولد بعد رمضان بخمسة اشهر ونصف فانها تقضي صوم خمسة عشر يوما وصلاة خمسة عشر يوما اذا كانت قد اغتسلت في غرة شوال لان مدة الحبل ستة اشهر فقد تيقنا انها حبلت في النصف من رمضان • والحاصل كما لا حيض لا يكون نفسا فان النفاس اخت الحيض فاذا تيقنا بخروجها من النفاس في النصف من شهر رمضان جاز صومها في النصف الاخر فعليها قضاء النصف الاول وهو خمسة عشر يوما وهي لم تغتسل في النصف الاخر من رمضان بعدما حكمنا بطهرها فعليها قضاء النصف الاول خمسة عشر يوما

فان كانت

فان كانت اغتسلت يوم الفطر وصامت شوال ثم جاءت بولد لخمسة اشهر ونصف بعد ذلك فانما تقضي يوما واحدا وهو يوم الفطر لانه لا يجوز صومها فيه من القضاء وعليها قضاء صلاة خمسة عشر يوما فعليها قضاء تلك الصلوات والعجوز الكبيرة اذا رات الدم كانت حايضا في ظاهر الرواية وكان محمد بن مقاتل يقول بعدما حكم باياستها اذا رات الدم لا يكون ذلك حيضا لانه مستنكر مرئي في غير وقته فلا يكون حيضا بمنزلة ما راته الصغيرة جدا وجه ظاهر الرواية ان مبنى الحيض على الامكان وفيما راته العجوزة امكان جعله حيضا ثابت بخلاف ما تراه الصغيرة جدا فانه ليس فيه امكان جعله حيضا لانه اذا جعل ذلك حيضا فلا بد من ان يحكم ببلوغها والصغيرة جدا لا تكون اهلا لذلك وكان محمد بن ابراهيم يقول ان رات دما سايلا ثلثة ايام او اكثر فهو حيض وان رات شيا قليلا ليس بسايل وانما هو يظهر على الكرسف لم يكن ذلك حيضا لانه اذا جعل ذلك حيضا بل هو من نداوة الرحم فلا يجعل حيضا به والمراهقة اذا رات الدم يوما والاكثر من اليوم الثالث فهي حايض يحكم ببلوغها به وهذا قول ابي يوسف رحمه الله فاما قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها فان كان ما رات اقل من ذلك لم يكن حيضا وقد بينا هذا في كتاب الحيض ولو ان امراة ايام اقرائها عشر انقطع الدم عنها قبل طلوع الفجر في رمضان في وقت لا تقدر فيه على الغسل حتى يطلع الفجر فهذه تصل وتصوم ولا تقضي هذا اليوم وتصلي العشاء الاخيرة ولا يملك الزوج رجعتها ان كان طلقها لانا تيقنا بخروجها من الحيض قبل طلوع الفجر فيلزمها صلاة العشاء لانها ادركت جزءا من الوقت ويجوز صومها لانها اهل لاداء الصوم من اول النهار وان كانت ايام اقرائها خمسا ثم انقطع الدم عنها قبل طلوع الفجر في وقت لا تقدر فيه على الغسل حتى طلع الفجر فهذه تصوم وتقضي معناه تمسك في هذا اليوم وعليها قضاء هذا اليوم لا يحكم بخروجها عن الحيض ما لم تغتسل فهي لم تكن من اهل اداء الصوم عند طلوع الفجر فلا يجزيها صومها وزوجها يملك رجعتها حتى تطلع الشمس ووقع في بعض النسخ وتصلي العشاء وهذا غلط فانها لم تدرك من وقت العشاء مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه فلا يلزمها قضاء العشاء ولو لزمها ذلك لانقطعت الرجعة بطلوع الفجر وجاز صومها في هذا اليوم فان كان بقي الى طلوع الفجر مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه فلا يلزمها قضاء العشاء ويجوز صومها في ذلك اليوم ولا يملك الزوج رجعتها بعد طلوع الفجر لانا تيقنا بطهارتها حين حكمنا بوجوب الصلاة دينا في ذمتها عند طلوع الفجر ولو انقطع عنها الدم حين زالت الشمس وايامها دون العشرة فزوجها يملك الرجعة الى دخول وقت العصر لان الحكم بطهارتها حين يدخل وقت العصر لان صلاة الظهر تكون ضمنا لوجوب الصلاة دينا في ذمتها وانما يكون ذلك بخروج الوقت لا بدخول الوقت فبعد زوال الشمس هي حايض بعد وانما يحكم بطهارتها حين تصير دينا في ذمتها ولو ان نصرانية ايام اقرائها خمس انقطع الدم عنها في مقدار لا تقدر فيه على الغسل حتى يطلع الفجر في شهر رمضان ثم اسلمت فانها تصوم ولا تقضي وتصلي العشاء ولا يملك الزوج رجعتها فان النصرانية غير مخاطبة بالاغتسال فبنفس انقطاع الدم يحكم بخروجها من الحيض لانه لا غسل عليها فهي نظير ما لو كانت ايامها عشرا ثم اسلمت قبل طلوع الفجر وهي طاهرة فيلزمها صلاة العشاء ويجزيها صومها من الغد ولا يملك الزوج رجعتها ولو اسلمت ثم انقطع عنها الدم في مقدار لا تقدر فيه على الغسل حتى يطلع الفجر فانها تصوم وتقضي وزوجها يملك الرجعة الى ان تطلع الشمس فلانها لما انقطع الدم عنها بعدما اسلمت وايامها دون العشرة فقد لزمها الاغتسال ولا يحكم بخروجها من الحيض ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة فلا يجزيها صومها من الغد ويكون للزوج حق المراجعة الى طلوع الشمس قال وتصلي العشاء وهذا غلط كما بينا في الفصل الاول لانا لو الزمناها قضاء العشاء حكمنا بطهرها بطلوع الفجر فلا يملك الزوج رجعتها بعد ذلك فان توضات المستحاضة في وقت الظهر وصلت والدم سايل ثم انقطع دمها فصلاتها تامة لبقاء العذر الى الفراغ من الصلاة وان كان الانقطاع قبل الشروع في الصلاة او في خلال الصلاة فعليها اعادة الوضوء والصلاة لانها صلت بطهارة دون الاعذار بعد زوال العذر وهذا اذا تم الانقطاع وقت صلاة او اكثر فان كان اقل من ذلك فصلاتها تامة لان الانقطاع معتبر فان صاحبة هذه البلوى لا تكاد ترى الدم على الولاء ولكنها تسيل تارة وتنقطع اخرى فانها لو رات الدم على الولاء اضناها ذلك وربما يكون سببا لهلاكها فجعلنا القليل من الانقطاع عفوا وجعلنا الفاصل بين القليل والكثير وقت صلاة كاملا اعتبارا للانقطاع بالسيلان فاذا كان دون وقت صلاة لا يثبت به حكم الاستحاضة واذا كان وقت صلاة او اكثر يثبت به حكم الاستحاضة وكذلك الانقطاع اذا كان دون وقت صلاة لا يكون برءا وان كان وقت صلاة او اكثر كان برءا والله اعلم

كتاب التراويح

قال رحمه الله يحتاج الى معرفة احكام التراويح والامة اجمعت على شرعيتها وجوازها ولم ينكرها احد من اهل القبلة
الا الروافض لا ارزئن الله فيهم ولم يذكرها محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وذكرها غيره ثم نقول الكلام في صلوة التراويح
على اثني عشر فصلا **الفصل الاول** في عدد الركعات فانها عشرون ركعة سوى الوتر عندنا وقال مالك السنة فيها ست وثلثون
ركعة قيل من اراد ان يعمل بقول مالك رحمه الله ويسلك مسلكه ينبغي ان يفعل كما قال ابو حنيفة رحمه الله يصلي عشرين ركعة
بجماعة كما هو السنة ويصلي الباقي فرادى كل تسليمتين اربع ركعات وهذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا بأس
باداء الكل بجماعة كما قال مالك بناء على ان النوافل بجماعة مستحب عنده وهو مكروه عندنا فالشافعي رحمه الله
قاس النفل بالفرض لانه تبع له فيجري مجرى الفرض فيعطى له حكمه ولنا ان الاصل في النوافل الاخفاء فيجب صيانتها عن
الاشتهار ما امكن وفيما قاله الخصم اشتهار فلا يعمل به بخلاف الفرايض لان مبناها على الاعلان والاشتهار في الجماعة اشتهار
فكان احق يوضح ما قلنا ان الجماعة لو كانت جائزة مستحبة في حق النوافل لفعله المجتهدون القائمون بالليل لان كل صلوة جوز
على وجه الانفراد كانت الجماعة فيها افضل ولم ينقل اداؤها بالجماعة في عصر ما لا في زمن الصحابة رضوان الله عليهم ولا
في زمن غيرهم من التابعين فالقول بها مخالفة الامة اجمع وهذا باطل **الفصل الثاني** انها تؤدى بجماعة ام فرادى ذكر
الطحاوي في اختلاف العلماء عن المعلى عن ابي يوسف وذكر ايضا عن مالك انهما قالا ان امكنه اداؤها في بيته مثل ما يصلي
في المسجد من مراعاة سنة القراءة واشباهه فليصل في بيته وقال الشافعي في قوله القديم اداء التراويح على وجه الانفراد
احب الي لما فيها من الاخفاء وهو افضل وقال عيسى بن ابان وبكار بن قتيبة والمزني من اصحاب الشافعي واحمد بن
عمران الجماعة احب وافضل وهو المشهور بين عامة العلماء وهو الاصح والاوثق يدل عليه ما روي في حديث ابي ذر رضي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج لما بقي سبع من شهر رمضان فصلى بهم حتى مضى ثلث الليل ولم يخرج في الليلة
السادسة ثم خرج في الليلة الخامسة فصلى بنا حتى مضى شطر الليل فقلنا لو نفلتنا يا رسول الله فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من صلى مع الامام حتى ينصرف كتب له قيام تلك الليلة ثم خرج ليلة السابعة وصلى بنا حتى خشينا ان يفوتنا
الفلاح يعني السحر وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء قال لا ينبغي ان يختار التفرد على وجه يقطع القيام في المسجد
لان اداء التراويح بالمسجد في الجماعة من سنن الصالحين والخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم حتى قال علي رضي الله عنه نور
الله قبر عمر كما نور مساجدنا والمبتدعة انكروا اداءها بالجماعة في المسجد فاداؤها بالجماعة جعلت شعارا للسنة كاداء
الفرايض بالجماعة شرع شعارا للاسلام **الفصل الثالث** في بيان كونها سنة متوارثة ام تطوعا مبتدأ اختلفوا فيها وقطع
الخلاف برواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان التراويح سنة لا يجوز تركها لان النبي عليه السلام اقامها ثم بين العذر
في ترك المواظبة على ادائها بالجماعة في المسجد وهو خشية ان يكتب علينا ثم واظب عليها الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم
وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وان عمر رضوان الله عليه صلاها بالجماعة
مع اجلاء الصحابة رضوان الله عليهم فرضي به علي رضي الله عنه حتى دعا له بالخير بعد موته كما روينا وامر به في عهده قال
ولو صلى انسان في بيته لا يأثم هكذا كان يفعله ابن عمر وابراهيم والقاسم وسالم رضوان الله عليهم ولكن الاولى اداؤها بالجماعة
لما بينا **الفصل الرابع** الانتظار بعد كل ترويحتين وهو مستحب هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله لانها انما سميت بهذا الاسم
بمعنى الاستراحة وانها ماخوذة من السلف واهل الحرمين فان اهل مكة يطوفون سبعا بين كل ترويحتين لما حكينا عن مالك رح
ولو استراح الامام بعد خمس ترويحات قال بعض الناس لا بأس به وهذا ليس بشيء لما فيه من المخالفة لاهل الحرمين والصحيح هو
الانتظار والاستراحة بين كل ترويحتين على ما حكينا **الفصل الخامس** في كيفية النية واختلفوا فيها والصحيح ان ينوي
التراويح او السنة او قيام الليل ولو نوى مطلق الصلوة لا يجوز عن التراويح لانها سنة والسنة لا تتادى بنية مطلقة
او بنية التطوع فانه روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في ركعتي الفجر انه لا يجوز بمطلق النية وبنية التطوع فلو كان الامام
يصلي التسليمة الثانية والمقتدي يصلي التسليمة الاولى والثانية اختلفوا فيه والصحيح انها تجوز عن التراويح والسنة
في مثلها اولى لان الصلوة بعد وان كثرت اعدادركعاتها ولكنها من جنس واحد فلا يعتبر فيها النية من المقتدي كما لا يعتبر

من الامام فانه لو نوى عند تسليمة الاولى او الثانية او على القلب من هذا كان لغوا وجازت صلوته فكذلك في حق المقتدي يكون لغوا
الفصل السادس في حق قدر القراءة واختلف فيه مشايخنا رح قال بعضهم يقرأ بمقدار ما يقرأ في المغرب تحقيقا لمعنى التخفيف لان النوافل
يجب ان يكون اخف من اخف الفرايض وهذا غير مستحسن لما فيه من ترك الختم فيها والختم سنة في التراويح وقال بعضهم يقرأ في كل ركعة من عشرين
آية الى ثلثين آية اصله ما روي عن عمر رض انه دعا ثلثة من الائمة واستقرأهم فامر احدهم ان يقرأ في كل ركعة ثلثين آية وامر الآخر ان يقرأ
في كل ركعة خمسا وعشرين آية وامر الثالث ان يقرأ في كل ركعة عشرين آية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان الامام يقرأ في كل ركعة عشر
آيات او نحوها وهو الاحسن لان السنة في التراويح الختم مرة وما اشار اليه ابو حنيفة رح يختم القران مرة فيها لان عدد ركعات التراويح
في جميع الشهر ستمائة وعدد آي القران ستة آلاف وشيء فان قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل الختم فيها ولو قرأ كما حكي عن عمر رض لوقع
الختم مرتين او ثلثا قال القاضي الامام المحسن المروزي رح الاصل عندي ان يختم في كل عشر مرة وذلك ان يقرأ في كل ركعة ثلثين آية
او نحوها كما امر به عمر رض احد الائمة الثلثة ولان كل عشر مخصوص بفضيلة على حدة كما جاءت به السنة وبه نطق الحديث وهو شهر اوله رحمة
واوسطه مغفرة وآخره عتق من النار فيجب ان يختم في كل عشر ولان التثليث مستحب في كل شيء فكذلك في الختم وحكي عن القاضي الامام
عماد الدين رحمه الله ان مشايخ بخارا رح جعلوا القران خمسمائة واربعين ركوعا واعلموا المصاحف بها ليقع الختم في ليلة السابع والعشرين
رجاء ان ينالوا فضيلة ليلة القدر اذ الاخبار قد كثرت على انها في الليلة السابع والعشرين من رمضان وفي غير هذه البلدة المصاحف معلمة
بالآيات وانما سموه ركوعا على تقدير انها تقرأ في كل ركعة **الفصل السابع** في ادائها قاعدا من غير عذر اختلفوا فيه قال بعضهم لا ينوب
عن التراويح على قياس ما روى الحسن عن ابي حنيفة رح في ركعتي الفجر انه لو اداها قاعدا من غير عذر لم يخرج عن السنة وعليه الاعتماد
فكذا هذا لانها مثله والصحيح انها يجوز والفرق ظاهر ان ركعتي الفجر آكد واشهر وهذا الفرق يوافق رواية ابي سليمان عن ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد رح ولكن اتفقوا انه لا يستحب لما فيه من مخالفة السنة والسلف رح **الفصل الثامن** من الزيادة على قدر المسنون
وهو ركعتان بتسليمة واحدة فنقول الامام اما ان قعد على رأس الشفع الاول او لم يقعد فان قعد ففيه خلاف والاصح انه يجوز عن
التسليمتين لان كل شفع صلوة على حدة ولهذا لو فسد الشفع الثاني لا يؤثر في الشفع الاول حتى يلزمه قضاء الشفع الثاني لا غير وانه
لم يحل بينهما بالسلام الذي هو بمعنى الكلام فكان اولى بالجواز فان صلى ست ركعات او ثمان ركعات او عشر ركعات وقعد على رأس
كل شفع اختلف فيه المتقدمون والمتأخرون فاما المتقدمون اختلفوا فيما بينهم قال بعضهم المسألة على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح
يقع عن العدد المستحب وهو اربع ركعات لان الزيادة على الاربع غير مستحب في التطوع وعلى قول ابي حنيفة يقع عن العدد الجائز وهو ست
ركعات في رواية الجامع الصغير وفي رواية كتاب الصلوة ثمان ركعات ولو صلى عشر ركعات فهو على التسليمات الخمس في رواية شاذة
عن ابي ح رح الا انها مكروهة لانه خلاف الظاهر وفي رواية الجامع اربع ركعات بتسليمة واحدة ولو لم يقعد على رأس الشفع الاول
القياس انه لا يجوز وبه اخذ محمد وزفر رح وهو احد الروايتين عن ابي ح رح وفي الاستحسان يجوز وهو قول ابي ح وابي يوسف رح واختلفوا
على قوله انه متى جاز يجوز عن تسليمة واحدة ام عن تسليمتين والاصح انه يجوز عن تسليمة واحدة ولو صلى ثلث ركعات بقعدة واحدة
لم يجز عند محمد وزفر رح واختلفوا على قول ابي ح وابي يوسف رح قال بعضهم لا يجوز لانه لا اصل لها في النوافل فانها غير مشروعة ثلث ركعات
وقال بعضهم يجزيه عن تسليمة واحدة اعتبارا بالمغرب ثم على قول من يقول يجزيه عن تسليمة واحدة لا شك انه يلزمه قضاء الشفع الاول
وهو يلزمه قضاء الشفع الثاني عند ابي ح لا يجب سواء شرع في الشفع الثاني عامدا او ساهيا وعند ابي يوسف رح ينظر ان شرع عامدا
يجب وان شرع ساهيا لا يجب واما على القول الذي يجوز عن تسليمة واحدة يجب عليه قضاء الشفع الثاني ان شرع فيها عامدا
وان شرع ساهيا لا يجب باتفاق بين ابي ح وابي يوسف رح لان الشفع الاول لما صح صح الشروع في الشفع الثاني فيجب عليه اكماله ان شرع
فيه عن قصد حتى لو صلى الرجل التراويح عشر تسليمات في كل تسليمة ثلث ركعات بقعدة واحدة جاز ويسقط عنه التراويح وعند محمد و زفر
لا يسقط ولو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة وقعد عند كل ركعتين الاصح انه يجزيه عن الترويحات اجمع وهو اصح الروايات وان لم يقعد
اختلف فيه الاقاويل على قياس قول ابي ح وابي يوسف رح والاصح انه يجزيه عن تسليمة واحدة **الفصل التاسع** انه متى وقع الشك
ان الامام صلى عشر تسليمات او تسع تسليمات فالصحيح من المذهب ان يصلوا ركعتين فرادى لتصير عشرا بيقين ولم يصر الناس مؤديا بالتطوع
بجماعة ادى مكروهة على ما بينا **الفصل العاشر** في تفضيل بعض التسليمتين على البعض وهو جائز من غير كراهة والتسوية افضل واما تفضيل
احدى الركعتين على الاخرى ان فضل الثانية على الاولى لا شك انه يكره الا بما لا يمكن الاحتراز عنه كآية او آيتين وفي تفضيل الاولى على الثانية
اختلفوا قال ابو ح وابو يوسف رح التعديل افضل وقال محمد رح الافضل تفضيل الاولى على الثانية كما في سائر الصلوات **الفصل الحادي عشر**

في وقتها المستحب فالافضل الى ثلث الليل او الى نصف الليل اعتبارا او لو اخرها الى ما وراء النصف اختلفوا فيه قال بعضهم يكره استدلالا بالعشاء لانه
تبع له والصحيح انه لا يكره لانها صلوة الليل والافضل فيها آخر الليل فان فاتت عن وقتها هل تقضى قال بعضهم تقضى ما دام الليل باقيا وقال بعضهم
تقضى ما لم يأت وقتها في الليلة المستقبلة وقال بعضهم تقضى ما دام الشهر باقيا وقال الآخرون لا تقضى اصلا كسنة المغرب وغيرها من السنن في
غير وقتها الا سنة الفجر في قول محمد رح على ما عرف في الاصل وقالوا اجمعنا على انها لا تقضى بجماعة ولو كانت مما تقضى لكانت تقضى على صفة الاداء
الفصل الثاني عشر في اقامة الصبي في التراويح جوزه مشايخ خراسان ولم يجوزه مشايخ العراق تم كتاب الصلوة والله اعلم بالصواب

كتاب الزكوة

قال زفر الزكوة في اللغة عبارة عن النماء يقال زكا الزرع اي نما وازداد وسمي الواجب زكوة لانها سبب الزيادة فالخلف في الدنيا والثواب في الآخرة
قال الله تعالى وما انفقتم من شيء فهو يخلفه وقيل ايضا انها عبارة عن الطهرة قال الله تعالى قد افلح من تزكى اي تطهر وانما سمي الواجب زكاة لانها تطهر
صاحبها عن الآثام قال الله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وانها فريضة محكمة وجبت بايجاب الله تعالى فانها ثالثة الايمان في القرآن قال الله
تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة وفي السنة من جملة الاركان الخمس قال عم بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله واقام الصلوة وايتاء
الزكوة وصوم رمضان وحج البيت فاصل الوجوب ثابت بايجاب الله تعالى وسببها ما جعله الشرع سببا وهو المال قال الله تعالى خذ من اموالهم صدقة ولهذا
يضاف الواجب اليه يقال زكوة المال والواجبات تضاف الى اسبابها وانما جعل المال سببا لمعنى الملك قال عم لمعاذ فاعلمهم ان الله فرض عليهم صدقة
تؤخذ من اغنيائهم ترد في فقرائهم والمعنى لا يحصل الا بمال مقدر وذلك بالنصاب ولا بد وان يكون النصاب ناميا لان الواجب نماء المال قال الله تعالى ويسئلونك
ماذا ينفقون قل العفو اي الفضل الا ان النماء لا يحصل الا بمدة والشرع قدر المدة بالحول بقوله عم لا زكوة في مال حتى يحول الحول عليه فالحاصل ان سبب
وجوب الزكوة هو المال المقدر الموصوف بهذه الصفة ولهذا يتضاعف الواجب بتضاعف المال فان قيل كما يتجدد الواجب بتجدد المال يتجدد بتجدد الحول في مال واحد
ومع هذا الحول شرط وليس بسبب قيل انه لا يتجدد بتجدد الحول في مال واحد وانما يتجدد بتجدد النماء لان النماء انما يتجدد بتجدد الحول ذاتا هذا نقول
افتتح محمد رح الكتاب بزكوة السوائم فكانه بدأ الكتاب اقتداء بكتب رسول الله عم في الزكوات فانها كانت مبتدأة بالمواشي وقيل انما بدأ به بناء على
عادة العرب انهم كانوا ارباب المواشي وكانوا يعدونها من انفس الاموال فقيل ان زكوة السائمة مجمع عليها فبدأ بما هو المجمع عليه ليترتب عليه المختلف فيه
فقال ليس في اربع من الابل السائمة صدقة حجته على ما روي ان رسول الله صلعم قال ومن لم يكن عنده الا اربع من الابل فلا زكوة عليه فان كانت خمسا ففيها
شاة اتفقت الآثار واجتمعت الامة وقيل في المعنى فيه انه لا معنى في المقادير ان قيمة الشاة كانت تبلغ على عهد رسول الله عم خمسة دراهم وقيمة بنت مخاض
كانت اربعين درهما ومن مخاض ذي الاسنان الكلم يعتد به فكان ايجاب شاة واحدة من الخمس من الابل في معنى ايجاب خمسة دراهم في مائتي درهم وفي عشر
شاتان وفي خمس عشر ثلث شياه وفي عشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض عليه اتفقت الآثار واجتمعت الامة الا ما شذ عن علي رض فان ذلك غلط وقع من رجال
عن علي رض فانه كان افقه من ان يقول ذلك فان فيه موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكوات فان الاصل في باب الزكوات
ان الواجب يتلو الوقص والوقص يتلو الواجب وفي ست وثلثين بنت لبون وفي ست واربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وهي اعلى من يوخذ في الابل
لانها بعدها ثني وسدس وبازل عام وبازل عامين ولا يوخذ شيء منها لنهي رسول الله عم عن اخذ كرائم الاموال وبنت مخاض ما طعنت في السنة
الثانية سميت بها المعنى بامها لانها صارت مخاضا باخرى اي حامل وبنت لبون ما طعنت في السنة الثالثة سميت بها المعنى بامها لانها صارت لبونا كله
اخرى والحقة ما طعنت في السنة الرابعة سميت بها المعنى فيها لانه يحق لها ان تركب ويحمل عليها والجذعة ما طعنت في السنة الخامسة سميت بها المعنى
في اسنانها يعرفه اهل ارباب الابل ثم بعد هذا يزداد القدر بزيادة الابل ففي ست وسبعين بنتا لبون وفي احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين وفي مائة وخمس وعشرين
حقتان وشاة وفي مائة وثلثين حقتان وشاتان وفي مائة وخمس وثلثين حقتان وثلث شياه وفي مائة واربعين حقتان واربع شياه وفي مائة وخمس
واربعين حقتان وبنت مخاض وفي مائة وخمسين ثلث حقاق فاذا زادت عليها استؤنفت الفريضة ففي كل خمس منها شاة الى ان تبلغ الزيادة خمسا وعشرين ففيها
بنت مخاض مع الثلث الحقاق المتقدم وجوبها وفي ست وثلثين بنت لبون وفي ست واربعين حقة مع الثلث الحقاق المتقدم وجوبها وفي ست الى المائتين ففيها
اربع حقاق فان شاء ادى منها اربع حقاق من كل خمسين حقة وان شاء خمس بنات لبون عن كل اربعين بنت لبون فاذا زادت عليها
استؤنفت كذلك وهذا مذهبنا وقال مالك والشافعي رح في الابل اذا زادت على مائة وعشرين ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ويجعل الوقص فيما
بين ذلك تسعا تسعا ففي مائة وثلثين حقة وبنتا لبون وفي مائة واربعين حقتان وبنت لبون وفي مائة وخمسين ثلث حقاق وفي مائة وستين اربع بنات
لبون وفي مائة وسبعين حقة وثلث بنات لبون وفي مائة وثمانين حقتان وبنتا لبون وفي مائة وتسعين ثلث حقاق وبنت لبون وفي المائتين
اربع حقاق او خمس بنات لبون ايهما شاء وقول الشافعي مثل قول مالك الا في حرف واحد وهو ان عند الشافعي رحمه الله اذا زادت

على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون الى مائة وثلثين ثم قوله فيها كقول مالك وعند مالك لا يجب شيء حتى يكون الابل مائة وثلثين
حجتهما في ذلك ما روي عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتاب الصدقات وقرنه بقراب سيفه ولم يخرجه الى عماله حتى قبض
ثم عمل به ابو بكر وعمر رض حتى قبضوا ان الابل اذا زادت على مائة وعشرين ففي كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة الا ان مالكا حمله على الزيادة
التي يمكن اعتبار المنصوص عليه وذلك لا يكون فيما دون العشر والشافعي حمله على مطلق الزيادة وعندهما الزيادة تحصل بزيادة الواحدة
عندنا يوجب في كل اربعين بنت لبون وهذه الواحدة ليعتبر الواجب بها فلا يكون لها حظ من الواجب فاستدلوا فيه بما روى ابو داود رض
في سننه وابن المبارك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الابل اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون وهذا
في الباب والمعنى فيه وهو ان الواجب في كل مال من جنسه فان الواجب جزء من المال الا ان الشرع عند قلة الابل اوجب من خلاف الجنس
نظرا للجانبين لان في خمس من الابل مال عظيم في اخلائه عن الواجب اضرار بالفقراء وفي ايجاب الواحدة اجحاف بارباب الاموال
وذلك في ايجاب الشقص فان التشقيص عيب فاوجب من خلاف الجنس دفعا للضرر وقد ارتفعت هذه الضرورة عند كثرة الابل
فلا معنى لايجاب خلاف الجنس ومبنى الزكوات على ان عند كثرة المال يستقر النصاب والوقص والواجب على شيء معلوم كما في زكوة الغنم
عند الكثرة يجب في كل مائة شاة ثم اعدل الاسنان بنت اللبون والحقاق فان ادناها ابنة المخاض واعلاها الجذعة والاعدل
هو المتوسط وكذلك الاعدل الاوقاص هو العشر فان الاوقاص في الابتداء خمس وفي الانتهاء خمس عشرة فالمتوسط هو العشر
وهو الاعدل فلهذا اوجبنا في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ● ولنا حديث قيس بن سعد قال قلت لابي بكر محمد بن عمرو
ابن حزم اخرج الي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم فاخرج كتابا في ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة
وعشرين استؤنفت الفريضة فما كان اقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة ● وروي بطريق شاذ اذا ازدادت
على مائة وعشرين فليس في الزيادة شيء حتى تكون خمسا فاذا كانت مائة وخمسة وعشرين ففيها حقتان وشاة وهذا نص ولكنه
شاذ والقول باستقبال الفريضة بعد مائة وعشرين مشهور عن علي وابن مسعود رض ثم يقول وجوب الحقتين في مائة وعشرين
ثابت باتفاق الآثار واجماع الامة فلا يجوز اسقاطه الا بمثله وبعد مائة وعشرين اختلفت الآثار فلا يجوز اسقاط ذلك الواجب
عند اختلاف الآثار بل يوخذ بحديث عمرو بن حزم ويحمل حديث ابن عمر رض على الزيادة الكثيرة حتى يبلغ مائتين وبه نقول ان في كل اربعين
بنت لبون وفي كل خمسين حقة ● واما حديث ابن المبارك فيحمل على ما اذا كان مائة وعشرين من الابل بين ثلثة نفر لاحدهم خمس
وثلثون وللآخر اربعون وللآخر خمس واربعون فاذا زادت لصاحب خمس وثلثين واحدة ففيها ثلث بنات لبون ● وهذا التأويل
فيه بعض البعد فالقول به اولى مما ذهب اليه الشافعي فانه اوجب ثلاث بنات لبون في كل ما ذكر في هذا الحديث كان موجبا في كل اربعين
وثلث بنات لبون وهو مخالف لما ورد من الآثار المشهورة وان لم يجعل لهذه الواحدة حظا من الواجب كما هو مذهبه فهو مخالف
لاصول الزكوات فان ما لا حظ له من الواجب لا يتغير به الواجب كما في الحمولة والعلوفة وحقيقة الكلام في المسئلة وهو ان بالاجماع
بناء الحكم على الخمسينيات والاربعينيات ولكن اختلفنا في ان الادارة بينهما او لا ففي حديث عمرو بن حزم ادارة على الخمسينيات فيما
ولكن بشرط عود ما قبله وفي حديث عمرو بن حزم اولى فان مبنى اصول الزكوات ان عند كثرة النصاب يستقر الواجب على شيء معلوم
ولكن بشرط ما قبله كما في نصاب البقر فانه يستقر على شيء واحد وهي المسنة في الاربعين ولكن بشرط عود ما قبله وهذا التتبع كذلك
هذا ولهذا لم نعد الجذعة لانا لا ادارة على الخمسينيات ولا يوجد فيها نصاب الجذعة فاما ما دون الحقة يوجد فيها نصابها فيعود
لهذا ولسنا نسلم احتمال الزيادة الواجب من الجنس لان حكم الزيادة كالمقطوع عن مائة وعشرين لانتفاء الحقتين فيها كما ثبت
باتفاق الآثار فلم يكن محتملا للايجاب من الجنس فلهذا صرنا الى ايجاب الغنم فيها كما في الابتداء حتى انه لما امكن التتبع ايجاب الحقتين
بعد مائة وخمسة واربعين سنا نقلنا من ابنة مخاض الى الحقة اذا بلغت مائة وخمسين فانها ثلث مرات خمسون فيوجب في كل خمسين حقة
فان كانت السائمة بين رجلين لم يجب على كل واحد منهما في نصيبه من الزكوة الا مثل ما يجب عليه في حال انفراده حتى لو كان النصاب الواحد
وهو خمس من الابل بين الشريكين لا يجب فيها الزكوة عندنا ● وقال الشافعي رح تجب الزكوة ان كان كل واحد منهما من اهل وجوب الزكوة
اذا استجمع شرائط الخلطة وذلك باتحاد الراعي والمرعى والكلب والدلو والبئر حجتنا الحديث المشهور وهو قوله عم لا يجمع بين متفرق
ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان بين خليطين فانهما يتراجعان بالسوية قال يحيى بن سعيد الخليطان ما اجتمعا
في الدلو والحوض والراعي فقد نهى رسول الله عم عن التفريق بين المجتمع وهذا النصاب مجتمع فلا يفرق واعتبار الخلطة في اثبات التراجع
والتراجع انما يكون بعد وجوب الزكوة فهذا اشارة الى ان الخلطة تاثير في وجوب الزكوة والمعنى وهو ان هذا نصاب تام مملوك

لمن هو اهل لوجوب الزكوة عليه فيجب فيه الزكوة كما اذا كان الواحد بخلاف ما اذا كان احدهما ذميا او مكاتبا لانه ليس من اهل وجوب
الزكوة عليه فيجب فيه الزكوة كما اذا كان لواحد بخلاف ما اذا كان احدهما ذميا او مكاتبا لانه ليس من اهل وجوب الزكوة عليه
فتجب فيه الزكوة وهذا لان بسبب الخلطة تخف المونة على كل واحد منهما وخفة المونة لها تاثير في وجوب الزكوة عليه ولهذا وجبت
في السايمة دون العلوفة وكذلك وجب صاحب الشرع فيما سقته السما العشر وفيما يسقى بالغرب والدالية نصف العشر
ولنا قوله عم وسايمة المرء اذا كانت اقل من اربعين من الغنم فليس فيها زكوة وهنا سايمة كل واحد منهما اقل من الاربعين والمعنى فيه
وهو ان غنى المالك بملك النصاب معتبر لايجاب الزكوة قال عم لا صدقة الا عن ظهر غنى وكل واحد منهما ليس بغني بما يملك بل تحل له
اخذ الصدقة فلا تجب عليه الزكوة ولانه من نصيب شريكه ابعد عن المكاتب من كسبه فالمكاتب حق من كسبه وليس للشريك
في نصيب الشريك حق الملك فاذا لم تجب الزكوة على المكاتب باعتبار كسبه فلان لا تجب على كل واحد باعتبار ملك صاحبه كان اولى فاما الحديث
فدليلنا ان المراد به الجمع والتفريق في الملك لا في المكان لاجماعنا على انه اذا كان في ملك رجل واحد نصاب كامل في اماكن متفرقة يجمع فدل
ان المنفرد في الملك لا يجمع في حكم الصدقة ونحن نقول بالتراجع بين الخليطين فان ما بين ثمانين من الغنم اذا كان بين الخليطين لاحدهما اربعون
وللاخر اربعون فجا الصدق فاخذ من عرضها شاتين يرجع صاحب الكثير على صاحب القليل بثلث شاة ثم الحول الثاني انما يجعل
على صاحب الكثير خاصة دون صاحب القليل لان نصابه قد نقص عن الاربعين فاذا اخذ المصدق الشاة رجع صاحب القليل على صاحب
الكثير بثلث شاة فهذا معنى التراجع واعتبار النصاب في حكم الزكوة بدون غنى المالك لا يجوز كما اذا كان احد الشريكين مكاتبا ولا يبطل
اعتبارهم خفة المونة فان كانت عشر من الابل بين رجل وبين عشر نفر كل بعير مشترك بينه وبين رجل على حدة فعلى قول ابي يوسف
يجب عليه شاة وعلى قول زفر لا يجب شي وزفر رح يقول بعير واحد لا يحتمل القسمة فلم يجتمع في ملكه نصاب تام وابو يوسف رحمه الله
يقول لو كان شريكه فيها رجل واحد يجب عليه الزكوة فبتعدد الشركا ولا ينتقض ملكه ولا ينعدم وصف الغنا في حقه بل هو غني بملك
خمسا من الابل فيلزمه الزكوة واذا وجبت الفريضة في الابل فلم يوجد ذلك السن ووجد افضل منها ودونه اخذ المصدق قيمة الواجب
ان شا وان شا اخذها وجد ورد فضل القيمة ان كان افضل وان كان دونه اخذ فضل القيمة دراهم قال رضي الله عنه والكلام في هذا الفصل
يشتمل على خمسة فصول ❁ احدها ان قدر ما بين السنين غير مقدر عندنا ولكن يحسب الغلا والرخص وعند الشافعي يتقدر بشاتين او عشرين
درهما واستدل بالحديث المعروف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من وجب في ابله ابنة لبون فلم يجد المصدق فيها الا حقة اخذها ورد شاتين
او عشرين درهما مما استيسرتا عليه ❁ ولكنا نقول انما قال عم ذلك لان التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي
بدليل ما روي عن علي رضي الله عنه قدر ما بين السنين بشاة او عشرة دراهم وعلي كان مصدق رسول الله عم فما كان يخفى عليه هذا النص
ولا يظن به مخالفة رسول الله عم ولكن حمل علي ان تفاوت ما بين السنين في عهده كان بهذا المقدار وهذا لانا لو قدرنا تفاوت ما بين السنين
ادى الى الاضرار بالفقراء والاجحاف بارباب الاموال ❁ فانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما يكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركا للزكوة
عليه معنى واذا اخذ بنت مخاض واخذ الشاتين فقد يكون قيمتهما مثل قيمة بنت لبون فيصير اخذا للزكوة باحدهما وابنة مخاض يكون زيادة
وفيه اجحاف بارباب الاموال

الفصل الثاني

انه اذا وجب في ابله بنت مخاض فلم يوجد ووجد ابن لبون عندنا لا يتعين اخذ ابن اللبون وعند الشافعي رح يتعين وهو رواية عن ابي يوسف
في الامالي واستدل في ذلك بقوله عم في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض فان لم يكن فابن لبون ذكر عن رسول الله عم ابن اللبون
عند عدم ابنة مخاض ❁ ولكنا نقول انما اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المعادلة في الحالة بمعنى فان الاناث من الابل
افضل قيمة من الذكور والمسنة افضل قيمة من غير المسنة فاقام الرسول عم زيادة السن في المنقول اليه مقام زيادة الانوثة في المنقول عنه
ونقصان الزكوة في المنقول اليه مقام نقصان السن في المنقول عنه ولكن هذا يختلف باختلاف الاوقات والاماكن فلو عينا الاخذ
بابن اللبون من غير اعتبار القيمة ادى الى الاضرار بالفقرا والى الاجحاف بارباب الاموال

الفصل الثالث

ان ادى القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جايز عندنا غير جايز عند الشافعي رح وظن بعض اصحاب
رح ان القيمة بدل عن الواجب حتى لقبوا المسئلة بالابدال وليس كذلك فان المصير الى البدل لا يجوز الا عند عدم الاصل واداء القيمة
مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جايز عندنا ❁ حجته قوله عم في اربعين شاة شاة وهذا بيان لما هو محل حق الله تعالى لان

الابنا

الابنا منصوص عليه والمؤنى غير منصوص عليه فالتحق بيانه بمجمل الكتاب فصار كانه تعالى قال واتوا الزكوة من كل اربعين شاة شاة فيكون
الشاة حقا للفقير بهذا النص ولا يجوز الاشتغال بالتعليل لابطال حقه من العين والمعنى فيه ان هذا حق مالي متعلق باسنان معلومة شرعا فلا يتادى
بالقيمة كالهدايا والضحايا او قربة تعلقت بمحل عين فلا يتادى بغيره كالسجود لما تعلق بالجبهة والانف لم يتاد بالخد والذقن وجواز اداء بعير
عن خمس من الابل عندي باعتبار النص لا باعتبار القيمة قال عم خذ من الابل الابل وعندكم لا يجزي الا ان عند قلة الابل اوجبت
من خلاف الجنس للتيسير على ارباب الاموال فاذا سمحت نفسه باداء بعير فقد ترك التيسير فجاز باعتبار النص ❁ ولنا قوله تعالى
خذ من اموالهم صدقة تطهرهم فهذا تنصيص على ان الماخوذ مال وبيان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ذكر للتيسير على ارباب المواشي
لعزة فيهم النقود والادا مما عندهم ايسر عليهم الا ترى انه عم قال في خمس من الابل شاه وحرف في حقيقته للظرف وعين الشاة لا توجد
في الابل فعرفنا ان المراد قدره من المال ❁ وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابل الصدقة ناقة كوما فغضب على المصدق وقال
الم انهكم عن اخذ كرايم اموال الناس فقال الساعي اخذتها ببعيرين من ابل الصدقة وفي رواية قال ارتجعتها فسكت رسول الله
واخذ البعير ببعيرين باعتبار القيمة ❁ وقال معاذ رضي الله عنه في خطبته ايتوني بخميس او لبيس اخذه منكم مكان الصدقة او قال مكان الذرة
والشعير وذلك لا يكون الا باعتبار القيمة والمعنى فيه وهو انه ملك الفقير ما لا متقوما بنية الزكوة فيجوز كما لو ادى بعيرا عن خمس
من الابل وهذا لان المقصود اغنا الفقير كما قال عم اغنوهم عن المسئلة والاغنا يحصل باداء القيمة كما يحصل باداء الشاة
وربما يكون سد الخلة باداء القيمة اظهر ولا نقول ان الواجب حق الفقير ولكن الواجب حق الله تعالى خالصا ولكنه مصروف الى الفقير
ليكون كفاية له من الله كما وعد له الرزق وكان المعتبر في حق الفقير محل صالح لكفايته فكان هذا نظير الجزية فانها وجبت كفاية للمقاتلة
فكان المعتبر في حقهم محلا صالحا لكفايتهم حتى يتادى بالقيمة بخلاف الهدايا والضحايا فان المستحق فيها اراقة الدم حتى لو هلك
بعد الذبح قبل التصدق به لا يلزمه شي واراقة الدم ليس بمتقوم ولا معقول المعنى والسجود على الخد والذقن ليس بقربة اصلا حتى
لا يتنفل به ولا يصار اليه عند العجز وما ليس بقربة لا يقام مقام القربة فاما التصدق بالقيمة قربة وفيه سد خلة الفقير
فيحصل ما هو المقصود

الفصل الرابع

ان ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على الخيار بين القيمة للمصدق
يعين بها شا وليس كذلك بل الخيار الى صاحب المال ان شاء ادى القيمة وان شا ادى سنا دون الواجب وفضل القيمة وان شاء
ادى سنا فوق الواجب واسترد فضل القيمة حتى لو عين سنا فليس للساعي ان يابى ذلك لان صاحب الشرع اعتبر التيسير
على ارباب الاموال وانما يتحقق ذلك اذا كان الخيار الى صاحب المال وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة في قول ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجب فيها واحدة منها وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول مالك
رحمه الله وذكر الطحاوي رح في اختلاف العلما عن ابي يوسف رحمه الله قال دخلت على ابي حنيفة رح فقلت ما تقول فيمن ملك
اربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما ياتي قيمة الشاة على اكثرها او على جميعها فتامل ساعة ثم قال لا ولكن يوخذ واحدة منها
فقلت او يوخذ الحمل في الزكوة فتامل ساعة ثم قال اذا لا يجب فيها شي فاخذ بقوله الاول زفر رح وبقوله الثاني ابو يوسف رح وبقوله
الثالث محمد رح وعد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس بثلثة اقوال فلم يضع لواحد منها فاما زفر رح استدل بقوله عم
في خمس من الابل السايمة شاة والابل اسم جنس يتناول الصغير والكبير كاسم الادمي ولان بالاجماع لو كانت الواحدة منها ابنة
مخاض يجب فيها شاة ولا تجب الشاة في تلك الواحدة بل في الكل فاذا جاز ايجاب اربعة اخماس شاة باعتبار اربع من الفصلان جاز
ايجاب الشاة باعتبار خمس من الفصلان وهذا لان زيادة السن عفو لارباب الاموال لا يزداد به الواجب فكذلك نقصان السن عفو
في حق الفقرا لا ينتقص به الواجب ❁ وحجتنا عليه قوله عليه عم اياكم وكرايم اموال الناس وقال لا تاخذوا من حزرات اموال
الناس شيا وايجاب المسنة يودي الى هذا لانه ربما تكون قيمة الشاة اتيا على اكثر النصاب والواجب قليل من الكثير فاخذ المسنة من الصغار
فيه اجحاف بارباب الاموال بخلاف ما اذا كانت الواحدة مسنة فانه هو الاصل والصغار تبع له وقد ثبت الحكم في المحل تبعا وان كان
لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع وابو يوسف رح استدل بحديث ابي بكر رضي الله عنه قال والله لو منعوني عناقا مما يودونها
الى رسول الله عم لقاتلتهم عليه فدل ان للعناق مدخلا في الزكوة ولا يكون ذلك الا في الصغار ثم اعتبر نقصان العين بنقصان الوصف
فان كل واحد منهما ينقص المالية ولا يعدمها ونقصان الوصف لا يسقط الزكوة اصلا حتى ان في العجاف يجب الزكوة بحسبها
فكذلك نقصان السن ❁ ولنا حديث سويد بن غفلة قال اتانا مصدق رسول الله عم فتبعته فسمعته يقول في عهدي ان لا
ناخذ من راضع اللبن شيا ❁ وقال عمر رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كفه ولا تاخذها منهم فقد نص على اخذ الصغار

عندنا لاختلاط والمعنى فيه وهو ان هذا حق الله تعالى ٭ باسنان معلومة فلا مدخل للصلاة فيها مقصورا كالهدايا والضحايا وهذا لان
الاسنان التي اعتبرها صاحب الشرع لا توجد في الصغار وبه فارق العجاف فان تلك الاسنان لا توجد فيها مع العجف وصاحب الشرع
اعتبر السن في المأخوذ وحديث ابي بكر رضي محمول على انه قال ذلك على سبيل المبالغة والتبليغ الا ترى انه قال في بعض الروايات لو منعوني
عقالا مما كانوا يؤدونه الى رسول الله عم لقاتلتهم وهذا يدل على ان للصغار مدخلا في الزكوة ثم اختلفت الروايات عن ابي يوسف رحمه الله
في الفصلان فروى محمد عن ابي يوسف رح انه لا تجب الزكوة فيها حتى يبلغ عددا لو كانت كبارا تجب فيها الواحدة وذلك بان يبلغ خمسا وعشرين
ثم ليس في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسا وسبعين فحينئذ تجب ثنتان منها الى مائة وخمسين واربعين فحينئذ تجب ثلث منها قال محمد رحمه الله
وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله اربع نصب فاوجب في ستة وسبعين
ثنتين في موضع اعتبر قبلها نصب بينها وبين خمس وعشرين فيجب المال الذي يجب لا يجوز اعتبار النصب اوجبنا كان نصبا بالرأي لا بالنص ٭
ووجه قول ابي يوسف رح ان يعتبر الواجب بالنص كان باعتبار العدد والسن بعد اعتبارنا احدهما وهو السن في الفصلان فيبقى الاخر
وهو العدد معتبرا ٭ وروى الحسن عن ابي يوسف رح قال يجب في خمس فصيل الا اقل من واحدة ومن شاة وفي العشر الا اقل من واحدة منها
ومن ثلث شياه وفي عشرين الا اقل من واحدة منها ومن اربع شياه وفي خمس وعشرين واحدة ٭ ووجهه ان في الكبار الواجب من الخمس شاة
ليتيسر عليه حتى لو ادى الواحدة منها جاز وكذلك ما بعدها الى خمس وعشرين فكذلك في الصغار يجب على هذا القياس ٭ وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل هكذا الى خمس وعشرين فكانه اعتبر البعض بالجملة في حق الزكوة
وكثير من اصحابنا رحمهم الله خرجوا قول ابي يوسف في هذه المسئلة على قياس ما ذكر محمد رح في الزيادات في زكوة المهازيل فقالوا
اذا ملك خمسا من الفصلان ينظر الى قيمة ابنة مخاض والشاة فان كانت قيمة ابنة المخاض خمسين وقيمة الشاة عشرة فيقول
لو كانت الواجبة ابنة مخاض لكان يجب فيها شاة تساوي عشرة وذلك خمس ابنة مخاض ثم ينظر الى قيمة افضل الفصلان فان كان
عشرين يجب فيها شاة تساوي اربعة دراهم ليكون بمعنى خمس افضلها فهذا هو الايجاب في الصغار على قياس الايجاب في الكبار واذا
على صاحب السائمة دين محيط بقيمتها فلا زكوة عليه فيها عندنا وعند الشافعي رح تجب الزكوة لان وجوب الزكوة باعتبار ملك
النصاب الكامل النامي والمديون مالك لذلك فان دين الحر الصحيح يجب في ذمته لا تعلق له بماله ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاء وصفة النماء
بالاسامة لم تنعدم بسبب الدين ثم الدين مع الزكوة اختلفا محلا ومستحقا وسببا فوجوب احدهما لا يمنع الاخر كالدين مع العشر
ولنا حديث عثمان رضي حيث قال في خطبته في رمضان الا ان هذا شهر زكوتكم فمن كان له مال وعليه مال فليحتسب ماله بما عليه ثم ليزك
بقية ماله ولم ينكر عليه احد من الصحابة فكان اجماعا منهم على انه لا زكوة في القيمة والمشغول بالدين ثم المديون فقير يحل له اخذ الصدقة
مع تمكنه من ماله والصدقة لا تحل لغني ولا تجب الا على الغني قال عم لا صدقة الا عن ظهر غنى وهذا لان الواجب اغناء المحتاج والخطاب
بالاغناء لا يتوجه الا على الغني ومن كان مستحقا للمواساة معه شرعا لا يلزمه ان يواسي غيره والشرع لا يرد بما لا يفيد ولا فائدة
في ان يأخذ شاة من سائمة الغني صدقة ويعطي شاة من سائمته ولان ملكه في النصاب ناقص فان صاحب الدين يستحق عليه من قضاء
ولا رضا وذلك انه عدم الملك كما في الوديعة والمغصوب فلان يكون دليل نقصان الملك كان اولى وقد جعل مال المديون في حكم الزكوة
كالمملوك لصاحب الدين حتى تجب عليه الزكوة بسببه ومحمد رح في الكتاب اشار الى هذا فقال ايجاب الزكوة في مال المديون يؤدي الى تزكية
مال الواحد في حول واحد مرارا ٭ بيانه من له عبد للتجارة يساوي الف درهم فباعه بالف نسيئة ثم باعه المشتري من اخر حتى تداوله
ايدي عشرة يجب على كل واحد منهم زكوة الالف اذا تم الحول عند المالكين ليس الا العبد حتى اذا اقيلت البيوع رجع العبد الى الاول
ولم يبق لاحد سواه شيء ٭ وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح ان الدين يمنع وجوب العشر وبعد التسليم والعشر مؤنة الارض النامية
كالخراج لا معتبر فيه بغنا المالك فان اصل المالكية غير معتبر عندنا حتى يجب في الارض الموقوفة وارض المكاتب بخلاف الزكوة فان
وجوبها في المال النامي بواسطة غنا المالك وذلك ينعدم بسبب الدين فان لحقه دين في خلال الحول قال ابو يوسف لا ينقطع به الحول
حتى اذا سقط قبل تمام الحول تلزمه الزكوة اذا تم الحول وقال زفر رح ينقطع الحول بلحوق الدين وهذا لان الدين يعدم صفة الغناء
في المال فيكون نظير نقصان النصاب وعند زفر رحمه الله نقصان النصاب في خلال الحول يقطع الحول وعندنا لا ينقطع الحول
فهذا مثله ٭ فان حضر المصدق فقال لم يحل الحول على السائمة او قال علي دين محيط بقيمتها او قال ليست هذه السائمة وحلف صدق في
على جميع ذلك لانه امين فيما يجب عليه من الزكوة فانها عبادة خالصة لله تعالى وكل امين مقبول القول في العبادات التي تجب لله تعالى اذا
وجوبا لزكوة عليه عما ذكرنا لا اسامة تجب على الساعي تصديقه ويحلفه على ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رح قال لا يمين عليه لان

في العبادات لا يتوجه اليمين كما لو قال صمت وصليت يصدق على ذلك من غير يمين وفي ظاهر الرواية قال القول قول الامين مع اليمين ٭
وفي سائر العبادات انما لا يتوجه اليمين لان هناك من يصدقه وهنا الساعي مكذب له فيما يخبر به فلهذا يحلف على ذلك وان قال
اخذها مني مصدق آخر ويحلف على ذلك فان لم يكن في تلك السنة مصدق آخر لا يقبل قوله لان الامين اذا اخبر بما هو محتمل كان مصدقا
واذا اخبر بما هو مستنكر منه لم يكن مصدقا وهذا اذا اخبر بما هو مستنكر وان كان في تلك السنة مصدق آخر فالقول قوله اتى بالبراءة
او لم يأت بها هكذا ذكر في المختصر وهو رواية الجامع الصغير ٭ وفي كتاب الزكوة يقول وجاء بالبراءة فهو اشارة الى ان المجيء بالبراءة شرط
لتصديقه وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ووجهه انه اخبر ولصدقه علامة فان العادة ان المصدق اذا اخذ الصدقة
دفع البراءة فان وافق تلك العلامة قبل خبره والا فلا كالمرأة اذا اخبرت بالولادة فان شهدت القابلة بها قبل منها والا فلا ٭
ووجه الرواية الاخرى وهو الاصح ان البراءة خط والخط يشبه الخط وقد لا يأخذ صاحب السائمة البراءة غفلة عنه وقد يضيع
البراءة منه بعد الاخذ فلا يمكن ان يجعل حكما فيكون المعتبر قوله مع يمينه وان قال دفعتها الى المساكين لم يصدق وتؤخذ منه الزكوة
عندنا ٭ وقال الشافعي رح يصدق في ذلك لان الزكوة انما وجبت في حق الفقراء قال الله تعالى انما الصدقات للفقراء وقال الله تعالى
وفي اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ٭ واذا وصل الحق الى مستحقه والمستحق من اهل الاخذ خرج من عهدته كالمشتري من الوكيل
اذا قضى الموكل الثمن وهذا لان الساعي يقبض ليصرف الى الفقير فهو كفى الساعي هذه المؤنة واوصلها الى محلها فلم يبق له سبيل
ولنا ان هذا حق مالي يستوفيه الامام بولاية شرعية فلا يملك من عليه اسقاط حقه في الاستيفاء كمن عليه الجزية اذا صرف بنفسه
الى المقاتلة ثم تقرير هذا الكلام من وجهين احدهما ان الزكوة محض حق الله تعالى فانما يستوفيه من يتعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى
وهو الامام فلا يبرأ الا بالصرف اليه وعلى هذا نقول ان علم صدقه فيما يقول يؤخذ منه ثانيا وهو لا يبرأ بالاداء الى الفقير
فيما بينه وبين ربه وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله ان للامام رأيا في اختيار المصرف فلا يكون له ان يبطل رأي الامام بالاداء بنفسه
والطريق الثاني ان الساعي عامل للفقير وفي المأخوذ حق الفقير ويكون ولي عليه في هذا الاخذ حتى لا يملك المطالبة بنفسه ولا يجب الاداء
بطلبه فيكون هذا بمنزلة دين الصغير دفعه المديون اليه دون الوصي وعلى هذا الطريق نقول يبرأ بالاداء فيما بينه وبين ربه والظاهر هو له
في الكتاب لم يصدق فيه ذلك اشارة الى انه لو علم صدقه لا يتعرض له وهذا لان الفقير من اهل ان يقبض حقه ولكن لا يجب الا بطلبه
فجعل الساعي نائبا عنه ايضا كان نظرا من الشرع له فاذا ادى ما عليه من غير مطالبة اليه حصل به ما هو المقصود ولكنه ليس من اهل
ان يقبض حقه فلا يبرأ بالدفع اليه ٭ ولا زكوة على الصبي والمجنون في سائمتهما عندنا ٭ وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهما
قالا لا تجب الزكوة على الصبي حتى تجب الصلاة عليه وعند الشافعي رحمه الله تجب الزكوة في مالهما ويؤديها الولي وهو قول ابن عمر وقول عائشة
رضي الله عنهما وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول يحصي الولي اعوام اليتيم فاذا بلغ اخبره وهو اشارة الى انه تجب عليه الزكوة وليس للولي
ولاية الاداء وهو قول ابن ابي ليلى رحمه الله حتى قال اذا اداه الولي من ماله ضمن واستدل الشافعي بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الزكوة او قال الصدقة ٭ ودليل وجوب الزكوة في ماله والمعنى وهو ان هذا حق مالي مستحق
مصرف الى اهل السهمان شرعا فالصغر لا يمنع وجوبه كالعشر وصدقة الفطر وبالصرف الى اهل السهمان يتبين ان هذا حق لهم
مستحق والصبي لا يمنع وجوب حق العباد وان كان بطريق الصلة كالنفقة ولا فرق فالنفقة صلة وجبت للمحاويج المناسبين له في القرابة
والزكوة صلة وجبت للمحاويج المناسبين له في الملة واذا ثبت الوجوب كان للولي ولاية الاداء بنفسه من ماله لان هذا فيما تجري
النيابة فيه حتى ان بعد البلوغ يتأدى باداء وكيله والولي نائب عن الصبي وبه فارق العبادات البدنية فانه لا تجري النيابة في ادائها
ولنا قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه وفي ايجاب الزكوة عليه اجراء
القلم عليه فان الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلابد من القول بوجوبه على الصبي وفيه توجه الخطاب عليه والمراد بقوله كيلا
تأكلها الصدقة اي النفقة الا ترى انه اضاف الاكل الى جميع المال والنفقة هي التي تأتي على جميع المال لا الزكوة والمعنى فيه انها عبادة محضة
فلا تجب على الصبي كسائر العبادات وتفسير الوصف انها احد اركان الدين فالمقصود من اصل الدين معنى العبادة وكذلك من اركان الدين
وهذا لان المصدق يجعل ماله لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى ٭ قال الله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده
ويأخذ الصدقات ٭ وقال تعالى من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا وجعل المال خالصا يكون عبادة ولهذا يحصل به التطهير
وبه يتبين انه ليس فيه حق العباد لان الشركة تنافي معنى العبادة واذا ثبت انه عبادة فلا بد فيه من نية وعزيمة ممن عليه الاداء
وولاية الولي على الصبي تثبت بغير اختياره شرعا ومثل هذه الولاية لا تتأدى بها العبادة بخلاف ما اذا وكل الصبي بالاداء بعد البلوغ

فتلك نيابة عن اختيار وقد وجدت النية والجزية منه وبه فارق صدقة صدقة الفطر فان وجوبها بمعنى المؤنة حتى يجب على الغير بسبب الغير وفيه
حق الاب فانا لم نوجب في ماله فاحتجنا الى الايجاب على الاب كما اذا لم يكن للصبي مال بخلاف الزكوة وبه فارق العشر فانه مؤنة الارض النامية كالخراج وكذلك
النفقات وجوبها لحق المحتاج كالمؤنة بخلاف الزكوة ثم المجنون الاصلي لا ينعقد الحول على ماله حتى يفيق وان كان جنونه طاريا فقد روى هشام في نوادره
عن ابي يوسف رحمه الله ان العبرة لاكثر الحول فان كان مفيقا في اكثر الحول تجب الزكوة والا فلا وجعل هذا نظير الجزية فان الذمي اذا مرض في بعض السنة
فان كان صحيحا في اكثر السنة لزمته الجزية وان كان مريضا في اكثر السنة لم تلزمه الجزية وقال محمد رحمه الله اذا كان مفيقا في جزء من السنة في اوله
او في اخره قل او كثر تلزمه الزكوة هكذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله وجعل هذا نظير الصوم فالسنة للزكوة كالشهر للصوم والافاقة
في جزء من الشهر كالافاقة في جميعه في وجوب صوم الشهر فهذا كذلك ۝ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمهم الله ان المجنون اذا افاق فانعقد
الحول على ماله ولكن المراد بهذا المجنون الاصلي فقد ذكر بعده في رواية الحسن اذا اعترض جنونه وكان مفيقا في اخر جزء من اجزاء السنة تلزمه الزكوة
لان الوجوب عندها يكون ۝ ولا زكوة على المكاتب في كسبه لانه مصرف الزكوة بقوله تعالى وفي الرقاب ولانه ليس بغني بكسبه فانه لا يملك كسبه حقيقة
لان الرق المنافي للملك موجود فيه وبدون الملك لا يثبت صفة الغنى والمال النامي سبب لوجوب الزكوة بواسطة غنى المالك فبدون هذه الواسطة
لا يكون سببا كشرا القريب اعتاق بواسطة الملك وبدونه لا يكون اعتاقا وهو ما اذا اشتراه لغيره واما العبد الماذون فان كان عليه دين محيط
بكسبه فلا زكوة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسبه وكذلك عندهما لان المولى وان كان يملك كسبه فهو مشغول بالدين والمال المشغول بالدين
لا يكون نصاب الزكوة وان لم يكن عليه دين فكسبه لمولاه فعلى المولى فيه الزكوة اذا تم الحول ۝ واذا كان عند الرجل من السائمة مقدار ما تجب فيه الزكوة
فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشراء او هبة او ميراث ضمها الى ما عنده وزكاها كلها عند تمام الحول عندنا ۝ وقال الشافعي رحمه الله يجب
للمستفاد حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجبت فيه الزكوة سواء كان نصابا او لم يكن ۝ وحجته قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا زكوة في مال
حتى يحول عليه الحول والحول المعهود وهو اثنا عشر شهرا والمعنى فيه وهو ان المستفاد حاصل في الملك لانه اصل في سببه فيكون اصلا في اعتبار الحول
كالمستفاد من غير جنس النصاب بخلاف الاولاد والارباح فانها متولدة من العين فيسري حكم العين اليها ۝ وانما يحتسب فيه النصاب ليحصل به الغنى
للمالك وذلك الحاصل له بالنصاب الاول ثم بالزيادة بعده يزداد الغنى وذلك حاصل بالقليل والكثير واعتبار الحول لحصول النماء من المال حتى يجبر بالنماء النقصان
الحاصل باداء الزكوة والمستفاد في هذا المال كاصل المال ۝ ولنا قوله عليه السلام اعلموا من السنة شهرا تؤدون فيه زكوة اموالكم فما حدث بعده
من مال فلا زكوة فيه حتى يجيء راس السنة فهذا يقتضي ان عند مجيء راس الشهر تجب الزكوة في الحادث كما في الاصل وان وقتا لوجوبها واحد ثم الضم في خلال
الحول بالعلة التي بها يضم في ابتداء الحول وضم البعض المال الى البعض في ابتداء الحول بالمجانسة دون التولد فكذلك في خلال الحول ولو كان هذا يسري بعد الولد
لكان الاولى ان يسري الى الحادث بعد الحول لتقرر الزكوة في الاصل ثم ما بعد النصاب الاول بناء على النصاب الاول وتبع له حتى سقط اشتراط النصاب
فكذلك يسقط اعتبار الحول فيه ويجعل حول الاصل حولا على التبع وتحريره ان كل مال لا يعتبر فيه كمال النصاب لايجاب حق الله تعالى
لا يعتبر فيه الحول كالمستخرج من المعادن ۝ فاما الحديث قلنا حول الحول عبارة عن اخر جزء منه وقد حال ذلك على الحول المستفاد لان حول
الحول على الاصل يكون حولا على التبع معنى وان كان انما استفادها بعد تمام الحول فلا زكوة فيها لانعدام حولان جزء من الحول عليها وان كانت
الفائدة من غير جنس ما عنده من السائمة لم يضمها الى ما عنده ايضا فكذلك اذا وجبت في خلال الحول لانها لو كانت موجودة في اول الحول
لم يضمها الى ما عنده ايضا كما اذا كانت الفائدة من غير السائمة ۝ واذا لم تكن الابل والبقر والغنم سائمة فلا زكوة فيها وذلك كالحوامل والعوامل
وقال مالك رحمه الله فيها الزكوة لظاهر قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة ثم وجوب الزكوة باعتبار المالية والملك شكرا لنعمة المال وذلك
لا ينعدم بالاستعمال بل يزداد الانتفاع بالمال بالاستعمال ۝ ولنا قوله عم في خمس من الابل السائمة شاة والوصف متى قرن بالاسم العلم ينزل
منزلة العلة لايجاب الحكم والمطلق في هذا الباب محمول على المقيد لانهما في حادثة واحدة وحكم واحد وعن ابن عباس ان رسول الله عم قال ليس في الحوامل
والعوامل صدقة ۝ وفي الحديث المعروف ان النبي عم قال ليس في الجبهة ولا في النخة ولا في الكسعة صدقة وفسر عبد الوارث بن سعيد الجبهة بالخيل
والنخة بالابل العوامل وقال الكسائي النخة بضم النون البقر العوامل وقال ابو عمرو وثعلب هي النخ وهو السوق الشديد وذلك انما يكون في العوامل ثم مال الزكوة ما يطلب
النماء من عينه لا من منافعه الا ترى ان دار السكنى وعبيد الخدمة لا زكوة فيها والحوامل انما يطلب النماء من منافعها وكذلك ان كان يمسكها للعلف في مصر او غيره
فلا زكوة فيها لان المؤنة تعظم على صاحبها ووجوب الزكوة في السائمة باعتبار خفة المؤنة فلا تجب عند كثرة المؤنة لان لخفة المؤنة تاثيرا في ايجاب حق الله تعالى
قال عم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر وان كان يسيمها في بعض السنة ويعلفها في البعض فالعبرة لاكثر السنة
لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في زمان البرد والثلج فجعلنا الاقل تبعا للاكثر وهو على قول الشافعي ان علفها بقدر ما يتبين فيه
مؤنة علفها اكثرها لو كانت سائمة فلا زكوة فيها والصدقة واجبة في ذكور السوائم واناثها وذكورها مع اناثها لان النصوص جاءت باسم الابل والبقر والغنم

وذلك

وذلك يتناول الذكور والاناث ثم طلب النماء يتحقق في كل نوع اما من الاولاد اذا كانت اناثا او بان يستعار للفحل او من السمن اذا كانت ذكورا فانها توكل
اللحم ۝ واذا باع السائمة قبل الحول بيوم بسائمة مثلها او بجنس اخر انقطع الحول عندنا وقال زفر رحمه الله اذا باعها بخلاف جنسها فكذلك
وان باعها بجنسها لم ينقطع الحول وقال الشافعي رحمه الله في القديم سواء باعها بجنسها او بخلاف جنسها لم ينقطع الحول وقال الحكم الثابت في الام
وهو غنى المالك بها يبقى ببقاء بدلها وقاسه بعروض التجارة وزفر يقول اذا باعها بجنسها فحكم الزكوة في البدل بخلاف حكم الزكوة في الاصل فلا يمكن ابقاء
ما كان ثابتا ببقاء البدل فوجب القول بالاستيناف الا ترى ان في ابتداء الحول يضم الجنس الى الجنس ولا يضم الى خلاف الجنس فكذلك في ابتداء الحول
يبنى عند المجانسة ويستقبل عند اختلاف الجنس ۝ ولنا ان وجوب الزكوة في السائمة باعتبار العين حتى يجب نصابه عن العين فالنماء مطلوب
من العين والعين الثاني غير الاول بخلاف التجارة فان المعتبر فيه صفة المالية دون العين حتى يعتبر النصاب من قيمته وان الاستبدال لا يحقق ما هو المقصود
من مال التجارة وهو الاسترباح ويضاد ما هو المقصود بالسائمة لان المقصود لاصحاب السوائم استبقاء السوائم في ملكهم عادة وذلك يبعد
بالاستبدال فيكون نظير زوال الاسامة فيها وكذلك ان باعها بدراهم يريد الفرار من الصدقة او لا يريده فلا زكوة عليه الا ان يحول الحول على الثمن
ولم يبين في الكتاب انه هل يكره له هذا الصنع على قول ابي يوسف لا يكره له ذلك وعند محمد يكره وهو نظير اختلافهم في الاحتيال لابطال الشفعة
ولاسقاط الاستبراء لمحمد رحمه الله يقول الاستبراء الزكوة عبادة محضة والفرار من العبادة ليس من اخلاق المؤمنين وابو يوسف يقول هذا امتناع
من التزام الحق مخافة ان لا يخرج منه اذا التزمه فلا يكون مكروها كمن امتنع من جمع المال مخافة ان يلزمه حج او زكوة وهذا لان المذموم منع الحق الواجب
وليس في هذا الاستبدال منع الحق الواجب شيء ۝ واذا حال الحول على سائمة وعنده نصاب من دراهم فزكى السائمة ثم باعها بدراهم ثم حال الحول
على الدراهم التي كانت عنده لم يزكها بثمن الابل في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ويزكيها في قول ابي يوسف ومحمد لان الضم بعلة المجانسة وهي موجودة
في ثمن الابل السائمة واداء الصدقة على اصله لا يمنع ضم الثمن الى ما عنده كمن ادى صدقة الفطر عن عبد الخدمة ثم باعه بدراهم او ادى عشر طعامه
الخارج من ارضه ثم باعه بدراهم او جعل السائمة علوفة بعد اداء الزكوة منها ثم باعها بدراهم وابو حنيفة رضي الله عنه استدل بقول النبي عم
لا ثنا في الصدقة غير محدود وايجاب الزكوة في ثمن السائمة في هذا الحول بعدما ادى الزكوة على اصلها يؤدي الى الثنا في الصدقة لان وجوب الزكوة باعتبار
صفة المالية وانما يبقى بالثمن المالية التي كانت بملكه للاصل الا ان يتجدد له ملك المالية انما يتجدد له بالبيع ملك العين والعين بدون صفة المالية لا زكوة
ثم زيادة الزكوة باعتبار زيادة الغنى ولم يستفد ذلك بالبيع لانه غني باصل المال حقيقة وشرعا بخلاف المستفاد بهبة او ميراث فقد استفاد به
زيادة الغنى وبخلاف اداء صدقة الفطر عن عبد الخدمة فالمالية غير معتبرة فيه حتى يجب عن الحر والعبد المستغرق بالدين وان كانت المالية مستحقة
بخلاف الزكوة ولا معتبر بالحول فيه حتى اذا ملك عبدا ليلة الفطر ادى عنه صدقة الفطر وكذلك العشر لا معتبر بالحول فيه ووجوبه ليس باعتبار
[illegible]

ومن اصله ان من ابتداه تجب فيه الزكوة ولا يلزمه الاداء حتى يقبض نصابا تاما على ما بيناه ولكنه رجع عن هذا فقال هنا الاصل
كان مالا وهذا اصله وهو مال النكاح ما لم يكن مالا وان الصداق يجعل صلة من زوجه فلا يتم ملكها المال الا بالقبض ۞ فان طلقها الزوج
قبل ان يدخل بها والصداق خمس من الابل فليس عليها زكوة نصيبها في قول ابي حنيفة فانه دون النصاب ولو كان عشرا من الابل عليها الزكوة
في نصيبها في قوله الاول وفي قوله الاخر لا زكوة عليها في الوجهين وفي قولهما يلزمها زكوة نصيبها في الوجهين ۞ رجل له ابل سائمة ٥
فاراد ان يستعملها او يعلفها فلم يفعل ذلك حتى حال الحول عليها فعليه زكوة السائمة لانها كانت سائمة في جميع الحول وما نوى كان
وقد قال عم ان الله تجاوز لامتي عما حدثت به انفسهم ما لم يعملوا او يتكلموا ثم الاستعمال عمل وذلك لا يحصل بالنية وقد قال عم
ما لم يفعل الا ترى ان من نوى في عبد الخدمة ان يكون للتجارة لا يصير للتجارة ما لم يخرجه بخلاف ما اذا كان للتجارة فنواه للخدمة لانه نوى
ترك التجارة وهو تارك لها فاقترنت النية بالعمل وهو نظير الكافر ينوي الاسلام لا يصير مسلما ما لم يات بكلمتي الشهادة ولو نوى
الكفر والعياذ بالله صار كافرا لان النية ترك الاسلام ۞ رجل له عشر من الابل السائمة حال عليها حولان فعليه للسنة الاولى
شاتان وللثانية شاة واحدة ولم يبين في الكتاب انه هل ياثم بما صنع وكان ابو الحسن الكرخي يقول هو اثم في تاخير الاداء بعد
وهكذا ذكر في المنتقى ۞ وروي عن محمد رح انه قال من اخر الزكوة من غير عذر لم تقبل شهادته وفرق عليه محمد على مذهبه بين الزكوة
والحج فقال الزكاة حق الفقرا وفي تاخير الاداء اضرار بهم فلا يسعه ذلك بخلاف الحج وكان ابو عبد الله البلخي يقول يسعه التاخير
في الزكوة لان الامر به مطلق عن الوقت هكذا رواه هشام عن ابي يوسف ۞ وفرق على قوله بين الزكوة وبين الحج فقال اداء الحج ٥
يختص بوقت يخشى التاخير عنه تفويته لانه لا يدري هل يبقى الى السنة الثانية ام لا ۞ وليس في تاخير الزكوة تفويت فكل صالح
للاداء ثم في السنة الاولى يجب عليه شاتان فانتقص بقدرهما من النصاب فلا يلزمه في السنة الثانية الا شاة وهو عندنا
وقال زفر يلزمه شاتان للحول الثاني لان دين الزكوة عنده لا يمنع وجوب الزكوة قال لانه دين وجب لله تعالى كالنذور والكفارات
والفقه فيه وهو انه ليس بدين في الحقيقة حتى يسقط بموته قبل الاداء وكان البلخي يفرق على اصل من فرق بين دين الزكوة عن الاموال
الظاهرة والباطنة فقال في الاموال الظاهرة للساعي حق المطالبة بها فكان نظير دين العباد بخلاف الاموال الباطنة ۞ وقيل
لابي يوسف ما حجتك على زفر فقال ما حجتي على رجل يوجب في مائتي درهم اربع مائة درهم ومراده اذا ملك مائتي درهم فحال عليها ثمانون
حولا ثم دين الزكوة في الاموال الباطنة بمنزلته في الاموال الظاهرة فان المصدق كان ياخذ منها على عهد رسول الله عم والخليفتين بعده
حتى فوض عثمان رض الاداء الى اربابها لما خاف الحرج والمشقة في تفتيش الاموال عليهم من سعاة السوء فكان ذلك
توكيلا منه لصاحب المال بالاداء فلا يتقيد توكيله لانه كان عن نظر صحيح وقد ثبت المطالبة به للمصدق اذا مر بالمال عليه في سفره فلهذا
منع وجوب الزكوة ۞ وعن ابي يوسف ان دين الزكوة عن المال القائم يمنع وجوب الزكوة عن المال المستهلك لان المال القائم يتصور
ان يمر به على العاشر حتى يثبت له حق المطالبة بخلاف المستهلك فان كانت الابل خمسا وعشرين فعليه للحول الاول بنت مخاض وللحول الثاني
اربع شياه لما ذكرنا ۞ رجل له اربعة وعشرون فصيلا وفيها ناقة ثنية فعليه فيها بنت مخاض لان الصغار تتبع للمسنة تعد معها
كما قال عم وتعد صغارها وكبارها وهذا لان ما هو الواجب موجود في ماله فاذا اوجبنا لم يخرج الواجب من ان يكون جزءا من النصاب
بخلاف ما اذا كان الكل صغارا فان كان له خمس وسبعون فصيلا وناقة ثنية فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رض لم يجب فيها الا الثنية لان
الوجوب باعتبارها وعند ابي يوسف يجب فيها الثنية الواحدة مع فصيل لانه لا يوجب في الصغار منها وقد بينا هذا ۞ رجل له ابل سائمة
اشتراها للتجارة فعليه زكوة التجارة عندنا ۞ وقال الشافعي زكوة السائمة الا ان لا يكون نصابا للسائمة تاما فحينئذ عليه زكوة
السائمة والتجارة اذا كانت القيمة نصابا ولا خلاف في انه لا يلزمه الزكاتان جميعا لان الوجوب كل واحد منهما باعتبار صفة المالية ٥
ثم قال الشافعي زكوة السائمة اقوى لان وجوبها باتفاق الامة والنصوص الظاهرة والضعيف لا يعارض القوي فاذا امكن ايجاب
زكوة السائمة لا تظهر زكوة التجارة ۞ ولانه يرجح زكوة السائمة منفعة الفقرا لان الساعي ياخذها وزكوة التجارة مفوض اداؤها
الى من وجبت عليه وربما لا يؤدي وعلماؤنا رحمهم الله قالوا بنية التجارة ينعدم ما هو المقصود من الاسامة وما لاجله اوجب زكوة
السائمة لان النماء في السائمة مقصود في عينها وذلك لا يحصل الا باستبقاء الملك فيها وبنية التجارة ينعدم الملك فيها فكانت سائمة
صورة لا معنى وهو مال التجارة صورة ومعنى فترجح زكوة التجارة لهذا وحق الاخذ ثابت للساعي سواء وجبت فيها زكوة السائمة
او زكاة التجارة فانه مال ظاهر يحتاج صاحبها الى حماية الامام ويثبت حق الاخذ باعتبار الحاجة الى الحماية بخلاف سائر
اموال التجارة حتى اذا احتاج الى الحماية فيها بالمرور على العاشر كان له ان ياخذ الزكوة منها فاذا كانت السائمة بين عاقل ومعتوه

او بين

او بين رجل وصبي او بين مسلم وكافر فعلى الرجل العاقل المسلم صدقة نصيبه نحو ما يكون عليه في حال الانفراد ولا شيء على الاخر لما بينا ان الخلطة
الاختلاط معتبر بحالة الانفراد ۞ واذا ذهب العدو بالسائمة او كسبها كاسب ثم رجعت الى صاحبها بعد سنين فلا زكوة عليه لما مضى
عندنا وعند زفر كذلك في الذي ذهب بها العدو لانهم ملكوها عليه بالاحراز ۞ وفي المغصوب المجحود تلزمه الزكوة لما مضى اذا وصلت
اليه وقال الشافعي يلزمه فيهما الزكوة اذا وصلت اليه بناء على اصله انهم لا يملكون اموالنا بالاحراز ۞ وجه قولهما ان وجوب الزكوة
في السائمة باعتبار الملك دون اليد الا ترى ان ابن السبيل تلزمه لما مضى اذا وصلت يده الى المال لقيام ملكه فيها ۞ وكذلك المغصوب
فان بالغصب تنعدم اليد للمغصوب دون الملك ۞ وجه قولنا حديث علي رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عم قال لا زكوة في مال الضمار
ومعناه مال يتعذر الوصول اليه مع قيام الملك اليه من قولك بعير ضامر اذا كان نحيفا مع قيام الحياة فيه وان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه
في خلافته لما امر برد اموال بيوت المال على اصحابها قيل الا تاخذ منهم زكاتها لما مضى قال لا فانها كانت ضمارا والمعنى فيه وهو ان وجوب الزكوة
في السائمة كان باعتبار النماء وقد انسد على صاحبها طريق تحصيل النماء منها بجحود الغاصب اياه فانعدم ذلك ما لاجله كان نصابا بالزكوة ٥
بخلاف ابن السبيل فان النماء فتحصل له بما يحصل بيده فكان نصابا بالزكوة لهذا وكذلك الضال لانه دما سقط منه في البحر من مال التجارة اذا
برد اليه بعد الحول فليس عليه الزكوة لما مضى لان معنى المالية في النمو والانتفاع وذلك منعدم فكان مستهلكا معنى وان كان قائما صورة ٥
وكذلك الدين المجحود اطلق الجواب فيه في الكتاب ۞ وروى هشام عن محمد رح انه ان كان معلوما للقاضي فعليه الزكوة لما مضى لان معنى المالية ٥
في النمو والانتفاع تمكنه من الاخذ بعلم القاضي فان كانت له عليه بينة فليس عليه الزكوة لما مضى اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل
وفي المجاثاة بين يدي القاضي ذل فكان له ان لا يذل نفسه وكثير من اصحابنا قالوا اذا لم يكن له عليه بينة تلزمه الزكوة لما مضى لان التقصير جاء منه
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح اذا كان المديون يقر معه سرا ويجحد في العلانية فليس عليه الزكوة لما مضى اذ اخذ منه بمنزلة الجاحد
وان كان بعده ما يجب فيه الزكوة كاملا في اول الحول وفي اخره فالزكوة واجبة وان انتقص فيما بين ذلك نقصا طويلا لم ينقطع به حكم الحول
والتجارة سوا وعند زفر لا يلزمه الزكوة الا ان يكون النصاب كاملا من اول الحول الى اخره ۞ وقال الشافعي في السائمة كذلك في مال التجارة
انما يعتبر كمال النصاب في اخر الحول خاصة ولا يعتبر في اوله ۞ وجه قول زفر ان حولان الحول على المال شرط لوجوب الزكوة فكل جزء من الحول
بمنزلة اول الحول واخره الا ترى انه لو هلك جميع النصاب في خلال الحول يجعل هلاكه في اول الحول وفي اخره وكذلك السائمة اذا جعلها حمولة
او علوفة في وسط الحول ينقطع به الحول كما لو جعلها في اول الحول وفي اخره وهذا لان ما دون النصاب ليس بمحل وجوب الزكوة فيها كالعلوفة
وقال الشافعي في السائمة كذلك وفي مال التجارة قال القياس هكذا ولكني تركته لان النصاب فيها معتبر من القيمة ويشق على صاحب المال
تقويم ماله في كل يوم فلدفع المشقة قلنا انما يعتبر كمال النصاب عند وجوب الزكوة وذلك في اخر الحول ۞ ولنا ان الاشتراط كمال النصاب يجعل
صفة الغناء للمالك والغنى معتبر عند ابتداء الحول لينعقد الحول على المال وعند تمامه لتجب الزكوة اما بين ذلك ليس حال انعقاد الحول ولا حال
وجوب الزكوة فلا يشترط غنا المالك فيه انما هو بقاء الحول المنعقد فلا بد من بقاء شيء من المحل لبقاء الحول فاذا هلك كله لم يبق شيء من المحل وكذلك
اذا جعلها علوفة فانعدم الاستعمال لم يبق شيء من المحل صالحا لبقاء الحول فاما بعد هلاك البعض بقي محل صالح لبقاء الحول وهو نظير عقد المضاربة
يبقى على الالف ببقاء بعضها حتى اذا ربح فيها يحصل جميع راس المال بخلاف ما اذا هلكت كلها وما اعتبره الشافعي من المشقة صالح لاسقاط
اعتبار كمال النصاب في خلال الحول لانه لا يشق عليه تقويم ماله في ابتداء الحول ليعرف به انعقاد الحول لكيلا يشق عليه ذلك في اخر الحول
ليعرف به وجوب الزكوة في ماله ويحتسب على الرجل في سائمته العميا والعجفا والصغيرة وما اشبهها ولا يوخذ شيء منها لان المعتبر فيها كمال النصاب
من حيث العدد وذلك يتحصل بالكل ۞ والاصل فيه حديث عمر رض فان الناس شكوا اليه من السعاة فقالوا يعدون علينا السخال ولا ياخذون منها
فقال عمر للساعي عد عليهم السخلة وان جاء بها الراعي يحملها على كفه السنا تركنا لكم الربى والاكيلة والماخض وفحل الغنم وذلك عدل بين خيار المال ٥
ورذاله فيقول عمر رض اخذنا وقلنا لا يؤخذ الربى وهي التي تربي ولدها ولا الاكيلة وهي التي تسمن للاكل ۞ قال يونس هي الاكولة واما الاكيلة
هي التي يكثر تناول العلف ولكن في عادة العوام انهم يسمون التي تسمن للاكل اكيلة ومقصود محمد رح تعليم العوام فاختار ما كان معروفا في لغتهم
ليكون اقرب الى فهمهم مع ما فيه من اتباع الاثر لان لا يشكل ذلك عليه والماخض هي التي في بطنها ولد وفحل الغنم ظاهر لا يوخذ منهم ذلك
لانها من عزائز الاموال عند اربابها والمواشي وقال عم اياكم وكرائم اموالهم ثم كما نظرنا لارباب الاموال في ترك الاخذ من الكرائم نظرنا للفقرا
في ترك العجاف والصغار ثم عدها عليهم ليعتدل النظر من الجانبين ۞ واذا وجبت الصدقة في سائمة ثم باعها صاحبها جاز بيعه عندنا وهو
في قدر الزكوة عند الشافعي قولا واحدا وفيما زاد على ذلك قولان ۞ حجته وهو ان نصاب الزكوة صار مشغولا بحق الفقرا فيمنع على صاحبها
بيعها كالعبد المديون والنصاب بوجوب الزكوة يصير كالمرهون بما وجب فيه وبيع المرهون لا يجوز ۞ ولنا الاستدلال بحديث حكيم بن حزام

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع اليه دينارا ليشتري له اضحية فاشترى شاة بالدينار ثم باعها بدينارين فاشترى شاة اخرى بدينار
وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله عليه السلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فقد جوز بيع الاضحية بعدما وجبت
حقا لله تعالى فيها فصار دليلا لنا • ولنا ان تعلق حق الله تعالى بالعين لا يمنع جواز البيع والمعنى هو ان البيع يعتمد الملك والقدرة على التسليم
وملكه باق بعد وجوب الزكاة فيها وقدرته على التسليم باعتبار يده ولم يتبدل ذلك بوجوب الزكاة فيه فكان بيعه نافذا بخلاف المرهون فان اليد هناك
مستحقة عليه للمرتهن فلم يكن مقدور التسليم له وبخلاف العبد المديون فان ماليته مستحقة للغرماء بدينه وجواز البيع باعتبار المالية ثم الزكاة لا
تتعلق بالمال تعلقا يتعين فيه حتى ان لصاحب المال الخيار في الاداء من موضع آخر فهو نظير تعلق حق اولياء الجناية برقبة العبد الجاني وذلك
لا يمنع صحة بيع المولى فيه لما قلنا فكذلك هذا • فاذا حضر المصدق بعد البيع فالقياس ان ياخذ الصدقة من البائع ولا سبيل له على
عين السائمة لانها صارت مملوكة للمشتري والزكاة عليه ولكن البائع صار متلفا محل حق الفقراء فيضمنه ولكن استحسن فقال
ان حضر المصدق قبل ان يتفرقا عن المجلس فله الخيار ان شاء اخذ الصدقة من العين ورجع المشتري بحصته من الثمن على البائع وان شاء
اخذ من البائع وان حضر بعد التفرق فانما ياخذ الصدقة من البائع ولا سبيل له على العين وهذا لان العلماء اختلفوا في زوال الملك قبل التفرق
وظاهر قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا يدل على عدم زوال الملك من البائع والساعي مجتهد فان شاء اعتمد ظاهر الحديث واخذ الصدقة
من العين وان شاء اعتمد القياس الظاهر ان عقد البيع يوجب زوال الملك بنفسه فاخذ الصدقة من البائع وذكر ابن سماعة عن محمد رح
ان العبرة لنقل الماشية فان حضر بعدما نقلها المشتري لم ياخذ منه شيئا وان حضر قبل ان ينقلها يخير لانها انما تصير داخلة في ضمان المشتري
حقيقة بالنقل حتى اذا هلكت قبل النقل بعدما استحق لم يضمن المشتري شيئا بخلاف ما بعد النقل وهذا بخلاف العشر فان صاحب الطعام
اذا باعه ثم حضر المصدق فله ان ياخذ العشر من العين تفرقا او لم يتفرقا نقله المشتري او لم ينقله لان الواجب عشر الطعام بعينه لا معتبر
بالملك فيه وفي الزكاة الوجوب على المالك حتى لا يجب الا باعتبار الملك فلهذا افترقا • واذا بيعت السائمة كلها بعد حولان الحول عليها
ابطلت الزكاة عنها • وقال الشافعي ان هلكت بعد التمكن من الاداء ضمن صاحبها الزكاة قال في الام لا تجب الزكاة الا بثلاث شرائط
كمال النصاب وحولان الحول والتمكن من الاداء • وقال في الاملاء التمكن شرط الضمان لا شرط وجوب الزكاة وحجته وهو ان هذا حق مالي
وجب بايجاب الله تعالى فلا يسقط بهلاك المال بعد التمكن من الاداء كصدقة الفطر واستدل بالحج فانه اذا كان موسرا وقت خروج القافلة
من بلده ثم هلك ماله لا يسقط عنه الحج ولانا اكثر ما في الباب ان عندنا الزكاة امانة في يده وهو مطالب به شرعا بعد التمكن من الاداء
فاذا امتنع بعد توجه المطالبة عليه صار ضامنا كسائر الامانات وتحقيق الخلاف فيما اذا طالبه الفقير بالاداء والحق للفقير فاذا امتنع
بعد وجود الطلب ممن له الحق صار ضامنا • وحجتنا فيه ان محل الزكاة هو النصاب والحق لا يبقى بعد فوات محله كالعبد الجاني والمديون
اذا مات والشقص الذي فيه الشفعة اذا صار بحرا بطل حق الشفيع ولا يجوز ان يصير ضامنا لان وجوب الضمان بتفويت ملك او يد كما في
الضمانات وهو بهذا التاخير ما فوت على الفقير ملكا ولا يدا فلا يصير ضامنا له شيئا بخلاف صدقة الفطر والحج فان محل الواجب هناك
ذمته لا ماله وذمته باقية بعد هلاك المال ولان وجوب الزكاة للمواساة والفقير بعد هلاك المال يستحق المواساة معه ولا يلزمه
ان يواسي غيره والواجب قليل من كثير على وجه لا يكون اداؤه مجحفا بصاحبه ولهذا اختص بالمال النامي حتى يجبر بالنماء ما يلحقه من الخسران
بالاداء وهذا لا يتحقق بعد هلاك المال فلو استوفي كان المستوفي غير ما وجب وذلك لا يجوز بخلاف صدقة الفطر والحج فان المال
هناك ليس شرط الوجوب لا شرط الاداء فاذا تقرر الوجوب في ذمته لم يسقط بهلاك ماله واما اذا طالبه الفقير فهذا الفقير ما تعين
مستحقا له وله راي في الصرف الى من شاء من الفقراء فانما امتنع من الاداء اليه ليصرف الى من هو احوج منه فاما اذا طالبه الساعي فامتنع
من الاداء اليه حتى هلك المال فالعراقيون من اصحابنا قالوا يصير ضامنا لان الساعي متعين للاخذ فيلزمه الاداء عند طلبه فبالامتناع
يصير مفوتا • ومشايخنا يقولون لا يصير ضامنا وهو الاصح فقد قال في الكتاب اذا حبسها بعدما وجبت الزكاة حتى توت
لم يضمنها وليس مراده هذا الحبس ان منعها العلف والماء فان ذلك استهلاك وبه يصير ضامنا انما مراده اذا حبسها بعد طلب الساعي
والواجب فيه انه ما فوت بهذا الحبس على احد ملكا ولا يدا فلا يصير ضامنا • فان هلك نصفها فعليه في الباقي حصتها من الزكاة
اذا لم يكن في المال فضل على النصاب لان الواجب في البعض معتبر بالكل فكما انه اذا هلك النصاب كله سقط جميع الزكاة فكذلك
اذا هلك البعض يسقط بقدره فان قيل ما هو شرط الوجوب وهو ملك المال جعلتموه شرطا للاداء حتى لا يلزمه اداء شيء اذا انتقص
النصاب قلنا كمال النصاب ليس بشرط الوجوب بعينه ولكن لحصول الغنى بالمال به وغنى المالك انما يعتبر وقت الوجوب فاما الغنى
ليس بشرط لتحقق اداء الصدقة وان كان المال مشتملا على النصاب والوقص فهلك منه شيء فعلى قول ابي حنيفة رض وابي يوسف يجعل الهالك

من الوقص

من الوقص دون النصاب حتى لا يسقط شيء من الزكاة اذا لم ينقص عن النصاب وعند محمد وزفر يجعل الهالك من الكل حتى اذا كان له تسع من الابل
فحال الحول فهلك منها اربعة فعليه في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف رض وعند محمد وزفر عليه في الباقي خمسة اتساع شاة حجتهما
قول رسول الله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة الى تسع فاخبر ان الوجوب في الكل والمعنى يشهد به فان المال النامي لا يخلو عن الزكاة
وما زاد على النصاب مال نامي لا يجب بسببه زيادة فعرفنا ان الوجوب في الكل وهو نظير ما لو شهد ثلاثة نفر حتى يقضي القاضي به فان القضاء
يكون بشهادة الكل واذا كان يستغني في القضاء عن الثالث فاذا ثبت ان الوجوب في الكل فما هلك يهلك بزكاته وما بقي يبقى بزكاته كالمال
المشترك وابو حنيفة وابو يوسف رض استدلا بحديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خمس من الابل السائمة شاة
وليس في الزيادة شيء حتى يكون عشرا فهذا تنصيص على ان الواجب في النصاب دون الوقص والمعنى فيه وهو ان الوقص تبع للنصاب
فالنصاب باسمه وحكمه يستغني عن الوقص والوقص لا يستغني باسمه وحكمه عن النصاب والمال متى اشتمل على اصل وتبع فاذا هلك
شيء منه يصرف الهلاك الى التبع لا الى الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك شيء منها يصرف الهلاك الى الربح دون راس المال
كذلك هذا • ثم الاصل عند ابي حنيفة رض ان اول النصاب يجعل اصلا وما بعده يجعل تبعا فيجعل الهلاك مما زاد على النصاب حتى
وكانه لم يكن في ملكه الا اول النصاب وعند ابي يوسف هو كذلك ما لم يات نصاب اخر فحينئذ يجعل اخر النصاب اصلا • وبيانه ان من له
ستة وثلثون من الابل السائمة فحال الحول ثم هلكت خمسة عشر فعند ابي حنيفة رض في الباقي اربع شياه وما هلك صار كان لم يكن وعند ابي يوسف
في الباقي اربعة اخماس بنت مخاض لانه يجعل اخر النصاب اصلا والهالك مما زاد عليه يصير كان لم يكن • وعند محمد في الباقي اربعة اتساع
بنت مخاض لان بنت المخاض واجبة في الكل عنده فيسقط بحصة ما هلك ويبقى بحساب ما بقي • ويجوز تعجيل الزكاة عن المال الكامل الموجود
في ملكه من سائمة او غيرها جاز لسنة او سنتين او اكثر من ذلك والكلام في هذه المسئلة في فصول • احدها في جواز التعجيل فان مالكا
لا يجوز التعجيل اصلا ويعتبره بالعبادات البدنية ويقول اداء الزكاة اسقاط الواجب عن ذمته فلا يتصور قبل الوجوب
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام استسلف من العباس صدقة عامين ثم بكمال النصاب يحصل الوجوب على احد الطريقين باجتماع ما هو شرط الزكاة
من المال النامي وغنى المالك به وجود الحول تاجيل وتعجيل الدين المؤجل صحيح وعلى الطريق الاخر ان سبب الدين قد تقرر وهو المال فالاداء
بعد تقرر سبب الوجوب جائز عندنا كالمسافر اذا صام في رمضان وكالرجل اذا صلى في اول الوقت جاز بوجود السبب وان كان الوجوب متاخرا
وهو اخر الوقت ليتحقق النماء فاذا تحقق استند الوجوب الى اول السبب فكان التعجيل صحيحا ولهذا قلنا ان تعجيل الزكاة قبل كمال النصاب لا يجوز
لان سبب الوجوب لا يتحقق الا بكمال النصاب وبعد كمال النصاب يجوز التعجيل لسنتين عندنا • وقال الشافعي لا يجوز الا للسنة الواحدة
الاولى فان عنده التعجيل في اخر الحول لا على الاول • قال الا ترى ان التعجيل قبل كمال النصاب لا يجوز لان الحول غير منعقد عليه وكذلك
الحول الثاني بعد كمال النصاب • ولنا حديث العباس والمعنى فيه ان ملك النصاب سبب لوجوب الزكاة في كل حول ما لم ينتقص عنه وجواز
التعجيل باعتبار تمام السبب في حق الحول الثاني كالحول الاول بخلاف ما قبل كمال النصاب ثم بعد كمال النصاب يجوز التعجيل عن النصب عندنا
وقال زفر رح لا يجوز التعجيل الا عن النصاب الموجود في ملكه حتى اذا كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون
من الابل عندنا يجوز التعجيل عن الكل وعند زفر لا يجوز الا عن زكاة الخمس قال لان جواز التعجيل بعد وجود ملك المال بكمال النصاب
الاول • وحجتنا في ذلك ان ملك النصاب كما هو سبب لوجوب الزكاة فيه عند كمال الحول اذا جعل المال الحاصل في خلال الحول كالموجود في اوله
في وجوب الزكاة في جواز التعجيل بخلاف المستفاد في خلال الحول كالموجود في اوله واذا لم تجب عليه الزكاة عند كمال الحول لهلاك ماله فليس له
ان يسترد من الفقير ما اداه عندنا • وقال الشافعي له ذلك ان بين انه يعطي معجلا وان اطلق له عند الاداء لم يكن له ان يرجع عليه لانه اذا بين
له انه يعطي ما يستحقه عليه بوجوب الزكاة فاذا ثبت الاستحقاق كان له حق الرجوع كمن قضى دين انسان ثم انتفى السبب الموجب للدين • ولنا
ان المصدق يجعل ما يؤديه لله خالصا ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى وقد تم ذلك بالوصول الى يد الفقير فلا يرجع عليه بشيء
بل ان وجبت الزكاة كان مؤديا للواجب وان لم يجب كان متنفلا كما لو اطلق الاداء وينظر في السائمة الى كمال العدد فتجب فيه الزكاة وان كانت قيمتها
ناقصة عن مائتي درهم وينظر الى قيمتها اذا ارادها للتجارة فان كانت اقل من مائتي درهم لم تجب فيه الزكاة لنقصان وان كان العدد كاملا لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم في السائمة اعتبر كمال العدد دون القيمة ولان النماء في السائمة مطلوب من عينها وفي مال التجارة انما يطلب النماء من ماليتها فاعتبر
النصاب في الموضعين من حيث يطلب النماء فان كانت قيمتها اقل من مائتي درهم لم تجب فيه الزكاة لنقصان النصاب ولا زكاة السائمة وان كان العدد
كاملا لان النصاب فيها غير معتبر من حيث العدد • فان قيل اذا لم تجب فيها زكاة التجارة صار كانعدام نية التجارة فعند ذلك تجب فيه زكاة
السائمة • قلنا نية التجارة معتبرة في اخراجها من ان تكون سائمة معنى على ما بينا والصورة بلا معنى لا يكفي لايجاب الزكاة واذا اشترى

الا للتجارة ثم مضى حول بعد ما جعلها سائمة فلا زكاة عليه حتى يحول الحول من حين جعلها سائمة لانه نوى ترك التجارة فيها وهو تارك لها في الحال فوقت حقيقة فاقترنت النية بالعمل وزكاة السائمة ليست من جنس زكاة التجارة فلا يمكن بناء احدهما على الاخرى فلهذا يستقبل الحول من حين جعلها سائمة ۞ ويؤخذ من نصارى بني تغلب صدقة سائمتهم ضعف ما يؤخذ من المسلم اذا بلغت مقدار ما يجب في مثله على المسلم وبنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رضي الله عنه ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم فان رايت ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلنا ذلك فشاور عمر الصحابة في ذلك وكان الذي يسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي فقال يا امير المؤمنين صالحهم فصالحهم عمر على ان ياخذ منهم ضعف ما ياخذ من المسلم ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان رضي الله عنه لعلمه اول الامر واخرها ۞ فان قيل ان عليا اراد ان ينقض صلحهم حتى غلوا ودلوا قلنا كان يقصد تشاور الصحابة في ذلك ثم اتفق هو معهم على انه ليس لاحد نقض هذا الصلح وذكر محمد في النوادر ان صلحهم في الابتداء كان ولكن ثابت بالاجماع وبقول رسول الله عم ان ملكا ينطق على لسان عمر وقال اينما دار عمر فالحق معه ۞ فاذا عرفنا هذا فنقول لا يؤخذ من السائمة مما دون النصاب شيء كما لا يؤخذ من المسلم ويؤخذ من النصاب من المسلم ما قدره الشرع في كل مال فيؤخذ منهم ضعف ذلك لان الصلح وقع على هذا ويؤخذ من نسائهم مثل ما يؤخذ من رجالهم ۞ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم قال لانه بدل عن الجزية ولا جزية على النساء وجه ظاهر الرواية ان هذا مال الصلح كان الرجال والنساء فيه سواء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ من كل حالم وحالمة دينارا وفي نظيره الدية على العاقلة لا شيء فيه على النساء فان صالحت امراة عن القصاص على مال اخذت به وهذا لان الوفاء بالعهد واجب من الجانبين والعهد على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة من المسلمات يؤخذ بها يؤخذ من الرجال فكذلك في حقهم ولا يؤخذ من صبيانهم شيء لانه لا يؤخذ الصدقة من سوائم الصبيان من المسلمين فكذلك اموالهم ۞ واما موالي بني تغلب فلا يؤخذ منهم الصدقة ولكن يؤخذ على رؤوسهم الخراج بمنزلة سائر الكفار فان ظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يقتضي ذلك وانما تركنا هذا الظاهر في بني تغلب باتفاق الصحابة هذا الاسم من كان منهم نسبا لا ولاء فبقيت مواليهم على حكم ظاهر الاية ۞ فان قيل اليس ان رسول الله عم قال مولى القوم من انفسهم قلنا المراد بني هاشم في حرمة الصدقة عليهم كرامة لهم الا ترى ان موالي بني تغلب لا يكونوا اعلى حالا من موالي المسلمين ومولى المسلم اذا كان ذميا يوضع عليه الجزية فمولى التغلبي اولى ۞ وما اخذ من صدقات بني تغلب يوضع مواضع الخراج لان عمر لما صالحهم قال هذه جزية فسموها ما شئتم معناه جزية في حقنا فتضعه موضع الجزية ولانه ليس بصدقة حقيقة فالصدقة اسم لما يتقرب به الى الله تعالى وليس هو باهل هذا التقرب وهو جزية معنى فالجزية اسم لمال ماخوذ بسبب الكفر على وجه العقوبة والتضعيف عليهم بهذه الصفة حتى يسقط اذا اسلموا فلهذا يوضع موضع الخراج ۞ واذا ظهر الخوارج على بلد من بلاد اهل العدل فاخذوا منهم زكاة سوائمهم لم ياخذ منهم الامام ثانيا لانه عجز عن حمايتهم والجباية تكون بسبب الحماية وهذا بخلاف ما اذا مر التاجر على عاشر اهل البغي فعشره ثم مر على عاشر اهل العدل يعشره ثانيا لان صاحب المال هو الذي عرض ماله حين مر عليه فلم يعذر وههنا صاحب المال ما ضيع شيئا ولكن الامام عجز عن حمايته فلهذا لا يؤخذ ولكن يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالاداء ثانيا لانهم ياخذون اموالنا على سبيل الصدقة ولا يصرفونها الى مصارف الزكاة فينبغي لصاحب المال ان يؤدي ما فرض الله تعالى وان اخذ منه شيئا ظلما وكذلك ان اخذوا من اهل الذمة في الخراج رؤوسهم لم يؤاخذهم الامام بما مضى واستانف الامر معهم لعجزه عن حمايتهم ۞ واما ما ياخذه سلاطين زماننا هؤلاء الظلمة من الصدقات والعشور والجزاء والخراج فلم يتعرض له محمد في الكتاب وكثير من ائمة بلخ كانوا يفتون بالاداء ثانيا فيما بينهم وبين ربهم كما في حق اهل البغي لعلمنا انهم لا يصرفون الماخوذ الى مصارف الصدقات وكان ابو بكر الاعمش يقول في الصدقات يفتون بالاعادة فاما في الخراج فلا لان الخراج للمقاتلة وهم المقاتلة حتى اذا ظهر عدو ذبوا عن بلاد الاسلام فاما للفقراء والمساكين وهم لا يصرفونها الى هذه المصارف والاصح ان يقول يسقط جميع ذلك عن ارباب الاموال اذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لان ما بايديهم من اموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق اموالهم فلو ردوا ما عليهم لم يبق في ايديهم شيء فهم بمنزلة الفقراء حتى قال محمد بن سلمة يجوز اخذ الصدقة لعلي بن عيسى بن هامان والي خراسان وكان امير بلخ فسأل الفقهاء عما يكفره فافتوا له بصيام ثلاثة ايام ويقول حشمه انهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا وكذلك ما يؤخذ من الرجل من الجبايات اذا نوى عند الدفع ان يكون له من زكاته وعشره جاز على الطريق الاول الذي قلنا في فقرائهم ولان لفقراء تلك البلدة حق القربة والمجاورة والاطلاع على اموال اربابها فصرفها اليهم في الصدقة اولى لقوله عم ادنا الادنى ولما سال رجل فقال ان لي جارين فالى ايهما ابر قال الى اقربهما منك بابا وان اخرجها الى غيرهم جاز وهو مكروه وللشافعي قول انه لا يجوز لحديث معاذ قال من نقل عشره وصدقته من مخلاف عشيرته الى غير مخلاف عشيرته فعشره وصدقته في مخلاف عشيرته اي مردود عليهم

۞ ولنا ظاهر قوله تعالى انما الصدقات للفقراء او تخصيص فقراء البلدة ليس لعين في ايجابهم ولا يمنع الجواز اذا صرف الى غيرهم لان المقصود هو سد الخلة فقد حصل وقول معاذ محمول على بيان الاولى الا ترى انه كان باليمن كان ينقل الصدقة الى المدينة على ما قال في خطبته ۞ فانفع لمن بالمدينة من المهاجرين والانصار وانما كان ينقل الى المدينة من المهاجرين والانصار وانما كان ينقل الى المدينة لان فقراءها اشرف الفقراء حيث هجروا اوطانهم وهاجروا لنصرة النبي عم ولتعلم احكام الدين وعلى هذا روي عن ابي حنيفة اذا كان لصاحب المال قرابة محتاجون في بلدة اخرى فلا باس ان يصرف الصدقة اليهم وهو افضل لما فيه من صلة الرحم مع اسقاط الفرض عن نفسه ۞ ومن كان في عسكر الخوارج سنين فلم يؤد زكاة سوائمه لم يؤخذ منها لانه لم يكن تحت حماية الامام حين وجبت عليه وحكمه كان لا يجري عليه وعليه ان يؤديها فيما بينه وبين الله تعالى لان الحق قد لزمه بتقرر سببه فلا يسقط عنه الا بالاداء وصار كالاموال الظاهرة في حق من لم يثبت للامام حق الاخذ منها كالاموال الباطنة ۞ ويأخذ العاشر الصدقة من رسول اهل البغي اذا مر عليهم كما ياخذها من المسلم لان اهل البغي هم مسلمون قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الى قوله فان بغت احداهما على الاخرى وقال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا وانما ياخذ من سائر المسلمين ما لزمهم من الزكاة في المال الممرور به على العاشر وكذلك من اهل البغي ومن اسلم من اهل الحرب في تلك الدار واقام بها سنين فان عرفنا ان الزكاة عليه لم يؤدها حتى خرج الينا لم يؤخذ منها لانه لم يكن تحت حماية الامام في ذلك الوقت ولكنه يفتى باداءها فيما بينه وبين الله تعالى وان علم بوجوب الزكاة فليس عليه اداؤها الا على قول زفر والقياس ما قال لانه بقبول الاسلام صار ملتزما لاحكامه وجهله عذر في دفع الماثم لا في اسقاط الواجب بعد تقرر سببه ۞ ولكنا استحسنا وقلنا بوجوب خطاب الشرع يتوقف على البلوغ اليه الا ترى ان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد تحول القبلة الى الكعبة وجوز لهم ذلك لانه لم يبلغهم وهذا لان التكليف بحسب الوسع ولا وسع في حق العمل به قبل البلوغ اليه فصار كان الخطاب غير نازل في حقه وهذا لان الخطاب غير شائع في دار الحرب لان احكام الاسلام غير شائعة في دار الحرب فاقيم الشيوع مقام الوصول اليه واذا حلف الرجل انه قد ادى صدقة ماله الى المصدق الذي كان في تلك السنة فكف عنه المصدق ثم اطلع بعد السنين على كذبه اخذ بتلك الصدقة لان السبب المثبت لحق الاخذ له قد تقرر فلا يسقط باليمين الكاذبة كسائر حقوق العباد والتاخير ليس بمسقط حق الاخذ بعد ثبوته فلهذا اخذ بالصدقة ۞

باب صدقة الغنم

الاصل في وجوب الزكاة في الغنم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من صاحب غنم لا يؤدي زكاتها الا بطح لها يوم القيامة بقاع قرقر تطؤه باظلافها وتنطحه بقرونها ۞ وقال عم لا الفين احدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه شاة تيعر يقول يا محمد يا محمد فاقول لا املك لك من الله شيئا قد بلغت ۞ اذا عرفنا هذا فنقول ليس في اقل من الاربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه الى مائتين فان زادت واحدة ففيها شاتان ثم ليس في الزيادة شيء حتى تبلغ اربعمائة ففيها اربع شياه وبعد ذلك في كل مائة شاة وقال الحسن بن صالح اذا زادت على الثلاثمائة واحدة ففيها اربع شياه وفي اربعمائة خمس شياه ۞ وحجتنا حديث انس رضي الله عنه ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه كتب كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه وفي اربعين من الغنم شاة وفي مائة واحدى وعشرين شاتان وفي مائتين وواحدة ثلث شياه الى اربعمائة ففيها اربع شياه ۞ وقد بينا ان طريق معرفة النصاب النص دون الراي والاجتهاد ولا يؤخذ الجذعة من الغنم في الصدقة وانما يؤخذ الثني فصاعدا والجذعة التي تم لها حول وطعنت في الثاني والثني الذي تم لها حولان وطعنت في الثالثة ۞ وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من الغنم الا الثني فاما من الضان يؤخذ الجذعة وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو الذي ذكره الطحاوي في المختصر ولا يؤخذ في زكاة الغنم الا ما يجزي في الضحايا ۞ وجه تلك الرواية قوله عم انما حقنا في الجذعة من الضان تجزي في الضحايا وهي ادعى للشرائط في الاخذ من الزكاة بجواز التضحية بها يدل على جواز اخذها في الزكاة بطريق الاولى ۞ وجه ظاهر الرواية حديث علي رضي موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يؤخذ في الزكاة الا الثني فصاعدا ثم ما دون الثني الا ترى انه لا يجوز اخذه من المعز لا يؤخذ في الزكاة الا باعتبار النظر للفقراء فكما لا يؤخذ ما دون الثني من المعز لا يؤخذ ما دون الثني من الضان وهو القياس في الاضحية ايضا ولكن تركنا النص خاص ورد فيه وذلك اذا كان سمينا لو اختلط بالثنيان لم يمكن تمييزه قبل التامل ومثله يقارب الثني فيما هو المقصود بانه يقرب الذبح وهذا ما دون الثني لا يقارب الثني فيما هو المقصود من كل وجه فان منفعة النسل لا يحصل ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والاناث جميعا عندنا ۞ وقال الشافعي لا يؤخذ الذكر الا اذا كان النصاب كله ذكورا قال لان منفعة النسل

لا تحصل الا بالذكر فلا يؤخذ لان الواجب جزء من النصاب ۝ ولنا قوله عم في اربعين شاة شاة واسم الشاة يتناول الذكر والانثى بدليل الموجب فيه
فان اختلط المعز بالضان فلا خلاف ان نصاب البعض يكمل بالبعض فيوخذ الوسط عندنا وذلك الارفع من الادون والادون من الارفع
ذكره في المنتقى وذلك في البقر مع الجواميس وللشافعي قولان في احدهما يقول يوخذ من جنس الاغلب منهما لان المغلوب لا يظهر مقابلة
الغالب ۝ وفي القول الاخر يقول يقوم واحدة من الارفع والاخرى من الادون ثم ينظر الى نصف القيمتين فيوخذ واحدة بتلك القيمة
وقال هو العدل وبه يتم النظر من الجانبين ۝ ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس شيئا وخذوا
من حواشي اموالهم والاخذ من الحواشي ۝ قلنا والمتولد بين الظبي والغنم يكون نصابا عندنا اذا كانت الام غنما وكذلك المتولد بين البقر
الوحشي والاهلي عندنا العبرة للام وعند الشافعي لا تجب فيه الزكوة لانه يجاذبه جانبان احدهما يوجب والاخر ينفي ۝ والاصل عدم الوجوب
بالشك لا يثبت ۝ ولكنا نقول المتولد من جنس الام فانه يشبهها في العادة ويتبعها في حق الحكم حتى يكون لمالك الام وحتى يتبع الولد الام
في الرق والحرية وهذا لما عرفنا ان الفحل يصير مستهلكا بحضانتها والولد يكون منها ۝ رجل تزوج امراة على غنم سائمة ودفعها اليها
فحال الحول عليها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فعليها زكوة النصف ولا شيء على الزوج لانه لم يكن مالكا لها في الحول انما حادث الملك بعده اما المراة
كانت مالكة الكل فكان النصاب كاملا فوجبت عليها الزكوة ثم استحق بعضه من يدها بسبب حادث بعد الحول فعليها الزكوة فيما بقي كما لو هلك
بعض النصاب بعد ان كان لم يدفعه اليها حتى حال الحول ثم طلقها قبل ان يدخل بها ففي قول ابي حنيفة رض الاخر لا زكوة على واحد منهما وفي قوله الاول
عليها الزكوة في نصفها اذا قبضت وكان نصابا تاما فان كان دون ذلك فلا زكوة عليها ۝ وفي قول ابي يوسف ومحمد رح الزكوة في نصفيهما سواء
كان نصابا او دونه بعد ان كان الكل نصابا وقد بينا هذا في زكوة الابل واوضحه في الكتاب بما لو كان الصداق عبدا للخدمة فمر يوم الفطر وهو عندها
ثم طلقها قبل ان يدخل بها فعليها صدقة الفطر وان كان عند الزوج حين مر يوم الفطر ثم طلقها قبل ان يدخل بها فليس على واحد منهما صدقة الفطر عنه
قيل هذا قول ابي حنيفة فاما عندهما ينبغي ان يجب عليها شيء صدقة الفطر وما قبل القبض كما بعده في حكم الزكوة والاصح انه قولهم جميعا
لان صدقة الفطر تعتمد الولاية التامة لا مجرد الملك وذلك لا يحصل بدون اليد بخلاف الزكوة فانها وظيفة الملك وملكها في الصداق
قبل القبض تام بدليل انها تتصرف فيه حيث شاءت ۝ رجل له مائتا درهم وعليه مائتا درهم دين وله اربعون من الغنم السائمة فحال الحول فعليه
الزكوة في الغنم لان الدين مصروف في الدراهم هكذا اشار في الكتاب فالفقه فيه وهو ان الدراهم معدة للتقلب والتصرف مخلوقة فاما الشاة
معدة لاستيفاء النماء منها وهذا اذا حضر المصدق فان لم يحضر فالخيار الى صاحب المال ان شاء صرف الدين الى السائمة فادى الزكوة
من السائمة وان شاء صرف الدين الى الدراهم فادى الزكوة من الدراهم لان في حق صاحب المال هما سواء وانما الاختلاف في حق المصدق فانه ولاية
اخذ الزكوة من السائمة دون الدراهم فلهذا صرف الدين الى الدراهم واخذ الزكوة من السائمة ۝ رجل له اربعون شاة سائمة فحال عليها حولان
فعليه للحول الاول شاة ولا شيء عليه للحول الثاني اشار في الكتاب الى ان الغنم قد انتقصت عن الاربعين وقد بينا تخريجه في نظيره في زكوة الابل وكذلك
في زكوة الغنم كما في الكتاب تفسير قوله لا تفرق بين مجتمع ان يكون للرجل مائة وعشرون شاة ففيها شاة وليس للساعي ان يفرقها في ثلث مواطن
فياخذ من كل اربعين شاة وتفسير قوله لا تجمع بين متفرق ان يكون بين الرجلين اربعون شاة فلا يكون للمصدق ان يجمعها فياخذ منها الزكوة وقد بينا
ان المراد الجمع والتفريق في الملك دون المكان وقد تقدم بيان هذا وبينا تفسير قوله وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وبينه وضوحا فنقول
المراد اذا كان بين الرجلين احدى وستون من الابل لاحدهما ستة وثلاثون وللاخر خمسة وعشرون فجاء المصدق فاخذ منها ابنة لبون وابنة مخاض
ثم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف ما اخذ من ملكه زكوة صاحبه وحمله على هذا فان التراجع على وزن التفاضل فينبغي ان يثبت من الجانبين
في وقت واحد وذلك فيما قلنا ۝ قال والشريك المفاوض وغير الشريك فيه سوا في حكم الصدقة ولان وجوبها باعتبار حقيقة الملك
وغنا المالك به ولا ملك للشريك في نصيب شريكه مفاوضا كان او غيره ۝ واذا مر المسلم على العاشر بالماشية وغيرها من الاموال
فقال ليس لي شيء من هذا للتجارة وحلف على ذلك لا ياخذ منه شيئا لانه امين فيما يلزمه من الزكوة وانكر وجوبها عليه فالقول قوله مع اليمين
والعاشر لا ياخذ الزكوة ووجوب الزكوة بصفة التجارة والاسامة وما يمر به على العاشر لا يكون سائمة وقد انتفى صفة التجارة بحلفه
فلا ياخذ منه شيء وكذلك الذمي والتغلبي لانهما من اهل دارنا فمرورهما على العاشر قد يكون لغير مال التجارة كما يكون لمال التجارة كالمسلم
فاما الحربي فلا يصدق على ذلك ويوخذ منه العشر لان الاخذ منهم بطريق المجازاة وهم لا يصدقون في هذا من يمر بهم منا عليهم فكذلك نحن
لا نصدقهم ولان الحربي في دارنا لا يدخل الا على قصد التجارة لانه ليس من اهل دارنا فالظاهر ان يكون للتجارة ولهذا اخذ منه ۝ رجل مات
بعدما وجبت الصدقة في سائمته فجاء المصدق وهو في يد الورثة فليس له ان ياخذ منهم صدقتها الا ان يكون الميت اوصى بذلك فحينئذ ياخذ
من ثلث ماله ۝ وقال الشافعي ياخذ صدقتها من جميع ذلك المال وهي بمنزلة الدين ۝ وحجته في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث

الخثعمية

في حديث الخثعمية ارايت لو كان على ابيك دين اكنت تقضيه فقال نعم فقال رسول الله عم فدين الله احق فجعلت رسول الله صلى الله عليه وسلم بديون
العباد ثم دين العباد يقضى من التركة بعد الوفاة مقدما على الميراث فكذلك دين الله تعالى وهذا الفقه ان هذا كان مطالبا به في حيوته ويجري النيابة
في ايفائه فيستوفى من تركته بعد موته كديون العباد وتقريره ان المال خلف عن الذمة في الحقوق التي تقضى بالمال والوارث قائم مقام المورث
في اداء ما يجري فيه النيابة الا ترى ان بعد الايصاء يقوم مقامه في الادا فكذلك قبله ۝ وحجتنا قوله عم يقول ابن ادم مالي مالي وهل لك
من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فابقيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فهذا يقتضي ان ما لم يمضه من الصدقة يصير
للوارث بعد موته وبه علل في الكتاب فقال لانها خرجت من ملكه الذي كانت له يعني ان المال صار ملكا للوارث ولم يجب على الوارث شيء يوخذ من ملكه
وهذا لان حق الله تعالى مع حق العباد اذا اجتمعا في محل يقدم حق العبد على حقه تعالى ثم الواجب عليه فعل الايتاء والفعل لا يتحقق منه بالمال
ليقوم المال فيه مقام الذمة بعد موته والوارث لا يحل نائبا في اداء الزكوة لان الواجب ما هو عبادة لا يتحقق الا بالنية وفعل من وجب عليه
حقيقة وحكما فاما خلافة الوارث المورث يكون جبرا من غير اختيار من المورث وبمثله لا تتادى العبادة واستيفاء الواجب لا يجوز الا من الوجه
الذي وجب فاما اذا لم يمكن استيفاؤه من هذا الوجه لم يبق اصلا الا ان يوصي فيكون تطوع وصيته بسائر التبرعات فينفذ من ثلثه وبطل ما ذكرنا
الفرق بين ديون الله تعالى وديون العباد اذا تاملت فان مات صاحب السائمة في خلال الحول ينقطع به الحول عندنا وعندهما من ملكه كما لو باعها
وقال الشافعي يبني عليه فان تم فعلى الوارث اداء الزكوة قال لان ملك الوارث بناء على ملك المورث وليس بابتداء ملك بدليل حكم الرد بالعيب
وغيره ۝ ولكنا نقول صفة المالكية للوارث يتجدد وفي حكم الزكاة المال معتبر وغنا المالك بالمال معتبر فتتجدد صفة المالكية قلنا
يستقبل الحول في ملك الوارث

باب زكوة البقر

الاصل في وجوب زكاة البقر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في مانعي الزكوة لا الفين احدكم ياتي يوم القيمة وعلى عاتقه بعير له رغاء
فيقول يا محمد يا محمد فاقول لا املك لك من الله شيئا الا وقد بلغت ولا الفين احدكم ياتي يوم القيمة وعلى عاتقه بقرة لها خوار فاقول لا املك لك من الله
الا وقد بلغت ولا الفين احدكم ياتي يوم القيمة وعلى عاتقه فرس له حمحمة فيقول يا محمد يا محمد فاقول لا املك لك من الله شيئا الا وقد بلغت فاذا
عرفنا هذا فنقول ليس فيما دون ثلثين بقرة سائمة صدقة وفي ثلثين منها تبيع او تبيعة وهي التي لها سنة وطعنت في الثانية وفي اربعين منها مسنة
وهي التي لها سنتان بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل رض حين وجهه الى اليمن واختلفت الروايات فيما زاد على الاربعين فذكر
في كتاب الزكوة وما زاد على الاربعين ففي الزيادة بحساب ذلك ولم يفسر هذا الكلام وفي كتاب اختلاف ابي حنيفة رض وابن ابي ليلى اذا كانت له احدى
واربعون بقرة قال ابو حنيفة وابن ابي ليلى رض مسنة وربع عشر مسنة وثلث عشر تبيع وهذا يدل على انه لا نصاب عنده في الزيادة على الاربعين
وانه يجب فيه الزكوة قل او كثر بحساب ذلك ۝ وروى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رض انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ففيها
مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة انه ليس في الزيادة شيء حتى يكون ستين ففيها تبيعان او تبيعتان وهو قول ابي يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي ثم لا خلاف انه لا شيء في الزيادة الى سبعين بعد الستين الا وقاص تسع والواجب في كل ثلثين تبيع وفي كل اربعين مسنة
حتى اذا كانت سبعين ففيها مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي مائة وعشرة مسنتان وتبيع وفي مائة وعشرين
ان شاء ادى ثلث مسان وان شاء ادى اربعة اتبعة فانها ثلث مرات اربعون واربع مرات ثلثون ۝ وجه قول ابي يوسف ومحمد حديث
معاذ بن جبل رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروا الوقص ما بين الاربعين الى الستين
ولان مبنى زكوة السائمة على انه لا يجب فيها الاشقاص دفعا للضرر عن ارباب الاموال حتى ان في الابل عند قلة العدد اوجب من خلاف
الجنس تحرزا عن ايجاب الشقص وكذلك في زكوة البقر لا يجوز ايجاب الشقص لانه عيب ۝ فاما وجه رواية الحسن بن زياد ان الاوقاص
في البقر تسع بدليل ما قبل الاربعين وما بعد الستين وكذلك فيما بين ذلك يلحق بما قبله او بما بعده ۝ وجه الرواية الاخرى ان نصب
النصاب بالراي لا يكون وانما طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الاربعين الى الستين فاذا تعذر اعتبار النصاب فيه اوجبنا الزكوة
في قليله وكثيره فاذا تعذر اعتباره يحسب بحساب ما قبله وحديث معاذ المراد منه عند قلة العدد في الابتداء فان الوقص في الحقيقة
اسم لما يبلغ نصابا وذلك في الابتداء يكون ۝ وقيل المراد بالاوقاص هو الصغار والعجاجيل وبه نقول انه لا شيء فيها والجواميس
بمنزلة البقر وقد بينا هذا في باب زكوة الغنم ذكورها واناثها في الصدقة سوا وكذلك في الاخذ لا فرق بين الذكور والاناث
في زكوة البقر بخلاف زكوة الابل فانه لا يوخذ منها الا الاناث وهذا لان التفاوت بين الذكور والاناث في الغنم والبقر يتقارب

في الابل بعد ما هذا وقيده الابل فاما الخيل السائمة اذا اختلط ذكورها باناثها ففيها الصدقة في قول ابي حنيفة رض ان شاء ادى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها وادى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء فيها وان كانت اناثا كلها فعن ابي حنيفة فيه روايتان وان كانت ذكورا كلها فليس فيها شيء الا رواية شاذة عن ابي حنيفة ذكره في كتاب الآثار وجه قولهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة • وفي حديث اخر عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق الا ان في الرقيق صدقة الفطر ولانه لا يثبت للامام حق الاخذ باعتبار الاسامة ولا يجب من عينها شيء ومبنى الزكوة في الشرع على ان الواجب جزء من العين وان للامام حق الاخذ باعتبار الاسامة بدليل سائر الحيوانات وابو حنيفة احتج بحديث ابي الزبير عن جابر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وليس في الرابطة شيء وان عمر بن الخطاب كتب الى ابي عبيدة ان يأخذ من الخيل السائمة من كل فرس دينارا او عشرة دراهم ووقعت الحادثة في زمن مروان فشاور الصحابة فروى ابو هريرة ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم انما اراد به فرس الغازي فاما ما حبس لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار او عشرة دراهم والمعنى فيه انه حيوان يسام في غالب البلدان فيجب فيه زكوة السائمة كالابل والبقر والغنم الا ان الاثار اشتهرت بفرع الخيل كانت منهم في ذلك الوقت وما كانت معدة الا للجهاد وانما لم يثبت ابو حنيفة للامام حق الاخذ لان الخيل مطمع كل طامع لانه سلاح فالظاهر انهم اذا علموا به لا يتركونه لصاحبه وانما لم يوجد من عينه لان مقصود الفقير لا يحصل فان عنده غير ماكول اللحم واما في الاناث فالاصح من الروايتين لا شيء فيها لان معنى النماء فيها من حيث النسل وذلك لا يحصل بالاناث خاصة وفي الرواية الاخرى قال يحصل بان يستعار لها فحل فاما في الذكور المفردة لا شيء فيها في ظاهر الرواية لان معنى النسل لا [illegible] وزيادة السن لا يزداد القيمة في الخيل بخلاف سائر الحيوانات ومعنى السمن غير معتبر لان عينه غير ماكول عنده فلا [illegible] فلا شيء عليه • وفي رواية الاثار جعل هذا قياس سائر انواع السائمة فان بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبها فيكمل معنى مال الزكوة فكذلك في الخيل • وليس في الحمير والبغال السائمة صدقة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن البغال والحمير فقال لم ينزل علي فيها الا هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ولانها لا اسامة في غالب البلدان مع كثرة وجودها والنادر لا عبرة له انما الحكم للغالب فلهذا لا يجب فيها زكوة السائمة ٥

باب زكوة المال

ليس فيما اقل من مائتي درهم زكوة فاذا بلغت مائتي درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لحديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للرقة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة حتى تبلغ مائتي درهم ففيها خمسة دراهم وحين بعث معاذا الى اليمن قال ليس فيما دون مائتي درهم من الورق شيء وفي مائتي خمسة دراهم فما زاد على المائتين فليس في الزيادة شيء حتى تبلغ اربعين درهما فيكون فيها درهم مع الخمسة في قول ابي حنيفة وهكذا في كل اربعين وهو قول عمر بن الخطاب رض وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي تجب في الزيادة على المائتين بحساب ذلك قل او كثر حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيها جزء من اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر رض وابراهيم النخعي وقال الحسن البصري ليس في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتين اخرى ففيها خمسة دراهم • احتجا بحديث علي رض ان النبي عم قال في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك [illegible] الا لحاجة [illegible] فيكون كالقليل والكثير • وابو حنيفة احتج بحديث عمرو بن حزم ان النبي عم قال في مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل اربعين درهما درهم [illegible] • وفي حديث معاذ ان النبي عم قال له لا تأخذ من الكسور شيئا [illegible] وفي مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد [illegible] ففي كل اربعين درهما درهم [illegible] • وليس فيما اقل من عشرين مثقالا من الذهب [illegible]

وهذا والدراهم سواء لما بينا وكذلك الزكاة في مال التجارة تجب باعتبار القيمة والكلام في فصول • احدها ان الزكوة تجب في عروض التجارة ٥ اذا حال الحول عندنا • وقال مالك اذا باعها زكى لحول واحد وان مضى عليها احوال وقال نفاة القياس لا شيء فيها والدليل على وجوب الزكوة فيها حديث سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا باخراج الزكاة عن الرقيق وكل ما نبيعه • وفي حديث ابي ذر قال النبي صلى الله عليه وسلم وفي البز صدقة اذا كان للتجارة • وفي حديث عمر بن الخطاب رض انه قال لحماس ما مالك فقال اهب وادم فقال قومها واد الزكوة من قيمتها والدليل على اعتبار الحول قوله عم لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ثم معنى النماء مطلوب من قيمتها في اموال التجارة كما انه مطلوب في السوائم من عينها فكما تتجدد زكوة السوائم باعتبار كل حول لتجدد النماء بمضيه فكذلك في مال التجارة • ويعتبر ان تكون قيمتها نصابا في اول الحول وفي اخره كالسوائم عندنا • وعلى قول الشافعي يعتبر كمال النصاب في اخر الحول فقط وقد بينا هذا في الكتاب • ويقومها يوم حال الحول عليها ان شاء بالدراهم وان شاء بالدنانير وعن ابي حنيفة انه يقومها بانفع النقدين للفقراء قال في الامالي وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشتراها به ان كان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب في البلد وعن محمد يقومها بالنقد الغالب على كل حال وجه قول محمد ان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد ومتى وقعت الحاجة في حق المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فهذا مثله وابو يوسف يقول حكم البدل معتبر باصله فاذا كان مشتري باحد النقدين فتقويمه بما هو اصله اولى • وجه قول ابي حنيفة ٥ ان المال كان في يد المالك وهو المنتفع به في زمان طويل فلا بد من اعتبار منفعة الفقراء عند التقويم لاداء الزكاة فيقوم باحظ النقدين الا ترى انه لو كان تقويمه باحد النقدين يتم به النصاب لمنفعة الفقراء فهذا مثله • وجه رواية الكتاب ان وجوب الزكوة في عروض التجارة باعتبار ماليتها دون اعيانها والتقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سواء فكان الخيار الى صاحب المال ان شاء ادى ربع حقاق وان شاء ادى خمس بنات لبون كذلك هذا ثم وجوب الزكاة في عين مال التجارة باعتبار قيمتها عندنا وعلى قول الشافعي الوجوب في قيمتها قال لان النصاب معتبر من القيمة فعرفنا ان الواجب فيه • ولنا ان الواجب في ملكه وملكه هو العين فكان باعتبار صفة المالية • وما كان من الدراهم والدنانير والذهب تبرا مكسورا او حليا مصوغا او حلية سيف او منطقة او غير ذلك ففي جميعه الزكوة اذا بلغ الذهب عشرين مثقالا والفضة مائتي درهم نوى بها التجارة او لم ينو • والاصل فيه قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الاية والكنز اسم لمدفون لا يراد به التجارة وقد الحق الله تعالى الوعيد بمانع الزكاة منها فذلك دليل على وجوب الزكاة فيها بدون نية التجارة ثم سائر اموال التجارة مخلوقة للابتذال والانتفاع باعيانها فلا تصير معدة للنماء الا بالقصد من تجارة او اسامة • واما الذهب والفضة خلقا جوهرين للاثمان لمنفعة التقلب والتصرف فكانت معدة للنماء على اي صفة كانت فتجب الزكوة فيها • والحلي عندنا نصاب للزكوة سواء كان للرجال او للنساء مصاغا صياغة تحل او لا تحل وللشافعي في حلي النساء قولان في احد القولين لا شيء فيه وهو مروي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما انه مبتذل في مباح فلا يكون نصابا للزكوة كالبذلة بخلاف حلي الرجال فانه مبتذل في محظور وهذا لان الحظر شرعا يسقط اعتبار الصنعة والابتذال حكما فيكون مال الزكوة بخلاف ما اذا كان المال مباحا ٥ شرعا وهو نظير ذهاب العقل بسبب السكر يسقط اعتباره شرعا بخلاف ذهاب العقل بشرب الدواء • ولنا حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عم ٥ راى امراتين تطوفان بالبيت وفي ايديهما سواران من ذهب فقال اتؤديان زكوتهما فقالتا لا فقال اتحبان ان يسوركما الله بسوارين من نار ٥ قالتا لا قال فاديا زكوتهما والمراد الزكوة دون الاعارة لانه الحق بهما الوعيد وذلك لا يكون الا بترك الواجب والاعارة ليست بواجبة وفي حديث ام سلمة انها كانت تلبس اوضاحا لها من ذهب فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم اكنز هي فقال ان اديت منها الزكوة فليس بكنز والمعنى فيه ان الزكوة حكم تعلق بعين الذهب والفضة مع اسم العين وصفا اخر لايجاب الزكوة وعلى اي وصف مسكها المالك للنفقة او غيرها كان عليه فيه الزكوة لان الابتذال فيهما لم يغير الحال بين ان يكون مباحا او محظورا كما في السوائم اذا جعلها حمولة ثم الابتذال هاهنا المقصود به لا يتعلق به حيوة نفس ومال فلا ينعدم به صفة التنمية الثابتة لهذين الجوهرين باعتبار الاصل فان كان له عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم ضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب عندنا وعلى قول الشافعي لا يضم احدهما الى الاخر بل يعتبر كمال النصاب من كل واحد منهما على حدة ٥ قال لانهما جنسان مختلفان فلا يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب كالسوائم • وبيان الوصف في الحقيقة غير مشكل ومن حيث الحكم لا يجري الربا بينهما بالفضل • ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الاشج قال من السنة ان يضم الذهب الى الفضة في ايجاب الزكوة ومطلق السنة ينطلق الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانهما لا يكمل نصاب احدهما بما يكمل به نصاب الاخر فيكمل احدهما بالاخر كالسود مع البيض والنيسابوري من الدنانير مع الهروي وبيان الوصف ان نصاب كل واحد منهما يكمل بعروض التجارة وهذا لانهما وان كانا من جنسين من حيث الصورة ففي حكم الزكاة جعلا جنسا واحدا حتى يتفق الواجب فيهما بتقدير ربع العشر على كل حال ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار اصلهما فاذا

الزكوة عند ضم احدهما الى الاخر اختلفت الرواية فيما يودي فروى بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يودي من مائتي درهم درهمين ونصف
ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة وابي يوسف • ووجهه انه اقرب الى المعادلة والنظر من الجانبين
وعن ابي يوسف في رواية اخرى انه يقوم احدهما بالاخر ثم يودي الزكوة في نوع واحد وهذا اقرب الى موافقة نصوص الزكوات ثم اختلفوا
في كيفية الضم قال ابو حنيفة يضم باعتبار القيمة وقال ابو يوسف ومحمد باعتبار الاجزاء وهو رواية عن ابي حنيفة ذكره في نوادر هشام
وبيان ذلك اذا كان له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم فعند ابي حنيفة يضم احدهما الى الاخر وتجب الزكوة
وعند ابي يوسف ومحمد الضم باعتبار الاجزاء وقد ملك نصف نصاب باحدهما وربع نصاب بالاخر فلا يجب فيهما شي ثم عند ابي حنيفة يعتبر
التقويم منفعة الفقرا كما هو اصله حتى روي عنه انه اذا كان للرجل خمسة وتسعون درهما ودينار يساوي خمسة دراهم انه تجب الزكوة وذلك
بان تقوم الفضة بالذهب • وجه قولهما ان التقويم ساقط الاعتبار كما في حقوق العباد ولان سائر الاشياء تقوم بها الا ترى ان من ملك
ابريق فضة وزنه مائة وخمسون وقيمته مائتا درهم لا تجب فيها الزكوة ولو كان للتقويم عبرة في الذهب والفضة لوجبت الزكوة هاهنا والو
يقول هما عينان وجب ضم احدهما الى الاخر لايجاب الزكوة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة وهذا لان كمال النصاب لا يكون
الا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون الا باعتبار صفة المالية منهما وهذا بخلاف الابريق لانه ما وجب ضمه الى شي اخر حتى تعتبر فيه القيمة
وهذا لان كمال النصاب لا يكون القيمة في الذهب والفضة انما يظهر شرعا عند مقابلة احدهما بالاخر فان الجودة والصفة لا قيمة لها اذا قو
بلت بجنسها قال عم جيدها ورديها سوا فاما عند مقابلة احدهما بالاخر يظهر للجودة قيمة الا ترى انه متى وقعت الحاجة الى تقويم الذهب
والفضة في حقوق العباد بخلاف جنسه فكذلك في حقوق الله تعالى وجميع ما ذكرنا في نصاب الذهب والفضة المعتبر فيهما الوزن دون العدد
لان في النص ذكر الدراهم والدنانير وهو يشتمل على ما لا يعلم بالوزن من الدوانيق والحبات والمعتبر في الدنانير وزن المثاقيل وفي الدراهم وزن سبعة
مثاقيل وهو الوزن المعروف في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وهو الوزن المعروف في الدراهم في غالب البلدان
واصله كان في الجاهلية نوعان من الدراهم يقال مثاقيل وخفاف فلما ارادوا في الاسلام ضرب الدراهم جمعوا احدهما الى الاخر فجعلوه درهمين
فكان وزن سبعة ولم يبين صفة الدراهم في الكتاب • وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الزكوة تجب في الجياد من الدراهم والزيوف والنبهرجة
والمكحلة والمزيفة قال لان الغالب فيها كلها هو الفضة وما يغلب فضته على غشه فله اسم الدراهم مطلقا واما في الستوقة وهو ما
غشه على فضته ينظر الى ما يخلص منه من الفضة فان بلغ وزن مائتي درهم وجب فيه الزكوة والا فلا ومراده اذا لم يكن للتجارة فان كانت
تلك الدراهم للتجارة فالعبرة لقيمتها كما في عروض التجارة وقد ذكر في روايته في الفلوس والدراهم المضروبة من الصفر اذا كان لا يخلص منها
فان لم يكن للتجارة فلا شي فيها فان كانت للتجارة فان بلغت قيمتها مائتي درهم مما يغلب فيها الفضة ففيها الزكوة وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد
ابن الفضل يفتي بوجوب الزكوة في مائتي درهم غطريفية عددا وكان يقول هذا من اعز النقود فينا بمنزلة الفضة ونحن اعرف بنقودنا وهو اختيار
الامام الحلواني وهو الصحيح عندي • رجل له على رجل الف درهم قرض او ثمن متاع كان للتجارة فحال عليه الحول وجبت الزكوة ولا يلزمه الادا
قبل القبض عندنا وقال الشافعي يلزمه لان صيرورة المال دينا كان باختياره وتصرفه وذلك معتبر في تاخير حق الفقير فانه كما لا يملك ابطاله
لا يملك تاخيره ولان هذا مال مملوك كالعين • ولنا ان الواجب جزء من النصاب فاذا كان النصاب دينا فيه معصورة عنها هو حق الفقرا فلا يلزمه
الادا ما لم يصل اليه بالقبض كابن السبيل ثم الديون عند ابي حنيفة على ثلث مراتب دين قوي وهو ما يكون بدلا عما لا زكوة فيه كثياب البذلة و
ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح من دم العمد ففي الدين القوي لا يلزمه الادا ما لم يقبض اربعين درهما فاذا
هذا المقدار ادى درهما وكذلك كلما قبض اربعين درهما وفي الدين المتوسط لا يلزمه الادا ما لم يقبض مائتي درهم فحينئذ يودي خمسة وفي الدين الضعيف
لا تجب الزكوة ما لم يقبض ويحول عليه الحول عنده • وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف وهو اختيار
الكرخي على ما ذكره في المختصر وقال ابو يوسف ومحمد الديون كلها سوا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض منها شيئا يلزمه اداء الزكوة بقدره
الا دين الكتابة فانه لا تجب فيه الزكوة حتى يحول عليه الحول بعد القبض وذكر الكرخي ان المستثنى عندهما دينان الكتابة والدية على العاقلة
ووجه قولهما ان الديون كلها في حكم المالية سواء من حيث ان المطالبة متوجهة في الحياة وبعد الوفاة فيصير مالا بالقبض حقيقة فتجب الزكوة فيها كلها
ويلزمه الاداء بقدر ما يصل اليه يده كابن السبيل بخلاف دين الكتابة فانه ليس بدين حقيقة حتى لا تتوجه المطالبة به ولا يصح الكفالة به وهذا لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذلك الدية على العاقلة وجوبها بطريق الصلة لا انه دين حقيقة حتى لا يستوفى من تركة من مات من العاقلة • وجه قول
ابي حنيفة ان ما هو بدل عما ليس بمال فالمال لا يثبت فيها بدلا وعوض بدل الدين ليس بمال على الحقيقة حتى لو حلف صاحبه لا مال له لم يحنث وانما يتم المالية
عند تعينه بالقبض فلا يصير نصابا للزكوة ما لم يكن فيه صفة المالية والحول لا ينعقد الا على نصاب الزكوة فاما ما كان بدلا عن مال للتجارة فلك

كان لها

كان لها في اصله قبل ان يصير دينا فيبقى على ما كان لان الخلف يعمل عمل الاصل فتجب فيه الزكوة قبل القبض ولكن وجوب الاداء يتوقف على القبض ونصاب الاداء
يتقدر باربعين درهما عند ابي حنيفة كما بينا في الزيادة على المائتين واما بدل ثياب البذلة فذهب الكرخي الى ان اصله لم يكن مالا اشتراها حتى لم يكن محلا
للزكوة فهو وما لم يكن اصله مالا على ابي حنيفة سواء ووجه ظاهر الرواية انه اخذ شبها من اصلين من عروض التجارة باعتبار ان اصله مال حقيقة ومن المهر
باعتبار ان اصله ليس بمال في حكم الزكوة فتوفر حظه عليهما ونقول ان وجوب الزكوة فيه ابتدا فيصير في المقبوض ان يكون نصابا للزكوة وهو المائتان
وبعجيله الزكوة قبل القبض من حيث ان ملك المالية ما ثبت في الدين ابتدا • وفي الاجرة ثلث روايات عن ابي حنيفة في رواية جعله كالمهر لانه ليس
بدلا عن المال حقيقة لانه بدل عن المنفعة وفي رواية جعله كثمن ثياب البذلة لان المنافع مال من وجه ولكنه ليس بمحل لوجوب الزكوة فيها والاصح
ان اجرة دار التجارة او عبد التجارة بمنزلة ثمن متاع التجارة كلما قبض منها اربعين درهما يلزمه الزكوة اعتبارا لبدل المنفعة ببدل العين وان كان الدين
من ميراث او وصية اوصي له به ففي كتاب الزكوة جعله كالدين الوسط وقال اذا قبض مائتين لزمه الزكوة لما مضى لان ملك الوارث يبنى على ملك المورث
بدلا عما هو مال • وفي نوادر الزكوة جعله كالدين الضعيف لان الوارث ملكه ابتداء وهو دين لا يجب فيه الزكوة حتى يقبض ويحول عليه الحول عنده
واذا كان الدين ضمان عبد عتق احد الشريكين نصيبه منه فاختار تضمينه فهذا والدين الواجب بسبب بيع نصيبه من شريكه سواء لان هذا الضمان
يوجب الملك للشريك في نصيبه واذا كان الدين سعاية لزم العبد بعتق شريكه فهو معتبر في الكتاب بقول هو دين الكتابة سواء لا يجب فيه الزكوة حتى
يحول عليه الحول بعد القبض فهذا قول ابي حنيفة فان المستسعى عنده مكاتب فاما عندهما فالمستسعى حر عليه دين فتجب الزكوة عندهما قبل القبض
وقيل هو قولهم جميعا وعندهما ان سبب وجوب هذا الدين لم يكن من العبد فكان صلة في حقه فلا يتم الملك فيه الا بالقبض كالدية على العاقلة
رجل له الف درهم فحال عليها الحول ثم اشترى بها عبدا للتجارة فمات العبد لم يضمن الزكوة وان اشترى بها العبد للخدمة فهو ضامن للزكوة لان
المشتري للتجارة محل لحق الفقرا وهو بتصرفه حول حقهم من محل الى محل ولم يكن مستهلكا وكان هلاك البدل في يده كهلاك الاصل فاما عبد الخدمة
فليس بمحل لحق الفقرا فصار هو بتصرفه مفوتا محل حقهم فكان ضامنا للزكوة فان مات العبد في يده او ابق الا ترى انه في خلال الحول اذا اشترى
بالالف عبدا للتجارة لم ينقطع فيه الحول عندنا • وقال الشافعي اذا بادل الدنانير انقطع الحول وهو بناء على اصله انهما جنسان في حكم الزكوة
حتى لا يضم احدهما الى الاخر وهو كالسوايم وعندنا هما جنس واحد في حكم الزكاة حتى يضم احدهما الى الاخر وهو كالسوايم فكان بمنزلة عروض
التجارة بادلها في خلال الحول • رجل له الف درهم وعليه الف درهم وله دار وخادم لغير التجارة وقيمته عشرة الاف درهم فلا زكوة عليه
لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف به فكان الدين مصروفا اليه فاما الدار والخادم مشغول
بحاجته فلا يصرف الدين اليه • قال ابي الكافي ارايت لو تصدق عليه المرتل موضعا لانه معدم يريد به ان المال مشغول بالدين فهو كالمعدوم
وملك الدار والخادم لا يحرم اخذ الصدقة فكان فقيرا فلا تجب الزكوة على الفقير • وانما قلنا ان ملك الدار والخادم لا يحرم اخذ الصدقة وكان فقيرا
لانه لا يزيل حاجته بل يزيد فيها فان الدار تسترم والعبد يستقضي ولا بد له منهما وهو معنى ما نقل عن الحسن البصري ان الصدقة كانت تحل للرجل وهو صاحب
عشرة الاف درهم قيل وكيف ذلك قال يكون له الدار والخادم والكراع والسلاح وكانوا ينهون عن بيع ذلك وعن هذا قال مشايخنا ان الفقيه
اذا كان يملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه محتاج اليها يحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم
واذا كان للرجل التاجر ديون على الناس وفيهم المليء وغير المليء فمن كان منهم مليا مقرا وجبت فيه الزكوة على صاحبها ولزمه الاداء
اذا قبض اربعين درهما ومن كان منهم جاحدا فليس فيه الزكوة على صاحبها الا على قول زفر وقد بينا هذا في تفسير مال الضمار • ومن كان
منهم مقرا مفلسا فعلى قول ابي حنيفة رض تجب فيها الزكوة على صاحبها ويلزمه الادا قبل القبض وهو قول ابي يوسف وعند محمد رح اذا فلسه الحاكم
فلا زكوة على صاحبها قبل القبض من محمد على اصله ان التفليس يتحقق فيصير المال به تاويا وعند ابي حنيفة على اصله ان التفليس لا يتحقق لان المال
غاد ورائح فلا يصير المال به تاويا • وابو يوسف يقول التفليس وان كان يتحقق عنده فلا يسقط به الدين انما يتاخر به المطالبة فهو نظير الدين
الموجل والزكوة تجب في الدين الموجل قبل القبض وقد بينا انه لا يلزمه الاداء قبل القبض عندنا فان فعل كان فضلا اخذ به كمن عجل زكوة ماله
بعد كمال النصاب قبل حولان الحول • قال وليس في مال التاجر زكوة مسكنه وخدمه ومركبه وكسوته وكسوة اهله وطعامهم وما يتجمل به
من انية او لولو او فرس او متاع لم ينو به التجارة وكذلك الفلوس تشترى للنفقة فانها صفر والصفر ليس بمال الزكوة باعتبار عينه بل باعتبار
طلب النماء منه وذلك غير موجود فيما اشتراه للنفقة وذكر هشام بن الوليد عن ابي يوسف ان الصباغ اذا اشترى العصفر والزعفران ليصبغ به
ثياب الناس فعليه فيها الزكوة لان ما ياخذه عوض عن الصبغ القائم في الثوب الا ترى ان عند فساد العقد يصار الى تقويمه فكان هذا مال التجارة
بخلاف القصار فانه يشتري الحرض والصابون والقلي لان ذلك آلة عمله يصير مستهلكا ولا يبقى في الثوب عينه فما ياخذ من العوض يكون
بدل عمله لا بدل الالة • ونخاس الدواب اذا اشترى الجلال والبراقع والمقاود فان كان يبيعها مع الدواب فعليه فيها الزكوة وان كان

والدواب فحالا ولا يتحقق عليه شبهها الزكوة اذا المريد التجارة فعند بعض اهام لا خلاف ان نية التجارة اذا اقترنت بالشرى والاجارة صار المال للتجارة
لان النية اقترنت بعمل التجارة ولو ورث مالا فنوى به التجارة لا يكون للتجارة لان النية تجردت عن العمل فان الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه ○ ولو
اوصى له والمهر في مال بنية التجارة عند ابى يوسف يكون للتجارة وعند محمد لا يكون للتجارة وكذلك في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد
محمد يقول نية التجارة لا تعمل الا مقترنة بعمل التجارة وهذه الاسباب ليست بتجارة وابو يوسف يقول التجارة عنده اكتساب المال بالمال بدلا
الاستيلاد فهو كسبه فيصح اقتران نية التجارة بفعله كالشرى والاجارة وما كان من المال عنده للتجارة فنوى به ان يخرج من كونه للتجارة
لانه نوى ترك التجارة وهو تارك لها فاقترنت النية بالعمل وان كان نقصد العلم الهينة فاما التجارة لم يكن للتجارة ما لم يبيعه لان النية
تجردت عن عمل التجارة وهو نظير المسافر ينوى الاقامة فانه يصير مقيما والمقيم ينوى السفر لا يصير مسافرا ما لم يخرج والله اعلم

باب العشر

العاشر من ينصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار ويأمن التجار به من شر اللصوص وقد روى ان عمر بن الخطاب رض اراد ان يستعمل
انس بن مالك على هذا فقال له استعملني على المكس من عملك فقال الا ترضى ان اقلدك ما قلدنيه رسول الله عم والذي يروى من ذم العشار
محمول على من يأخذ مال الناس ظلما كما هو في زماننا دون من يأخذ ما هو حق وهو الصدقة اذا عرفنا هذا فنقول العاشر يأخذ مما يمر به المسلم
عليه الزكوة اذا استجمع شرائط الوجوب لان عمر بن الخطاب رض لما بعث العشار قال لهم خذوا مما يمر به المسلم ربع العشر ومما يمر به الذمي
نصف العشر فقيل له فكم نأخذ مما يمر به الحربي فقال كم يأخذون منا فقالوا العشر قال خذوا انتم العشر وفي رواية قال خذوا منهم
مثل ما يأخذوا منا فقيل له فان لم نعلم كم يأخذون منا فقال خذوا منهم العشر وان عمر بن عبد العزيز كتب الى عماله بذلك فقال
اخبرني به من سمعه من رسول الله عم والمسلم حين اخرج ماله الى المفاوز احتاج الى الحماية الامام فثبت له حق اخذ الزكوة منه لاجل الحماية
كما في السوائم يأخذ الامام الزكوة لحاجته الى حمايته وكما ان المسلم يحتاج الى الحماية فكذلك الذمي بل اكثر لان طمع اللصوص في اموال
اهل الذمة اكثر والثابت فيما يؤخذ من المسلم اذا وجب اخذه من الكافر يضعف عليه كصدقات بني تغلب واما اهل الحرب فالاخذ منهم على سبيل
المجازاة كما اشار اليه عمر رض ولسنا نعني ان اخذنا مقابلة اخذهم لان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا بحق ولكن المراد انا اذا عاملناهم بمثل
ما عاملونا به كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات واذا لم نعرف كم يأخذون منا نأخذ منهم العشر لان حال الحربي مع حال الذمي
مع المسلم فان الذمي منا دارا دون الحربي فكما يضعف على الذمي ما يؤخذ من المسلم يضعف على الحربي ما يؤخذ من الذمي فان مر على العاشر ○
باقل من مائتي درهم لم يؤخذ منه شيئا وان علم ان له في منزله مالا لان حق الاخذ انما يثبت باعتبار المال الممرور به عليه لحاجته الى الحماية
وهذا غير موجود فيما تبقيه وما مر عليه لم يبلغ نصابا وهذا اذا كان المار مسلما او ذميا وقال في الحربي في كتاب الزكوة هكذا وفي الجامع الصغير
والسير الكبير قال الا ان يكونوا هم يأخذون من تجارنا من اقل من مائتي درهم فحينئذ نأخذ منهم ايضا ووجه ان الاخذ منهم بطريق المجازاة ووجه
رواية كتاب الزكوة ان القليل عفو عرفا وشرعا فان كانوا يظلموننا في اخذ شيء من القليل فنحن لا نأخذ منهم الا ترى انهم لو كانوا يأخذون الجميع لا نأخذ منهم
مثل ذلك الا ترى لان ذلك يرجع الى هدر الامان وان كان المرور به نصابا كاملا اخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي
مثل ما يأخذون من تجارنا عشرا كان او اقل او اكثر فان ادعى المسلم ان عليه دينا يحيط بماله او ان حوله لم يتم او انه ليس للتجارة صدقه على ذلك
اذا حلف لانه انكر وجوب الزكوة عليه وقد بينا مثله في السوائم ○ وكذلك لو قال ليس في هذا المال صدقة صدق مع يمينه ولم يأخذ منه شيئا
لانه يثبت حق الاخذ له اذا حضر المالك والملك فكما ان حضور المال بدون المالك لا يثبت حق الاخذ فكذلك حضور المالك بدون المال ولو قال استبضع
فوضت اليه التصرف وبأداء الزكوة وليس للعاشر اخذ عشر الزكوة ويصدق الذمي بهذا فيما يصدق فيه المسلم لانه من اهل دارنا فاما الحربي لا يصدق
على شيء من ذلك لانه ان لم يتم الحول فحق الاخذ منه لا يعتبر الحول لانه لا يمكن من المقام في دارنا حولا وان قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار
الحرب لا يطالب به في دارنا ○ وان قال ليس للتجارة فهو ما دخل دارنا الا لقصد التجارة فما معه يكون للتجارة الا ان يقول للغلام في يده هذا ولدي وهذه الجارية
ام ولدي فحينئذ يثبت في دار الحرب كما يثبت في دار الاسلام فامومية الولد تثبت بناء على نسب الولد فتنعدم المالية فيهما باقراره فلا يأخذ منه شيئا
وان قال المسلم دفعتها الى المساكين مفوضا اليه قبل المرور به الى العاشر وفي السوائم حق الاخذ كان الى الامام ولا يأخذ العاشر مما يمر به المكاتب
واليتيم وان كان وصيه معه لما بينا انه يأخذ الزكوة ولا تجب الزكوة في كسب المكاتب ولا في مال اليتيم واذا اخبر التاجر العاشر ان متاعه مروي او هروي
واتهمه العاشر فيه وفيه ضرر عليه حلفه واخذ منه الصدقة على قوله لانه ليس له ولاية الاضرار به وقد نقل عن عمر رض انه قال لعماله ولا تفتشوا
على الناس متاعهم تنزلوا انكروجوب الزكوة فيه صدقه مع اليمين فكذلك اذا انكر الزيادة والتغلبي والذمي سواء في المرور على العاشر لانا صالحنا بني تغلب

على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين فلا تجوز الزيادة عليه فاذا اخذ من الحربي العشر لم يطالبه مرة اخرى ما دام في دار الاسلام لما روي
ان نصرانيا خرج بفرس من الروم ليبيعه في دارنا فاخذ العاشر منه العشر ثم لم يتفق بيعه فلما عاد وجاوز دار الحرب طالبه العاشر بعشره فقال ان
اني كلما مررت عليك تؤدي اليك عشره لم يبق لي شيء وترك الفرس عنده وجاء الى المدينة فوجد عمر رض مع اصحابه في المسجد ينظر في كتاب فوقف
على باب المسجد وقال انا الشيخ النصراني فقال عمر وانا الشيخ الحنيفي ما وراءك فقص عليه القصة ورجع عمر الى ما كان فيه فظن انه لم يلتفت الى ظلامته ○
فرجع عازما على اداء العشر ثانيا فلما انتهى الى العاشر اذا كتاب عمر رض قد سبقه ان كنت اخذت مرة فلا تأخذ مرة اخرى فقال النصراني ان دينا
يكون الحق فيه بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقا فاسلم ولان تجدد حق الاخذ باعتبار تجدد الحول والحربي لا يمكن من المقام في دارنا حولا كما
في الكتاب الا ان يحول ومراده اذا لم يعلم الامام بحاله حتى اذا حال الحول فانه حينئذ يأخذ منه ثانيا لتجدد الحول كما يأخذ من الذمي
فان رجع الى دار الحرب ثم عاد عشره ثانيا وان كان في يومه ذلك لانه بالرجوع انتهى حكم الحربي لم يدخل دارنا قط الا ترى انه في الدخول
يحتاج الى استيمان جديد ولان الاخذ منه لاجل الامان وقد انتهى برجوعه فبدخوله ثانيا يكون اماما جديدا فلهذا يأخذ منه واذا مر
العبد بمال لمولاه يتجر به لم يؤخذ منه العشر الا ان يكون المولى حاضرا اما اذا كان المال بضاعة للمولى في يد العبد فهو غير مشكل كما لو كان
بضاعة مع اجنبي واما اذا كان المال كسب العبد وهو مأذون فان كان عليه دين يحيط به فلا زكوة عليه فيه وان لم يكن عليه دين ○
فان كان المولى معه يأخذ منه الزكوة وان لم يكن المولى معه ففي كتاب الزكوة يقول لا يأخذ منه شيئا ○ وفي الجامع الصغير يقول يأخذ منه ربع العشر
في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يؤخذ في قولهما ○ وفي المضارب اذا مر على العاشر بمال المضاربة كان ابو حنيفة رح يقول اولا يؤخذ
منه الزكوة ثم رجع وقال لا يأخذ منه شيئا وهو قول ابي يوسف ومحمد رح ولا اعلم رجع في العبد ام لا وقياس قوله الثاني في المضارب
يوجب ان لا نأخذ من العبد شيئا ايضا ○ وجه قوله الاول ان المضارب حقا فيما نسبه المال فانه شريك في الربح واذا ضارب
المال عروضا يملك التصرف على وجه لو نواه ان المال لا يعمل نهيه فكان حضور المضارب كحضور المالك ○ وجه قوله الاخر ان المضارب
في المال والمستبضع والاجير وانما فوض اليه التجارة في المال لا اداء الزكوة والزكوة تستدعي نية من عليه وان كان قوله الثاني ○
في العبد انه لا يأخذ ايضا فلا حاجة الى الفرق ان المأذون متصرف لنفسه حتى اذا لحقه العهدة لا يرجع به على المولى فكان هو في اداء
ما يجب في كسبه كالمالك بخلاف المضارب فانه نائب في التصرف فيرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال فلا يكون له ولاية اداء
الزكوة واذا مر العاشر بمال معه فقال هذه براءة بعينها اسمه يقول هذه براءة من عاشر كان مر به رجل كان هذا المال معه مضاربة فان حلف ○
على ذلك كف عنه لانه اخبر بخبر محتمل وهو امين فيصدق على ذلك كما لو قال اديتها الى المساكين وان مر على عاشر الخوارج فعشره ثم
مر على عاشر اهل العدل قال لا يجزيه من زكاته ومعناه انهم يأخذون اموال الناس بطريق الاستحلال لا بطريق الصدقة ولا يصرفونها
مصارف الصدقة وصاحب المال هو الذي عرض ماله للاخذ بالمرور به فلا يسقط به حق عاشر اهل العدل في الاخذ منه ولا يجزئ
في الزكوة عتق رقبة ولا حج ولا قضاء دين الميت ولا تكفينه ولا بناء مسجد ○ والاصل انا لو اوجب فيه فعل الايتاء في جزء من المال
ولا يحصل الايتاء الا بالتمليك فكل قربة خلت عن التمليك لا تجزئ عن الزكوة واعتاق الرقبة ليس فيه تمليك شيء من العبد لان العبد
يعتق على ملك المولى ولهذا كان الولاء له وكذلك الحج فانما ينفقه الحاج في الطريق لا يملكه غيره وان احج رجلا فالحاج ينفق على ملك
المحجوج عنه ذلك المال وكذلك قضاء دين الميت فانه لا يملك الميت شيئا وما يأخذه صاحب الدين يأخذه عوضا عن ملكه ○
وكذلك تكفين الميت فانه ليس فيه تمليك من الميت لانه ليس من اهله ولا من الورثة لانهم لا يملكون ما هو مشغول بحاجة الميت
وكذلك في المسجد لانه ليس فيه تمليك من احد ولا يعطى من الزكوة كافرا الا عند زفر رح فانه يجوز دفعها الى الذمي وهو القياس
لان المقصود اغناء المحتاج على طريق التقرب وقد حصل ○ ولنا قوله عم لمعاذ رض خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم
فذلك تنصيص على الدفع الى فقراء من يوجد من اغنيائهم وهم المسلمون ولا بأس بان يعين به حاجا منقطعا او غازيا او مكاتبا
لان التمليك على سبيل التقرب يحصل به والمكاتب من مصارف الصدقات بالنص ○ قال الله تعالى وفي الرقاب وكذلك الغازي قال الله
وفي سبيل الله ويدخل في هذا الحاج المنقطع ايضا ثم هو بمنزلة ابن السبيل وابن السبيل من مصارف الصدقات فكذلك
يقضي به دين حي فقير بامره فيجزيه ذلك اذا كان المديون فقيرا لانه لا يملكه او لا ثم يقضي دينه بامره يملكه الا ترى ان من امر انسانا
بقضاء دين كان له ان يرجع عليه اذا قضاه ولا يكون ذلك الا بعد التمليك منه ○ قال ويجزي عن الواجب ان يعطي عن الواجب
جنسا اخر من المكيل والموزون او العروض وغير ذلك بقيمته وهذا عندنا وقد بيناه فان اعطى من جنس ماله وكان من الاموال الربوية
فلا معتبر بالقيمة عندنا خلافا لزفر رح ○ بيانه اذا كان له مائتا درهم بهرجة فادى منها اربعة جيادا تبلغ قيمتها خمسة بهرجة

لا يجوز عندنا الا عن اربعة دراهم وعلى قول زفر رحمه الله يجوز عن الكل لان في القيمة وفاء بالواجب ولا ربوا بين العبد وبين الله تعالى ولكنا نقول ليس للجودة قيمة في الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها فاداء الاربعة كاداء اربعة جياد فلا يجزيه الا عن قدرها ۞ رجل له على آخر دين فتصدق به عليه ينوي ان يكون من زكاة ماله لا يجزيه الا عن مقدار الدين اذا كان المديون فقيرا لان الواجب في المال العين جزء منه والدين انقص في المالية من العين ولا يجوز الناقص عن الكامل فاذا اراد الحيلة فالوجه ان يتصدق عليه بقدر الزكوة من العين ثم يسترد منه بحساب دينه وكذلك اداء زكوة الدين من دين آخر لا يجوز بان كان له مائتا درهم على رجل وخمسة على فقير فابرأ من تلك الخمسة ينوي به زكاة المائتين لم يجزه لان هذا الدين يتعين بالقبض وما ابرأ الفقير منه لا يتعين فكانه دونه في المالية ولان اداء الدين بالدين لا يجوز في حقوق العباد فكذلك في حقوق الله تعالى والواجب في كل دين جزء منه واما اذا كان الدين كله على الفقير فوهبه او ابرأه منه ينوي عن زكاة ذلك الدين يجزيه لان الواجب جزء من الدين وقد وصل الى مستحقه فيجوز هو كما لو وهب النصاب العين كله من الفقير وان كان المديون غنيا فوهبه ما عليه بعد وجوب الزكوة ۞ قال في الجامع يضمن مقدار الزكوة للفقراء وقال في نوادر الزكوة لا يضمن شيئا قال لان وجوب القضاء يبتنى على القبض وهو لم يقبض شيئا ۞ وفي رواية الجامع قال صار مستهلكا حق الفقراء فهو كما لو وجبت الزكوة عليه في المال العين فوهبه لغني وهذا اصح لان بتصرفه جعل قابضا حكما كالمشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض صار قابضا فاما مال المضاربة فعلى رب المال زكوة رأس المال وحصته من الربح وعلى المضارب زكوة حصته من الربح اذا وصلت يده اليه ان كان نصابا او كان له من المال ما يتم به النصاب عندنا وللشافعي في نصيب المضارب قولان في قول مثل قولنا وفي قول زكوة ذلك على رب المال لانه موقوف بحقه حتى لا يظهر ما لم يصل رأس المال اليه لان الربح تبع وزكوة الاصل عليه فكذلك التبع وفي قول آخر لا زكوة في نصيب المضارب على احد لانه متردد بينه وبين رب المال ... وهو نظير كسب المكاتب وليس فيه زكوة على احد لانه متردد بينه وبين المولى وفي الحقيقة هذه المسئلة بناء على اصله ان استحقاق المضارب الربح بطريق الجعالة لا بطريق الشركة اذ لا رأس مال له ولا بطريق الاجرة لان عمله غير معلوم ففسد العقد والجعالة لا تملك الا بالقبض كالجعالة وكالمال الصدقات ولنا ان المضارب شريك رب المال في الربح فكما يملك رب المال نصيبه من الربح في حكم الزكوة فكذلك المضارب لان مطلق الشركة يقتضي المساواة وبيان الوصف ان رأس مال احدهما العمل ورأس مال الآخر المال والربح يحصل بهما فيقتضي الشركة وقد نصا في العقد على هذا وتنصيصهما معتبر بالاجماع والدليل عليه ان المضارب يملك المطالبة بالقسمة وتمييز نصيبه ولا حكم للشركة الا هذا ويستدل للشافعي رح بما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا شيء للمضارب هاهنا والربح موجود هنا ۞ ولكنا نقول عند زفر رحمه الله يملك الزكوة في نصيبه وكذلك قالوا عند ابي يوسف ومحمد لانهما يريان قسمة الرقيق فاما ابو حنيفة رح لا يرى قسمة الرقيق وكل واحد من العبدين في حق المضارب مشغول برأس المال لانه ليس معه غيره فلا يظهر الربح حتى ان في حق المالك لما كانا كشيء واحد كان عليه زكوة رأس المال وحصته من الربح ويأخذ العاشر من مال الصبي الحربي اذا مر عليه الا اذا كانوا لا يأخذون من مال الصبيان منا شيئا وكذلك المكاتب لان الاخذ منهم بطريق المجازاة فيعاملهم بمثل ما يعاملونا به كما بينا في كتاب ... اذا مر التاجر على العاشر بالرمان والبطيخ والعنب والسفرجل والتين وما اشبه ذلك للتجارة وهو يساوي نصابا لم يعشره في قول ابي حنيفة رح ولكن يأمره باداء الزكوة بنفسه وعندهما يعشره لان الزكوة تجب في هذه الاموال اذا كانت للتجارة والعاشر يأخذ الزكوة الواجبة كما يأخذ من سائر الاموال وانما يأخذ لحاجة صاحب المال الى الحماية وذلك موجود في هذه الاشياء وابو حنيفة رح فرق بين وجهين احدهما ان حق الاخذ للعاشر باعتبار المال الممرور به عليه خاصة وهذه الاشياء لا تبقى حولا فلا تجب الزكوة فيها الا باعتبار غيرها مما لم يمر به عليه فهو نظير ما لو مر عليه بما دون النصاب ۞ والثاني ان العاشر يأخذ من عين ما يمر به عليه وليس بحضرته من يشتري هذه الاشياء ولا يمكنه ان يدخرها لنائبة الفقراء لانها تفسد فقلنا لا يأخذ منه شيئا ولكن يأمره بالاداء بنفسه وكذلك لا يؤخذ من الذمي والحربي على الطريق الاول لانه ليس بحضرته من المعاملة من يشتري ... فان مر الذمي على العاشر بالخمر والخنازير للتجارة عشر الخمر من قيمتها ولم يعشر الخنازير وروي عن ابراهيم في الخمر وكان مسروق يقول يأخذ من عين الخمر وعن ابي يوسف ان مر بالخنازير وحدها لم يأخذ منها شيئا وان مر بها مع الخمر اخذ منهما جميعا فكانه جعل الخنازير تبعا للخمر في هذا وهو نظير مذهبه في وقف المنقول انه لا يجوز الا تبعا للعقار ۞ ووجه ظاهر الرواية ما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان عماله يأخذون العشر من خمور اهل الذمة فقال ولوهم وخذوا العشر من اثمانها ثم الخمر عين هو قريب من المالية في حق المسلمين لان العصير قبل التخمر كان مالا وهو بعرض المالية اذا تخلل بخلاف الخنازير فانه ليس له فيها عرضية المالية في حق المسلمين والعاشر مسلم فلهذا لا يأخذ منها ۞ رجل له مائتا درهم مكثت عنده اشهرا ثم وهبها لرجل ودفعها اليه ثم رجع فيها قال يستأنف بها الحول من وقت رجوعه فيها لان ملكه زال بالهبة والتسليم فلم يبق شيء مما انعقد عليه الحول له ولا يتصور بقاء الحول

الا بمحل

الا بمحل ان كانت مكثت عند الموهوب له سنة ثم رجع فيها لم يكن على واحد منهما زكوة تلك السنة واما على الواهب فلانها لم تكن في ملكه في الحول واما على الموهوب له لان مال الزكوة استحق من يده بغير اختياره ويستوي ان كان رجوع الواهب بقضاء او بغير قضاء عندنا وقال زفر ان كان رجوعه بقضاء فكذلك وان كان رجوعه بغير قضاء فعلى الموهوب له زكوة تلك السنة ۞ وقال سفيان الثوري ليس للواهب ان يرجع في مقدار الزكوة لانها صارت مستحقة للفقراء وتعلق حق الفقراء بالموهوب يمنع الواهب من الرجوع كما لو جعله الموهوب له مرهونا ۞ وجه قول زفر ان الرجوع اذا كان بغير قضاء فالموهوب له ازال ملكه باختياره بعد وجوب الزكوة فيضمن الزكوة كما لو وهبه ابتداء الا ترى انه لو كان في مرضه كان معتبرا من ثلث ماله ۞ وجه قولنا ان الواهب مقصور على العين في مثله القضاء وغير القضاء سواء لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي على العين في مثله القضاء وغير القضاء سواء لو دفعا الامر اليه والموهوب له نظر لنفسه حيث لم يتمار في الخصومة فابرأه لم يكن متلفا حق الفقراء فاذا كان في مرضه ففيه روايتان كلاهما في كتاب الهبة والاصح انه يعتبر من جميع ماله سواء رجع بقضاء او بغير قضاء ۞ فاذا اخرج ارض العشر طعاما فباعه قبل ان يؤدي عشره فجاء العاشر والطعام عند المشتري فانه يأخذ عشر الطعام من المشتري ويرجع المشتري على البائع بعشر الثمن فان شاء اخذ من البائع لان على احد الطريقين الحق يثبت على الحنطة عشرها للفقراء وتستحق اعشارها لما لم يتقدم بيعه في مقدار العشر وكان للعبد ان يأخذ العشر من المشتري قبل الافتراق وبعد الافتراق بخلاف زكوة السائمة وعلى الطريق الآخر يجب ثمن العشر للفقراء من غير اعتبار حال من تجب عليه فكان العين هو المقصود ولا يبطل الحق عنه بالبيع بخلاف زكوة السائمة فان الفعل هو المقصود فيه بدليل اعتبار حال من تجب عليه وان شاء من البائع لانه ابطل محل حق الفقراء ۞ واذا باع الارض وفيها زرع قد ادرك فعشره على البائع لان حق الفقراء قد ثبت في الزرع وهو ملك البائع عند ابي حنيفة رح بنفس الخروج كما قال الله تعالى ومما اخرجنا لكم من الارض وعند ابي يوسف رح بالادراك قال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وعند محمد رح بالاستحكام وذلك كله حصل في ملك البائع وهو نماء ارضه فوجب عشره عليه فاما المشتري فانما يستحقه عوضا عما اعطى من الثمن فلا شيء عليه وان باعها والزرع بقل فعشره على المشتري اذا حصل بعد الادراك لان وجوب العشر في الحب وانعقاده في ملك المشتري وهو نماء ارضه وعن ابي يوسف رح انه قال عشر مقدار البقل على البائع لان ذلك القدر من النماء حصل في ملكه فاما عشر الحب على المشتري وكذلك ان باع الزرع وهو بقل فان فصله المشتري في الحال فالعشر على البائع وان تركه في الارض باذن البائع حتى استحصد فالعشر على المشتري وكذلك كل شيء من الثمار وغيره مما فيه العشر يبيعه صاحبه في اول ما يطلع فان قطعه المشتري فعشره على البائع وان تركه باذن البائع حتى ادرك فعشره على المشتري وعن ابي يوسف رح عليه عشر مقدار الطلع والبقل على البائع والزيادة على المشتري وحاصل مذهب ابي يوسف رح ان بانعقاد الحب وادراك الثمار يزداد النماء فيزداد الواجب لا ان يسقط واجبا ويتحول الى غيره وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الحب هو المقصود فاذا انعقد كان الواجب فيه دون غيره وانعقاده كان في ملك المشتري فلهذا كان العشر عليه ۞ واذا اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعن محمد رح ان عليه زكوة التجارة مع العشر والخراج وهو قول الشافعي رح ۞ ووجهه ان العشر محله الخارج والزكوة محلها عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ۞ وجه ظاهر الرواية ان العشر والخراج مؤنة الارض النامية الا ترى انه يقال عشر الارض وخراج الارض وكذلك الزكوة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكوة السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد اذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صار وظيفة لازمة لهذه الارض لا يسقط باسقاط المالك وهو اسبق ثبوتا من زكوة التجارة الذي كان وجوبه بنيته فلهذا يبقى عشريته وخراجيته كما كانت وان اشترى دارا للتجارة يحول عليها الحول زكاها من قيمتها لانه ما تعلق بعين الدار حق الله تعالى آخر فهو وسائر العروض سواء ولا يجتمع الخراج والعشر في ارض واحدة عندنا ۞ وقال ابن ابي ليلى رح في الارض الخراجية يجمع اداء العشر من الخارج منها مع الخراج وهو قول الشافعي رح ۞ واستدل الذي للنظام بقوله عم ما اخرجت الارض ففيه العشر ولان العشر مع الخراج حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا فان الخراج في ذمة المالك مصروف الى المقاتلة والعشر في الخارج مصروف الى الفقراء فوجوب احدهما لا ينفي وجوب الآخر كالدين مع العشر ثم الخراج بمنزلة الاجرة للارض ولهذا لا يجب الا في الارض المفتوحة عنوة ووجوب الاجر لا ينفي وجوب العشر في الخارج ۞ وجه قولنا ما روي عن ابن مسعود رضي موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عم قال لا يجتمع الخراج والعشر في ارض رجل مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يأخذ العشر من ارض السواد مع كثرة احتياجهم الى اخذ اموال الناس وكفى بالاجماع حجة ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الارض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب ارض واحدة وسببهما لا يجتمع فان سبب وجوب الخراج فتح البلدة عنوة وثبوت حق الغانمين فيها وسبب وجوب العشر اسلام اهل البلدة

وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبعد ما صارت قادام يجتمع السببان لا يثبت الحكم بهما رجل له عشر ارض عشرية فباد زرعها ان

كان يوخذ منه العشر وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة انه لا يوخذ منه العشر لانه صار كالغني من وجب عليه فهو ممن له الصدقة الشاملة

ووجه ظاهر الرواية ان العين هو المقصود ههنا دون الفعل والعين باق بعد موته فيبقى مستحقا لاحق الفقرا بخلاف الزكاة فان الواجب هنالك

فعل الاداء والفعل لا يمكن ابقاؤه مستحقا ببقاء المال بعد ما اسقط بالموت رجل له رطبة في ارض العشر وهي تقطع في كل اربعين يوما

قال يوخذ منها العشر كلما قطعت وهذا بنا على قول ابي حنيفة رح في ايجاب العشر في الرطاب فاما عندهما لا يجب الا فيما له ثمرة باقية على ما بيناه

ومقصوده من هذه المسالة ان الحول لا يعتبر لايجاب العشر وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وانه لا يعتبر النصاب لايجاب العشر

فاما عندهما النصاب معتبر والحول لا يعتبر لان اعتبار الحول لتحقق النما في السوائم وعروض التجارة والعشر لا يجب الا فيما هو محض النما فلا حاجة

الى اعتبار الحول فيه واذا كان لصاحب العنب بتيحة مرة عنبا ومرة زبيبا ومرة عصيرا باقل من قيمته او باكثر اخذ العشر في جميع ذلك من الثمن

ان لم يكن حابى فيه محاباة فاحشة وهذا على قول ابي حنيفة رح فانه يوجب العشر في القليل والكثير وفيما يبقى او لا يبقى فاما عندهما لا يجب

فيما دون خمسة اوسق فينظر الى هذا العنب كله فان كان مقدار ما يكون منه الزبيب خمسة اوسق او اكثر يجب العشر فيوخذ من ذلك

من الثمن كما قال ابو حنيفة رح لان وجوب حق الله تعالى في المال لا يمنع صحة البيع من صاحبه وان كان دون ذلك وكان عنبا رقيقا

لا يصلح الا للماء والا ما يتخذ منه الزبيب فلا شيء فيه عندهما رجل له على رجل دين فاقر به سنين وليست له بينة ثم اعطاه فليس عليه زكوة

ما مضى وكذلك الوديعة ومعنى قوله فاقر به اي انكره وانه قال في بعض نسخ الزكاة فكابره به سنين وهو عبارة عن الجحود وقد بينا ان المجحود

لا زكوة فيه وقوله وليست له بينة دليل على انه اذا كان لصاحب الحق بينة فلم يقمها سنين فانه يلزمه الزكوة لما مضى لان التقصير

من قبله جاء وقد بينا هذا في السوائم في النقود باي هذا في اختلاف الروايات رجل تزوج امراة على الف درهم بعينها فلم يدفعها اليها

حتى حال الحول ثم قبضت فليس عليها زكوة لما مضى في قول ابي حنيفة رح الاخر وفي قولهما عليها زكوة الالف وقد بينا هذا في السوائم

في النقود مثله فان كانت قبضتها وحال الحول عندها ثم طلقها قبل الدخول لم يسقط عنها شيء من الزكوة عندنا وعلى قول زفر رح يسقط عنها

زكوة النصف كما في السوائم وهو بنا على ان النقود تتعين بالتعيين بعد الطلاق فيرد نصف المقبوض بعينه واستحقاق مال الزكوة بعد الحول

من يد صاحبه يسقط الزكوة وعندنا النقود لا تتعين في العقود بعد الطلاق لا يلزمها رد شيء من المقبوض بعينه وانما عليها خمسمائة دينا في الذمة

فهذا دين لحقها بعد الحول وذلك لا يسقط الزكوة واذا حال الحول على مال الشريكين المتفاوضين فادى كل واحد منهما زكوة جميع المال فان ادى

احدهما بعد الاخر ضمن الاخر لصاحبه حصته لان كل واحد منهما بسبب الشركة صار نائبا عن صاحبه في التجارات دون اقامة العبادات

وان كان كل واحد منهما قد امر صاحبه باداء الزكوة عنه عند تمام الحول فهذا على وجهين اما ان ادّيا معا او على التعاقب فان اديا معا ضمن كل واحد

لصاحبه حصته مما ادى في قول ابي حنيفة رح ولم يضمن في قولهما وان اديا على التعاقب فلا ضمان على المودي الاول ويضمن المودي الثاني لصاحبه

اخر الصاحبين مما ادى في قول ابي حنيفة رح سواء علم باداء الاول او لم يعلم وعندهما ان علم باداء شريكه اولم يعلم وهو الصحيح عندهما وكذلك

الخلاف في الوكيل باداء الزكوة اذا ادى بعد اداء الموكل بنفسه وكذلك الخلاف في الوكيل بعتق العبد على الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل

او بعد ما عتق العبد لم ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل او لم يعلم على ما ذكر في الزيادات وجه قولهما ان المؤدى الزكوة بنفسه

يتضمن عزل الوكيل فلا يثبت حكمه في حقه قبل العلم به لانه كان عزلا قصديا من الموكل وهو كالصريح بالعزل ونظيره الوكيل بقضاء الدين اذا قضى

الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل ان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا واما على رواية الزيادات فانه ماموز بدفع المال

الى الفقير على وجه يكون صدقة متقرب بها واداء الموكل لا ينفي هذا المعنى فلا يوجب عزل الوكيل وكان هو في الاداء ممتثلا لامره فلا ضمان عليه سواء

علم باداية او لم يعلم بخلاف الماموز بقضاء الدين فانه ماموز بان يملكه ما في ذمته مما يدفع اليه وذلك لا يتصور بعد قضاء الموكل بنفسه

فصار هو عزلا للوكيل ولكن لا يثبت حكمه في حقه قبل العلم به دفعا للضرر عنه فاما ابو حنيفة رح قال هو ماموز باداء الزكاة وما ادى عن الزكوة

كان محالا بما لنا وبيانه ان موجب اداء الزكوة سقوط الفرض عن ذمته وقد سقط باداء الموكل بنفسه فلا يتصور اسقاطه باداء الاخر

وكان اداء الموكل عزلا للوكيل من حيث الحكم فيستوى فيه العلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتق الموكل العبد انعزل الوكيل علم به

الوكيل او لم يعلم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه ماموز بان يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ما هو الاصل ان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور

بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما توضيح الفرق ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل علم باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر

لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان ادى الى ايجاب الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد

الصدقة والصدقة من الفقير لا يضمنه الضرر مدفوع فلهذا اوجبنا الضمان على كل حال رجل دفن ماله في موضع ونسيه حتى

على ان للمشتري ثم تذكر فعليه الزكوة لما مضى بخلاف ما اذا دفنه في الصحرا لان البيت حرزه والمدفون في البيت في يده حكما وقيام الملك واليد يمنع

كون المال ضمارا فاما الصحرا ليس بحرزه فانعدم به يده حين عدم الوصول اليه وهو العلم فكان ضمارا توضيحه ان المدفون في بيته

متيسر عليه طريق الوصول اليه بتفتيش كل جانب منه بخلاف المدفون في الصحرا وكذلك لو اودعه عند انسان ونسيه فان كان المودع

ممن يعرف من معارفه فعليه الزكوة اذا مضى اذا تذكر وان كان ممن لا يعرف فلا زكوة عليه فيما مضى لما بينا من تيسير الوصول اليه وتعذره

باب المعادن

اعلم ان المستخرج من المعادن انواع منها جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس ومنها جامد لا يذوب بالذوب

كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومنها مائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط فاما الجامد الذي يذوب بالذوب ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي

فيما سوى الذهب والفضة لا يجب شيء وفي الذهب والفضة يجب ربع العشر والنصاب عنده معتبر حتى اذا كان دون المائتين من الفضة

لا يجب شيء وفي اعتبار الحول له وجهان وحجته قول رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى بلال بن الحارث المعادن القبلية فهي يوخذ منها ربع العشر

الى يومنا هذا والمعنى فيه انه مباح لم يحرز بيد قط فكان من وجده ولا شيء فيه كالصيد والحطب والحشيش وهذا لان الناس في المباحات

في المباحات سواء وانما يظهر الخمس فيما يصاب لا حراز فكان لمحرز الا ان الزكوة واجبة في الذهب والفضة باعتبار اعيانهما دون سائر الجواهر

فلذلك يشترط تكميل النصاب وفي الحول على احد الوجهين وفي الوجه الاخر قال الكنز من حول مضى قبل هذا العين قبل اخذه واعتبار الحول لحصول النما

وهذا كله نما فلا معنى لاعتبار الحول فيه بخلاف الكنز فانه كان في يد اهل الحرب ووقع في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فوجب فيها الخمس

ولم يوجد لحياة مكانه حتى ظهر الان فلهذا يوخذ منه الخمس فاما الذهب والفضة من المعدن حادث يحدث بمرور الزمان من غير ان كان في يد احد

فهو كالحطب والحشيش واصحابنا احتجوا بحديث ابي هريرة ان النبي عم قال وفي الركاز الخمس والركاز يتناول الكنز والمعدن جميعا لانه عبارة

عن الاثبات يقال الذكر في الارض اذا اثبته والمال في المعدن مثبت كما في الكنز ولما قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الركاز قال الذهب

والفضة التي خلقها الله تعالى في الارض يوم خلقها ولما سئل رسول الله عليه السلم عما يوجد في الخرب العادي قال فيه وفي الركاز الخمس

فعطف الركاز على المدفون فعلم ان المراد بالركاز المعدن والمعنى فيه ان هذا مال نفيس يستخرج من الارض فيجب فيه الخمس كالكنز وهذا

لان المعنى الذي لاجله يجب الخمس في الكنز موجود في المعدن لان الذهب والفضة يحدث في المعدن من عروق كانت موجودة حين كانت الارض في يد

اهل الحرب ووقع في يد المسلمين بايجاف الخيل فتعلق حق مصارف الخمس في تلك العروق فيثبت فيما يحدث منها فكان هذا والكنز سوا من هذا الوجه

ثم يستوي ان كان الواجد حرا او عبدا او مسلما او ذميا صبيا او بالغا رجلا او امراة فانه يوخذ منه الخمس والباقي يكون للواجد سواء

وجده في ارض العشر او الخراج لان استحقاق هذا المال بمنزلة استحقاق الغنيمة وجميع من سمينا حق في الغنيمة اما سهما او رضخا فان العبد

والذمي والمراة والصبي يرضخ لهم اذا قاتلوا ولا يبلغ نصيبهم السهم تحرزا عن المساواة بين التبع والمتبوع وههنا لا يزاحم الواجد في الا

حتى يعتبر التفاضل فلهذا كان الباقي له وقد روى ان عبدا راى جرة من ذهب على عهد عمر رضي فاعتقه وادى ثمنه منه وجعل ما بقي لبيت المال

وراى المصلحة في ذلك وتاويله انه كان وجده في بيت رجل فكان لصاحب الخطة ولم يبق احد من ورثته فلهذا صرفه الى بيت المال وراى المصلحة

في ان يعطى ثمنه من بيت مال المسلمين ليوصله الى العتق واما الجامد الذي لا يذوب بالذوب فلا شيء فيه لقوله عم لا زكوة في الحجر ومعلوم انه لم يرد

اذا كان للتجارة وانما اراد به اذا استخرجه من معدنه فكان هذا اصلا في كل ما هو في معناه وكذلك الذائب الذي لا يتجمد اصلا فلا شيء فيه واصله

ان الناس فيه شرع اصلا قال عم الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلا والنار فما كان في معنى الماء وهو ان يفور من عينه ولا يستخرج

بالعلاج ولا يتجمد فكان ملحقا بالماء فلا شيء فيه واذا عمل رجل في المعدن يوما ثم جاء اخر فعمل فيه من الغد حتى اذا اصابه ياخذ منه خمسه والباقي

دون الاول لان الواجد هو الثاني والمعدن لمن وجده فاما الاول لحافر للارض لا واجد المعدن وبحفر الارض لا يستحق المعدن وقد جاء في الحديث

السيد لمن اخذه لا لمن امسكه يعني على اصل الاباحة فمن يستبق الى اخذه كان احق به فاما وجه قولها ما روى ان عليا رضي بالف وخمسمائة درهم

قد وجدها في خربة فقال على رضي ان وجدتها في ارض يؤدى خراجها قوم فهم احق بها منك وان وجدتها في ارض لا يؤدي خراجها احد فاخمسها

واربعة اخماسها لك وهذا مراد محمد من قوله عن علي رضي والمعنى فيه ان صاحب الخطة ملك البقعة بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها ثم المشتري

منه يملك بالعقد ظاهرها دون باطنها كمن اصطاد سمكة فخرج من بطنها لولوة فهي له بخلاف ما لو اشترى سمكة واذا لم يملك المشتري عليه

بقي على ملك صاحب الخطة ثم الامام مامور بالعدل بحسب الامكان فما وراء ذلك ليس في ملكه ولا نقول الامام يملك الكنز بالقسمة بل يقطع

مزاحمة سائر الغانمين عنه في تلك البقعة وتقريره فيها وتقريره في المحل يوجب ثبوت يده على ما هو موجود في المحل ضارا مملوكا له بالحيازة

على هذا الطريق مستأمن دخل دار الحرب بأمان فوجد كنزا او معدنا في دار بعضهم رده اليه لان ما في الدار لصاحب الدار وهو قد ضمن ان لا
يغدر بهم فعليه الوفاء بما ضمن وان كان وجده في الصحراء فهو له لانه مباح ليس في يد احد منهم فلا يكون هو في تناوله غادرا بهم كالحطب والحشيش
وليس فيه خمس لان الخمس فيما كان وقع في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب وذلك غير موجود هاهنا ٥ وان كان المعدن في دار الاسلام المسلم
او الذمي فهو له وليس فيه خمس في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح فيه الخمس فان كان في ارض المسلم فكذلك الجواب في رواية كتاب الزكوة
وفي الجامع الصغير فرق ابو حنيفة رح بين الموجود في الدار والارض ٥ وجه قولهما قوله عم وفي الركاز الخمس وقد بينا ان اسم الركاز يتناوله وكذا
القياس الموجود في الفلاة بعلة انه مال نفيس مستخرج من معدنه وقد كانت عليه يد اهل الحرب ثم صار في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
ولابي حنيفة رح طريقان احدهما ان المعدن جزء من اجزاء ملكه وهو كسائر اجزاء ارضه مملوك له لا شيء عليه فيها فكذلك في هذا الجزء بخلاف الموجود
في الفلاة الكنز على هذا الطريق يستوي بين الدار والارض والطريقة الثانية ان الدار ملكه بشرط قطع حقوق الله تعالى عنها حتى لا يجب فيها
خراج ولا عشر اذا كانت فيها نخيل تخرج الكرار من التمر وعلى هذا الطريق نقول في الارض يجب الخمس في المعدن دون الارض لانها ما ملكت بشرط قطع
حقوق الله تعالى الا ترى انه يجب فيه خراج او عشر فكذلك الخمس فيما يوجد فيه يجب حقا لله تعالى ٥ حربي دخل دارنا بامان فاصاب كنزا او معدنا
يؤخذ منه كله لان هذا في معنى الغنيمة ولا حق لاهل الحرب في غنائم المسلمين رضخا ولا سهما بخلاف اهل الذمة وان عمل في المعدن باذن الامام اخذ منه
الخمس وما بقي فهو له لان الامام شرط له ذلك لمصلحة راى فيه لمصارف الخمس فعليه الوفاء بما شرطه ٥ الا ترى انه لو استعان بهم في قتال
اهل الحرب ورضخ لهم فهذا مثله قال ولا شيء في العسل اذا كان في ارض الخراج وان كان في ارض العشر او الجبال ففيه العشر كيف ما كان صاحبه
وذكر الشافعي رح في كتابه ان ما روي في ايجاب العشر في العسل لم يثبت وما روي من انه لا شيء فيه لم يثبت وهذا منه اشارة الى انه لا عشر فيه
ووجهه انه متفصل من الحيوان فلا شيء فيه كالابريسم الذي يكون من دود القز ٥ ولنا ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان بني شبابة قوم من خثعم
كانت لهم نحل عسل فكانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديهم فلما كان في زمن عمر رض استعمل عليهم
سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر فكتب اليه عمر رض ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء فان ادوا اليك
ما يؤدون الى رسول الله عم فاحم لهم واديهم والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا اليه العشر ٥ وعن سلمة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
كتب الى عامله باليمن ان في العسل العشر والمعنى فيه ان النحل ياكل من انواع الشجر وثمارها كما قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات فما يكون منها من العسل
متولد من الثمار وفي الثمار اذا كانت في الارض العشرية ففيها العشر فكذلك ما يتولد منها ولهذا اذا كانت في الارض الخراجية لم يكن فيها شيء فانه
ليس في ثمار الاشجار النابتة في ارض الخراج شيء ٥ ومنها فارق دود القز لانه ياكل الاوراق وليس في الاوراق عشر فكذلك فيما اشاره ٥
والاول كالمتبر والثاني كالاحد فكان المأخوذ ذلك وليس في السمك واللؤلؤ والعنبر يستخرج من البحر شيء في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
في العنبر الخمس وكذلك في اللؤلؤ عنده ذكره في الجامع الصغير اما السمك فلانه من الصيود وليس في صيد البر شيء فكذلك في صيد البحر
فاما في العنبر واللؤلؤ فقد احتج ابو يوسف رح بما روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب رض يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب
في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس ولانه نفيس ما يوجد في البحر بمنزلة نفيس ما يوجد في البر وهو الذهب والفضة فيجب فيه الخمس وابو حنيفة
ومحمد رح استدلا بما روي عن ابن عباس رض انه قال في العنبر شيء دسره البحر معناه بمنزلة ما يوجد في البر فلا شيء فيه وحديث عمر رض محمول على الجيش
الذين دخلوا ارض الحرب فيصيبون العنبر من الساحل وعندنا في هذا الخمس لانه غنيمة ثم وجوب الخمس فيما يوجد في البر كان لمعنى لا يوجد ذلك
في المعنى الموجود في البحر وهو انه كان في يد اهل الحرب وقع في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب وما في البحر لم يكن في يد احد قط لان قهر الماء يمنع
قهر غيره ولهذا قال بعض مشايخنا رح لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيهما شيء ثم الناس تكلموا في اللؤلؤ فقيل انه مطر الربيع
يقع في الصدف فيصير لؤلؤا فعلى هذا اصله الماء وليس في الماء شيء ٥ وقيل ان الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ وليس في الحيوان شيء وهو نظير
السمك يوجد في البحر فلا شيء فيه وكذلك العنبر فقيل انه نبت ينبت في البحر بمنزلة الحشيش في البر ٥ وقيل انها شجرة تتكسر فيصيبها الموج فيلقيها
الى الساحل وليس في الاشجار شيء وقيل انه خثي دابة البحر وليس في اخثاء الدواب شيء وليس في الياقوت والزمرد والفيروزج يوجد في الجبال
او المعدن شيء لانه جامد لا يذوب بالذوب كالتراب ولانه حجر وليس في الحجر صدقة كما بينا ولان بعض الاحجار اضوأ من بعض ٥ واما الزئبق اذا اصيب
في معدنه ففيه الخمس في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا شيء فيه ٥ وحكي عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رح كان يقول لا شيء فيه ٥
وكنا نقول فيه الخمس فلم ازل اناظره واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة الاول لا شيء فيه لانه ينبع
من عينه ولا ينطبع بنفسه فهو كالقير والنفط ٥ وجه قول من اوجب فيه الخمس انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة
فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء ثم يجب فيها الخمس فهذا مثله واذا وجد الرجل الركاز من الذهب والفضة والجواهر بغير ما يستخرجه ٥

من ارض الفلاة ففيه الخمس وما بقي فهو له وهذا على وجهين اما ان يكون فيه شيء من علامات الاسلام كالمصحف والدراهم المكتوب عليها كلمة الشهادة فيكون
بمنزلة اللقطة عليه ان يعرفها او يكون فيه شيء من علامات الشرك كالصنم والصليب فحينئذ فيه الخمس لما روي ان رسول الله عم قال ما يوجد في الارض الميتة
فهو لقطة يعرفها وما يوجد في الخراب العادي ففيه وفي الركاز الخمس ولانه اذا كان فيه شيء من علامات الشرك علمنا انه من وضع اهل الحرب وقع في يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب ففيه الخمس واذا كان فيه شيء من علامات الاسلام عرفنا انه من وضع اهل الاسلام بايجاف الخيل والركاب ومال المسلم لا يغنم والموجود في باطن
الارض كالموجود في ظاهرها فان لم يكن فيه علامات يستدل به فهو لقطة في زماننا لان العهد قد تقادم والظاهر انه لم يبق شيء مما دفنه اهل الحرب
ويستوي ان كان الواجد صبيا او مكاتبا او حرا مسلما او ذميا في المعدن هو كذلك في اللقطة والركاز وان وجد في دار رجل فان قال صاحب الدار انا وضعته
فالقول له لانه في يده وان تصادقا على انه ركاز ففيه الخمس والباقي لصاحب الخطة سواء كان الواجد ساكنا في الدار بعارية او اجارة او مشترى وصاحب الخطة
هو الذي اصابه بالقسمة هذه البقعة حين فتحت البلدة يسمى صاحب الخطة لان الامام يخط لكل واحد من الغانمين خطا ليكون له فان كان هو باقيا او ورثته
دفع اليه والا فهو لاقصى مالك يعرف لهذه البقعة في الاسلام وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح ٥ وقال ابو يوسف رح اراه للذي وجده استحسن
وجعل الموجود في الدار والارض كالموجود في المغارة بعلة ان الواجد هو الذي اظهره وحازه قال ولا يجوز ان يقال ان الامام قد ملكه صاحب الخطة بالقسمة
لان الامام عادل في القسمة فلو جعلناه ملكا للكبير منهم لم يكن عادلا وهذا معنى الاستحسان انما لم يتولد منها فلا شيء في القير والنفط والملح لانها متولدة
من عينها كالماء وما حولها من الارض قد قال بعض مشايخنا رح لا شيء فيها من الخراج وان كانت هذه العيون في ارض الخراج لانها غير صالحة للزراعة فكانت
كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء ٥ وكان ابو بكر الرازي رح يقول لا شيء في موضع العين فاما حريمها مما اعده صاحبه لالقاء ما يحصل فيه ففيه فتوجب
فيه الخراج لانه في الاصل للمزارعة وانما عطله صاحبه لحاجته فلا يسقط الخراج عنه ولا شيء في الطرفاء والقصب الفارسي لانه لا يستنبت في الجنان
ولا يقصد به استغلال الاراضي عادة بل ينفى عن الارض لانه مفسد لها والعشر فيما يقصد به استغلال الاراضي عادة ولا يسقط الخمس عن الركاز
والمعدن ان كان صاحبه مخيرا او صغيرا لقوله عم وفي الركاز الخمس ولانه لا يجب على الواجد لكن صاحب المصارف المسلمين هذا في يد المسلمين من يد اهل الحرب
فلا يختلف حال من ظهر في يده واذا تقبل الرجل من السلطان معدنا ثم استأجر اجراء فاستخرجوا منه مالا كان الخمس وما بقي فهو للمتقبل لان عمل اجرائه كعمله لنفسه ولا
علم ووقع مسلما اليه حكما بدليل وجوب الاجرة لهم عليه وان عملوا فيه بغير امره فالاربعة الاخماس لهم دونه لانهم وجدوا المال فالاربعة الاخماس
للواجد والتقبل من السلطان لم يكن صحيحا لان المقصود منه ما هو عين والتقبل في مثله لا يصح كمن يقبل اجمة فاصطاد فيه السمك غيره كان للذي اصطاد
وكذلك من يقبل بعض القابض على السلطان فاصطاد فيه غيره كان الصيد لمن اخذه ولم يصح ذلك التقبل لما ذكرنا والله اعلم

باب عشر الارضين

الاصل في وجوب العشر قوله تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما اخرجنا لكم من الارض قيل المراد بالمكسوب مال التجارة ففيه بيان زكوة التجارة
والمراد بقوله تعالى ومما اخرجنا لكم من الارض العشر ٥ وقال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده ٥ وقال عم ما اخرجت الارض ففيه العشر ثم الاصل
عند ابي حنيفة رح ان كل ما يستنبت في الجنان ويقصد به استغلال الاراضي ففيه العشر من الحبوب والبقول والرطاب والرياحين والوسمة والزعفران
والورس والورد في ذلك سواء وهو قول ابن عباس رض فقد روي انه حين كان واليا بالبصرة اخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة واحتج فيه ابو حنيفة
بالحديث العام ما سقته السماء ففيه العشر وما اخرجت الارض ففيه العشر وكان يقول العشر مؤنة الارض النامية كالخراج فكما ان هذا كله يعد من نماء الارض
في وجوب الخراج فكذلك في وجوب العشر ٥ وعند ابي حنيفة رح المستثنى خمسة اشيا السعف فانه من اغصان الشجر وليس في الشجر عشر والتبن فانه ساق
الحب كالشجر للثمار والحشيش فانه ينفى من الارض ولا يقصد استغلالها والطرفا والقصب فانه لا يقصد استغلال الاراضي به عادة والمراد القصب
الفارسي فاما قصب السكر ففيه العشر وكذلك على قولهما اذا كان يتخذ منه السكر وكذلك قصب الذريرة العشر وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رح
انه ليس فيه شيء والاصل فيه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ما ليس له ثمرة باقية ٥ واحتجاجهما فيه بحديث موسى بن طلحة رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال ليس في الخضروات صدقة ٥ وتاويله عند ابي حنيفة رح صدقة يأخذها العاشر من الخضر وان اذا مر بها عليه
ثم قال اما كان زكاتها عادة متيسر وجوده على الفقير والغني ايضا فلا يجب فيه حق الله تبارك وتعالى كما لا يجب الزكوة في الصيود والحطب والحشيش
فانما يجب حق الله تعالى فيما يعز وجوده فيناله الاغنياء دون الفقراء كالسوائم ومال التجارة فكذلك هذا يجب فيما له ثمرة باقية يعز وجوده
فاما الخضر والرياحين عادة ولهذا اوجبنا في الزعفران ولم نوجب في الاس والوسمة لانه لا ينتفع بها انتفاعا عاما فاوجب ابو يوسف رح
في الحنا لانه ينتفع به انتفاعا عاما ولم يوجب فيه محمد رح الا انه من الرياحين ٥ وفي الثوم والبصل روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله محمد
قال في احدى الروايتين هما من الخضر فلا شيء فيه ٥ وفي الرواية الاخرى قال يبقيان في الكيل ويبقيان في ايدي الناس من حول الى حول فيجب

وفي الرواية الاخرى قال لعجائنه الحجل ويبقيان في ايدي الناس من حول الى حول فيجب فيهما العشر والبطيخ والقثا والخيار لا شي فيه عنده
لانهما من الرطاب وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبرا وكذلك في الثمار قالا لا شي في الكمثرى والخوخ والمشمش والاجاص وما يجفف منها
لا يبقى واوجبا العشر في الجوز واللوز وفي الفستق على قول ابي يوسف رح يجب العشر وعلى قول محمد رح لا يجب ثم عند ابي حنيفة ٥
يجب في الكثير من الخارج وقليله ولا يعتبر فيه النصاب بعموم الحديث كما ذكرنا ولان النصاب انما يعتبر لوجوب الزكوة لحصول
صفة الغنا للمالك به وذلك غير معتبر في ايجاب العشر فان اصل المال ههنا غير معتبر فهو وخمس الركاز فيه سوا والاصل عندهما
انه لا يجب العشر فيما دون خمسة اوسق مما يدخل تحت الوسق والوسق ستون صاعا فخمسة اوسق الف ومائتا من واحتجاجه بقول
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وابو حنيفة رح قال تاويل الحديث زكوة التجارة فانهم كانوا يتبايعون
بالاوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة اوسق مائتا درهم قالا هذا حق مالي وجب بايجاب الله تعالى فيعتبر فيه النصاب
كالزكوة وهذا لان القليل باعتبار العادة فهو عفو شرعا ومروة وابو حنيفة قال العشر مونة الارض النامية وباعتبار الخارج قل او كثر
تصير الارض نامية فيجب العشر كما يجب الخراج ثم المذهب عند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف ان ما يجري التفاضل فيه في البيع يضم
بعضه الى البعض وما لا يجري التفاضل فيه كالحنطة والشعير لا يضم بعضه الى البعض لانهما جنسان مختلفان فيعتبر كمال النصاب
من كل واحد منهما كالسوائم وعن ابي يوسف رح ان الكل اذا ادرك في وقت واحد يضم بعضها الى البعض كاموال التجارة فان تفرقت لا يضم
لرجل واحد فالمروي عن ابي يوسف رح ان ما كان في عمل عامل واحد يجمع وما كان في عمل عاملين يعتبر النصاب في كل واحد منهما على حدة فانه ليس
للعامل ولاية الاخذ مما ليس في عمله وما في عمله دون النصاب والمروي عن محمد رح انه يضم بعض ذلك الى البعض لايجاب العشر لان الله
واحد وجوب العشر عليه وكان محمد رح من هذا فيما بينه وبين الله تعالى فاما حق الاخذ للعامل فعلى ما قاله ابو يوسف رح وان كانت
الارض مشتركة بين جماعة فاخرجت طعاما فعلى قول محمد رح يعتبر ان يبلغ نصيب كل واحد منهم خمسة اوسق كما بينا في السوائم ٥
وقال ابو يوسف رح اذا كان الخارج كله خمسة اوسق ففيه العشر لانه لا معتبر بالمالك في العشر وانما المعتبر بالخارج حتى يجب
العشر في الاراضي الموقوفة التي لا مالك لها ثم العشر يجب فيما سقته الارض سيحا فاما ما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر
ورد الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما سقته السما ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر وما سقي بالرشا ففيه نصف العشر
وما سقي عللا او بعلا ففيه العشر وما سقي بالرشا ففيه نصف العشر وذلك بعض مشايخنا قلة المونة فيما سقته السما وكثرة المونة فيما سقي
بغرب ودالية قالوا لكثرة المونة في نقصان الواجب تاثير وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمونة فيها اعظم من الزراعة
ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليه وكان ابن ابي ليلى رح يقول لا عشر الا في الحنطة والشعير والزبيب
والتمر اذا بلغ خمسة اوسق لظاهر الحديث الخاص وان اعتبار الوسق للنصاب دليل على انه لا يجب فيما يدخل تحت الوسق واذا اخرجت
ارض العشر طعاما وعلى صاحبها دين كثير لم يسقط عنه العشر واذا كانت الارض لمكاتب او صبي او مجنون وجب العشر في الخارج منها عندنا
وعلى قول الشافعي رح لا يجب الا في الموهوب شي في ارض من ارض المكاتب العشر عنده قياس الزكوة لا يجب الا باعتبار المالك
فاما عندنا العشر مونة الارض النامية كالخراج والمكاتب والحر سواء وكذلك الخارج من الاراضي الموقوفة على الرباطات والمساجد يجب فيها العشر
عندنا وعلى قول الشافعي رح لا يجب الا في الموقوف على اقوام باعيانهم فانهم كالملاك واما الموقوف على اقوام بغير اعيانهم فلا شي فيه
رجل استاجر ارض عشر فزرعها قال العشر مما خرج منها على رب الارض لما بلغ سواء كان اقل من الاجر او اكثر في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رح العشر في الخارج على المستاجر • وجه قولهما ان الواجب جزء من الخارج والخارج كله ملك المستاجر فكان عليه العشر
كالخارج في يد المستعير للارض ابو حنيفة يقول وجوب الزكوة باعتبار منفعة الارض والمنفعة سلمت للاجر لانه استحق بدل المنفعة وهو الاجرة
وحكم البدل حكم الاصل فاما المستاجر فانما سلمت له المنفعة بعوض فلا عشر عليه كالمشتري للزرع فالعشر لانه مونة الارض النامية كالخراج
وخراج الارض المواجرة على الاجر فكذلك العشر عليه واما اذا اعار ارضه من مسلم فالعشر على المستعير عندنا وعن ... على المعير وقاسه بالخراج
وقال الحسن سلط المعير على الانتفاع بالارض فكانه انتفع بها بنفسه ولكنا نقول منفعة الارض سلمت للمستعير من غير عوض ووجوب العشر
باعتبار حقيقة المنفعة حتى لا يجب ما لم يحصل الخارج بخلاف المستاجر فان سلامة المنفعة له كان بعوض وبخلاف الخارج فان وجوبه باعتبار
التمكن من الانتفاع وقد تمكن المعير من ذلك ومحل الخراج الذمة ولا يمكن ايجابه في ذمة المستعير لانه ليس له حق لازم في الارض ومحل العشر الخارج
وهو مستحق للمستعير وان اعار الارض من ذمي فالعشر على المعير لان العشر صدقة لا يمكن ايجابها على الكافر والمعير صار مفوتا حق الفقرا
بالاعارة من الكافر فكان ضامنا للعشر مسلم اشترى من كافر ارض خراج فهي خراجية عندنا وقال مالك تكون عشرية لان الخراج معنى الصغار وكذلك

وكذلك يروى عن الحسن بن علي وابي هريرة رض ثم معنى الصغار في ابتداء وضع الخراج دون البقاء حتى اذا اسلم الرقيق يبقى رقيقا بخلاف
خراج الرؤس فان ذلك الابتداء والبقاء ولهذا لا يبقى بعد الاسلام والمرجع في معرفة ما قلنا الى عادات الناس فان اشترى مسلم من ذمي ارض عشر
فان اخذها مسلم بالشفعة او كان في البيع خيار للبائع او كان البيع فاسدا فرجعت الى المسلم فهي عشرية كما كانت لان حق المسلمين
لم ينقطع عنها وان بقيت على ملك الكافر وانقطع حق المسلمين عنها فهي خراجية في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه عشران
وقال محمد رح عليه عشر واحد • وقال مالك رح يجبر على بيعه من المسلمين وفي احد قولي الشافعي لا يجوز بيعه اصلا وفي القول الاخر وهو قول
ابن ابي ليلى يؤخذ منه الخراج والعشر جميعا وكان شريك بن عبد الله يقول لا شي فيها وجعل هذا قياس السوائم اذا اشتراها كافر من مسلم
ولكن هذا ليس بصحيح فان الاراضي النامية في دارنا لا تخلو عن وظيفة بخلاف ساير الاموال • والشافعي رح لا يجوز البيع اصلا في احد القولين
كما هو مذهبه في الكافر يشتري عبدا مسلما • وفي القول الاخر يقول بان كان وظيفة هذه الارض يبقى وباعتبار كفر المالك الحادث يجب الخراج
بناء على مذهبه في الجمع بينهما • ومالك يقول يجبر على بيعه من المسلمين لان حق الفقراء تعلق بها ومال الكافر لا يصلح لذلك فيجبر على بيعها لابقاء
حق الفقراء فيها • واما محمد فقال لما صار وظيفة الارض لا يتغير بتبدل المالك كالخراج في الارض الخراجية ثم العشر الذي يؤخذ منه عند محمد
يوضع موضع الصدقة فيما ذكره في السير لان حق الفقرا تعلق بها فهو كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية • وروى ابن سماعة عن محمد رح
ان هذا العشر يوضع في بيت مال الخراج لانه انما يصرف الى الفقراء ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع
الخراج كما ياخذه العاشر من اهل الذمة ولهذا قال ابو يوسف ومحمد رح يؤخذ منه عشران لان ما كان ماخوذا من المسلم اذا وجب اخذه
من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به الذمي على العاشر واما ابو حنيفة رح قال الاراضي النامية لا تخلو عن وظيفة في دارنا
والوظيفة اما الخراج او العشر ولا يمكن ايجاب العشر عليه لانها صدقة والكافر ليس من اهله فتعين الخراج بخلاف الخراج في الارض الخراجية
لان استيفاها بعد الوجوب كاستيفاء الاجرة باعتبار التمكن من الانتفاع ومال المسلم يصلح لذلك وان اشترى تغلبي ارض عشر من مسلم
ضوعف عليه العشر للصلح الذي جرى بيننا وبينهم • وذكر ابن سماعة عن محمد رح ان تضعيف العشر عليهم في الاراضي التي كانت في الاصل لهم
واما من اشترى منهم ارضا عشرية من مسلم فعليه عشر واحد بناء على اصله ان ما صار وظيفة للارض لا يتبدل بتبدل المالك
فان اسلم عليها او باعها من مسلم فعليه العشر مضاعفا في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف رح عليه عشر واحد وذكر المسئلة
في رواية ابي سليمان بعد هذا وذكر قول محمد مثل قول ابي يوسف رح وتاويله ما بينا ان عند محمد في الاراضي التي كانت في الاصل لهم سوا اسلموا
عليها او باعوها من مسلم يجب العشر مضاعفا لانها صارت مضاعفة وظيفة لهذه الارض فاما ابو يوسف رح قال التضعيف
باعتبار كفر المالك وقد زال ذلك باسلامه او بيعه من المسلم وهو نظير السوائم اذا باعها التغلبي او باعها من مسلم فانه لا يجب فيها
الا صدقة واحدة وابو حنيفة رح يقول التضعيف في العشر على بني تغلب بمنزلة الخراج حتى يوضع موضع الخراج وبعدما صار خراجا
لا يتبدل باسلام المالك ولا ببيعها من مسلم فكذلك بخلاف السوائم فانه لا وظيفة فيها باعتبار الاصل حتى اذا كان التغلبي من الكفار
لا يجب فيها شي فعرفنا ان التضعيف كان باعتبار حال المالك فيسقط بتبدل المالك او بتبدل حاله باسلامه • فاما بيان الارض العشرية
والخراجية فنقول ارض العرب كلها عشرية وحدها من عذيب الى مكة ومن عدن الى اقصى حجر باليمن بمهرة وكان العباس يقول ارض مكة ان يكون خراجية
لانها فتحت عنوة لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج فكما لا رق على العرب لا خراج على ارضهم وكل بلدة اسلم اهلها
طوعا فهي عشرية لان ابتداء الوظيفة فيها على المسلم والمسلم لا يبتدا بالخراج صيانة له عن معنى الصغار فكان عليه العشر وكل بلدة
افتتحها الامام عنوة وقسمها بين الغانمين فهي ارض عشر لما بينا • وكذلك المسلم اذا جعل داره بستانا او احيا ارضا ميتة فهي ارض
عشرية • وفي النوادر ذكر اختلافا بين ابي يوسف ومحمد رح فقال عند ابي يوسف اذا كانت هذه الارض بالقرب من اراضي العشرية
فهي عشرية وان كانت بالقرب من الاراضي الخراجية فهي خراجية لان للقرب عبرة • الا ترى ان ما يقرب من القرية ليس لاحد احياؤه وهما حق
اهل القرية والمرعى احق بها لانتفاع بفناء داره • وقال محمد ان احياها بماء السماء او بئر استنبطها او بانهار سوى الانهار من الاودية العظام كالفرات
ودجلة وجيحون فهي عشرية وان شق لها نهرا من بعض الانهار الخراجية فهي خراجية لان الخراج لا يوظف على المسلم الا بالتزامه فان ساق
الى ارضه ماء الخراج فهو ملتزم للخراج فيلزمه الخراج والا فلا • واما ارض السواد والجبل فهي ارض خراج وحد السواد من حد
العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية الى عبادان لان عمر رض حين فتح السواد وظف عليها الخراج وبعث لذلك عثمان بن حنيف وحذيفة
ابن اليمان وكل بلدة فتحها الامام عنوة وقرر اهلها عليها فهي ارض خراج لان ابتداء الوظيفة فيها على الكافر فلا يمكن ايجاب العشر
لانها صدقة والكافر ليس من اهلها فيوظف الخراج عليها ولان خراج الاراضي يتبع خراج الجماجم والذمي اذا جعل داره بستانا او احيا

ارضا ميتة باذن الامام فعليه فيها الخراج لما بينا • واذا قال صاحب الارض قد اديت عشر طعامي الى المساكين لم يقبل قوله وان حلف
على ذلك لان حق الاخذ فيه للسلطان فكان هذا نظير زكوة السوايم على ما بينا • قال وان وضع العشر او الزكوة في صنف واحد من قبل ان ياتيه السلطان
وسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى واعلم ان مصارف العشر والزكوة ما تلي في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين وللناس كلام
في الفرق بين الفقير والمسكين فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان الفقير هو الذي لا يسال • قال الله تعالى لا يسالون الناس الحافا ولا غير
الحاف وفي المساكين قال ويطعمون الطعام على حبه مسكينا وقد جاء يسال • وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح ان الفقير هو الذي
يسال فيظهر افتقاره وحاجته الى الناس • قال الله تعالى او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري فالحاصل ان المذهب عندنا
ان المسكين اسوا حالا من الفقير وبين اهل اللغة فيه اختلاف فمنهم من قال المسكين اسوا حالا ومنهم من قال الفقير الذي يملك شيئا ولكن لا يغنيه
قال اما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد اي لا يملك شيئا ومن قال الفقير اسوا حالا قال ان المسكين من يملك ما لا يغنيه
قال الله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين • قال هل لك في اجر عظيم توجره • بعث مسكينا قليلا عسكره • عرضها سمعه وبصره
والفقير الذي لا يملك شيئا مشتق من انكسار الفقرة والحديث يشهد لهذا • فان النبي عم قال اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين
وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر في الوصايا والاوقاف فاما في الزكوة ان كان يجوز صرفها عندنا الى صنف واحد فلا يظهر هذا الاختلاف
والعاملين عليها هم الذين يستعملهم الامام على جمع الصدقات ويعطيهم مما يجمعون ما يكفيهم واعوانهم ولا يتقدر ذلك بالثمن عندنا خلافا للشافعي
لانهم فرغوا انفسهم للعمل للفقراء فكان كفايتهم فيما هو ولهذا ياخذون مع الغنى ولو هلك ما جمعوه قبل ان ياخذوا منه شيئا سقط حقهم
كالمضارب اذا هلك مال المضاربة في يده بعد التصرف وكانت الزكوة محرمة على الموالي لانهم ينوبون عن الفقراء في القبض فاما المؤلفة قلوبهم
فكانوا قوما من رؤسا العرب كابي سفيان بن حرب وصفوان بن امية وعيينة بن حصن الفزاري والاقرع بن حابس كان يعطيهم بفرض الله سهما
من الصدقة يولفهم على الاسلام فقيل كانوا قد اسلموا وقيل كانوا وعدوا ان يسلموا فان قيل كيف يجوز ان يقال انه كان يصرف اليهم وهم كفار
قلنا الجهاد واجب على الفقراء من المسلمين والاغنيا لدفع شر المشركين فكان يدفع اليهم جزءا من مال الفقراء لدفع شرهم وذلك قائم مقام
الجهاد في ذلك ثم سقط هذا السهم بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا قال الشعبي انقطعت الرشا بوفاة رسول الله صلى الله
عليه وسلم • وروي انه في خلافة الصديق استبدلوا الخط بسهمهم فبدل لهم فجاءوا الى عمر رض واستبدلوا خطه فابى ومزق خط الصديق وقال
هذا شي كان يعطيكم رسول الله عم تاليفا لكم واما اليوم فقد اعز الله الدين فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا
الى ابي بكر رض فقالوا انت الخليفة ام عمر بذلت الخط ومزقه عمر فقال ان شاء هو ولم يخالفه • واما قوله وفي الرقاب فالمراد اعانة المكاتبين
على اداء بدل الكتابة بصرف الصدقة اليهم عندنا • وقال مالك رح المراد ان يشتري بالصدقة عبدا فيعتقه وهذا فاسد لان التمليك
لا بد منه وما ياخذه البايع للعبد بدل عن ملكه والعبد يعتق على ملك المولى فلا يوجد منه التمليك • والدليل عليه ما روي ان رجلا قال
لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة قال فك الرقبة واعتق النسمة فقال اوليسا سوا يا رسول الله
قال لا فك الرقبة ان تعين في عتقه • فاما قوله تعالى والغارمين فهم المديونون الذين لا يملكون نصابا فاضلا عن دينهم وذكر الشافعي
ان المراد من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفا النايرة بين القبيلتين فاما قوله تعالى وفي سبيل الله فهم فقراء الغزاة هكذا قال ابو يوسف
وقال محمد رح هم فقراء الحاج المنقطع بهم لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله عم ان يحمل عليه الحاج وابو يوسف
يقول الطاعات كلها في سبيل الله ولكن عند اطلاق هذا اللفظ المقصود الغزاة عند الناس ولا يعطى الى الاغنياء من الغزاة عندنا خلافا للشافعي
واستدل بقوله عم لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة وذكر من جملتهم الغازي في سبيل الله • ولكنا نقول المراد بقوة البدن فالقوة على الكسب
انما تكون بالبدن لا بملك المال بدليل الحديث الاخر وردها في فقرائهم فاما ابن السبيل فهو المنقطع عن ماله لبعده منه والسبيل الطريق وكل
من يكون مسافرا على الطريق يسمى ابن السبيل كمن يكون غنيا او فقيرا يسمى ابن الفقير وابن الغني يسمى ابن السبيل غنيا ملكا حتى تجب الزكوة في ماله
ويومر بالاداء اذا وصلت يده اليه وهو فقير يدا حتى يصرف الصدقة اليه في الحال لحاجته ثم هولاء الاصناف مصارف الصدقات لا مستحقون لها
حتى لا يجوز لهم ان يصرفها الى الاصناف لتستجمع من كل صنف ثلثة • واستدل بالاية قال الله تعالى اضاف اليهم بلام التمليك وقال النبي عم
امر الشرع بامر العباد فان من اوصى بثلث ماله لهولاء الاصناف لم يحرم انا بعضهم فكذلك في الشرع • ولنا قوله تعالى وان تخفوها وتؤتوها
الفقراء فهو خير لكم • وقال عم وردها في فقرائهم وبعث عمر بن الخطاب رض بصدقة الى اهل بيت واحد هكذا نقل عن ابن عباس وحذيفة وقد بينا
المقصود اغنا المحتاج وذلك حاصل بالصرف الى واحد وبه فارق امر العباد ولان المعتبر منهما اللفظ دون المعنى فيتبع حاله عن حكمه
جميعه خلافا وامر الشرع • فاما الاية فقد قال ابن عباس المراد بيان المصارف الى انها صرفها اجزاك كما ان الله تعالى امر باستقبال القبلة

للصلوة

للصلوة فاذا استقبل جزءا منها كان ممتثلا للامر الا ترى ان الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا ان المقصود
سد خلة المحتاج • قال ولا يجوز تعجيل عشر ما لم يزرع وعشر ثمر ما لم يخرج اما تعجيل عشر الثمار قبل ظهور الطلع لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد
ويجوز في قول ابي يوسف رح ذكره في الاملاء قال لانه لم يبق بينه وبين الوجوب الا مجرد مضي الزمان فهو كتعجيل الزكوة بعد كمال النصاب
وابو حنيفة ومحمد رح قالا السبب الموجب لم يوجد لان الموجود محل قابل للتخيل وهو ليس بسبب للعشر حتى لو قطعها لا يلزمه شي وتعجيل الحق
قبل وجود سببه لا يجوز كتعجيل الزكوة قبل كمال النصاب • واما تعجيل عشر الزرع قبل الزراعة لا يجوز بالاتفاق ولان الارض ليس بسبب لوجوب العشر
وقد بقي بينه وبين وجوب العشر على سوى مضي الزمان وهو الزراعة وبعد نبات الزرع يجوز التعجيل بالاتفاق فاما بعد ما زرع قبل ان ينبت
يجوز في قول ابي يوسف رح لانه لم يبق بينه وبين وجوب العشر الا مضي الزمان ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح لان السبب لم يوجد فان الحب
في الارض هو في الارض كالحبس بسبب لوجوب العشر قال ولا يعطي من زكوته وعشر ارضه ولده وولد ولده وابويه واجداده وكل من ينتسب
الى المؤدي بالولاد او ينتسب اليه المؤدي بالولادة فلا يجوز صرف الزكوة اليه لان تمام الايتاء بانقطاع منفعة المؤدي عما ادى والمنافع
بين الاولاد والاباء متصلة • قال الله تعالى اباؤكم وابناؤكم لا تدرون ايهم اقرب لكم نفعا فلم يتم الايتاء بالصرف اليهم فاما من سواهم
من القرابة يتم الايتاء بالصرف اليهم فيجوز وهو افضل لما فيه من صلة الرحم ولا يعطي عبده ومدبره وام ولده لانهم مماليكه وكسبهم له
وكذلك لا يعطي مكاتبه لان كسب المكاتب دائر بينه وبين مولاه فلا يتم الايتاء بالصرف اليه وهذا الخلاف فيما اذا دفع الى مكاتب غيره لان الايتاء
يتم بانقطاع المؤدي عما ادى ولم يثبت فيه الغنى ملكا ولا يدا قال وكذلك لا يصرف الى زوجته لان الايتاء لم يتم فان الزوج من جهة دون جهة
لزوجها • قال الله تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة وعند الشافعي رح يجوز وهو بنا على مذهبه في شهادة الزوج لزوجته
فاما المراة فلا تعطي زوجها في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رح تعطيه واستدلا بحديث زينب امراة عبد الله بن مسعود
رض فانها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التصدق على زوجها فقال يجوز ولك اجران اجر الصدقة واجر الصلة ولانه لا حق
للزوجة في مال زوجها فلا يتم الايتاء كما يتم بالصرف الى الاخوة بخلاف الزوج بصرفها الى زوجته فابو حنيفة يقول الزوجة اصل
الولاد ثم ما يتفرع من هذا الاصل يمنع صرف الزكوة كل واحد الى صاحبه فكذلك الاصل الا ترى ان كل واحد منهما في حق صاحبه
لا يجوز شهادته له وان كل واحد منهما يرث صاحبه كما بالولادة وحديث زينب محمول على صدقة التطوع فقد روي انها كانت
امراة صنعة اليد تعمل للناس وتتصدق من ذلك وبه نقول انه يصرف صدقة التطوع كل واحد منهما الى صاحبه وكذلك لو اعطى غنيا
او ولد الصغير الغني لا يجوز اذا كان يعلم بحاله لانه مصرف الصدقات الفقراء بالنص فان صرفها الى الرجل الغني وهي فقيرة او الى ابنة بالغة
وهي فقيرة جاز في قول ابي حنيفة ومحمد لانه صرفها الى الفقير واستحقاقها بالنفقة الى الغني لا يخرجها من ان تكون مصرفا كما لو كانت فقيرة
لغني فرض عليه نفقتها وابو يوسف يقول لا يجوز لانها مكفية المونة باستحقاقها النفقة على الغني بالاتفاق وهو نظير ولد صغير لغني
وكذلك لو صرفها الى هاشمي او مولى هاشمي وهو يعلم بحاله لا يجوز لقوله عم لا تحل الصدقة لمحمد ولا لال محمد • وعن ابن عباس رض
ان النبي عم استعمل الارقم بن ابي الارقم على الصدقات واستتبع ابا رافع فجاء معه فقال عم يا ابا رافع ان الله كره لبني هاشم
غسالة الناس وان مولى القوم من انفسهم وهذا في الواجبات واما في التطوع والاوقاف يجوز الصرف اليهم • وروي عن ابي يوسف
ومحمد رح في النوادر لان في الواجب المؤدي يطهر نفسه باسقاط الفرض فيتدنس المؤدى اليه بمنزلة الماء المستعمل وفي النفل يتبرع
بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدى كمن تبرد بالماء فان اعطى غنيا وهو لا يعلم فان تحرى ووقع عنده انه فقير او سأله فاعطاه او ابصر
حاله مع الفقراء او كان عليه زي الفقراء ثم تبين انه غني جاز في قول ابي حنيفة ومحمد ولم يجز في قول ابي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه ظهر الخطا بيقين وان الحق للفقراء دون الاغنياء فلا يجزيه كما لو توضا ثم تبين انه نجس او قضى القاضي في حادثة بالاجتهاد ثم ظهر
نص بخلافه وابو حنيفة ومحمد قالا الواجب عليه هو الصرف الى من هو فقير وقد فعل فيجوز كما اذا صلى الى جهة بالتحري ثم تبين انه اخطا
وهذا لان الفقير والغني لا يوقف على حقيقته فلا يعرف الانسان ذلك من نفسه فضلا عن غيره والتكليف انما يثبت بحسب الوسع
بخلاف النص فانه مما يوقف على حقيقته وكذلك الطهارة الماء ونجاسته وان تبين ان المدفوع اليه ابنه او ابوه جاز في ظاهر الرواية عندنا
وذكر ابن شجاع رواية عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز • وجه ظاهر الرواية حديث معن بن يزيد قال دفع صدقته الى رجل ليفرقها الى
فاعطاني فلما راه ابي في يدي قال ما اياك اردت بها ابني فقلت ما انا بالذي ارده عليك فاختصمنا الى النبي عم فقال يا معن لك ما اخذت
ويا يزيد لك ما نويت فقد جوز الصرف الى الولد عند الاشتباه وكان المعنى فيه وهو ان التصدق على الولد جنبة بدليل التطوع فاقام
النبي عم الاكثر ما هو مستحق على المؤدي عند الاشتباه مقام الكامل في حكم الجواز وكذلك ان تبين ان المدفوع اليه هاشمي فهو على [illegible]

الروايتين وان تبين ان المدفوع اليه ذمي فهو على هاتين الروايتين ايضا لان الكفر يوقف عليه ويحكم به وان تبين ان المدفوع اليه حربي فال
في كتاب الزكوة يجوز وتاويله اذا كان مستامنا فيما ذكرنا فهو كالذمي وذكر ابو يوسف رح في جامع البرامكة انه لا يجزيه لان التصدق على الحربي
ليس بقربة اصلا فلا يمكن ان يقام مقام ما هو قربة عند الاشتباه ويكره ان يعطي رجلا من الزكاة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال
فان اعطاه جاز ● وعند زفر لا يجزيه لان التصدق بالمائتين لا يجوز وعند ابي يوسف رح لا باس باعطاء المائتين انما يكره ان يعطيه فوق ذلك
ولكنا نقول الغنى يحصل بالملك وذلك حكم يثبت بعد قبضه فلم يقترن الغنى بالدفع والقبض فلا يمنع الجواز ولكن يتعقبه متصلا به ○
فهو جار الكراهة للقرب كمن صلى وبقربه نجاسة جازت صلوته للوقوف على مكان طاهر وكان مكروها للقرب من النجاسة وابو يوسف رح
يقول جزء من المائتين مستحق لحاجته في الحال فالباقي دون المائتين فلا يثبت به صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المائتين ثم الغنى الذي يثبت به
حرمة الصدقة ان يملك مائتي درهم او ما يساويها فاضلا عن حاجته عندنا ● وقال سفين الثوري ان يملك خمسين درهما وقال الا ان
اذا كان صاحب عيال لا يغنيه المائتين جاز صرف المائتين اليه لقيام حاجته كابن السبيل يصرف اليه الزكوة وان كان ماله كثيرا
استدل بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من سأل الناس وهو غني عن المسئلة جاءت مسئلته يوم القيمة خدوشا او خموشا
او كدوحا في وجهه قيل وما الغنى يا رسول الله قال ان يملك خمسين درهما ● وتاويله عندنا في حرمة السؤال لا الطلب وبه نقول
قال النبي عم ما اتاك من هذا المال من غير طلب فلا تستشرف او تخذه فانه مال الله يؤتيه من يشاء وذم السؤال بقوله السؤال
اخر كسب العبد اي يبقى ذلك الى يوم القيمة فان كان قادرا على الكسب فليس له مال ولا عيال يجوز صرف الزكوة اليه عندنا ولا يجوز
عند الشافعي رح لقوله عم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ● وقال الشافعي تاويله عندنا حرمة الطلب والسؤال الا ترى
الى ما روي عن النبي عم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسألانه فنظر اليهما فوجدهما جلدين فقال اما انه لا حق لكما فيه
وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال ● الا ترى انه جوز الاعطاء لهم وقيل كان الحكم في الابتداء ان حرمة الاخذ
كانت متعلقة بقوة البدن ثم انتسخ بملك الخمسين ثم انتسخ ذلك واستقر الامر على ملك النصاب وانما حملناه على هذا الوجه
ليكون الناسخ اخف من المنسوخ كما قال الله تعالى نات بخير منها او مثلها ● رجل له على رجل دين فتصدق به على اخر من زكوته وامره
بقبضه فقبضه اجزاه لانه في القبض وكيله فتعين المقبوض ملكا لصاحب المال فكانه قبض بنفسه ثم صرف اليه فيقع به الزكوة فيكون
مؤديا العين دون الدين ● رجل تصدق على رجل بدراهم من ماله عن زكوة مال الرجل بغير امره ثم علم بعد ذلك فرضي به لم يجزه عن زكوته
لان رضاه في الانتهاء انما يؤثر فيما كان موقوفا عليه والصدقة عن المتصدق كان تاما غير موقوف فلا يؤثر فيه رضى اخر وان كان
يتصدق عنه بامره اجزاه لانه يصير مستقرضا للمال منه ان شرط له الرجوع عليه او مستوهبا منه اذا لم يشترط له الرجوع
عليه فالفقير يكون نائبا عنه في القبض بقبضه له اولا ثم لنفسه بخلاف المامور بقضاء الدين فان هناك الامر ان يملكه ما في ذمته
عما يودي فله الرجوع عليه بدون الشرط وهنا لا يصير مملكا منه شيئا في ذمته بما يودي فوضح الفرق بينهما ان هناك
هو مطالب بقضاء الدين يجبر عليه في الحكم فهو بالاداء بامره يسقط عنه هذه المطالبة فيثبت له حق الرجوع وهنا من عليه
الزكوة يفتى بالاداء ولا يجبر عليه في الحكم فلا يثبت للمودي بامره حق الرجوع الا بالشرط كمن يقول لغيره عوض عن هبتي من مالك فلان
لا يرجع عليه الا بالشرط ● رجل له مائة قفيز حنطة للتجارة قيمتها مائتا درهم فحال الحول عليها ثم رجعت قيمتها الى مائة درهم
فحال اراد اداء العين عن الزكوة تصدق بربع عشرها خمسة اقفزة بالاتفاق وان اراد اداء الزكوة من القيمة قال ابو حنيفة رح
يودي خمسة دراهم معتبرا وقت الوجوب ● وقال ابو يوسف ومحمد رح يودي درهمين ونصف معتبرا وقت الاداء فالاصل
عندهما ان الواجب جزء من العين وهو ربع العشر جاء في الحديث هاتوا ربع عشور اموالكم ولكن الواجب مما هو مملوك له
وهو العين الا ان له ولاية النقل من العين الى القيمة باختياره والتخيير بين الشيئين اذا اختار احدهما تعين ذلك واجبا من اصله
والدليل ان لتاثير القيمة في ايجاب الزكوة هنا اكثر من تاثير العين حتى اذا كمل النصاب من حيث القيمة تجب الزكوة هنا اكثر من تاثير
سوا كان كاملا من حيث العين او لم يكن فتقرر ان الفرق من حقوق العباد على اصل الكل والعشر واجب في قليل العسل وكثيره
في قول ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في ارض العشر كما هو اصله في باب العشر ● وقال ابو يوسف رح ليس فيما دون خمسة اوسق
من العسل عشر ومراده من هذا اللفظ ان يبلغ قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يدخل تحت الوسق فالحاصل ان ما لا يدخل
تحت الوسق كالقطن والعسل والسكر والزعفران تجب فيه خمسة امثال اعلى ما يقدر به ذلك الشيء ففي القطن يعتبر خمسة احمال
وفي الزعفران تعتبر خمسة امنا وفي السكر كذلك ● وفي العسل خمسة افراق والفرق ستة وثلاثون رطلا خمسة افراق

تكون

تكون ستين منا هكذا ذكره في نوادر هشام وعن ابي يوسف في الاملاء في العسل عشرة ارطال وروي عشر قرب كما ورد به الحديث
وجه قول محمد ان غير المنصوص يقاس على المنصوص عليه بمعنى جامع بينهما والمنصوص عليه خمسة اوسق فيما يدخل تحت الوسق لان
الوسق ما قدر به ذلك الجنس فكذلك في كل ما يعتبر خمسة امثال ادنى ما يقدر به فكذلك في كل ما يعتبر خمسة نصب النصاب
بالراي لا يكون ولكن فيما فيه النص يعتبر المنصوص وما لا نص فيه المعتبر هو القيمة كما في عروض التجارة مع السوائم في حكم الزكوة
رجل له ارض عشر وفيها نحل لا يحول صاحبها فجاء رجل فاخذ عسلها فهو لصاحب الارض وفيه العشر وان كان لم يتخذ لذلك اما كونه
لانه صار محرزا له بملكه وكان تبع البر اسبق حكما فهو اولى به وهذا بخلاف الطير اذا فرخ في ارض رجل فجاء اخر فاخذه فهو للاخذ
لان الطير لا يفرخ في موضع بل للتطير اذا قوي على ذلك فلم يصر صاحب الارض محرزا للفروخ بملكه وكان للاخذ اما النحل
تعسل في موضع فصار صاحب الارض فصار محرزا له بملكه كالماء اذا اجتمع في الارض فاجتمع منه الطين والحما
فهو لصاحب الارض ووجوب العشر فيه لانه نما في ارض العشر قال في كتاب الزكوة اذا وجد الجوز واللوز في الجبل فعليه العشر
وعن ابي يوسف رح لا شيء فيه لانه شيء مباح كالصيود والعشر انما يكون فيما هو من نماء ارض العشر ● وجه ظاهر الرواية ان الموجود
بما ملكه ولا فرق في وجوب حق الله تعالى بين ان يكون في ملكه او في غير ملكه كخمس المعادن ومن احيا ارضا ميتة لم تكن له الا باذن الامام
في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد هو له لظاهر قوله عم من احيا ارضا ميتة فهي له ومثل هذا اللفظ لبيان السبب
في لسان صاحب الشرع لقوله عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ● وقال عم الا ان عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ○
فبعد وجود اذن صاحب الشرع لا حاجة الى اذن احد من الائمة وابو حنيفة رح استدل بقوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
فسر بهذا الحديث لفظ الملك وهو اذن الامام كما بينا وورد السبب وهو الاحياء فالحكم بعد السبب يتوقف على وجود شرطه ثم الناس
في الموت من الارض سوا فلو لم يشترط فيه اذن الامام ادى الى اختلاف المنازعة والخصومة بينهم فيها فكل احد منهم يرغب في احيائها
فجعل التدبير في مثله الى الامام يرجع الى المصلحة لما فيها من اطفاء نائرة الفتنة وهذه المسئلة نعود في كتاب الشرب بيان ما يجد الموات
مما زاد على هذا نبينه هنا ان شاء الله تعالى

باب ما يوضع فيه الخمس

ومن اصاب ركازا وسعه ان يتصدق بخمسه على المساكين فاذا اطلع الامام على ذلك امضى له ما صنع لان الخمس حق الفقراء والمساكين
وقد وصله الى مستحقه وهو في اصابة الركاز غير محتاج الى حماية الامام فكان هذا في الحكم كزكوة الاموال الباطنة وان كان محتاجا الى جميع ذلك
وسعه ان يمسكه لنفسه لقول علي رض فان وجدتها في قرية خربة على عهد فارس فخمسها لنا واربعة اخماسها لك وسنتمها لك
اي بتطييب الخمس منها ايضا ولان وجوب الخمس في المصاب باعتبار انه مما اوجف عليه المسلمون فلا يكون الوجوب على المصيب خاصة فهو في كونه
مصرفا كغيره ولو راى الامام في خمس الغنائم ان يضعها في الغانمين وسعه ذلك فكذلك هذا المصيب في الخمس فان تصدق بالخمس على اهل
من ابائه او اولاده جاز لما جاز وضعه في نفسه عند حاجته ففي ابائه او اولاده اولى وهو نظير خمس الغنائم اذا راى الامام ان يضعها في اولاد
الغانمين او لاديهم وما جبي من الخراج فهو لجميع المسلمين يعطي الامام ذلك المعاطية المقاتلة وفي نوائب المسلمين فالحاصل ان ما يجيء الى بيت المال
انواع اربعة احدها الخمس ومصرفه ما قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه الاية ● قال عطاء بن ابي رباح سهم الله
والرسول واحد وقال قتادة وذكر اسم الله تعالى لافتتاح الكلام وكان الخمس يقسم بينهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة
اسهم ثم سقط سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بموته عندنا ● وقال الشافعي رح هو مصروف الى كل خليفة بعده لانهم نائبون منابه
محتاجون الى ما كان يحتاج اليه من جوائز الوفود والرسل ● ولنا ان الخلفاء الراشدين ما رفعوا هذا السهم لانفسهم وكان لرسول الله
صلى الله عليه وسلم بسبب النبوة ولم ينتقل ذلك الى احد بعده فهو نظير الصفي الذي كان يصطفيه لنفسه وكذلك سهم ذوي القربى
سقط بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم عندنا ● وبيانه في كتاب السير فهو اليتامى والمساكين وابناء السبيل
وجاء في الحديث ان الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على ثلثة اسهم لليتامى والمساكين وابناء السبيل والنوع الثاني الصدقات والعشور
وقد بينا مصرفها ● والنوع الثالث الجزية والخراج وما يؤخذ من صدقات بني تغلب وما ياخذ العاشر من اهل الذمة واهل الحرب اذا مروا عليه
فهذا النوع مصروف الى نوائب المسلمين منهم اعطيات المقاتلة وكفاياتهم وكفاية عيالهم لانهم فرغوا انفسهم للجهاد ودفع شر المشركين
عن المسلمين فيعطون الكفاية من اموالهم ومن هذا النوع اتخاذ الكراع والاسلحة وسد الثغور واصلاح القناطر والجسور وسد البثق

ولا شيء لاهل الذمة في بيت المال لانه حق للمسلمين فلا يستحق منه شيء الا بوصلة الدين الا ان يرى الامام ذميا يهلك جوعا فعليه ان يعطيه من مال بيت المال لانه من اهل دار الاسلام فكان عليه احياؤه واجبا
محيط الرضوي باب ما يوضع فيه الزكاة

وكرى الانهار العظام ومنه ارزاق المقاتلة والمفسر والمحتسبين والمعلمين وكل من فرغ نفسه من عمال المسلمين على وجه ا فكفايته
في هذا النوع من المال. والنوع الرابع تركة من لا وارث له من المسلمين ومن ترك الزوج والزوجة فقط فانه للباقي منهما وفي بيت المال
وما يوجد من اللقطة اذا لم يعرف احد فهو موضوع في هذا النوع من هذا المال ومصرف هذا النوع نفقة اللقيط وتكفين من يموت من المسلمين
ولا مال له وهو معنى قول محمد رح على الامام ان يتقي الله في صرف الاموال الى مصارفها فلا يدع فقيرا الا اعطاه حقه من الصدقات
حتى يغنيه وعياله وان احتاج بعض المسلمين وليس في بيت المال من الصدقات شيء اعطى الامام ما يحتاجون اليه من بيت مال الخراج ولا يكون ذلك
دينا في بيت مال الخراج لان الصدقة حق الفقراء والمساكين فاذا صرف الى غيرهم كان ذلك دينا لهم على ما هو حق المصروف اليهم
وهو مال الخراج قال وما اخذ من صدقات بني تغلب وضع موضع الخراج لما مر وما اخذ من صدقات اهل البادية رد على فقرائهم
كما امر به رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل رض ⦁ وحكى بن المبارك عن ابي حنيفة رح قال لا تخرج الزكوة من البلد الى بلد
الا الذي قرابة فان احتاج غيرهم فوضعها الامام في اهل الحاجة من غيرهم وسعه ذلك وهذا اذا لم يبق محتاج من اهل تلك البلدة
فان بقي فهو احق من فقراء غيرهم لقربهم وان اخرجها الى غيرهم جاز وهو مكروه وقد مر هذا ومن كان غنيا ولم يغز وليس في الديوان ٥
ولا يلي للمسلمين شيئا لم يعط من الخراج شيئا لانه مشغول بالكسب لنفسه لا بعمل للمسلمين علاه ⦁ قال ويجب للامام نفقته في بيت المال
قدر ما يعينه يفرض له ذلك لما روي ان ابا بكر رض لما استخلف رآه عمر يحمل شيئا من متاع لاهله فقال الى اين يا خليفة رسول الله فقال
الى السوق ابيع متاعا لاهلي لا نفقة في حوايجي فاجتمع الصحابة وفرضوا له درهمين وثلثي درهم او ثلثة دراهم وثلث درهم على
ما اختلف الروايات فيه الا انه اوصى عند موته الى عايشة ان ترد ذلك كله حتى قال عمر رض رحمك الله يا ابا بكر لقد اتعبت من بعدك
وعمر رض كان ياخذ الكفاية من بيت المال على ما روي عنه انه قال ان الخرقة تحمر كل يوم والعسل [illegible] فاما عثمان رض كان لا ياخذ من بيت المال شيئا
لثروته ويساره وعلي رض كان ياخذ لما روي انه قال ان ما لي من مالكم كل يوم صحفتان ثريد ⦁ والحاصل ان الامام اذا كان غنيا فالاولى له
ان لا ياخذ وان كان محتاجا اخذ كفايته وكفاية عياله كما اشار الله تعالى اليه في حق الاوصياء ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا
فلياكل بالمعروف ⦁ ولا شيء لاهل الذمة في بيت المال وان كانوا فقراء لانه مال المسلمين فلا يصرف الى غيرهم وكذلك لا يرد عليهم مما
اخذ العاشر منهم شيئا لان الماخوذ حق المسلمين ومن الناس من قال اذا كان محتاجا عاجزا عن الكسب يعطى قدر حاجته لما روي ان عمر
رأى شيخا منهم يسأل الناس فقال ما انصفناه اخذنا منه في حال قوته ولم نرد عليه في حال ضعفه وفرض له في بيت المال ولكن الحديث شاذ
لم ياخذ به علماؤنا رح ورأوا ان من لا ترغيب له في الاسلام لا يعطى من مال المسلمين شيئا ما لم يسلم وامير الجيش في الغنيمة بمنزلة واحد
من الجند ان كان فارسا فله سهم الفرسان وان كان راجلا فله سهم الرجالة لان النبي عم كان يجعل سهمه في الغنيمة كسهم واحد من المسلمين
وكذلك من جاهد بعده من الخلفاء الراشدين وقد كان للنبي عم من الغنايم ثلث حظوظ خمس الخمس والصفي يصطفيه لنفسه من درع
او سيفا او جارية وسهم كسهم احدهم والصفي وخمس الخمس كان مختصا به بولاية النبوة فليس من ذلك شيء لامراء الجيوش بعده نعم السهم ٥
هو لامراء الجيوش كما كان ياخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم

باب نوادر الزكاة

قال الشيخ الاجل الزاهد رح اعلم ان مسايل هذا الكتاب تنبني على الاصل الذي بيناه في كتاب الزكوة وهو ان ضم النقود بعضها الى بعض
في تكميل النصاب باعتبار معنى المالية فان الذهب والفضة وان كانا جنسين صورة ففي معنى المالية هما جنس واحد على معنى انه يقوم الاموال بهما
وانه لا مقصود فيهما سوى انه قيم الاشياء وبهما يعرف خيرة الاموال ومقاديرها ووجوب الزكوة باعتبار المالية ⦁ قال الله تعالى ٥
وفي اموالهم حق معلوم ثم اعتبار كمال النصاب لاجل صفة الغنى كما قال عم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى بهما يكون بصفة واحدة ٥
واعتبار النصاب لمعرفة مقدار الواجب وهما في مقدار الواجب فيهما كشيء واحد فان الواجب فيهما ربع العشر على كل حال وكذلك وجوب الزكوة
باعتبار وصف النماء فانه لا تجب الا في المال النامي ومعنى النماء فيهما بطريق التجارة فربما يحصل في التجارة بالذهب النماء من الفضة او على عكس ذلك
فكانا بمنزلة عروض التجارة في معنى النماء وعروض التجارة وان كانت اجناسا مختلفة صورة يضم بعضها الى بعض في حكم الزكوة فكذلك
النقود الا ترى ان نصاب كل واحد منهما يكمل بما يكمل به نصاب الاخر وهو العروض فكذلك يكمل نصاب احدهما بالاخر بخلاف السوايم فعلى ابي حنيفة
يضم احد النقدين الى الاخر باعتبار القيمة وعندهما باعتبار الاجزاء لان المقصود تكميل ولا معتبر بالقيمة فيه ⦁ الا ترى ان من كان له عشرة
دنانير وهي تساوي مائتي درهم لا تجب عليه الزكوة ⦁ والدليل عليه ان المعتبر صفة المالية والمالية في الذهب والفضة باعتبار الوزن

اليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله جيدها ورديها سواء وباعتبار الوزن لا يمكن تكميل النصاب الا من حيث الاجزاء
وابو حنيفة رح يقول ضم الاجناس المختلفة بعضها الى بعض في تكميل النصاب لا يكون الا باعتبار القيمة كما في عروض التجارة وهذا لان
المعتبر صفة المالية وصفة الغنى للمالك وذلك انما يحصل باعتبار القيمة وانما لا يعتبر قيمة النقد عند الانفراد واما عند مقابلة احدهما
احدهما بالاخر فتعتبر القيمة ⦁ الا ترى ان من كسر حلي انسان من فضة جليدة فانه يجب عليه قيمته من الذهب فلما كان في حقوق العباد
المعتبر هو القيمة عند مقابلة احدهما بالاخر فكذلك في حق الله تعالى يعتبر القيمة عند ضم احدهما الى الاخر اذا عرفنا هذا فنقول
رجل له ثمانية دنانير من مائة درهم ومائة درهم فحال عليهما الحول فعليه الزكوة في قول ابي حنيفة رح لان نصابه بلغ مائتي درهم
فحال عليه الحول باعتبار القيمة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا زكوة عليه لان نصابه ناقص باعتبار الاجزاء فانه نصف نصاب الفضة
وخمسي نصاب الذهب فاذا جمعت بينهما كان اربعة اخماس النصاب ونصف خمس ⦁ وقد روي عن ابي حنيفة رح ايضا اذا كان له خمسة
وتسعون درهما ودينار قيمته خمسة دراهم فانه يلزمه الزكوة باعتبار ان كل دينار من خمسة دراهم فمن خمسة وتسعين درهما
يكون تسعة عشر دينارا فاذا ضممتها الى الدينار يكون عشرين دينارا ففي هذه الرواية تبين ان تقوم الذهب تارة بالفضة والفضة
تارة بالفضة والفضة تارة بالذهب وذلك لاجل الاحتياط وتوفير المنفعة على الفقراء وان كانت له مائة وخمسون درهما وخمسة
دنانير ثمن خمسين درهما فعليه الزكوة بالاتفاق لان النصاب كامل من حيث القيمة ومن حيث الاجزاء فانه يملك ثلثة ارباع نصاب
الفضة وربع نصاب الذهب وكذلك ان كانت له خمسة عشر دينارا وخمسون درهما ثمن خمسة دنانير او كانت له عشرة دنانير ٥
ومائة درهم ثمن عشرة دنانير فعليه الزكوة بالاتفاق لكمال النصاب سواء اعتبرنا الضم بالاجزاء او بالقيمة ولم يبين في الكتاب
انه من اي الجنسين يؤدي الزكوة والصحيح انه يؤدي من كل واحد منهما ربع عشره لان الواجب فيهما ربع العشر بالنص قال عم
في الرقة ربع العشر وقال عمر رض هاتوا ربع عشر اموالكم وفي اداء ربع العشر من كل نوع مراعاة النظر لصاحب المال وللفقراء الا ترى
ان بعد تمام الحول لو هلك احد النوعين لم يكن عليه ان يؤدي من النوع الاخر الا ربع عشره فكذلك في حال بقاء النوعين ولو ان رجلا
له الف درهم حال عليها الحول ثم استفاد اليها الفا اخرى ثم خلطهما ثم ضاع منهما الف درهم فعليه ان يزكي خمسمائة درهم ٥
اذا لم يعلم ما ضاع مما بقي لان نصف المال كان مشغولا بحق الفقراء ونصفه كان فارغا عن حقهم وليس صرف الهلاك الى احد الصنفين باولى
من الاخر فيجعل الهلاك منهما والباقي فيهما كما هو الاصل في المال المشترك انما تجب من مال الزكوة خمسمائة وهذا خلاف ما اذا اشتمل
المال على النصاب والوقص فهلك منها شيء يجعل الهالك من الوقص خاصة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح نحو ما اذا كانت له فوق النصاب
ثمانون من الغنم فحال عليها الحول ثم هلك اربعون منها فعليه في الباقي شاة لان هنا الوقص تبع للنصاب باسمه وحكمه فانه لا يتحقق
الوقص الا بعد النصاب وهذا هو علامة التبع مع الاصل فان التبع يقوم بالاصل والاصل يستغني عن التبع ثم لا يتحقق المعارضة
واما هنا احد الالفين ليس بتبع للاخر فيتحقق المعارضة بينهما فلهذا يجعل الهالك منهما فهو بمنزلة مال المضاربة اذا كان فيها ربح فهلك
منها شيء يجعل الهالك من الربح خاصة لانه تبع لراس المال والمال المشترك بين اثنين اذا هلك منها شيء يجعل الهالك من نصيب
الشريكين والباقي من نصيبهما فان قيل لما ذا لم يجعل صاحب المال بهذا الخلط مستهلكا لمال الزكوة حتى يكون ضامنا باعتبار حقوق العباد
فانه لو غصب الف درهم فخلطها بالف من ماله كان ضامنا قلنا لان هناك حق المغصوب منه في عين الدراهم حتى لو اراد ان يمسك
تلك الدراهم ويعطيه غيرها لم يكن له ذلك والخلط استهلاك لا تعين على معنى انه لا يتوصل بعده الى ذلك الشيء فاما حق الفقراء ها هنا
في معنى المالية ولاخراج المال من ان يكون محلا للفقراء فلهذا لا يضمن بالخلط شيئا وان عرف مائة درهم من الباقي انها من دراهم الاول ٤
ولم يعرف غيرها فعليه ان يزكي هذه المائة درهمين ونصفا لانه يعرف ان ربع عشرها حق الفقراء ويزكي تسعة اجزاء من تسعة عشر جزءا
مما بقي لانه لما عرف المائة بقي المشتبه الف درهم تسعمائة فاذا جعلت كل مائة سهما كانت عشرة اسهم من ذلك فارغا عن الزكوة وتسعة اسهم
مشغول بالزكوة مما هلك منها بالحصة وما بقي كذلك فلهذا يزكي تسعة اجزاء من تسعة عشر جزءا مما بقي وان عرف مائة درهم انها من دراهم
الاخر ولم يعرف غير ذلك فلا شيء عليه في هذه المائة لانه لم يحل عليها الحول وعليه ان يزكي عشرة اجزاء من تسعة عشر جزءا مما بقي لان المشتبه
لان المشتبه تسعة عشر سهما تسعة منها مال الزكوة وعشرة فارغ فيكون الهالك منهما بالحصة والباقي كذلك ⦁ رجل له الف درهم سود والف درهم
بيض فلما كان قبل الحول بشهر زكى خمسة وعشرين درهما من الف ففي هذه المسئلة على ثلثة اوجه اما ان هلك البيض قبل كمال الحول ٥
او يستحق او يحول الحول على المالين ثم ضاع عنا البيض قبل الحول ثم الحول على السود يجزيه ما ادى من زكوة السود لانه انما عجل ما يجب عليه
من الزكوة عند كمال الحول زكوة السواد فالمعجل يجزي عن ذلك بمنزلة ما لو ادى بعد كمال الحول خمسة وعشرين من زكوة السود هذا

لان البيض والسود جنس واحد في حكم الزكوة ولهذا يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب والمعتبر في الجنس الواحد اصل النية ٥
فاما نية التعيين فغير معتبر في الجنس الواحد الا ترى انه اذا لم يكن معينا كمن عليه قضا ايام من رمضان فصام بعددها ينوي القضا يجزيه وان لم يعين
في نيته يوم الخميس والجمعة وهذا بخلاف ما اذا كان له خمس من الابل واربعون من الغنم فعجل زكوة الغنم شاة ثم ضاعت الغنم في
ثم الحول على الابل فان المعجل لا يجزي عن زكوة الابل لانهما جنسان مختلفان في حكم الزكوة ولهذا لا يضم احدهما الى الاخر وعند اختلاف
الجنس تعتبر نية التمييز عن مال الغير فلا يجوز ذلك عن زكوة ماله وكيف يجزي وهو ضامن لما ادى من البيض الى الفقرا فاما هاهنا انما عجل
الزكوة عن البيض نفسه لان الهلاك انما تبين انه لم يكن مالكا له وهو حال الحول على المالين جميعا ففي رواية هذا الكتاب قال المعجل يكون من زكوة
البيض حتى اذا هلكت البيض بعد كمال الحول فعليه زكوة السود خمسة وعشرين درهما • وقال في الجامع الكبير المعجل يكون بينهما حتى اذا هلك
البيض فعليه نصف زكوة السود اثني عشر درهما ونصف درهم • وجه الرواية انه بعدما وجبت الزكوة فيهما يحمل الاداء بطريق التعجيل
كالاداء بعد كمال الحول ولو ادى بعد كمال الحول زكوة البيض كان المودى عما نواه خاصة فكذلك اذا عجلت وهذا لان المعارضة قد تحققت
حتى وجبت الزكوة فيهما فاعتبرنا نيته في التمييز لترجيح احدهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لكل امرى ما نوى بخلاف ما اذا هلك احدهما قبل كمال
الحول لان هنالك لم تتحقق المعارضة بينهما في حكم الزكوة لان الزكوة وجبت في احدهما دون الاخرى • وجه رواية الجامع وهو الاصح ما بينا
ان السواد والبيض جنس واحد في حكم الزكوة فيسقط اعتبار نية التمييز منهما فكانه قصد عند الاداء تعجيل الزكوة فقط فيجعل المودى من المالين
جميعا اذا وجبت الزكوة فيهما وهذا لان الاداء بعد الوجوب فانه تفريغ للمال عن حق الفقرا لان وجوب الزكوة بالمال يصيره مشغولا بحق الفقرا
كان نية الادا من زكوة مال البيض مفيدا من حيث انه قصد به التفريغ للبيض دون السود بخلاف ما تعجل قبل الوجوب فلا فائدة في نية التمييز هنا
وباعتبار هذا المعنى لو ادى زكوة البيض بعد الوجوب ثم هلك البيض لم يكن المودى عن السود ولو عجل قبل الوجوب ثم هلكت البيض وتم الحول
على السود كان المعجل من زكوة السود والذي بينا في السود والبيض كذلك الجواب في الذهب والفضة اذا كان له مايتا درهم وعشرون مثقالا
من ذهب فعجل زكوة المالين وادى بعد الوجوب فهو في جميع الفصول مثل ما سبق وعلى هذا لو كان له الف درهم دين على انسان والف درهم عين
فعجل زكوة العين ثم ضاعت قبل كمال الحول فالمعجل يجزي من زكوة الدين ولو ادى زكوة العين بعد كمال الحول ثم ضاعت لم يجز المودى عن زكوة الدين
لانه في الاداء بعد الوجوب انما قصد اسقاط ما يلزمه من الزكوة عند كمال الحول فانما لزمه الزكوة في الدين واداء العين عن زكوة الدين جائز ٥
وعلى هذا لو كان له عبد وجارية للتجارة قيمة كل واحد منهما الف فعجل زكوة احدهما قبل الحول ثم مات الذي زكى عنه قبل الحول وبعد الحول على الاخر
فالمعجل يجزي عنه بخلاف ما اذا زكى احدهما بعد الحول ثم مات الذي زكى عنه بعد كمال الحول فعليه زكوة الباقي على هذه الرواية وعلى رواية الجامع
عليه نصف زكوة الباقي لان المعجل يجزي عنهما اذا وجبت الزكوة فيهما على تلك الرواية • ولو ان رجلا له مايتا درهم فتصدق بدرهم منها
قبل الحول بيوم ثم تم الحول وفيه مايتا درهم فلا زكوة عليه لان المعجل خرج من ملكه بالوصول الى يد الفقير فتم الحول ونصابه ناقص
وكمال النصاب [illegible] شرط لايجاب الزكوة فاذا لم يجب عليه الزكوة كان المودى تطوعا [illegible] من الفقير لانه قد وصل
الى الفقير [illegible] الصدقة [illegible] حتى [illegible] عليه الزكوة
عند كمال الحول [illegible] نية الصدقة [illegible] جارية للتجارة [illegible] الحول وهي كذلك
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] بعد كمال الحول [illegible] صحيحة لانه قد تقرر عليه حكم الزكوة

في ثمنها صحيحة ثم الحسن ان الذي لحقه وقد ارتفع ذلك الحسن بان ذهب بالعور فهو نظير ما لو ضاعت احدى الالفين بعد كمال الحول
زكى مايتين ثم وجد الذي كان ضاع فعليه ان يزكيه وهذا الاصل الذي بيناه في كتاب الغصب ان الزيادة اذا حدثت في محل النقصان ٥
كانت جابرة للنقصان وينعدم بها النقصان معنى يوضحه ان وجوب الزكوة باعتبار المالية وهي قدرها ذهب بذهاب العور الى المالية
الاولى التي تقرر عليه الزكوة فيها عند كمال الحول فعليه ان يزكي ذلك كله • رجل له الف درهم حال الحول عليها ثم ابتاع بها جارية للتجارة
ثمنها ثمانمائة فعليه زكوة الالف ماتت الجارية او بقيت فليس عليه الا زكوة المائتين لانه حابى في الشراء بقدر المائتين وذلك لا يتغابن الناس
في مثله فصار مستهلكا محل حق الفقرا في ذلك القدر فيضمن زكوة المائتين وفي مقدار زكوة الثمانمائة تحول حقهم من محل الى محل ٥
يعدله فان الجارية التي للتجارة قيمتها الف درهم في كونها مالا للزكوة فيكون هلاك الجارية في يده كهلاك الدراهم وهذا بخلاف السوائم
فان من وجب عليه الزكوة في خمس من الابل فاشترى بها اربعين من الغنم فهو ضامن من الزكوة لان وجوب الزكوة في السوائم باعتبار
العين فان النماء مطلوب من عينها والعين الثاني غير الاول الا ترى ان التصرف لو وجد منه في خلال الحول انقطع الحول فكذلك
اذا وجد بعد كمال الحول كان مستهلكا ضامنا للزكوة وهاهنا وجوب الزكوة في الدراهم وعروض التجارة باعتبار المالية والنما
المطلوب بالتصرف فلهذا لو وجد هذا التصرف منه في خلال الحول لم ينقطع به الحول فاذا وجد بعد كمال الحول لا يصير ضامنا للزكوة
ايضا وان ابتاع بالالف جارية لغير التجارة والمسئلة بحالها فعليه زكوة الالف ماتت الجارية او بقيت لانه صار مستهلكا حق الفقرا
بتصرفه فالجارية التي للخدمة ليست بمال الزكوة • الا ترى ان هذا التصرف لو وجد في خلال الحول انقطع به الحول فاذا وجد ذلك
بعد كمال الحول كان ضامنا للزكوة • رجل عنده جارية للتجارة فولدت ولدا قبل الحول بيوم ثم حال الحول عليها فعليه زكوتهما جميعا
لان الولد انما ينفصل عن الام وهي عنده للتجارة فولدها وهي كذلك ثم المستفاد في خلال الحول يضم الى اصل النصاب بعلة المجانسة
وان لم يكن متولدا من الاصل فالمتولد اولى ولو ولدت بعد الحول بيوم فانه يزكيها ولا يزكي ولدها لان حكم الحول قد انتهى قبل انفصال الولد
وانما يسري من الاصل الى الولد ما كان قائما لا ما كان منتهيا • الا ترى ان الرق ينتهي بالعتق والولد الذي ينفصل منها بعد العتق لا يكون
رقيقا ولان هذا بمنزلة مال استفاده من جنس النصاب بعد كمال الحول فلا يجب الزكوة فيه الا بحول جديد فان قيل لما ولدت بعد الحول
بيوم فقد علمنا ان حدوث الولد كان قبل كمال الحول فينبغي ان يثبت فيه حكم الحول قلنا نعم ولكن وجوب الزكوة في الولد باعتبار
صفة المالية لا باعتبار عينه وصفة المالية لا تحدث بعد الانفصال لان الجنين في البطن لا يكون مالا متقوما ولهذا لا يضمن بالغصب
فانه صار الولد محل وجوب الزكوة بعد تمام الحول فلا يسري اليه حكم الزكوة • رجل له جارية قيمتها الف درهم فباعها قبل الحول
بيوم بثمانمائة درهم فعليه زكوة ثمانمائة درهم لان وجوب الزكوة عند كمال الحول وما له عنده الا الثمانمائة ولو استهلك الكل قبل
كمال الحول لم يضمن شيئا من الزكوة فكذلك اذا استهلك البعض بتصرفه ولو باعها بعد الحول فعليه زكوة الالف لانه بقدر المحاباة
صار مستهلكا ولو استهلك الكل بعد الحول كان ضامنا للزكوة فكذلك اذا استهلك البعض وان كانت عنده لغير التجارة فباعها قبل الحول
بيوم بثمانمائة فانه يضم هذا الى ماله ويزكيه مع ماله اذا تم الحول لان هذا مستفاد من جنس النصاب في خلال الحول ولو باعها بعد الحول
لم يكن عليه زكوة في ثمنها حتى يحول عليه الحول لانه مستفاد بعد تمام الحول وهذا لان الجارية لما لم تكن للتجارة عنده فانما حدثت المالية
في حكم الزكوة بتصرفه هذا فيكون ثمنها بمنزلة مال وهب له في حكم الزكوة ولو كانت الجارية عنده للتجارة وقيمتها الف فباعها بعد الحول
بمائة درهم فعليه زكوة الالف قال لان هذا مما لا يتغابن في مثله يشير بها الى الفرق بين هذا وبين مسئلة الجامع وهو ما اذا باعها بتسعمائة
وخمسين فانه لا يكون ضامنا شيئا من الزكوة لان الخمسين ونحوها مما يتغابن الناس فيه وصاحب المال مسلط على التصرف في ماله شرعا ٥
بمنزلة الاب او الوصي في مال اليتيم وكما ان هناك يفصل بين ما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن الناس فيه في تصرفهما فكذلك هاهنا يفصل بينهما
واذا كانت المحاباة بقدر ما يتغابن الناس فيه لم يكن مستهلكا شيا واذا كان بقدر ما لا يتغابن الناس فيه كان مستهلكا لحق الفقرا في قدر المحاباة
فكان ضامنا للزكوة ولو باعها قبل الحول بيوم بمائة درهم ضم المائة الى ماله ثم زكاه ولا شي عليه في مقدار المحاباة لانه صار مستهلكا
قبل وجوب الزكوة ولو كان له جارية قيمتها خمسمائة فباعها بالف درهم اشتراها المشتري للتجارة ثم حال الحول ثم وجد المشتري بها عيبا
فردها بقضا او بغير قضا فعلى البايع زكوة الالف لان حق المشتري عند رد الجارية بالعيب ثبت دينا في ذمة البايع ويتخير هو بين اداء
مثل الالف وبين اداء الف اخرى بنا على الاصل المعروف ان النقود لا تتعين في العقود فهذا دين لحقه بعد الحول فلا يسقط عنه شي من الزكوة
قال وعلى الذي رد الجارية زكوة خمسمائة لانه تم الحول في ملكه الجارية فقط فانما استفاد الزيادة بردها بعد كمال الحول فلهذا لا يلزمه
الا زكوة الخمسمائة فان قيل انما كانت قيمة الجارية خمسمائة حين كانت صحيحة لا عيب فيها فاما مع وجود العيب يكون قيمتها دون الخمسمائة

فينبغي ان لا يجب على المشتري زكوة خمسماية مع وجود هذا العيب على ان المشتري يستحق الرجوع بحصة العيب اذا تعذر رد الجارية فهذا والذي
يكون الجزو الفايت بسبب العيب كالقايم حكما فلهذا يلزمه زكوة خمسماية وان كانت قيمتها الف درهم فباعها بخمسماية ثم حال الحول فوجد المشتري
بها عيبا فردها فعلى المشتري زكوة الف درهم لانه تم الحول والجارية في ملكه وهي تساوي الف درهم فيلزمه زكوة الالف سوا ردها بقضا
او بغير قضاء لانه مختار في الرد فيكون هذا بمنزلة بيعه اياها بخمسماية بعد كمال الحول وعلى البايع زكوة خمسماية لانه تم الحول وملكه خمسماية
ثم استفاد الزيادة بعد كمال الحول بالرد عليه فلا يلزمه الا زكوة خمسماية ولو كان لرجل عبد قيمته الف درهم وللاخر جارية قيمتها الف درهم
فتبايعا العبد بالجارية وتقابضا وهما للتجارة جميعا فحال الحول ثم وجد الذي قبض العبد بالعبد عيبا فرده فان رده بقضاء قاض واخذ جاريته
فعلى كل واحد منهما زكوة الف درهم اما الراد فلانه حين تم الحول وفي ملكه العبد ثم استفاد الزيادة بعد ذلك فلا يلزمه الا زكوة الالف
واما المردود عليه فلان عين الجارية استحقت من يده بغير اختياره وذلك مسقط للزكوة عنه فلا يلزمه الا زكوة ما عاد اليه من المالية
وذلك الف درهم وان ردها بغير قضاء قاض فعلى الراد زكوة الالف لما قلنا وعلى المردود عليه زكوة الالفين لانه تم الحول وفي ملكه الجارية
وقيمتها الف درهم ثم اخرجها من ملكه باختياره حين قبل العبد بالعيب بغير قضا القاضي فيلزمه زكوة الالفين وهذا لان الزيادة بالرد
بغير قضاء بمنزلة الاقالة وهو في حق غيرهما كبيع مستقبل وهذا بخلاف ما سبق في الدراهم لان حق الراد هناك لا يتعين في الدراهم
فلا يكون ذلك بمنزلة الاستحقاق وهيهنا حق الراد يتعين في الجارية فلهذا جعل هذا بمنزلة الاستحقاق واذا رد العبد بقضاء القاضي ولو كان
الذي قبض الجارية هو الذي وجد العيب بها فردها بقضاء او بغير قضا فعليه زكوة الالفين لانه هو المختار للرد وقد تم الحول وماله الف
ولا يسقط عنه شي من الزكوة باخراجها من ملكه باختياره ● رجل له جارية للتجارة باعها بالف درهم ثم باعها المشتري من اخر
بالف درهم واشتراها كل واحد منهما للتجارة ثم استحقت بعد الحول فعلى المشتري الاخر زكوة الف درهم ولا زكوة على واحد من البايعين
لانها لما استحقت من يد المشتري الاخر فقد استوجب الرجوع على بايعه ايضا بالف درهم فانما كان له الف وعليه الف درهم دين
للمشتري الاخر فلا يلزمه الزكوة وكذلك البايع الاول كان في يده الف درهم في الحول وعليه الف درهم دين للمشتري الاخر فلا يلزمه
الزكوة فمال المديون لا يكون مال الزكوة ● رجل له جارية للتجارة ثمن الف درهم بيعا فاسدا فاشتراها المشتري بنية التجارة وتقابضا
فحال الحول فعلى المشتري ان يردها على البايع لفساد العقد وعلى البايع زكوة الف درهم لانها كانت مضمونة على المشتري بقيمتها
وقيمتها الف درهم فهي بمنزلة المغصوبة وتبين ان مال البايع عند كمال الحول الف درهم وعلى المشتري زكوة الالف لان قيمتها دين
في ذمته فاما المال الذي يسلم له فهو دفع في ثمنها وهو الف درهم فلهذا لا يلزمه الا زكوة الالف ويستوي ان ردها بقضا او بغير قضا
ولم يردها ولكن اعتقها المشتري بعد الحول لان المعتبر هو ● والمالية التي تسلم للبايع عند كمال الحول مقدارها الفين فانما ان
الجارية او قيمتها اذا تعذر ردها عليها فالذي يسلم للمشتري مقدار الف درهم فيلزمه زكوة الالف ولو ان رجلا له مايتا درهم ضاع
قبل كمال الحول بيوم ثم افاد مايه فتم الحول وعنده مايتا درهم فعليه الزكوة لان المعتبر كمال النصاب في طرفي الحول مع بقا شي منه في ذلك
الحول وقد وجد المستفاد لو كان بعد هلاك بعض النصاب كان مضموما الى النصاب بعلة المجانسة وكذلك بعد هلاك بعض النصاب
لبقا الحول في الموضعين فان تم الحول ولم يستفد هذه المايه ثم مضت السنة الثانية الا يوما ثم استفاد مايه ثم تم الحول
فلا شي عليه في الحولين لانه تم الحول في الاول وماله دون النصاب فلم يلزمه الزكوة ولم ينعقد الحول الثاني على ماله لنقصان النصاب
فانما استفاد المايه وليس في ملكه حول ينعقد فلا يلزمه الزكوة ولكن ينعقد الحول من حين استفاد المايه لانه تم نصابه الان فاذا تم الحول
من هذا الوقت فالمايتين ● ولو ان رجلا وهب لرجل الف درهم فحال عليها الحول عنده ثم وهبها الموهوب له لغيره فعليه زكوتها لانه
صار مستهلكا محل حق الفقرا بما صنع حين اخرج المال عن ملكه بغير عوض ومراده ما اذا وهبها لغني فاما اذا وهبها لفقير لم يكن
ضامنا شيا لان الهبة من الفقير صدقة لا رجوع فيها ومن تصدق بجميع ماله بعد كمال الحول لم يكن ضامنا للزكوة وان لم ينو الزكوة
او وصل الحق الى مستحقه فلو رجع فيها الواهب الاخر بقضا او بغير قضا لم يكن عليه فيها زكوة لان الرجوع يعود الى قديم ملكه ويخرج به
من ان يكون مستهلكا محل حق الفقير فهلاكها في يده بعد الرجوع كهلاكها في يده قبل الهبة وكذلك ان لم يصنع ولكن رجع فيها الاول
فلا زكوة على الواهب الثاني ولا على الاول لانها استحقت من يد الثاني بغير اختياره فالعبد ما تم تعين في الهبة والرجوع فيها ولا زكوة
ولا زكوة على الاول لانها لم تكن في ملكه حين تم الحول ويستوي ان كان الاول رجع فيها بقضا او بغير قضا عندنا خلافا لزفر رحمه الله
وعلى قول سفين الثوري ليس للواهب الاول ان يرجع في مقدار الزكوة ولكن الموهوب له يتصدق به على الفقرا وقد بينا هذا في كتاب الهبة
ولو كان له عبد للتجارة فحال عليه الحول ثم باعه بمثل قيمته فعليه ادا الزكوة من ثمنه اذا قبضه لانه حول حق الفقرا من محل الى محل

بعدم

بعوله فلو رده المشتري بخيار الروية فسخ من الاصل فانما عاد العبد اليه بقديم ملكه وهلاكه في يده بعدما عاد اليه كهلاكه قبل البيع
وكذلك لو رده المشتري بخيار الشرط [illegible] فالرد بحكم فسخ من الاصل سواء
كان بقضاء او بغير قضاء ● رجل له عبد للتجارة حال عليه الحول [illegible] ثم تزوج عليه امراة [illegible]
قبل الدخول فعليها رد العبد [illegible] فانما عاد العبد اليه بقديم ملكه فيكون هلاكه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لما لم يلزمه رد الالف بعينها كان هذا دينا لحقها بعد الحول فلا يسقط الزكوة عنها وعلى الزوج السنة الاولى ولا زكوة عليه فيها للسنة
الثانية لانها لا يلزمها في السنة الثانية كانت في ملك المراة وبيدها وفي مسئلة العبد لو نوت هي التجارة وحققت التجارة لم تحل عليها الحول
عندها ثم قبلنا ان الزوج ورد العبد لم يكن عليها زكوة لان عين العبد يستحق من يدها بعد وجوب الزكوة ○
وذلك مسقط للزكوة عنها وعلى قول زفر لا يسقط الزكوة عنها هاهنا لان الفرقة جات من قبلها فهي التي اكتسبت سبب زوال ملكها
عن العبد فتكون متلفة حق الفقرا ضامنة للزكوة ● ولكنا نقول لم يوجد منها صنع في ابطال ملكها في العبد لان صنعها تقبيل ابن الزوج
وذلك غير مبطل ملكها في العبد الا ترى انه لو حصل ذلك منها بعد الدخول لم يبطل ملكها في العبد الا ترى انه لو حصل ذلك منها بعد الدخول
لم يبطل ملكها في شي من العبد ولكن المبطل لملكها انفساخ النكاح وهذا امر حكمي فلهذا جعل هذا بمنزلة الاستحقاق من يدها ● رجل
له الف درهم ومايه درهم حال الحول عليها الا شهرا فزكى الالف عما يستقبل ثم استفاد اربعين الفا فالمعجل يجزيه من زكوة المستفاد
وعليه زكوة المايه الدراهم لانه عجل لم ينقطع حكم الحول فقد بقي في ملكه بعض النصاب وهو المايه لان المستفاد يضموم الى ما بقي عنده
في حكم الحول بعلة المجانسة فعند كمال الحول يلزمه الزكاة وزكوة اربعين الف درهم وقد عجلها فانما بقي عليه زكاة المايه درهما في قول
ابي حنيفة ودرهمان ونصف عندهما وعلى قول زفر تعجيل الزكوة انما يجوز عن المال القايم في ملكه ولا يجوز عما يستفيد فعليه زكوة المستفاد
عند كمال الحول ونحن نقول يجعل المستفاد بمنزلة الموجود عنده في حكم جواز التعجيل وان تم الحول قبل ان يستفيد شيا ثم افاد اربعين الفا
فالمعجل لا يجزي من زكوتها ويجزي من زكوة المايه خاصة وهذا غلط لانه تم الحول وفي ملكه مايه درهم فالمعجل قد تم خروجه عن ملكه
بالوصول الى الفقرا فلا يجب عليه الزكوة في المايه اصلا لان المعجل يجزي من زكوة المايه ثم حين استفاد اربعين الفا انعقد الحول على ماله
فاذا تم الحول من هذا الوقت كان له ان يزكي الكل ولو كانت له مايه درهم فتصدق بها على ما يفيد ثم افاد الف درهم من عامه ذلك فالمعجل لا يجزيه
من زكوتها لانه انما عجل قبل كمال النصاب وتعجيل الزكوة قبل كمال النصاب لا يجوز لمعنى وهو ان جواز التعجيل بعد تقرر السبب والسبب
هو كمال النصاب فاما الادا قبله يكون تعجيلا قبل وجود السبب وذلك باطل بمنزلة الصلاة قبل دخول الوقت والصوم قبل دخول
شهر رمضان وان كانت له مايتا درهم فتصدق بهما كلها عما يفيد ثم افاد عشرة الاف من عامه ذلك فانه يستقبل بها حولا ولا يجزيه
المعجل عما يلزمه من زكوتها لانه لما تصدق بجميعها فقد انقطع حكم الحول لان المودي تطوعا فلا يجزيه عما يلزمه من الزكوة من مال اخر
باعتبار حول اخر وهذا بخلاف ما لو عجل عن المايتين عشرة دراهم ثم مضى حول لان المعجل يجزيه عن زكوة الحولين جميعا لان هناك
قد بقي حكم الحول لبقاء بعض النصاب في ملكه والنصاب الواحد سبب لوجوب الزكوة باعتبار كل حول وحول لان الحول شرط لا سبب
فلهذا جاز التعجيل اما هاهنا لم يبق في ملكه شي مما انعقد عليه الحول وملك المال النصاب ليس بسبب لوجوب الزكوة في مال اخر
مقصودا فلهذا لا يجزي المعجل حتى لو بقي عنده درهم من المايتين ثم استفاد عشرة الاف فتم الحول يلزمه الزكوة ويجزيه المعجل عما يلزمه

من زكوتها لانه لما تصدق بجميعها فقد انقطع حكم الحول واذا لم يبق في ملكه لانه بقي الحول منعقدا ببقاء جزء من النصاب في ملكه وقد استفاد
من جنسه فتم الحول والنصاب كامل فتلزمه الزكوة وتجزيه المعجل عما لزمه باعتبار هذا الحول ولو كانت له مايتا درهم فضاع نصفها
بعد كمال الحول فعليه اداء درهمين ونصف اعتبارا للبعض بالكل فانه لو ضاع الكل سقط عنه جميع الزكوة فاذا ضاع النصف سقط
عنه نصف الزكوة ثم هذا على اصلهما واضح فانهما يوجبان الكسور في زكوة الدراهم ابتداء ولكن يقول الكسور بعد الوجوب لان كمال النصاب
معتبر لوجوب الزكوة وهو غير معتبر لبقاء الواجب • رجل له الف درهم حال عليها الحول خمسة احوال ثم ضاع نصفها فعليه نصف
ما وجب عليه في الخمس السنين وهذا ظاهر لان هلاك النصف معتبر بهلاك الكل فاما الكلام في بيان ما يلزمه فيها من هذه الاحوال
فعلى قول ابي حنيفة رح يلزمه في الحول الاول خمسة وعشرون درهما وفي الحول الثاني اربعة وعشرون لان مقدار خمسة وعشرين
صار دينا عليه ودين الزكوة يمنع وجوب الزكوة عنده وهو لا يرى الزكوة في الكسور وانما يلزمه في السنة الثانية زكوة تسعماية وستين
درهما وهكذا في كل سنة لا يعتبر من ماله ما وجب عليه من الزكوة للسنين الماضية والكسور في قول ابي حنيفة رح وعلى قول ابي يوسف ومحمد
لا يعتبر من ماله ما وجب عليه من الزكوة للسنين الماضية ويعتبر الكسور لانهما يوجبان الزكوة في الكسور ولا يعتبران بعد النصاب
الاول نصابا وعلى قول زفر يلزمه خمسة وعشرون درهما لان دين الزكوة عنده لا يمنع وجوب الزكوة في الاموال الباطنة وقد بينا هذا
الاصل في كتاب الزكوة • رجل له الف درهم حال عليها الحول ثم استفاد الفا اخرى فحال الحول عليهما ثم استفاد الفا اخرى فحال
الحول عليها ثم استفاد الفا اخرى فحال الحول عليها ثم ضاع نصفها فانه يزكي في السنة الاولى نصف المال الاول وفي السنة الثانية
ما بقي من نصف المال الاول ونصف المال الاخر كله وفي السنة الثالثة ما بقي من النصاب الاول والمال الثاني ونصف المال الاخر
لان الالف الاولى حال عليها ثلثة احوال ثم هلك نصفها فعليه بحصتها للسنة الاولى زكوة نصف الالف وللسنة الثانية كذلك
الا مقدار ما وجب عليه للحولين والالف الثانية حال عليها حولان ثم هلك نصفها فعليه ان يزكي للحول الاول نصفها وللثاني كذلك
الا مقدار ما وجب عليه للحول الاول والالف الثالثة حال عليها حول واحد ثم هلك نصفها فعليه ان يزكي للحول الاول نصفها لان هلاك
بعض المال بعد وجوب الزكوة معتبر بهلاك الكل • ولو ان رجلا له اربعون الف درهم حال عليها الحول ثم اخرج الف درهم منها لزكوتها
فتصدق بخمسماية درهم ثم ضاع عشرون الف درهم من المال وبقي تسعة عشر الفا وهذه الخمسماية التي بقيت من الالف اخرجها
للزكوة فالخمسماية التي زكى عن تسعة وثلثين الفا وخمسماية وانما قصد اداء الزكوة عن جميع ذلك فلهذا توزع تلك الخمسماية على هذه
الجملة فما اصاب عشرين الفا التي هلكت بطل عنه لانه ادى بعض زكوتها وهلك البعض وما اصاب تسعة عشر الفا وخمسماية يحتسب له
من زكوتها اعتبارا للهلاك للبعض بهلاك الكل • ولو ان رجلا له ثلثماية حال عليها ثلثة احوال ثم ضاع نصفها فانه يزكي خمسين وماية درهم
لسنة واحدة وهذا انما يستقيم على اصل ابي حنيفة رح لان عنده النصاب الاول لما لم يكن وكانه كان في ملكه في الاحوال الثلثة
ماية درهم فلا يجب فيها الا خمسة دراهم للحول الاول ثم هلك ربعها فيسقط عنه ربع الواجب فيبقى ثلثة ارباعه فاما على قول محمد
وهو رواية عن ابي يوسف يجمع بينهما ويجب عليه في الاحوال الثلثة ثم يسقط نصفه بهلاك نصف المال ويبقى النصف لبقاء
نصف المال • ولو ان رجلا تصدق بمال لا ينوي به الزكوة فانه لا يجزيه من زكوته لقول النبي صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ ما نوى
ولان الزكوة عبادة مقصودة فلا تتادى بدون النية ومراده اذا تصدق بما لا يستوي النصاب فاما اذا تصدق بجميع النصاب
الذي وجبت فيه الزكوة فانه يسقط اعتبار الزكوة نوى او لم ينو استحسانا لان الواجب جزء منه فقد وصله الى مستحقه
وان تصدق ببعض النصاب ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رح عند احدهما لا يسقط شيء من الزكاة وعند الاخر يسقط عنه
مقدار زكوة المودى وقد بينا هذا في كتاب الزكوة وان تصدق عنه بامره من مال نفسه جاز لان الصدقة تجري فيها النيابة فاداء
الغير بامره كادائه بنفسه وهذا لحصول المقصود به وهو اغناء المحتاج ثم لا يكون للمودي ان يرجع عليه بدون الشرط بخلاف
ما لو قضى دينه بامره فان الدين كان واجبا في ذمته فكان مطلوبا به مجبرا على قضائه فاذا ملكه المودي بما اداه من عند نفسه بامره
رجع به عليه ولا يوجد مثله في الزكوة فانه كان شيئا اداه ولا يجبر عليه في الحكم فان لم يكن المودي ملك شيئا منه فلا يرجع عليه بدون
كما لو عوض عن هبته بامره وان تصدق غيره بامره لم يجزه من الزكوة لانعدام النية منه وهذا لان معنى الابتلاء مطلوب في العبادة وذلك يتحقق
باداء العين بدون امره ممن وجبت عليه الزكاة • ولو ان رجلا له جارية للتجارة حال عليها الحول وهي تساوي مايتي درهم ثم صارت تساوي اربعماية درهم
ثم اعورت فصارت قيمتها ماية درهم فعليه ان يودي الزكوة عن ماية درهم لان الزيادة الحادثة كانت تبعا للاصل فيجعل ما هلك
من الزيادة اولا فيصير كانها لم تكن فكانها اعورت حين كانت قيمتها مايتا درهم ويرجع قيمتها الى الماية فيسقط عنه الزكاة باعتبار

ما هلك

ما هلك ويبقى النصف باعتبار ما بقي فان كانت جارية قيمتها مايتا درهم حال عليها الحول ثم باعها بثلثماية درهم ثم توي منه مايتا درهم
فعليه ان يزكي الماية لان الربح كان تبعا للاصل فما توي من الربح صار كان لم يكن وكانه باعها بثمن هو مساويها وانما توي من ماية الاصل
فيلزمه زكوة الماية اعتبارا للبعض بالكل • رجل له الف درهم على غني او فقير فحال عليها الحول ثم تصدق بها عليه او ابراه منها
فلا زكوة عليه فيها ولا يجزيه من زكوة غيرها وان نوى ذلك وقد بينا ان اداء الدين عن زكوة المال العين لا يجوز لان العين اكمل من الدين
في المالية واما زكوة هذا الالف فلا اشكال انها تسقط عنه اذا كان المديون فقيرا لانه اوصل الحق الى مستحقه واما اذا كان المديون
غنيا فكذلك الجواب في رواية هذا الكتاب • وفي رواية الجامع يكون ضامنا لزكوتها • وجه تلك الرواية انه لو كان المال عينا
في يده فوهبه من غني بعد وجوب الزكوة عليه صار مستهلكا حق الفقراء ضامنا للزكوة فكذلك اذا كان دينا فابراه منه لانه لا حق
في الزكوة للغني فلا يكون فعله ايصال الحق الى مستحقه • ووجه هذه الرواية ان اداء الزكوة من الدين لا يجب الا بعد القبض وحين ابراء
المديون منه لعدم القبض فلا يلزمه اداء الزكوة منه والاصح ما ذكر في الجامع انه بالابراء صار مبطلا الدين بتعديه فيكون بمنزلة
القابض المستهلك كالمشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا حتى يتقرر عليه جميع الثمن فلو تصدق بها على فقير اخر وامره بقبضها
منه ينوي عن زكوته فان ذلك يجزيه لان ذلك الفقير وكيل من جهته بالقبض فكانه قبضها بنفسه ثم تصدق بها عليه ينوي من زكوته ولو وكله
ان قبضها ثم تصدق بها على غيره وان كان غنيا وهو يعلم بذلك لم يجزه من الزكوة ويكون ضامنا زكوة هذه الالف على الروايتين جميعا
اما على رواية الجامع فلا يشكل فيه وعلى رواية هذا الكتاب فلانه بالقبض قد وجب عليه اداء الزكوة فكان هبته منه كهبته من غيره
وان كان لم يعلم بغناه ثم علم بعد الاداء انه غني فذلك يجزيه من الزكوة في قول ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح ومراده اذا تحرى
ودفع اليه على انه فقير وقد بينا هذا في كتاب التحري وكذلك لو كان المتصدق عليه ذميا فان دفع الزكوة الى الذمي مع العلم لا يجوز
كدفعه الى الغني وان تصدق بها على والديه او ولده او زوجته او تصدقت المراة على زوجها وهم لا يعلمون بذلك ثم علموا فانه لا يجزيهم عن الزكوة
في رواية هذا الكتاب وفي رواية كتاب الزكوة والتحري قال يجزيه ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد رح واستدل بحديث معن بن يزيد وقد بينا
وجه تلك الرواية وهو ان النسب وان كان طريق معرفته في الاصل الاجتهاد فانه بمنزلة المقطوع به شرعا فلهذا لو نفى نسب رجل
عن ابيه لزمه الحد وانما يتحول من الاجتهاد الى يقين ولا معتبر بالاجتهاد بعد اليقين بخلافه كما لو قضى القاضي في حادثة بالاجتهاد فظهر
نص بخلافه بخلاف مسئلة الغنى فان الغنى والفقر لا يمكن الوقوف على حقيقته فانما يتحول هنا من اجتهاد الى اجتهاد قال وكذلك
لو تصدق بها على عبد ابيه او امه وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك لم يجزه عندهم جميعا وهذا على رواية هذا الكتاب فان التصدق
بالزكوة على عبده بمنزلة التصدق على مولاه ولهذا لو تصدق بها على عبد غني وهو يعلم به فانه لا يجزيه ولو تصدق على حربي دخل الينا
بامان او بغير امان لم يجز على رواية هذا الكتاب اذا كان يعلم به وفي رواية كتاب الزكوة جعله بمنزلة التصدق بها على الذمي فقال يجزيه
في قول ابي حنيفة ومحمد • ووجه هذه الرواية ان التصدق على الحربي لا يكون قربة الا ترى انه لا يتنفل به فقد نهينا عن المبرة لاهل الحرب
قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين فلا يقع موقع الصدقة بخلاف ما لو تصدق على ذمي حيث يقع موقع الصدقة
لانه لم ينه عن المبرة معهم فلهذا جاز التنفل به • قال ولو دخل مسلم دار الحرب بامان فمكث فيها سنين فعليه الزكوة فيما له الذي خلف
وفيما افاد في دار الحرب لانه مخاطب بحكم الاسلام حيثما يكون الا ان ماله الذي خلف في دار الاسلام اذا كان من السوائم فللسلطان
حق اخذ الزكوة منه بخلاف ما اذا قال في دار الحرب لان فيما افاد في دار الحرب فقد انعدمت الحماية من امام المسلمين فلا يكون له اخذ الزكوة منها
ولكن يفتى من عليه الاداء الى فقراء المسلمين الذين يسكنون دار الاسلام فانه يومر بالدفع الى اهل بلده لان فقراء اهل بلده لهم
حق المجاورة مع الحاجة وقد بينا هذا في كتاب الزكوة فاما في دار الحرب فلا يجد فقراء المسلمين ولو وجدهم فالفقراء الذين يسكنون
في دار الاسلام هم افضل من الذين يسكنون في دار الحرب وقد بينا ان في دار الاسلام لو نقل صدقته من بلدة الى فقراء بلدة اخرى
هم افضل من فقراء بلدته فكذلك هنا اولى • قال ولو ان رجلا له ماية درهم وسيف حليته فضة مايتا درهم ولا مال له غيره فعليه
فيه الزكوة لان وجوب الزكوة في الفضة باعتبار العين وحلية السيف وغيرها في ذلك سواء في تكميل النصاب به قال ولو كانت له
اوان من الذهب والفضة للاستعمال لا للتجارة فعليه فيها الزكوة بخلاف اللؤلؤ والياقوت والجواهر اذا لم يكن للتجارة فانه لا زكوة فيها
لان وجوب الزكوة باعتبار معنى النما فلا يتحقق ذلك الا بنية التجارة فيها كساير العروض فاما وجوب الزكوة في الذهب والفضة باعتبار عينها
والعين لا تتبدل بالصيغة ولا بالاستعمال ثم لم يبين ها هنا وفي كتاب الزكوة انه كيف يودي الزكوة من الاواني المصوغة من الذهب
وقد روي عن محمد رح قال اذا كان له اناء مصوغ من الفضة وزنه مايتا درهم فاما ان يتصدق بجملته على فقير فيكون شريكا له في ذلك

او يؤدي قيمة ربع العشر من الذهب فان ادى خمسة دراهم لم يسقط عنه جميع الزكوة وعليه ان يؤدي فضل القيمة وهذا صحيح على اصل محمد
رحمه الله في اعتبار القيمة فيما يؤدى مع المجانسة فانه لا ربوا في اداء الزكوة فاما على قول ابي حنيفة رحمه الله ان ادى خمسة دراهم يسقط عنه
الزكوة لانه يعتبر الوزن دون الجودة والصنعة وان ادى فيه خمسة دراهم لم يسقط عن جميع الزكوة لان عند اختلاف الجنس يعتبر القيمة
فلا بد من اداء الفضل ۰ قال رجل له مائتا درهم فقال هي في المساكين صدقة ان كلمت فلانا فكلمه ثم حال الحول عليها فعليه فيها الزكوة
لانه وان لزمه التصدق بها بحكم النذر ولكنه كامل فيها فان ديون الله تعالى لا تمكن نقصانا في الملك خصوصا ما لا يتوجه المطالبة بها
ولا يمنع ذلك في وجوب الزكوة في ماله بخلاف دين الزكاة فان تصدق بها فيما اوجب على نفسه فعليه خمسة دراهم يتصدق بها لان التصدق
بالخمسة الاولى عن نذره مائة وخمسة وتسعين فاما التزم التصدق بها عن نذره فعليه ان يؤدي خمسة اخرى قال وان ضاع المال
بعد الحول فلا شيء عليه من الزكوة ومما اوجب على نفسه لان كل واحد منهما كان متعينا في هذا المحل فلا يبقى بعد فوات محله بخلاف ما سبق لان هناك
وجد منه تصرف وهو الاداء ولا وجه لتجويز المؤدى عنهما جميعا لان المحل الواحد لا يتسع لذلك فجعلنا المؤدى عما نواه وصار هو في حق الآخر
كالمستهلك للمحل وهنا لم يوجد منه تصرف فيما فات المحل بضياع المال ومعنى فوات المحل يتحقق في كل واحد من الحقين فلهذا لا يلزمه شيء آخر
قال ولو ان ام ولد في حكم المملوكة لامه القنة فكسبها وما في يدها مملوك للمولى وكذلك كسب العبد الذي لا دين عليه فان كان على العبد دين يحيط
بما في يده فلا زكوة على سيده فيما في يده فاما عند ابي حنيفة فلان المولى لا يملك ما في يده واما عندهما فلان ما في يده مشغول بحق الغرماء والمال
المشغول بالدين لا يكون نصاب الزكوة فان كان في يده اكثر مما عليه فالفضل مملوك للمولى فارغ عن حق الغرماء فيضمه الى ماله ويزكيه ويكون هذا
بعد ما يقضي العبد ديونه لانه لا يسلم للمولى شيء من كسبه قبل قضاء دينه فاذا قضى ديونه فالان يسلم الفضل للمولى فيؤدي الزكوة عنه
بمنزلة مال له على رجل فقضاه فانه يلزمه اداء الزكوة عنه بعد الاستيفاء ۰ قال المجنون اذا كان له مال على رجل فقضاه فحال عليه الحول
ثم برأ فلا زكوة عليه للحول الماضي سواء كان مجنونا جنونا طاريا وان افاق في يوم من الحول في اوله او في آخره فعليه الزكوة وهو بمنزلة رمضان
يعني اذا كان مفيقا في يوم من اوله او في آخره فعليه جميع الشهر وما ذكرنا هاهنا انه في مسألة الصوم لا فرق بين الجنون الاصلي
والجنون الطارئ وقد بينا اختلاف الروايات في كتاب الصوم والذي قال هنا في كتاب الزكوة قول محمد وهو رواية ابن سماعة عن ابي يوسف
انه اعتبر اكثر الحول فقال ان كان مفيقا في اكثر الحول يلزمه الزكوة وان كان مجنونا في اكثر الحول لا تلزمه الزكوة وقاس الاهلية بمن يجب عليه
بالمحلية فيما يجب فيه الزكوة وهي السائمة فان صاحب السائمة اذا كان يعلفها في بعض الحول اعتبر ما فيه اكثر الحول فان كانت سائمة
في اكثر الحول يجب فيها الزكوة والا فلا وهذا لان الاقل يتبع للاكثر وللاكثر حكم الكل ۰ الا ترى ان الذمي اذا كان صحيحا في اكثر السنة
تلزمه الجزية واذا كان مريضا في اكثر السنة لا تلزمه الجزية ۰ ووجه ظاهر الرواية ان الحول للزكوة كالشهر للصوم ثم لو ادرك
جزءا من الشهر مفيقا تلزمه صوم جميع الشهر فكذلك اذا ادرك جزءا من الحول مفيقا تلزمه الزكوة والدليل عليه المستفاد فان
المستفاد في ملكه في جزء من الحول لما انعقد الوجود في جميع الحول في حكم الزكوة فكذلك الحكم الا قامة ۰ قال الاجير والمضارب
وصاحب البضاعة والمستودع فلانهم امناء لا حق لهم في المال والعاشر انما يأخذ الزكوة وذلك لا يكون بنية صاحب المال
واذنه او امره بذلك ولم يوجد واما المضارب ففي قول ابي حنيفة الاول يأخذ العاشر منه الزكوة وفي قوله الآخر لا يأخذ نص عليه
في الجامع الصغير قال يعقوب لا اعلمه رجع في العبد وقياس قوله الآخر يوجب ان لا يعشر العبد ايضا وهذا نص على ان التسوية
بين العبد والمضارب فعرفنا ان الصحيح رجوعه في العبد ايضا واما المكاتب فلا شك ان العاشر لا يأخذ منه شيئا لانه لا ملك
لكسبه والمكاتب ليس من اهل الملك والمولى لا يملك كسبه ما بقي من عقد الكتابة فلا يأخذ منه شيء سواء كان السيد معه او لم يكن
فاما المفاوضان والشريكان شركة عنان فعلى كل واحد منهما ان يزكي نصف ما في ايديهما لان ملك كل واحد منهما في نصف المشترك
كامل وان اخذ العاشر من المضارب شيئا فكذلك لا يجزئ رب المال من زكوته لان العاشر غاصب فيما يأخذه بغير حق من عليه الزكوة
اذا غصب بعض ماله غاصب لم يجزه ذلك من الزكوة ولا ضمان على المضارب لانه امين اخذ منه المال بغير اختياره ولكن لا ربح له حتى يستوفي
رب المال ماله لان ما اخذه العاشر توى فكانه هلك بعض المال في يد المضارب وان كان هو المضارب الذي دفع ذلك اليه كان ضامنا
ما دفعه لانه جائر في دفع المال الى غير من امر بالدفع اليه قال ولو ان احد المتفاوضين او احد الشريكين شركة عنان ادى الزكوة
عن المال كله بغير اذن الشريك ضمن حصة الشريك فيما ادى لان كل واحد منهما نائب عن صاحبه في التجارة واستثمار المال منها
لا في اداء الزكوة فكان متعديا فيما ادى من نصيب الشريك وذلك لا يجزي من نصيب الشريك لانعدام نيته وامره وان كان كل واحد
فعل ذلك كان كل واحد منهما ضامنا لصاحبه نصيبه فيتقاصان ويكون كل واحد متطوعا بما ادى زيادة على ما عليه حتى لو

ولو

واحد منهما على الغير بشيء وان امر كل واحد منهما صاحبه فاديا الزكوة عن جميع المال فان ادى احدهما جاز المؤدى عن زكوتهما وان اديا جميعا
معا كان كل واحد منهما يكون مؤديا زكوة نصيبه ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه بشيء لما اديا من المال المشترك وادى كل واحد منهما
منهما من خالص ملكه وان ادى كل واحد منهما اولا من خالص ملكه لم يرجع على صاحبه بشيء لانه يكون مشترطا كل واحد منهما عند الامر ان يرجع
عليه بما ادى وقد بينا هذا في المأمور اذا لم يكن شريكا فكذلك اذا كان شريكا في المال فان ادى احدهما عن المال المشترك ثم ادى الآخر من المال المشترك
ايضا فالثاني ضامن نصيب صاحبه في قول ابي حنيفة رحمه الله سواء علم باداء اولم يعلم نص عليه في الزيادات ۰ وفي كتاب الزكوة فرق بين ان يعلم
باداء او لا يعلم وقد بينا المسألة هناك ۰ قال ولو ان رجلين بينهما عبد قيمته الف درهم فاعتقه احدهما وهو معسر فاستسعى الآخر
العبد في حصته واخذها منه بعد حول فالزكوة عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله ان المستسعى في بعض قيمته مكاتب ما عليه بمنزلة الكتابة
ولا زكوة في بدل الكتابة حتى يحول عليه الحول بعد القبض وعندهما المستسعى في بعض حر عليه دين لان العتق عندهما لا يتجزأ فتجب الزكوة فيه
قبل القبض فيلزمه الاداء اذا قبضه بمنزلة دين له على آخر ۰ قال فان كان المعتق موسرا فضمنه الشريك نصف قيمته وقبضه بعد الحول
فعليه الزكوة عندهم جميعا لانه صار مملكا نصيبه من شريكه باختياره تضمينه فهو بمنزلة ما لو ملك نصيبه منه بالبيع بالدراهم فاذا قبض
الثمن بعد الحول تلزمه الزكوة لما مضى ۰ قال ولو ان رجلا ورث عن ابيه الف درهم فاخذها بعد سنين فلا زكوة عليه لما مضى في قول ابي حنيفة
الآخر وفي قوله الاول عليه الزكوة لما مضى ففي هذه الرواية جعل الموروث بمنزلة الدين الضعيف مثل الصداق وبدل الخلع وفي قوله الاول لابي حنيفة
فكذلك في هذا وفي كتاب الزكوة جعل الموروث كالدين المتوسط عند ابي حنيفة رحمه الله وهو ثمن مال البذلة والمهنة فاذا قبض نصابا كاملا
بعد كمال الحول تلزمه الزكوة لما مضى ۰ وجه تلك الرواية ان الوارث يخلف المورث في ملكه وذلك الدين كان مال الزكوة في ملك المورث
فكذلك في ملك الوارث ووجه هذه الرواية ان الملك بالميراث يثبت للوارث بغير عوض فيكون هذا بمنزلة ما يملكه دينا عوضا عما ليس بمال
وهو الصداق فلا يكون نصاب الزكوة حتى يقبض يوضحه ان الميراث صلة شرعية والصداق للمرأة في معنى الصلة ايضا من وجه قال الله تعالى
وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اي عطية وما يستحق بطريق الصلة لا يتم الملك فيه قبل القبض فلا يكون نصاب الزكوة ۰ قال ولو باع جارية بالف درهم
لغير التجارة فاخذها بعد السنة فعليه الزكوة لما مضى عندهم جميعا وهكذا ذكر في كتاب الزكوة ۰ وذكر ابن سماعة رحمه الله لا تلزمه الزكوة
حتى يحول الحول عليه بعد القبض ۰ قال الكرخي رحمه الله وهو الصحيح وقد بينا وجه الروايتين في كتاب الزكوة ثم على هذه الرواية ما لم يقبض مائتين
لا يلزمه اداء الزكوة في قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الدين الذي هو عوض عن مال التجارة فانه اذا قبض منه اربعين درهما تلزمه الزكاة لان اصل
ذلك المال كان نصاب الزكوة فعوضه يكون في حكم الزكوة ونصاب البناء يتقدر باربعين درهما في قول ابي حنيفة رحمه الله وهنا اصل هذا المال
لم يكن مال الزكوة فكان ثمنه في حكم الزكوة اصلا مبتدأ ونصاب الابتداء يتقدر بمائتين فلا يلزمه اداء الزكوة ما لم يقبض مائتين وعندهما اذا قبض
شيئا قليلا كان او كثيرا تلزمه الزكوة بقدر ما قبض في الديون كلها وقد بينا هذا في الزكوة ۰ قال ولو ان رجلا اوصى لرجل بوصية الف درهم فمكثت عنده
سنين ثم بلغه فقبل الوصية ثم اخذها فلا زكوة عليه لما مضى لان الموصى به لا يدخل في ملك الموصى له قبل قبوله فلا يكون نصاب الزكوة في حقه
وعلى قياس قول زفر رحمه الله ينبغي ان تلزمه الزكوة لما مضى لان عنده الموصى به يدخل في ملك الموصى له قبل قبوله بمنزلة الميراث وان قبلها ثم حال
الحول قبل ان يقبضها فلا زكوة عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله وعليه الزكاة لما مضى في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهذا لان الموصى له يملكه
الموصى له بطريق الصلة فلا يتم ملكه فيه الا بالقبض في قول ابي حنيفة رحمه الله ومن اصحابنا من قال المسألة الوصية بعد قبول الموصى له نظير
مسألة الميراث وفيها روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله كما بينا في الميراث والاصح انه في مسألة الوصية الرواية واحدة انه لا يجب عليه الزكوة
في قول ابي حنيفة الآخر بخلاف الميراث على رواية كتاب الزكوة لان ملك الموصى له لا يكون بناء على ملك الموصي حتى لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا
فيما اشتراه الموصي فاما ملك الوارث يبتني على ملك المورث فكان هناك جعله نصاب الزكوة قبل القبض واعتبر
هاهنا ملك الموصى له ابتداء فلم يجعله نصاب الزكوة ما لم يتم ملكه بالقبض ۰ قال ولو ان رجلا له الف درهم وخاتم فضة فيه في اصبعه
درهم فحال على المال الحول عن شهر ثم ضاع المال وبقي الخاتم ثم استفاد الفا فعليه ان يزكي المال لان فضة الخاتم كانت مضمومة الى الالف
في حكم النصاب فيبقى الحول ببقائها وان ضاع الالف على ما بينا ان بقاء جزء من النصاب يكفي لبقاء الحول وان استفاد الالف في الحول باق
يلزمه الزكوة اذا تم الحول لوجود كمال النصاب في طرفي الحول مع بقاء شيء منه في خلال الحول ما لم يكن له خاتم والمسألة بحالها فانه يستقبل
الحول على المستفاد منذ ملكه لانه هلك جميع النصاب حين ضاع المال الاول فلم يبق للاول منعقدا الا بالبقاء يستند على جزء من النصاب
فان وجد درهما من دراهم الاول قبل الحول بيوم ضمه الى ما عنده فيزكي الكل وكذلك ان وجد النقرة بعد ما دفع فعليه ان يزكي كلها وان لم يكن
خاتم لان بالصياغ لا ينعدم اصل الملك وانما ينعدم يده وتصرفه فيه فاذا ارتفع ذلك قبل كمال الحول فان وجدها او بعضه

صار الضياع كأن لم يكن وكأنه كان في يده حين وجد الألف الأخرى ثم تم الحول فتلزمه الزكاة عن الكل وهو نظير ما لو وجب عليه دين مستغرق
في خلال الحول ثم سقط الدين قبل تمام الحول فإنه يلزمه أداء الزكاة إذا تم الحول لما كان نماء وجد بعض ما ضاع بعد الحول فلا زكاة عليه فيها
حتى يكمل الحول فيبتدأ مبتدأ استفاد المال لأنه لما تم الحول والمال الأول تاوي لم يجب عليه شيء باعتباره وإنما انعقد الحول على ماله من حين استفاد
وإن كانت ضاعت الأولى بعد الحول ثم بقي الخاتم فعليه الزكاة في الخاتم بقدر حصته لأنه كان مضموما إلى ماله ووجوب الزكاة فيه ثم تم الحول
وهلك بعض ماله بعد وجوب الزكاة وبقي البعض فعليه أن يؤدي من الباقي بقدر حصته فإن مر على العاشر بمائتي درهم غير درهم وفي يده خاتم فضة
فيه درهم فإن العاشر يأخذ منه الزكاة لأن المعتبر كمال النصاب فيما يمر به على العاشر وقد وجد فإن الخاتم من نصابه وإن لم يكن له خاتم فلا زكاة
عليه ولا يأخذ منه العاشر شيئا وإن أخبر بما له في بيته لأنه إنما يعتبر كمال النصاب في المال الممرور به عليه ولم يوجد هذا لأن ثبوت
حق الأخذ للعاشر باعتبار حاجة صاحب المال إلى الحماية وذلك في المال الممرور به عليه ولم يوجد هذا لأن ثبوت حق الأخذ للعاشر باعتبار
حاجة صاحب المال إلى الحماية وذلك في المال الممرور به عليه دون الذي خلفه في بيته فإذا كان الممرور به عليه نصابا كاملا يأخذ منه الزكاة
وإلا لم يأخذ منه شيئا ولو أن رجلا وهب لرجل ألف درهم فحال عليها الحول ثم رجع فيها الواهب بقضاء أو بغير قضاء فلا زكاة فيها على الواهب
لأنها لم تكن في ملكه ولا على الموهوب له لأن مال الزكاة استحق من يده بعد كمال الحول بعينه ويستوي فيه الرجوع بقضاء أو بغير قضاء فلا زكاة عليه
فيه لما قلنا ومن الموهوب له المال المستفاد إذا تم الحول قال في الكتاب إذا مضى تمام الحول منذ ملكها فمن أصحابنا من يقول إن الرجوع في الهبة
يبطل ملك الموهوب له من الأصل فينقطع حكم ذلك الحول ويعتبر مضي حول على المستفاد من حين ملكه ● قال الشيخ الإمام والأصح عندي
أنه إذا تم الحول من حين ملك الموهوب بحين استفاد ألفا كانت هذه الألف مضمومة إلى أصل النصاب في الحول ثم لما رجع الواهب في الموهوب به
صار ذلك المال كأنه هلك من ماله فيبقى الحول ببقاء المستفاد تلزمه الزكاة عند تمام الحول عما هو باق وهذا لأن الرجوع في الهبة ينهي الموهوب له
فالملك يثبت بالهبة له إلى أن يرجع الواهب فيه وهذا لأن الرجوع في الهبة ينتهي لو كان الموهوب جارية فوطئها ثم رجع فيها الواهب
فليس على الموهوب له عقرها ولو ولدت ولدا ثم رجع فيها الواهب بقي الولد سالما للموهوب له فعرفنا أن الرجوع في الموهوب له بمنزلة الهلاك
رجل له أرض آجرها ثلث سنين كل سنة بثلثمائة درهم ولم يأخذ الأجر حتى مضت المدة ثم أخذها جملة واحدة فنقول إذا مضى ثمانية أشهر
من وقت العقد انعقد الحول على ماله لأن الأجرة لا يملك بنفس العقد وإنما تملك بالتعجيل أو استيفاء المنفعة ولم يوجد التعجيل هنا وإنما
يحتسب ما يستوفي من المنفعة شيئا فشيئا فإذا مضت ثمانية أشهر فقد ملك مائتي درهم ولا ينعقد الحول على ماله إلا بعد كمال النصاب
فإذا مضى بعد ذلك اثني عشر شهرا وجب عليه زكاة خمسمائة لأنه ملك في هذه المدة من الأجر ثلثمائة أخرى وذلك مستفاد في خلال الحول
فلما تم الحول وفي ملكه خمسمائة فلهذا يلزمه زكاة خمسمائة درهم إذا مضت بعد ذلك سنة فعليه الزكاة من ثمانمائة إلا مقدار ما وجب عليه
من زكاة خمسمائة لأنه قد ملك بمضي الحول الثاني وماله ثمانمائة إلا أن ما وجب عليه من زكاة الخمسمائة دين فلا يعتبر ذلك القدر من ماله
في الحول الثاني وكذلك الكسور في قول أبي حنيفة رح وفي قولهما يعتبر الكسور وعلى هذه الرواية التي توجب فيها الزكاة في الأجرة قبل القبض
لأن المنفعة ليست بمال ولكن الرواية أصح لأن المنفعة ليست بمال إنما تأخذ حكم المالية بالعقد ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلتها مع
ثم على هذه الرواية في وجوب أداء الزكاة عند القبض روايتان عن أبي حنيفة في إحدى الروايتين ما لم يقبض مائتين لا يلزمه أداء الزكاة لأن الما
وإن أخذت حكم المالية بالعقد فإنها لا تكون نصابا للزكاة بحال فكانت الأجرة بمنزلة ثمن المال البذلة والمهنة فلا يلزمه أداء الزكاة ما لم يقبض
مائتين وفي الرواية الأخرى قال إذا قبض منها أربعين فعليه أداء الزكاة لأن المنفعة في حكم التجارة بمنزلة العين فكان الأجرة بمنزلة دين هو ثمن مال
التجارة فإذا قبض منها أربعين درهما يلزمه أداء درهم فإن آجرها كل سنة بمائتي درهم لم ينعقد الحول ما لم يمض كمال السنة لأنه إنما ملك
مائتي درهم عند مضي سنة فإذا مضت السنة الأخرى ملك أربعمائة درهم لأن بمضي السنة الثانية ملك مائتي درهم أخرى من الأجر
فإذا تم السنة وفي ملكه أربعمائة درهم ثم إذا مضت سنة أخرى فعليه زكاة ستمائة لأنه تم الحول الثالث وفي ملكه ستمائة إلا أنه يطرح
ما وجب عليه من الزكاة للسنة الماضية وهو عشرة دراهم والكسور في قول أبي حنيفة رح فإنما يزكي عنده السنة الثالثة خمسمائة
وستين درهما ● رجل له ألف درهم ضمنها رجل بغير أمره فحال الحول على ماله ثم أبرأه منه الأصيل فلا زكاة على الذي كان له المال
ولا على الضامن وإن كان ألف درهم أما الذي كان له أصل المال فقد بينا أنه بعد الإبراء لا يكون ضامنا للزكاة على رواية هذا الكتاب
سواء كان المديون غنيا أو فقيرا وأما على الضامن فلأن المال وإن وجب دينا في ذمته ما ضمن وإن لم يكن له حق الرجوع على الأصيل ۝
عند الأداء لأنه ضمن بغير أمره فكان عليه الدين بقدر ماله في جميع الأحوال ومال المديون لا يكون نصابا بالزكاة فلهذا لا تلزمه الزكاة
وإن سقط عنه الدين بالإبراء بعد كمال الحول ●

باب زكوة الارضين والابل والغنم

رجل له أرض عشرية أعارها مسلما فزرعها فالعشر على المستعير لأن العشر يجب في الخارج والخارج حصل للمستعير بغير عوض فلزمه
فيكون هو فيها والخارج من ملكه في صفة سواء وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رح أن العشر على المعير لأنه مؤنة الأرض النامية فيجب
على مالك الأرض كالخراج [illegible]
[illegible]
وروى ابن سماعة عن محمد رح [illegible]
[illegible]
ولكنها غرقت ثم نضب الماء عنها في وقت لا يقدر فيها على زرعها قبل مضي السنة فلا خراج عليه لأنه لم يتمكن من الانتفاع وإن نضب الماء وقدر
قبل مضي السنة فعليه الخراج زرعها أو لم يزرعها لأنه تمكن من الانتفاع بها فلو أن رجلا اشترى أرضا عشرية أو خراجية فلا زكوة فيها وإن حال
الحول عليها ويكون فيها العشر أو الخراج لأن وجوب العشر أو الخراج باعتبار نماء الأرض وكذلك وجوب الزكوة باعتبار النماء فكل واحد من الحقين
يجب لله تعالى فلا يجوز الجمع بينهما بسبب أرض واحدة ولما تعذر الجمع بينهما رجحنا ما تقرر فيها وهو العشر أو الخراج فقد صار ذلك وظيفة
لازمة لهذه الأرض فلا يتغير ذلك بنيته ولأن العشر أو الخراج أسرع به وجوبا من الزكوة فكأنه لا يعتبر فيهما كمال النصاب ولا صفة الغنى
في المالك فلهذا رجحنا لو اشترى دارا للتجارة لأنه ليس في رقبة الدار وظيفة أخرى فيعمل نية التجارة فيها حتى يلزمه الزكوة ● وروى ابن سماعة
عن محمد رح أن الأرض إذا كانت عشرية فاشتراها للتجارة فعليه فيها الزكوة لأن العشر إنما يجب في الخارج والزكوة إنما تجب باعتبار رقبة
الأرض في ذمة المالك فقد اختلف محل الحقين فجمع بينهما بخلاف الخراج فإنه يجب في ذمة المالك كالزكوة وهذا ضعيف فقد صح من أصل علمائنا
أنه لا يجمع بين العشر والخراج والعشر يجب في الخارج والخراج يجب في ذمة المالك ثم لم يجز الجمع بينهما ولو أن كافرا اشترى أرضا عشرية فعليه فيها
الخراج في قول أبي حنيفة ولكن هذا بعدما انقطع حق المسلم عنها من كل وجه حتى لو استحقها مسلم أو أخذها مسلم بالشفعة كانت عشرية

على حالها سواء وضع عليها الخراج او لم يوضع لانه لم ينقطع حق المسلم عنها ولو وجد المشتري بها عيبا لم يستطع ان يردها بعد ما وضع عليها الخراج
عشر وهذا عيب حدث في ملك المشتري فمنعه من الرد بالعيب الا ترى ان المسلم لو اشترى ارضا خراجية بشرط ان خراجها درهم فوجدها درهمين
كان له ان يردها فان كان زيادة الخراج عيبا فكذلك اصل الخراج وان تعذر ردها يجب بحصة العيب من الثمن فان لم يكن وضع عليها الخراج
حتى وجد بها عيبا فله ان يرد الارض لانها انما يبحث موضع الخراج عليها وانما ذكر هذا التفصيل هنا ومراده من وضع الخراج عليها مطالبة
صاحبها باداء الخراج عليها ولو ان تغلبيا اشترى ارضا من ارض العشر فعليه العشر مضاعفا وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح اما عند ابي حنيفة
فان الصلح وقع بيننا وبينهم على ان يضعف عليهم ما يوجد من المسلم فاما عند ابي يوسف فلان كل كافر اخر لو اشترى ارضا عشرية كان عليها العشر
مضاعفا عنده فالتغلبي اولى واما عند محمد رح عليه عشر واحد لان تضعيف العشر في الاراضي الاصلية لهم وهي التي وقع الصلح عليها فاما فيما سوى ذلك
من الاراضي التغلبي كغيره من الكفار وما صار وظيفة الارض لا يتبدل بتبدل المالك عند محمد رح ⁕ قال الا ترى انه لو اشترى ارضا خراجية كان عليه
الخراج على حاله ولو اشترى ارضا من ارض نجران كان عليه على حاله ولكنا نقول لهما وقع الصلح بيننا وبينهم على ان يضعف عليهم فاما العشر بيدانه (?)
فيضعف عليهم باعتبار الصلح كما لو اشترى سائمة من المسلم يجب عليه الصدقة فيها مضعفة ولو ان رجلا اشترى ارضا خراجية فان الحصد فيه (?)
من زراعتها قبل مضي وقت بعد على زراعتها حتى مضت السنة فالخراج على البائع لانه هو المتمكن من الانتفاع بها في السنة قبل ان يبيعها وقد بينا
ان وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع فان باع ارضا عشرية بما فيها من الزرع فان كان الزرع قد بلغ فالعشر على البائع لانه باع بعد ما ادرك الزرع
وجب عليه العشر فيها ثم باخراجها من ملكه صار مستهلكا حق الفقراء فيكون ضامنا للعشر وان لم يبلغ الزرع فالعشر على المشتري في قول ابي حنيفة ومحمد رح
وفي قول ابي يوسف رح عشر الزرع على البائع والمشتري بينهما على المعلوم (?) لان من اصل ابي حنيفة ان العشر يجب في الفصيل اذا فصله وان لم يفصله
حتى انعقد الحب فانما يجب العشر في الحب دون الفصيل وقد انعقد الحب في ملك المشتري فكان العشر عليه وابو يوسف رح يقول هو عند اتحاد المالك
فاما اذا كان الزرع في ملك انسان وانعقاد الحب في غير ملكه فلا بد من اعتبار الحالين لان وجوب العشر في النماء الحاصل واصل الزرع انما حصل للبائع
بغير عوض فاما المشتري فما حصل له ذلك بعوض وهو الثمن فلا يمكن ايجاب العشر في ذلك القدر على المشتري فاوجبناها على البائع وما حصل
من الفضل بعد الشراء وهو ما يسلم للمشتري بغير عوض فعليه عشر ذلك الفضل فان كان من جملة الخضراوات ولكنها لم تمره باقية من الخضراوات
يجب فيه العشر عندهما ولو ان ارضا غصبها رجل فزرعها فالزرع له ويتصدق بالفضل على ما انفق فيها في قول ابي حنيفة رح ولا يتصدق في قول
ابي يوسف بشيء وقد بينا هذا في كتاب الغصب فيما اذا تصرف الغاصب في المغصوب والمودع وربح فان كان اجرها عاما الكثير يجب في مثلها الزكوة
فحال عليه الحول فعليه ان يتصدق بها ولا زكوة عليه لانه قد لزمه التصدق بها قبل حولان الحول فلا يلزمه شيء آخر باعتبار مضي الحول
وهذا خلاف ما تقدم وهذا اذا نذر ان يتصدق بمائتي درهم عينها فحال الحول تجب الزكوة فيها فان المال هنا كان ملكا له وانما التزم التصدق بها
بنذره والالتزام بالنذر يكون بالذمة ولهذا كان له ان يتصدق بغيرها ويمسكها فلهذا لزمه فاما هاهنا انما لزمه التصدق بعين هذا المال
حيث تمكن منه حتى لا يكون له ان يتصدق بغيرها ويمسكها فلهذا لا يلزمه شيء آخر فان حال الحول عليه قال رجع ابو يوسف رح عن هذا وقال عليه الزكوة
فيها والفضل يتصدق به لان ملكه فيها كامل فيلزمه الزكوة باعتبار الحول ولكن هذا ضعيف فان وجوب الزكوة في المال بمعنى التطهير ⁕ قال الله
تعالى تطهرهم وتزكيهم بها وهذا لا يحصل بايجاب الزكوة في هذا المال لانه لا يزول الخبث باداء الزكوة ولكن يلزمه التصدق بالفضل فلا معنى
لايجاب الزكوة فيها فقلنا يتصدق بجميعها بعد الحول كما يتصدق قبل الحول ولو ان مسلما باع الارض العشرية بما فيها من الزرع الذي يبلغ من كافر فعلى قول
ابي حنيفة رح يوضع فيها الخراج لان الحب ينعقد في ملك المشتري فكانه هو الذي زرعها بعد الشراء فعليه الخراج وقال ابو يوسف رحمه الله
على البائع عشر الزرع ويوضع الخراج على الكافر اما قوله على البائع عشر الارض صحيح على مذهبه فيما اذا باعها من مسلم واما قوله ويوضع
الخراج على الكافر فهو غلط لان من اصل ابي يوسف ان الكافر اذا اشترى ارضا عشرية فعليه فيها عشران ولا يوضع الخراج عليه فهنا ايضا
يجب على قوله في الفضل عشران على المشتري لان المشتري لو كان مسلما كان عليه عشر الفضل فاذا كان كافرا فعليه في الفضل عشران ⁕ واذا اجرها مسلم
من مسلم فلم يزرعها فلا عشر فيه لان محل العشر الخارج ولم يحصل ولو عطلها المالك لم يجب عشرها على احد فكذلك اذا عطلها المستاجر ولكن على المستاجر
الاجر ان قبضها لانه كان متمكنا من الانتفاع بها في المدة وبالتمكن من الانتفاع يتقرر الاجر عليه ولو ان ارضا من ارض الخراج مات ربها قبل ان يؤخذ منه
الخراج قال لا يؤخذ من ورثته لان الخراج في معنى الصلة فيسقط بالموت قبل الاستيفاء فلا يتحول الى التركة كالزكوة ثم خراج الارض نظير خراج
الراس ففي كل واحد منهما معنى الصغار وكما ان خراج الراس يسقط بموت من عليه قبل الاستيفاء فكذلك خراج الارض ولا يمكن استيفاؤه
من الورثة باعتبار ملكهم لانهم لم يتمكنوا من الانتفاع بها في السنة الماضية ولو مات رب الارض العشرية وفيها زرع فانه يؤخذ منه العشر
على حاله وفي رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه سوى بين العشر والخراج فقال يسقط بموت رب الارض فاما في ظاهر الرواية الزرع كما هو

صار مشتركا بين الفقراء ورب الارض عشره للفقراء وتسعة اعشاره حق رب الارض ولهذا لا يعتبر في ايجاب العشر المكاتب والعبد المديون
والصبي والمجنون فيموت من عليه العشر لا يبطل حق الاخذ ولكن يبقى ببقاء محله فاما الخراج محله الذمة وبموته خرجت من ان تكون صالحة
لالتزام الحقوق والمال لا يقوم مقام الذمة فيما في طريقه طريق الصلة وقد بينا في كتاب الزكوة وجوب الخراج في ارض الصبي والمجنون لانه مؤنة الارض
النامية ومال الصبي يحتمل المؤنات كالنفقات ⁕ ولو ان رجلا عجل خراج ارضه ثم فكذلك يجزيه لان سبب وجوب الخراج ملك الارض المنتفع به
وذلك موجود والتعجيل بعد تمام السبب جائز لسنة وسنتين الا ترى انه لو عجل صدقة الفطر لسنتين كان جائزا فكذلك اذا عجل الزكوة عن النصاب
لسنتين كان جائزا فاما اذا عجل عشر ارضه قبل ان يزرعها لم يجز لان العشر ان كان مؤنة الارض النامية فانه لا يجب الا باعتبار حقيقة الخارج
فلا يتم السبب قبل الزراعة وقبل تمام الحول لا يجوز التعجيل كما لو عجل الزكوة عن الابل والغنم قبل ان يجعلها سائمة وبعد ما زرعها جاز تعجيل العشر
سواء استحصد او لم يستحصد لان سبب الوجوب قد تم ولم يبق الى وجوب العشر الا مجرد مضي الزمان فهو كتعجيل الزكوة بعد كمال النصاب قبل الحول
فان عجل عشر نخله قال هنا يجزيه وهذا قول ابي يوسف رح فاما على قول ابي حنيفة ومحمد رح ان حصل الطلع جاز التعجيل والا لم يجز
لان ملك النخيل كملك الارض على معنى ان العشر لا يجب فيه وانما يجب في الخارج منه فكما لا يجوز تعجيل العشر باعتبار ملك الارض قبل الزرع
فكذلك لا يجوز تعجيل عشر النخيل قبل ان يخرج الطلع بخلاف ما اذا عجل عن الزرع قبل ان ينعقد الحب لان الفصيل محل لوجوب العشر بدليل
انه لو فصله كما هو يلزمه اداء العشر منه فلهذا اجاز التعجيل باعتباره ⁕ واما النخل ليس بمحل العشر فانه لو قطعه كان حطبا لا شيء فيه
فلا يجوز تعجيل العشر باعتباره ⁕ وابو يوسف رح يقول لم يبق بينه وبين العشر الا مجرد مضي الزمان فيجوز التعجيل كما يجوز التعجيل عن الزكوة
قبل ان ينعقد الحب عن النصاب قبل ان يحول عليه الحول ولو كان في الارض الخراجية ارض نخل وشجر فلا خراج فيها ولكن يوضع عليه بقدر ما يطيق
ومعنى هذا انه ليس فيها خراج الكرم ولا خراج الرطبة ولا خراج الزرع لان هذا ليس بمنزلة هذه الارض في الانتفاع ولكن عمر رضي الله عنه
فيما وصف فيه من الخراج اعتبر الطاقة حيث قال للذين مسحوا الاراضي لعلكما حملتما الاراضي ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق فعرفنا
ان المعتبر هو الطاقة ففي الشجر وارض النخيل يعتبر الطاقة ايضا وذلك ان ينظر الى غلتها فان كان مثل غلة الرطبة فخراجها مثل خراج الارض
الرطبة وان كان مثل غلة الكرم فخراجها كذلك فان عجل خراج ارضه ثم غرقت تلك السنة كلها فانه يرد عليه ما ادى من خراجه لانه لم يكن متمكنا
من الانتفاع بها فلا يلزمه خراجها وكذا الامام في الخراج المعجل نائب عن صاحب الارض وقد بينا نظير هذا في زكوة السائمة اذا عجلها
بدفعها الى الساعي ثم هلكت السائمة والمعجل قائم في يد الساعي فانه يرد عليه فكذلك في الخراج فان زرعها في السنة الثانية فانه يحتسب له
ما ادى من خراجه في هذه السنة ان لم يرد عليه لانه يرد باتانه (?) في ذلك المال ولا فائدة في الرد عليه ثم الاستيفاء منه فان قيل اليس انهم قالوا
في الزكوة اذا عجلها في ذلك الحول فان المعجل لا يجزي عما يلزمه في حول آخر ⁕ قلنا ذلك فيما اذا دفعها الى الفقير فتتم الصدقة تطوعا عند
مضي الحول وهذا لا يتم المؤدى خراجا في الحول الاول ولكنه حق الاسترداد فيجعله ذلك من خراجه في الحول الثاني فان اجر ارضه سنين فغرقت سنة
لم يفسخ القاضي الاجارة فلا عشر عليه حتى ينضب الماء عنها ولا خراج على ربها في السنة التي غرقت فيه لان وجوب كل واحد منهما باعتبار
التمكن من الانتفاع وقد انعدم الا ان الفرق بينهما ان الاجر يجب بالمدة التي مضت قبل ان تغرق وفي الخراج لا يجب لان الاجر عوض يجب شيئا
فشيئا بحيث لا يستوفي من المنفعة واما الخراج انما يجب جملة واحدة باعتبار التمكن من الانتفاع ولم يوجد ذلك حين غرقت الارض ثم تكون
الاجارة على حالها بعد ذلك الانتفاع بالارض مع بقائها على نوت (?) الزوال فيبقى الاجارة ما لم يفسخ القاضي العقد فان فسخ القاضي العقد في ذلك الحال
فانها لا تعود الاجارة مستقبلة لانه انفسخ العقد والموجب له قائم وهو بمنزلة العبد المستاجر اذا ابق فان لم يفسخ القاضي العقد حتى عاد
كانت الاجارة باقية وان فسخ العقد بينهما لم يعد الاجارة بعد ذلك وان عاد من اباقه ولو ان صبيا ادى ابوه عشر ارضه وخراجها او ادى
ذلك الوصي فهما ضامنان لانهما اذا اديا العشر الى الفقراء والخراج الى المقاتلة لان الاخذ فيهما للسلطان فلا يسقط عن الصبي
باديهما الى الفقراء والمقاتلة فاما اذا اديا الى السلطان فلا ضمان عليهما كيف وجميعا ان السلطان يطالبهما بذلك ويجبرهما على اداء الخراج ثم
مصارف الصدقات والعشر والخراج والخمس والجزية وما يؤخذ من اهل نجران وبني تغلب قد بينا جميع ذلك في كتاب الزكوة فان اشترى عاشر
غنما سائمة للتجارة فحال الحول عليها فعليه فيها الزكوة وهذا خلاف ما اذا اجتمعت الغنم الماخوذة في الزكوة في يد الامام وهي سائمة فحال
عليها الحول لان هنالك لا فائدة في ايجاب الزكوة فان مصرف الواجب والموجب فيه واحد وهنا في ايجاب الزكوة فائدة فان مصرف الموجب فيه المقاتلة
ومصرف الواجب الفقراء فكان الايجاب مفيدا ولهذا لا تجب الزكوة ولا في سوائم المكاتب يعتبر في ايجابها صفة الغنى لماله وذلك لا يوجد هنا اذا
لنفسه فحينئذ تجب عليها باعتبار وجود المال الذي وصفنا واذا كان للرجل خمسة وعشرون بعيرا فحال الحول عليها ثم استفاد عشرة فضمها معها
ثم ضاع منها عشرة فيجعل ما ضاع مما فيه الزكوة وما لا زكوة فيه تسعا وخمسة اتساع العشرة سبعة وسبع وقد كان عليه ابنة مخاض في خمسة وعشرين

فان كل سبع من خمسة وعشرين ثلثه واربعة اسباع فاذا جمعت خمس مرات ثلثه واربعة اسباع يكون سبعة عشر وستة اسباع فلهذا كان
الواجب فيها خمسة اسباع ابنة مخاض ولكنه استحسن وقال الشرع اوجب الغنم عند قلة الابل وان لم يكن بينهما مجانسة لدفع الضرر
عن صاحب الابل بايجاب الشقص عليه وكما يدفع الضرر في الابتدا يجعل الهالك من مال الزكوة كان لم يكن وكانه في ملكه سبعة عشر بعيرا
وستة اسباع فعليه فيها ثلث من الغنم ولكن وجه القياس اقوى لان معنى دفع الضرر يعتبر في الابتدا فاما حالة البقا لا تعتبر
ولكن يبقى من الواجب بقدر ما بقي من المال الا ترى انه لا يعتبر النصاب في البقا بخلاف الابتدا وقد كان الواجب عند تمام الحول
ابنة مخاض فلا وجه للتحويل الى الغنم عند هلاك بعض المال بعد ما عرفنا ان وجه القياس اقوى ولهذا فرع على وجه القياس فقال ان عرف
خمسة من الاولى فعليه فيها خمس بنت مخاض ٥ وفي الباقية اربعة اخماس ثلثي بنت مخاض اما وجوب خمس ابنة مخاض في الخمسة ظاهر
لانه قد وجب بنت المخاض في خمسة وعشرين فيكون في خمسة خمسها ثم ما بقي من مال الزكوة عشرون وما لا زكوة فيه عشرة والهالك
عشرة فثلث الهالك مما لا زكوة فيها وثلثاها مما فيه الزكوة وهو ستة وثلثان فاذا انتقصنا ذلك من العشرين بقي ثلثة عشر وثلث
وقد كان عليه ثلثا بنت مخاض في ستة عشر وثلثين لانها ثلثا خمسة وعشرين وثلثة عشر وثلث من ستة عشر وثلثين يكون اربعة
اخماسه فان كل خمس يكون ثلثة وثلثا فلهذا قال عليه في الباقية اربعة اخماس ثلثي ابنة مخاض ولو كان له خمس وعشرون بعيرا ٥
فخلطها بمثلها بعد الحول بيوم ثم ضاع نصفها فعليه في الباقي نصف ابنة مخاض لان نصف الهالك من مال الزكوة ونصفه مما لا زكوة فيها
وانما بقي نصف مال الزكوة فلهذا قال عليه نصف ابنة مخاض في القياس وينبغي على طريقة الاستحسان ان يكون عليه في الباقي شاتان
لان الهالك كان لم يكن والباقي من مال الزكوة اثنا عشر ونصف ولكن وجه القياس اقوى لما بينا وما ذكر بعد هذا الى اخر الكتاب
من مسايل المعدن وصدقة الفطر وقد بينا جميع ذلك في كتاب الزكوة والصوم فلا معنى لاعادة ذلك هنا والله اعلم ٥

كتاب الصيام

قال الشيخ الامام الزاهد ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رح الصوم في اللغة هو الامساك ومنه قول النابغة

خيل صيام وخيل غير صائمة ٥ تحت العجاج واخرى تعلك اللجما

يعني يقال صام النهار اذا وقفت الشمس ساعة الزوال وفي الشريعة عبارة عن امساك مخصوص وهو الكف عن اقتضاء الشهوتين
شهوة البطن وشهوة الفرج من شخص مخصوص وهو ان يكون مسلما طاهرا عن الحيض والنفاس في وقت مخصوص وهو ما بعد طلوع الفجر
الى غروب الشمس بصفة مخصوصة وهو ان يكون على قصد التقرب فالاسم شرعي فيه معنى اللغة واصل فرضية الصوم تثبت بقوله تعالى
كتب عليكم الصيام الى قوله فليصمه ففيه بيان السبب الذي جعله الشرع موجبا وهو شهود الشهر والامر بالاداء بقوله فليصمه وقال
عم بني الاسلام على خمس وذكر من جملته الصوم وقد كان وقت الصوم من حين صلوة العشا او نام وكان في شريعة من قبلنا ثم خفف الله
الامر على هذه الامة وجعل وقت الصوم من طلوع الفجر بقوله وكلوا واشربوا الاية ٥ قال ابو عبيد الخيط الابيض الصبح الصادق والخيط
اللون وفي حديث عدي بن حاتم عن رسول الله عم الخيط الابيض والاسود بياض النهار وسواد الليل وسبب هذا التخفيف ما ابتلي به عمر
وما ابتلي به صرمة بن انس حين رآه النبي عم مجهودا فقال ما لك اصبحت طليحا الحديث ومعنى التخفيف ان المعتاد في الناس الاكل مرتين الغداء والعشاء
فكان التقرب بالصوم في الابتدا بترك الغدا والاكتفا باكلة واحدة وهي العشا ثم ان الله تعالى ابقى لهذه الامة الاكلتين جميعا وحصول معنى التعود
عن تقديم الغداء عن وقته كما اشار اليه رسول الله عم في السحور انه الغداء المبارك ثم التقرب بالصوم من حيث مجاهدة النفس
والمجاهدة في هذا من وجهين احدهما بمنع النفس من الطعام في وقت اشتهائها والثاني بالصيام في وقت جرى العادة بالمنام ومن المجاهدة حفظ
وتعظيم ما عظمه الله تعالى كما بدأ به الكتاب فذكر عن مجاهد انه يكره ان يقول الرجل جاء رمضان وذهب رمضان ولكن ليقل جاء شهر رمضان
وذهب شهر رمضان فقال لا ادري لعل رمضان اسم من اسماء الله وكان يذهب في هذا الى ما رواه ابو هريرة ان النبي عم قال لا تقولوا جاء رمضان
وذهب رمضان فان رمضان اسم من اسماء الله ولكن عظموه كما عظمه الله واختار بعض مشايخنا قول مجاهد في هذا فقال الصحيح من المذهب ذلك
لان محمدا لم يبين مذهب نفسه ولا روى خلاف قول مجاهد وقالوا في بيان المعنى وهو مشتق من الارماض وهو الاحراق والمحرق للذنوب
المذهب لها هو الله تعالى ٥ وقال ان لله تعالى تسعة وتسعين اسما من احصاها دخل الجنة وليس فيها ذكر رمضان ولان الاسم لا يكون
بالاحاد وانما يكون بالمتواتر والمشاهير ولو كان من اسماء الله فهو اسم مشترك كالحكيم والعالم ولا باس بان يقال جاء العالم والحكيم والمراد
غير الله تعالى رجل تسحر وقد طلع الفجر وهو لا يعلم انه في شهر رمضان ومراده الفجر الثاني فطلوع الاول الذي تسميه العرب ذنب السرحان لا يمنع [illegible] الصوم

قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الفجر المستطير المنتشر فاذا تبين
ان سحره كان بعد طلوع الفجر الثاني فسد صومه الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقيسه على الناسي بناء على اصله ان المخصوص من القياس بالنص
يقاس عليه وعندنا المخصوص من القياس بالنص لا يقاس عليه فان قياس الاصل يعارضه ولا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه
وهذا ليس في معنى الناسي لان الاحتراز عن هذا الغلط يمكن في الجملة بخلاف النسيان ثم فساد صومه لفوات ركن الصوم وهو الامساك
وعليه الامساك في بقية يومه قضاء لحق الوقت فان الامساك في نهار رمضان عند فوات الصوم مشروع قال عم الا من اكل فلا ياكلن
بقية يومه وعليه قضاء اليوم لانه فوت الاداء بعد تقرر السبب الموجب له فيضمنه بالمثل كما هو مشروع له ولا كفارة عليه لانه معذور
والكفارة في الفطر عقوبة لا تجب الا على الجاني قال صلى الله عليه وسلم من افطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر والذي افطر وهو يرى
ان الشمس قد غابت ثم تبين انها لم تغب بمثل هذا وفيه قال عمر رض حين افطر مع اصحابه يوما فلما صعد المؤذن المئذنة قال الشمس يا امير المؤمنين
فقال بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا ما تجانفنا لاثم وقضاء يوم علينا يسير ٥ رجل اصبح في شهر رمضان جنبا فصومه تام الا
على قول بعض اصحاب الحديث يعتمدون فيه حديث ابي هريرة رضي الله عنه من اصبح جنبا فلا صوم له ورب الكعبة قاله محمد ٥ ولنا قوله تعالى
فالان باشروهن الى قوله حتى يتبين واذا كانت المباشرة في اخر جزء من الليل مباحا فالاغتسال يكون بعد طلوع الفجر ضرورة وقد امر الله
تعالى باتمام الصوم وفي حديث عائشة رض ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني اصبح جنبا واريد الصوم فقال وانا
ربما اصبح جنبا واريد الصوم فقال لست كاحدنا فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني لارجو ان اكون اعلمكم بما يتقى
ولما بلغ عائشة رض حديث ابي هريرة قالت يرحم الله ابا هريرة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من غير احتلام ثم يتم صومه وذلك
في رمضان فذكر قولها لابي هريرة فقال هي اعلم حدثني به الفضل بن عباس وكان يومئذ مساما وتاويل الحديث من اصبح بصفة توجب الجنابة
وهو ان يكون مخالطا لاهله وان احتلم نهارا لم يفطر لقوله عم ثلاث لا يفطرن الصايم القي والحجامة والاحتلام وان ذرعه القي لم يفطر
لما روينا ويقول ابن عباس الصوم مما دخل وان تقيا متعمدا فعليه القضا لقول علي رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه
قال من قا فلا شي عليه ومن استقا فعليه القضا ولان بفعله يفوت ركن الصوم وهو الامساك فقلما لا يخلو عن عود شي الى جوفه ولا كفارة
عليه الا على قول الاوزاعي فانه يقول كل من افطر عن عمد فعليه الكفارة ولم يفصل في الكتاب ظاهر الرواية بين ملا الفم وما دونه
وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح فرق بينهما وهو الصحيح فان ما دون ملا الفم تبع لريقه فكان قياس ما لو تجشا وملا الفم لا يكون
تبعا لريقه الا ترى انه ينقض الطهارة فان عاد الى جوفه او اعاده ٥ فقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه اذا ذرعه القي فرده
وهو يستطيع ان يرمي به فعليه القضا ٥ وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه اذا كان ذرعه القي وكان ملا فيه او اكثر فعاد
الى جوفه فسد صومه تعمد ذلك او لم يتعمد والمشهور ان فيه اختلافا بين ابي يوسف ومحمد رح فمحمد يعتبر الصنع في فطره في الاخراج
او الادخال لانه يفوت به الامساك وابو يوسف رح يعتبر انتقاض الطهارة به ليستدل على انه ليس بتبع لريقه حتى اذا ذرعه القي دون
ملا الفم وعاد بنفسه فسد صومه عند محمد ولم يفسد عند ابي يوسف فان اعاده ففيه روايتان عن ابي يوسف في احديهما لا يفسد وهو
عند محمد لانه ليس بناقض للطهارة وفي الاخرى يفسد صومه لكثرة صنعه في الادخال والاخراج جميعا فكان القياس ملا الفم وان احتجم
الصايم لم يضره الا على قول اصحاب الحديث يستدلون بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بمعقل بن سنان وهو يحتجم في رمضان
فقال افطر الحاجم والمحجوم ولنا حديث انس قال [illegible] ابو طيبة في بعض ايام رمضان [illegible] فقال احتجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ٥ وفي حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صايم محرم بالقاحة وتاويل الحديث الذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
مر بهما وهما يغتابان اخر فقال افطر الحاجم والمحجوم اي ذهب ثواب صومهما بالغيبة وقيل الصحيح انه غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عم
افطر الحاجم والمحجوم ثم خروج الدم من البدن لا يفوت ركن الصوم ولا يحصل به اقتضاء الشهوة وبقاء العبادة ببقاء ركنها فاذا طهرت الحايض في بعض نهار رمضان
لم يجزها الصوم في ذلك اليوم لانعدام اهلية الاداء في اوله وعليها الامساك عندنا خلافا للشافعي بناء على الاصل عنده ان من كان مباحا له في اول اليوم
ظاهرا وباطنا لا يلزمه الامساك في بقية اليوم لان وجوب الامساك في يوم واحد لا يتجزى كوجوب الصوم وعلى الصبي اذا بلغ والكافر
اذا اسلم والمريض اذا برئ والمسافر اذا قدم مصره والمجنون اذا افاق في بعض النهار لا يلزمه الامساك عنده كيوم الشك اذا تبين انه من رمضان
والمتسحر بعد طلوع الفجر وهو لا يعلم به لانه كان مباحا باطنا والاصل عندنا ان من صار في بعض النهار بصفة لو كان عليها في اول النهار يلزمه الصوم فعليه
الامساك في بقية النهار لان الامساك مشروع خلفا عن الصوم عند فواته لقضاء حق الوقت ولانه لو اكل ولا عذر به اتهمه الناس والتحرز
عن مواضع التهمة واجب قال عم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يقفن مواقف التهم ٥ وقال علي رضي الله عنه اياك وما يسبق عند الناس انكاره

وفي رواية ما يسبق الى القلوب بالكراهة وان كان اعتذاره وليس كل سامع نكرا يطيق ان يوسعه عذرا وان اكلت لم يلزمها شي لان الامساك
لحق الوقت وقد فات على وجه لا يمكن تداركه وعليها قضاء هذا اليوم مع سائر ايام الحيض لما روي ان امراة قالت لعايشة ما بال الحايض
تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت احرورية انت كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نقضي صيام ايام الحيض ولا نقضي الصلاة
ولان الحرج يسقط القضاء كما انه يسقط الاداء وفي قضاء خمسين صلاة في كل عشرين يوما حرج بين وليس في قضاء صوم عشرة ايام
في احد عشر شهرا كبير حرج ويقبل الصايم ويباشر اذا كان يامن على نفسه ما سوى ذلك لحديث عايشة رض ان النبي عم كان يقبل وهو صايم
وفي رواية كان يصيب من وجهها وهو صايم وايكم كان املك لاربه او لاربه فالارب العضو والارب الحاجة وجاء عمر رض الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اذنبت ذنبا فاستغفر لي قال وما ذاك قال هششت الى امراتي وانا صايم فقبلتها قال ارايت لو تمضمضت ثم مججته
اكان يضرك قال لا قال فصم اذا وهو اشارة الى معنى بقاء الصوم وانعدام قضاء الشهوة بنفس التقبيل فان كان لا يامن على نفسه
فالتحرز اولى لما روي ان شابا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصايم وساله شيخ عن ذلك فاذن له فيه فنظر القوم بعضهم
الى بعض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد علمت لم نظر بعضكم الى بعض ان الشيخ يملك نفسه وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه وفي حديث
ان الشاب قال له اذن بيني وبينه واحد قال نعم ولكن الشيخ يملك نفسه وهو اشارة الى معنى تعريض الصوم للفساد والتجاوز عن القبلة
الى الفتنة وقال عليه السلام ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه وعلى هذا روى الحسن عن ابي حنيفة
انه كره المباشرة الفاحشة للصايم وذلك بان يتعانقا وهما متجردان ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها وان اشتبه شهر رمضان على الاسير
فتحرى وصام شهرا بالتحري لانه مامور بصوم شهر رمضان فطريق الوصول اليه التحري عند انقطاع سائر الادلة كامر القبلة فان تبين انه صام
شهر رمضان اجزاه لانه ادى ما هو المقصود بالتحري وان تبين انه صام شهرا قبله لم يجزه لانه ادى العبادة قبل وجود سببه وجوبها
فلم يجزه لانه ادى العبادة قبل وجود سبب وجوبها فلم يجزه كمن صلى قبل الوقت وذكر الشافعي في كتاب الام انه ان علم به قبل مضي شهر رمضان
جاز صومه وان تبين انه صام شهرا بعده جاز بشرطين كمال العدة وتبييت النية لانه قاض لما وجب عليه بشهود الشهر وفي القضاء يعتبر
هذين الشرطين فان قيل كيف يجوز ولم ينو القضاء قلنا انه نوى ما هو واجب عليه من الصوم في هذه السنة وهذا وبنية القضاء فيه سوا فان تبين
انه صام شوال فعليه قضاء صوم يوم الفطر لان الصوم فيه لا يجوز عن القضاء وان تبين انه صام ذي الحجة فعليه قضاء يوم النحر وايام
التشريق وان تبين انه صام شهرا اخر وليس عليه قضاء شي الا ان يكون رمضان كاملا وذلك الشهر ناقصا فيقضي حينئذ يوما لاكمال العدة ○
وان صام رمضان تطوعا وهو يعلم او لا يعلم فصومه عن شهر رمضان والكلام في هذه المسالة في فصول احدها ان اصل النية شرط لاداء صوم
الا على قول زفر رح ○ وحجته ان المشروع في زمان رمضان صوم واحد لان الزمان معيار للصوم فلا يتصور في يوم واحد الا صوم واحد
ومن ضرورة استحقاق الفرض فيه انتفاء غيره فما يتصور منه الامساك في هذا اليوم مستحق عليه كصوم الفرض فعلى اي وجه اتى به يقع
من الوجه المستحق وهو نظير من وهب النصاب الذي وجب فيه الزكوة من فقير جاز عن الزكوة وان لم ينو ○ ولنا حرفان احدهما ان المستحق عليه
فعل هو عبادة والعبادة لا يكون الا بالاخلاص والعزيمة ○ قال النبي عم الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى والثاني ان مع استحقاق الصوم
عليه في هذا اليوم نفس منافعه مملوكة له فان معنى العبادة لا يحصل الا بفعل يباشره عن اختيار وتصرف النية الى ما هو مملوك له وصرف
منافعه المملوكة الى ما هو معنى العبادة لا يحصل الا بما هو مستحق عليه على وجه يكون مختارا فيه لا يكون الا عن قصد وعزيمة ○ وفي مسالة هبة
النصاب معنى القصد والعزيمة يحصل باختيار المحل ومعنى القربة يحصل لحاجة المحل ○ الا ترى ان من وهب لفقير شيا لا يملك الرجوع فيه ○
لحصول الثواب له ○ وكان ابو الحسن الكرخي رح ينكر هذا المذهب لزفر ويقول المذهب عنده ان صوم جميع الشهر يتادى بنية واحدة ○
كما هو قول مالك ○ ووجهه ان صوم الشهر في معنى عبادة واحدة فان سببها واحد وهو شهود جزء من الشهر والشروع فيها في وقت واحد
والخروج منها كذلك فكان بمنزلة ركعات صلاة واحدة ○ ولنا ان صوم كل يوم عبادة على حدة الا ترى ان فساد البعض لا يمنع صحة ما بقي
وانه يتخلل بين الايام زمان لا يقبل الصوم وهو الليل وان انعدام الاهلية في بعض الايام لا يمنع تقرر الاهلية فيما بقي فكان بمنزلة صلوات مختلفة
لكل واحد منها نية على حدة ثم ان اطلق نية الصوم او نوى النفل فهو صايم عن الفرض عندنا ○ وقال الشافعي رح ان كان يعلم ان اليوم
من رمضان فنوى النفل لم يكن صايما وان كان لا يعلم جاز صومه عن النفل لان الخطاب باداء الفرض لا يتوجه الا بعد العلم ○ وقال
ابن ابي ليلى ان كان يعلم ان اليوم من رمضان جاز صومه عن الفرض وان كان لا يعلم لم يكن صايما لانه قصد عند عدم العلم كان الى اداء النفل
والنفل غير مشروع في هذا اليوم فهو كنية اداء الصوم في الليل لكونه غير مشروع فيه والشافعي رح يقول ان صفة الفرضية قربة
كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم الا بالنية فكذا الصفة وبانعدام الصفة ينعدم الصوم ضرورة وعلى هذا اذا اطلق النية لا

والوجه الاخر ان بنية النفل صار معرضا عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كالمعرض بترك النية ولا يجوز ان يجعل ناويا للصوم المشروع
في هذا الوقت بنية النفل لانه لو اعتقد في المشروع في هذا الوقت انه نفل يكفر وعلى هذا اذا اطلق النية يجوز لانه ما صار معرضا عن النية
ولنا حديث علي وعايشة رضي الله عنهما كانا يصومان يوم الشك وكانا يقولان لان نصوم يوما من شعبان احب الينا من ان نفطر يوما
من رمضان وانما كانا يصومان بنية النفل للاجماع على انه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا ان عندهما ليس يجوز الصوم
عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منهما معنى ثم هذا صوم عين فيتادى بمطلق النية كالنفل ومعناه انه هو المشروع فيه وغيره ليس بمشروع
اصلا والمتعين في زمان كالمتعين في مكان وقد بينا وله اسم الجنس كما بينا وله اسم النوع ومعنى القربة في اصل الصوم ليتحقق بها الاختيار
للعبد ○ ولا يتحقق في الصفة اذ لا اختيار له فيها فلا يتصور منه ابدال هذا الوصف بوصف اخر في هذا الزمان فيسقط اعتبار
نية الفرضية ونية النفل لغو بالاتفاق لان النفل غير مشروع في هذا الوقت والاعراض عن الفرض يكون بنية النفل فاذا الغا نية النفل
لم يتحقق الاعراض وهو نظير الحج على قوله وبه يبطل قوله انه لو اعتقد فيه انه نفل يكفر وعلى هذا قال ابو يوسف ومحمد رح في المسافر اذا نوى
واجبا اخر في رمضان يقع عن رمضان لان وجوب الاداء ثابت في حق المسافر حتى لو ادى جاز وانما يفارق المقيم في الترخص بالفطر
فاذا لم يترخص كان هو والمقيم سوا ○ وابو حنيفة رح يقول صومه عما نوى لانه ما ترك الترخص حين قصد صرف منافعه الى ما هو اهم
وهو ما يقرب دينا في ذمته وهذه الرخصة لدفع الحرج والمشقة عنه فكان من مصالح دينه وفي هذه النية اعتبار المصلحة فيصح منه
ولان رمضان في حق المسافر كشعبان في حق غيره فاما المريض اذا نوى واجبا فالصحيح انه يقع صومه عن صوم رمضان لان اباحة الفطر له
عند العجز عن اداء الصوم فالقدرة هو والصحيح سواء بخلاف المسافر وذكر ابو الحسن الكرخي ان الجواب في المريض والمسافر سوا
على قول ابي حنيفة رح وهو سهو وتاويل ومراده مريض يطيق الصوم ويخاف منه زيادة المرض فاما الكلام في وقت النية ولا خلاف
فاوله من غروب الشمس لان الاصل في العبادات قران النية بحالة الشروع الا ان وقت الشروع في الصوم في وقت مشتبه ولا يعرفه
الا من يعرف النجوم وساعات الليل وهو مع ذلك وقت نوم وغفلة فالمتهجد بالليل يستحيل ان ينام متحيرا فلدفع الحرج جوز نية متقدمة
على حالة الشروع وان كان غافلا عنه عند الشروع بان يجعل تلك النية كالقايمة حكما فاما النية بعد طلوع الفجر بصوم رمضان يجوز في قول علمانا
وعلى قول الشافعي رح لا يجوز ○ وفي الكتاب لفظان احدهما اذا نوى قبل الزوال والثاني اذا نوى قبل انتصاف النهار وهو الاصح فالشرط عندنا
وجود النية في اكثر وقت الاداء ليقام مقام الكل واذا نوى قبل الزوال لم يوجد هذا لان ساعة الزوال نصف النهار من طلوع الشمس ووقت الصوم من طلوع الفجر
فالشافعي يستدل بقوله عم لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل والعزم عقد القلب على الشي فاذا لم يعقد قلبه على الصوم لا يجزيه وهذا لان المعنى
ان القصد والعزيمة عند اول جزء من العبادة شرط ليكون قربة كالصلوة وساير العبادات فاذا انعدم لم يكن ذلك الجزء قربة وما بقي لا يكون
لان المستحق عليه صوم كامل بخلاف النفل لانه غير مقدر شرعا فيمكن ان يجعل صايما من حين نوى مع ان النفل مبني على المسامحة والفرض على التضييق
الا ترى ان صلاة النفل تجوز قاعدا مع القدرة على القيام وراكبا مع القدرة على النزول ○ ولنا حديث عكرمة رض عن ابن عباس رض ان الناس
اصبحوا يوم الشك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدم اعرابي وشهد برؤية الهلال فقال رسول الله عم اتشهد ان لا اله الا الله
واني رسول الله قال نعم قال الله اكبر يكفي المسلمين احدهم فصام وامر بالصيام وامر مناديا فنادى الا من اكل فلا ياكل بقية يومه ومن لم ياكل
فليصم ○ وتاويل حديثه ان المراد هو النهي عن تقديم النية على الليل ثم هو عام دخله الخصوص بالاتفاق وهو صوم النفل فنحمله على ساير
الصيامات ونخص هذا الصوم بالقياس وهو ان هذا يوم فالامساك في اول النهار يتوقف على ان يصير صوما بالنية قبل الزوال كالنفل
وهذا لان الصوم ركن واحد هو الامساك من اول النهار الى اخره فاذا اقترنت النية باكثره ترجح جانب الوجود على جانب العدم فيجعل كاقترانها
بجميعه ثم اقتران النية بحالة الشروع ليس بشرط في باب الصوم بدليل جواز التقديم فصار حالة الشروع هنا كحالة البقاء في ساير العبادات
واذا جازت بنية متقدمة دفعا للحرج فبنية متاخرة عن حالة الشروع بطريق الاولى لانه لم يفتها بالشروع هنا فقد اقترنت بالاداء ومعنى
الحرج في جنس الصايمين لا يندفع بجواز التقديم ففي الصايمين صبي يبلغ نصف الليل وحايض تطهر في اخر الليل ولا ○ الا بعد طلوع الفجر ○
وفي ايام يوم الشك ولا يمكنه ان ينوي الفرض ليلا ثم يتبين انه من رمضان فاذا نوى الصوم بعد الزوال لم يجزه لانعدام الشرط في اكثر وقت الاداء
فترجح به جانب العدم من التقرب بسبب الصوم وقع في الغداء كما بينا ووقت الغداء قبل الزوال لا بعده فاذا نوى قبل الزوال كان تاركا للغداء
على قصد التقرب فاذا نوى بعد الزوال لم يكن تركه على قصد التقرب فلا يكون صوما ○ وكذلك المسافر اذا نوى قبل الزوال وقد قدم مصره او لم
ولم يكن اكل شيا جاز صومه عن الفرض عندنا وهو مسافر في اول النهار لم يكن مستحقا بصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية وقت
النية في حقه الى اول النهار بخلاف المقيم ○ ولنا ان المعنى الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية في اكثر وقت الاداء مقامها في جميع الوقت

وللمسافر في هذا اسوة المقيم انما يفارقه في الترخص بالفطر ولم يترخص فيه ولان اداء العبادة في وقتها مع ضرب نقصان اولى من تفويتها عن وقتها
والمسافر والمقيم في هذا سوا وبه فارق صوم القضا فانه دين في ذمته والايام في حقه سوا ولا يفوته شي اذا لم يجوزه مع النقصان فلهذا اعتبرنا
صفة الكمال • رجل اصبح صايما في رمضان ثم تبين له انه منه فصومه جايز وقد بينا حين تقدم الناس ومراده من هذا يوم الشك ان يستوي
طرفا العلم والجهل بالشي واما يقع الشك من وجهين اما ان غم هلال شعبان فوقع الشك انه اليوم الثلاثون والحادي والثلاثون او غم
هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين انه من شعبان او من رمضان ولا خلاف انه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقول النبي عم لا تقدموا
رمضان بصوم يوم او يومين ولانه حين نوى الفرض فقد اعتقد الفرضية فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد التقليبة فيما هو فرض ولكن مع هذا
ان لم يتبين ان اليوم من رمضان فصومه تام لان النفل لغير الصوم فلا يوثر فاما اذا صام فيه بنية النفل فلا باس به عندنا وهذا الافضل
وقال الشافعي رح اذا وافق اليوما كان يصومه او صام قبله اياما فلا باس به والا فهو مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم من صام يوم الشك
ولانه عم نهى عن صوم ستة ايام يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق ويوم الشك • ولنا حديث علي وعايشة رض انهما كانا يصومان
يوم الشك لما روينا ولان هذا اليوم من شعبان لانا لا نتيقن لا نزال الا بالشك والصوم في شعبان تطوعا مندوب اليه كما في ساير ايامه جاء في الحديث
ان النبي عم ما كان يصوم في شهر اكثر منه في شعبان فانه كان يصوم كله • وتاويل النهي ان ينوي الفرض وبه نقول الا ان يكون بصر الهلال وحده
ورد الامام شهادته وانما يرد شهادته اذا كانت السماء مصحية وهو من اهل المصر فاما اذا كانت متغيمة او جا من خارج المصر او كان على موضع
مرتفع فانه تقبل شهادته عندنا خلافا للشافعي في احد قوليه قال لان تهمة الكذب اذا كان في السماء غيم اظهر فان الغيم مانع من الرؤية
فاذا لم تقبل شهادته عند عدم المانع فعند قيامه اولى • ولنا حديث عكرمة على ما روينا يتفرد بامر ديني وهو اداء الصوم على الناس فوجب
قبول خبره اذا لم يكذبه الظاهر فكنى حديثا وهنا لا يكذبه ولعله ينقشع الغيم عن موضع القمر فاتفق له الرؤية دون غيره بخلاف ما اذا كانت
السما مصحية لان الظاهر يقطع بكذبه فانه مساوي للناس في الموقف والمنظر وحدة البصر وموضع القمر فاذا رد الامام شهادته فعليه
الصوم ولا يقول الحسن ابن حي يعتمد ظاهر قوله اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم • وقوله عم صومكم يوم تصومون وهذا ليس
بيوم الصوم في حق الجماعة فكذلك في حق الواحد • ولنا قوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما
ولان وجوب الصوم برؤية الهلال امر بينه وبين ربه فلا يوثر فيه الحكم وقد كان لزمه الصوم قبل ان يرد الامام شهادته فكذلك بعده وان افطر بجماع
لم يلزمه الكفارة عندنا خلافا للشافعي وهو يقول انه متيقن ان اليوم من رمضان اذ لا طريق للتيقن اقوى من الرؤية وبتيقنه لا يتغير بشك غيره
الا ترى انه يلزمه الصوم فيه عن الفرض ويوم الشك ينهى فيه عن مثله وكما ان وجوب الصوم بينه وبين ربه فكذا وجوب الكفارة عند الفطر
ولنا انه اذا افطر بالشبهة لان الامام حين رد شهادته فقد حكم بانه كاذب بدليل شرعي وجب له الحكم به ولو كان حكمه هذا خطا ظاهرا وباطنا
لكان يباح له الفطر فاذا كان فذا الظاهر اخطا يصير شبهة والكفارة عقوبة يندري بالشبهات حتى لا يجب على المخطي ثم الكفارة انما وجبت بالفطر
في يوم رمضان مطلقا وهذا اليوم من رمضان من وجه ومن شعبان من وجه الا ترى ان الناس لا يلزمهم الصوم فيه ويوم من رمضان لا ينفك
عن الصوم فيه قضاء واداء فلم يكن هذا اليوم في معنى المنصوص من كل وجه فلو اوجبنا الكفارة فيه كان بطريق القياس على المنصوص ولا يدخل
القياس في اثبات الكفارة واما وجوب الصوم فهو عبادة توجد فيه بالاحتياط فكونه من رمضان يكفي من وجه في حقه • رجل قبل امراته
في شهر رمضان فانزل فعليه القضا ولا كفارة لحديث ميمونة بنت سعد ان النبي عم سئل عن رجل قبل امراته بشهوة وهما صايمان فقال فقد افطرا
وتاويله انه علم من طريق الوحي حصول الانزال به ثم معنى اقتضا الشهوة قد حصل بالانزال فانعدم ركن الصوم ولا يتصور اداء العبادة بدون ركنها
ولكن لا يلزمه الكفارة لنقصان في الجناية من حيث ان التقبيل تبع وليس بمقصود بنفسه وفي النقصان شبهة العدم الا على قول مالك
فانه يوجب الكفارة على كل مفطر دون معذور وكذا المراة اذا انزلت لحديث ام سليم انها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المراة
ترى في منامها ما يرى الرجل فقال ان كان منها مثل ما يكون للرجل فلتغتسل اشار الى انها تنزل كالرجل واذا انزلت كان حكمها حكم الرجل •
ومن اكل او شرب او جامع ناسيا في صومه لم يفطر بذلك والنفل والفرض فيه سوا وكان مالك رح في الفرض يقضي وهو القياس على ما قال
ابو حنيفة في الجامع الصغير لولا قول الناس لقلت يقضي او لولا ان ينهم الاثر ولولا قول الناس ان ابا حنيفة خالف الاثر • وجه القياس
ان ركن الصوم ينعدم بالاكل ناسيا كان او عامدا وبدون الركن لا يتصور اداء العبادة والنسيان عذر بمنزلة الحيض والمرض فلا يمنع
وجوب القضا عند انعدام الادا ولنا حديث ابي هريرة رض ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني اكلت وشربت ناسيا
في رمضان وانا صايم فقال ان الله تعالى اطعمك وسقاك فتم على صومك وهكذا روي عن علي وقال سفيان الثوري ان اكل وشرب لم يفطر
وان جامع ناسيا افطر قال لان الحديث ورد في الاكل والشرب والجماع ليس في معناه لان زمان الصوم وقت الاكل عادة فيبتلى فيه
بالنسيان

بالنسيان وليس بوقت الجماع عادة فلا يكثر فيه البلوى • ولكنا نقول قد ثبت بالنص المساواة بين الاكل والشرب والجماع ليس في معناه لان زمانه
في حكم الصوم فاذا ورد نص في احدهما كان ذلك ورودا في الاخر باعتبار هذه المقدمة كمن يقول لغيره اجعل زيدا وعمرا في العطية سوا ثم يقول
لغيره اجعل زيدا وعمرا في العطية سوا ثم يقول اعط زيدا درهما كان ذلك تنصيصا على ان يعطي عمرا ايضا درهما وان تذكر فنزع نفسه من ساعته
فصومه تام وعلى قول زفر رح منهما جميعا لوجود جزء من المواقعة بعد طلوع الفجر وما يمنع من انعقاد الصوم وفي الصوم كان صومه منعقدا ولم يوجد
ما يرفعه وهو اقتضا الشهوة بعد التذكر فبقي صايما وان اتم الفعل فعليه القضا دون الكفارة الا على قول الشافعي رح فانه يجعل استدامة
الفعل بعد التذكر وطلوع الفجر كالانشا • ولنا ان الشبهة قد تمكنت في فعله من حيث ان ابتداءه لم يكن جناية وروى هشام عن ابي يوسف
في الذي طلع عليه الفجر اذا اتم الفعل فعليه الكفارة بخلاف ما اذا تذكر الفجر لان اخر الفعل من جنس اوله وفي الذي طلع له الفجر اول الفعل عمدا
فكذا اجزاؤه بخلاف الناسي فان تذكر الناسي فلم يتذكر واكل وشرب بعد ذلك ذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان على قول زفر رح لا يفسد صومه
لبقا المانع وهو النسيان وعلى قول ابي يوسف يفسد لانه لا احتياط فيلزمه حين تذكره عدم التذكر بعدما ذكرنا • فلا يعتبر واذا تمضمض
الصايم فسبقه الما فدخل حلقه فان لم يكن ذاكرا للصوم فعليه القضا وصومه تام كما لو شرب وان كان ذاكرا للصوم فعندنا خلافا للشافعي
واستدل بقول النبي عم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ثم عذر هذا ابين من عذر الناسي فان الناسي قاصد للشرب
غير قاصد الى الجناية على الصوم وهذا غير قاصد الى الشرب ولا الى الجناية على الصوم فاذا لم يفسد الصوم ثم فهنا اولى • ولنا ما روي
ان النبي عم قال للقيط بن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق الا ان تكون صايما والنهي عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل
على ان دخول الماء في حلقه مفسد لصومه ولان ركن الصوم قد انعدم فيها مع عذر الخطا واداء العبادة بدون ركنها لا تتصور وكان القياس
في الناسي ولكنا تركناه في السنة وهذا ليس في معناه لان التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا ممكن ثم ركن الصوم قد انعدم معنى
فان الذي حصل له وان كان مخطيا فقد انعدم صورة لا معنى بان نام ولحصاة فسد صومه فاذا انعدم معنى لان مراعاة المعاني في كتاب
العبادات ابين منها في الصور وكان ابن ابي ليلى يقول ان كان وضوءه فرضا لم يفسد صومه وان كان نفلا فسد صومه لهذا • وقال
بعض اصحاب الحديث ان في الثلث لا يفسد وان جاوز الثلث فسد صومه ومنهم من فصل بين المضمضة في الوضوء والجنابة والاغتسال
على ما ذكرنا • وتاويل الحديث ان المراد رفع الاثم دون الحكم به وبه نقول ولا باس بالاكتحال للصايم وان وجد طعمه في حلقه وكان
ابراهيم النخعي يكره للصايم ان يكتحل وابن ابي ليلى كان يقول اذا وجد طعمه في حلقه فطره لوجود الكحل الى باطنه • ولنا حديث ابي رافع
ان النبي عم دعا بمكحلة اثمد في رمضان فاكتحل وهو صايم وعن ابن مسعود رض قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشورا من بيت
ام سلمة وعيناه مملوتان كحلا كحلته ام سلمة وصوم عاشورا في ذلك الوقت كان فرضا ثم ما وجد من الطعم في حلقه اثر الكحل لا عينه
كمن ذاق شيئا من الادوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس الغبار والدخان وان وصل عين الكحل الى باطنه فذلك من قبل المسام •
لا من قبل المسالك اذ ليس من العين الى الحلق منفذ فهو نظير الصايم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره وعلى هذا
اذا دهن الصايم شاربه فاما السعوط والوجور يفطره لوصوله الى احد الجوفين اما الدماغ او الجوف والفطر مما يدخل ولا كفارة عليه
لان معنى الجناية لا يتم فان اقتضا الشهوة لا يحصل الا في رواية هشام عن ابي يوسف ان عليه الكفارة اذا لم يكن له عذر والحقنة تفطره ايضا
لوصول المفطر الى باطنه وهذا خلافا لرضيع اذا احتقن بلبن امراة لا يثبت به حرمة الرضاع الا في رواية شاذة عن محمد رحمه الله
انه يوضع فيه لان ثبوت حرمة الرضاع انما يحصل به انبات اللحم وانشار العظم وذلك لا يصل الا من اعالي البدن الا الاسافل فاما الفطر
يحصل بوصول المفطر الى باطنه لانعدام الامساك به والاقطار في الاحليل لا يفطر عند ابي حنيفة ومحمد رح ويفطر عند ابي يوسف
وحكى ابن سماعة عن محمد انه توقف فيه • وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا صب الدهن في احليله فوصل الى مثانته فسد صومه
وهذا الاختلاف فرع تفرد فتح عند ابي يوسف ان من المثانة الى الجوف منفذا حتى يجد المرء على استمسال البول على ما قالوا
فان اهل الطب يقولون البول يخرج رشحا وما يخرج رشحا لا يعود رشحا وبعضهم يقول هناك منفذ على صورة حرف الجيم يخرج منه البول
فلا يتصور ان يعود منه شي مما يصب في الاحليل • فاما الجايفة والامة اذا داواهما بدواء يابس لم يفطره وان داواهما بدواء
رطب فسد صومه في قول ابي حنيفة رح والجايفة ولم يفسد في قولهما اسم لجراحة وصلت الى الدماغ فهما يعتبران الوصول
الى الباطن من مسلك هو خلقة في البدن لان المفسد للصوم ما ينعدم به الامساك المامور به وانما يومر بالامساك لاجل الصوم
عن مسلك هو خلقة دون الجراحة العارضة وابو حنيفة رح يقول المفسد للصوم وصول المفطر الى باطنه فالعبرة للواصل
لا للمسلك وقد تحقق الوصول هنا • وفي ظاهر الرواية فرق بين الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول

حتى اذا علم ان الدواء اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى جوفه لم يفسد صومه عنده الا انه ذكر اليابس
والرطب بناء على العادة فان اليابس يستعمل في الجراحة لاستمساك راسها ولا يتعدى الى الباطن فلهذا فرق بينهما ۝ والدليل
على ان العبرة لما قلنا ان اليابس مرطب برطوبة الجراحة ۝ رجل اصبح في اهله صائما ثم سافر لم يفطر لانه حين اصبح مقيما وجب عليه
اداء الصوم في هذا اليوم حقا لله تعالى وانما انشا السفر باختياره فلا يسقط ما تقرر وجوبه عليه وان افطر فلا كفارة عليه
لتمكن الشبهة باوله وهو مبيح المبيح للفطر فان السفر مبيح للفطر في الجملة بصورته وان لم يبح بمحل شبهه وكفارة الفطر تسقط بالشبهة
وذكر الشافعي رح في البويطي انه يلزمه الكفارة اعتبارا لاخر النهار باوله وهو بعيد لان في اوله سفره نظيره عن الشبهة وبعد السفر معترض
السبب فاذا افطر فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي وحجته حديث ام هانئ ان النبي عم لما ناولها فضل سؤره فشربت فقالت
اني كنت صائمة لكني كرهت ان ارد سؤرك فقال عم ان كان صومك عن قضاء فاقضي يوما وان كان صومك تطوعا فان شئت فاقضيه وان شئت
فلا تقضيه ولان المتنفل متبرع بما ليس عليه فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولكنه مخير في اخره كما كان مخيرا في اوله كمن شرع في صلاة التطوع
ينوي اربعا فصلى ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني وهذا بخلاف الحج فانه بشروعه هناك لا يلزمه شيئا انما تعذر الخروج عما شرع فيه
فيلزمه الاتمام حتى لو تيسر عليه الخروج بالاحصار لم يلزمه القضاء عندي وبخلاف النذر لانه ملتزم ما ليس عليه فكان نظير النذر
من المعاملات الكفالة ونظير الشروع الهبة والاقرار ۝ ولنا حديث عائشة رض قالت اصبحت انا وحفصة صائمتين متطوعتين
فاهدي لنا ۝ فاكلنا فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فابتدرنا لنسأله فبدرتني حفصة وكانت بنت ابيها فسألت الخبر
فقال رسول الله عم اقضيا يوما مكانه فان هذا كان بعد حديث ام هانئ فكان ناسخا له وان كان قبله فتبين به ان المراد بقوله فان شئت فاقضيه
وان شئت فلا تقضيه باختيار القضاء وتعجيله او بيّنه ان النبي عم خص ام هانئ باسقاط القضاء عنها لعذرها الى التبرك بسؤر رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكانت غفلت عن الصوم لفرط فرحها الى التبرك كما ان ابا طيبة لما حجم رسول الله صلى الله عليه وسلم شرب دمه
فقال عم حرم الله جسدك على النار وشرب الدم لا يوجب هذا ولكن لفرط المحبة غفل عن الحرمة فاكرمه رسول الله عم بما ذكر
ولانه باشر قربة مقصودة فيجب عليه اتمامها ويلزمه القضاء بالافساد كمن احرم بحج التطوع ولا نقول انه متبرع بما ليس عليه ملتزم لما تبرع به
ولكن عليه حفظ المؤدى لكونه قربة فان التحرز عن ابطال العمل واجب ۝ قال الله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم كما ان الوفاء بالعهد واجب
فكما يلزمه الاداء بعد النذر لان الوفاء به فكذلك يلزمه اذا ما بقي لان التحرز عن ابطال العمل فيه بخلاف الصلوة فانه ليس في الامتناع عن الشفع
الثاني ابطال الشفع الاول ولانه بالشروع في هذا اليوم لاداء الصوم المشروع فيه وله ولاية التعيين فيتعين بتعيينه فالتحق بالزمان
المتعين للصوم شرعا والافساد في ذلك الزمان يوجب القضاء فهذا مثله وهو كالنذر لما كان له ولاية الايجاب فالتحق ذلك بالواجب شرعا
حتى اذا انعدم الاداء منه لزمه القضاء ۝ وعند الشافعي رح يباح له الافطار من غير عذر لانه لا يكون بالافطار جانيا فلا يلزمه القضاء
ولا خلاف انه يباح الافطار بعذر ۝ واختلفت الروايات في الضيافة هل يكون عذرا فروى هشام عن محمد رح انه عذر مبيح للفطر وروى
الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يكون عذرا ۝ وروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح انه يكون عذرا وهو الاظهر لما روي ان النبي عم كان في ضيافة
رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل فقال اني صائم فقال عم انما دعاك اخوك ليكرمك فافطر واقض يوما مكانه ۝ ووجه الرواية الاخرى
ما روي عن رسول الله عم انه قال اذا دعي احدكم الى الطعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع لهم وقال عم
انا اخوف ما اخاف على امتي الشرك والشهوة الخفية قيل او تشرك امتك بعدك فقال لا ولكنهم يراؤن باعمالهم قيل يا رسول الله
وما الشهوة الخفية قال ان يصبح احدهم صائما ثم يفطر على طعام يشتهيه سواء كان الفطر بعذر او بغير عذر فالقضاء واجب وكذلك الفطر
بصنعه او بغير صنعه حتى اذا حاضت الصائمة تطوعا فعليها القضاء في اصح الروايتين ۝ وفي كتاب الصلاة اذا افتتح التطوع بالتيمم
فعليه القضاء والخروج هنا ما كان بصنعه فتبين ان الشروع ملزم للاتمام كالنذر موجب للاداء وانه متى تعذر الاتمام بعد صحة الشروع
فعليه القضاء ۝ رجل اغمي عليه في شهر رمضان حين غربت الشمس فلم يفق الا بعد الغد فليس عليه قضاء اليوم الاول لانه لما غربت الشمس
وهو مفيق فقد صح منه نية صوم الغد وركن الصوم هو الامساك والاغماء لا ينافيه فيتادى صومه في اليوم الاول لوجود ركنه وشرطه
وعليه قضاء اليوم الثاني لان النية في اليوم الثاني لم توجد فبينا ان كل يوم يستدعي نية على حدة ومجرد الركن بدون الشرط لا تتادى العبادة
واذا نظر الى فرج امراته فانزل فصومه تام ما لم يمسها ۝ وقال مالك ان نظر مرة فكذلك وان نظر مرتين فسد صومه لما روي ان النبي عم
قال لعلي رض لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والاخرى عليك ولان النظر الاول يقع بغتة فلا ينعدم به الامساك واذا تعمد النظر
بعد ذلك حتى انزل فقد فوت ركن الصوم ۝ ولنا ان النظر كالتفكر على معنى انه مقصور عليه غير متصل ولو تفكر في جمال امراة فانزل

لم يفسد صومه

لم يفسد صومه فكذلك اذا نظر ولو كان مفسدا للصوم لم يشترط فيه التكرار كالمس وتأويل الحديث المؤاخذة بالمأثم اذا تعمد النظر
الى ما لا يحل وان جامعها متعمدا فعليه ما على المظاهر ان يتم صوم ذلك اليوم يعني الامساك تشبها بالصائمين وعليه قضاء ذلك اليوم
والكفارة اما وجوب القضاء فقول جمهور العلماء ۝ وقال الاوزاعي ليس عليه القضاء واستدل بحديث الاعرابي فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من افطر متعمدا في رمضان فعليه ما على المظاهر وليس على المظاهر سوى الكفارة ۝ ولنا انه وجب عليه اداء الصوم بشهود الشهر
وقد انعدم الاداء منه فيلزمه القضاء كما لو كان معذورا وهذا لانه فوت ما لزمه من الاداء فيضمنه بمثله كما في حقوق العباد وانما اراد بقوله فعليه
ما على المظاهر بسبب الفطر وانما بين للاعرابي ما كان مشكلا عليه فاما وجوب الكفارة فقول جمهور العلماء وكان سعيد بن جبير يقول
لا كفارة على المفطر في رمضان لان في اخر حديث الاعرابي ان النبي عم قال له اذهب فكله انت وعيالك فانتسخ بهذا حكم الكفارة ۝ ولنا قوله عم من افطر
في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر ۝ وحديث الاعرابي حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ينتف شعره ويقول هلكت واهلكت
فقال ماذا صنعت فقال واقعت اهلي في رمضان نهارا متعمدا فقال اعتق رقبة فضرب بيده على صفحة عنقه وقال لا املك الا رقبتي هذه
فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل اوتيت ما اوتيت الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فقال اجلس فجلس فاتي بعرق فيه
خمسة عشر صاعا فقال خذ هذا فتصدق به على المساكين فقال اعلى اهل بيت احوج اليه مني ومن عيالي فقال كله انت وعيالك
وفي بعض الروايات تجزيك ولا تجزي احدا بعدك فان ثبتت هذه الزيادة ظهر انه كان مخصوصا وان لم تثبت هذه الزيادة لا يتبين به انتساخ
الكفارة ولكنه عذره في التاخير للعسرة ثم الكفارة مرتبة عند علمائنا رح ۝ والشافعي ومالك على سبيل التخيير لحديث سعد بن ابي وقاص
رض ان رجلا سأل رسول الله عم فقال اني افطرت في رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين مسكينا ۝ ولنا ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم فعليه ما على المظاهر ويلتحق بهذا ان المراد بالحديث الاخر بيان ما تتادى به الكفارة في الجملة لا لبيان التخيير ثم بعد العجز
عن العتق يكفر بالصوم الا على قول الحسن البصري فانه يقول عليه بدنة ويجعل هذا قياس الجماع في الاحرام ۝ ولكنا نقول لا يدخل القياس
في اثبات ما به تتادى الكفارة انما طريق معرفته النص وليس في شيء من النصوص ذكر البدنة في كفارة الفطر وكما لا يدخل القياس فيما لا تتادى
العبادات فكذلك فيما يجب بالجناية فيها والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول ان شاء تابع وان شاء فرق
بالقياس على القضاء ۝ ومما روينا من الاثار حجة عليه وكان ربيعة الرازي رح يقول الصوم مقدر باثني عشر يوما قال لان السنة اثنا عشر شهرا
ولكن ربيعة الرازي صوم شهر واحد من السنة ليقوم ذلك مقام اثني عشر شهرا وبعض الزهاد يقول الصوم مقدر بالف يوم فان
[illegible] يوم منه فعليه ان يصوم الف يوم ليقوم مقامه ولسنا ناخذ بشيء من هذا فان الاعتماد
على الاثار المشهورة [illegible]
[illegible]

ولنا حديث ابي هريرة رض ان رجلا قال يا رسول الله افطرت في رمضان من غير مرض ولا سفر فقال اعتق رقبة وانما فهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم من سؤاله الفطر فيما يتوجه اليه كالمرض والسفر وذكر ابو داود ان الرجل قال شربت في رمضان وقال علي رض انما الكفارة
في الاكل والشرب والجماع ولان فطره يتضمن هتك حرمة النص فكان كالفطر بالجماع ۝ وبيانه ان النص المحرم بالشهر ثبت ولما يتناول
نص الاباحة بالليالي وهتك حرمة النص باجة متكاملة ثم نحن لا نوجب الكفارة بالقياس وانما نوجبها استدلالا بالنص لان السائل
ذكر المواقعة وعينها ليس كاينة بل هو فعل في محل مملوك وانما الجناية الفطرية فتبين ان الموجب للكفارة فطر هو جناية الا ترى ان الموجب للكفارة
فطر هو جناية بالفطر والجنايات تضاف الى اسبابها ۝ والدليل عليه انه لا يجب على الناسي لانعدام الفطر لان الفطر هو الذي هو جناية متكاملة
يحصل بالاكل كما يحصل بالجماع والجماع الزمه وتعلق الحكم بالسبب لا بالالة ثم الجناية في الاكل اولى لان الكفارة وجبت زاجرة ودعا الطبع
في وقت الصوم الى الاكل اكثر منه الى الجماع والصبر عنه اشد فايجاب الكفارة فيه اولى كما ان حرمة التافيف تقتضي حرمة الشتم بطريق الاولى
ثم لا تحمل الاجتهاد استوى حرمة الجماع وحرمة الاكل بخلاف الحج فان حرمة الجماع فيه اقوى حتى لا يرتفع بالحلق ۝ والدليل على المساواة ههنا
فصل الناسي فقد جعلنا النص الوارد في الاكل حالة النسيان كالوارد في الجماع وكذا نقول النص الوارد في الجماع الكفارة بالمواقعة كالوارد في الاكل
والدواعي تتبع ولا يتكامل به الجناية ثم حاصل المذهب عندنا ان الفطر متى حصل بما يتغذى به او يتداوى به تتعلق الكفارة به زجرا فان الطباع
تدعو الى الغذا وكذا الى الدواء لحصول الصحة واعادتها فاما اذا ابتلع ما لا يتغذى به كالتراب والحصاة فسد صومه الا على قول
بعض من لا يعتمد قوله فانه يقول حصول الفطر بما يكون به اقتضاء الشهوة ۝ ولكنا نقول ركن الصوم الكف عن ايصال الشيء الى باطنه وقد انعدم
ذلك بتناول الحصاة ثم لا كفارة عليه الا على قول مالك رح فانه مفطر غير معذور فالجناية هذا الظاهر اذ لا عوض له في هذا الفعل سوى الجناية
على الصوم بخلاف ما يتغذى به ولكنا نقول عدم دعاء الطبع اليه يغني عن ايجاب الكفارة فيه زاجرا كما لا يوجب الحد في شرب الدم والبول
بخلاف الخمر ثم تمام الجناية بانعدام ركن الصوم صورة ومعنى فانعدامه معنى بما يحصل به اقتضاء الشهوة فاذا انعدم لم يتم الجناية وفي النقصان
شبهة العدم والكفارة تسقط بالشبهة فان جامعها ثانيا في الشهر فعليه كفارة واحدة عندنا وعند الشافعي رح لكل يوم كفارة لان السبب
تقرر في اليوم الثاني وهو الجماع المعدم للصوم او الفطر الذي هو جناية على الصوم فوجبت الكفارة ثم الكفارات لا تتداخل كما في سائر
الكفارات فان معنى العبادة فيها راجح حتى يفتي بها ويتادى بما هو عبادة حتى ان الفطر في قضاء رمضان لا يوجب الكفارة لانعدام حرمة
الشهر وباعتبار تجدد الايام يتجدد الصوم ولا يتجدد حرمة الشهر فمتى صادف الحرمة معتبرة لا يجب الكفارة ولا يمكن اعتبارها ٥
لايجاب كفارة اخرى لانها تلك الحرمة بعينها ۝ الثاني ان كفارة الفطر عقوبة تندرئ بالشبهات فتتداخل كالحدود وبيان الوصف ان سببها
جناية محضة على حق الله تعالى والجناية سبب لايجاب العقوبات ۝ والدليل عليه سقوطها بعذر الخطا بخلاف سائر الكفارات وان افطر في يوم
وكفر فعليه ثم افطر في يوم اخر فعليه كفارة اخرى الا في رواية عن ابي حنيفة رح فانه يقول يكفيه تلك الكفارة لاتحاد حرمة الشهر وهو قياس من تلا اية السجدة
في مجلس وسجد ثم تلاها مرة اخرى لم يلزمه سجدة اخرى لاتحاد السبب ۝ وجه ظاهر الرواية ان التداخل قبل اداء الاول لا بعده كما في الحدود
اذا زنا بامراة فحد ثم زنا بها يلزمه حد اخر وهذا اصح فان السبب فطر هو جناية على الصوم ۝ وحرمة الشهر محل تغلظ به هتك الجناية والعبرة
للاسباب دون المحال وان جامع في رمضانين ذكر في الكيسانيات عن محمد رح ان عليه كفارتين لاعتبار تجدد حرمة الصوم في الشهر واكثر
مشايخنا رح يقولون لا اعتماد على تلك الرواية والصحيح ان عليه كفارة واحدة لاعتبار معنى التداخل وكل صوم في القران لم يذكره الله تعالى
متتابعا فله ان يفرقه وما ذكره متتابعا فليس له ان يفرقه واما المذكور متتابعا صوم كفارة القتل وكفارة الظهار وفيهما النص ورد بعدد معلوم
مقيدا بوصف فكما لا يجوز الاخلال بالعدد المنصوص فكذا بالوصف المنصوص واما ما لم يذكره متتابعا فصوم القضاء قال الله تعالى
فعدة من ايام اخر فيجوز القضاء متتابعا ومتفرقا لانه مطلق عن الوصف ۝ وقال ابن عباس رض ابهموا ما ابهم الله تعالى ۝ وفي الحديث
ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قضاء ايام من رمضان ايجزيني ان اصوم متفرقا فقال ارايت لو كان عليك دين فقضيت الدرهم
والدرهمين اكان يقبل منك قال نعم فقال الله تعالى احق بالتجاوز والعفو والذي في قراءة ابي بن كعب فعدة من ايام متتابعة شاذة
غير مشهور ومثله لا تثبت الزيادة على النص فاما صوم كفارة اليمين ثلثة ايام متتابعات عندنا خلافا للشافعي رح قال لانه مطلق في القران
ونحن اثبتنا التتابع بقراءة ابن مسعود رض فانها كانت مشهورة في زمن ابي حنيفة رح سليمن الاعمش يقرا ختما على حرف ابن مسعود وختما
من مصحف عثمان رض والزيادة عندنا تثبت بالخبر المشهور ۝ رجل جامع امراته في رمضان ثم حاضت المراة او مرض الرجل في ذلك اليوم سقط
الكفارة عندنا ۝ وقال ابن ابي ليلى لا تسقط وهو قول الشافعي على القول الذي يوجب الكفارة على المراة ۝ وقال زفر رح يسقط عنها بعذر الحيض
وجه قول ابن ابي ليلى ان السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر ووجبت الكفارة دينا في الذمة والحيض والمرض لا ينافي بقاء الكفارة ثم الحيض

والمرض

والمرض لم يصادف الصوم فاعتراضهما في اليوم والليل سواء وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة لانه لا اثر له في نقصان الصوم
وزفر يقول الحيض ينافي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافي في اخره يمكن شبهة المنافاة في اوله فاما المرض
لا ينافي الصوم ولا يمكن بالمرض في اخر النهار شبهة منافاة الصوم في اوله ۝ ولكنا نقول المرض ينافي استحقاق الصوم بدليل انه لو
حتى مرض يباح له الفطر والكفارة لا تجب الا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافاة للاستحقاق
في اخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في اوله بخلاف السفر فانه غير مناف للاستحقاق حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له
الفطر فلا يمكن من السفر في اخر النهار شبهة في اوله بخلاف ما اذا لم يفطر حتى سافر ثم افطر لان سقوط الكفارة هناك باعتبار الصورة
المبيحة والصورة انما تعمل اذا اقترنت بالسبب ولا اشتباه في الصور انما ذلك في المعاني ثم السفر بفعله والكفارة انما وجبت حقا لله
تعالى فلا تسقط بفعل العبد باختياره بخلاف المرض والحيض فانه سماوي لا صنع للعباد فيه فاذا جاز العذر تسقط به الكفارة فان سوفر به
مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله قول ابي يوسف لا تسقط الكفارة لان الصنع للعباد فيه فهو قياس ما لو اكره على الافطار
بعدما افطر وعلى قول زفر رح تسقط لانه لا صنع له فيه ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر فان عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فاذا سوفر
مكرها كيف تسقط ۝ رجل اصبح صائما في غير رمضان بنية قضاء رمضان ثم اكل متعمدا فهذا سواء ولا كفارة عليه لان وجوب الكفارة
بالنص والنصوص وردت بالفطر في رمضان والفطر في غير رمضان ليس في معنى الفطر في رمضان من كل وجه لان هذا اليوم كان متعينا لقضائه
وهذا بخلاف الحج فان الجماع في قضاء الحج يوجب ما يوجبه في الاداء ولتحقق المساواة في معنى الجناية الا ترى ان في حج النفل يتعلق بالجماع
ما يتعلق في حج الفرض بخلاف الصوم مسافر اصبح صائما في رمضان ثم افطر قبل ان يقدم مصره او بعدما قدم فلا كفارة عليه لان اداء
الصوم في هذا اليوم كان مستحقا عليه حين كان مسافرا في اوله فهذا والفطر في قضاء رمضان سواء ۝ وحكي عن الشافعي رح انه اوجب
ما كان مقيما فعليه الكفارة وجعل وجود الاقامة في اخر النهار كوجودها في اوله ۝ ولكنا نقول الشبهة تمكنت في السفر الموجود في اول النهار
فانه ينعدم به استحقاق الاداء وصوم يوم واحد لا يتجزى في الاستحقاق ۝ رجل كان عليه قضاء ايام من شهر رمضان فلم يقضها حتى دخل
رمضان من قابل يصومها عنه فان صامه عن هذا الرمضان الداخل يجزيه هذا الفصل في المقيم والمسافر جميعا وعليه قضاء رمضان
الماضي ولا فدية عليه عندنا ۝ وعند الشافعي رح يلزمه مع كل يوم اطعام مسكين ومذهبه مروي عن عمر رض ومذهبنا مروي عن ابن مسعود
رضي الله عنه وحاصل الكلام ان عنده القضاء موقت بما بين الرمضانين استدلالا بحديث عائشة رض انها كانت تؤخر قضاء ايام الحيض
الى شعبان فهذا منها بيان لاخر ما يجوز التاخير اليه ثم جعل تاخير القضاء عن وقته كتاخير الاداء عن وقته فكما ان تاخير الاداء عن وقته
لا ينفك عن موجب فكذا تاخير القضاء عن وقته ۝ ولنا ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر وليس فيها توقيت بما بين الرمضانين يكون فيه فتح
ثم هذه عبادة موقتة قضاها لا يتوقت بما قبل مجيء وقت مثلها كسائر العبادات وانما كانت تختار للقضاء شعبان لان النبي عم كان يجتهد
فيهما فيه فانه كان يصوم شعبان كله ولان كان القضاء موقتا بما بين الرمضانين فالتاخير عن وقت القضاء كالتاخير عن وقت الاداء وتاخير
الاداء عن وقته لا يوجب شيئا انما يوجب الصوم باعتبار السبب لا بتاخير الاداء وكذلك تاخير القضاء عن وقته ثم الفدية تقوم مقام الصوم
عند الياس عنه كما في الشيخ الفاني وبالتاخير لم يقع الياس عن الصوم فالقضاء واجب عليه والتاخير لمعنى الفدية ومما لا يتصل
القضاء بالتاخير فكذلك لا يتصل القضاء الى الفدا لانه في معنى الضعيف واذا شك في الفجر فاحب الي ان يدع الاكل والشرب ولكن
وهو شاك فصومه تام اما التسحر فهو مندوب اليه لقوله عم استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل وباكلة السحر على صيام النهار
وعن ابن عباس ان النبي عم قال ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك الا انه يؤخر على وجه لا يشك في الفجر
فان شك فيه فالمستحب ان يدع الاكل لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك والاكل يريبه فان اكل وهو شاك فصومه تام لان الاصل
بقاء الليل واليقين لا يزال بالشك فان كان اكبر رايه انه تسحر والفجر طالع فالمستحب له ان يقضي احتياطا للعبادة ولا يلزمه القضاء ٥
في ظاهر الرواية لانه غير متيقن بالسبب فالاصل بقاء الليل ۝ وروى الحسن عن ابي حنيفة رح قال ان كان في موضع يستبين له الفجر
وكانت الليلة مقمرة فالاولى له ان يحتاط وان اكل لم يلزمه شيء الا اذا كان اكبر رايه انه اكل بعد طلوع الفجر فحينئذ يلزمه القضاء لان اكبر
الراي بمنزلة اليقين فيما يبنى امره على الاحتياط واذا صام اهل المصر من غير رؤية الهلال ولم يصم رجل منهم حتى راى الهلال ثم صام
اهل المصر ثلاثين يوما والرجل تسعة وعشرين يوما فليس على الرجل قضاء شيء وقد اخطا اهل المصر حين صاموا لغير رؤية الهلال
لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلثين يوما فاهل المصر خالفوا امر رسول الله فكانوا مخطئين
وقول من قال يرجع الى قول اهل الحساب عند الاشتباه بعيد فان النبي عم قال من اتى كاهنا او عرافا فصدقه فيما يقول فقد كفر بما انزل على محمد

والذي روي عن النبي عليه السلام انه قال فان غم عليكم فاقدروا له معناه التقدير باكمال العدة كما في الحديث المبين وانما لا يجب على الرجل
قضاء شيء لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه وحبس ابهامه في الثالثة
وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما صمنا مع رسول الله عليه السلام رمضان تسعة وعشرين يوما اكثر مما صمنا ثلاثين يوما وهكذا عن عائشة
فلم يتبين خطا الرجل فيما صنع فلا يلزمه قضاء شيء فيما صنع والذي روي شهرا عيد لا ينقصان رمضان وذو الحجة المراد في حق الثواب
دون العدة لا يستقيم له ان يتبع الخلف في خبر صاحب الشرع الا ان يكون اهل المصر راوا هلال شعبان فاحصوا ثلاثين يوما ثم صاموا
فقد احسنوا وعلى من لم يصم معهم قضاء يوم لانا تيقنا انه افطر يوما من رمضان فان الشهر لا يكون اكثر من ثلاثين يوما وعلى هذا روي
عن محمد رح انهم لو صاموا بشهادة الواحد على رؤية الهلال فصاموا ثلاثين يوما ثم لم يروا الهلال لا يفطروا لان الشهر لا يكون اكثر من ثلاثين
يوما وقد روى ابن سماعة عنه قال هذا فطر بشهادة الواحد فانه لا يثبت ذلك وهو الزام ظاهر والجواب عنه ان الفطر بقضاء القاضي
وذلك بالشهادة ويثبت بمثله ما لا يثبت بنص الشهادة كالميراث عند شهادة القابلة على الولادة ❁ وقد روى الحسن عن ابي حنيفة
فيمن ابصر الهلال وحده ورد الامام شهادته فصام ثلاثين يوما ولم يروا الهلال لم يفطر الا مع الامام والجماعة فلعل الغلط وقع له
كما روي في حديث عمر رضي الله عنه انه امر الذي قال رايت الهلال ان يمسح حاجبه بالماء ثم قال اين الهلال فقال فقدته فقال شعرة قامت من حاجبك
فحسبتها هلالا وانما امرناه بالصوم احتياطا من غير ان يحكم ان اليوم من رمضان فالاحتياط في ان لا يفطر الا مع الجماعة واذا جامع الرجل
امراته في الفرج فصار بالحشفة ولم ينزل فعليهما القضاء والكفارة والغسل اما الغسل فلاستطلاق وكاء المني واما الكفارة فلحصول
على وجه يتم الجناية في اقتضاء الشهوة وذلك لا يحصل بدون الانزال ❁ قلنا اقتضاء الشهوة يتم بالايلاج فاما الانزال شبع لا معتبر به
في تكميل الجناية ولو جامعها في الموضع المكروه فعليهما الغسل لما بينا ولا اشكال في ايجاب الكفارة على قولهما وعن ابي حنيفة رح فيه روايتان
روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا كفارة عليهما وهو ظاهر على اصله وانه لا يجعل هذا الفعل كاملا في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات
كالحد وفي جانب المفعول ظاهر فليس لها اقتضاء الشهوة ❁ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان عليهما الكفارة وهو الاصح فان السبب
تقدم وهو الفطر بجناية كاملة انما يدعي ابو حنيفة رح النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب
الكفارة فان جامع بهيمة او ميتة فليس عليه الكفارة انزل او لم ينزل عندنا خلافا للشافعي فان السبب عنده الجماع المعدم للصوم ❁
وقد وجد ❁ ولكنا نقول الجناية موجودة الا انه غير كامل لفقد اقتضاء شهوة المحل وهذا المحل غير مشتهى عند العقلاء فان حصل به
قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق او لفرط السفه وهو لم يتكلف لقضاء شهوته بيده لا تتم جنايته في ايجاب الكفارة فهذا مثله
وان جامع او اكل او شرب ناسيا فظن ان ذلك يفطره حتى فعل لانتفاء العبادة مع فوات ركنها يكون ظنه هذا في موضعه فصار شبهة في اسقاط
الكفارة ❁ قال محمد رح الا ان يكون بلغه خبر الناسي فحينئذ عليه القضاء والكفارة لان ظنه مدفوع بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ❁
حيث قال تم على صومك فلا يبقى شبهة ❁ وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا كفارة عليه وان بلغه الحديث لان خبر الواحد لا يوجب
علم اليقين انما يوجب العلم بحسن الظن بالراوي فلا تنتفي به الشبهة وعلى ضد هذا لو احتجم فظن ان ذلك فطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه
القضاء والكفارة لان ظنه في غير موضعه فان انعدام ركن الصوم بوصول الشيء الى باطنه ولم يوجد الا ان يكون افتاه مفتي العامة بان صومه
قد فسد فحينئذ لا كفارة عليه لان الواجب على العامي الاخذ بفتوى المفتي فتصير الفتوى شبهة في حقه وان كان خطا في نفسه وان كان سمع
الحديث افطر الحاجم والمحجوم فاعتمد ظاهره ❁ قال محمد رح تسقط عنه الكفارة ايضا كما لو اعتمد الفتوى ❁ وعن ابي يوسف رح انه لا تسقط
قال لان العامي اذا سمع حديثا فليس له ان ياخذ بظاهره لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا واذا دهن شاربه او اغتاب
وظن ان ذلك فطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء والكفارة سواء اعتمد حديثا او فتوى لان هذا الظن في غير موضعه اذ لا خلاف
بين العلماء بان الصوم بعد ذلك لا يفسد بهذا والفتوى بخلاف الاجماع غير معتبر واذا اسلم الكافر في النصف من شهر رمضان صام ما بقي
من الشهر وليس عليه قضاء ما مضى وكذلك الذي اسلم فيه لا يجزيه صومه في ذلك اليوم وان لم يكن اكل ونوى قبل الزوال لا
لانعدام الاهلية للعبادة في اول النهار ولكنه يمسك تشبها بالصائمين وليس عليه قضاؤه ومن العلماء من يقول عليه قضاء هذا اليوم والايام
والايام الماضية من الشهر جعلوا ادراك جزء من الشهر في كونه سببا لوجوب صوم جميع الشهر كما ان ادراك الجزء من وقت الصلاة
بعد الاسلام كادراك جميع الوقت في التفريط انما جاء من قبله بتاخير الاسلام ولا يعذر في اسقاط القضاء وهو قريب من اصل الشافعي
ان الكفار مخاطبون بالشرائع ولما روي ان وفد ثقيف حين قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم اسلموا في النصف من رمضان فامرهم
بصوم ما بقي من الشهر ولم يامرهم بقضاء ما مضى وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ولان وجوب القضاء يبتنى على خطاب الاداء وذلك

لا يكون

لا يكون بدون الاهلية للعبادة والكافر ليس باهل للعبادة لانه ليس باهل لثوابها فلا يثبت خطاب الاداء في حقه والصوم عبادة فلو
معيار لها وهو النهار فلا يتصور للصوم سببه في الزمن الماضي بخلاف الصلاة فانها معلومة باركانها والوقت ظرف لها فيجعل ادراك الجزء
من الوقت سببا لوجوب الاداء ثم القضاء يبتنى عليه وما قال ان التاخير كان منه باطل فانه ليس عليه قضاء صوم رمضان في السنين الماضية
في حالة الكفر ولا تقضي الحائض ولا تصوم لقوله عليه السلام في بيان نقصان دين المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي يعني ايام الحيض
فاذا طهرت قضت الصوم ولم تقض الصلاة لما تقدم بيانه وكل وقت جعلنا فيه نفساء او حائضا فانها تعيد صوم ذلك اليوم ولا تعيد صلوته
وكل وقت عددتها فيه مستحاضة فانها تعيد صلوته ان لم تكن صلتها وان كانت صلت وصامت فقد جاز لان المستحاضة في حكم الطاهرات
فيما يرجع الى العبادات قال النبي عليه السلام للمستحاضة توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير قطرا ❁ وقال المستحاضة تتوضأ لكل صلاة
ثم طول محمد رح هذا الفصل في الاصل فذكر في بيان المستحاضة مسائل منها ان ينقص الدم عن اقل مدة الحيض او تزيد على اكثر مدة الحيض
او اكثر مدة النفاس او يسبق رؤية الدم اوانه فالاستحاضة تكون بدم فاسد يستدل بتقدمه على اوانه وتمام شرح هذه المسئلة ❁
في كتاب الحيض ولا يجزي شيء من الصوم الواجب بصومه في يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق لان الصوم في هذه الايام منهي عنه
كما امر ابو رافع امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ينادي في ايام منى ان لا تصوموا هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال
وفي رواية اكل وشرب وذكر عن عقبة بن عامر ان النبي عليه السلام نهى عن صوم يوم التروية ويوم النحر وايام التشريق ❁ وتاويل النهي في يوم التروية
وعرفة في حق الحاج اذا كان يضعفه الصوم عن الوقوف والذكر وفي الحديث المشهور الذي روينا ان النبي عليه السلام نهى عن صوم ستة ايام والمنهي
يكون فاسدا والواجب في ذمته يستحق عليه اداؤه بصفة الكمال فلا يتادى بما هو فاسد وكذا صوم المتعة عندنا لا يتادى في يوم النحر
وايام التشريق لما بينا ❁ وقال الشافعي رح في القديم يتادى صوم المتعة في ايام التشريق وهو مروي عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما
ومعاذ بن جبل ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود واذا كان على الرجل صيام شهرين متتابعين من قتل او ظهار فصامهما فافطر فيهما لعذر
لمرض فعليه استقبال الصيام لانعدام صفة التتابع بالفطر وان كانت امراة فافطرت فيما بين ذلك لحيض لم يكن عليها استقبال وكان
ابراهيم النخعي يسوي بين الفصلين في انه لا يجب الاستقبال لانعدام التتابع بالفطر وكان يقول قد يكون للمراة شهرين خاليين عن الحيض
اذا حبلت وايست والفرق لنا بين الفصلين من وجهين احدهما ان الرجل يجد شهرين خاليين عن المرض عادة فلو امرناه بالاستقبال
لم يكن فيه كبير حرج والمراة لا تجد شهرين خاليين عن الحيض عادة فلعلها لا تحبل ولا تعيش الى ان تايس ففي الامر بالاستقبال حرج بين
والثاني ان المرض لا ينافي الصوم حتى لو تكلف وصام فانقطاع التتابع كان بفعله والواجب عليه تتابع الصوم في الوقت الذي يتصور
الاداء منه فاذا لم يتصور استقبل فاما الحيض ينافي اداء الصوم منها فلم ينقطع التتابع بفعلها الا ان عليها ان تصل قضاء ايام الحيض
بصومها لان هذا القدر من التتابع في وسعها فعليها الاتيان به ❁ وروى ابن رستم عن محمد رح قال اذا صامت شهرا فافطرت فيه بعذر
ثم ايست فعليها الاستقبال لقدرتها على العدد قبل تمام المقصود ❁ وعن ابي يوسف رح انها لو حبلت بعد ما صامت شهرا او طهرت
بعد الحيض بنت على صومها لانها بالحبل لا تخرج من ان تكون من ذوات الاقراء وان لم تصل قضاء ايام الحيض بصومها استقبلت لانها تركت
التتابع الذي في وسعها وان صام عن ظهاره شهرين احدهما رمضان لم يجزه عما نواه وكان عن رمضان لان صوم النهار في رمضان فانما يتادى
ما هو مشروع له في الوقت لا ما هو مستحق عليه بجهة مخصوصة وعليه الاستقبال لانه يجد شهرين خاليين عن رمضان وهذا بخلاف
ما اذا نذر ان يصوم رجب فصامه عن ظهاره كان عما نوى لان صوم رجب كان مشروعا قبله وكان صالحا لاداء الواجب قبل نذره
وهو بالنذر موجب على نفسه ما ليس بواجب ولا ينفي صلاحيته ما ليس لغيره اذ ليس له هذه الولاية فاما الشرع لما عين صوم رمضان
للفرض فهو نفي صلاحيته لغيره وللشرع هذه الولاية فاما الشرع لما عين صوم رمضان للفرض فقد نفى صلاحيته لغيره فلهذا لا يتادى
صوم الظهار من المقيم في رمضان وله ان يفرق بين قضاء رمضان وقد بينا هذا وفيه قول لعائشة رضي الله عنها انه يجب متتابعا وكذا صوم جزاء الصيد
والمتعة لانه مطلق في القرآن قال الله تعالى او عدل ذلك صياما ❁ وقال تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج الاية والذي روي في قراءة
ابي بن كعب فصيام ثلاثة ايام متتابعة في الحج شاذ غير مشهور والزيادة على النص بمثله لا تثبت ❁ رجل اصبح صائما ينوي قضاء رمضان
ثم علم انه ليس عليه شيء منه فالاحسن ان يتم صومه تطوعا وان افطر لم يلزمه شيء الا على قول زفر فانه يقول يلزمه القضاء وليس له ان
وذكر الطحاوي في الصلاة عن ابي حنيفة مثل قول زفر وكذلك الحكم في الصوم اذا افطر في خلاله والاولى ان يتم صومه تطوعا وان افطر
لم يلزمه القضاء الا على قول زفر رح هو يقول بعدما ابتدا هو في نفل صحيح حتى لو اتم كان نفلا فيلزمه التحرز عن ابطاله والقضاء ان ابطله
كما لو كان شرع فيه بنية النفل وكمن احرم بحج مظنون وكمن تصدق على غيره على ظن انه عليه ثم علم انه ليس عليه لم يكن له ان يسترد ولنا

ان عمله كان في اداء الفرض اما في حق المكفر فلانه كان واجبا عليه حين شرع ظاهرا وباطنا وكذلك في المظنون فان المرء مخاطب بما عليه دون ما عند الله
تعالى وذلك الفرض الذي شرع فيه قد سقط عنه فما بقي من النفل انما بقي بظن من الشروع له لا ايجابا عليه فالاولى له ان يتمه ولكن لا يلزمه شيء
ان لم يتمه لانه لو اوجب عليه التحرز عن ابطال العمل وهو لم يبطل عمله بالفطر لان عمله في اداء الفرض دون النفل وهو نظير النفل المشروع في كونه
الاولى للمرء اتمامه ولا شيء عليه ان امتنع منه ثم الشروع في كونه ملزما لا يكون اقوى من النذر واضافة النذر الى ما لا يصح لا يوجب الانعقاد
الايجاب فالشروع اولى بخلاف الحج فان ادى عن الحج فرض قد سقط ولكن لم يخرج به من الاحرام وان الاحرام عقد لازم لا خروج منه الا باداء الا
الاخرى انه لو فات الحج لا يخرج من الاحرام الا باعمال العمرة فان احصر في الحج المظنون فحلل بالهدي فقد اختلف فيه مشايخنا منهم من يقول
لا يلزمه قضاء شيء لانه تم خروجه من الاحرام والاصح انه يلزمه القضاء لان الاحرام في الاصل لازم والتحلل بالاحصار لدفع الحرج
والمشقة عنه فيما وراء ذلك لا ينبغي صفة اللزوم معتبرة بخلاف الصدقة لانها تمت بالوصول الى الفقير فورا به ما لو اتم الصوم ثم تبين
انه ليس عليه وفي هذا لا يمكنه ابطاله امراة اصبحت صائمة متطوعة ثم افطرت ثم حاضت فعليها القضاء عندنا وعند زفر لا قضاء
عليها لان الحيض الموجود في اخر النهار في منافاة الصوم كالموجود في اوله وقد تبين ان هذا اليوم لم يكن وقتا لاداء الصوم في حقها والشروع
في غير وقت الصوم لا يكون ملزما شيئا كالشروع ليلا ولنا ان شروعها في الصوم قد صح لاجتماع شرائط الاداء عند الشروع ثم بالافساد
وجب القضاء دينا في ذمتها والحيض بعد ذلك لا ينافي بقاء الصوم دينا وانما يكون الحيض مؤثرا اذا صادف الصوم وهنا الحيض
لم يصادف الصوم فاعتراضه ليلا ونهارا سواء ولان الشروع كالنذر ولو نذرت بصوم هذا اليوم ثم افطرت ثم حاضت كان عليها القضاء
فكذا اذا شرعت فان لم تفطر حتى حاضت فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رح ان عليها القضاء ايضا وهو الصحيح على ما اشار اليه الحاكم الجليل
وفي رواية ابن رستم عن محمد لا قضاء عليها لان الحيض صادف الصوم والمنافاة لم تكن بفعلها فلا تكون حاجته ملزمة للقضاء ووجه الرواية
الاخرى ان شروعها قد صح فكان بمنزلة نذرها ولو نذرت ان تصوم هذا اليوم فحاضت فيه كان عليها القضاء وبان لم يكن تعذر الاتمام
مضافا الى فعلها لا يمنع وجوب القضاء كالمتيمم اذا شرع في النفل ثم ابصر الماء فعليه القضاء المكفر بالصوم في ظهار اذا جامع بالنهار
في مدة صيامه عامدا وجب عليه الاستقبال سواء جامع في التي ظاهر منها او غيرها لانقطاع التتابع بفعله فان جامع بالنهار ناسيا
او بالليل عامدا نظر فان جامع غير التي ظاهر منها لم يكن عليه الاستقبال لان جماعه لم يؤثر في صومه فلم ينقطع التتابع وان جامع التي
ظاهر منها فعليه الاستقبال في قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي قول ابي يوسف والشافعي لا يلزمه الاستقبال لان جماع الناسي
والجماع بالليل لا يؤثر في افساد الصوم فلا ينقطع التتابع كالاكل والشرب وجماع غير التي ظاهر منها ولانه لو استقبل صار مؤديا
صوم الشهرين بعد المسيس ولو بنى صار مؤديا احد الشهرين قبل المسيس والاخر بعده وهذا اقرب الى الامتثال ومثله لو اطعم
ثلاثين مسكينا ثم جامع لم يكن عليه استقبال الاطعام وابو حنيفة ومحمد رح قالا لو اوجب عليه بالنص اخلاء الشهرين عن المسيس
وهو قادر فلا يتادى الواجب الا به وبيانه ان الله تعالى قال فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ومن ضرورته الامر بتقديم الشهرين
على المسيس الامر باخلائهما عنه والثابت بضرورة النص كالمنصوص وكان لو اوجب عليه شيئين عجز عن احدهما وهو تقديم الشهرين على المسيس
وهو قادر على الاخر وهو اخلاؤهما عن المسيس فياتي بما يقدر عليه وذلك بالاستقبال بخلاف جماع غير التي ظاهر منها فانه غير مامور
بتقديم الشهرين على جماعها فلا يكون مامورا باخلائهما عنه وبان لم يؤثر جماعها في الصوم لا يدل على انه لا يبطل به معنى الكفارة
اذا انعدم الصوم ويبطل به الكفارة ثم حرمة الجماع في حق التي ظاهر منها بدوام الليل والنهار وفي مثله النسيان والعمد سواء كالجماع
في الاحرام وهذا بخلاف الاطعام فانه ليس في النص بالاطعام تنصيص على التقديم على المسيس والامر باخلائه عن المسيس كان لضرورة
الامر بالتقديم على المسيس فان قيل بالاجماع ليس له ان يجامعها قبل ان يكفر وان كانت كفارته بالاطعام وعندكم لا يجوز قياس المنصوص
على المنصوص قلنا ما عرفنا ذلك بالقياس بل بالنص وهو حديث سلمة بن صخر البياضي حين ظاهر من امراته ثم راها في ليلة قمرا وعليها
خلخال فاعجبته فواقعها فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال استغفر الله ولا تعد حتى تكفر فهذا النص بين انه ليس له ان يغشاها
قبل التكفير سواء كانت كفارته بالاطعام او بالصيام ويجوز صوم التطوع قبل انتصاف النهار وقال مالك رح لا يجوز لانه حين اصبح
نا وللصوم ضد متعين ولان النهار لا يتجزى في حكم الصوم والفطر في يوم واحد لا يحتمل التجزي فهو كما لو تعين باكله ولنا ما روي عن النبي ع م
انه قال المتطوع بالخيار ما لم تزل الشمس يعني المريد للصوم وعن عائشة رض ان النبي ع م كان اذا اصبح دخل على نسائه وقال
عندكن شيء فان قلن لا قال اني اذا لصائم وفي حديث عاشوراء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لم ياكل فليصم فان كان صوم عاشوراء
نفلا فهو نص وان كان فرضا فجواز الفرض بنيته من النهار يكون الامر اعم دليل على جواز النفل بطريق الاولى ولسنا نقول

ان جهة

ان جهة الفطر قد تعينت بالسنة في اول النهار ولكن يبقى الامر مراعى بما يبقى وقت الغداء فان الصوم الى زوال الغداء في وقته على قصد التقرب
وفوات وقت الغداء بزوال الشمس فاذا نوى قبل الزوال فقد تم الاداء في وقته على قصد التقرب فكان صوما ولو نوى التطوع بعد
انتصاف النهار لم يكن صائما عندنا وعند الشافعي رح يكون صائما اذا نوى قبل غروب الشمس ولم يكن اكل في يومه شيئا قال لان النفل
غير مقدر شرعا بل موكول الى نشاط وانما ينشط فيه بعد الزوال فهو الاداء كما قبله وشبهه بالصلوة فان التطوع بالصلاة يجوز
راكبا وقاعدا مع القدرة لانه موكول الى نشاطه ولنا ما بينا ان الصوم نزل في وقته على قصد التقرب فان الغداء في حق
الصائم والمفطر جميعا ووقت الغداء ما قبل الزوال دون ما بعده فاذا لم ينو قبل الزوال لم يكن ترك الغداء على قصد التقرب فلا يكون صوما
فاما في قضاء رمضان وكل صوم واجب في ذمته فنوى قبل الزوال وبعده لم يكن صائما عندنا ما لم ينو بالليل لان ما كان دينا في ذمته
ما لم يتعين لاداء يوم ما لم يعينه فامساكه في اول النهار قبل النية لم يتوقف عليه فلا يستند حكم النية بخلاف صوم رمضان
فانه متعين في وقته يتوقف امساكه عليه فيستند حكم النية وبخلاف النفل فانه متعين في الوقت مشروعا فيتوقف امساكه عليه
ثم اقامة النية في اكثر الوقت مقام النية في جميعه لاجل الضرورة والحاجة وذلك فيما يفوته دون ما لا يفوته ولا تقام النية في اكثر
الوقت في حقه مقام النية في جميعه قال ولا يكون صائما في رمضان ولا غيره ما لم ينو الصوم فان اصبح المفطر اياما لا جزء
لمرض ولغير مرض وقد بينا قول زفر رح في الصحيح المقيم انه يتادى منه الصوم بمجرد الامساك عن غير نية فان كان مريضا او مسافرا
فلا خلاف انه لا يكون صائما ما لم ينو وعند زفر ما لم ينو بالليل قال لان الاداء غير مستحق عليه في هذا الوقت فحينئذ لا يتعين الا بتعيينه
بخلاف الصحيح المقيم وعندنا اشتراط النية لتصحيح الفعل قربة فان الاخلاص والقربة لا يحصل الا بالنية قال الله تعالى وما
امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له وفي هذا المسافر والمقيم سواء انما فارق المسافر المقيم في الترخص فاذا لم يترخص صح منه
قبل انتصاف النهار كما يصح من المقيم فان اصبح بنية الفطر ثم ظن انه ينويه هذا فقد افسدت عليه صومه وافتى بذلك فاكل قبل انتصاف
النهار فعليه القضاء ولا كفارة عليه للشبهة التي دخلت وبما ضلالا اذا اصبح ناويا للصوم ثم نوى الفطر لا يبطل به صومه عندنا
وقال الشافعي رح يبطل فان الشروع في الصوم لا يستدعي فعلا سوى النية ولان النية شرط اداء الصوم وقد ابدله ضده وبدون الشرط
لا يتادى العبادة ولنا الحديث الذي روينا الصوم مما دخل وليس مما وصل شيء الى باطنه ثم هذا حديث النفس وقال ع م ان الله تجاوز
لامتي عما حدثت به انفسهم ما لم يعملوا او يتكلموا وكما ان الخروج من سائر العبادات لا يكون بمجرد النية فكذا من الصوم وبالاتفاق
اقيمت النية بحالة الاداء لا يشترط فانه لو كان مغمى عليه في بعض اليوم يتادى صومه ففي هذا الفصل اذا قلنا صومه لا يجوز
فافطر لم يكن عليه كفارة لشبهة اختلاف العلماء وان جاء العامي زيدا ياخذ بقول المستفتي فان كان اصبح غير ناو للصوم ثم اكل فعلى قول ابي حنيفة
لا كفارة عليه سواء كان قبل الزوال وبعده وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح ان اكل قبل الزوال فعليه الكفارة وان اكل بعد الزوال
فلا كفارة عليه قالا لان قبل الزوال الحكم الامساك موقوف على ان يصير صائما بنيته فصار كله جانيا مفوتا للصوم فاما بعد الزوال
امساكه غير موقوف على ان يصير صوما بالنية فلم يكن اكله جانيا على الصوم وابو حنيفة يقول الكفارة تستدعي كمال الجناية وذلك
هتك حرمة الصوم لانه ما كان صائما قبل ان ينوي فمجرد هتك حرمة الصوم وهو غير موجب للكفارة كما لو تجرد هتك حرمة الصوم عن هتك
حرمة الشهر بان افطر في قضاء رمضان وعلى قول زفر رحمه الله عليه الكفارة سواء كان قبل الزوال وبعده لان عنده هو صائم وان لم ينو
وان اصبح غير ناو للصوم ثم نوى قبل الزوال ثم اكل فلا كفارة الا في رواية عن ابي يوسف رح انه يلزمه الكفارة لان شروعه في الصوم
قد صح فتكامل جنايته بالفطر كما لو نوى بالليل وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان ظاهر قوله ع م لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل
يبقي كونه صائما بعدم النية والحديث وان ترك العمل بظاهره يبقى شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات كمن وطئ جارية ابنه مع العلم بالحرمة
لا يلزمه الحد بظاهر قوله ع م انت ومالك لابيك ثم هذا على اصل ابي حنيفة ظاهر لان عنده لو اكل قبل النية لا كفارة عليه وما كان
موجودا في اول النهار يصير شبهة في اخره كالسفر انما التهمة على قول محمد وقد ذكره ما بينا المغمى عليه في جميع الشهر اذا افاق بعد مضيه
فعليه القضاء الا على قول الحسن البصري فانه يقول سببه وجود الاداء وهو شهود الشهر لم يتحقق في حقه لزوال العقل بالاغماء
ووجوب القضاء يبتنى عليه ولنا ان الاغماء مرض وهو عذر في تاخير الصوم الى زواله لا في اسقاطه وهذا لان الاغماء يضعف القوى
ولا يزيل الحجى والاغماء لا يزيل العقل قال الله تعالى ما انت بنعمة ربك بمجنون فاما اذا كان مجنونا في جميع الشهر فلا قضاء عليه الا
في قول مالك رح فانه يقول الجنون مرض يخل العقل فيكون عذرا في التاخير الى زواله لا في اسقاط الصوم كالاغماء ولنا قوله عليه السلام
رفع عن امتي القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ فكان مرفوع القلم لا يتوجه عليه الخطاب

يا دا الصوم والقضا يبتني عليه ثم الجنون يزيل عقله فلا يتحقق معه شهود الشهر وهو شرط هنا هذا الشهر حكما وكان ابن السبيل يلزمه الزكوة
لقيام ملكه وان عجز عن اثبات اليد اليه بخلاف من هلك ماله فان افاق المجنون في بعض الشهر فعليه صوم ما بقي من الشهر وليس عليه قضا ما مضى
في القياس وهو قول زفر والشافعي لانه استوعب الشهر كله يمنع القضاء في الكل فاذا وجد في بعضه يمنع القضا بقدره اعتبارا للبعض
بالكل وقياسا على الصبي وهذا لان الصبي اصلح حالا من المجنون فانه ناقص العقل في بعض احواله عديم العقل في بعض احواله الى الاصابة
عادة والمجنون عديم العقل بعيد عن الاصابة عادة ولهذا جاز اعتاق الصغير عن الكفارة دون المجنون فاذا كان الصغر في بعض الشهر يمنع
وجوب القضا فالمجنون اولى استحسن علماونا رح بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمراد شهود بعض الشهر لانه لو كان السبب
جميع شهود الشهر لوقع الصوم في شوال فصار شهود جزء من الشهر سببا لوجوب صوم جميع الشهر مع بقاء اثر الخطاب فيلزمه القضا كالاغما
وبيان الوصف انه لو كان زوج ثم جن يؤدي الولي فرضا له وكذا لو صلى الفرض ثم جن نوى المودى فرضا دليل بقاء الخطاب فاما اذا استوعب
الجنون الشهر كله فانما اذا استوعبت الجنون الشهر كله فانما اسقطنا القضا لا لانعدام اثر القضا بل لدفع الحرج والمشقة والحرج عنه
مسقط للقضا كالحيض في حق الصلاة فحاصل الكلام ان الوجوب في الذمة لا ينعدم ذلك بسبب الصبا ولا بسبب الجنون ولا بسبب الاغما
الا ان الصبا يطول عادة فيكون مسقطا دفعا للحرج والاغما لا يطول عادة فلا يكون مسقطا للقضاء والجنون قد يطول وقد يقصر فاذا طال
التحق بما يطول عادة واذا قصر التحق بما يقصر عادة ثم فرقنا بين الطويل والقصير في الصوم ان يستوعب الشهر لان الشهر في حكم الاجل
وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة لتدخل الفوايت في حد التكرار وعلى هذا الاصل • قلنا لو نوى الصوم بالليل ثم جن نهارا جاز صومه
عن الفرض في ذلك اليوم خلافا للشافعي لان الجنون لا ينافي العبادة ولا صفة الفرضية فان الاهلية للعبادة لكونه اهلا لثوابها
وركن الصوم بعد النية هو الامساك والجنون لا ينافيه وان جن في شهر رمضان ثم افاق بعد سنين في رمضان فعليه قضا الشهر الاول
لادراكه جزءا منه وقضا الشهر الاخر لادراك الجزء منه وليس عليه قضا الشهور التي في السنين الماضية لانه لم يدرك جزءا منها
في حال الافاقة وان كان جنونه اصليا فان بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر فالمحفوظ عن محمد انه ليس عليه قضاء ما مضى لان ابتدا الخطاب
يتوجه عليه الان فيكون بمنزلة الصبي حين يبلغ وروى عن ابي يوسف رح قال في القياس لا قضاء عليه ولكن استحسن فاوجب عليه قضاء
ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق الجنون الطاري في شي من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة رح واختلف فيه المتاخرون ۝
على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء ما مضى ومن افطر في شهر رمضان ثم مات قبل ان يبرا فليس عليه شي لان الوقت لاداء الصوم
في حقه عدة من ايام اخر بالنص ولم يدركه ولان المرض لما كان عذرا في اسقاط اداء الصوم في وقته لدفع الحرج فلان يكون عذرا في اسقاط القضاء
اولى وان برا وعاش ولم يقض الصوم حتى مات فعليه قضاوه لانه ادرك عدة من ايام اخر وتمكن من قضاء الصوم فصار القضاء دينا عليه
وفي حديث ابن عمر ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان مريضا في شهر رمضان ثم مات قال ان مات قبل ان يطيق
الصوم فلا شي عليه وان اطاق الصوم ولم يصم حتى مات فليقض عنه يعني الاطعام ثم لا يجوز لوليه ان يصوم عنه • وحكي عن الشافعي رح
انه قال ان صح الحديث صام عنه وارثه قال ابو حامد من اصحابهم وقد صح الحديث والمراد من قوله عم من مات وعليه صيام صام عنه وليه
ولنا حديث ابن عمر رض موقوفا عليه ومرفوعا لا يصوم احد عن احد ثم الصوم عبادة لا تجري النيابة في ادايها في حالة الحيوة فكذلك بعد الموت
كالصلاة وهذا لان المعنى في العبادة كونه شاقا على بدنه ولا يحصل ذلك الا باداء نايبه ولكن يطعم عنه لكل يوم مسكينا لانه وقع الياس
عن اداء الصوم في حقه فيقوم الفدية مقامه كما في الشيخ الفاني وانما يجب عليهم الاطعام من ثلثه اذا اوصى ولا يلزمهم ذلك اذا لم يوص عندنا
وعلى قول الشافعي رح يلزمهم ذلك من جميع ماله اوصى او لم يوص وهو نظير الخلاف في دين الزكوة ثم الاطعام عندنا يتقدر بنصف صاع
لكل مسكين وعنده يتقدر بالمد واصل الخلاف في اطعام الكفارة ونحن نقيسه على صدقة الفطر لانه اوجب كفاية للمسلم في يومه وعلى هذا
اذا مات وعليه صلوات اطعم عنه لكل صلاة نصف صاع من حنطة وكان محمد بن مقاتل يقول ولا يطعم عنه لصلوات كل يوم نصف صاع ۝
على قياس الصوم ثم رجع وقال كل صلوة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح والصاع قفيز بالحجاز وهو ربع الهاشمي وهو ثمانية
ارطال في قول ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال خمسة ارطال وثلث رطل ومن اصحابنا من يقول ثمانية ارطال
بالعراقي كل رطل عشرون استارا ومد المدينة وستون استارا وخمسة ارطال وثلث رطل بالحجازي كل رطل ثلثون استارا فذلك مائة وستون
وهذا ليس بالقوي فقد نص في كتاب العشر والخراج عن ابي يوسف رح انه خمسة ارطال وثلث بالعراقي وهو قول الشافعي وانما رجع ابو يوسف
حين حج مع الرشيد فدخل المدينة وسالهم عن صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتاه سبعون شيخا منهم كل واحد منهم حمل صاعا تحت ثوبه
وقال ورثت هذا عن ابي عن ابيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ذلك خمسة ارطال ۝ ولنا حديث انس رض قال كان رسول الله عم

يتوضا

يتوضا بالمد ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وتوارث اهل المدينة ليس بقوي فقد قال مالك الذي   صاع اهل المدينة تحري عبد الملك
ابن مروان على صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا آل الامر الى التحري فتحري عمر اولى بالمصير اليه والقفيز الحجاجي صاع عمر رض حين كان
يمن به على اهل العراق ويقول لم اخرج لكم صاع عمر رض • وقال ابراهيم النخعي كان صاع عمر حجاجيا ثم تذكان رسول الله عليه السلام
صنفان مختلفان منها للنفقات ومنها للصدقات فما روى انه كان خمسة ارطال وثلث محمول على صاع النفقات وان صح بعد رمضان
عشرة ايام ثم مات فعليه قضاء عشرة ايام التي صح فيها لانه تمكن ادراك عدة من ايام اخر والبعض معتبر بالكل فهذا ذكر الطحاوي رح
على قول ابي حنيفة وابي يوسف يلزمه قضاء جميع الشهر وان صح يوما واحدا وعلى قول محمد يلزمه القضا بقدر ما صح وهذا وهم من الطحاوي
فان هذا الخلاف في النذر اذا نذر المريض صوم شهر ثم برى يوما ولم يصم فهو على هذا الخلاف فاما في قضاء رمضان فلا خلاف بينهم والفرق لابي حنيفة
وابي يوسف ان هناك السبب موجود وهو النذر الا انه ليس للمريض ذمة صحيحة في التزام اداء الصوم حين نذر فاعتبر البرء يصير كمجدد
للنذر والصحيح اذا قال لله علي ان اصوم شهرا ثم مات بعد يوم فعليه قضاء جميع الشهر وهاهنا السبب الموجب للاداء ادراك
عدة من ايام اخر فلا يلزمه القضا الا بقدر ما ادرك والمسافر في جميع هذه الوجوه بمنزلة المريض مسافرا اصبح صايما ثم قدم مصره
فافتى بان صيامه لا يجزيه وان قاص فافطر فعليه القضا ولا كفارة عليه والكلام في هذه المسئلة في فصول احدها ان اداء الصوم ۝
في السفر يجوز في قول جمهور العلما وهو قول اكثر الصحابة وعلى قول اصحاب الظواهر لا يجوز وهو مروي عن عمر وابي هريرة رضي الله عنهما
يستدلون بقوله تعالى فعدة من ايام اخر فصار هذا الوقت في حقه كالشهر في حق المقيم ولا يجوز الاداء قبله قال عم الصايم في السفر
كالمفطر في الحضر وقال ليس من البر الصيام في السفر • وفي رواية ليس لله بر في صيام في سفر • ولنا قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر
الاية وهذا يعم المسافر والمقيم ثم قوله ومن كان مريضا او على سفر بيان الترخيص بالفطر فيبقى به وجوب الاداء وجوازه وفي حديث
عايشة رض ان حمزة بن عمرو الاسلمي قال يا رسول الله اني اسافر في رمضان افاصوم فقال صم ان شيت • وفي حديث انس قال
سافرنا مع رسول الله عم في رمضان فمنا الصايم ومنا المفطر لا يعيب البعض على البعض وتاويل حديثهم اذا كان يجهده الصوم
حتى يخاف الهلاك على ما روي انه مر برجل مغشي عليه قد اجتمع عليه الناس وقد ظلل عليه فسال عن حاله فقيل انه صايم فقال
ليس من البر الصيام في السفر يعني لمن هذا حاله • والثاني ان المسافر في رمضان لا باس به وعلى قول اصحاب الظواهر يستديم
السفر في رمضان ولا ينشيه والدليل على جواز المسافرة حديث ابي هريرة رض ان رسول الله عليه السلام خرج من المدينة الى مكة
لليلتين خلتا من رمضان فصام حتى اتى قديدا فشكى الناس اليه فافطر ثم لم يزل مفطرا حتى دخل مكة فان سافر في رمضان فقد سافر
رسول الله صلى الله عليه وسلم فان صمت فحسن صام وان افطرت فحسن فطر وكل ذلك واسع • والثالث اذا انشا السفر في رمضان فله
ان يترخص بالفطر وكان علي وابن عباس يقولان من ادرك الهلال وهو مسافر فاما اذا انشا السفر في رمضان فليس له ان يفطر
والحديث الذي روينا حجة فقد افطر رسول الله صلى الله عليه وسلم حين شكى الناس اليه ولا يقال انما اهل الهلال وهو مقيم فكذلك
اذا صوم الشهر فلا يسقط ذلك عنه بسفر ينشيه كاليوم الذي سافر فيه وهذا لان صوم الشهر عبادات متفرقة وانما يلزمه
الاداء باعتبار اليوم الذي كان مقيما في شي منه باعتبار اليوم الذي كان مسافرا في جميعه قياسا على الصلوات • والرابع
ان الصوم في السفر افضل من الفطر عندنا وقال الشافعي رح الفطر افضل لما روينا من الاثار تدل على ان الصوم لا يجوز في السفر
فان نزل هذا الطام في حق الجواز بقي معتبرا ان الفطر افضل وقاس بالصلاة فان الاقتصار على الركعتين في السفر افضل من الاتمام
وكذا الصوم لان السفر يوثر فيهما • قال النبي عم ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة والصوم • ولنا ما روي عن النبي عم انه قال
في المسافر يترخص بالفطر فان صام فهو افضل وبدا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصوم حين شكى الناس اليه ثم افطر وذلك دليل
على ان الصوم افضل ثم الفطر رخصة واداء الصوم عزيمة والتمسك بالعزيمة اولى من الترخص بالرخصة وهذا لان هذه الرخصة
لدفع الحرج عنه وربما يكون الحرج في حقه في الفطر اكثر فانه يحتاج الى القضاء وحده والصوم مع الجماعة في السفر يكون اخف
من الفطر والقضا وحده في يوم جميع الناس فيه مفطرون بخلاف الصلوة فان شطر الصلاة سقط عنه اصلا حتى لا يلزمه القضاء
وكان الظهر في حقه كالفجر في حق المقيم اذا عرفنا هذا فنقول اذا قدم المصر فامضى ان صومه لا يجزيه يصير هذا الصوم شبهة في اسقاط
الكفارة وكذا يكون مسافرا في اول النهار يصير شبهة في اخره والكفارة تسقط بالشبهة ولا باس بقضاء رمضان في ايام العشر
يريد تسعة ايام من اول ذي الحجة وهو قول عمر وكان علي رض يقول لا يجوز لحديث روي عن النبي عم انه نهى عن قضا رمضان في ايام العشر
ونحن اخذنا بقول عمر رض ولان الصوم في هذه الايام مندوب اليه فهو قياس صوم عاشورا وصوم شعبان ثم قضا رمضان في هذه الايام

وقال صلى الله عليه وسلم افضل الصيام بعد رمضان عشر ذي الحجة وتاويل النهي في حق من تعتاد صوم هذه الايام تطوعا انه لا ينبغي له
ان يترك عادته ويؤدي ما عليه من القضاء في هذه الايام ❁ واذا بلغ الغلام في يوم رمضان او افطر فيه فلا شيء عليه ❁ وعن ابي يوسف رح
ان بلغ قبل الزوال فعليه ان يصوم وان افطر فعليه قضاء هذا اليوم وجوبا لانه ادرك وقت النية ممتدا الى الزوال في حق من كان اهلا للعبادة
في اول النهار رمضانا وبلوغه قبل الزوال كبلوغه ليلا فعليه ان ينوي الصوم ❁ وجه ظاهر الرواية ان الخطاب بالصوم ما كان متوجها
اليه في اول النهار وصوم اليوم الواحد لا يتجزى صح وجوبا وبامساكه في اول النهار لما توقف
على صوم الفرض لانه لم يكن اهلا له فهو نظير الكافر يسلم ولو بلغ في غير رمضان في يوم فنوى الصوم تطوعا اجزاه لانه لا يتعين وفي الكافر
يسلم اشتباه فقد ذكر في الجامع الصغير في صبي يبلغ وكافر يسلم قال هما سواء وهذا يدل على ان نية كل واحد منهما صحيحة
واكثر مشايخنا على الفرق بين الفصلين قالوا لا يصح من الكافر نية صوم التطوع بعدما اسلم قبل الزوال لانه ما كان اهلا للعبادة
في اول النهار ولا يتوقف امساكه ان يصير عبادة بالنية قبل الزوال ❁ واذا ذاق الصائم بلسانه شيئا ولم يدخله حلقه لم يفطر لان الفطر
بوصول شيء الى جوفه ولم يوجد والفم في حكم الظاهر ❁ الا ترى ان الصائم يتمضمض فلا يضره ذلك ويكون له ان لا يعرض نفسه شيئا
من هذا لانه لا يامن ان يدخل حلقه بعدما ادخله فمه فيجول حول الحمى ❁ وقال صلى الله عليه وسلم من رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه
وان دخل ذباب جوفه لم يفطره ولم يضره وهذا استحسان وكان ينبغي في القياس ان يفسد صومه لانه ليس فيه من انه اكثر لا صنع له فيه
فكان نظير التراب يهال في حلقه ❁ وفي الاستحسان لا يفطره هذا لانه لا يستطاع الامتناع منه فان الصائم لا يجد بدا من ان يفتح فمه
فيتحدث مع الناس وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ولانه ما لا يتغذى به ولا ينعدم به معنى الامساك وهو نظير الغبار والدخان
وقال ابو يوسف رح وقد يدخل في هذا الاستحسان نصف القياس وانه لو كان الذباب في حلقه ثم طار الذباب من حلقه لم يضره ولو كان
مفسدا للصوم لكان بوصوله الى باطنه وان خرج بعد ذلك وان طار في حلقه ثلج او مطر فهذا اختلف فيه مشايخنا والصحيح انه يفطره لان هذا
مما يستطاع الامتناع منه بان يكون تحت السقف ولان هذا مما يتغذى به فان كان بين اسنانه شيء فدخل جوفه لم يفطره لان هذا مما لا يستطاع
الامتناع منه فان تسحر بالسويق فلا بد ان يبقى بين اسنانه شيء واذا اصبح يدخل شيء في حلقه مع ريقه ثم ما يبقى بين الاسنان تبع لريقه فكما اذا ابتلع
ريقه لم يضره فكذا ما هو تبع له وهذا اذا كان صغيرا يبقى بين الاسنان عادة بخلاف ما لو دخل اللقمة في فمه لان ذلك يستطاع الامتناع عنه
فان كان لا يبقى بين الاسنان عادة يفسد صومه لان هذا لا يكثر فيه البلوى والتحرز عنه ممكن وقدروا ذلك بالحمصة فان كان دونه لم يفسده
وقدر الحمصة اذا دخل في حلقه فسد صومه وعليه القضاء والكفارة عليه في قول ابي يوسف رح وقال زفر رح عليه الكفارة لانه ليس فيه
اكثر من انه طعام متغير فهو كما لو افطر باللحم المنتن ولابي يوسف ان هذا من جنس ما لا يتغذى به والطباع يعافه فهو نظير التراب ثم للفم حكم الباطن
من وجه وحكم الظاهر من وجه والكفارة تسقط بالشبهة فلهذا اسقطنا عنه الكفارة ❁ رجل قال لله علي ان اصوم شهرا متفرقا اما وجوب الصوم
بالنذر فلانه عاهد الله عهدا والوفاء بالعهد واجب ❁ قال الله تعالى واوفوا بعهد الله الاية وذم من ترك الوفاء بالعهد بقوله تعالى ومنهم
من عاهد الله ثم ما كان من جنسه واجب شرعا صح التزامه وما ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض لا يصح التزامه بالنذر الا في رواية
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف فكانه اعتبر في تلك الرواية كون المنذور قربة ثم ما يلزمه بالنذر فرع لما هو واجب بايجاب الله
وما اوجب الله تعالى من الصوم مطلقا فتعيين وقت الاداء الى العبد والخيار اليه في الاداء متفرقا ومتتابعا كقضاء رمضان فكذلك
ما يوجب على نفسه ولان صوم الشهر عبادات متفرقة لانه لا يتخلل بين الايام وقت لا يحتمل الصوم فلا يلزمه التتابع فيه فان نص عليه او نواه
فان المنوي اذا كان من محتملات لفظه جعل كالملفوظ فان سمى شهرا بعينه كرجب فعليه ان يصومه وان لم يصمه فعليه القضاء وكذلك ان افطر يوما
فعليه قضاء ذلك اليوم بالقياس على ما وجب بايجاب الله تعالى من الصوم في وقت بعينه وصوم رمضان يستوي ان قال ذلك متتابعا او لم
لان الصفة في العين غير معتبرة وايام شهر بعينه متجاورة متتابعة فلا يلزمه صفة التتابع فيه فان نص عليه او نواه بخلاف ما اذا نوى شهرا
بغير عينه لان الوصف في غير المعين معتبر في الاداء كما في صوم رمضان وان اراد يمينا فعليه كفارة اليمين سوا افطر في جميع الشهر او في يوم
لان المنوي من محتملات لفظه فان الحالف يعاهد الله كالناذر ثم شرط حنثه ان لا يصوم جميع الشهر سوا افطر يوما او اكثر وقد وجد شرط الحنث
والحاصل انه اذا لم ينو شيئا كان كلامه نذرا باعتبار الظاهر والعادة وان نوى اليمين كان يمينا بنيته نذرا بظاهره وان نواهما جميعا كان نذرا
ويمينا في قول ابي حنيفة ومحمد رح وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انهما لا يجتمعان في كلمة واحدة ولكن ان نوى اليمين فهو يمين يلزمه الكفارة بها
دون القضاء وان نواهما كان نذرا ولم يكن يمينا ❁ وجه قوله ان حكم النذر يخالف حكم اليمين فلا يجتمعان في كلام واحد كقوله لامراته انت علي حرام
ان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به اليمين كان يمينا ولا يجتمعان ان نواهما وليس هذا نظير قول ابي يوسف في اجتماع الحقيقة والمجاز

في كلام

في كلام واحد في بعض مسائل الايمان الا ان هناك حكم المجاز غير مخالف لحكم الحقيقة فكان بمنزلة العموم ❁ وجه قولهما انه في لفظه كلمتان
وهو قوله لله فان معناه بالله قال ابن عباس رض دخل ادم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وهذا لان اللام والباء يتعاقبان قال الله تعالى آمنتم له
وفي موضع اخر آمنتم به ❁ وقوله علي نذر الا ان عند الاطلاق غلب معنى النذر باعتبار العادة فيحمل عليه فاذا عما هذا نوى بكل لفظ
ما هو من محتملاته فيعمل بنيته وليس هذا نظير ما يقال ان على قول ابي حنيفة لا يجتمع الحقيقة والمجاز في لفظة واحدة لان الحقيقة استعمال
اللفظ في موضوعه والمجاز استعماله في غير موضوعه وانما ذلك في كلمة واحدة لا في كلمتين وان نذر صوم سنة بعينها افطر يوم الفطر
ويوم النحر وايام التشريق لان الصوم في هذه الايام منهي عنه شرعا والى العبد ولاية الايجاب بنذره لا دفع المنهي ثم عليه قضاء
هذه الايام عندنا ❁ وقال الشافعي ليس عليه قضاء شيء وهو قول زفر في اصل المسئلة اذا قال لله علي ان اصوم غدا وغدا يوم النحر
او قال لله علي ان اصوم يوم النحر صح نذره في الوجهين ❁ وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة رح ❁ وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه اذا قال لله علي ان اصوم يوم النحر لم يصح نذره واذا قال غدا وغدا يوم النحر او قال لله صح نذره وجه قولهما ان النذر غير مشروع
في هذه الايام وليس الى العبد شرع ما ليس بمشروع كالصوم ليلا ❁ وبيانه ان الشرع عين هذا الزمان للاكل بقوله عم ايام اكل وشرب
وتعيينه لاحد الضدين ينفي الضد الاخر فيه ❁ والدليل عليه ان الصوم اسم لما هو قربة والمنهي عنه يكون معصية لا يكون صوما والدليل
انه لا يصلح لاداء شيء من الواجبات به ❁ ولنا ان الصوم مشروع في هذه الايام فان النبي عم نهى عن صوم هذه الايام فموجبه الانتهاء
والانتهاء عما ليس بمشروع لا يتحقق لان موجب النهي الانتهاء على وجه يكون للعبد فيه اختيار بان ينتهي فيثاب عليه وبين ان يقدم على الارتكاب
فيعاقب عليه وذلك لا يتحقق اذا لم يكن الصوم مشروعا وموجب النهي غير موجب النسخ واذا كان موجب النسخ رفع المشروع والمعنى الذي
لاجله كان الصوم مشروعا في سائر الايام بخلاف العادة وهذا المعنى في هذه الايام اظهر والشرع امر بالفطر فيها الا ان جعله
كدخول الليل بقوله فقد افطر الصائم اكل او لم ياكل والنهي بخلاف احرام العبد فاسدا ولهذا لا يصلح لاداء شيء من الواجبات به ولكن
صفة الفساد لا يمنع بقاء اصله شرعا كمن افسد احرامه يبقى عقد الاحرام وعليه اداء الافعال شرعا فاذا نذر لان الصوم مشروع
في هذا اليوم فقد حصل نذره مضافا الى محله فصح وليس في النذر ارتكاب المنهي انما ذلك في اداء الصوم ولهذا امرناه ان يصوم يوما آخر
كيلا يكون مرتكبا للنهي ولو صام في هذا اليوم خرج من موجب نذره لانه ما التزم الا هذا القدر وقد ادى كمن قال لله علي ان اعتق هذه
الرقبة وهي عمياء خرج عن موجب نذره باعتاقها ولكن لا يتادى شيء من الواجبات بها وكمن نذر ان يصلي عند طلوع الشمس فعليه ان يصلي
في وقت آخر وان صلى في ذلك الوقت خرج من موجب نذره ❁ وجه رواية الحسن انه اذا نص على يوم النحر فقد صرح في نذره بما نهي عنه فلم يصح
واذا قال غدا لم يصرح في نذره بما هو منهي عنه فصح نذره وهو كالمرأة اذا قالت لله علي ان اصوم يوم حيضي لم يصح نذرها ولو قالت غدا
ولو قالت غدا وغدا يوم حيضها صح نذرها اذا عرفنا هذا فنقول اذا نذر سنة بعينها فعليه قضاء خمسة ايام اذا افطر فيها يوم الفطر
ويوم النحر وايام التشريق وان نذر سنة بغير عينها فعليه قضاء خمسة وثلثين يوما لان صوم رمضان لا يكون عن المنذور
ولو قال السنة متتابعة فعليه ان يصل هذا الاداء بالقضاء وكان محمد بن سلمة يقول في هذا لا يفطر في ايام التشريق لان هذا القدر
من التتابع في وسعه والاول اصح وكذلك اذا نذرت صوم سنة بعينها قضت ايام الحيض منها لما بينا ❁ رجل جعل عليه
ان يصوم خميسا ياتي عليه فافطر خميسا فعليه قضاؤه وكفارة اليمين ان اراد يمينا فان افطر خميسا آخر فقضاه ايضا ولم يكن عليه كفارة
اخرى لان اليمين واحدة فاذا حنث مرة لا يحنث مرة اخرى وبحكم النذر لزمه صوم كل خميس فكلما افطر في خميس كان عليه قضاؤه
وهذا لان ايجاب القضاء في كل خميس لا يقتضي تعدد النذر بخلاف ايجاب الكفارة وان جعل لله عليه ان يصوم اليوم الذي يقدم فلان
ابدا فقدم ليلا لم يلزمه شيء لان اليوم حقيقة لبياض النهار ولم يوجد ذلك عند قدوم فلان لان اليوم قد يحتمل معنى الوقت ولكن
اذا قرن به ما يختص باحد الوقتين وان قدم فلان في يوم قد اكل فيه فعليه ان يصوم ذلك اليوم فيما يستقبل ولا يقضي هذا اليوم الذي اكل
وعن ابي يوسف رح ان عليه قضاه قال لان السبب هو النذر والوقت شرط فيه فعند وجوده يستند الوجوب الى نذره فكانه قال
لله علي ان اصوم غدا فاكل في الغد فعليه قضاؤه ❁ وجه ظاهر الرواية انه اضاف النذر الى وقت قدوم فلان فعند وجوده
يصير كالمجدد للنذر كما هو الاصل ان المعلق بالشرط عند وجود الشرط ومن اكل في يوم ثم قال لله علي ان اصوم هذا اليوم لم يلزمه
فعليه ان يصومه فيما يستقبل وليس قضاء اليوم وكذلك لو قدم فلان بعد الزوال وجواب ابي يوسف في هذا غير محفوظ ويجوز ان يعتبر
بعلة ان ما بعد الزوال ليس بوقت لالتزام الصوم لاحدهما وما قبل الزوال ان لم يكن وقتا لالتزام الصوم في حق الاكل فهو وقت
في حق الاكل فهو وقت في حق غيره ❁ والاظهر انه يستوي بينهما وان كان قدم قبل الزوال فلم يكن اكل فيه صامه لتقارب النية ه

عند القدوم وصار كالمجبر للنذر بالحال ومن اصبح صايما يوم الفطر ثم افطر فلا قضاء عليه في قول ابي حنيفة رح وعليه القضاء في قول ابي يوسف
ومحمد رح لان الشروع ملزم كالنذر بدليل سائر الايام والنهي لا يمنع صحة الشروع في حق القضاء كمن شرع في الصلوة في الاوقات المكروهة
وابو حنيفة رح يقول لم يجب عليه الاتمام بعد الشروع لان فيه معصية ووجوب القضاء عند الفطر ينبني على وجوب الاتمام لان القضاء المؤدي
كان فاسدا لما فيه من ارتكاب النهي فلا يجب عليه وجوب الاتمام والقضاء بحفظ المؤدي بخلاف النذر فانه بنذره ما صار مرتكبا للنهي وفي الشروع
في الصلاة في الوقت المكروه في رواية عن ابي حنيفة رح وبعد التسليم الفرق من وجهين احدهما ان بالشروع هنا لا يصير مرتكبا
للنهي لان بمجرد التكبير لا يصير مصليا كمن حلف ان لا يصلي فكبر لا يحنث فلهذا صح الشروع وها هنا بمجرد الشروع صار صايما مرتكبا للنهي
بدليل مسئلة اليمين والثاني ان هناك يمكنه الاداء بعد ذلك الشروع لا بصفة الكراهة بان يصبر حتى تبيض الشمس فلهذا لزمه وهنا بهذا الشروع
لا يمكنه الاداء بدون صفة الكراهة فلم يلزمه • امراة قالت لله علي ان اصوم يوم حيضي فلا شيء عليها لان الحيض ينافي اداء الصوم ومع التصريح
لا يصح الالتزام ولكن قالت لله ان اصوم يوم حيضي فلا شيء عليها لان الحيض ينافي اداء الصوم ومع التصريح بالمنافي لا يصح الالتزام ولو قالت
لله علي ان اصوم اليوم الذي اكل فيه وكذا ان حاضت ثم قالت لله علي ان اصوم هذا اليوم لان المنافي متحقق فكانها صرحت به بخلاف ما اذا قالت
لله علي ان اصوم غدا فحاضت من الغد لانه ليس في لفظها تصريح بالمنافي فصح الالتزام ثم تعذر عليها الاتمام بما اعترض من الحيض فعليها
واذا دخل الغبار او الدخان حلق الصايم لم يفطره لانه لا يستطاع الامتناع منه فالتنفس لا بد منه للصايم والتكليف بحسب الوسع
ولو طعن برمح حتى وصل الى جوفه لم يفطره لان كون الرمح بيد الطاعن يمنع وصوله الى باطنه حكما فان بقي الرمح في جوفه فسد صومه لانه صار
مصابا حقيقة فكان واصلا الى باطنه وهو قياس ما لو ابتلع خيطا فان بقي احد الجانبين بيده لم يفسد صومه وان لم يبق فسد صومه وان اكره
على الاكل او شرب فعليه القضاء دون الكفارة عندنا • وقال الشافعي رح ان تناول بنفسه مكرها فكذلك وان صب في حلقه لم يفسد صومه
واعتبر صنعه في ذلك ونحن نقول وصول المفطر الى باطنه مع ذكره للصوم وذلك لا يختلف بفعله وفعل غيره وكذلك النايم ان صب في حلقه
فسد صومه عندنا ولم يفسد عند زفر والشافعي لانه اعذر من الناسي اذ لا صنع له اصلا • ولكنا نقول الناسي معدول به عن القياس
بالنص وهذا ليس في معناه لان النسيان ليس فيه صنع للعباد فاذا كان العذر ممن له الحق منع فساد صومه • واليه اشار رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال انما الله اطعمك وسقاك وههنا انما جاء العذر بسبب مضاف الى العباد وهو النوم منه والصب من غيره وهذا غير مانع
من فساد الصوم بوصول المفطر الى جوفه • وللصايم ان يستاك بالسواك اول النهار واخره وكره الشافعي رح للصايم السواك اخر النهار لقوله عم
خلوف فم الصايم عند الله اطيب من ريح المسك والسواك يزيل الخلوف وما هو اثر العبادة يكره ازالته كدم الشهيد • ولنا قوله عم
خير خلال الصايم السواك وقال عم لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالوضوء عند كل صلاة وبالسواك عند كل وضوء ثم هو تطهير للفم فلا يكره
للصايم كالمضمضة والسواك لا يزيل الخلوف بل يزيد فيه انما يزيل النكهة الكريهة ومراده عم بيان درجة الصايم لا عين الخلوف فان الله عز وجل منزه
عن ان يجد الروايح ودم الشهيد يبقى عليه ليكون شاهدا على خصمه يوم القيمة والصوم بين العبد وبين من يعلم السر واخفى فلا حاجة الى الشاهد
والسواك الرطب واليابس فيه سواء في قول ابن عباس رض لا باس للصايم ان يستاك بالسواك الاخضر وكذا لا باس ان يبله بالماء الا في رواية عن ابي يوسف
انه كره ذلك لانه يجد منه بدا فهو نظير الذوق وادخال الماء في فيه من غير حاجة • ولنا حديث عايشة رض قالت كان رسول الله عم يستاك
بالسواك الرطب وهو صايم • واذا خافت المراة الحامل والمرضع على نفسها او ولدها افطرت لقوله عم ان الله وضع عن المسافر شطر
الصلوة والصوم وعن الحامل والمرضع الصوم ولانه يلحقها الحرج في نفسها او ولدها والحرج عذر في الفطر كالمريض والمسافر وعليها القضاء
ولا كفارة عليها لانها ليست بجانية في الفطر ولا فدية عليها عندنا • وعند الشافعي ان خافت على نفسها فعليها الفدية وكذا اذا خافت
على ولدها ومذهبه مروي عن ابن عمر ومذهبنا مروي عن علي وابن عباس رض لان المروي عن ابن عمر الفدية دون القضاء والجمع بينهما لم يشتهر
عن احد من الصحابة وهو يقول الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيوجب الفدية كالشيخ الفاني وهذا لان الفطر منفعة
منفعتها ومنفعة ولدها فباعتبار منفعتها يجب القضاء وباعتبار منفعة ولدها تجب الفدية • ولنا ان هذا فطر بحق له القضاء
فلا تلزمه الفدية كالمريض والمسافر وهذا لان الفدية شرع خلفا عن الصوم والجمع بين الاصل والخلف لا يكون وهو خلف غير معقول
بل ثابت بالنص في حق من لا يطيق الصوم فلا يمكن ايجابه في حق من يطيق الصوم ولا يجوز ان يجب باعتبار الولد لانه لا صوم على الولد فكيف يجب
ما هو خلف عنه ولانه لا يجب في مال الولد ولو كان باعتباره لوجب في ماله كنفقته ولا نقضا عنه بحد الولد • واما الشيخ الكبير
الذي لا يطيق الصوم فانه يفطر ويطعم لكل يوم نصف صاع من حنطة • وقال مالك لا فدية عليه • قال لان اصل الصوم لم يلزمه
لانه عاجز عنه فكيف يلزمه خلفه لان الخلف مشروع ليقوم مقام الاصل • ولنا ان الصوم قد لزمه لشهود الشهر حتى لو تحمل المشقه

كان

كان مؤديا للفرض وانما يباح له الفطر لاجل الحرج وعند ليس يعرض لزوال حتى يصار الى القضاء فوجب الفدية كمن مات وعليه الصوم
يوضحه ان الصوم لزمه لا باعتبار عينه بل باعتبار خلفه كالكفارة تجب على العبد لا باعتبار المال بل باعتبار خلفه وهو الصوم
والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه الاية جاء عن ابن عباس رض وعلى الذين يطوقونه فلا يطيقونه فدية وقيل حرف لا مضمر فيه معناه
وعلى الذين لا يطيقونه قال الله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا اي لئلا تضلوا وجعل فيها رواسي ان تميد بكم • واذا اكل الصائم الطين او الجص
او الحصاة متعمدا فعليه القضاء ولا كفارة عليه وقد بينا هذا ومراده طين الارض فاما اذا اكل الطين الارمني تلزمه الكفارة رواه
ابن رستم عن محمد رح لان هذا مما يتداوى به فانه والغاريقون سواء • قال ابن رستم قلت لمحمد رح فان اكل الذي يقلى ويؤكل فقال لا ادري ما هذا
والصحيح انه يلزمه الكفارة لانه يؤكل تفكها ويؤكل على سبيل التداوي فهذا ينفع المرطوب • ويكره للصايم مضغ العلك ولا يفطره لان
العلك ينفع المعدة ويشهي الطعام ولربما انه فهو اشتغال بما لا يفيد ولا الناظر اليه من بعيد يظن انه يتناول شيئا فيتهمه ولا يامن ان يدخل
شيا منه حلقه فيكون معرضا صومه للفساد ولكن لا يفطره لان عين العلك لا يصل الى حلقه انما يصل اليه طعمه • قال وهذا اذا كان
العلك مصلحا ملتاما فاما اذا لم يكن ملتاما فمضغه حتى صار ملتاما يفسد صومه لانه تتفتت اجزاؤه فيدخل حلقه مع ريقه ولا باس
بان تمضغ المراة لصبيها الطعام اذا لم تجد منه بدا لان الحال حال ضرورة ويجوز ذلك لها الفطر لحاجة الولد فلان يجوز مضغ الطعام
كان اولى فاما اذا كان لها من ذلك بد يكره لها ذلك لانها لا تامن ان يدخل شيء منه حلقها فكانت معرضة صومها للفساد وذلك
عند الحاجة قال رسول الله عليه السلام من حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه

باب صدقة الفطر

الاصل في وجوب صدقة الفطر حديث ابن عمر رض ان رسول الله عم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد ذكر وانثى صغير او كبير صاعا
من تمر او صاعا من شعير وحديث عبد الله بن ثعلبة وصعير الذي بدا به محمد الباب قال خطبنا رسول الله عم فقال ادوا عن كل حر وعبد كبير
او صغير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وحديث ابن عباس رض انه خطب بالبصرة فقال ادوا زكوة فطركم فنظر الناس بعضهم
الى بعض فقال من ههنا من اهل المدينة قوموا الى اخوانكم فانهم لا يعلمون كان رسول الله عم كان يامرنا ان نؤدي صدقة الفطر عن كل حر وعبد نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير والشافعي رح يستدل بحديث ابن عمر رض وقال انها فريضة بناء على اصله انه لا فرق بين الواجب والفرض
وعندنا هي واجبة لان ثبوتها بدليل موجب للعمل غير موجب للعلم اليقين وهو خبر الواحد وما يكون بهذه الصفة يكون واجبا في حق العمل ولا يكون
فرضا حتى لا يكفر جاحده انما الفرض ما يثبت بدليل موجب للعلم • وقيل في تاويل قوله تعالى قد افلح من تزكى الاية اي تطهر باداء زكوة الفطر
وصلى صلاة العيد بعده ثم سبب صدقة الفطر راس يمونه ويلي عليه قال عليه السلام ادوا عن من تمونون والحرف عن للانتزاع
فيحتمل احد وجهين اما ان يكون سببا ينتزع منه الحكم او محلا يجب عليه ثم يؤدى عنه وبطل الثاني لاستحالة الوجوب على العبد والكافر
فيتعين الاول ولانه لا يتضاعف بتضاعف الرؤس فعلم ان السبب هو الراس وانما يجعل في وقت مخصوص وهو وقت الفطر ولهذا يضاف
فيقال صدقة الفطر والاضافة في الاصل وان كان الى السبب فقد يضاف الى الشرط مجازا فان الاضافة تحتمل الاستعارة فاما التضاعف بتضاعف
الرؤس لا يحتمل الاستعارة ثم هي عبادة فيها معنى المؤنة ولهذا لا يشترط لوجوبها كمال الاهلية ومعنى المؤنة يترجح الراس في كونه سببا
على الوقت فاذا كان الواجب في وقت الفطر من رمضان وهو عند طلوع الفجر من يوم الفطر يستحب اداؤه كما وجب قبل الخروج الى المصلى لحديث
ابن عمر رض ان رسول الله عم كان يامرهم ان يؤدوا صدقة الفطر قبل ان يخرجوا الى المصلى وقال اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والمعنى
اذا ادى قبل الخروج يفرغ قلب الفقير عن حاجة العيال فيخرج مع الغني الى المصلى واذا اخر الاداء احتاج الفقير الى السؤال لحاجة العيال
فلا يتفرغ لاداء الصلاة وقيل في يوم الفطر يستحب للمرء ستة اشياء ان يغتسل ويستاك ويتطيب ويلبس احسن ثيابه ويؤدي صدقة فطره
ويتناول شيا ثم يخرج الى المصلى قال وعلى المسلم الموسر ان يؤدي زكوة الفطر عن نفسه اما اشتراط الاسلام فلان في اخر حديث ابن عمر
قال من المسلمين وقال عم في زكوة الفطر طهرة للصايم من اللغو والرفث وقال عمر رض الصوم محبوس بين السماء والارض حتى تؤدى زكوة الفطر ولانها
عبادة فلا تجب الا على من هو اهل لثوابها وهو المسلم واما شرط اليسار فقول علمائنا رح وقال الشافعي رح من ملك قوت يومه او زيادة
بقدر ما يؤدي زكوة الفطر لانه ذكر في حديث ابن عمر رض وغني وفقير ولانه واجد لما يتصدق به فضلا عن حاجته فيلزمه الاداء كالموسر وهذا لان صدقة الفطر
تشبه الكفارة دون الزكوة حتى لا يعتبر فيها الحول وفي الكفارات يعتبر تيسر الاداء دون الغنى وكذا في زكوة الفطر ولنا قوله عم لا صدقة الا عن ظهر غنى
ولان الفقير محل الصرف اليه فلا يجب عليه الاداء كالذي لا يملك الا قوت يومه وهذا لان الشرع لا يرد بما لا يفيد فلو قلنا بانه ياخذ من غيره

ويتعلق بهذا البناء احكام منها ان الجد في صدقة الفطر والاضحية فكما يؤدي عن نفسه فكذا عن اولاده الصغار
لانه في معنى راسه فانه يلزمه مؤونتهم ويلي عليهم وعن المدبر وام الولد في ذلك سواء فان ولايته عليهم لا ينعدم بالتدبير
والاستيلاد انما يختل المالية بهذا السبب ولا عبرة للمالية لانه يؤدي عن نفسه وعن اولاده الصغار ولا مالية فيهم واما المكاتب
فانه لا يجوز عنهم وحكي عن عطاء انه يؤدي عنهم لقوله عم ادوا عمن تمونون وهذا لا يمون المكاتب وعن محمد رح انه كان يؤدي زكوة الفطر
عن جميع مماليكه الا مكاتبيه ولهذا ليس على المكاتب ان يؤدي عن نفسه ولا عن مماليكه الا على قول مالك رح فانه يجعل المكاتب مالكا بناء
على اصله ان المملوك من اهل ملك المال اذا ملكه المولى وعندنا المملوك ليس من اهل ملك المال للتضاد بين المالكية والمملوكية
والمكاتب ليس بمالك لكسبه على الحقيقة وقد بينا ان شرط الوجوب الغنى وذلك لا يثبت بدون حقيقة الملك والدليل عليه اباحة الاخذ له
وان كان في يده كسبه ويؤدي المسلم عن مملوكه الكافر عندنا. وقال الشافعي لا يؤدي عنه وهذه المسئلة تبتنى على اصل وهو ان الوجوب
عندنا على المولى عن عبده فيعتبر المولى له وعنده الوجوب على العبد ثم يتحمل المولى عن عبده فيعتبر كون العبد اهلا للوجوب عليه
وهو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر رضه ان النبي عم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد وانها طهرة للصايم ووجوب
الصوم على العبد وقيل صدقة الفطر للصوم كسجود السهو للصلاة والسجود انما يجب على المصلي لا على غيره. وقال ابن عمر رضه عنه
في صدقة الفطر ثلثة اشيا قبول الصوم والفلاح والنجاة خوطب بالادا وجعله بمنزلة النفقة ونفقة المملوك على المولى
فكذا صدقة الفطر عنه ثم هذه صدقة واجبة باعتبار ملكه فكان عليه ابتداء كزكوة المال عن عبد التجارة وهذا لان
العبد ونحاله الفقير لا يملك شيا لان ذلك الفقير من اهل الملك والعبد لا فاذا لم يجب على الفقير الذي لا يملك شيا فلان لا يجب
على العبد اولى والدليل عليه انه لا يخاطب بالادا بحال بخلاف الصغير الذي لا مال له فانه يخاطب بالاداء بعد البلوغ اذا لم يؤد عنه
وليه وحرف على في حديث ابن عمر بمعنى عن قال الله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس بدليل سائر الاخبار
ولا معتبر بالصوم فانه يجب على الرضيع ولا صوم عليه وعلى سبيل الابتدا في المسئلة. ولنا حديث نافع ابن عمر ومقسم عن ابن عباس
ان النبي عم قال ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولكنه شاذ وقد بينا ان السبب راس يمونه ويلي عليه وذلك لا يختلف بكفر المملوك
واسلامه ولا يؤدي الكافر عن مملوكه المسلم اما عندنا فلان الوجوب على المولى وليس باهل له وعند الشافعي يتحمل المولى عن مملوكه المسلم ثم
يستدعي اهلية العبادة والكافر ليس باهل له والوجوب على العبد عنده باعتبار تحمل المولى الادا عنه فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا
واذا كان للولد الصغير مال ادى عنه ابوه من مال الصغير في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذا يضحي عنه من ماله استحسانا في قول ابي حنيفة رح
ذكر في كتاب الحيل وقال محمد وزفر يؤدي من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن وكذا الخلاف في الوصي الا ان عند محمد وزفر الوصي لا يؤدي عنه اصلا
والقياس ما قالا لانها زكوة في الشريعة كزكوة المال فلا يجب على الصغير ولانها عبادة والوصي ليس باهل وجوب العبادة عليه فان الوجوب
يبتنى على الخطاب استحسن ابو حنيفة وابو يوسف فقالا انها معنى المؤونة بدليل الوجوب على الغير بسبب الغير فهو كالنفقة ونفقة الصغير في ماله
اذا كان له مال ثم هذه طهرة شرعية فيقاس بنفقة الختان وهذا لانا لم نوجب عليه احتجنا الى الايجاب على الاب فكان في الايجاب في ماله بعض
حق الاب وهو اسقاطه عنه ومال الصبي يحتمل حقوق العباد وبه فارق الزكوة على قول ابي حنيفة وابي يوسف كما يؤدي عن الصغير من ماله
فكذا عن مماليكه الصغير يؤدي من مال الصغير وعند محمد لا يؤدي عن مماليكه اصلا والمعتوه والمجنون في ذلك بمنزلة الصغير وروي عن محمد
ان الاب لا يؤدي عن ابنه المعتوه والمجنون اذا بلغ لذلك فاما اذا بلغ مفيقا ثم جن فليس عليه ان يؤدي عنه من مال نفسه
ولا من ماله قال اذا بلغ مجنونا بقي ما كان واجبا ببقاء ولايته فاما اذا بلغ مفيقا فقد سقط عنه لزوال الولاية فلا يعود
بعد ذلك وان الولاية لاجل الضرورة وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف السبب راس يمونه ويلي عليه وذلك لا يختلف
بالجنون الاصلي والطارئ وليس على الرجل ان يؤدي عن اولاده الكبار. وقال الشافعي رحمه الله ان كانوا زمنى معسرين فعليه الادا
عنهم وان كانوا اصحا موسرين في عياله فله فيه وجهان واستدل بقوله ادوا عمن تمونون وهذه اربع مسائل يخالف الجد فيها الاب
في ظاهر الرواية ولا يخالف في رواية الحسن احدها وجوب صدقة الفطر والثاني التبعية في الاسلام والثالث جر الولاء والرابع
الوصية لقرابة فلان وجه رواية الحسن ان ولاية الجد عند عدم الاب ولاية كاملة وهو يمونهم فتقرر السبب في حقه ووجه ظاهر الرواية
ان ولاية الجد منتقلة من الاب اليه وهو نظير ولاية الوصي لهذا لان السبب انما يتقرر اذا كان راسا في معنى راس نفسه باعتبار الولاية
وذلك لا يتقرر في حق الاب لان ثبوت ولايته بواسطة وولايته على نفسه ثابت بدون الواسطة ولا يؤدي الزوج زكوة الفطر عن زوجته
وهو يمون زوجته ويملكه عليها نظير ملك المولى على ام ولده فانه يثبت به الفراش وحل الوطي فكما يجب عليه الادا عن ام ولده فكذلك عن زوجته

ولنا ان عليها الادا عن مماليكها ومن يجب عليها الادا عن غيره لا يجب على الغير الادا عنه وهذا لان نفسها اقرب اليها من نفس مماليكها
ثم النفقة على الزوج باعتبار العقد فلا يكون موجبا للصدقة كنفقة الاجير على المستاجر وهذا لان في الصدقة معنى العبادة
وهو ما يوجبها تحمل عنها العبادات. وقد بينا ان مجرد المؤونة بدون الولاية المطلقة لا ينتهض سببا وبعقد النكاح لا يثبت له
عليها الولاية فيما سوى حقوق النكاح بخلاف ام الولد فان للمولى عليها ولاية مطلقة بسبب ملك الرقبة وان ادى عن زوجته
بامرها جاز. وان ادى بغير امرها لم يجز في القياس كما لو ادى عن اجنبي وجوزا استحسانا في رواية عن ابي يوسف لان العادة
ان الزوج هو الذي يملك لامرها ثابتا باعتبار العادة فيكون كالثابت بالنص وليس على الرجل ان يؤدي عن ابويه ولا عن احد
من اقاربه وان كانوا في عياله لانه لا ولاية له عليهم ولانه متبرع في الانفاق عليهم فهو كمن يتبرع بالانفاق على الفقرا ولا تجب
عليهم الصدقة باعتباره ويؤدي صدقة الفطر عن نفسه حيث هو ويكره له ان يبعث بصدقته الى موضع اخر لحديث معاذ بن جبل
رضي الله عنه من نقل عشره وصدقته من مخلاف عشيرته الى غير مخلاف عشيرته فعشره وصدقته من مخلاف عشيرته. واما عن رقيقه
فانما يؤدي صدقة الفطر حيث هو وان كانوا في بلد اخر. وحكى ابن سماعة عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وقال يؤدي عنهم بحيث
حيث هم وجعله قياس الزكوة المال ولا خلاف ان المعتبر هنا لموضع المال لا موضع صاحبه فكذلك هنا. ووجه ظاهر الرواية
ان الوجوب على المولى في ذمته وراس المماليك في حقه كراسه فكما انه في اداء الصدقة عن نفسه يعتبر موضعه فكذا عن مماليكه بخلاف
الزكوة فان الواجب جزء من المال حتى يسقط بهلاك المال وهذا لا يسقط بهلاك المال بعد الوجوب على المولى. رجلان بينهما مملوك
للخدمة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنه عندنا. وقال الشافعي يجب عليهما وهو بنا على الاصل الذي تقدم بيانه فان عنده
الوجوب على العبد وهو كامل في نفسه وعندنا الوجوب على المولى عن عبده وكل واحد منهما لا يملك ما يسمى عبدا فان نصف العبد ليس بعبد
وعلى سبيل الابتدا هو يستدل بقوله عم ادوا عمن تمونون وهما يمونانه فان نفقته عليهما فكذلك الصدقة عنه. ولنا ان السبب راس يمونه
ويلي عليه وليس لواحد منهما عليه ولاية حتى لو اراد ان يزوجه لا يملك ذلك ومجرد وجوب النفقة لا يكون علة لوجوب الصدقة فان النفقة تجب
باعتبار ملك سائر الحيوانات ولا تجب الصدقة ما لم يتقرر السبب وهو راس يمونه ويلي عليه فان كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة
لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كان ملكا في نفسه حتى اذا كان بينهما
خمسة اعبد يجب على كل واحد منهما الصدقة عن عبدين ومذهب ابي يوسف رح مضطرب ذكر في بعض روايات هذا الكتاب كقول محمد
والاصح ان قوله كقول ابي حنيفة رح فابو حنيفة مر على اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد
على اصله فانه يرى قسمة الرقيق وباعتبار القسمة ملك كل واحد منهما متكاملا وكذا مذهب ابي يوسف ان كان قوله كقول محمد وان كان قوله
كقول ابي حنيفة فعذره ان القسمة يبتنى على الملك فاما وجوب الصدقة يبتنى على الولاية لا على الملك حتى تجب الصدقة على الولد الصغير
وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء من هذه الرؤس وان كان بينهما جارية جاءت بولد فادعياه ثم مر يوم الفطر فلا صدقة على واحد منهما عن الام
لما بينا. فاما عن الولد يجب على كل واحد منهما صدقة كاملة في قول ابي يوسف رح وعند محمد رح يجب عليهما صدقة واحدة ولا رواية فيه
عن ابي حنيفة محمد يقول الاب احدهما في الحقيقة وصدقة الفطر عليه وليس احدهما باولى من الاخر فجعلناها عليهما نصفين. الا ترى انه
يرث من كل واحد منهما ميراث ابن ويرثانه ميراث اب واحد وابو يوسف يقول هو ابن لكل واحد منهما بكماله لان البنوة لا تحتمل التجزي
الا ترى انه يرث من كل واحد منهما ابن كامل فكذا يجب على كل واحد منهما عنه صدقة واحدة وليس على الرجل صدقة الفطر في مماليك التجارة
عندنا. وعند الشافعي رح يجب وهو بنا على الاصل الذي بينا فان عنده الوجوب على العبد وزكوة التجارة على المولى ولا يمنع ذلك
وجوب زكوة الفطر على العبد وزكوة التجارة على المولى ولا يمنع ذلك وجوب زكوة الفطر على العبد وعندنا الوجوب على المولى زكوة
التجارة ولا يجتمع زكوتان على ملك واحد على رجل واحد وله ان يجمع نفسه ومماليكه فيعطيها مسكينا واحدا لقوله عم اغنوهم عن المسئلة
عن المسئلة في مثل هذا اليوم والاغنا يحصل بصرف الكل الى واحد فوق ما يحصل بالتفريق ولان المعتبر العدد المنصوص عليه وصفة
الفقر في المصروف اليه وذلك لا يختلف بالتفريق والجمع فجاز الكل وهذا خلاف الكفارة فانه لو صرف الكل الى مسكين واحد جملة لا يجوز
لان العدد في المصروف اليه منصوص عليه ثم فلا بد من وجوده صورة ومعنى وان اعطى قيمة الحنطة جاز عندنا وعند الشافعي رحمه الله
لا يجوز واصل الخلاف في الزكوة وكان ابو بكر الاعمش يقول اداء الحنطة افضل من اداء القيمة لانه اقرب الى امتثال الامر وابعد من اختلاف
العلماء فكان الاحتياط فيه وكان الفقيه ابو جعفر رح يقول اداء القيمة افضل لانه اقرب الى منفعة الفقير فانه يشتري به للحال
ما يحتاج اليه والتنصيص على الحنطة والشعير كان لان البياعات في ذلك الوقت بالمدينة يكون بها فاما في ديارنا البياعات تجري بالنقود

وهي اعز النقود فالاداء افضل . ومن مات من مماليكه وولده ليلة الفطر فلا صدقة عليه عنهم وان مات بعد الصبح فالصدقة واجبة
عنهم ولا خلاف ان وجوب الصدقة متعلق بالفطر من رمضان وانما الخلاف في وقت الفطر من رمضان عندنا وقت الفطر الفجر من يوم الفطر
وعنده وقت غروب الشمس من الليلة التي يهل فيها شوال الحجة لابيان هذا الاصل ان حقيقة الفطر عند غروب الشمس وكذا
انسلاخ شهر رمضان يكون عنده وبه هلال شوال وذلك عند غروب الشمس . وحجتنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال انما امركم عن يوم تفطرون فيه عن صومكم ويوم تاكلون فيه لحم نسككم ولان حقيقة الفطر عند غروب الشمس كما يكون
في هذا اليوم كذلك فيما قبله والفطر من رمضان كما يتحقق بما يكون مخالفا لما تقدم وذلك عند طلوع الفجر لان فيما تقدم كان يلزمه الصوم
في هذا الوقت وفي هذا اليوم يلزمه الفطر وهذا اليوم يسمى يوم الفطر فينبغي ان يكون الفطر من رمضان فيه ليتحقق هذا الاسم فيه كيوم الجمعة
يجب فيه الجمعة ويؤدى ليتحقق هذا الاسم اذا عرفنا هذا فنقول كل من اسلم من الكفار ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر عندنا لان وقت
الوجوب جاء وهو مسلم وكل من يولد ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر لانه جاء وقت الوجوب وهو منفصل ومن مات من اولاده ومماليكه ليلة الفطر
فليس عليه صدقة الفطر عنه لانه جاء وقت الوجوب وهو ميت ومن مات بعد طلوع الفجر منهم فعليه الصدقة عنه لان وقت الوجوب جاء
وهو حي وصدقة الفطر بعدما وجبت لا تسقط بموت المودى عنه بخلاف الزكوة فان الواجب هناك جزء من المال فبهلاكه يفوت محل الواجب
وهنا الصدقة تجب في ذمة المودي فبموت المودى عنه لا يفوت محل الواجب فلهذا لا يسقط حتى روي عن ابي يوسف رح في الامالي ان من قال
اذا جاء يوم الفطر فانت حر فعليه صدقة الفطر عنه لانه انما عتق بعد طلوع الفجر فلا يسقط به الصدقة الواجبة عنه . والدليل على ان
الوجوب عند طلوع الفجر حديث ابن عمر رض كان النبي عم يامرنا باداء الصدقة قبل الخروج الى المصلى والمقصود بهذا الامر المسارعة
الى الاداء لا التاخير عن وقت الوجوب . واذا مر يوم الفطر وفي يد الرجل مملوك قد اشتراه وفي البيع خيار لاحد المتبايعين فانما الصدقة
على من استقر له الملك عندنا . وعند زفر رح على من يثبت له الخيار وعند الشافعي رح على من له ملك العبد وقت الوجوب هو يقول
هذه مونة بسبب الملك فيكون نظير النفقة والنفقة تجب على من له الملك وقت الوجوب فكذا الصدقة وزفر جعل الولاية لمن له الخيار على المشتري
ووجوب الصدقة باعتبار الولاية على الراس . ولنا ان البيع بشرط الخيار اذا تم الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد المتصلة
والمنفصلة واذا فسخ عاد الى قديم ملك البائع بحكم الملك والولاية تتوقف فيه فكذا ما ينبني عليه وما يجب عليه بسبب الملك فانما تستحقه
بسبب الملك وهو الزوائد فكما يتوقف حكمه واستحقاقه فكذا حكم الاستحقاق وعليه الا ان النفقة لا تحتمل التوقف لانها تجب لحاجة المملوك
للحال واذا جعلناها موقوفة مات المملوك جوعا ولاجل الضرورة اعتبرنا فيه الملك للحال واذا جعلناها موقوفة بخلاف الصدقة وكذا الخلاف
في زكوة التجارة ان كان اشتراها للتجارة وان لم يكن في البيع خيار الا ان المشتري لم يقبضه حتى مر يوم الفطر فان قبضه بعد ذلك فصدقته عليه
لانه كان مالكا له وقت الوجوب وقد تقرر ملكه بقبضه وان هلك قبل ان يقبضه فلا صدقة على واحد منهما . اما البائع فلانه لم يكن مالكا
وقت الوجوب لان البيع البات يزيل ملكه واما المشتري فلان البيع انفسخ من الاصل بهلاك المعقود عليه قبل القبض فينعدم به ملكه
من الاصل ووجوب الصدقة بحكم الملك ولم يبق ملكه حكما حين انفسخ البيع من الاصل وان لم يمت ورده قبل القبض بعيب او خيار رؤية
فصدقته على البائع ولا شيء على المشتري لان البيع انفسخ من الاصل بالرد قبل القبض بهذه الاسباب وعاد الى قديم ملك البائع فكانه لم يخرج
من ملكه بخلاف الاول فان انفساخ البيع هنا بعد الهلاك لفوات القبض المستحق بالعقد فلا يظهر حكم ملك البائع في حال قيامه وان رده
بعد القبض بعيب او خيار رؤية فصدقته على المشتري لان البيع انفسخ من الاصل بالرد قبل ملكه وولايته كانت تامة وقت الوجوب
لكونه قابضا فوجبت الصدقة عليه ثم لا يسقط عنه بزوال ملكه عن العين كما لا يسقط بهلاكه في يده وان كان اشتراه شراء فاسدا فمر يوم الفطر
قبل ان يقبضه فصدقته على البائع سواء قبضه المشتري بعد ذلك فاعتقه او لم يقبضه وفسخ البيع لان البيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه
فبقي ملك البائع بعده كما كان قبله واذا قبضه المشتري بعد ذلك فزال الملك عن البائع كان مقصورا على الحال لان السبب انما تم الان
والموهوب في هذا نظير المشتري شراء فاسدا وان مر يوم الفطر وهو مقبوض فان اعتقه المشتري فصدقته عليه لانه كان مالكا وقت الوجوب
وتقرر ملكه بنفوذ عتقه وان رده فصدقته على البائع لانه عاد الى قديم ملكه وان المشتري كان قابضا مالكا وقت الوجوب ولكن ملكه
مستحق الرفع عنه شرعا فاذا رفع صار كان لم يكن بخلاف الرد بالعيب وخيار الرؤية فانه غير مستحق الرفع عليه ولكنه يرفعه باختياره
فاذا عجز المكاتب فليس على المولى فيه زكوة السنين الماضية لفطر ولا تجارة اما زكوة الفطر فلان السبب راس يمونه بولايته عليه وذلك
لم يكن موجودا فيما مضى واما زكوة التجارة فلانه ما كان متمكنا من التصرف فيه بل كان خارجا من ملكه وكذا اذا كان العبد ابقا فوجد لانه كان
ناويا في السنين الماضية فليس عليه زكوة الفطر ولا التجارة وكذلك اذا كان مغصوبا مجحودا لان ملكه تاوي وبيده مقصور عنه واذا عجز المكاتب

وان كان

وقد كان قبل الكتابة للتجارة لم يعد الى حاله لانه بعقد الكتابة صار خارجا من التجارة فانه اخرجه من ان يكون محلا للتصرف فلا يصير للتجارة
بعده الا بالفعل وهو التجارة وعليه زكوة الفطر عنه اذا مر يوم الفطر لان المملوك في الاصل للخدمة حتى يجعله للتجارة بخلاف ما اذا اذن
لعبده في التجارة ثم حجر عليه وقد كان اشتراه للتجارة لانه صار خارجا من التجارة فيه فانه بالاذن لم يخرجه من ان يكون محلا للتصرف واذا لم يخرج
الرجل صدقة الفطر فعليه اخراجها وان طالت المدة الا على قول الحسن بن زياد فانه يسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت
باحد يومي العيد فكانت قياس الاضحية تسقط بمضي ايام النحر . ولنا ان هذه صدقة مالية لا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء
كزكوة المال ولا نقول الاضحية تسقط ولكن ينتقل الواجب الى التصدق بالقيمة لان اراقة الدم لا تكون قربة الا في وقت مخصوص
او مكان مخصوص فاما التصدق بالمال قربة في كل وقت ولم يذكر في الكتاب جواز التعجيل في صدقة الفطر الا في بعض النسخ فانه قال
لو ادى قبل الفطر بيوم او بيومين جاز والصحيح من المذهب عندنا ان تعجيله جائز لسنة وسنتين لان السبب متقرر وهو الراس فهو نظير تعجيل الزكوة
لكن بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانه صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وكان نوح بن ابي مريم يقول تعجيله في النصف الاخير
من رمضان ومنهم من قال في العشر الاواخر منه ويجوز ان يدفع صدقة الفطر الى اهل الذمة وقال الشافعي لا يجوز وعن ابي يوسف
ثلاث روايات في رواية قال كل صدقة مذكورة في القرآن لا يجوز دفعها الى اهل الذمة فعلى هذه الرواية يجوز دفع صدقة الفطر الى اهل
الذمة . وفي رواية قال كل صدقة هي واجبة بايجاب الشرع ابتداء من غير سبب من العبد لا يجوز دفع صدقة الفطر اليهم ويجوز دفع الكفارات
والنذور اليهم وفي رواية قال كل صدقة هي واجبة لا يجوز دفعها اليهم فعلى هذا لا يجوز دفع الكفارات اليهم وانما يجوز دفع التطوعات
والشافعي رح يقيس هذا بزكوة المال بعلة انها صدقة واجبة فان الصدقة المالية صلة واجبة للمحاويج المناسبين له في الملة
فلا يجوز صرفها الى غيرهم والمقصود منه ان يتقوى به على الطاعة ويتفرغ عن السؤال لاقامة صلاة العيد ولا يحصل هذا المقصود
بالصرف الى اهل الذمة كما لا يحصل بالصرف الى المستامنين فكما لا يجوز صرفها اليهم فكذا الى اهل الذمة . ولنا ان المقصود سد
خلة المحتاج ودفع حاجته بفعل هو قربة من المودي وهذا المقصود حاصل بالصرف الى اهل الذمة فان التصدق عليهم قربة بدليل
التطوعات لانا لم ننه عن المبرة لمن لا يقاتلنا . قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية بخلاف المستامن فانه مقاتل
وقد نهينا عن المبرة مع من يقاتلنا . قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية والقياس ان يجوز صرف الزكوة اليهم
انما تركنا هذا القياس بالنص وهو قوله عم لمعاذ رض خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم فالمراد به الزكوة لا صدقة الفطر
والكفارات اذ ليس للساعي فيها ولاية الاخذ فبقي على اصل القياس وان فقراء المسلمين احب الي لانهم ابعد عن الخلاف ولانهم يتقوون بها
على الطاعة وعبادة الرحمن والذمي يتقوى به على عبادة السلطان . واذا كان للرجل دار وخادم ولا مال له غير ذلك فليس عليه صدقة
الفطر لانه تحل له اخذ الصدقة ولانه محتاج فان الدار لسكناه والخادم يستنفق ولا بد له منهما فما يكون في حاجته لا يغنيانه ○
وقد بينا ان الصدقة لا تجب الا على الغني لان وجوبها للاغنياء كما قال اغنوهم ولا يخاطب بالاغناء من ليس بغني في نفسه فاذا اذن
الرجل لعبده في التجارة فعلقت رقبته بالدين ومولاه موسر فعليه صدقة غير معتبر الوجوب كما في ولده وام ولده وبسبب الاذن
في التجارة لم يخرج من ان يكون للخدمة لانه يشغله بنوع من خدمته وهذا بخلاف ما اذا كان الدين المستغرق على المولى لانه لا يلزمه
صدقة الفطر لان الدين عليه يبقى . ولا صدقة الا على الغني فان اشترى العبد الماذون عبدا فليس على المولى عنهم صدقة الفطر
لانه انما اشتراهم للتجارة . وفي الامالي عن ابي يوسف رح انه ان اشتراهم للخدمة فان اذن المولى في ذلك فعلى المولى صدقة الفطر عنهم
لانه مالك لرقابهم وان كان على العبد دين مستغرق لكسبه ورقبته فعلى قول ابي حنيفة رح لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه ○
بناء على اصله لانه لا يملك رقابهم . وعن ابي يوسف ومحمد رح على المولى صدقة الفطر عنهم بناء على اصلهما ان دين العبد لا يمنع
ملك المولى في كسبه كما لا يمنع ملكه في رقبته وزكوة الفطر في العبد الموصى بخدمته على مالك الرقبة وان وما ويوصي له بتعذر السبب
في حقه فاما الموصى له بالخدمة فحقه في المنفعة لا في الرقبة وكذا العبد المستعار والمواجر تجب الصدقة عنه على المالك
دون المستعير والمستاجر وكذا العبد الوديعة تجب الصدقة عنه على المودع فان يد المودع كيده وكذا ان كان في عنقه جناية عمدا او خطا
لان ملكه وولايته لا تزول بهذا السبب وكذا العبد المرهون تجب الصدقة عنه على الراهن اذا كان عنده وفاء بالدين وفضل ما يبلغ [illegible]
لان الرهن لا يزيل ملك الرقبة ولا يوجب فيها حقا للمرتهن انما حق المرتهن في المالية وذلك غير معتبر لايجاب الصدقة . وفي الاملاء عن ابي يوسف
ليس على الراهن ان يؤدي الصدقة عنه حتى يفتكه فاذا افتكه اعطاها لما مضى وان هلك قبل ان يفتكه فلا صدقة على الراهن اذا كان عنده
وفاء بالدين وجعله كالبيع بشرط الخيار ويبقى الكلام في بيان القدر الواجب من الصدقة وذلك نصف صاع في قول علمائنا

وعلى قول الشافعي رح صاع ۝ واستدل بحديث ابن عمر رض فانه ذكر صاعا من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير والتقدير بنصف صاع في
الحنطة معاوية في زمانه برأيه على ما قال ابو سعيد الخدري رض كنا نخرج زكوة الفطر صاعا من طعام حتى قدم معاوية من الشام فقال لا ارى
مدين من بر الشام يعدل صاعا من طعام فكره هذا ابو سعيد واكثر ما في الباب ان الآثار فيه قد اختلفت والاخذ بالاحتياط في باب العبادات اولى
والاحتياط في اتمام الصاع وقاسه بالشعير والتمر لعلة انه احد الانواع التي يتأدى بها صدقة الفطر ۝ ولنا حديث عبد الله
ابن ثعلبة بن صعير كما رويناه في اول الباب ۝ وفي حديث آخر قال عم وعن كل اثنين صاعا من بر فالذي روى الصاع كانه سمع آخر الحديث
لا اوله وهو قوله وعن كل اثنين فظن انه صاع عن كل واحد ونصف صاع مذهب ابي بكر وعمر وعلي وجماعة من الصحابة رضوان الله عليهم حتى قال ابو الحسن
لم ينقل عن احد منهم انه لا يجوز اداء نصف صاع من بر وبهذا يندفع ما قال من رأي معوية ... على كراهة الاداء فان كعب بن عجرة
سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اما الصدقة فقال ثلثة اصوع على ستة مساكين وليس البر نظير التمر والشعير فان التمر
والشعير على ما ليس بما يؤكل كله والفقير يمكنه اكل دقيق الحنطة بنخالته وقد بينا خلاف الشعير وقد بينا تفسير الصاع
فيما تقدم وانما يعتبر نصف صاع من بر وزنا هكذا رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ۝ وقال ابراهيم بن محمد ... قلت له
لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاها الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة الوزن وقد تكون خفيفة وانما يعتبر
نصف صاع كيلا ۝ وجه قولنا ان الآثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال وجه الرواية الاخرى ان العلماء اختلفوا
في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث فاذا اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن علمنا انه يعتبر فيه الرطل ووزنه
ودقيق الحنطة ودقيق الشعير كعينه عندنا ۝ وعند الشافعي رح لا يجوز الاداء من الدقيق بناء على اصله انه في الصدقات
يعتبر عين المنصوص عليه ۝ ولنا حديث ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم زكوة فطركم فان على كل مسلم
مدين من قمح او دقيقه ولان المقصود سد خلة المحتاج واغناؤه عن السوال كما قال صاحب الشرع وحصول هذا المقصود
من اداء الدقيق اظهر لانه اعجل لوصوله اليه وعلى هذا روي عن ابي يوسف رح انه قال اداء الدقيق افضل من اداء الحنطة واداء الدراهم
افضل من اداء الدقيق لانه اعجل للمنفعة فاما من الزبيب فيتقدر الواجب بنصف صاع عند ابي حنيفة رح ذكره في الجامع الصغير
وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح يتقدر بصاع وهو رواية اسد بن عمرو والحسن عن ابي حنيفة ۝ ووجهه ان الزبيب نظير التمر فانهما يتقاربان
في المقصود والقيمة فكما يتقدر من التمر بصاع فكذا من الزبيب بنصف صاع لهذا المعنى وكذا من الزبيب والاقط فيه شاذ ومثله لا يثبت التقدير
فيما تعم به البلوى ويحتاج الخاص والعام الى معرفته لانه لو كان صحيحا لاشتهر علمهم به وان اراد اخراج سائر الحبوب اعطى باعتبار القيمة
وقد بينا جواز اداء القيمة عندنا ۝ وهذا لانه ليس في سائر الحبوب نص على التقدير فالتقدير بالثاني لا يكون وكذا من الاقط يؤدى باعتبار القيمة
عندنا ۝ وقال مالك رح يتقدر من الاقط بصاع ۝ وقال الشافعي رح في كتابه لا احب الاداء من الاقط وان ادى لم يتبين لي وجوب الاعادة
وهذا الحديث روي او صاعا من اقط وبه اخذ مالك ۝ وقال كان الاقط قوتا في اهل البادية في ذلك الوقت كما ان الشعير والتمر كان قوتا
في اهل البلاد واصحابنا قالوا الحديث شاذ لم ينقل في الآثار المشهورة ومثله لا يجوز اثبات التقدير فيما تعم به البلوى فيعتبر الاعتبار بالقيمة
فان كانت قيمته قيمة نصف صاع من بر يبلغ قيمته نصف صاع من بر لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص عليه باعتبار القيمة
اذ ليس فيه ابطال التقدير المنصوص وسويق الحنطة كدقيقها في ان التقدير فيه نصف صاع لما بينا في الدقيق والله اعلم بالصواب

باب الاعتكاف

الاعتكاف قربة مشروعة بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ولا تباشروهن الآية فالاضافة الى المساجد المختصة بالقرب
وترك الوطي المباح لاجله دليل انه قربة والسنة حديث ابي هريرة وعائشة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الاواخر
من رمضان منذ قدم المدينة الى ان توفاه الله تعالى ۝ وقال الزهري عجبا من الناس كيف تركوا الاعتكاف ورسول الله كان يفعل الشيء ويتركه
وما ترك الاعتكاف حتى قبض وفي الاعتكاف تفريغ القلب عن امور الدنيا وتسليم النفس الى اربابها والتحصن بحصن حصين وملازمة بيت الله تعالى
قال عطاء مثل المعتكف كمثل رجل له حاجة الى عظيم فيجلس على بابه ويقول لا ابرح حتى تقضى حاجتي والمعتكف يجلس في بيت الله تعالى
ويقول لا ابرح حتى يغفر لي فهو اشرف الاعمال اذا كان عن اخلاص ثم جوازه يختص بمساجد الجماعات ۝ وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
كل مسجد له امام ومؤذن معلوم ويصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة فانه يعتكف فيه وكان سعيد بن المسيب يقول لا اعتكاف
الا في مسجد النبي ... المدينة والمسجد الحرام ومن العلماء من قال لا اعتكاف الا في ثلثة مساجد وضموا اليهما المسجد الاقصى

لقوله

لقوله عم لا ... الا الى ثلثة مساجد مسجدي هذا والمسجد الحرام ومسجد ابراهيم يعني مسجد بيت المقدس والدليل على الجواز في سائر المساجد
قوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد فعم المساجد في الذكر واختلفت الرواية عن ابن مسعود وحذيفة فروي ان حذيفة قال لابن مسعود عجبا
من قوم عكوف بين دارك ودار ابي موسى وانت لا تمنعهم فقال ابن مسعود ربما حفظوا ونسيت واصابوا واخطأت كل مسجد
جماعة يعتكف فيه ۝ وروي ان ابن مسعود رض مر بقوم معتكفين فقال لحذيفة وهل يكون الاعتكاف الا في المسجد الحرام فقال حذيفة
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسجد له امام ومؤذن فانه يعتكف فيه ۝ وفي الكتاب ذكر عن حذيفة قال لا اعتكاف
الا في مسجد جماعة هذا بيان حكم الجواز واما الافضل فالاعتكاف في المسجد الحرام افضل منه في سائر المساجد ۝ وفي سائر البلاد
الاعتكاف في المسجد الجامع افضل منه في سائر المساجد ۝ وروى محمد عن ابي حنيفة رح انه كان يكره الجوار بمكة ويقول انها ليست
ببلاد هجرة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجر منها الى المدينة وعلى قول ابي يوسف رح لا بأس بذلك وهو افضل وعليه
عمل الناس اليوم ثم الاعتكاف غير واجب بايجاب الشرع ابتداء الا ان يوجبه العبد بنذره فيلزمه لحديث عمر انه سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اني نذرت ان اعتكف يوما في الجاهلية او قال يومين فقال اوف بنذرك وفي شرط الاعتكاف الواجب الصوم
عندنا ۝ وقال الشافعي رح ليس بشرط ومذهبنا مروي عن ابن عباس قال لا اعتكاف الا بصوم ۝ ومذهبه مروي عن ابن مسعود
وعن علي روايتان احدى الروايتين مثل قولنا ۝ والثاني ما روي عنه قال ليس على المعتكف صوم الا ان يوجبه على نفسه
فالشافعي يستدل بهذا وبحديث عمر في سؤاله اني نذرت ان اعتكف ليلة في الجاهلية فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالوفاء بالنذر والليل لا يصام فيه ولان ابتداء الاعتكاف من وقت غروب الشمس في حق من يريد ان يعتكف شهرا وما يكون
شرط العبادة لانه ليس بشرط الاعتكاف فلا هو ركنه لان الصوم احد اركان الدين والاعتكاف نفل ... معنى القربة
ولنا ان ما يتم به الاعتكاف يلزمه بالتنصيص عليه كالتتابع في الصوم والقران في الحج والنبي صلى الله عليه وسلم ما اعتكف
الا صائما والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لا تجري على نمط واحد الا لداع يدعو اليه وليس ذلك الا بيان انه من شرائط
الاعتكاف والمعنى فيه انه لو قال لله علي ان اعتكف صائما يلزمه الجمع بينهما بقوله صائما ولا يصلح ان يجعل نصبا على المصدر
كما يقال ضربته وجيعا اي ضربا وجيعا فانه حينئذ يصير كانه قال اعتكف اعتكافا صائما والصوم لا يكون صفة للاعتكاف
والاعتكاف لبث في مقام لتعظيم ذلك المقام والصوم كف النفس عن اقتضاء الشهوة اتعابا للبدن فكيف يكون صفة له
فعرفنا انه نصب على الحال كما يقال ادخل الدار راكبا والحال الخلوة عن الايجاب لانه صفة الموجب لا صفة الواجب ومع ذلك
يلزمه الجمع بينهما فعرفنا انه انما يلزمه لانه شرط الاعتكاف كمن يقول لله علي ان اصلي طاهرا وشرط الشيء تبعه فيثبت سواء ذكره او لم يذكره
بخلاف قوله احج قارنا فان القران بالعمرة بالانضمام الى الحج يزداد فيه معنى القربة ولهذا لزمه دم القران وهو دم نسك وعن كلامه جوابان
احدهما ان الصوم شرط الاعتكاف والشرائط انما تثبت بحسب الامكان ولا يمكن اشتراط الصوم ليلا فسقط للتعذر وجعل الليالي
تبعا للايام كما ان الشرب والطهور يجعل تبعا في الارض ۝ والثاني ان شرط الاعتكاف ان يكون مؤديا في وقت الصوم ووجود الصوم
في النهار يتصف جميع الشهر فانه وقت للصوم دليله شهر رمضان صار الشرط به موجودا كما ان شرط الصلاة ان يقوم اليها طاهرا
وذلك يحصل في جميع البدن بغسل الاعضاء الاربعة ۝ وحديث عمر دليلنا فان النبي عم قال اعتكف وصم وبلفظ رسول الله
صلى الله عليه وسلم تبين ان الصحيح من الرواية اني نذرت ان اعتكف يوما ۝ فاما التطوع من الاعتكاف في رواية الحسن عن ابي حنيفة
لا يكون الا بصوم ولا يكون اقل من يوم وجعل الصوم للاعتكاف كالطهارة للصلاة ۝ وفي ظاهر الرواية يجوز النفل من الاعتكاف
من غير صوم فانه قال في الكتاب اذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما اقام بالمسجد فاذا خرج وهذا لان مبنى النفل على المسامحة
والمساهلة حتى تجوز صلاة النفل قاعدا مع القدرة على القيام وراكبا مع القدرة على النزول والواجب لا يجوز تركه ولا ينبغي
للمعتكف ان يخرج من المسجد الا لجمعة او غائطا او بولا اما الخروج للبول والغائط فلحديث عائشة رض قالت كان النبي صلى الله
عليه وسلم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولان هذه الحاجة معلوم وقوعها في زمان الاعتكاف ولا يمكن قضاؤها في المسجد
فالخروج لاجلها صار مستثنى بطريق العادة ۝ وكان مالك رح يقول اذا خرج لحاجة الانسان لا ينبغي ان يدخل تحت سقف
فان آواه سقف غير سقف المسجد فسد اعتكافه وهذا ليس بشيء فان النبي عم كان يدخل حجرته فاذا خرج للحاجة لم يمكث في منزله
بعد فراغه من الطهور لان الثابت للضرورة يتقدر بقدر الضرورة ۝ واما الخروج للجمعة فلا يفسد اعتكافه عندنا وقال
الشافعي رح يفسده فان كان اعتكافه دون سبعة ايام اعتكف في اي مسجد شاء وان كان سبعة ايام او اكثر اعتكف في المسجد

الجامع قال لأن ركن الاعتكاف هو المقام والخروج ضده فيكون مفسدا له إلا بقدر ما تحققت الضرورة ولا ضرورة إلى الخروج للجمعة فإنه يمكنه
أن يعتكف في الجامع فلا يحتاج إلى هذا الخروج فهو كالخروج إلى عيادة المريض وتشييع الجنازة سواء ولنا أن الخروج للجمعة معلوم وقوعها
في مدة الاعتكاف لا محالة وهذا لأن الناذر قصد التزام القربة لا المعصية والتخلف عن الجمعة معصية فعلم يقينا أنه لم يقصد بنذره
وإذا اعتكف في الجامع كان خروجه أكثر لأنه يحتاج في الخروج لحاجة الإنسان إلى الرجوع إلى بيته وإن كان بيته بعيدا من الجامع يزداد
خروجا إذا اعتكف في الجامع على ما إذا اعتكف في مسجد حيه فإذا أراد الخروج إلى الجمعة قال في الكتاب يخرج حين تزول الشمس فيصلي
قبلها أربعا وبعدها أربعا أو ستا قالوا هذا إذا كان معتكفه قريبا من الجامع بحيث لو انتظر زوال الشمس لا تفوته الخطبة ولا الجمعة
فإن كان بحيث يفوته لم ينتظر زوال الشمس ولكنه يخرج في وقت يمكنه أن يأتي الجامع فيصلي أربع ركعات قبل الأذان عند المنبر وفي رواية الحسن
ست ركعات ركعتان تحية المسجد وأربع سنة وكذا بعد الجمعة يمكث مقدار ما يصلي أربع ركعات أو ستا على حسب اختلافهم في سنة الجمعة
ولا يمكث أكثر من ذلك لأن الخروج للحاجة والسنن تبع للفرائض فلا حاجة بعد الفراغ من السنة فإن مكث أكثر من ذلك لم يضره ذكره ابن سماعة
عن محمد رح قال لا أرى أنه لو بدا له فأتم اعتكافه في الجامع جاز وهذا لأن المفسد للاعتكاف الخروج من المسجد لا المكث في المسجد إلا أنه لا يستحب له
ذلك لأنه التزم أداء الاعتكاف في مسجد واحد فلا ينبغي أن يتمه في مسجدين ولا يعود المعتكف مريضا ولا يشهد جنازة إلا على قول الحسن
البصري رح فإنه روى حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يعود المعتكف المريض ويشهد الجنازة ولنا حديث عائشة أن النبي عم
كان في اعتكافه إذا خرج لحاجة الإنسان يمر بالمريض فيسأل عنه ولا يعرج عليه ولأن هذا لم يكن معلوم الوقوع في مدة اعتكافه فالخروج
لأجله لم يكن مستثنى كالخروج لتلقي الحاج وتشييعهم وما كان من أكل وشرب يكون في معتكفه لأنه لا ضرورة في الخروج لأجله فإن هذه الحاجة
يمكن قضاؤها في معتكفه وإذا مرض المعتكف في اعتكاف واجب فأفطر يوما استقبل الاعتكاف لأن من شرط الاعتكاف الصوم
وفوات شرط العبادة لا تبقى بدون شرطها كما لا تبقى بدون ركنها وإن خرج من المسجد يوما أو أكثر من نصف يوم فكذا الجواب
لأن ركن الاعتكاف قد فات فأما إذا خرج ساعة من المسجد فعلى قول أبي حنيفة رح يفسد اعتكافه وعندهما لا يفسد ما لم يخرج أكثر من نصف
يوم وقول أبي حنيفة رح أقيس وقولهما أوسع قالا اليسير من الخروج عفو لدفع الحرج فإنه إذا خرج لحاجة الإنسان لا يؤمر بأن يسرع
المشي وله أن يمشي على التؤدة فظهر أن القليل من الخروج عفو والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل أكثر من نصف يوم فإن الأقل تابع
للأكثر فإن كان في أكثر اليوم في المسجد يجعل كأنه في جميع اليوم في المسجد كما قلنا في نية صوم رمضان إذا وجدت في أكثر اليوم يجعل كوجوده
في جميع اليوم وأبو حنيفة يقول ركن الاعتكاف هو المقام في المسجد والخروج ضده فيكون مفوتا ركنه كالأكل في الصوم ركن العبادة والقليل
والكثير سواء كالأكل في الصوم والحدث في الطهارة قال ولا تعتكف المرأة إلا في مسجد بيتها وقال الشافعي لا اعتكاف إلا في مسجد
جماعة الرجال والنساء فيه سواء قال لأن مسجد البيت ليس له حكم المسجد بدليل جواز بيعه والنوم فيه للجنب والحائض وهذا لأن المقصود
تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وذلك لا يوجد في مساجد البيوت ولنا أن موضع الاعتكاف في حقها الموضع الذي تكون صلاتها فيه
أفضل كما في حق الرجل وصلاتها في مسجد بيتها أفضل فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن أفضل صلاة المرأة فقال في أشد مكان من بيتها ظلمة
وفي الحديث أن النبي عم لما أراد الاعتكاف أمر بقبته فضربت في المسجد فلما دخل المسجد رأى قبابا مضروبة فقال لمن هذه فقيل لعائشة
وحفصة فغضب وقال آلبر يردن بهن وفي رواية يردن بهذا وأمر بقبته فنقضت فلم يعتكف في ذلك العشر فإذا كره لهن الاعتكاف في المسجد
مع أنهن كن يخرجن إلى الجماعة في ذلك الوقت فلأن يمنعن في زماننا أولى وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رح أنها إذا اعتكفت في مسجد الجماعة
جاز واعتكافها في مسجد بيتها أفضل وهذا هو الصحيح لأن مسجد الجماعة يدخله كل أحد وهي لطول النهار لا تقدر أن تكون مستترة
ويخاف عليها الفتنة من الفسقة فمنع لهذا وليس بمعنى راجع إلى عين الاعتكاف فلا يمنع جواز الاعتكاف فإذا اعتكفت في مسجد بيتها
فتلك البقعة في حقها كمسجد الجماعة في حق الرجل لا تخرج منه إلا لحاجة الإنسان فإن حاضت خرجت لأنه لا يلزمها به الاستقبال إذا كان
اعتكافها شهرا أو أكثر ولكنها تصلي قضاء أيام الحيض حين تطهر وقد بينا هذا في الصوم المتتابع في حقها ومسجد بيتها الموضع الذي تصلي فيه
الصلوات الخمس من بيتها وقال الرجل لله علي اعتكاف شهر فعليه اعتكاف شهر متتابع في قول علمائنا وقال زفر رح هو بالخيار إن شاء تابع
وإن شاء فرق قال لأن الاعتكاف فرع على الصوم فإن ما لا أصل له في الفرائض لا يصح التزامه بالنذر ولا أصل للاعتكاف في الفرائض
سوى الصوم ثم التتابع لا يجب بمطلق النذر في الصوم فكذا في الاعتكاف والدليل على التسوية أن تعيين الوقت إليه ولا يتعين لأدائه الشهر
الذي يعقب نذره فيهما خلافا للأيمان والآجال والإجارات فإنه يتعين لها الشهر الذي يعقب السبب ولنا أن الاعتكاف يدوم بالليل
والنهار جميعا فمطلق ذكر الشهر فيه يكون متتابعا كما لو حلف لا يكلم فلانا شهرا والآجال والإجارات بخلاف الصوم فإنه لا يدوم

الليل

الليل والنهار وتأثيره أن ما كان متفرقا في نفسه لا يجب الوصل فيه إلا بالتنصيص وما كان متصل الأجزاء لا يجوز تفريقه إلا بالتنصيص ثم الاعتكاف
من حيث الابتداء يشبه الصوم فإن أداءه يستدعي فعلا من جهته وكل وقت لا يصلح له كاليوم الذي أكل فيه بخلاف الأيمان فإن موجب اليمين
لا يستدعي فعلا من جهته وكل وقت صالح له فيتعين له الوقت الذي يعقب السبب ومن حيث الدوام الاعتكاف يشبه الأيمان والآجال
دون الصوم فصار الحاصل أن الأيمان والآجال والإجارات عام في الوقت ابتداء ودواما والصوم خاص في الوقت ابتداء ودواما
والاعتكاف خاص في الوقت ابتداء عام في الوقت دواما فمن حيث الابتداء ألحقناه بالصوم فكان تعيين الوقت إليه ومن حيث الدوام
ألحقناه بالآجال والأيمان فكان متتابعا وكذا لو قال في نذره ثلثين يوما فهذا وقوله شهرا سواء لأن ذكر أحد العددين من الأيام والليالي
بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر قال الله تعالى ثلث ليال سويا وفي تلك القصة في موضع آخر ثلثة أيام
إلا رمزا فقوله ثلثين يوما أي بلياليها أي متتابعا وإن قال لله علي اعتكاف شهر بالنهار فهو كما قال فإن شاء تابع وإن شاء فرق لأن وجوب
التتابع لاتصال بعض الأجزاء بالبعض وقد انقطع بدليل تنصيصه على الشهر دون الليالي فإن لم يقل بالنهار ونواه فنيته باطلة لأن الشهر
اسم لقطعة من الزمان من حين يهل الهلال إلى أن يهل الهلال فتدخل في لفظه الشهر والليالي فإنما نوى تخصيص ما ليس في لفظه وذلك باطل
كمن قال لا آكل ونوى مأكولا دون مأكول ولأن هذا استثناء لبعض الوقت الذي سماه والاستثناء بالنية لا يصح كما لو قال شهرا ونوى
نصف شهر بخلاف ما لو قال ثلثين يوما ونوى بالنهار دون الليل لأن هناك إنما نوى حقيقة كلامه فإن اليوم في الحقيقة هو بياض النهار
فلهذا أعملنا نيته أو لأنه نوى تخصيص ما في لفظه وإن قال لله علي اعتكاف شهر كذا فمضى ولم يعتكف فعليه قضاؤه لأنه أضاف النذر
بالاعتكاف إلى زمان بعينه كإضافة النذر بالصوم إليه فلزمه أداؤه وإذا فات وقت الأداء فعليه قضاؤه وهذا في شهر سوى شهر رمضان
يجب عليه فأما إذا قال علي اعتكاف شهر رمضان فمضى ولم يعتكف فعليه قضاؤه فإن كان لم يصم في الشهر لمرض أو سفر قضى اعتكافه بقضاء
صوم الشهر فإن كان صام الشهر فعليه صوم شهر وعند زفر رح والحسن بن زياد لا صوم عليه لأنه تعلق اعتكافه بصوم رمضان
فإذا صام ولم يعتكف بقي الاعتكاف بغير صوم والاعتكاف الواجب لا يكون إلا بالصوم ووجه ظاهر الرواية أن نذره قد صح
وتعلق بالزمان الذي عينه فإذا لم يعتكف فيه انقطع هذا التعيين وصار دينا في ذمته فكأنه قال لله علي اعتكاف شهر فالتزام الاعتكاف
يكون التزاما بشرطه وهو الصوم ولهذا قلنا لو اعتكف في الزمان القابل قضاء عما التزم لا يجوز وعليه كفارة اليمين إن كان أراد به يمينا
لوجود شرط حنثه وإن اعتكف ذلك الشهر الذي سماه إلا أنه أفطر منه يوما قضى ذلك اليوم لأن الشهر المتعين مجاورة الأيام متتابع
صفة التتابع في الاعتكاف لا تثبت إلا إذا أضافه إلى شهر بعينه وإذا نذرت المرأة اعتكاف شهر فحاضت فيه فعليها أن تقضي
أيام حيضها وتصلها بالشهر فإن لم تصلها به فعليها أن تستقبله لأن هذا التتابع في وسعها وما يسقط عنها معلول بأنه ليس في وسعها
ولهذا لو نذرت اعتكاف عشرة أيام فحاضت فيها فعليها الاستقبال وإذا اعتكف الرجل من غير أن يوجبه على نفسه فهو معتكف
ما أقام في المسجد وإن قطعه فلا شيء عليه لأنه لبث في مكان مخصوص فلا يكون مقدرا باليوم كالوقوف بعرفة وهذا لأن المقصود تعظيم
البقعة وذلك يحصل ببعض اليوم وقد بينا فيه رواية الحسن فإن اعتكف في مسجد فانهدم فهذا عذر فيخرج منه إلى آخر لأن المسجد
المهدوم لا يمكن المقام فيه ولأنه خرج من أن يكون معتكفا فإن المعتكف في مسجد يصلي فيه الصلوات الخمس بالجماعة ولا يتأتى ذلك
في المسجد المهدوم فكان معذورا في التحول إلى مسجد آخر ولا بأس بأن يشتري المعتكف ويبيع في المسجد ويتحدث بما لا مأثم فيه لأن
النبي عم كان يتحدث مع الناس في اعتكافه فصوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا والبيع والشراء من جنس الكلام المباح
فلا بأس به للمعتكف قالوا هذا إذا لم يحضر السلعة إلى المسجد فأما إحضار السلعة والشراء في المسجد مكروه فإن النبي عم
قال جنبوا مساجدكم إلى قوله وبيعكم وشراءكم ولأن بقعة المسجد محررة عن حقوق العباد وصارت خالصا لله تعالى فشغلها
بالبيع والتجارة بخلاف ما إذا لم يحضر السلعة فقد انعدم هنا شغل البقعة فإذا أخرجه السلطان من المسجد مكرها في اعتكاف
واجب فإن دخل مسجدا آخر كما خلص استحسنا أن يكون على اعتكافه وفي القياس عليه الاستقبال وكذا لو أخذه غريم فحبسه
وقد خرج لغائط أو بول من أصحابنا من قال القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة والأصح أن عند أبي حنيفة يلزمه الاستقبال
وهو القياس والاستحسان على قولهما فيما إذا كان خروجه أكثر من نصف يوم وجه القياس أن ركن الاعتكاف هو اللبث
قد فات فيستوي فيه المكره والطائع كما إذا فات ركن الصوم بالإكراه على الأكل وجه الاستحسان أنه معذور فيما يصنع
فإنه لا يمكنه مقاومة السلطان ولا دفع الغريم عن نفسه إلا بإيصال حقه إليه فلم يصر هو تاركا لتعظيم البقعة ولم يذكر القياس
والاستحسان فيما إذا انهدم المسجد وقال بعض أصحابنا الجواب فيهما سواء والأصح أن هناك لا يفسد اعتكافه قياسا واستحسانا

لان النذر ممن كان له الحق اذ لا صنع للعباد في ايجاد المتجدد وههنا النذر كان من جهة العباد فلهذا كان القياس فيه ان يستقبل واذا اوجب
على نفسه اعتكاف يوم دخل المسجد قبل طلوع الفجر فاقام فيه الى ان تغرب الشمس لانه التزم الاعتكاف في جميع اليوم واليوم اسم للوقت
من طلوع الفجر الى غروب الشمس بدليل الصوم وان اوجب على نفسه اعتكاف شهر دخل المسجد قبل غروب الشمس لما بينا ان الشهر اسم
لقطعة من الزمان وذلك مشتمل على الايام والليالي ومتى دخل في اعتكافه الليل مع النهار فابتداؤه يكون من الليل لانه الاصل لان كل ليلة تتبع
اليوم الذي بعدها الا ترى انه يصلي التراويح اول ليلة من شهر رمضان اليوم الذي بعد ليلة رمضان لا الاعتكاف فكذا الليلة * وعن ابي يوسف
قال في شهر بعينه هكذا يدخل المسجد قبل غروب الشمس فاما في شهر بغير عينه الخيار اليه ان شاء دخل المسجد قبل طلوع الشمس وان شاء قبل
غروب الشمس وهو افضل فان اوجب اعتكاف يومين دخل المسجد قبل غروب الشمس فاقام فيها ليلة ويومها والليلة الاخرى ويومها الى ان تغرب
الشمس فكذا هذا في ايام الكفارة اما اذا ذكر يومين فقد روي عن ابي يوسف رح انه يلزمه اعتكاف يومين بليلة تتخللها وانما يدخل المسجد
قبل طلوع الفجر قال لان التثنية غير الجمع فهذا والمذكور بلفظة الجمع سوا الا ان الليلة المتوسطة تدخل بضرورة ايصال بعض الاجزاء
بالبعض وهذه الضرورة لا توجد في الليلة الاولى * ووجه ظاهر الرواية ان في المثنى معنى الجمع قال عم الاثنان فما فوقهما جماعة
فكان هذا والمذكور بلفظ الجمع سوا * الا ترى انه لو قال الليلتين صح نذره بخلاف ما اذا قال الليلة واحدة واذا جامع المعتكف امرأته
في الفرج فسد اعتكافه سواء جامعها ليلا او نهارا عامدا او ناسيا انزل او لم ينزل لقوله تعالى ولا تباشروهن الاية فصار الجماع
بهذا النص محظورا الاعتكاف فيكون مفسدا له بكل حال كالجماع في الاحرام لما كان محظورا كان مفسدا للاحرام وقد ذكر ابن سماعة عن بعض اصحابنا
انه اذا كان ناسيا لا يفسد اعتكافه فان الاعتكاف فرع على الصوم والفرع ملحق بالاصل في حكمه وان باشرها فيما دون الفرج فانزل
فسد اعتكافه وان لم ينزل كما لا يفسد الاحرام بالمباشرة فيما دون الفرج وان انزل فانهما متقاربان في معنى ان كل واحد منهما يدوم الليل
والنهار والقول الثاني انه يفسد اعتكافه وان لم ينزل لظاهر الاية فان اسم المباشرة يتناول الجماع فيما دون الفرج كما يتناول الجماع
فيما دون الفرج فصار ذلك محظورا الاعتكاف بالنص * ووجه قولنا ان المباشرة فيما دون الفرج اذا اتصل به الانزال افسد الصوم فهو ليس
في معنى الجماع في الفرج ولا يلحق به حكما في فساد العبادة الا ترى انه لا يفسد به الصوم فكذا الاعتكاف وهذا كله اذا لم يخرج
من المسجد فان خرج لهذا الفعل فسد اعتكافه ثم مات قبل ان يقضيه اطعم عنه لكل يوم صاع من حنطة وهذا اذا اوصى لان الاعتكاف
فرع على الصوم وقد بينا في الصوم حكم الفدية فكذا في الاعتكاف فان قيل الفدية عن الصوم غير معقول ولا تثبت بطريق القياس فكيف
تثبت في الاعتكاف فعليه وان يجب في الصلوة قلنا مثل هذا ولا مدخل للقياس فيه * قلنا اما في الاعتكاف فالجواب عن هذا السؤال
سهل لان صحة النذر بالاعتكاف باعتبار الصوم فانه لا اصل له في الفرائض لا يصح التزامه بالنذر فكان التنصيص على الفدية
في الصوم تنصيصا عليه في الاعتكاف واما في الصلوة فلم يطلق الجواب في شيء من الكتب على الفدية مكان الصلاة ولكن قال في موضع
من الروايات يجزيه ذلك ان شاء الله فيفسده بالاستثناء بيانا انه لا يثبت الجواب فيه اذ لا مدخل للقياس فيه وان كان مريضا حين نذر الاعتكاف
فلم يبرأ حتى مات فلا شيء عليه لانه ليس للمريض ذمة صحيحة في وجوب اداء الصوم والاعتكاف عليه * الا ترى انه لا يلزمه اداء الصوم
رمضان بشهود الشهر فكذا لا يلزمه الاداء بالنذر والقربة تنبني على وجوب الاداء وان صح يوما ثم مات اطعم عنه عن جميع الشهر
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وفي قول محمد رح يطعم عنه بقدر ما صح من الايام وابو حنيفة وابو يوسف قالا لما صح فقد صار له
ذمة صحيحة في التزام الاداء فجعل كالمجدد للنذر في هذا الوقت والصحيح لو نذر اعتكاف شهر ثم مات بعد يوم اطعم عنه لجميع الشهر ان اوصى
حسب الوارث عليه من الثلث وان لم يوص لم يجبر الوارث عليه من النذر ولكنه ان احب فعل كما هذا وان نذر اعتكاف ليلة لم يلزمه شيء وروي
عن ابي يوسف رح ان نوى ليلة بيومها يلزمه وليس بينهما اختلاف في الحقيقة ولكن جواب محمد فيما اذا لم يكن له نية فان اسم الليل خاص لزمان لا يتصل
الصوم وشرط الاعتكاف الواجب الصوم فاذا نوى ليلة بيومها عملت نيته اعتبارا للفرد بالجمع فصار شرط الاعتكاف وهو الصوم بنيته
موجودا فصح نذره ولو صح في يوم ثم قال لله علي ان اعتكف هذا اليوم فان كان قد اكل فيه او كان بعد الزوال لم يلزمه شيء لانه اضاف النذر
بالاعتكاف الى وقت لا يقبل الصوم في حقه وان كان قبل الزوال ولم يكن اكل شيئا فعلى قول ابي حنيفة لا يصح نذره وعلى قول ابي يوسف ومحمد
يصح نذره وهو بناء على ما تقدم بيانه ان القليل من الخروج يفسد الاعتكاف عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف الخروج فيما دون نصف اليوم
لا يفسد الاعتكاف وما هو الشرط وهو الصوم يصح منه في هذا اليوم وان نذر اعتكاف وقت ماض وهو يعلم او لا يعلم فلا شيء عليه لان ما يوجبه
على نفسه معتبر بما اوجب الله عليه ولم يتعبد الله تعالى بشيء من العبادات في الزمن الماضي وصحة الالتزام باعتبار امكان الاداء وذلك لا يتحقق
في الزمن الماضي وان احرم المكلف بحج او عمرة لزمه الاحرام لانه لا منافاة بين الاعتكاف والاحرام ثم يتم اعتكافه ويشرع فيه واداء المناسك

يحتمل التاخر عن الاحرام فاذا فرغ مضى في احرامه ثم يتم الا ان يخاف فوت الحج فحينئذ يدع الاعتكاف فيحج لان ما يخاف فوته يكون اهم
فيبدأ به ثم يستقبل الاعتكاف لانه قد لزمه النذر متتابعا فاذا انقطع التتابع بخروجه كان عليه ان يستقبله واذا اوجب على نفسه
اعتكافا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم سقط عنه الاعتكاف اعتبارا لما التزمه بما اوجب الله تعالى من العبادات التي كانت وجبت عليه
حقا لله تعالى خالصا لا يبقى بعد الردة لانه خرج بالردة من ان يكون اهلا للعبادة ولانه بالردة التحق بالكافر الاصلي فان الردة تحبط عمله
والكافر الاصلي اذا اسلم لا يكون عليه اعتكاف ما لم يلتزمه بنذره بعد الاسلام فهذا مثله واذا نذر المملوك اعتكافا صح نذره فانه له
ذمة صحيحة في التزام الاداء الا ان لمولاه ان يمنعه منه لان منافعه مستحقة للمولى الا ما صار مستثنى شرعا وذلك مقدار ما يتادى
الفرائض فلا يدخل فيه ما يلتزمه من الاعتكاف باختياره فكان للمولى منعه فاذا اعتق قضاه وكذلك للزوج ان يمنع امرأته من الاعتكاف
الذي التزمته بنذرها لان منافعها مستحقة للزوج بعقد النكاح واما المكاتب فليس لمولاه منعه لانه صار احق بنفسه ومنافعه
والذي بينا في النذر كذلك في التطوع فان كان باذن المولى او الزوج فليس للزوج منع زوجته من الاتمام وللمولى منع عبده وان كان
لا يستحب له ذلك لان بالاذن للزوج ملكها منافعها وهي من اهل الملك لكنه وعد الوفاء له وخلف الوعد مذموم فلا يستحب له
وان فعل لم يكن عليه شيء غير انه قد اساء واثم وهو قياس الاحرام فان المرأة اذا احرمت باذن زوجها لم يكن للزوج ان يحللها والعبد اذا احرم
باذن مولاه كان له ان يحلله وان كره له ذلك وان اكل المعتكف نهارا ناسيا لم يفسده الاكل لان حرمة الاكل لاجل الصوم لا لاجل الاعتكاف
حين اختصت بوقت الصوم والاكل ناسيا لا يفسد الصوم بخلاف ما اذا جامع ناسيا فحرمة الجماع لاجل الاعتكاف حتى يعم الليل والنهار
وقد بينا ان ما كان حرمته لاجل الاعتكاف فيستوي فيه الناسي والعامد بالقياس على الاحرام ومعنى الفرق انه متى قرن بحاله ما يذكره
لا يبتلى بالنسيان فيه عادة فيتعذر لاجله ففي الاحرام هيئة المحرمين مذكرة له * وفي الاعتكاف كونه في المسجد مذكرا فاما في الصوم
لم يقترن بحاله ما يذكره * وفي السلام يحصل بين النسيان والعمد لانه من جنس اركان الصلاة واذا اغمي على المعتكف اياما او اصابه
لمم فعليه اذا ابرأ ان يستقبل الاعتكاف لانه ما هو شرط الاداء وهو الصوم قد فسد بتطاول الاغماء فعليه الاستقبال كان صار مجنونا
ثم افاق بعد سنين ففي القياس ليس عليه قضاء الاعتكاف كما لا يلزمه قضاء الفرائض لسقوط الخطاب عنه بالعته * وفي الاستحسان
عليه القضاء لان سبب الالتزام تقرر قبل العته فكان بمنزلة الفرائض التي لزمته بتقرر السبب قبل العته وهذا لان بالعته لم يخرج
من ان يكون اهلا للعبادة فانه اهل لثوابها فبقيت ذمته صالحة للوجوب فيما تقرر سببه ويلبس المعتكف وينام ويأكل ويتطيب
ويدهن بما شاء فان النبي عليه السلام كان يفعل ذلك كله في اعتكافه ولا يفسد الاعتكاف بنسيان ولا جماع لما ان حرمة هذه الاشياء ليس لاجل
الاعتكاف * الا ترى انه كان محرما قبل الاعتكاف فلا يفوت به ركن الاعتكاف وهو اللبث ولا شرطه وهو الصوم وكذلك ان سكر ليلا لما بينا
ان حرمة السكر ليس لاجل الاعتكاف فلا الا ترى انه كان محرما قبل الاعتكاف والصعود يكون على المئذنة وصعود المعتكف على المئذنة لا يفسد
اعتكافه اما اذا كان باب المئذنة في المسجد فهو والصعود على باب المنبر سوا وان كان بابها خارج المسجد فكذلك من اصحابنا من يقول هذا قولهما
والاصح انه قولهم جميعا * واستحسن ابو حنيفة رح هذا لانه من جملة حاجته وان مسجده انما كان معتكفا لاقامة الصلوات
بالجماعة وذلك انما يتأتى بالاذان وهو بهذا الخروج غير معرض عن تعظيم البقعة اصلا وهو ساع فيما يريد به تعظيم البقعة فلهذا
لا يفسد اعتكافه ولا بأس بان يخرج رأسه من المسجد الى بعض اهله ليغسله لما روي ان النبي عم في اعتكافه كان يخرج رأسه الى عائشة
فكانت تغسله وترجله ولانه باخراج رأسه لم يصر خارجا من المسجد فان من حلف لا يخرج من هذا الباب فاخرج رأسه لا يحنث
وان غسله في المسجد في اناء فلا بأس بذلك اذ ليس فيه تلويث المسجد * وذكر حديث عائشة ان النبي عم كان اذا اراد ان يعتكف صلى في المكان
الذي يريد ان يعتكف فيه ففي هذا دليل على ان من اراد اعتكاف يوم او نذره فانه ينبغي ان يدخل المسجد قبل طلوع الفجر وقد بينا هذا وان نذر
اعتكاف ايام العيد قضاه في وقت اخر وكفر عن يمينه ان اراد يمينا وان اعتكف فيه اجزاه وقد اساء وهذا عندنا اعتبارا للاعتكاف
وذكر محمد رح في الاصل حديث ابي سعيد الخدري رض ان النبي عم اعتكف في العشر الاوسط من رمضان فاتاه جبريل فقال ان الذي تطلب
امامك فقال النبي صلى الله عليه وسلم من كان معتكفا معنا فليعد الى معتكفه واني رأيتني اسجد في ماء وطين قال ابو سعيد فمطرنا وكان
عريش المسجد من جريد فوكف فوالذي بعثه بالحق لقد صلينا المغرب واني رأيت جبهته وارنبة انفه في الماء والطين فاما ورد هذا الحديث
لبيان ليلة القدر وفيه اختلاف بين الصحابة والعلماء بعدهم فاما ابو سعيد الخدري كان مذهبه انها ليلة الحادي والعشرين
بهذا الحديث ولم يأخذ به علماؤنا لما صح في الحديث ان النبي عم قال من فاته تلاثيا ليلة القدر فانه تحريها في ليلة التاسع عشر والحادي والعشرين
واخر ليلة فقيل سوى ليلة القدر يا رسول الله فقال سوى ليلة القدر ليس في حديث ابي سعيد كبير حجة فانه لم يقل ان ليلته تسجد في ماء وطين

في ليلة القدر وكان علي بن ابي طالب رضي يقول انها الليلة الثالثة والعشرين فانه صح في الحديث ان نزول القران كان لاربع وعشرين من رمضان وقال الله تعالى انا انزلناه في ليلة القدر الاية والهاء كناية عن القران باتفاق المفسرين فاذا جمعت بين الاية والحديث تبين انها ليلة [illegible] والعشرين واكثر الصحابة انها ليلة السابع والعشرين فقد ذكرها صم عن زر بن حبيش قال قلت لابي بن كعب يا ابا المنذر اخبرني عن ليلة القدر فان ابن مسعود كان يقول من يقم الحول يدركها فقال يرحم الله ابا عبد الرحمن فقد كان يعلم انها ليلة السابع والعشرين ولكنه اراد حث الناس على الجهد في جميع الحول قلت بم عرفت ذلك قال بالعلامة التي اخبرنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتبرنا فوجدناها قلت وما تلك العلامة قال تطلع الشمس من صبيحتها كانها طست لا شعاع لها وكان ابن عباس يقول انها ليلة السابع والعشرين فقيل له ومن اين تقول ذلك قال لان سورة القدر ثلثون كلمة وقوله هي الكلمة السابع والعشرين وفيها اشارة الى ليلة القدر وذكر الفقيه ابو جعفر ان المذهب عند ابي حنيفة رح انها تكون في شهر رمضان ولكنها تتقدم وتتاخر وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح يكون في شهر رمضان لا يتقدم ولا يتاخر وفايدة هذا الخلاف ان من قال لعبده انت حر ليلة القدر فان قال ذلك قبل دخول شهر رمضان عتق اذا انسلخ شهر وان قال ذلك بعد مضي ليلة من الشهر لم يعتق حتى ينسلخ شهر رمضان من العام القابل في قول ابي حنيفة رح لجواز انها كانت في الشهر الماضي في الليلة الاولى من الشهر الاتي في الليلة الاخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح اذا مضى ليلة من الشهر في العام القابل فجاء في الوقت الذي حلف عتق لان عندهما لا يتقدم ولا يتاخر بل هي ليلة في الشهر في كل وقت فاذا جاء ذلك الوقت فقد تيقنا بمجي الوقت المضاف اليه العتق بعد يمينه فلهذا عتق والله اعلم

باب نوادر الصلاة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رح اعلم بان موجب النذر الوفاء قال الله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والناذر يعاهد الله بنذره فعليه الوفاء بذلك وقد ذم الله تعالى قوما تركوا الوفاء بالنذر فقال تعالى ومنهم من عاهد الله لئن اتانا من فضله الاية وانما يلزم المرء بترك الواجب ومدح قوما بالوفاء بالنذر فقال تعالى يوفون بالنذر ثم النذر انما يصح بما يكون قربة مقصودة ولا يصح بما ليس بقربة لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه ولان الناذر يجعل ما ليس بعبادة عبادة مقصودة لا يمكنه ان يجعله عبادة بنذره وما فيه معنى القربة ولكن ليس بعبادة بنفسها كتشييع الجنازة وعيادة المريض لا يصح التزامه بالنذر الا في رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح قال ان نذر ان يعود مريضا اليوم صح نذره وان نذر ان يعود فلانا لا يلزمه شيء لان عيادة المريض لا يصح التزامه بالنذر الا في رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة فرقه شرعا قال عم عيادة المريض مخارف الجنة حتى يرجع ولهذا اخذنا المريض فلان بعينه لا يكون فيه معنى القربة مقصودا للناذر بل معنى حق الله تعالى والمقصود حق المريض والميت والناذر بنذره انما يلتزم ما كان مشروعا حقا لله مقصودا اذا عرفنا هذا فنقول النذر انما يكون بالصدقة او بالصوم او بالصلاة فنبدا بالنذر بالصدقة فنقول انه اما ان يعين الوقت بنذره فيقول لله علي ان اتصدق بدرهم غدا او يعين المكان فيقول في مكة او يعين المتصدق عليه فيقول على فلان المسكين او يعين الدرهم فيقول لله علي ان اتصدق بهذا الدرهم ٥ وفي الوجوه كلها يلزمه التصدق بالنذر عندنا ويسقط اعتبار ذلك التعيين حتى لو تصدق به قبل مجي ذلك الوقت وفي غير ذلك المكان فيقول لله علي ان اتصدق بهذا الدرهم وفي الوجوه كلها يلزمه التصدق بالنذر عندنا ويسقط اعتبار ذلك التعيين حتى لو تصدق به قبل مجي ذلك الوقت او في غير ذلك المكان او على غير ذلك المسكين او بدرهم غير الذي عينه خرج عن موجب نذره وعلى قول زفر رح لا يخرج عن موجب نذره الا بالاداء كما التزمه قال لان الناذر يعتبر اللفظ ولا يعتبر المعنى الا ترى ان من قال طلق امرأتي للسنة فطلقها لغير السنة لم يقع ولو امره ان يتصدق بدرهم على فلان الفقير فتصدق على غيره كان مخالفا وهذا نذر من العباد فقد يكون له غرض في تعيينه فلا يمكن اعتبار المعنى فيها ٥ وانما يعتبر اللفظ فلا يجب الوفاء الا بالتصدق على الوجه الذي التزمه وعلماؤنا رحمهم الله قالوا الواجب بالنذر معتبر بالواجب على العباد صح التزامه بالنذر ما او الله تعالى من التصدق بالمال مضافا الى وقت يجوز تعجيله قبل ذلك الوقت كالزكاة بعد كمال النصاب قبل حولان الحول وصدقة الفطر قبل مجي يوم الفطر فكذلك الواجب بالعبد وهذا لان صحة النذر باعتبار معنى القربة وذلك في التزام الصدقة لا بتعيين المكان والزمان والمسكين والدرهم وانما يعتبر من التعيين ما يكون مفيدا فيما هو المقصود لان ما ليس بمفيد ومعنى العبادة في التصدق باعتبار سد خلة المحتاج او اخراج المتصدق ما يجري فيه الشح والصبر عن ملكه لابتغاء مرضاة الله تعالى وهذا المعنى حاصل بدون تعيين الزمان والمكان وبهذا يتبين الجواب عما اعتمد عليه من اعتبار اللفظ فان صحة النذر لم تكن باعتبار اللفظ بل باعتبار معنى القربة

فهذا

فهذا عندنا لتعيين المصرف وقد لبيه فقد اقر فلان موصى له بما سمي فاذا دفعه الى غيره كان مخالفا امر الموصي وهذا بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فلله علي ان اتصدق بدرهم فتصدق به قبل قدوم فلان لم يجزه وكذلك اذا قال اذا جاء غد لان هنا المعلق بالنذر بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط وانما يجوز الاداء بعد وجود السبب فالسبب هو النذر فاذا علقه بالشرط كان معه واما ههنا اضاف النذر الى وقت والاضافة الى الوقت لا يخرجه من ان يكون سببا في الحال فيجوز التعجيل بمنزلة اداء الزكوة قبل كمال الحول وعلى قول الشافعي رح يجوز التعجيل قبل قدوم فلان على مذهبه في جواز التكفير بعد اليمين قبل الحنث بالمال وقد بينا المسئلة في كتاب الايمان فاما النذر بالعبادات البدنية فاما ان يضيفه الى زمان فقال لله علي ان اصوم رجب فصام شهرا قبله اجزاه عن المنذور في قول ابي يوسف وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح وفي قول محمد وزفر لا يجزيه وكذلك لو قال لله علي ان اعتكف رجب فاعتكف شهرا قبله وقال لله علي ان اصلي ركعتين غدا فصلاهما اليوم فهو على الخلاف ٥ وجه قول محمد وزفر ان ما اوجبه العبد على نفسه معتبر بما اوجب الله تعالى عليه من الصلوة في وقت بعينه كصلوة الظهر لا يجوز تعجيلها قبل الزوال فكذلك اشباه يوجبها على نفسه وبه فارق الصدقة ولان بالنذر بالصوم جعل ما هو المشروع في الوقت نفلا واجبا بنذره ولهذا لا يصح اضافة النذر بالصوم الى الليل لان الصوم غير مشروع فيه نفلا والمشروع من الصوم في وقت اخر ونذره تعلق بالصوم المشروع في الوقت المضاف اليه حتى يتادى فيه بمطلق النية قبل الزوال ولو لم يتعين صوم ذلك الوقت لنذره كما تادى الا بالنية من الليل كما لو اطلق النذر من ثبت الحديث فهذا دليل تعين المكان في النذر في الصلاة وجاء رجل الى رسول الله بالصوم وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الناذر يلزمه بنذره الصوم دون الوقت لان معنى القربة في الصوم باعتبار انه عمل بخلاف هوى النفس وانما يلتزم بالنذر ما هو قربة وتعيين الوقت غير معتبر في هذا المعنى فلا يكون معتبرا كما في الصدقة ٥ ولا يقال الصوم في بعض الاوقات قد يكون اعظم ٥ وفي الثواب كما ورد به الاثر في صوم ايام البيض وفي صوم بعض الشهور والايام لانا لا نحتاج الى النذر لا تتقيد بالفضيلة التي في الوقت المضاف اليه حتى لو نذر ان يصوم يوم عرفة او يوم عاشورا فصام بعد مضي ذلك اليوم يوما دونه في الفضيلة فانه يخرج عن موجب نذره وهذا بخلاف صوم رمضان وصلوة الظهر لان الشرع جعل شهود الشهر سببا لوجوب الصوم قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومثل هذا البيان للسبب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وكذلك الشرع جعل زوال الشمس سببا لوجوب صلاة الظهر بقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس فاذا ادى قبل ذلك الوقت كان مؤديا قبل وجود سبب الوجوب فلم يجز اما ههنا الناذر لم يجعل الوقت بنذره سببا للوجوب لانه ليس للعباد ولاية نصب الاسباب فيكون السبب متقررا قبل مجي الوقت المضاف اليه وانما وجوب الاداء متاخرا فلهذا جاز التعجيل وهو نظير المسافر في شهر رمضان اذا صام كان مؤديا للفرض وان كان وجوب الاداء متاخرا في حقه الى عدة من ايام اخر ٥ والحرف الثاني انه ادى العبادة بعد وجود سبب وجوبها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح في قتل المسلم او قتل الصيد وبيان الوصف ان هذه عبادة تضاف الى النذر لا الى الوقت يقال صوم النذر والواجبات تضاف الى اسبابها والاضافة الى الوقت لا تمنع كونه نذرا في الحال بدليل ان التعجيل في النذر بالصدقة يجوز بالاتفاق وما لم يوجد السبب لا يجوز الاداء هناك كما لو علق النذر بالشرط وبعد وجود السبب يجوز التعجيل ماليا كان او بدنيا كما في كفارة القتل وكما لو صام المسافر في رمضان ثم اذا ثبت ههنا ان السبب هو النذر متقرر قلنا يجوز تعجيل الاداء وفي جواز التعجيل ههنا منفعة فربما لا يقدر على الاداء في الوقت المضاف اليه لمرض او غيره وربما تدركه المنية قبل مجي ذلك الوقت الا انه بالاضافة الى ذلك الوقت قصد التخفيف على نفسه حتى لو مات قبل ذلك لا يلزمه شيء ولو تصدق بمثلها او امسكها خرج عن موجب نذره واذا ثبت اعتبار التعيين من هذا الوجه قلنا يجوز الاداء بمطلق النية والنية قبل الزوال لان تعيينه معتبر فيما يرجع الى التخفيف له وفي الناذر بمطلق النية والنية قبل الزوال معنى التخفيف له فاعتبرنا تعيينه في ذلك الحكم واما اذا عين المكان بان قال لله علي ان اصوم شهرا بمكة او اعتكف فصام واعتكف في غير ذلك المكان خرج عن موجب نذره عندنا خلافا لزفر رح وكذلك اذا قال لله علي ان اصلي ركعتين بمكة فصلى ههنا اجزاه عندنا خلافا له والاصل عنده انه لا يخرج عن عهدة نذره الا بالاداء في المكان الذي عينه او في مكان اعلى من ذلك المكان الذي عينه وافضل البقاع لاداء الصلوة فيها المسجد الحرام ثم مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس على ما روي عن النبي عم قال صلوة في بيت المقدس تعدل الف صلوة فيما سواه من المساجد سوى المسجد الحرام ومسجدي هذا وصلوة في مسجدي هذا تعدل الف صلوة في بيت المقدس وصلوة في المسجد الحرام تعدل الف صلاة في مسجدي هذا ثم اذا نذر ان يصلي ركعتين في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز اداؤها الا في مسجد رسول الله والمسجد الحرام وكذلك لو نذر ان يصلي في بيت المقدس

لا يجوز اداوها الا في احد المساجد الثلاثة ولا يجوز في غيرها من المساجد في سائر البلاد واذا نذر الصلاة في المسجد الجامع لا يجوز
اداوها في مسجد المحلة واذا نذر الصلاة في مسجد المحلة يجوز اداوها في مسجد الجامع ولا يجوز اداوها في بيته واعتمدوا في ذلك
ما روي عن عايشة رضي الله عنها انها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدخلها البيت فاخذ بيدها وادخلها الحطيم وقال صلي هاهنا فان الحطيم من البيت
فهذا دليلنا عند تعيين المكان في النذر بالصلاة وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نذرت ان اصلي ركعتين في بيت المقدس
فقال من صلى في مسجدي هذا فكانما صلى في بيت المقدس فهو دليل على جواز الادا في مكان هو اعلى من المكان الذي عينه ولان المذهب
عند اهل السنة والجماعة ان لبعض الامكنة فضيلة على البعض وكذلك لبعض الازمنة فاذا عين لنذره مكانا ثم ادى في مكان دون ذلك
المكان في الفضيلة فانما يقيم الناقص مقام الكامل مع القدرة على الاداء بصفة الكمال كما التزمه فلا يجوز واذا ادى في مكان
هو افضل من المكان الذي عينه فقد ادى اتم مما التزمه فيجزيه ذلك الا ترى انه لو نذر ان يصوم رمضان يوما فصام بالنية قبل الزوال
لا يخرج عن موجب نذره لان المودى انقص مما التزمه وهذا بخلاف ما اذا اخر النذر الى وقت فمضى ذلك الوقت لان هنا قد تحقق عجزه
عن الاداء بالصفة التي التزمه ولهذا لم يجوز فرح التعجيل على ذلك الوقت لان العجز لا يتحقق قبل مجي ذلك الوقت • وحجتنا ان صحة
النذر باعتبار معنى القربة وذلك في الصلاة لا في المكان لان الصلاة تعظيم لله تعالى بجميع البدن • وفي هذا المعنى الامكنة سواء وان
كان الادا في بعض الامكنة افضل فذلك لا يدل على ان الواجب لا يتادى بدون ذلك كما في ادا المكتوبات لا شك ان ادا الصلوة بالجماعة
في المسجد افضل • وقد امرنا بها بالاداء بهذه الصفة ومع ذلك اذا اداها في بيته وحده سقط عنه الواجب ولما بين ان النبي عم
ثواب المتطوع بالصلاة في هذه المساجد قال وافضل من ذلك كله صلوة الرجل في بيته في جوف الليل الاخير عند الله لو التزم صلوة
في بعض هذه البقاع فصلاها في بيته لم يجز • ولما سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن افضل صلوة المراة قال في اشد مكان من
بيتها ظلمة فهذا ينبغي انها اذا التزمت الصلاة في المسجد الحرام فصلت في اشد مكان من بيتها ظلمة ان تخرج عن موجب نذرها وعنده فرح
لا يخرج والذي يوضح ما قلنا ان النذر انما يلزم بنذره ما هو من جنسه لانه ليس من فعله والمكان ليس من فعله فتعيينه هو بالنذر ملغى انما
للصلاة دون المكان وفي اي موضع صلى فقد ادى ما التزمه فيخرج عن موجب نذره وان كان الاداء في الموضع الذي عينه افضل ٥
واذا قال لله علي ان اصوم شهرا متتابعا فافطر يوما في الشهر يستقبل الشهر من اوله لان ما يوجبه من الصوم على نفسه معتبر بما اوجب الله
وما اوجب الله تعالى من الصوم متتابعا اذا افطر فيه يوما لزمه الاستقبال كصوم الظهار والقتل وكذلك ما اوجبه على نفسه ٥
بخلاف ما اذا اطلق النذر بالصوم فانما اوجبه الله تعالى من الصوم مطلقا وهو قضاء رمضان اذا افطر فيه يوما لا يلزمه الاستقبال
فكذلك ما يوجبه على نفسه ولو قال لله علي ان اصوم رجب متتابعا فافطر فيه يوما فعليه قضاء ذلك اليوم وحده لان ما يوجبه
من الصوم في وقت بعينه معتبر بما اوجب الله تعالى عليه من الصوم في وقت بعينه وهو رمضان وهذا لان ذكر التتابع في وقت بعينه
غير معتبر لان المعين لا يعرف الا بصفته وانما ذكر الصفة لتعيين ما ليس بعين فيعتبر ذلك عند اطلاق لفظ الشهر ولا يعتبر
عند تعيينه ولان ايام الشهر المعين تكون متجاورة لا متتابعة فذكر التتابع في الشهر المعين وجوده كعدمه وكذلك لو قال لله علي
ان اصوم شهرا وهو يعني رجب بعينه لان المعين المنوي من محتملات لفظه فيجعل كالمصرح به • وفي الكتاب اشار الى فرق اخر
في الشهر المعين اذا افطر يوما فقد عجز عن اداء الصوم على الوجه الذي التزمه فاذا استقبل الصوم لم يكن موديا في ذلك الوقت الذي
التزمه وعند اطلاق الشهر بعد ما افطر يوما فعليه القضاء والكفارة فان ظاهر كلامه نذر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما عند ابي يوسف
ان اراد به اليمين فعليه الكفارة دون القضاء وان اراد النذر فعليه القضاء دون الكفارة لان لفظه للنذر حقيقة وا ليمين مجاز ولا يجمع
بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد • ولكنا نقول لله يمين فان اللام والباء يتعاقبان • قال الله تعالى امنتم به وفي موضع اخر امنتم له
فقوله لله بمنزلة قوله بالله قال ابن عباس رض دخل ادم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج معناه بالله وقوله علي نذر فانما اثبتنا
كل واحد من الحكمين بلفظ اخر ثم الحالف يلتزم البر حقا لله تعالى والناذر يلتزم الوفاء حقا لله تعالى وكان اللفظ محتملا لكل واحد منهما
لا يكون حقيقة لاحدهما مجازا للاخر فيكون بمنزلة اللفظ العام الا ان عند الاطلاق يحمل على النذر لغلبة الاستعمال
فاذا نوى اليمين مع ذلك وكان اللفظ محتملا لهما بمنزلة اللفظ العام في كونه متناولا لا يجمع محتملاته • ولو قال لله علي صوم يوم فاصبح
من الغد لا ينوي صوما فلم تزل الشمس حتى نوى ان يصوم عن نذره لم يجزه ذلك بخلاف ما اذا قال لله علي صوم غد لان ما يوجبه على نفسه
في الوجهين معتبر بما اوجبه الله تعالى عليه من الصوم في وقت بعينه وهو صوم رمضان يتادى بالنية قبل الزوال وما كان في وقت
بغير عينه لا يتادى الا بالنية من الليل يجوز قضاء رمضان فكذلك ما يوجبه على نفسه في الوجهين معتبر بما اوجبه الله تعالى عليه من الصوم

في وقت بعينه وهو صوم رمضان يتادى بالنية قبل الزوال وما كان في وقت بغير عينه لا يتادى الا بالنية من الليل يجوز قضاء رمضان
فكذلك ما يوجبه على نفسه في الوجهين وهذا المعنى ان احدهما ان تعيين اليوم امساكه اول النهار موقوف على الصوم المنذور عند وجود النية
فاذا وجدت قبل الزوال استند الى اول النهار لتوقفه لا مسالة عليه وذلك لا يوجد فيما اذا اطلق النذر • والثاني ان النذر المعين
اذا ترك النية قبل الليل فقد تحقق عجزه عن الاداء بصفة الكمال كما التزمه فجوزنا من ضرب من النقصان بطريق اقامة النية في اكثر النهار
لاجل العجز وذلك لا يوجد فيما اذا لم يعين لانه قادر على ان يصوم يوما اخر بصفة الكمال كما التزم ثم ذكر هاهنا النية قبل الزوال
وفي كتاب الصوم قبل انتصاف النهار وهو الصحيح لان الشرط وجود النية في اكثر وقت الصوم وذلك لا يوجد اذا نوى قبل الزوال
لان ساعة الزوال نصف النهار وفي وقت الضحوة على وجه تكون النية موجودة في اكثر وقت الصوم • واذا نوى بالنهار في النذر المطلق
فلم يجزه عن المنذور كان صايما عن التطوع والمستحب له ان يتمه وان افطر فلا قضاء عليه عندنا • وقال زفر رح عليه القضاء • واصل المسئلة
فيما اذا شرع في الصوم على ظن انه عليه ثم تبين انه ليس عليه وقد بينا ذلك في كتاب الصوم • وانما شبهنا هذه المسئلة بتلك المسئلة
لان في الموضعين انما قصد اسقاط الواجب في ذمته وما قصد التنفل بالصوم فانما جعل شارعا في صوم النفل من غير قصد على سبيل النظر له
لكيلا يضيع سعيه لا على سبيل الايجاب عليه فاذا افطر لم يلزمه القضاء • ولو قال لله علي ان اصوم غدا ثم اصبح ينوي ان يصوم
تطوعا فهو تطوع ولا يصوم عما اوجبه على نفسه وهذا لان الناذر لا يجعل بنذره ما ليس بمشروع مشروعا ولكن يجعل ما كان مشروعا
نفلا في الوقت واجبا على نفسه ففي النذر المعين انما يلتزم الصوم المشروع في هذا الزمان وقد صار به مطلق النية ونية النفل
الا ترى انه قبل النذر كان مصيبا له بهذه النية بعد النذر وعند اطلاق النذر الواجب في ذمته والمشروع في هذا اليوم غير معين
لما هو الواجب في ذمته والمشروع في هذا اليوم غير معين لما هو الواجب في ذمته وانما يكون بمطلق النية وبنية النفل مصيبا
للمشروع في هذا الوقت بدون تعيين النية فلا يكون مؤديا عن ذمته ما التزمه فيها اول المشروع في هذا الوقت بدون تعيين النية
ولو قال لله علي ان اصوم رجب شرطا هو من امراته فصام شهرين متتابعين احدهما رجب اجزاه من الظهار كما نواه وعليه قضاء
النذر كما لو صام عن ظهاره شهرين احدهما رمضان وهو مقيم فان صومه يكون عن فرض رمضان واشار الى الفرق بينهما في الكتاب
فقال لان صوم الظهار مثل صوم المنذور من حيث ان كل واحد منهما وجب بسبب من جهته فعمل نيته بما نواه كان ذلك فاما صوم رمضان
اقوى من صوم الظهار لانه واجب بايجاب الله تعالى وصوم الظهار انما وجب بسبب من جهة العبد والضعيف لا يظهر في مقابلة
القوي فلهذا كان صومه عن فرض رمضان على كل حال ولكن هذا ليس بقوي فانه لا مساواة بين صوم الظهار وصوم المنذور لان
المنذور هو الصوم المشروع في رجب بعينه وصوم الظهار واجب في ذمته فينبغي ان يترجح المنذور باعتبار السبق لان صوم
الظهار انما يتحول في ذمته الى المشروع في الوقت بنيته وقد كان النذر على هذه النية • ولان المشروع في الوقت صار واجبا عليه بنذره
بنذره لا يبقى صالحا لاداء صوم الظهار لانما في ذمته انما يتادى بما كان مشروعا في الوقت لا لاجله • والفرق الصحيح بينهما ان قبل
كان الصوم مشروعا في رجب صالحا لاداء صوم الظهار وانما يتعين ذلك بنذره لانه انما يوجب على نفسه بنذره ما لم يكن واجبا عليه
ولكن لا يبقى صالحا لغيره اذ ليس بحسب ولاية العبد فاذا بقي بعد النذر صالحا لاداء صوم الظهار به تادى بنيته واما صوم رمضان
فله ان جعله الشرع فرضا عليه ومن ضرورته انه لا يبقى صالحا لاداء صوم الظهار به ملغوا نيته عن الظهار وانتفا الصلاحية
من ضرورة وجوب الاداء عن فرض رمضان حتى ان في حق المسافر لما لم يكن الاداء في الشهر واجبا عليه فاذا نواه عن الظهار كان
عن مسئلة النذر اذا كان نوى اليمين لم تلزمه الكفارة لانه شرط بر ان يكون صايما في رجب لا ان يكون صومه عن المنذور وقد وجد ذلك
وان صامه عن الظهار والمجنونة والنايمة اذا واقعهما ازواجهما وهما صايمتان في رمضان فعليهما القضاء دون الكفارة لان وجوب
الكفارة يستدعي جناية متكاملة فانها ستارة للذنب ولم يوجد ذلك في حقهما ووجوب القضاء لانعدام اداء الصوم في الوقت
وقد وجد ذلك في حقهما فان الصوم لا يتادى مع فوات ركنه وقد انعدم ركن الصوم في حقهما مع قيام العذر وقد بينا خلاف زفر
في هذه المسئلة في كتاب الصوم قال هاهنا الا ترى انهما لو قتلا رجلا خطا لم يكن عليهما في ذلك الكفارة ولا يحرمان الميراث
فالتحق وهذا صحيح في حق المجنونة غلط في حق النايمة فالرواية محفوظة ان النايم اذا انقلب على مورثه فقتله يلزمه الكفارة ٥
ويحرم الميراث ثم هذا الاستشهاد ضعيف فان كفارة القتل لا تستدعي جناية متكاملة ولهذا يجب على الخاطي بخلاف كفارة الفطر
واذا خاف الرجل وهو صايم ان صام ان تزداد عينه وجعا او يزداد حماه شدة فينبغي ان يفطر لان الله تعالى رخص للمريض في الفطر
بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وهذا مريض فان وجع العين نوع مرض وكذلك الحمى ثم ان الله تعالى

بين المعنى فيه فقال يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ففي ايجاب اداء الصوم مع هذا الخوف عسر فينبغي له ان ياخذ باليسر فيه
بالفطر قال الله تعالى صلى الله عليه وسلم ان الله يحب ان تؤتى رخصه كما تؤتى عزائمه. وقال ابو يوسف كل من كان له ان يفطر في يوم فافطر
بعدما صام فلا كفارة عليه وهذا قول اصحابنا جميعا لان صوم اليوم الواحد لا يتجزى وجوبا كما لا يتجزى اداء فاذا لم يكن الاداء واجبا
في جزء من النهار لا تتكامل الجناية بالفطر فيه ولان الكفارة في رمضان تسقط بالشبهة ولا تجب على المتسحر الذي لم يعلم بطلوع الفجر
وعلى المفطر الذي يرى ان الشمس قد غابت فلم تغب واباحة الفطر له في جزء من اليوم يكون شبهة قوية في المحل فانه ينعدم استحقاق الاداء
والشبهة اقوى من ذلك والشبهة في المحل مسقطة للكفارة سواء علم بالحرمة او لم يعلم كالشبهة في المحل باعتبار انها للولد مضافة
الى الوالد شرعا. وبيان هذا الاصل انه اذا اصبح مريضا او مسافرا في اول النهار ونوى الصوم ثم برأ من مرضه او صار مقيما
في اول النهار ثم مرض في اخره فافطر لانه لما عجز عن الصوم بسبب المرض صار الفطر له مباحا. ولو سافر في اخر النهار ثم افطر لم يجب
عليه الكفارة لان الفطر صار مباحا له بمنزلة النكاح الفاسد يكون مسقطا للحد. ولو سافر في اخر النهار ثم افطر لم يكن عليه الكفارة
لان الفطر صار مباحا له فانه اذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم الموجب للكفارة يكون مورثا شبهة مسقطة للكفارة واذا لم يصر الفطر
مباحا له بمنزلة النكاح الفاسد يكون مسقطا للحد وان لم يكن مبيحا للوطء وجرى على هذا الاصل ما اذا اصبحت المرأة صائمة ثم افطرت
ثم حاضت واصبح الرجل صائما ثم افطر ثم مرض وقد بينا هذه المسائل في كتاب الصوم

باب ما يجب فيه القضاء والكفارة وما يجب فيه القضاء دون الكفارة وما يجوز من الشهادة على رؤية الهلال وما لا يجوز

قال ومن ابتلع جوزة رطبة وهو صائم فعليه القضاء والكفارة. والاصل في هذا انه متى حصل الفطر بما يتغذى به او يتداوى به
لانعدام الامساك فعليه القضاء والكفارة ومتى حصل بما لا يتغذى ولا يتداوى به فعليه القضاء دون الكفارة لان وجوب الكفارة
يستدعي كمال الجناية والجناية تتكامل بتناول ما يتغذى به او يتداوى به لانعدام الامساك صورة ومعنى ولا تتكامل الجناية بتناول
ما لا يتغذى ولا يتداوى لان الامساك ينعدم صورة لا معنى ولان الكفارة مشروعة للزجر والطباع السليمة تدعو الى تناول ما يتغذى
وما يتداوى به لما فيه من اصلاح البدن فتقع الحاجة الى شرع الزاجر فيه اذا عرفنا هذا فنقول الجوزة الرطبة لا تؤكل كما هي عادة
واللوزة الرطبة تؤكل كما هي عادة هذا اذا ابتلع الجوزة فان مضغها وهي رطبة او يابسة فعليه الكفارة ذكره الحسن عن ابي حنيفة
لانه يتناول لبها ولب الجوز مما يتغذى به واكثر ما فيه انه جمع بين ما يتغذى به وبين ما لا يتغذى به في ابتلاع وذلك موجب للكفارة عليه
فان ابتلع هليلجة فعليه القضاء والكفارة اراد به الدواء او لم يرد هكذا ذكره ابن سماعة وهشام عن محمد رح ان عليه القضاء دون
الكفارة لانها لا تؤكل كما هي للتداوي عادة والاصح ما ذكر ههنا فان الهليلجة مما يتداوى به فسواء اكلها على الوجه المعتاد
او على غير الوجه المعتاد قلنا تلزمه الكفارة ولو اكل مسكا او زعفرانا فعليه القضاء والكفارة لان هذه الاشياء تؤكل عادة للتغذي
او للتداوي وذكر الحسن عن ابي حنيفة رح انه لو اكل عجينا لا تلزمه الكفارة لان العجين لا يؤكل عادة قبل الطبخ ولا يدعو الطبع الى تناوله
وهكذا ذكر ابن رستم عن محمد وقال لو اكل الدقيق ايضا لا تجب عليه الكفارة لانه يصير عجينا في فمه قبل ان يصل الى حلقه ولو اكل حنطة
يجب عليه القضاء والكفارة لان الحنطة تؤكل كما هي عادة فانها ما دامت رطبة تؤكل وبعد اليبس تقلى فتؤكل ولو اكل طينا
ارمنيا فعليه الكفارة ذكره ابن رستم عن محمد رح لانه بمنزلة الغاريقون يتداوى به قال ابن رستم فقلت له فان اكل من هذا الطين الذي تاكله الناس
قال لا اعرف احدا ياكله. وفي رواية اخرى عن محمد رح انه لا تلزمه الكفارة في الطين الارمني ايضا اذا اكله كما هو الا ان يستوي به على وجه
الذي يتداوى به والاول اصح. ومن افطر في شهر رمضان من عذر والشهر ثلثون يوما فقضى شهرا بالاهلة وهو تسع وعشرون يوما فعليه
قضاء يوم اخر فهذا بيان ان المعتبر في القضاء اكمال العدة بالايام. ولو شهد رجل واحد برؤية الهلال في رمضان وبالسماء علة قبلت شهادته
اذا كان عدلا وقد بينا هذه المسئلة في كتاب الصوم والاستحسان انه شرط في الكتاب ان يكون عدلا والطحاوي يقول عدلا كان او غير عدل
قيل مراده ان يكتفي بالعدالة الظاهرة ولا يشترط ان يكون عدلا في الباطن وقيل انما يشترط العدالة في هذا الموضع لانتفاء التهمة
لانه يلزمه من الصوم ما يلزم غيره وانما لا يقبل خبر الفاسق لتمكن التهمة والاصح اشتراط العدالة فيه لان هذا من امور الدين ولهذا يكتفى فيه
بخبر الواحد وخبر الفاسق في باب الدين غير مقبول بمنزلة رواية الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واما على الفطر فلا اقبل
الا شهادة رجلين اذا كان بالسماء علة واشار في بعض النوادر الى الفرق فقال التعليق بهلال رمضان هو الشروع في العبادة

وخبر

وخبر الواحد فيه مقبول كما لو اخبر باسلام رجل والمتعلق بهلال شوال الخروج من العبادة وذلك لا يثبت الا برجلين كما في الشهادة
على ردة المسلم واشار ههنا الى فرق اخر فقال المتعلق بهلال شوال ما فيه منفعة للناس وهو الترخص بالفطر فيكون هذا
نظير الشهادة على حقوق العباد والمتعلق بهلال رمضان محض حق الشرع وهو الصوم الذي هو عبادة يؤخذ فيها بالاحتياط
فلهذا يكتفى فيه بخبر الواحد اذا كان بالسماء علة وهذا صحيح على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رح انهم يصومون بخبر الواحد ولا يفطرون
اذا لم يروا الهلال وان اكملوا العدة ثلثين يوما بعدها ليتيقن بانسلاخ رمضان للاخذ بالاحتياط من الجانبين قال ابن سماعة
قلت لمحمد كيف يفطرون بشهادة الواحد بل بحكم الحاكم بهلال رمضان اذا امر الناس بالصيام فمن ضرورته الحكم بانسلاخ
رمضان بعد ثلثين يوما فالحاصل ان الفطر ههنا انما يقضي اليه الشهادة الا ان يكون بشهادة الواحد وهو نظير القابلة على النسب
فانها تكون مقبولة ثم يقضي ذلك الى استحقاق الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء ويستوي ان يشهد رجل او امراة
على شهادة نفسه او شهادة غيره حرا كان او عبدا محدودا في القذف او غير محدود بعد ان يكون عدلا في ظاهر الرواية بمنزلة
رواية الاخبار فان الصحابة كانوا يقبلون رواية ابي بكرة بعد ما اقيم عليه الحد للقذف وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لا تقبل شهادة المحدود في القذف على رؤية الهلال وان حسنت توبته لانه محكوم بكذبه شرعا. قال الله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء
فاولئك عند الله هم الكاذبون فاذا كان المتهم بالكذب وهو الفاسق غير مقبول الشهادة فالمحكوم بكذبه اولى فاما اذا لم يكن بالسماء علة
فلا تقبل شهادة الواحد والمثنى حتى يكون امرا مشهورا ظاهرا في هلال رمضان وهكذا في هلال الفطر في رواية هذا الكتاب
وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح قال يقبل فيه شهادة رجلين اذا لم يكن هناك ظاهر يكذبهما في هلال رمضان وفي هلال شوال جميعا
لانهما استويا سائر الناس في الموضع والمنظر وجودة البصر وموضع القمر فلا تقبل الشهادة حتى يكون امرا مشهورا ظاهرا وقد بينا
اختلاف الاقاويل في ذلك في كتاب الصوم. ولو ان رجلا جامع امرأته ناسيا في رمضان فتذكر ذلك حين هو مخالطها فقام عنها او جامعها
فانفجر الصبح وهو مخالطها فقام عنها من ساعته لا قضاء عليه في الوجهين جميعا. وقال زفر رح عليه القضاء في الوجهين جميعا
لوجود جزء من المجامعة بعد التذكر وانفجار الصبح الى ان ينزع نفسه منها وذلك يكفي لافساد الصوم ولكنا نقول ما لا يمكن التحرز عنه
فهو عفو. والاصل في هذه المسئلة فيما اذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه من ساعته فهو حانث في القياس وهو قول زفر
لوجود جزء من اللبس بعد اليمين. وفي الاستحسان لا يحنث لان ما لا يستطاع الامتناع منه فهو عفو يوضحه ان نزع النفس كف
عن المجامعة والكف عن المجامعة ركن الصوم وذلك غير مفسد للصوم الا ترى ان اللقمة لو كانت في فيه فالقاها بعد التذكر وبعد انفجار الصبح
لم يفسد صومه الا ان زفر يفرق فيقول الموجود هنا الجزء من امساك اللقمة في فيه الى ان يلقيه وذلك غير مفسد للصوم. وعن ابي يوسف
قال في الناسي لا يفسد صومه اذا نزع نفسه كما تذكر واذا انفجر الصبح فعليه القضاء وان نزع نفسه لان اخر الفعل من جنس اوله
فاول الفعل من الناسي غير مفسد للصوم مع مصادفته وقت الصوم فكذلك في اخره واول الفعل في حق الذي انفجر الصبح عليه
مفسد للصوم اذا صادف وقت الصوم فكذلك في اخره يوضحه ان الشروع في الصوم يكون عند طلوع الفجر فاقتران المجامعة بطلوع الفجر
تمنع صحة الشروع في الصوم فلزمه القضاء وفي حق الناسي شروعه في الصوم صحيح ولم يوجد بعده ما يفسد الصوم فلهذا
لا يلزمه القضاء ولم يذكر في الكتاب بعد ما نزع نفسه هل امنى هل يفسد صومه ام لا. قال رضي والصحيح انه لا يفسد لان مجرد
خروج المني لا يفسد الصوم وان كان على وجه الشهوة كما لو احتلم ولم يوجد بعد التذكر وطلوع الفجر الا ذلك واما اذا اتم
الفعل بعد التذكر بعد طلوع الفجر فعليه القضاء دون الكفارة عندنا. وعلى قول الشافعي رح عليه القضاء والكفارة لوجود
المجامعة بعد التذكر وبعد طلوع الفجر والموجب للكفارة عنده الجماع المعدم للصوم فالجماع هو ادخال الفرج في الفرج
وقد وجد ذلك فاما عندنا الموجب للكفارة هو الفطر على وجه تتكامل به الجناية وذلك لم يوجد فيما اذا طلع الفجر وهو مخالطها
فداوم على ذلك لان شروعه في الصوم لم يصح مع المجامعة والفطر انما يكون بعد الشروع في الصوم ولم يوجد منه بعد التذكر
ولا بعد طلوع الفجر ولئن كان الموجب للكفارة الجماع المعدم للصوم فالجماع هو ادخال الفرج في الفرج انما وجد الاستدامة وذلك
غير الادخال. الا ترى ان من حلف لا يدخل دار فلان وهو فيها لم يحنث ان مكث في الدار ساعة فهذا مثله. ولو انه نزع نفسه ثم اولج
ثانيا فعليه الكفارة بالاتفاق لانه وجد منه ابتداء المجامعة بعد صحة الشروع في الصوم مع التذكر فيكون عليه القضاء والكفارة
وعلى هذه الرواية فيما اذا جامع ناسيا وهو يعلم ان صومه لم يفسد به ثم افطر بعد ذلك متعمدا فانه تلزمه الكفارة فاما على الرواية
التي روي عن ابي حنيفة رح انه لا تلزمه الكفارة وان كان عالما لشبهة القياس ههنا ايضا نقول لا يجب عليه الكفارة ولو ان صائما

ابتلع شيئا كان بقي في اسنانه فلا قضاء عليه سمسمة كانت او اقل منه لان ذلك مغلوب لا حكم له كالذباب يطير اذا دخل في حلقه وان تناول سمسمة ابتلعها ابتداء فهو مفطر لان هذا قصد الى افطار صومه ويتبين هذا انه اذا ادخل سمسمة في فيه ابتلعها فقد وجد منه القصد الى ايصال المفطر الى جوفه وذلك مفسد لصومه فاما اذا كان باقيا بين اسنانه فلم يوجد منه القصد الى ايصال المفطر الى جوفه والذي بين اسنانه تبع لريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد صومه فهذا مثله يوضح الفرق انه لا يمكنه التحرز عن ايصال ما بقي بين اسنانه الى جوفه خصوصا اذا تسحر بالسويق وما لا يمكن التحرز منه فهو عفو ◦ الا ترى ان الصائم اذا تمضمض فانه يبقى في فيه بلة ثم يدخلها حلقه مع الريق واحد لا يقول ان ذلك لا يفطره ◦ وذكر الحسن بن زياد عن ابي يوسف رح انه اذا بقي اللحم بين اسنان الصائم فابتلعه فعليه القضاء قال وهذا اذا كان مقدار الحمصة او اكبر فان كان دون ذلك فلا قضاء عليه فبهذه الرواية نظهر الفرق بين القليل والكثير الذي لا يستطاع الامتناع منه في مقدار الحمصة او اكثر اذا ابتلع فعليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة ومحمد وعند زفر عليه القضاء والكفارة لان ذلك مما يتغذى به ولو ادخله في فيه فابتلعه كان عليه القضاء والكفارة فكذلك اذا كان باقيا بين اسنانه فابتلع وليس فيها اكثر من انه متغير وذلك لا يمنع وجوب الكفارة عليه كما لو افطر بلحم منتن ◦ ولكنا نقول ما بقي بين الاسنان ما لا يتغذى به ولا يتداوى في العادة مقصودا فالفطر به لا يوجب الكفارة كالمفطر بالحصاة يوضحه انه لم يوجد منه ابتداء الاكل في حالة الصوم لان ابتداء الاكل بادخال الشيء في فيه واتمامه بالاتصال الى جوفه وحين دخل هذا في فيه لم يكن فعله جناية على الصوم فتمكن الشبهة في فعله والكفارة تسقط بالشبهة ◦ ولو ان مسافرا صام في رمضان عن واجب اخر اجزاه من ذلك الواجب في قول ابي حنيفة رح وعليه قضاء رمضان ثم على قول ابي يوسف ومحمد رح يقع صومه عن فرض رمضان ولا يكون عن غيره بنيته مريضا كان او مسافرا ولم يذكر قول ابي حنيفة في المريض نصا ولكن اطلق الجواب في حق من كان مقيما انه صومه عن فرض رمضان والصحيح انه لا فرق في ذلك بين المريض والصحيح لان المريض انما يباح له الترخص بالفطر اذا كان عاجزا عن الصوم فاما اذا كان قادرا على الصوم فهو والصحيح سواء فيكون صومه عن فرض رمضان ◦ واما المسافر اذا نوى التطوع فلا اشكال على قولهما انه يكون صومه عن فرض رمضان وعن ابي حنيفة رح روايتان ◦ وجه قولهما ان المسافر انما يفارق المقيم في الترخص بالفطر فاذا ترك هذا الترخص كان هو والمقيم سواء وصوم المسافر لا يكون الا عن فرض رمضان لانه لم يشرع في هذا الزمان الا هذا الصوم فنية جهة اخرى يكون لغوا وكذلك في حق المسافر ولابي حنيفة رح حرفان احدهما ان اداء صوم رمضان غير مستحق على المسافر في هذا الوقت لكنه مخير بين الصوم والفطر ثم قدرته على الصوم كالمقيم في شعبان ثم هناك يتأدى صومه عما نوى فكذلك هاهنا وعلى هذا الطريق يقول اذا نوى التطوع كان صومه عن التطوع والطريق الاخر انه ما ترك الترخيص حين نوى واجبا اخر كان واجبا به فيكون هو مترخصا بصرف الصوم الى ما هو الاهم عنده فانه في صوم رمضان لو مات قبل ادراك العدة من ايام اخر كان مؤاخذا به وعلى هذا الطريق يقول اذا نوى النفل كان صايما عن الفرض لانه ترك الترخيص حين لم يصرف الصوم الى ما هو الاهم عنده واذا ترك الترخيص كان هو والمقيم سواء فيكون صومه عن رمضان ◦ ولو قال لله على ان اصوم هذا اليوم شهرا فعليه ان يصوم ذلك كلما دار ثلثين يوما متفرقا لهذا القول فيكون صومه في اربعة ايام او خمسة ايام من الشهر لان معنى كلامه لله على ان اصوم هذا اليوم كلما دار من الشهر ويتعين له هذا الشهر الذي يحنث نذره بمنزلة ما لو اجر داره شهرا ولو قال لله على ان اصوم هذا الشهر يوما كان عليه ان يصوم ذلك الشهر متى شاء وهو في ما بينه وبين ان يموت لان معنى كلامه لله على ان اصوم في هذا الشهر موقتا من الاوقات فيكون موسعا عليه في مدة عمره وحقيقة الفرق ان اليوم قد يكون بمعنى الوقت ◦ قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد الوقت والموجل يقول انتظر يوم فلان اي وقت اقباله وادباره وقد يكون عبارة عن بياض النهار على ضوء الليل وهذا ظاهر فان قرنه بذكر الصوم عرفنا ان المراد بياض النهار فانه وقت للصوم وقد ظن المسئلة الاولى قرن اليوم بالصوم فقال اصوم هذا اليوم فجعلناه على بياض النهار ثم ذكر الشهر بيانا لمقدار الايام التي تناولها نذره ◦ وفي المسئلة الثانية قرن الشهر بذكر الصوم فصار مقدارا للصوم بذكر الشهر معلوما ثم ذكر اليوم بعد ذلك منه فيرا ان جعله معيارا للصوم فعرفنا ان المراد به الوقت فجعلناه كانه قال اصوم هذا الشهر وقتا ولو قال لله على صوم هذا اليوم فان قال هذا قبل الزوال وهو لم يكن اكل فيه شيئا فعليه صوم هذا اليوم وان قال بعد الزوال او بعدما اكل فلا شيء عليه ولو قال لله على صوم الغد كان عليه الصوم هذا لانه ذكر الوقت فيجعل معيارا وانما يذكر ما هو حرف الظرف فيكون المعتبر من كلامه ذكر الوقت هذا الاصل في الطلاق ◦ واذا قال لامراته انت طالق اليوم غدا او قال غدا اليوم طلقت في اول ما تكلم به على هذه المسئلة الا ان المعتبر كلامه ذكر اليوم مكانه فاقتصر على قوله على صوم هذا اليوم فان كان قبل الزوال ... وفي المسئلة الثانية

المعتبر

المعتبر من كلامه قوله غدا اليوم فيلزمه صوم الغد وحده وذلك صحيح وان افطر في الغد فعليه القضاء ولو قال لله على صوم الايام ولا نية له في قول ابي حنيفة رح عليه صوم عشرة ايام وفي قولهما عليه صوم سبعة ايام لان حرف الالف واللام للعهد والمعهود هي الايام السبعة التي تدور عليها الايام والشهور والسنون كلما مضت عادت وابو حنيفة رح يقول في مطلق اللفظ حرف الالف واللام دليل الكثرة فانما ينصرف كلامه الى الكثرة كما بينا ولا اسم الايام في اللغة تعرف بالعدد وذلك العشرة ايام لانه يقال بعد العشرة احد عشر يوما وانما قلنا ان الالف واللام دليل الكثرة لانه لاستغراق الجنس وقد بينا هذا في كتاب الايمان وعلى هذا الاصل اذا قال لله على صيام الشهور فعليه في قول ابي حنيفة رح صوم عشرة اشهر لانه اكثر ما بينا وله اسم الجمع مقرونا بالعدد فانه يقال عشرة اشهر او شهور ويقال لما بعده احد عشر شهرا وعندهما يلزمه صوم اثني عشر شهرا باعتبار المعهود قال الله تعالى ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا وهي التي تدور عليها السنون ولو قال لله على صوم شهور فعليه صوم ثلثة اشهر لانه ادنى ما بينا وله اسم الجمع لانه ليس في كلامه حرف العهد ولا ما يدل على الكثرة ولو قال لله على صوم الجمع فعند ابي حنيفة رح هذا على عشر جمع وعندهما على جميع العمر ولو قال لله على صوم هذا الشهر فعليه ان يصوم كل يوم جمعة ثم عليه في ذلك الشهر لان الجمع جمع جمعة وهو اسم لليوم الذي تقام فيه صلوة الجمعة ◦ وروي عن ابي يوسف انه يلزمه صوم جميع ذلك الشهر لان الجمعة تذكر بمعنى الاسبوع عادة يقول الرجل لغيره لم القك جمعة وانما يريد الاسبوع قال رضوا الاصح ما ذكر في الرواية لانه لا يلزمه بالنذر الا القدر المتيقن به وكل من هذين المعنيين من محتملات كلامه فيلزمه المتيقن ولو قال لله على صوم ايام الجمعة كان عليه صوم سبعة ايام لان الايام اسم جمع فيه يتبين ان مراده الاسبوع دون اليوم الذي تقام فيه الجمعة ولو قال لله على ان اصوم جمعة فهذا على وجهين قد يقع على ايام الجمعة السبعة وقد يقع على الجمعة بعينها فان كان نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى محتمل كلامه وان لم يكن له نية فهذا على ايام الجمعة سبعة ايام وهذا رواية ابي يوسف رح على الفصل الاول فانه لم يعتبر المتيقن هاهنا واعتبر ما يعرفه الناس ولكن الفرق بينهما في ظاهر الرواية ان هناك ذكر الجمعة مطلقا ولو كان المراد هذا اللفظ اليوم الذي تقام فيه الجمعة لعبر بذكر اليوم فترك التقييد هاهنا دليل على ان مراده الايام السبعة وفي الفصل الاول لما لم يذكر اليوم ففي لفظه ما يدل على انه هو المراد لانه اضاف الجمع الى الشهر فذلك دليل على ان مراده ايام الجمعة التي تكون في الشهر ولو قال لله على صوم كذا كذا يوما فان نوى عددا هو من محتملات لفظه كان على ما نوى وان لم يكن له نية فهو على احد عشر يوما لان كذا كذا اسم لعدد مبهم وقد ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل عددين مفسرين ليس بينهما حرف العطف احد عشر فان ذلك للمجمل المبهم من كلام اذا لم ينو شيئا ولو قال لله على صوم بضعة عشر يوما لزمه صيام ثلثة عشر يوما لان البضع ادناه ثلثة على ما روي انه لما نزل قوله تعالى وهم من بعد غلبهم سيغلبون في بضع سنين خاطر ابو بكر رض مع قريش ان الروم تغلب فارس على ثلث سنين الى ان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كم تعدة البضع فيكم فقال من الثلاث الى السبع فقال عليه السلام زد في الخطر واجل بعد في الاجل فهذا يبين ادنى ما بينا وله اسم البضع ثلثة وانما يلزمه القدر المتيقن فلهذا كان عليه صيام ثلثة عشر يوما ولو قال لله على صوم السنين فهو على عشر سنين في قول ابي حنيفة رح على الاصل الذي بينا له وفي قولهما ان نوى شيئا فهو على ما نوى فان لم ينو شيئا فهو على جميع العمر لانه ليس في السنين شيء معهود فيحمل لفظه على استغراق الجنس وذلك جميع العمر في حقه ولو قال لله على صوم زمان او قال الزمان فهذا على ستة اشهر لان الزمان والحين يستعملان استعمالا واحدا فان يقول لغيره لم القك منذ زمان ولم القك منذ حين ولفظ الحين بينا ولستة اشهر سواء اقترن به الالف واللام او لم يقترن فكذلك لفظ الزمان وانما حملنا لفظ الحين على ستة اشهر لقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها ◦ قال ابن عباس رض المراد ستة اشهر ثم لفظ الحين في كتاب الله تعالى ورد بمعنى اسباب بمعنى الوقت قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون والمراد وقت الصلوة وبمعنى اربعين سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد اربعين سنة وبمعنى قيام الساعة قال الله تعالى فذرهم في غمرتهم حتى حين يعني قيام الساعة وعلمنا انه لم يرد بنذره ساعة واحدة ولا اربعين سنة لان نهاه الى هذه المدة الطويلة ليصوم فيه نادر فعرفنا ان المراد ستة اشهر وهو المتوسط بين هذين العددين وخير الامور اوساطها ولو قال لله على صوم ابدا فالابد فهو على جميع العمر لان الابد ما لا غاية له ولكنا علمنا انه لم يرد زيادة على عمره وان قال صوم الدهر فابو حنيفة رح لم يوقت فيه شيئا وقال لا ادري ما الدهر وابو يوسف ومحمد قال لفظ الدهر كلفظ الحين والزمان وقد بينا ذلك في كتاب الايمان

كتاب الحيض

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة رح اعلم بان محنة الحاكم من تصنيف محمد رح في الحيض قاصر بهم لا يتم المقصود به

فمست الحاجة الى هذا الى ما استحسنا به مما خرجه المشايخ وما اختاروا من الاقاويل فيه فذكرت ذلك في شرح الكتاب في فتح البيان بعض البسط هذا فنقول وبالله التوفيق الحيض في اللغة هو الدم الخارج ومنه يقال حاضت الارنب وحاضت السمرة اذا خرج منها الصمغ الاحمر وفي الشريعة اسم لدم مخصوص وهو ان يكون ممتدا خارجا من موضع مخصوص وهو القبل الذي هو موضع الولادة والمباضعة بصفة مخصوصة فاذا وجد ذلك كله فهو حيض والا فهو استحاضة والاستحاضة استفعال من الحيض قالت فاطمة بنت قيس لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني استحاض فلا اطهر فقال عم ليس ذلك الدم حيض انما هو عرق انفجر وداء اعترض توضي لكل صلاة واشار الى انه فاسد لا يتعلق به ما يتعلق بالصحيح والفاسد من الدما اسم ما يحتاج في معرفته في هذا الكتاب فنقول الفاسد من الدما انواع منها ما نقص عن اقل مدة الحيض لان التقدير الشرعي يمنع ان يكون لما دون المقدر حكم المقدر ويبتنى على هذا اختلاف العلما في اقل مدة الحيض عندنا ثلثة ايام ولياليها وقال ابن سماعة عن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ثلثة ايام وما يتخللها من الليالي وذلك ليلتان وقال الشافعي رح يوم وليلة وقال مالك رحمه الله يقدر ما يوجد ولو ساعة واحتج بان هذا نوع حدث فلا يتقدر بشي كساير الاحداث فهو كدم النفاس لكنا نقول في الفرق بينهما ان دم النفاس لخروج الولد فيستدل بما تقدم على انه من الرحم فلا حاجة الى التقدير فيه بالمدة فاما الحيض فلم يسبقه علامة يستدل بها على انه من الرحم فجعلنا العلامة فيه الامتداد ليستدل به على انه ليس بدم عرق فقدره الشافعي رح بيوم وليلة تحرزا عن الكبير فقال لما استوعب السيلان جميع الساعات عرفنا انه من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار بشي اخر ونحن قدرنا بثلاثة ايام بالنص وهو ما روى ابو امامة الباهلي رض ان النبي عم قال اقل الحيض ثلثة ايام واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس بن مالك رضوان الله عليهم اجمعين والمقادير لا تعرف قياسا فما نقل عنهم كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابي يوسف رحمه الله ان الاكثر من اليوم الثالث يقام مقام الكمال لمعنى وهو ان الدم من المراة لا يسيل على الولاء لان ذلك يطبيها ويجرحها لكنه يسيل تارة وينقطع اخرى وجه رواية الحسن ان في الاثار ذكر التقدير بالايام فجعلنا الثلاثة من الايام اصلا وما يتخللها من الليالي تبعا ضرورة ومن الدما الفاسد ما جاوز اكثر مدة الحيض فان اكثره مقدر شرعا فلا يكون لما زاد عليه حكمه اذ التقدير شرعي واليه اشار بقوله عليه السلام المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرايها وعلى هذا يبتنى اختلافهم في اكثر مدة الحيض عندنا عشرة ايام ولياليها لما روينا من الاثار وقال الشافعي رح خمسة عشر يوما لقوله عليه السلام في نقصان دين المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد زمان الحيض والحيض والطهر يجتمع في الشهر عادة ولهذا جعل الله تعالى عدة الايسة والصغيرة ثلثة اشهر مكان ثلثة قروء فيتعين شطر كل شهر للحيض وذلك خمسة عشر يوما ولكنا نقول ليس المراد حقيقة الشطر ففي عمرها زمان الصغر ومدة الحمل وزمان الاياس فلا تحيض في شي من ذلك فعرفنا ان المراد ما يقارب الشطر واذا قدرنا بعشرة فقد جعلنا ما يقارب الشطر واما اقل مدة الطهر خمسة عشر يوما عندنا والشافعي وقال عطا تسعة عشر يوما قال لانه يشتمل الشهر على الحيض والطهر عادة وقد يكون الشهر تسعة وعشرين يوما فاذا كان اكثر الحيض عشرة يبقى تسعة عشر ولنا ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة خمسة عشر يوما فكل الحيض المطلق ولهذا قدرنا اقل مدة الحيض ثلثة ايام اعتبارا باقل مدة السفر فان كل واحد منهما يوثر في الصوم والصلاة وقد ثبت لنا ان اقل مدة السفر ثلثة ايام ولياليها فكذلك هذا فاما اكثر مدة الطهر فلا غاية له الا اذا ابتليت بالاستمرار حتى ضلت ايامها وقعت الحاجة الى نصب العادة لها ففيه خلاف قال ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي لا يتقدر اكثر طهرها بشي ولا تنقضي عدتها ابدا لان نصب المقادير بالتوقيف لا بالراي وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول يتقدر اكثر الطهر في حقها بستة اشهر الا ساعة قال لان الطهر المتخلل بين الدمين دون مدة الحمل عادة وادنى مدة الحمل ستة اشهر فقدرنا اكثر مدة الطهر بستة اشهر الا ساعة وعلى هذا فاذا طلقها زوجها تنقضي عدتها في تسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز ان يكون الطلاق في اول الطهر ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وثلث حيض كل حيض عشرة ايام وكان الزعفراني رحمه الله يقدر اكثر الطهر في حقها تسعة وعشرين يوما لان الشهر يشتمل على الحيض والطهر واقل الحيض ثلثة فيبقى الطهر سبعة وعشرين يوما وكان ابو سهل الغزالي رحمه الله يقول يتقدر اكثر الطهر في حقها بشهرين فصاعدا لان المراة لا ترى الحيض في كل شهر عادة ومن الدما الفاسدة ما جاوز اكثر مدة النفاس ويبتنى عليه اختلاف العلما في اكثر مدة النفاس عندنا اربعون يوما وقال الشافعي رحمه الله ستون يوما وقال مالك رحمه الله سبعون يوما وانما قدرنا بالاربعين لحديث عبد الله بن ماه وكان من التابعين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تقعد النفساء ما بينها وبين الاربعين الا ان ترى طهرا قبل ذلك وفي حديث ام سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تنتظر النفسا ما بينها وبين اربعين صباحا الا ان ترى طهرا قبل ذلك وفي الحقيقة بيننا وبين الشافعي رحمه الله اتفاق ان اكثر النفاس اربعة امثال اكثر الحيض الا ان عنده اكثر الحيض خمسة عشر يوما واربعة امثاله ستون يوما وعندنا اكثر الحيض عشرة واربعة امثاله اربعون يوما ومن الدما الفاسدة ما تراه الحامل فعندنا

ان الحامل

ان الحامل لا تحيض وذلك مروي عن عايشة رضي الله عنها وعرفناه انها اذا حبلت تنسد فم رحمها فالدم المرئي ليس من الرحم فيكون فاسدا ومن الدما الفاسدة ما تراه الصغيرة جدا فانه سبق اوانه فلا يعطى له حكم الصحة اذ لو جعلناه حيضا حكمنا ببلوغها به ضرورة وذلك محال في الصغيرة جدا واختلف مشايخنا في ادنى المدة التي يجوز الحكم فيها ببلوغ الصغيرة وكان محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله يقدر ذلك بادنى مدة بتسع سنين لان النبي عليه السلام بنى بعايشة رضي الله عنها وهي بنت تسع سنين والظاهر انه بنى بها بعد البلوغ وكان لابي مطيع البلخي رحمه الله ابنة صارت جدة وهي ابنة تسع عشر سنة حتى قال فضحتنا هذه الجارية ومن مشايخنا رحمهم الله من قدر ذلك بسبع سنين لقوله عليه السلام مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا والامر حقيقة للوجوب وذلك بعد البلوغ وسيل ابو حفص محمد بن سلام عن ابنة ست سنين اذا رات الدم هل يكون حيضا فقال نعم اذا تمادى بها مدة الحيض واكثر المشايخ رحمهم الله على ما قاله محمد بن مقاتل لان رؤية الدم فيما دون ذلك نادر ومن الدما الفاسدة ايضا ما تراه الكبيرة جدا الا ان محمدا رحمه الله ذكر في نوادر الصلوة ايضا وان العجوز الكبيرة اذا رات مدة الحيض فهو حيض لان محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع عنها الدم زمانا حين حكم باياسها فكانت بنت سبعين سنة او نحو ذلك فرات الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وكان محمد بن ابراهيم رحمه الله يقول ان رات دما سايلا كما تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رات بلة يسيرة لم يكن ذلك حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض فهذا بيان انواع الدما الفاسدة

فصل الوان ما تراه المراة في ايام الحيض ستة

السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية اما السواد فغير مشكل انه حيض لقوله عليه السلام دم الحيض اسود عبيط محتدم والحمرة كذلك في اللون الاصلي للدم الا انه عند غلبة السودا يضرب الى السواد وعند غلبة الصفرا يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد والصفرة كذلك حيض فانها من الوان الدم اذا رق وقيل هو كصفرة السن وكصفرة التبن او كصفرة القز واما الكدرة فلونه كلون الماء الكدر وهو حيض في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله سوا رات في اول ايامها او في اخر ايامها وقال ابو يوسف ان رات الكدرة في اول ايامها لم يكن حيضا وان رات في اخر ايامها يكون حيضا اذا راته في اول ايامها كالسواد والحمرة لان جميع مدة الحيض في حكم وقت واحد وما قاله ابو يوسف رحمه الله قال لان الكدرة من كل شي تتبع صافيه فاذا تقدمها دم امكن ان يجعل كدره حيضا فاما اذا لم يتقدمها دم فلو جعلناها حيضا كان مقصودا لا تبعا وهما قالا انما يكون حيضا اذا رات المراة في اخر ايامها يكون حيضا فيما اذا كان في اعلى الثقب لطرفه واما اذا كان الثقب في اسفله فالكدرة يسبق خروجها الصافي وهذا الثقب من اسفل فجعلنا الكدرة حيضا وان راته ابتداء واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا رحمهم الله وجودها حتى قال ابو نصر بن سلام حين سيل عن الخضرة كانها اكلت قصيلا على سبيل الاستبعاد وذكر ابو علي الدقاق رحمه الله ان الكدرة نوع من الخضرة والجواب فيها على الاختلاف الذي بينا واما التربية فهي ما يكون لونه كلون التراب وهو نوع من الكدرة وقد روي عن ام عطية وكانت غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثنتي عشرة غزوة قالت كنا نعد التربية والاصل فيه قوله تعالى ويسلونك عن المحيض قل هو اذى وجميع هذه الالوان في حكم الاذى سوا وروي ان النسا كن يبعثن بالكرسف الى عايشة رضي الله عنها لتنظر فكانت اذا رات كدرة قالت لا حتى ترين القصة البيضا يعني البياض الخالص والقصة اللون الذي يغسل به الراس وهو ابيض يضرب لونه الى الصفرة فانما ارادت انها لا تخرج من الحيض حتى ترى البياض الخالص

فصل

اعلم بان حكم الحيض والنفاس والاستحاضة يثبت بظهورها اذا احست بالبروز وان لم يظهر وحكم الاستحاضة لا يثبت الا بالظهور وفرق بينهما فقال للحيض والنفاس وقت معلوم فيمكن اثبات حكمها باعتبار وقتها اذا احست بالبروز والاستحاضة حدث كساير الاحداث ليس له وقت معلوم فلا يثبت حكمه الا بالظهور والفتوى على القول الاول لما روي ان امراة قالت لعايشة رضي الله عنها ان فلانة تدعو بالمصباح لتنظر الى نفسها فقالت انما كنا نجد ما نتكلف لذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنها تعرف ذلك بالمس فهو اشارة منها الى الظهور ولان ما لم يظهر فهو في معدنه والشي في معدنه لا يعطى له حكم الظهور ما لم يظهر اذا عرفنا هذا فنقول للمراة فرجان داخل وخارج والفرج الخارج بمنزلة الالية من الذكر فاذا وضعت الكرسف فاما ان يضع في الفرج الداخل او في الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل من الكرسف كان ذلك حيضا وان لم ينفذ الى الجانب الخارج لانه صار ظاهرا بهذا القدر من الخروج وان وضعه في الفرج الداخل فابتل الداخل من الكرسف لم يكن حيضا فان نفذت البلة الى الجانب الخارج نظر فان كانت القطنة عالية او محاذية لحرف الفرج كان حيضا لظهور البلة وان كانت مستقلة لم يكن حيضا وعلى هذا اذا احتشى الرجل احليله بقطن فابتل الجانب الداخل من القطنة لم ينتقض وضوه وان نفذت البلة الى الجانب الخارج نظر فان كانت القطنة عالية او محاذية لراس الاحليل انتقض وضوه وان كانت مستفلة لم ينتقض وضوه وهذا كله اذا لم تسقط القطنة فان سقط

وان كانت مستقبلة لم يكن حيضا وعلى هذا اذا احتشى الرجل احليله بقطن فابتل الجانب الداخل من القطنة لم ينتقض وضوؤه
وان نفذت البلة الى الجانب الخارج نظر فان كانت القطنة عالية او محاذية لراس الاحليل انتقض وضوؤه وان كانت مستفلة
لم ينتقض وضوؤه وهذا كله اذا لم تسقط القطنة فان سقطت فهو حيض وحدث سواء ابتل الجانب الداخل او الخارج لظهور البلة
ولو ان حائضا وضعت الكرسف في اول الليل ونامت فلما اصبحت نظرت الى الكرسف فوجدت البياض الخالص عليها اعادة العشاء
لانا تيقنا بطهرها من حين وضعت الكرسف ونامت ثم انتبهت بعد طلوع الفجر فوجدت البلة على الكرسف فانها تجعل حيضا
من اقرب الاوقات وذلك بعد طلوع الفجر اخذا باليقين والاحتياط حتى يلزمها قضاء العشاء ان لم تكن صلت

فصل واما الاحكام التي تتعلق بالحيض عشرة او اكثر منها ان الحائض لا تصوم ولا تصلي لقوله عليه السلام
تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي زمان الحيض ومنها انه يلزمها قضاء الصوم دون الصلاة لما روي ان امراة قالت
لعائشة رضي الله عنها ما بال الحائض تقضي صيام ايام الحيض ولا تقضي الصلوة انكرت عليها السؤال لشهرة الحال
ونسبتها الى حروراء وهي فرقة كان اهلها يسالون التعنت في الدين ومنها انه لا ياتيها زوجها لقوله تعالى فاعتزلوا النساء
في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن بعد التنصيص على حرمة الغشيان في اول الحيض واخره قال عليه السلام من اتى امراته
الحائض واتاها في غير ماتاها او اتى كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم ومراده اذا استحل
ذلك الفعل ومنها انها لا تمس المصحف ولا اللوح المكتوب عليه اية تامة من القران لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون
وهذا وان قيل في تاويله لا تنزله الا السفرة الكرام البررة فظاهره تقييد منع غير الطاهر من مسه وكتب رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى بعض القبائل لا يمس القران حائض ولا جنب ومنها انها لا تقرا القران الا على قول مالك رح فانه كان يجوز للحائض
قراءة القران دون الجنب لان الجنب قادر على تحصيل صفة الطهارة بالاغتسال فيلزمه تقديمه على القراءة والحائض عاجزة
عن ذلك فكان لها ان تقرا ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهى الحائض والجنب عن قراءة القران
ثم عجزها عن تحصيل صفة الطهارة يدل على ما بها من الحدث فلا يدل على اطلاق القراءة لها وذكر الطحاوي رح انها انما تمنع عن قراءة اية
تامة ولا تمنع عن قراءة ما دون ذلك وقال الكرخي تمنع عن قراءة ما دون الاية ايضا على قصد قراءة القران كما تمنع عن قراءة
الاية التامة ولا تمنع عن قراءة لان الكل قران ووجه قول الطحاوي ان المتعلق بالقران حكمان جواز الصلاة ومنع الحائض
عن القراءة ثم في احد الحكمين يفصل بين الاية وما دونها فكذلك في الحكم الاخر ومنها انها لا تطوف بالبيت لقوله عليه السلام
لعائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف اصنعي ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت ومنها ان لا تدخل المسجد لانها بمعنى
من الجنابة والجنب ممنوع من دخول المسجد فكذلك الحائض وهذا لان المسجد مكان الصلاة ومن ليس من اهل اداء الصلاة ممنوع
من دخوله ومنها انه يلزمها الاغتسال اذا انقطع عنها الدم لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن اي الاطهار بالاغتسال
ومنها انه يتقدر به الاستبراء قال عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة
ومنها ان العدة تنقضي به لقوله تعالى ثلثة قروء والقرء الحيض بيانه في قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم نقل الحكم الى الاشهر
عند عدم الحيض وذلك دليل على ان ما تنقضي به عدة الحيض والنفاس كالحيض فيما ذكرنا من الاحكام الا في حكم الاستبراء وانقضاء العدة
حتى لو اشترى جارية بعدما ولدت فاذا طهرت من نفاسها لم يكن له ان يطاها حتى يستبرئها بحيضة وكذلك النفاس لم يعتبر في اقراء العدة

فصل مراهقة رات الدم هل تستفتي قبل ان يتمادى الدم هل تؤمر بترك الصلاة والصوم كان ابو حفص ومحمد بن سلمة
رضي الله عنه يقولان انها تؤمر بذلك وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول انها لا تؤمر بذلك حتى يستمر بها الدم
ثلثة ايام وهو اختيار بشر بن غياث ووجهه انها في يقين من الطهارة وفي شك من الحيض لجواز ان ينقطع فيما دون الثلاث فلا يكون حيضا
واليقين لا يزال بالشك فتؤمر بالصوم والصلاة فان استمر بها الدم ثلثة ايام علم انها كانت حائضا فعليها قضاء الصوم اذا طهرت
والاصح هو الاول فان الله تعالى وصف الحيض بانه اذى وقد تيقنت به في وقته فيتعلق به حكمه وانما يخرج المرئي من ان يكون حيضا
اذا انقطع لما دون الثلاث وفي هذا الانقطاع شك فحكمنا بهذا الظاهر وتركنا المشكوك فجعلناه حيضا لا تصوم ولا تصلي
فاذا انقطع دمها لتمام عشرة ايام فهو حيض كله وان تجاوز العشرة استمر بها الدم فحيضها عشرة ايام من اول ما رات الدم
فطهرها عشرون يوما لان امر الحيض مبني على الامكان لانا نتيقن بسبب ظاهر وهو رؤية الدم والى العشرة الامكان موجود فجعلناها
حيضا ولو انقطع لتمام العشرة كان حيضا فبقية الشهر وذلك عشرون طهرها لان الحيض يشتمل على الحيض والطهر عادة

وعن ابي يوسف

وعن ابي يوسف رح انها تاخذ بالاحتياط فتغتسل بعد ثلثة ايام ثم تصوم وتصلي سبعة ايام بالشك ولا يقربها زوجها حتى تغتسل
بعد تمام العشرة وتقضي صيام الايام السبعة لان الاحتياط في باب العبادات واجب فمن الجائز ان حيضها اقل الحيض فتحتاط
لهذا وهو ضعيف فانما عرفناها حيضا ودليلنا بها حيضا ظاهر وهو سيلان الدم فلا معنى لهذا الاحتياط وكان ابراهيم
النخعي رح يقول ترد الى عادة نسائها يعني نساء عشيرتها وهذا ضعيف ايضا لان طباع النساء مختلفة حتى لا تجد اثنتين
على طبع واحد فكذلك المراة يختلف طبعها في كل فصل فكيف يستقيم اعتبار حال نسائها في معرفة مدة حيضها وللشافعي رح قولان
احدهما ان حيضها يوم وليلة اقل مدة الحيض اخذا باليقين والثاني ان حيضها سبعة ايام على العادة الظاهرة واليه اشار رسول الله
صلى الله عليه وسلم تحيضي في علم الله ستا او سبعا كما تحيض النساء في كل شهر وهذا ضعيف ايضا فان اعتبار العادة عند عدم
ظهور ما يخالفه وقد ظهر هنا ما يضاد الطهر وهو سيلان الدم فكان الحكم له الا اذا تعذر الامكان وهذا في حق المبتداة فاما صاحبة
العادة اذا استمر بها الدم فحيضها ايام عادتها عندنا وقال الشافعي رح يحكم لون الدم فما دام على لون واحد من السواد والحمرة
فهو حيض واستدل بالحديث الذي روينا دم الحيض عبيط اسود محتدم والمراد به البيان عند الاشتباه ولنا قوله عليه السلام
المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها وهذه مستحاضة فترد الى ايام اقرائها وهذا اللفظ يبين ان اقل مدة الحيض ثلثة ايام
الا ان الايام اسم جمع واقله ثلثة ومراده عليه السلام من الحديث الاخر بيان لون الدم في اصل الخلقة وقد يختلف ذلك
باختلاف الاغذية والطباع كما بينا وقال مالك رح المستحاضة تستظهر ثلاثة ايام بعد ايامها احتياطا فان طهرت والا اغتسلت
وصلت وما روينا من الحديث حجة عليه فقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ايام اقرائها من غير زيادة وقال لفاطمة بنت ابي حبيش
حين استحيضت انتظري الايام التي كنت تحيضين فيها فاذا مضت فاغتسلي وصلي ولم يامرها بالاستظهار بعدها بشيء

فصل هو دائرة الكتاب الاصل عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة الاخر ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يصير
فاصلا بل يجعل كالدم المتوالي ومن اصله انه يجوز بداية الحيض بالطهر ويجوز ختمه به بشرط ان يكون قبله وبعده دم وان كان بعده
لا يجوز بداية الحيض بالطهر ويجوز ختمه به بشرط ان يكون قبله وبعده دم وان كان بعده دم ولم يكن قبله دم يجوز ختم الحيض بالطهر
ولا يجوز بدايته به وان كان قبله دم ولم يكن بعده دم يجوز بداية الحيض بالطهر ولا يجوز ختمه به ومن اصله يجعل زمانا ما هو طهر كله
حيضا باحاطة الدمين به وحجته في ذلك ان الطهر الذي هو دون خمسة عشر يوما لا يصلح للفصل بين الحيضتين فكذلك
الفصل بين الدمين وبيانه ان اقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فما دونه فاسد وبين صفة الصحيح والفساد منافاة والفاسد
لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي وبيانه من المسائل مبتداة رات يوما واربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة
من اول ما رات عنده حيض بلوغها وكذلك اذا رات بعده دم يوم ثلثة عشر او اثني عشر او احد عشر وطهر عشرا وكذلك اذا رات
وتسعة طهرا ويوما دما واحتج محمد على ابي يوسف في الدم المرئي في اليوم الحادي عشر كان استحاضة كان بمنزلة الرعاف
فلو جاز ان يجعل ايام الطهر حيضا فالدم الذي يحيض جارا بالرعاف لان ذلك الدم ليس بحيض بنفسه فكيف يجعل باعتباره زمان
والجواب لابي يوسف رح انه خارج من الفرج فلا يكون كالرعاف الا ترى ان المراة اذا كانت عادتها في الحيض خمسة فرات
ستة دما ثم اربعة عشر طهرا ثم يوما دما فانها تصير مستحاضة في اليوم السادس باعتبار المرئي في اليوم الحادي عشر ولو كان
كالرعاف ما صارت به مستحاضة في اليوم السادس وكذلك لو رات بعد ستة دما اربعة عشر طهرا ثم ثلثة دما فهذه الثلثة تكون
ولو كان الدم المرئي في اليوم السادس الذي هو استحاضة بمنزلة الرعاف لكانت الثلثة حيضا لتمام الطهر خمسة عشر قال ابو يوسف
وقد يجعل الزمان الذي هو طهر كله صورة حيضا باحاطة الدمين به واذا ثبت جعل هذا في جميع المدة يثبت في اوله واخره
بطريق الاولى ولكن اذا وجد شرطه وهو ان يكون قبله دم وبعده دم ليكون الدم محيطا وبيان هذا الاصل من المسائل على قوله
في امراة عادتها في اول كل شهر خمسة فرات قبل ايامها بيوم يوما دما ثم طهرت خمستها ثم رات يوما دما بعد خمستها دم حيض اذا جاوز
احدى عشرة لاحاطة الدمين يوما زيادتها اذا لم تر فيه شيئا وكذلك لو رات قبل خمستها يوما دما ثم طهرت خمستها ثم رات
يوما دما بعد خمستها دم حيض واول يوم من خمستها ثم رات ثلثة دما ثم طهرت اخر يوم من خمستها ثم استمر بها الدم فحيضها خمستها
عنده وان كان ابتداء الخمسة فالحيض وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وروى محمد عن ابي حنيفة رح ان الشرط ان يكون
الدم محيطا نظرا في العشرة فاذا كان كذلك لم يكن الطهر المتخلل فاصلا بين الدمين والا كان فاصلا وعلى هذه الرواية لا يجوز بداية الحيض
ولا ختمه بالطهر قال لان الطهر ضد الحيض ولا ابتداء الشيء بما يضاده ولا يختم به ولكن المتخلل بين الطرفين يجعل تبعا لهما كما قلنا

في الزكوة ان كمال النصاب في اول الحول وفي اخره شرط لوجوب الزكاة ونقصانه في خلال الحول لا يضره وبيان هذا من المسائل
لو رات يوما دما وسبعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا على هذه الرواية بخلاف الرواية الاولى وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة
مع هذا شرطا اخر وهو ان يكون المرئي في اكثر مدة الحيض مثل اقله وان وجد هذا الطهر فالطهر المتخلل لا يكون فاصلا ولم يوجد كان فا(صلا)
ولم يكن شيء منه حيضا وهو قول زفر رحمه الله ووجهه ان الحيض لا يكون اقل من ثلثة ايام وهو اسم للدم فاذا بلغ المرئي هذا المقدار كان فاصلا
في نفسه فيجعل اصلا وما يتخلله من الطهر تبعا له ان كان الدم دون هذا كان ضعيفا في نفسه لا حكم له اذا انفرد فلا يمكن جعل زمان الطهر (حيضا)
تبعا وبيان هذا الاصل من المسائل لو رات يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا على هذه الرواية لان المرئي من الدم
دون الثلاث ولو رات يومين دما وسبعة طهرا ويومين دما فالعشرة حيض لان المرئي بلغ اقل مدة الحيض وكذلك ان رات يوما دما
واربعة طهرا ويوما دما وثلثة طهرا فالعشرة حيض لما بينا والاصل عند محمد وهو الاصح وعليه الفتوى ان الطهر المتخلل
بين الدمين اذا كان اكثر من ثلاثة ايام لا يكون فاصلا فينظر ان لم يمكن ان يجعل كل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء منه حيضا وان امكن
ان يجعل كل واحد منهما بانفراده حيضا يجعل الحيض اسرعهما امكانا ولا يكون كلاهما اذا لم يتخللهما طهر تام وهو لا يجوز بداية (الحيض)
ولا ختمه وسواء كان قبله او بعده دم او لم يكن ولا يجعل زمان الطهر زمان الحيض باحاطة الدمين به ووجهه ان الطهر معتبر بالحيض
فكما ان ما دون الثلاث من الحيض لا حكم له فيجعل كالدم المتوالي واذا بلغ ثلثة ايام فصاعدا فان كان الدم غالبا فالمغلوب لا يظهر بمقابلة (الغالب)
وان كانا سواء فكذلك لو جعلنا احدهما قياس وهو ان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة واعتبار الطهر يوجب حل ذلك
فاذا استوى الحرام والحلال يغلب الحرام كما في التحري في الاواني اذا كانت الغلبة للنجاسة او كانا سواء لا يجوز التحري فهذا مثله
والثاني الاستحسان ان المراة لا ترى الدم على الولاء لذلك حصرها مع اهلها فاعتبرنا هذه القاعدة لا بد ان يجعل بعض الزمان الذي
لم تر فيه الدم معتبرا بالحيض وعند ذلك يغلب الدم على الطهر عندنا التساوي فلهذا جعلناه كالدم المتوالي فاما اذا غلب الطهر (الدم)
يصير فاصلا لان حكم الغالب ظاهر شرعا واذا صار فاصلا بقي كل واحد من الدمين منفصلا عن صاحبه فيعتبر فيه امكان جعله (حيضا)
كانه ليس معه غيره وان وجد الامكان فيهما جعل المتقدم حيضا لانه اسرعهما امكانا وامر الحيض مبني على الامكان ثم لا يجعل المتا(خر)
حيضا لانه ليس بينهما طهر خمسة عشر يوما ولا بد ان يتخلل بين الحيضتين طهر تام واقل الطهر التام خمسة عشر يوما وبيان هذا
مبتداة رات يوما دما وثلثة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا لان الطهر بلغ ثلثة ايام وهو غالب على الدمين فصار فاصلا
وكذلك ان رات في الطهر وان رات يوما دما وثلثة طهرا ويومين دما فالستة كلها حيض لان الدم استوى بالطهر في الستة (فصار حيضا)
غالبا ولو رات يومين دما واربعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا لان الطهر غالب ولو رات ثلثة دما واربعة طهرا ويوما دما فالثمانية (حيض)
لاستواء الدم بالطهر فان رات ثلثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الاولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم
بانفراده يمكن جعله حيضا ولو رات يوما دما وخمسة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلاثة الاولى لان الطهر غالب فيه لما بينا وان رات
ثلثة دما وستة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلاث الاول لانه اسرعهما امكانا فان قيل فقد استوى بالطهر ههنا فاذا لم يجعل كالدم
المتوالي قلنا استواء الدم بالطهر انما يعتبر في مدة الحيض واكثر مدة الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلثة دم وستة طهر ويوم (دم)
فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا والاصل عند الحسن بن زياد ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلثة ايام لا يصير فاصلا
فان بلغ الطهر ثلثة ايام كان فاصلا على كل حال ثم ينظر ان امكن ان يجعل احدهما بانفراده حيضا يجعل ذلك حيضا كما بينا من قبل مذهب (محمد)
وانما خالفه في حرف واحد وهو انه لم يعتبر غلبة الدم ولا مساواة الدم بالطهر وبيانه من المسائل مبتداة رات يوما دما ويومين (طهرا)
ويوما دما فالاربعة حيض وكذلك لو رات ساعة دما وثلثة ايام غير ساعة طهرا وساعة دما فالكل حيض فان رات يومين دما وثلثة (طهرا)
ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا على قوله لان الطهر المتخلل بلغ ثلثة ايام وواحد منهما بانفراده لا يمكن ان يجعل حيضا ولو رات يوما (دما)
وثلثة طهرا وثلثة دما فعنده الثلثة الاخيرة حيض ولو كانت ثلثا ولا ثلثة دما كان الحيض هذه الثلثة فان رات ثلثا دما وثلثا (طهرا)
وثلثة دما فالحيض عنده الثلثة الاولى لانه اسرعهما امكانا

فصل

استشكل فيه مذهب محمد رحمه الله في هذه (الجملة)
مبتداة رات يومين دما وخمسة طهرا ويوما دما ويوما طهرا ويوما دما فجواب محمد انه يلغى اليومين والخمسة ويجعل حيضها
الاربعة المتاخرة لانا لو اعتبرنا حيضها من اول اليومين كان ختم العشرة بالطهر وذلك لا يجوز عنده وطعنوا عليه في هذا الجواب
وقالوا ينبغي ان يلغى احد اليومين الاولين ويجعل العشرة بعده حيضا لان الطهر الثاني قاصر فهو كالدم المتوالي فاذا جعلناه كالدم
استوى الدم بالطهر في العشرة فيكون الكل حيضا لان ابتداؤه وختمه بالدم قالوا وليس لاحد ان يعيب علينا في الغاء احد اليومين لانكم

الغيتم اليومين والخمسة بعده لما قلناه اولى لان امر الحيض مبني على الامكان واذا امكن جعل العشرة حيضا بهذا الطريق ينبغي ان يجعل
والجواب عن هذا الطعن ان اليومين كشيء واحد لاتصال بعضه بالبعض فلا يجوز الغاء احدهما واعتبار الاخر مع ان جهات الالغاء
بهذا الطريق تكثر فانا ان لغينا ربع اليوم الاول وثلثه او نصفه يحصل به هذا الامكان المقصود وعند كثرة الجهات
لا يترجح البعض على البعض من غير دليل فلم يبق الا القول بالغاء اليومين والخمسة وجعل الاربعة حيضا

فصل

من هذه الجملة اختلف فيه المشايخ على قول محمد رح وهو انه اذا اجتمع طهران معتبران وصار احدهما حيضا لاستواء الدم بالطهر فيه
كالدم المتوالي يتعدى حكمه الى الطهر الاخر فقال ابو زيد الكبير يتعدى وقال ابو سهل لا يتعدى فعلى قول ابي زيد العشرة كلها (حيض)
عند محمد لان في الثلثة الاولى الدم في طرفيه استوى بالطهر فجعل كالدم المتوالي فكانها رات ستة دما وثلثة طهرا ويومين دما
وثلثة طهرا ويوما دما على قول ابي زيد العشرة حيض وعلى قول ابي سهل حيضها الستة الاولى وكذلك لو رات يوما دما وثلثة طهرا
ويوما دما وثلثة طهرا ويومين دما فعلى قول ابي زيد العشرة حيض وعلى قول ابي سهل حيضها الستة الاخيرة بعد اليوم و(الثلثة)
فان رات يوما دما وثلثة طهرا ويوما دما وثلثة طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول ابي زيد يضيف يوما من اول الاستمرار الى ما (سبق)
فتكون العشرة كلها حيضا وعلى قول ابي سهل حيضها عشرة بعد اليوم والثلثة الاولى فمن اول الاستمرار ستة حيض على قوله
ولو رات يومين دما وثلثة طهرا ويوما دما وثلثة طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول ابي زيد حيضها من اول ما رات عشرة فيكون
اول يوم من الاستمرار من جملة حيضها ثم تتم العشرة وعلى قول ابي سهل حيضها ستة ايام من اول ما رات ولا يكون من اول الا(ستمرار)
حيضا لها فيصل الى موضع حيضها الثاني وكذلك لو رات يوما دما وثلثة طهرا ثم استمر بها الدم

فصل

في بيان الاوقات والساعات واخر النهار قال اعلم بان الوقت الواحد لا يتكرر في يوم واحد كذلك كطلوع الفجر وطلوع الشمس فان كان
ابتداء الوقت من عند طلوع الشمس فتمام اليوم والليلة قبيل طلوع الشمس من الغد لان قبيل اسم لوقت يتصل بالوقت المذكور بخلاف
قبل بيانه فيمن قال لامراته وقت الضحوة انت طالق قبل غروب الشمس لم تطلق حتى تغرب الشمس فتفسير قبل فيما بعد غروب الشمس
لا يستقيم في تخريج مسائل الحيض لان قبيل اسم لما قبل الغروب بلا فصل حتى لو رات الدم عند الغروب ثم انقطع قبيل الغروب
من اليوم الثاني فهذا تمام يوم وليلة ولو جعلنا قبيل عبارة عما بعد غروب الشمس ثم انقطع ثم رات الدم قبيل طلوع الشمس
من اليوم الرابع فالجواب ان الثلثة كلها حيض لان الكل ثلاثة ايام والطهر فيه قاصر فهو كالدم المتوالي وكذلك لو رات في اليوم الرابع
عند طلوع الشمس فالجملة ثلثة ايام وساعة الطهر فيه قاصر عن الثلثة فكان الكل حيضا وان رات من اليوم الرابع بعد طلوع الشمس
لم يكن شيء منه حيضا لان الطهر ثلثة ايام فصار فاصلا بين الدمين فان رات عند طلوع الشمس ثم رات اليوم الرابع عند طلوع الشمس (ايضا)
ثم رات من اليوم السابع بعد طلوع الشمس فالكل حيض لان الطهر الاول لما كان دون الثلث فهو كالدم المتوالي فيصير الدم غالبا (حكما)
وان رات عند طلوع الشمس فعلى قول ابي زيد الكل حيض لان الطهر الاول دون الثلاث فهو كالدم المتوالي وصار الطهر الثاني مغلوبا (به)
فيتعدى اثره الى الطهر الثالث كما بينا وعند ابي سهل الاولى حيض لان الطهر الثاني كان ثلثة ايام وان صار مغلوبا بالدم فلا يتعدى
الى الطهر الثالث واما الساعة ففي لسان الفقهاء اسم لجزء من الزمان بخلاف ما تقوله المنجمون انه وقت ممتد حتى يشتمل اليوم والليلة
عندهم على اربع وعشرين ساعة فتارة ينتقص الليل حتى يكون تسع ساعات ويزداد النهار حتى يكون خمسة عشر ساعة وتارة
ينتقص النهار حتى يزداد الليل ويبينون ذلك بطريقتهم فاما في لسان الفقهاء عبارة عن جزء من النهار فاذا قيل مبتداة رات
ساعة دما وثلثة ايام غير ساعتين طهرا وساعة دما فالكل حيض لان الكل ثلثة ايام والطهر قاصر وان رات ساعة دما
وثلثة ايام الا ثلاث ساعات طهرا وساعة دما فالكل حيض لان الكل دون ثلثة ايام الى على قول ابي يوسف رح فانه يقول الكل حيض
لان الاكثر من اليوم الثالث بمنزلة كماله عنده وان رات ساعة دما وثلثة ايام غير ساعة طهرا وساعة دما فالكل حيض لان الكل
ثلثة ايام وساعة فالطهر فيه قاصر وان رات ساعة دما وثلثة ايام طهرا وساعة دما لم يكن شيء منه حيضا عند محمد رحمه الله
لان الطهر لما بلغ ثلثة ايام صار فاصلا فان رات ساعة دما وثلثة ايام غير ساعتين طهرا وساعة دما وثلثة طهرا وساعة (دما)
وثلثة ايام طهرا وساعة دما فعلى قول ابي زيد الكل حيض لان الطهر الاول لقصوره عن الثلاث كالدم المتوالي فصار الطهر الثاني
مغلوبا به ثم يتعدى مرة الى الطهر الثالث وعلى قول ابي يوسف حيضها ستة ايام وساعة لان الطهر الثاني كامل وان صار مغلوبا
فلا يتعدى اثره الى الطهر الثالث كما هو اصله واما اخر النهار فهو ما يذكر من ثلث وربع وغيره فاذا قيل مبتداة رات ربع يوم (دما)
ثم يومين وثلث يوم طهرا ثم ربع يوم دما لم يكن شيء منه حيضا لان الكل قاصر عن الثلث بسدس يوم فان رات ربع يوم دما

ويومين ونصف طهرا وربع يوم دما فالكل حيض لانها بلغت ثلثة ايام والطهر قاصر ٥ وان رات ربع يوم دما وثلثة ايام طهرا وربع يوم دما لم يكن شي منه حيضا لان الطهر كامل فصار فاصلا بين الدمين وعلى هذا تقيس ما تسال عنه من هذا النوع فان هذا النوع لا بد حل في الواقعات ايما وضحوه لتسحد الخواطر وامتحان المتحيرين في العلم

باب نصب العادة للمبتداة

قال رضي اعلم ان بلوغ المراة قد يكون بالسن وقد يكون بالعلامة والعلامة اما الحيض او الحبل فيبتدا بالحيض فنقول اذا رات المبتداة دما صحيحا وطهرا صحيحا مرة واحدة ثم ابتليت بالاستمرار يصير ذلك عادة لها في زمان الاستمرار بخلاف ما يقوله ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله في صاحبة العادة لانه لا تنتقل عادتها برؤية المخالف مرة واحدة لان ههنا الانتقال عن حالة الصغر ولا عادة في النساء فيحصل بالمرة ٥ وبيان هذا مبتداة رات خمسة دما وخمسة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فانها تترك من اول الاستمرار خمسة وتصلي خمسة عشر يوما وذلك دابها ثم يعتبر الدم الصحيح ان لا يكون دون خمسة عشر يوما ولا يحيط الطهر الى المرة في شي منه بدم من اوله او وسطه او اخره وكان بين الحيضتين ثم بعد هذا اربعة فصول اما ان يفسد الدم والطهر او يفسد الدم ويصح الطهر او يفسد الطهر ويكون الدم صحيحا والطهر صحيح في الظاهر لكنه يفسد بطريق الضرورة فلا يصلح لنصب العادة فاما بيان الفصل الاول لمبتداة رات احد عشر يوما دما واربعة عشر يوما طهرا ثم استمر بها الدم فهذا الدم والطهر فاسدان وكانها ابتليت بالاستمرار ابتداء فكان حيضها من اول ما رات عشرة وطهرها بقية الشهر عشرون ومعنى ثمانية من اول الاستمرار تصلي يومين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين فان كان الدم خمسة عشر والطهر اربعة عشر فكذلك الجواب واول الاستمرار يوافق ابتداء حيضها فتدع عشرة وتصلي عشرين ثم تسوق المسئلة هكذا الى ان يكون الدم ثلثة وعشرين والطهر اربعة عشر ثم استمر فالعشرة من اول ما رات حيض وقد صلت ثلثة عشر يوما بالدم ثم من اربعة عشر طهر سبعة تمام الطهر وسبعة من حيضها الثاني لم ترفيه ثم جاء الاستمرار وقد بقي من موضع حيضها ثلثة والثلاثة حيض كامل فتدع من اول الاستمرار ثلثه ثم تصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وذلك دابها فان كان الدم اربعة وعشرين فالمسئلة بحالها فنقول ستة من طهرها اربعة عشر بقية طهرها بقي ثمانية ايام من موضع حيضها الثاني لم ترفيه ثم جا الاستمرار وقد بقي من موضع حيضها يومان ويومان لا تكون حيضا فهذه لم ترمرة تصل الى موضع حيضها الثاني وذلك اثنان وعشرون يوما من اول الاستمرار ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وهذا قول ابي حنيفة رح واما على قول ابي يوسف فبخلاف هذا فانه ينقل العادة بعدم الرؤية مرة وكذلك قول محمد رح بخلاف هذا فان عنده الابدال على ما نذكره في باب الانتقال ٥ وبيان الفصل الثاني مبتداة رات احد عشر يوما وخمسة عشر يوما طهرا ثم استمر بها الدم فنقول هنا فاسد لانه زاد على العشرة وبفساد يفسد الطهر لانها صلت في اول يوم منه بالدم فاما على قول محمد بن ابراهيم الميداني فحيضها عشرة ايام وطهرها عشرون ثم جا الاستمرار وقد بقي من طهرها اربعة فتصلي اربعة ايام ثم تدع اربعة وتصلي عشرين على قول ابي علي الدقاق فطهرها ستة عشر فتدع من اول الاستمرار عشرة وتصلي ستة عشر لان فساد الدم في اليوم الحادي عشر لما لم يوثر في الدم كان العشرة حيضا فلان لا يوثر في الطهر اولى والاصح ما قاله محمد ابن ابراهيم الميداني فان اليوم الحادي عشر من الطهر لان الحيض برؤية الدم الفاسد فيه يوثر في الطهر وبيان الفصل الثالث وهو ان يكون الدم صحيحا والطهر فاسدا بان يقول مبتداة رات خمسة ايام دما واربعة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فحيضها وطهرها بقية الشهر وذلك خمسة وعشرون يوما وذلك دابها ٥ وبيان الفصل الرابع مبتداة رات ثلثة دما وخمسة عشر طهرا ويوما دما ويومين طهرا ثم استمر بها الدم فهنا الدم في الثلثة صحيح والطهر خمسة عشر صحيح في الظاهر ٥ ولكنها لما رات بعده يوما دما ويومين طهرا فهذه الثلثة لا يمكن ان تجعل حيضا لان ختمها بالطهر ولا وجه للابدال فتصلي في هذه الايام ضرورة فيفسد به ذلك الطهر فيخرج من ان يكون صالحا لنصب العادة فيكون حيضها ثلثة وطهرها بقية الشهر سبعة وعشرون يوما ولو رات في الابتداء اربعة دما وخمسة عشر طهرا ثم يوما دما ويومين طهرا ثم استمر بها الدم فهنا الطهر صحيح لنصب العادة لان بعده دم يوم وطهر يومان ثم يوم من اول الاستمرار تمام الاربعة فابتداء الحيض الثاني وختمه بالدم فلهذا كان الطهر خمسة عشر صالحا فتدع من اول الاستمرار يوما وتصلي خمسة عشر ثم تدع اربعة وتصلي خمسة عشر وذلك دابها فان رات الدم عشرة والطهر خمسة عشر ثم الدم يوما والطهر ثلثة والدم يوما والطهر ثلثة ثم استمر فعلى قول ابي الطهر خالص هنا يصلح لنصب العادة لانه يجعل من اول الاستمرار يومين الى ما رات بعد خمسة فتجعل العشرة كلها حيضا فكان الطهر خمسة عشر

خالصا فاما على قول ابي سهل الاول والثلثة بعد خمسة عشر لا يكون حيضا وانما حيضها ستة فيفسد طهر خمسة عشر لانها صلت في شي منه بدم فكان حيضها وطهرها عشرين وقد مضى خمسة عشر يوما ويوم دم وثلثة طهر فقد صلت فيه فذلك تسعة عشر ثم قد صلت فيه وذلك عشرون ثم ثلثة ايام طهر ولا يبتدا الحيض بالطهر فقد جاء الاستمرار والباقي من ايام حيضها سبعة فتدع سبعة وتصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وعلى هذا تقيس ما يكون من هذا النوع

فصل في نصب العادة

واذا ابتليت المبتداة بالاستمرار بعدما يكون منها الصحيح من الدما والاطهار فهو على خمسة اوجه احدها ان ترى دمين وطهرين متفقين على الولاء ثم الاستمرار والثاني ان يكون مختلفين ثم الاستمرار ٥ والثالث ان ترى ثلثة دما وثلثة اطهار مختلفة ثم الاستمرار والرابع ان ترى متفقين بعدهما مخالف لهما ٥ والخامس ان ترى متفقين بينهما ما يخالفهما ثم الاستمرار فصورة الفصل الاول اذا رات الدم ثلثة والطهر خمسة عشر والدم ثلثة والطهر خمسة عشر ثم استمر بها الدم فالجواب انها تدع من اول الاستمرار ثلثة وتصلي خمسة عشر لان ما رات صار عادة قوية لها بالتكرار وقد بينا انها لو رات خمسة دما وخمسة عشر طهرا واربعة دما وستة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم الميداني تبني على ما رات في المرة الثانيه وعلى رواية في المرة الاولى وعلى قول ابي عثمان بن سعيد بن مزاحم السمرقندي لا تبني ولكن تبينا نفس اول الاستمرار وتفسيره قول محمد بن ابراهيم انها لما رات اربعة دما فثلثة منها مدة حيضها ٥ واليوم الرابع من حيضها بطهرها ولكنها تترك الصلاة فيه لرؤية الدم فلما ستة عشر واربعة عشر منها تمام طهرها ويومان منه مدة حيضها ٥ ولكنها لم تر فيه فلا تترك الصوم والصلاة لان الحيض لا يكون بالطهر ثم جاء الاستمرار وقد بقي من مدة حيضها يوم فذلك لا يكون حيضا فتصل الى موضع حيضها الثاني وذلك ستة عشر يوما ٥ ووجهه ان ما رات في المدة الاولى صارت عادة لها بالمرة الواحدة لما بينا وصاحبة العادة تبني ما ترى على عادتها ما لم يوجد ما ينقضه الا ترى انها لو رات ذلك مرتين تقف عليه ما ترى بعده فكذا اذا راته مرة واحدة ووجه قول ابي عثمان ان ما راته ثانيا في الصحة مثل ما راته اولا وانما يبنى الفاسد على الصحة لا يبنى على الصحيح لان البناء للحاجة والضرورة انما اثبتنا العادة للمبتداة بالمرة الواحدة لاجل الضرورة فاما العادة في الاصل مشتقة من العود وذلك لا يحصل بالمرة ولا ضرورة في بناء الصحيح على الصحيح لما بينهما من المعارضة والمنافاة بخلاف ما اذا رات الاخرتين متفقين لان ذلك تاكيد بالتكرار وترجح به ثم على قول ابي عثمان اذا استانف من اول الاستمرار يبني على اول المرتين لانه عادتها فالاقل موجود في الاكثر فيترك من اول الاستمرار ثلثه وتصلي خمسة عشر وذلك دابها ٥ وبيان الفصل الاول مبتداة رات الدم ثلثة والطهر خمسة عشر والدم اربعة والطهر ستة عشر والدم خمسة والطهر سبعة عشر ثم استمر بها الدم فهذا لا خلاف بينهما انه لا يبني بعض الصحاح على بعض ومحمد بن ابراهيم يفرق بين هذا وبين ما سبق فيقول هنا راته مرتين بخلاف ما راته اولا والعادة تنتقل برؤية المخالفة مرتين فلهذا لا يبنى على الاول وهنا انما راته بخلاف العادة مرة واحدة فلا تنتقل به العادة فلهذا يبني الثاني على الاول ثم في هذه المسئلة يقول محمد بن ابراهيم يبني على اوسط الاعداد وهو قول ابي عبد الله بن ابي حفص وعبد الله بن اللحم فاما على قول ابي عثمان يبني على اقل المرتين الاخرتين فلا يظهر هذا الخلاف فيما ذكرنا من الصورة فان اوسط الاعداد اربعة وستة عشر وهكذا اقل المرتين الاخرتين انما يظهر الخلاف فيما اذا قلبنا الصورة فقلنا رات في الابتداء سبعة عشر وخمسة ثم اربعة وستة عشر ثم ثلثه وخمسة عشر فعلى قول باقل المرتين الاخرتين تدع من اول الاستمرار ثلثة وتصلي خمسة عشر وتلك دابها ٥ ووجه قول محمد بن ابراهيم ان عند التعارض العدل هو الوسط قال عم خير الامور اوساطها ولهذا قلنا لو تزوج على عبد يلزمه عبد وسط فكذا هنا عند التعارض يبني في زمان الاستمرار على اوسط الاعداد ٥ ووجه قول ابي عثمان ان اقل المرتين الاخرتين تاكد بالتكرار لان القليل موجود في الكثير فيصير ذلك عادة لها في زمان الاستمرار والفتوى على قول ابي عثمان لانه ايسر على النساء فان ما قاله محمد بن ابراهيم تحتاج الى حفظ ما ترى لتبين الاوسط من ذلك وعلى ما قاله ابو عثمان لا تحتاج الى حفظ ما ترى مرتين لتبني على اقلهما فللتيسر اخذوا بهذا القول في الفتوى كما اخذوا في مسائل الانتقال بقول ابي يوسف في ان العادة تنتقل برؤية المخالف مرة لان ذلك ايسر على النساء وبيان الفصل الرابع مبتداة رات ثلثة دما وخمسة عشر طهرا وثلثه دما وخمسة عشر طهرا واربعة دما وستة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح من اول الاستمرار ستة عشر لانهما يقولان ان العادة تنتقل برؤية المخالف مرة فكان البناء على ما رات اربعة فثلثة من ذلك مدة حيضها ويوم من حيضها بطهرها ومن ستة عشر اربعة عشر تمام طهرها ويومان من حيضها بحيضها لم تر فيه فتصل الى موضع حيضها

الثاني وعلى قول ابي يوسف رحمه الله العادة تنتقل برؤية المخالف فنقول من اول الاستمرار اربعة فتصلي ستة عشر وذلك دابها
وبيان الفصل الخامس مبتداة رأت ثلثة دما وخمسة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فالجواب انها من اول الاستمرار تدع ثلثة
وتصلي خمسة عشر وذلك العادة جعلته لها فانها لو ان متفقين على الولاء كانت عادة اصلية لها واذا كان بينهما مخالف
صار ما رأت مرتين متفقين عادة جعلته لها ومعنى هذه التسمية انا جعلنا ما رأته اجزاء كالمضموم الى ما رأته اولا لما
من الموافقة في العدد فكانا كالتكرار نوصا رعادة لها يبنى عليه من زمان الاستمرار **فصل** مبتداة بلغت
بالحبل فانها حبلت من زوجها قبل ان تحيض وولدت فاستمر بها الدم فنفاسها اربعون يوما وقال الشافعي رحمه الله نفاسها ستون وهو
على ما بيناه ان المعتبر هنا لنا اكثر الحيض عندنا لا امكان فكذلك هنا المعتبر اكثر النفاس وعنده هنا المعتبر اقل الحيض يوما وليلة
فهذا ايضا نفاسها اقل النفاس وذلك ساعة ثم بعد الاربعين تجعل طهرها عشرين لانه لما لا يتوالى حيض ونفاس ولبس بينهما طهر
وانا قدرنا طهرها عشرين لان حيض المبتداة اذا ابتليت بالاستمرار اكثر الحيض وذلك عشرة وطهرها بقية الشهر وذلك عشرون
فلا فرق ان يكون البداية من الحيض ومن الطهر في مقدار العدد فلهذا جعلنا طهرها عشرين وحيضها بعده العشرة وذلك دابها
وكذلك لو طهرت بعد الاربعين اربعة عشر يوما فهذا طهر قاصر لا يصلح للفصل بين الحيض والنفاس فكان كالدم المتوالي فان طهرت
بعد الاربعين خمسة عشر يوما ثم استمر بها الدم فانها تترك من اول الاستمرار عشرة لان طهر خمسة عشر طهر صحيح فيصير عادة لها
بالمرة الواحدة ولا عادة لها في الحيض فيكون حيضها عشرة فلهذا تدع من اول الاستمرار عشرة وتصلي خمسة عشر وذلك دابها خمسة
وعشرون يوما ثم تسوق المسئلة الى ان نقول طهرت بعد الاربعين احدا وعشرين يوما ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم
تدع من اول الاستمرار تسعة ثم تصلي احدا وعشرين يوما وذلك دابها لانها لما طهرت في اليوم الحادي والعشرين لا يمكن جعل ذلك
بل هو طهر صحيح وعادتها في الحيض والطهر تجتمع في الشهر فاذا صار احدا وعشرين طهرا لها لم يبق لحيضها الا تسعة فجعلنا حيضها
الاترى انها لو حاضت خمسة في الابتداء ثم طهرت اربعة عشر واستمر بها الدم جعلنا حيضها خمسة وطهرها بقية الشهر وذلك خمسة
وعشرون فهذا مثله ٥ وقال ابو عثمان تدع من اول الاستمرار عشرة وتصلي احدا وعشرين وذلك دابها فيكون دورها في كل احد
وثلثين يوما قال لانا انما قدرنا الطهر بما بقي من الشهر لانه ليس لاكثره غاية معلومة وهو العشرة فكان طهرها احدا وعشرين كما رأت
وحيضها عشرة ثم تسوق المسئلة الى ان نقول طهرت سبعة وعشرين ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم حيضها من اول
الاستمرار عشرة ودورها في كل سبعة وثلثين يوما فان طهرت ثمانية وعشرين ثم استمر بها الدم فهنا حيضها من اول الاستمرار
عشرة بالاتفاق ودورها في كل ثمانية وثلثين يوما لانه لم يبق من الشهر ما يمكن ان يجعل حيضا لها فلاجل التعذر رجعنا الى اعتبار
اكثر الحيض ومن كان معنى اجتماع الحيض والطهر في شهر واحد فان رأت احدا واربعين يوما دما كما ولدت ثم خمسة عشر طهرا
ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم نفاسها اربعون وطهرها عشرون لانها صلت في اليوم الحادي والاربعين بالدم
فيفسد به طهر خمسة عشر ولا يصلح لنصب العادة فلهذا كان طهرها عشرين من اول الاستمرار تصلي اربعة تمام طهرها
ثم تدع عشرة وعلى قول ابي علي الدقاق طهرها ستة عشر كما بينا فمن اول الاستمرار تدع عشرة وتصلي ستة عشر يوما
وذلك دابها والله اعلم

باب الاستمرار

اعلم بان الاستمرار نوعان متصل ومنقطع فالمتصل ان يستمر بها الدم جميع الاوقات وحكم هذا ظاهر انها ان كانت مبتداة
فحيضها من اول ما رأت عشرة وطهرها عشرون الى ان تموت وتطهر فان كانت صاحبة عادة فايام عادتها في الحيض يكون حيضا لها
وايام عادتها في الطهر يكون فيه مستحاضة فاما الاستمرار المنقطع وهو مقصود هذا الباب ان نقول مبتداة رأت يوما دما
ويوما طهرا واستمر كذلك ستة اشهر فعلى قول ابي يوسف رحمه الله الجواب في جنس هذه المسائل واضح لانه ختم الحيض بالطهر
وبداية بالطهر فحيضها عشرة من اول ما رأت وطهرها عشرون فهو والاستمرار المتصل سواء فاما على قول محمد فحيضها من اول
ما رأت تسعة وطهرها احد وعشرون لان اليوم العاشر كان طهرا وهو لا يرى ختم الحيض ويحتاج الى معرفة العشرة والى معرفة
ختم الشهر لينبغي له حكم بداية الحيض في الشهر الثاني في معرفة طريقان احدهما ان الاوتار من ايامها والشفوع طهر واليوم العاشر
من الشفوع فعرفنا انه كان طهرا وكذلك اليوم الحادي والثلثين ختم الشهر من الشفوع فكان طهرا واستقبلها في الشهر الثاني

مثل ما كان

مثل ما كان في الشهر الاول والثاني في طريق الحساب وعليه تخرج المسائل لانه اقرب الى الفهم فنقول السبيل ان ياخذ دما وطهرا
وذلك اثنان فتضربه فيما يوافق العشرة وذلك اثنان فتضربه فيما يوافق الشهر وذلك خمسة عشر واثنان في خمسة عشر
واخر المضروب طهرا ومستقبلها في الشهر الثاني مثل ما كان في الشهر الاول لكان دورها في كل شهر تسعة حيضا واحدا وعشرون
طهرا فان رأت يومين دما ويوما طهرا واستمر كذلك فالعشرة منها وله حيضا لان ختم العشرة بالدم فاذا اردت معرفة ذلك
فالسبيل ان ياخذ دما وطهرا وذلك ثلثة فتضربه فيما يوافق العشرة لانك لا تجد الموافق وذلك ثلثة في ثلثة تسعة واخر المضروب
طهر ثم استقبلها في الشهر مثل ما كان بعده يوم دم فعرفنا ان العشرة كان بالدم ومعرفة ختم الشهر ان ياخذ دما وذلك
فتضربه فيما يوافق الشهر وذلك عشرة فيكون ثلثين واخر المضروب طهر ثم استقبلها في الشهر مثل ما كان في الشهر الاول
فيكون في دورها في كل شهر عشرة حيضا وعشرون طهرا وكذلك ان رأت يوما دما ويومين طهرا فهو على هذا التخريج فان رأت
يومين دما ويومين طهرا واستمر كذلك فحيضها من اوله ثمان عشرة لان ختم العشرة بالدم ومعرفة ذلك ان ياخذ دما وطهرا
وذلك اربعة فتضربه فيما يوافق العشرة وذلك اثنان فيكون ثمانية واخر المضروب طهر بعده يومان دم تمام العشرة
فعرفنا ان ختم العشرة كان بالدم الى ان ينظر الى ختم الشهر بماذا فياخذ دما وطهرا وذلك اربعة فتضربه فيما يقارب الشهر
وذلك سبعة فيكون ثمانية وعشرين واخر المضروب طهر بعده يومان دم تمام الشهر واستقبلها في الشهر الثاني يوما
طهر ويومان دم فهذه السنة تكون حيضا لها في الشهر الثاني لان ختم العشرة في الشهر الثاني بيومين طهر ولا يختم الحيض بالطهر
الى ان ينظر ان ختم الشهر الثاني بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك اربعة فتضربه فيما يوافق الشهرين وذلك خمسة عشر فيكون
ستين واخر المضروب طهر ثم استقبلها في الشهر الثالث يومان دم فاستقام امرها ودورها في كل شهرين في الشهر الاول عشرة حيض
ثم اثنان وعشرون طهر ثم ستة حيض ثم اثنان وعشرون طهر فان رأت ثلثة دما ويومين طهرا واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت
ثمانية لان ختم العشرة بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك خمسة فتضربه فيما يوافق الشهر
وذلك ستة فيكون ثلثين واخر المضروب طهر وكان دورها في كل شهر ثمانية حيض واثنان وعشرون طهر وكذلك ان قلبت
فقلت اذا رأت يومين دما وثلثة طهر فهو على هذا التخريج الا ان حيضها هاهنا من اول كل شهر سبعة فان رأت ثلثة دما وثلثة
طهر واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت تسعة الى ان ينظر ان ختم السورة بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك ستة فيضرب
فيما يوافق الشهر وذلك خمسة فيكون ثلثين واخر المضروب طهر فاستقام امرها وكان دورها في كل شهر والحيض تسعة والطهر
احد وعشرون فان رأت اربعة دما وثلثة طهرا واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت عشرة لان ختم العشرة بالدم الى ان ينظر
الى ختم الشهر بماذا فياخذ دما وطهرا وذلك سبعة وتضربه فيما يقارب الشهر وذلك اربعة فيكون ثمانية وعشرين واخر المضروب
ثم بعده دم اربعة يوما تمام الشهر الاول ويوما من اول الشهر الثاني يكون حيضا ففي الشهر الثاني حيضها تسعة لان اليوم العاشر
كان طهرا الى ان ينظر ان ختم الشهرين بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب الشهرين وذلك تسعة فيكون ثلثة
وستين واخر المضروب طهر ثم بعده دم فقد مضى من حيضها في الثالث ثلثة كان طهرا وبداية الحيض بالطهر لا تكون ثم بعده اربعة دما
وثلثة طهر فما وجدت في الشهر الثالث من الحيض لا اربعة فذلك حيضها الى ان ينظر ان ختم الشهر الثالث بماذا يكون فياخذ يوما
وطهرا وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب تسعين يوما وذلك ثلثة عشر فيكون احدا وتسعين واخر المضروب طهر فقد مضى من الشهر
الرابع يوما لم يؤثر فيه ثم بعده اربعة دم وثلثة طهر ويوما تمام العشرة دم فوجدت تسعة ايام في الشهر الرابع فذلك حيضها
الى ان ينظر ان ختم الشهر الرابع بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب مائة وعشرين يوما وذلك سبعة عشر
فيكون مائة وتسعة عشر واخر المضروب طهر بعده يوم دم وتمام الشهر الرابع وفي الشهر الخامس ثلثة دم وثلثة طهر واربعة دم
فهذه العشرة حيضها الى ان ينظر ان ختم الشهر الخامس بماذا يكون فياخذ دما وطهرا وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب مائة وخمسين يوما
وذلك احد وعشرون فيكون مائة وسبعة واربعين واخر المضروب طهر بعده اربعة دم ثلثة من ذلك تمام الشهر الخامس ويصلي فيه
ثم في الشهر السادس يوما دما وثلثة طهرا واربعة دما فهذه الثمانية تكون حيضا لها لان دم العشرة في الشهر السادس
كان الطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر السادس بماذا يكون فياخذ دما وذلك سبعة فيضرب سبعة فيما يقارب مائة وثمانين وذلك ستة
وعشرون فيكون مائة واثنان وثمانون واخر المضروب طهر فقد مضى من الشهر الرابع يومان من ايام حيضها لم تر فيه ثم بعده اربعة دم
وثلثة طهر واربعة دم فختم العشرة في الشهر السابع بماذا فياخذ دما وطهرا وذلك سبعة فيضربه فيما يوافق سبعة اشهر وذلك ثلثون فيكون

ثمانية وعشرة واخر المضروب طهر فاستقام دورها في كل سبعة اشهر حيضا وطهرها في كل شهر ما رأينا لانه استقبلها
في الشهر الثامن مثل ما كان في الشهر الاول اربعة دم وثلثة طهر وكذلك ان قلبت فقلت ان ثلثة دما واربعة طهرا فهو في التخريج
مثل ما سبق واستقام دورها في كل سبعة اشهر الا انه ربما يزداد وينتقص ثم في هذه المدة تقضي ايام حيضها ويتبين ذلك
اذا خرجت فان رأت اربعة دما واربعة طهرا واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت عشرة لان ختمها بالدم والدم غالب
على الطهر فيها الى ان ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا ثمانية ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك اربعة فيكون اثنين وثلثين
واخر المضروب طهر فقد مضى من ايام حيضها في الشهر الثاني يومان لم ترفيهما ثم استقبلها اربعة دم واربعة طهر فحيضها في هذا
اربعة لانها لم تر في العشرة الا هذا الى ان ينظر ان ختم الشهر الثاني بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا فيضربه فيما يقارب الشهرين وهو ثمانية
فيكون اربعة وستين يوما واخره طهر فقد مضى من الشهر الثالث اربعة ايام لم ترفيها ثم استقبلها دم اربعة فهذه الاربعة حيضها
في الشهر الثالث لان ختم العشرة بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر الثالث بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا ويضربه فيما يقارب ثلثة اشهر
وذلك احد عشر فيكون ثمانية وثمانين واخره طهر ثم استقبلها اربعة دم يومان تمام الشهر الثالث تصلي فيه وفي الشهر الرابع وجدت في عشرة
يومان دم واربعة طهرا واربعة دم فهذه العشرة حيضها الى ان ينظر ان ختم الشهر الرابع بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا ويضربه فيما يقارب
اربعة اشهر وذلك خمسة عشر فيكون مائة وعشرين يوما واخره طهر فاستقام امرها واستقبلها في الخامس اربعة كما كان في الشهر
الاول فيكون دورها في كل اربعة اشهر والاول عشرة حيض وفي الشهر الثاني اربعة بعد يومين مضيا حيض وفي الشهر الثالث اربعة حيض
بعد اربعة مضت منه وفي الشهر الرابع عشرة حيض فان رأت خمسة دما واربعة طهرا واستمر كذلك فحيضها في الشهر الاول عشرة
لان ختم العشرة بالدم الى ان ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وهو تسعة ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلثة فيكون سبعة
وعشرين واخره طهر بعده دم خمسة ثلثة منها تمام الشهر تصلي فيها ثم يومان من اول الشهر الثاني رأت فيهما وبعدهما طهر اربعة
ودم خمسة فالعشرة من اول الشهر الثاني رأت فيهما وبعدهما طهر اربعة ودم خمسة فيضرب تسعة فيما يقارب الشهرين وذلك سبعة
فيكون ثلثة وستين واخره طهر فقد مضى من الشهر الثالث ثلثة لم ترفيها ثم استقبلها دم خمسة فهذا حيضها في الشهر الثالث
لان ختم العشرة بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر الثالث بما ذا يكون فيأخذ يوما دما ويوما طهرا ويضربه فيما يوافق ثلثة اشهر وذلك عشرة
فيكون من اخره طهر فاستقام امرها لانه استقبلها في الشهر الرابع مثل ما في الشهر الاول فعلمنا ان دورها في كل ثلثة اشهر كما بينا وكذلك ان قلبت فقلت
رأت اربعة دما وخمسة طهرا او ذلك عشرة فهو في التخريج كما بينا فان رأت خمسة دما وخمسة طهرا واستمر كذلك فحيضها خمسة من اول
ما رأت لان ختم العشرة بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك عشرة ويضربه فيما يوافق الشهر وذلك ثلثة
فيكون ثلثين واخره طهر فاستقام امرها في كل شهر الحيض خمسة والطهر خمسة وعشرون فان رأت خمسة دما وستة طهرا واستمر كذلك
فحيضها من اول ما رأت خمسة لان ختم العشرة بالطهر ونصير هذه الخمسة عادة لها بالمرة الواحدة لانها مبتدأة الى ان ينظر
ان ختم الشهر الثاني بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك الثلثة فيكون ثلثة وثلثين واخر المضروب
طهر فقد مضى من الشهر الثاني مثل ايام عادتها ثلثة وبقي يومان ولا يكون حيضا ومن اصل ابي حنيفة رح ان العادة لا تنتقل
بالمرة الواحدة ويخرج هذه المسائل على قولهما دون قول ابي يوسف كما بينا فاما على من لا يرى البدل وهو قول ابي حنيفة رح فانها
لا تترك الصلاة في شيء من الشهر الثاني الى ان تنظر انها هل ترى في الشهر الثالث في ايام عادتها فيأخذ دما وطهرا وذلك احد عشر
فيما يقارب الشهرين وذلك الستة فيكون ستة وستين واخره طهر فقد مضى ايام عادتها في الشهر الثالث لم تر فيه شيئا وصاحبة العادة
اذا لم تر من الحيض على الولاء تستأنف لها من موضع الرؤية لان العادة كما تنتقل برؤية المخالف تنتقل بعدم الرؤية في ايامها مرتين
فاذا استأنف في موضع الرؤية كان حيضها خمسة واستقام امرها على ان يكون دورها في كل ستة وستين يوما الحيض خمسة
والطهر احد وستون يوما واما على قول من يرى البدل وهو قول محمد رح فانه يقول يبدل لها خمسة والطهر احد وستون يوما
بعد ثلثة مضت من الشهر الثاني لوجود شرط الابدال لان بعده طهر تام وهو ثمانية وعشرون على ما بيناه في بابه فيترك هذه الخمسة
الى ان ينظر ان ختم الشهرين بما ذا يكون فيأخذ احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهرين وذلك الستة فيكون ستة وستين فلم تر مرتين على الولاء
فنستأنف لها من موضع الرؤية واستقام دورها في كل ستة وستين طهر مرتين تدع خمسة وتصلي ثمانية وعشرين ثم تدع خمسة
بحساب البدل ثم تصلي ثمانية وعشرين هكذا ابدا فان استمر بها الدم بعد شهور استمرارا متصلا فكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول
حيضها في كل زمان الاستمرار خمسة وطهرها بقية الشهر خمسة وعشرون لانها اذ كانت تصلي ثمانية وعشرين لاجل الضرورة

لا لانه كان طهرا صحيحا يصلح لنصب العادة فاذا ارتفعت الضرورة بانقضاء الاستمرار عادت الى ما هو وهو ان يكون ما في الشهر
بعد ايام عادتها في الحيض طهرا لها وذلك خمسة وعشرون وكان ابو عثمان يقول حيضها عشرة في زمان الاستمرار وطهرها عشرون
لان الطهر لما فسد فسد الدم ايضا وانما كنا لا نجعل العشرة حيضا لان ختمها بالطهر وقد زال ذلك المعنى فحيضها عشرة وطهرها
عشرون كما لو ابتليت بالاستمرار ابتداء وكان ابو سهل يقول حيضها وطهرها ثمانية وعشرون لانها قد زالت فاحد منهما مرارا
وحكمنا بان الخمسة حيض وان الطهر ثمانية وعشرون فعلى ذلك يبنى في زمان الاستمرار لان المحكوم بصحته شرعا بمنزلة ما هو صحيح
فان رأت ستة دما وخمسة طهرا واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت ستة وباقي الشهر طهر الى ان ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ
دما وطهرا وذلك احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلثة فيكون ثلثة وثلثين واخر المضروب طهر فقد مضى من ايامها
في الشهر ثلثة لم ترفيها ثم رأت ستة دما وقد بقي من ايام حيضها ثلثة وذلك كونها فكان حيضها في الشهر الثاني هذه الثلثة
الى ان ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيأخذ احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهرين وذلك الستة فكان ستة وستين يوما واخره طهر
فقد مضى ايامها في الشهر الثالث لم تر فيه فتصلي الى موضع حيضها الاخر على قول من لا يرى البدل وعلى قول محمد يبدل لها ستة
بعد ستة مضت من الشهر الثالث لانه يبقى بعدها من الشهر الثالث ثمانية عشر وذلك طهر تام الى ان ينظر ان ختم الشهر الثالث
بما ذا يكون فيضرب احد عشر فيما يقارب ثلثة اشهر وذلك ثمانية وثمانون يوما واخره طهر ثم رأت ستة دما يومان تمام الشهر الثالث
تصلي فيهما واربعة وجدته في ايامها فذلك حيضها في الشهر الخامس الى ان ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيضرب احد عشر فيما يقارب
اربعة عشر فيكون اربعة وخمسين واخره طهر فقد مضى من ايامها في الشهر السادس اربعة وبقي يومان وذلك لا يكون حيضا
فتصلي الى موضع حيضها الاخر عند ابي حنيفة رح ويبدل لها عند محمد رحمه الله ستة بعد اربعة مضت من الشهر السادس
الى ان ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيضرب احد عشر فيما يقارب ستة اشهر وذلك الستة عشر فيكون سبعة وتسعين واخر المضروب طهر
ثم بعده دم ستة اربع تمام الشهر السادس تصلي فيه وانما رأت في الشهر السابع يومين في ايامها وذلك لا يكون حيضا
فتبين انها لم تر مرتين على الولاء فتستأنف لها من ولد فيها لا ابدال وتجعل تلك الستة بعد الستة التي جعلت بدلا عند محمد حيضا
بطريق انتقال العادة اليه حتى اذا كانت لم تصل فيها احدا بقول محمد رح فليس عليها قضاء تلك الصلوات عند ابي حنيفة رح
واستقام امرها على ان يكون دورها في كل ستة اشهر على ما بينا وان رأت ستة دما وستة طهرا واستمر فالحيض من اول ما رأت ستة
الى ان ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك اثنا عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلثة وثلثون واخره طهر
فقد مضى ايامها في الشهر الثاني لم تر فيها فتصلي الى ايام حيضها الثاني عند ابي حنيفة رح ويبدل لها ستة بعد ستة مضت
من الشهر الثاني عند محمد رح لان بعدها الصلوة الى ان ينظر ان ختم الشهرين بما ذا يكون فيضرب اثنا عشر فيما يوافق الشهرين وذلك خمسة
فيكون ستين واخره طهر فاستقام امرها واستقبلها في الشهر الثالث مثل ما كان في الشهر الاول فعند ابي حنيفة رحمه الله
تترك ستة من اول كل شهرين وتصلي اربعة وخمسين وعند محمد رحمه الله تترك ستة من اول الشهر وتصلي ثلثين ثم تترك ستة
بحساب البدل ثم تصلي ثمانية عشر وذلك ابدا وعلى هذا الطريق تخرج ستة وسبعة وفيها سبعة وسبعة وثمانية
وفيها ثمانية وثمانية وتسعة وقبلها وتسعة وتسعة وعشرة وطهرا الى ان يقول رأت في الابتداء عشرة دما
وعشرة طهرا واستمر كذلك فحيضها من اول ما رأت عشرة الى ان ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك عشرون
ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك اثنان فيكون اربعين واخره طهر فقد مضى ايامها في الشهر الثاني لم تر فيه شيئا والابدال
غير ممكن على قول من يقول بالجبر والطرح على ما نبينه لان بعد الابدال لا يبقى الى موضع حيضها الثاني طهر تام فتصلي الى موضع حيضها
الثاني حتى ينظر الى ان ختم الشهرين بما ذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك عشرون وضعفا يوافق الشهرين وذلك الثلثة فيكون ستين
واخره طهر فاستقام امرها واستقبلها في الشهر الثالث مثل ما كان في الشهر الاول فيكون دورها في كل شهرين تترك عشرة
وتصلي خمسين يوما وذلك دابها

باب الانتقال

الانتقال على ضربين انتقال الموضع وانتقال العدد ولا يحصل الانتقال بالمرة الواحدة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم تر
مرتين وعند ابي يوسف رحمه الله بالمرة الواحدة يحصل انتقال العادة قال لان ابتداء العادة بالمرة الواحدة فكذلك

انتقالها لان المراة صاحبة بلوى وفي لا انتقال بالمرة تيسير عليها فكان القول به اولى لقوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر
ولان المرة الاخيرة متصلة بالاستمرار والبناء على العادة في زمان الاستمرار فكان ما يتصل بالاستمرار مرجحا على ما كان قبله
لان هذه بعينها صارت فاصلة بين زمان الاستمرار وما تقدم وابو حنيفة رح قال العادة مشتقة من العود ولن يحصل العود
بدون التكرار ولان الشيء لا ينسخه الا ما هو مثله او فوقه ۝ قال الله تعالى ما ننسخ من اية او ننسها نات بخير منها او مثلها والاول
متاكد بالتكرار فلا ينسخه الا ما هو مثله في التاكيد فتبين الفرق من ابتداء العادة وانتقالها ثم نبدا ببيان انتقال الموضع فنقول
هو نوعان تارة يكون بالرؤية في موضع عادتها مرتين وتارة يكون بعدم الرؤية مرتين وبيانه في امراة حيضها عشرة وطهرها خمسة عشر
طهرت مرة خمسة وعشرين يوما ثم رات الدم عشرة فهذه العشرة حيض عند ابي يوسف رح وتنتقل عادتها في الحيض الى موضع الرؤية
وفي الطهر الى خمسة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا تكون هذه العشرة حيضا لها ولكن توقف امرها على الرؤية في ايام عادتها فان رات دما
تبين ان ما سبق لم يكن حيضا وان لم تر فان طهرت خمسة عشر بعد هذه العشرة ثم رات الدم عشرة تبين ان العشرة الاولى كانت حيضا
لانها رات خلاف عادتها في الموضع مرتين والعدد بحاله فانتقلت عادتها الى موضع الرؤية ولو كانت عادتها في الحيض ثلثة وفي الطهر خمسة عشر
فطهرت ستة عشر يوما فهذه لم تر مرة لانه لم يبق من ايام عادتها ما يمكن ان يجعل حيضا لها فتصلي الى موضع حيضها وموضع حيضها الاول
من خمسة عشر الى ثمانية عشر وموضع حيضها الثاني من ثلثة وثلثين الى ستة وثلثين ثم استمر بها الدم فعدوا من الاستمرار ابتداء
حيضها الثاني من ثلثة وثلثين الى ستة وثلثين ثم استمر فيجعل ثلثة حيضا وخمسة عشر طهرا وان طهرت اربعة وثلثين طهرت مرتين على الولاء
لان الباقي من ايامها لا يمكن ان يجعل حيضا فانتقلت عادتها الى اول الاستمرار لعدم الرؤية مرتين فتكون ثلثة من اول الاستمرار حيضا
الاترى ان امراة عادتها في الحيض من اول كل شهر عشرة وفي الطهر عشرين فحبلت ثم ولدت فقد بقي من الشهر عشرة واستمر بها الدم
فهذه العشرة الذي يليها نفاسها ثم بعده عشرون طهرا ثم عشرة حيضها فقد انتقل عادتها في الحيض من اول الشهر الى اخره ۝
لعدم الرؤية مرارا في زمان الحبل فعرفنا ان العادة تنتقل بعدم الرؤية مرتين

فصل في بيان البدل

على قول محمد رح صاحبة العادة المعروفة اذا لم تر في ايام حيضها ما يصلح ان يكون حيضا ورات بعد ايامها ما يصلح ان يكون حيضا
فعند ابي حنيفة رح يتوقف حكم ما رات على ما ترى في المرة الثانية فان رات في موضع عادتها تبين ان ما سبق لم يكن حيضا وانتقلت عادتها
وكان لا يجوز الابدال لان في الابدال ابهام نقل العادة بالمرة الواحدة وذلك لا يجوز واما محمد رحمه الله فقال اذا رات بعد ايامها
ما يمكن ان يجعل حيضا جعل حيضا بدلا عن ايامها اذا امكن الابدال الا بامكان ان يبقى بعد الابدال الى موضع حيضها الثاني
ما يتم الى ما في الطهر فيكون ذلك خمسة عشر ويبقى بعد الاخر من موضع حيضها يبدل بها ايضا وان كان الباقي دون ذلك فحيضها لا يبدل
ويصلي الى موضع حيضها الثاني لان الحيض مبني على الامكان والامكان موجود اذا بقي بعد الابدال مدة طهر تام او امكن تتميمه بالاخر
لان عادة المراة لا تبقى على صفة واحدة ولكنها تتقدم تارة وتتاخر اخرى وكان ابو حفص الكبير ومحمد بن مقاتل يقولان بالبدل
اذا كان يبقى على قول محمد رح بطريق الطرح لا بطريق الجبر ۝ وبيانه اذا كان الباقي بعد الابدال اقل من خمسة عشر يوما فان امكن ان يجعل
من ايام البدل ما يمكن ان يجعل حيضا يبدل لها فاذا كان الثاني دون الاول لا يبدل لها وقالا هذا الوجه اولى لان التغيير فيه في موضع
واحد ۝ وفي الجبر التغيير في موضعين والتغيير لاجل الضرورة فاذا كان ذلك يندفع بالمرة لا يجوز اثباته في موضعين والتغيير لاجل
الضرورة فاما اذا كان ذلك يندفع بالمرة لا يجوز اثباته في موضعين ومعه البدل دون عدد الاصل ۝ بيانه في التيمم مع الوضوء
وكان ابو زيد الكبير وابو يعقوب الغزالي يقولان بالبدل اذا كان يبقى بعد الابدال الى موضع حيضها الباقي خمسة عشر يوما فان كان
الباقي دون ذلك لا تبدل لها لان اثبات البدل لكون الدم المرئي بين طهرين تامين فاذا وجدت هذه الصفة يبدل لها والا فلا ۝ وبيانه
من المسائل امراة عادتها في الحيض خمسة وطهرها عشرون فطهرت مرة اثنين وعشرين يوما ثم استمر بها الدم يجعل حيضها من اول
الاستمرار ثلثة لانها رات في ايامها ما يمكن ان يجعل حيضا ولو طهرت ثلثة وعشرين يوما ثم استمر بها الدم فعند ابي حنيفة رحمه الله
تصلي الى موضع حيضها الثاني وذلك اثنان وعشرون يوما وعند محمد رح يبدل لها خمسة من اول الاستمرار لان الباقي بعد الابدال
الى موضع حيضها الثاني سبعة عشر يوما وكذلك ان طهرت اربعة وعشرين يوما او خمسة وعشرين ثم استمر بها الدم يبدل لها
لان الباقي بعده خمسة عشر يوما فتدع خمسة وتصلي خمسة عشر ثم تدع خمسة وتصلي عشرين فان طهرت ستة وعشرين يوما
ثم استمر بها الدم فعلى قول ابي زيد وابي يعقوب لا يبدل لها لان الباقي بعد الابدال اربعة عشر يوما ولكنها تصلي من اول الاستمرار
تسعة عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وعلى قول ابي جعفر ومحمد بن مقاتل يبدل لها بطريق الطرح فتدع من اول الاستمرار

اربعة

اربعة ثم تصلي خمسة عشر ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وكذا لا يجوز الابدال وكذلك ان طهرت سبعة وعشرين ثم استمر
بها الدم لا يبدل لها بالاتفاق لان بعد الابدال يبقى من الطهر اربعة فان جبرنا الدم ثلثة لا يبقى من موضع حيضها الثاني
ما يمكن ان يجعل حيضا وان ضممت من ايام البدل ثلثة لا يبقى ما يمكن ان يجعل حيضا فلا يبدل لها ولكنها تصلي الى موضع حيضها الثاني
وذلك سبعة عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وكذا لا يجوز الابدال بعد ايامها عند محمد فقبل ايامها بشرط ان يكون يوما
عقيب طهر صحيح لاستمرار فيه حتى اذا صلت في شيء من المتقدم بالدم لا يبدل لها قبل ايامها ۝ بيانه امراة حيضها خمسة
وطهرها عشرون فطهرت خمسة عشر ثم رات خمسة دما ثم طهرت ايامها فعند محمد رح يجعل الخمسة المتقدمة حيضا بدلا
عن ايامها ولو طهرت اربعة عشر ثم رات ستة دما ثم طهرت ايامها لم يبدل لها شيء من المتقدم لانها صلت في يوم منه بالدم وهو
اليوم الخامس عشر وعند محمد رح يبدل لها مثل ايامها او اقل من ايامها بقدر الممكن ولا يجوز ان يبدل لها اكثر من ايامها الا بشرط
ان يكون بين طهرين صحيحين لا استمرار فيهما لان الحاجة الى جعل الزيادة حيضا ابتداء فما لم يكن قبلها بين طهرين صحيحين لا يمكن جعله حيضا
ابتداء فان امكن الابدال قبل ايامها وبعد ايامها يبدل لها قبل لانه اسرعهما امكانا ۝ وبيانه اذا كانت عادتها في الحيض ثلثة
وفي الطهر سبعة وعشرين وطهرت خمسة عشر يوما ثم رات الدم ثلثة فانها لم تر في ايامها شيئا فيبدل لها الثلثة التي راتها
بعد خمسة عشر لانه راته عقيب طهر صحيح فكان امكان الابدال فيه قائما فلهذا يبدل تلك الثلثة دون ما راته بعد ايامها ۝

باب في تقدم الحيض وتاخيره

باب الزيادة والنقصان في الحيض

اعلم ان صاحبة العادة المعروفة اذا رات في ايام الحيض الدم زيادة على معروفها يجعل ذلك حيضا ما لم يجاوز اكثر الحيض
فان جاوز ردت الى ايام عادتها فيجعل ذلك حيضا وما سواه استحاضة لان طبع المراة لا يكون على صفة واحدة في جميع الاوقات
فيزداد حيضها تارة باعتبار قوة طبعها وينتقص اخرى لضعف طبعها وامر الحيض مبني على الامكان فاذا لم يجاوز العشرة فالامكان
قائم في الكل وان جاوز العشرة بعدما صارت مستحاضة كلما رات زيادة على العشرة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم المستحاضة
تدع الصلاة ايام اقرائها ولان ما راته بعد معروفها تبع لمعروفها واذا لم يجاوز العشرة فحكم التبع حكم المتبوع فاما بعد التجاوز
تجاذبه جانبان فان اعتبارنا تاما يجعله حيضا واعتبارنا بما زاد على العشرة يجعله استحاضة فيترجح هذا الجانب لانه ما ظهر ۝
الا عند ظهور هذه الاستحاضة فالظاهر انه كان كذلك في باطنها فان جاءت المراة تستفتي فقالت كانت عادتي في الحيض خمسة والان
ارى الدم في اليوم السادس فاختلف فيه مشايخنا قال بعضهم انها تؤمر بالاغتسال والصلاة لان حال الزيادة مترددة بين الحيض
والاستحاضة فلا تترك الصلوة مع التردد ولان هذه الزيادة لا تكون حيضا الا بشرط وهو الانقطاع قبل ان يجاوز العشرة وذلك
موهوم فلا تترك الصلاة باعتبار شيء موهوم وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول لا تؤمر بالاغتسال والصلاة وهو الاصح لانا عرفناها
حائضا بيقين وفي خروجها من الحيض شك ودليل بقائها حائضا ظاهر وهو رؤية الدم وهذه الزيادة لا تكون استحاضة الا بشرط
الاستمرار حتى يجاوز العشرة وذلك الشرط غير ثابت في الحال فبقينا حائضا فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين امرها
فان جاوزت العشرة فحينئذ تؤمر بقضاء ما تركت من الصلوات بعد ايام عادتها واعتبر هذه بالمبتداة لا تؤمر بالاغتسال والصلاة
مع رؤية الدم ما لم يجاوز العشرة ومما ذكر محمد في هذا الباب من المسائل امراة عادتها في الحيض خمسة في اول كل شهر فرات ثلثة في ايامها
دما ثم انقطع سبعة ايام او ستة ايام ثم رات يوما او اكثر فخمستها المعروفة هي الحيض في قول ابي يوسف رح بناء على جواز ختم الحيض
بالطهر ولو انها رات في اول العشرة يومين دما او طهرت ما دون خمسة عشر كان كالدم المتوالي عنده وعلى قول محمد رح الثلثة الاولى
لانه لا يرى ختم الحيض بالطهر ولو انها رات في اول العشرة يومين دما وفي اخرها يومين دما فخمستها هي الحيض في قول ابي يوسف رحمه الله
ولم يكن شيء من ذلك حيضا في قول محمد رح لان الطهر غالب فصار فاصلا بين الدمين وواحدهما بانفراده لا يمكن ان يجعل حيضا فان لم تكن
في اولها يومين دما لم يكن شيء من ذلك حيضا عندهم جميعا وان رات في اولها يوما دما ورات يوم العاشر والحادي عشر والثاني عشر دما
كانت خمستها هي الحيض في قول ابي يوسف رح لان الطهر قاصر فهو كالدم المتوالي وعند محمد رح الثلثة الاخيرة هي الحيض بطريق البدل
فان الابدال ممكن لانه يبقى بعده الى موضع حيضها طهر كامل فان رات في اول خمستها يوما دما ويوما طهرا حتى جاوز العشرة كانت خمستها
حيضا في قولهم جميعا لان ابتداء الخمسة وختمها كان بالدم والطهر المتخلل قاصر فان طهرت اول يوم من الشهر ثم رات يوما دما ويوما طهرا
حتى جاوز العشرة فاليوم الاول ليس بحيض عندهم جميعا لانه لم يسبقه دم وهو في نفسه طهر فانما يجوز ابو يوسف رحمه الله

ان يكون ابتداء الحيض بالطهر بشرط ان يتقدمه دم الاستحاضة والاربعة الباقية من ايامها حيض في قول ابي يوسف لانه يرى ختم الحيض اذا يعقبه دم وعلى قول محمد رح حيضها ثلثة الثاني والثالث والرابع من ايام حيضها لان الخامس كان طهرا وهو لا يرى ختم الحيض بالطهر وان وقف على العشرة كان ما بعد اليوم الاول حيض كله وان رات يوما دما قبل راس الشهر ومن اول الشهر يوما طاهرا ويوما دما الى تمام العشرة فاليوم الاول بجميع ذلك حيض الى اليوم العاشر فانها لم تر فيه دما ولا بعده وما سوى ذلك وجد فيه شرط الامكان فيجعل حيضا فان جاوز العشرة فخمستها المعروفة هي الحيض في قول ابي يوسف رح • وقال محمد حيضها ثلثة ايام وهو الثاني والثالث والرابع من معروفها لانها طهرت في اليوم الاول والخامس وهو لا يرى بداية الحيض ولا ختمه بالطهر وبعض هذه المسائل ياتي بيانه في فصل نفرده له والله اعلم

باب في تقديم الحيض وتاخيره

اعلم ان صاحبة العادة اذا رات قبل معروفها دما فهو على ثلثة اوجه في وجه يكون حيضا بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه وفي وجه فيه روايتان عن ابي حنيفة اما الوجه الاول وهو انها اذا رات قبل ايامها ما لا يمكن ان يجعل حيضا بانفراده ورات في ايامها ما لا يمكن ان يجعل حيضا ولم يجاوز الكل العشرة فالكل حيض بالاتفاق لان ما راته قبل ايامها غير مستقبل بنفسه فيجعل تبعا لما راته في ايامها وفي نوادر الصلاة ذكر عن ابي حنيفة رح مطلقا ان المتقدم لا يكون حيضا ولكنا قلنا اذا كان بحيث لا يمكن ان يجعل بانفراده وبعض ائمتنا اخذوا بالظاهر وقالوا عنده المتقدم لا يكون حيضا على كل حال لانه مستنكر على كل حال واما الوجه الذي اختلفوا فيه فثلثة فصول احدها ان ترى خمستها المعروفة خمسة او ثلثة ولا ترى في خمستها شيئا او رات خمسة قبل خمستها يوما او يومين من خمستها ٥ او رات قبل خمستها يوما او يومين ومن اول خمستها يوما او يومين من خمستها بحيث لا يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضا ما لم يجتمعا ففي كتاب الصلاة قال الكل حيض وهو قول ابي يوسف ومحمد رح ولم يذكر قول ابي حنيفة فقد نص على الخلاف في نوادر الصلاة ان على قول ابي حنيفة رح لا يكون شيء من ذلك حيضا ووجه قولهما ان الحيض مبني على الامكان والمتقدم قبل المتاخر فكما يجعل المتاخر عند الامكان حيضا فكذلك المتقدم وابو حنيفة رح يقول المتقدم دم مستنكر مرئي قبل اوانه فلا يكون حيضا كالصغيرة جدا اذا رات الدم وهذا لان الحاجة الى اثبات الحيض لها ابتداء ولا يحصل ذلك بما ليس معهودا لها ما لم يثبت بالتكرار لان الدلالة قد قامت على ان العادة لا تنتقل بالمرة الواحدة بخلاف المتاخر فان هناك الى بقاء ما ثبت من صفة الحيض والابقاء لا يستدعي دليلا موجبا • والوجه الثالث اذا رات قبل ايامها ما يكون حيضا بانفراده ورات ايامها مع ذلك فعلى قولهما لا يشكل لان الكل حيض اذا لم يجاوز العشرة اعتبارا للمتقدم بالمتاخر وعن ابي حنيفة رح فيه روايتان روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح ان الكل حيض في ايامها حيضا يكون اصلا لكونه مستقلا بنفسه فيستتبع ما تقدم كما لو كان المتقدم يوما او يومين وروى محمد عن ابي حنيفة رح ان ايامها حيض فاما المتقدم فحكمه موقوف على ما ترى في الشهر الثاني فان رات مثل ما راته في الشهر الاول تبين انه كان حيضا وانتقلت عادتها بالتكرار وان رات في الشهر الثاني في ايامها ولم تر قبل ايامها تبين ان المتقدم لم يكن حيضا لانه مستنكر مرئي قبل وقته وهو في نفسه مستقل فلا يمكن جعله تبعا لايامها بخلاف اليوم واليومين فاذا جاءت المراة انها تستفتي ترى الدم قبل ايامها فعندهما تؤمر بترك الصلاة اذا كان الباقي من ايام طهرها ما لو ضم الى ايام حيضها ما لم يجاوز العشرة لانها ترى الدم عقيب طهر صحيح فكان حيضا للامكان وعند ابي حنيفة رح اذا كان الباقي من طهرها ثلثة ايام او اكثر لم تؤمر بترك الصلاة لان هذا المتقدم ليس بحيض وان كان يوما او يومين فعلى قول ائمة بلخ تؤمر بترك الصلوة وعلى قول ائمة بخارا لا تؤمر به عند ابي حنيفة رح لان هذا المتقدم عنده لا يكون حيضا الا بشرط ان ترى في ايامها ما يمكن ان يجعل حيضا بانفراده ولم يثبت هذا الشرط بعد فلا تؤمر بترك الصلاة وهو نظير الاختلاف الذي بيناه في الباب المتقدم فاما في المتاخر ان رات ٥ ايامها ورات بعد ايامها ايضا ولم يجاوز العشرة فالكل حيض بالاتفاق لان ما بعد ايامها في حكم التبع لايامها ويستقيم اثبات التبع بعد ثبوت الاصل بخلاف المتقدم عن ابي حنيفة رح وان لم ترى في ايامها ورات بعد ايامها يوما او يومين وبعد ايامها مثل ذلك بحيث لا يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضا ويمكن جعل ذلك كله حيضا فهي ظاهر الرواية ان ذلك حيض عند ابي حنيفة رح للامكان وذكر ابو سهل الفرائضي رواية اخرى عن ابي حنيفة رح وان لم ترى في ايامها انه موقوف على ما ترى من الشهر مثل ما رات في الشهر الاول يتبين ان ذلك كان حيضا وانتقلت به عادتها فان رات قبل ايامها وفي ايامها وبعد ايامها فعلى

اصل ابي يوسف

اصل ابي يوسف ومحمد رح حكم المتقدم والمتاخر سواء لانه يفصل البعض على البعض ولكن ان لم يجاوز الكل العشرة فالكل حيض وان جاوز فحيضها ايامها خاصة فاصلة بين المتقدم والمتاخر ومعنى هذا انه لا يعتبر المتقدم انما يعتبر ايامها وما تاخر فان لم يجاوز العشرة فالكل حيض وان جاوز فحيضها ايامها خاصة فاصلة بين المتقدم والمتاخر سواء لانه وظاهر المذهب عند ابي حنيفة انه ينظر الى قدر المتقدم فان كان يوما او يومين لا ينفصل عن ايامها والجواب كما قال ان لم يجاوز الكل العشرة فالكل حيض وان كان المتقدم ثلثة ايام او اكثر فصاعدا فينظر الى ايامها وما تاخر خاصة وهذا بنا على اصله ان المتقدم اذا كان لا يستقبل بنفسه يجعل حيضا تبعا لها بخلاف ما اذا استقبل بنفسه واما اذا رات قبل ايامها ولم تر في ايامها شيئا ورات بعد ايامها فعلى قول ابي يوسف رح اذا جاوز الكل العشرة فحيضها ايامها لانه يجعل زمان الطهر حيضا باحاطة الدمين به وعلى قول محمد رح حيضها ما تقدم ان امكن وان لم يكن فحيضها ما تاخر وعن ابي حنيفة روايتان في ظاهر الرواية يجعل المتاخر حيضا وعلى ما ذكره ابو سهل الفرائضي يكون موقوفا على ما ترى من الشهر الثاني وعلى هذا بنى محمد رح اول الباب فقال امراة كان حيضها خمسة ايام من اول كل شهر فرات قبلها خمسة دما وطهرت ايامها ثم رات بعدها يوما او يومين وثلثة فايامها المعروفة هي الحيض في قول ابي يوسف رح وقال محمد المتقدم هو الحيض وكذلك ان كانت رات يوما دما من اول ايامها مع ذلك او من ايام اخر ايامها لان ما راته في اول ايامها لا يمكن جعله حيضا بانفراده وان رات ثلثة دما في ايامها مع ذلك من اولها ومن اخرها كانت هذه الثلثة هي الحيض في قول محمد رح لانها رات في ايامها ما يمكن ان يجعل حيضا بانفراده وان كان حيضها ثلثة ايام من اول كل شهر فتقدم حيضها قبل ذلك احد عشر يوما ثم طهرت ايامها فلم تر فيها ولا فيما بعدها دما ففي قياس قول ابي حنيفة رح ان ذلك استحاضة الا ان يعاودها الدم في مثل تلك الحالة احد عشر يوما اخر فان عاودها كانت ثلثة ايام من الايام الاولى من اولها حيضا وثلثة من هذه الاحد عشر يوما الاخيرة حيضا من اولها لانه لا يرى الابدال فيجعل ذلك موقوفا فان تكرر انتقلت العادة لما بينا ان انتقال العادة يحصل بعد الرؤية في ايامها مرتين واما عند محمد ثلثة ايام من اول الاحد عشر يوما الاول حيض بطريق البدل لانه رات عقيب طهر صحيح وحكم انتقال العادة يكون موقوفا على ما ترى من الشهر الثاني على ما قال ابو حنيفة رح ٥ فان كان حيضها خمسة ايام من اول الشهر خاصتها ثم استمر بها الدم الى تمام الشهر ثم انقطع في خمستها ثم رات بعدها ففي قول ابي يوسف حيضها خمستها لاحاطة الدم المتقدم بها • وقال محمد رح حيضها خمسة ايام بعد ايامها لان الابدال في ان يكون مرئيا عقيب طهر صحيح لا استمرار فيه ولم يوجد فكان الابدال بعد ايامها لانه يتبقى بعد الابدال الى موضع حيضها الثاني طهر تام وان كان فيه استمرار وان لم يكن كذلك ولكنها رات خمسة قبل ايامها دما وطهرت ايامها فتلك الخمسة هي الحيض في قول محمد رح لوجود شرط الابدال في المتقدم فان رات في المرة الثانية تلك الخمسة وايامها المعروفة وزيادة يوم دما فحيضها الخمسة المعروفة لان انتقال العادة لم يحصل في المرة الواحدة فان لم تر في المرة الثانية كذلك ولكنها رات الخمسة التي قبل ايامها وطهرت ايامها ثم رات في المرة الثالثة تلك الخمسة وخمستها وزيادة يوم فحيضها هو الخمسة الاولى لان انتقال العادة قد حصل بعدم الرؤية في ايامها مرتين ولو لم تر في غيرها دما ثم رات الدم خمسة وقبل وقتها وفي ايامها وزيادة يوم فحيضها هو الخمسة من اول ما رات لانتقال العادة في الموضع لعدم الرؤية مرتين وان كانت طهرت في ايامها مرة واحدة فحيضها هي الخمسة المعروفة لان الانتقال لا يحصل بعدم الرؤية مرة الا في قول ابي يوسف رح فان كانت لم تر قبل ايامها ولا في ايامها ورات بعدها خمسة دما وفي المرة الثانية طهرت خمسا وهي الخمسة ثم استمر بها الدم فايامها خمسة من حين استمر بها الدم لانتقال العادة الى موضع الرؤية بعدم الرؤية في ايامها مرتين وكذلك ان طهرت في ايامها مرتين قال في الكتاب وما بعدها طهر الى تمام الشهر من حين استمر بها الدم ثم يكون حيضا واكثر مشايخنا على ان هذا الجواب غلط والصحيح ان بعدما تركت الخمسة من اول الاستمرار تصلي ثلثين يوما لان عادتها في الطهر قد انتقلت الى ثلثين يوما برؤيته مرتين على الولاء بقي الشهر الاول طهرت خمستها بعدما مضى من طهرها خمسة وعشرون وذلك ثلثون يوما ثم رات خمسة ثم طهرت بقية الشهر وذلك ثلثون فعلمنا ان طهرها مرتين على الولاء ثلثين فانتقلت عادتها في الطهر الى هذا فعليه يبنى زمان الاستمرار قال الحاكم رح ويحتمل ان يكون وجه جواب قول محمد انها لما طهرت ايامها المعروفة مرتين كان حيضها منتقلا الى حيث ترى الدم فلما راته في الخمسة الثالثة من الشهر صار ذلك الموضع معروفها وكان حكمها كالتي حيضها من اول الادوار وكانها انتقلت عادتها بالحيل عن موضع عادتها فاذا استمر بها الدم حتى ينتهي الى هذه الخمسة من الشهر الاخر وقد انتهت الى معروفها وهي ترى الدم فلا بد من ان يجعل ذلك حيضا ولم يحصل بين هذه الخمسة والخمسة الاولى من حساب الطهر

الا خمسة وعشرين يوما فكذلك اجاب بها احابه وهذا الذي قاله ضعيف لان في حق المبتداة ليس من الطهر عادة تبتني على تلك العادة
ولهذا في الطهر عادة متاكدة بالتكرار وذلك ثلثون يوما فلا يجوز النقصان عنه في زمان الاستمرار ومن اصحابنا من قال
مراده بما قال ويوما بعدها طهرا الى تمام الشهر خمسة عشر يوما فتصلي فيها ثم تدع خمسة عشر فتصلي فيها ثم تدع خمسة من اول الشهر
وهذا ضعيف ايضا فقد قال في الكتاب ويوما بعدها طهرا الى تمام الشهر من حين استمر بها الدم وانما جعل اول الشهر في حيضها من وقت
الاستمرار فالاصح انه غلط لما بينا

فصل في بيان مسائل اصول انتقال العادة

اعلم ان العادة نوعان اصلية وعارضية وجعلية فصورة العادة الاصلية ان ترى المراة دمين وطهرين صحيحين متفقين على الولاء واكثر من ذلك
وصورة العادة الجعلية ان ترى دمين وطهرين بينهما مخالف لهما او ترى اطهارا مختلفة او دما مختلفة فينصب وسط الاعداد لها
عادة على قول من يقول باوسط الاعداد واقل المدتين على قول من يقول باقل المدتين فتكون هذه عادة جعلية لها في زمان الاستمرار
سميت جعلية لانه جعل عادة لها للضرورة ولم يوجد فيها دليل ثبوتا لعادة الاصلية فقد قال ابن بلخ لا تنتقض به العادة
الاصلية لانها رؤية الشيء لا ينقضه ما هو دونه انما ينقضه مثله او فوقه ولان ما ثبت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة
وقد تحققت الضرورة في اثبات عادتها ولكن لا ضرورة في نقض العادة التي كانت لها ومشايخ بخارا يقولون تنتقض العادة الاصلية
بالعادة الجعلية لانه لا بد من ان يتكرر في العادة الجعلية خلاف ما كان في العادة الاصلية مثاله اذا كانت العادة الاصلية
مثاله اذا كانت العادة الاصلية في الحيض خمسة فلا تثبت الجعلية الا برؤية ستة وسبعة وثمانيه ويتكرر فيها خلاف العادة الاصلية
مرارا الا ان سبعة وثمانيه يتكرر فيها تشبهة فالتكرر خلاف العادة الاصلية ينتقض تلك العادة ولكن لكونها متفاوتة في نفسها
تكون العادة الثانية جعلية الاصلية ثم قد بينا ان العادة الاصلية لا تنتقض برؤية المخالف مرة واحدة الا على قول ابي يوسف
حتى اذا كانت عادتها في الحيض خمسة وفي الطهر عشرين فطهرت خمسة عشر ثم استمر بها الدم فعلى قول ابي حنيفة ومحمد تصلي من اول
الاستمرار خمسة تمام عادتها في الطهر وعلى قول ابي يوسف تدع من اول الاستمرار خمسة وقد انتقلت عادتها في الطهر الى خمسة عشر بالرؤية
مرة واحدة فاما العادة الجعلية تنتقض برؤية المخالف مرة واحدة بالاتفاق لانها اضعف من العادة الاصلية وثبوتها ما كان بسبب
التكرار فكذلك انتقاضها لا يتوقف على وجود التكرار فيما يخالفها بخلاف العادة الاصلية ثم المبتداة اذا رات اطهارا مختلفة ودما مختلفة
فوقعت الحاجة الى نصب العادة لها فالبناء على اوسط الاعداد عند محمد بن ابراهيم وعلى اقل المدتين الاخريين عند ابي عثمان وصاحبة
العادة والمبتداة في هذا الحكم سواء وقد تكون عادة المراة في الحيض والطهر جميعا اصليه وذكر ذلك كله ينبني على معرفة الاطهار الصحيحة
والدماء الصحيحة فالطهر الصحيح على الاطلاق ان لا ينتقص عن ادنى مدته وان لا تصلي المراة في شيء منه بالدم فان وصلت في اول يوم منه بالدم
ثم كان الطهر بعده خمسة عشر او اكثر فهذا صالح لجعل ما بعده من الدم حيضا غير صالح لنصب العادة بها وان وصلت في شيء منه بالدم
فان وصلت في اول يوم منه بالدم كان الطهر بعده دون خمسة عشر فهو غير صالح لنصب العادة ولا لجعل ما بعده حيضا والدم الصحيح
ان لا ينتقص عن ادنى مدته وان يكون بين طهرين كاملين ۝ وبيان هذا انه لو كان عادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فرات الدم احد عشر يوما
ثم طهرت خمسة عشر ثم استمر بها الدم فنقول عشرة من اول ما رات حيضها واليوم الحادي عشر اول طهرها فتصلي منه بالدم ثم الطهر
خمسة عشر وقد جاء الاستمرار وقد بقي من زمان طهرها اربعة فتصلي هذه الاربعة ثم تترك العشرة وتصلي عشرين وان كان بعد طهر
خمسة عشر رات خمسة دما ثم طهرت خمسة عشر فهذه الخمسة تكون حيضا لانه مرئي عقيب طهر خمسة عشر فيمكن جعله حيضا
ولكن لا تنتقل عادتها في الطهر الى خمسة عشر لان الطهر الاول قد وصلت في اول يوم منه بالدم فلا يصلح لنصب العادة ولو كانت رات الدم
احد عشر يوما ثم الطهر اربعة عشر ثم الدم خمسة ثم الطهر خمسة عشر ثم استمر فان الخمسة لا تجعل حيضا لها لانها غير مرئية عقيب
طهر كامل بل تلك الخمسة تتم مدة طهرها ثم طهرت خمسة عشر فخمسة عشر من ذلك مدة حيضها لم تره ثم جاء الاستمرار وقد بقي من طهرها خمسة عشر
فتصلي من اول الاستمرار خمسة عشر ثم تدع عشرة وتصلي عشرين فاما بيان البناء على اوسط الاعداد وعلى اقل المرتين ان يقول
امراة حيضها خمسة عشر وطهرها عشرون ورات الدم سبعة والطهر خمسة عشر والدم ستة والطهر سبعة عشر ثم استمر بها الدم
فعلى قول من يقول باوسط الاعداد تبتني على ستة في الحيض وعلى سبعة في الطهر لان المعتبر اوسط الاعداد فيما رات لا اوسط ما
واوسط الاعداد في الحيض ستة لان قبله كان خمسة وبعده سبعة واوسط الاعداد في الطهر سبعة عشر فانه كان عادتها
في الطهر عشرين وقد رات مرة خمسة عشر فاوسط الاعداد سبعة عشر وعلى قول من يقول باقل الامرين انما تبتني على ستة في الحيض
وخمسة عشر في الطهر فهذا ثابت في زمان الاستمرار على اقل المرتين الاخيرتين واصل اخر انه متى كان لها عادة اصلية فوقعت الحاجة

الى نصب العادة لها برؤية اطهار مختلفة او دما مختلفة فنصب لها اوسط الاعداد على قول من يقول به او اقل المرتين الى اوسط
الاعداد من الباقي او الى اقل المرتين فان كان يوافق العادة الاصلية عرفنا انها باقية فيبتنى عليها الفساد وان لم يوافق العادة
الاصلية عرفنا ان العادة الاصلية قد انتقضت بالمطرح بصيرورة عادة لها جعلية فيبتنى على ذلك امرها في زمان الاستمرار
وبيانه امراة عادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فطهرت ثلثين يوما ثم طهرت الدم عشرة ثم الطهر اربعين ثم الدم عشرة
ثم الطهر خمسة عشر ثم الطهر عشرين ثم استمر بها الدم فنقول اوسط الاعداد في الطهر عشرون لانها رات مرة ثلثين ومرة اربعين
ومرة خمسة عشر فاوسط الاعداد عشرون وهو موافق للعادة الاصلية فيطرح ذلك ويبقى بعده خمسة عشر وثلثين واربعين
فاوسط الاعداد ثلثين ولم يكن موافقا للعادة الاصلية فعرفنا ان العادة الاصلية قد انتقضت به وانها تبتني في زمان الاستمرار
على ما هو المطروح وهو دم عشرة وطهر عشرين ولو رات الدم عشرة والطهر ثلثين والدم عشرة والطهر عشرين ثم استمر باوسط
الاعداد في الطهر عشرين فيطرح ذلك ويبقى بعده خمسة عشر وثلثين وما كان في الاصل عادة لها وذلك عشرون فاوسط الاعداد
من ذلك عشرون وهما وافق اوسط الاعداد من الثاني بعد الطرح للعادة الاصلية عرفنا انها لم تنتقض فيبتني عليها ما بعدها
فمتى طهرت ثلثين فعشرون منها زمان طهرها وعشرة من حساب حيضها ثم الدم عشرة بقية مدة حيضها وخمسة من حساب طهرها
فجاء الاستمرار وقد بقي من مدة حيضها خمسة من اول الاستمرار ثم تصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وذلك دابها
والمسائل المخرجة على هذه الاصول كثيرة في السوالات ومن احكم الاصول فهما ودراية تيسر عليه تخريجه

فصل

في المتقدم والمتاخر بالافراد والشفوع ۝ الاصل ان المتقدم متى كان بفرد فانها لا ترى في ايامها الاولى ولا في ايامها الثواني
ومتى كان المتقدم بشفع فانها ترى في ايامها الاولى والثاني وبيان هذا امراة حيضها ثلثة من اول الشهر وطهرها سبعة وعشرون
ورات من اول الشهر يوما دما ويوما طهرا واستمر كذلك فانها من اول الشهر حيض لان ابتداءه وختمه كان بالدم الى ختم الشهر
فباخذه دما وطهرا وذلك اثنين فيضربه فيما بواقي الشهر وذلك الخمسة عشر فيكون ثلثين واخر المضروب طهر فعرفنا انها وجدت
ايامها في الشهر الثاني كما وجدت في الشهر الاول وهكذا تجد في كل مرة وان تقدم بيوم بان طهرت ستة وعشرين يوما ثم رات يوما
دما ويوما طهرا فاليوم الاول تمام طهرها ثم كان ايامها ابتداؤه وختمه بالطهر فلم تجد ايامها في هذا الشهر فعند ابي حنيفة يتوقف
حكمها على ما ترى في الشهر الثاني وعند محمد يجعل ثلثة في اول الرؤية حيضا لها بدلا عن ايامها ويتوقف حكم انتقال العادة
على ما ترى في الشهر الثاني فانظر ان ختم الشهر الثاني ماذا يكون فخذ دما وطهرا وذلك اثنين فضربه فيما بواقي الشهر وذلك الخمسة عشر
فيكون ثلثين واخر المضروب طهر فعرفنا انها وجدت ايامها في الشهر الثاني كما وجدت في الشهر الاول وهكذا تجد في كل مرة وان تقدم
بيوم بان طهرت ستة وعشرين يوما ثم رات يوما دما ويوما طهرا فاليوم الاول تمام طهرها ثم كان ايامها ابتداؤه وختمه بالطهر
فلم تجد ايامها في هذا الشهر فعند ابي حنيفة يتوقف حكمها على ما ترى في الشهر الثاني وعند محمد يجعل ثلثة في اول الرؤية حيضا لها
بدلا عن ايامها ويتوقف حكم انتقال العادة على ما ترى في الشهر الثاني واضربه فيما يقارب احدى وثلثين وذلك الخمسة عشر
فيكون ثلثين واخره طهر ثم يوم دم يتم به مدة طهرها واستقبلها في الشهر الاخر طهر يوم ودم يوم فلم تر في الشهر الثاني ايضا
في ايامها فانتقل عادتها الى موضع الابدال بعدم الدم في ايامها مرتين وبعد انتقال العادة تجد في كل يوم مرتين فان تقدم بشفع
فان طهرت خمسة وعشرين ثم رات يوما دما ويوما طهرا واستمر كذلك فقد تم طهرها بيومين واستقبلها زمان الحيض يوم دم ويوم طهر
فتقدم دم فقد وجدت في هذه المدة الى ان ينظر ان ختم الشهر ماذا يكون فيا خذ دما وطهرا وذلك اثنين ويضربه فيما بواقي اثنين وثلثين
وذلك ستة عشر فيكون اثنين وثلثين واخره طهر ثم استقبلها في ايامها في الشهر الثاني دم يوم وطهر يوم ودم يوم فقد وجدت ايامها
وهكذا تجد في كل مرة ثم تستمر المسئلة في المتقدم فردا وشفعا الى ان يقول طهرت ستة عشر يوما ثم رات يوما دما ويوما طهرا كذلك
فقد بقي من زمان طهرها احد عشر فخذ دما وطهرا وذلك اثنين فضربه فيما يقارب احد عشر وذلك خمسة فيكون عشرة واخره طهر
ثم دم يتم به طهرها ثم استقبلها في ايامها طهر يوم ودم يوم فلم تجد ايامها في هذه المدة فعند ابي حنيفة رح يتوقف حكمها على ما ترى
في المرة الثانية وعند محمد ثلثة من اول ما رات تجعل حيضا لها بدلا عن ايامها وحكم انتقال العادة موقوف على ما ترى في المرة الثانية
فخذ دما وطهرا وذلك اثنين فضربه فيما يقارب احدى واربعين وذلك عشرون فيكون اربعين واخره طهر ثم يوم دم ثم طهر ثم استقبلها
في المدة الثانية طهر يوم ودم يوم طهر فلم تجد في هذه المرة ايضا وانتقل عادتها الى موضع الابدال لعدم الرؤية في ايامها مرتين
ثم تجد ذلك في كل مرة وان طهرت خمسة عشر ثم رات يوما دما ويوما طهرا فقد بقي من طهرها اثنا عشر فخذ دما وطهرا وذلك اثنين فاضربه

فاضربه فيما بقى فبقيتا عشر وذلك اخر المضروب طهر فاستقبلها في ايامها يوم دم ويوم طهر ويوم دم فقد وجدنا ايامها الى ان تنظر
انها هل تجد في المرة الثانية تجد دما وطهرا واضربه فيما يوافق اثنين واربعين وذلك الى حدة عشرون فيكون اثنين واربعين واخره طهر فاستقبلها
في ايامها يوم دم ويوم طهر ودم يوم فقد وجدت وهكذا تجد في كل مرة فان تاخر يوم بان طهرت ثمانية وعشرين ثم رات يوما دما ويوما طهرا
فنقول انها لم تجد في هذه المرة اما عند ابي حنيفة تصلي الى موضع حيضها الثاني وحكمها موقوف على ما ترى في المرة الثانية وعند محمد
يجعل الثلثة منزلا لما رات حيضا لها بدلا وحكم انتقال العادة موقوف على ما ترى في الشهر الثاني فتجد دما وطهرا واضربه فيما يقابل
تسعة وعشرين وذلك اربعة عشر فيكون ثمانية وعشرين واخره طهر يوم ثم تتم طهرها واستقبلها في الشهر الثاني طهر يوم
ودم يوم فلم تجد ما تنقل عادتها لعدم الروية الى موضع الابدال فتجد بعد ذلك في كل مرة فان تاخر دمها بان طهرت تسعة وعشرين
ثم رات يوما دما ويوما طهرا فعند ابي حنيفة تصلي الى موضع حيضها وعند محمد تدع منزلا لما رات ثلثة بطريق البدل
الى ان تنظر انها هل ترى في الشهر الثاني فيا خذ دما وطهرا وذلك اثنين وبضربه فيما يوافق ثمانية وعشرين واخره طهر فاستقبلها
في الشهر الثاني دم يوم وطهر يوم ودم يوم فقد وجدت في هذه المرة وهكذا تجد في كل مرة فان زادت بعد طهرها سبعة وعشرين
يوما ترى دما ويوما طهرا واستمر كذلك فعند ابي يوسف حيضها منزلا لما رات ثلثة لانه يرى ختم الحيض بالطهر وعلى قول محمد منزلا لما رات
خمسة وطهرها خمسة وعشرون. قال الحاكم رحمه الله وهذا غير مطرد على اصل محمد غير انه اضطر الى هذا الجواب ومعنى هذا ان الابدال
زيادة على ايام عادتها لا يجوز عنده الا ان يكون طهرين صحيحين لا استمرار فيهما ولم يوجد ذلك الشرط هنا ولكنه قال
انها لم تجد ايامها في المرة الاولى لان ختم الثلثة بالطهر وهكذا لا تجد في كل مرة واذا اردت معرفة ذلك تجد دما وطهرا وذلك ثلثة
واضربه فيما يوافق الشهر وذلك عشرة فيكون ثلثين واخره طهر فاستقبلها في الشهر الثاني يوما دم ويوم طهر فلم تجد وهكذا
لا تجده في كل مرة ولو لم ترد ما في ايامها ادى ذلك الى ان لا يكون حائضا في شيء من عمرها مع رويتها الدم في اكثر عمرها وذلك لا يجوز
فلهذه الضرورة زاد في ايامها فجعلها خمسة منزلا لما رات يوما دم ويوم طهر تجد وهكذا لا تجد في كل مرة ولو لم ترد ما
في ايامها ادى ذلك ويوما دم فهذه الخمسة حيضها وباقي الشهر طهرها خمسة وعشرون فتجد بعد ذلك في كل مرة وكان ابو سهل
الفرايضي يقول الاصح عندي ان تجعل حيضها اربعة لان الزيادة على ايامها لاجل الضرورة وهذه الضرورة تندفع بزيادة يوم واحد
ليكون ابتداء حيضها وختمه بالدم فلا يزاد اكثر من يوم واحد فكان حيضها اربعة وكان ابو عبد الله الزعفراني يقول الاصح عندي
ان يجعل حيضها ثلثة ايام وساعة فان الزيادة للضرورة فيتقدر بقدرها وترتفع هذه الضرورة بزيادة ساعة من ايام الدم بعد
فلا يزاد اكثر من ذلك فيكون حيضها ثلثة ايام وساعة ولم يجب محمد رحمه الله شيئا من هذا لان كل دور من الدم وذلك يومان في حكم شيء واحد
لاتصال بعضه ببعض فاذا وجب زيادة شيء منه يزاد كله فيجعل حيضها خمسة ايام من اول كل شهر فان رات يومين دما ويوما طهرا
ثم استمر بها الدم بثلثة ايام من حين استمر بها الدم حيض وما قبله استحاضة في قول محمد لانا لو اعتبرنا من اول الروية كان ختم
ايامها بالطهر ولا تجد بدا من ان تزيد في ايام حيضها واذا اعتبرنا من اول الاستمرار امكن جعل الثلثة حيضا لها من غير حاجة الى الغاء
والعادة يوما دم ويوم طهر فجعل الاستمرار اهون من الزيادة في ايامها فلهذا يلغا ذلك ويجعل حيضها من اول الاستمرار ثلثة
وكان الزعفراني يقول انما يلغى من اول اليومين ساعة فيبقى يوما الا ساعة دم ويوم طهر فيضم اليه ساعة من اول الاستمرار
حتى تتم ثلثة ايام ويمكن جعل هذه الثلثة حيضا لان ابتداءه وختمه بالدم والالغاء لاجل الضرورة فاذا ارتفعت الضرورة بالغاء
ساعة لا يجوز الغاء ثلثة ايام فان رات بعد طهر سبعة وعشرين يوما واستمر كذلك فنقول انها لم تجد ايامها في المرة الاولى لان ختم
الثلثة كان بالطهر وهكذا في كل مرة لما بينا انه يستقبلها في الشهر الثاني مثل ما كان في الشهر الاول يوم دم ويوما طهر فلا بد من الزيادة
في دور حيضها فيجعل حيضها من اول ما رات اربعة ليكون ابتداؤه وختمه بالدم والطهر في خلاله قاصر ثم طهرها بقية الشهر وذلك ستة
وعشرون وعلى قول الزعفراني انما يزاد ساعة واحدة من اليوم الرابع لان الضرورة ترتفع كما بينا والمسايل المخرجة على هذا الاصل
كثيرة وفيما بيناه كفاية فان كان حيضها عشرة ايام من اول الشهر وطهرها عشرين فطهرت ثلثين يوما ثم استمر بها الدم فعشرة من اول الدم
المستمر حيض عند محمد رحمه الله بطريق البدل لانها لم تر في ايامها شيئا والابدال بطريق الحكم فاذا ابدلنا هذه العشرة يبقى زمان طهرها
بعد خمسة من ايام الحيض الى باقي الطهر ليتم خمسة عشر طهرا ابدلها فالحاصل من اول الاستمرار عشرة ثم تصلي خمسة عشر ثم تترك خمسة
ثم تصلي عشرين ثم تترك عشرة وتصلي عشرين وكذلك ان طهرت اثنين وثلثين لانا اذا ابدلنا لها من اول الاستمرار عشرة يبقى من الطهر
بعد من ايامها الباقي سبعة اليه ليتم خمسة عشر فانه يبقى بعده ثلثة ايام وذلك الحيض ايام فاما اذا طهرت ثلثة وثلثين فالان

لايبدل

لا يبدل لها من اول الاستمرار لانا لو ابدلنا لها بحيض لاحتمل من زمان طهرها عشرة فلا يمكن ان يجعل من الحيض الثاني ما تم به الطهر خمسة عشر
لان ذلك ثمانية والباقي يومان ويومان لا يمكن ان تجعل حيضا فلهذا لم يبدل لها ولكنه قال تصلي الى موضع حيضها الثاني **فصل**
في بيان التاريخ امراة كان ايام حيضها عشرة وايام طهرها عشرين استمر بها الدم يوم الاربع عشرة ليلة خلت من جمادي الاولى
سنة اربع وسبعين واربعمائة ثم جنت فبقيت كذلك مدة طويلة ثم افاقت والدم مستمر فجاءت اليوم وهو يوم الخميس السابع والعشرين
من ذي القعدة سنة سبع وسبعين واربعمائة الى مفتيه تستفتيه انها حايض اليوم ام طاهر فقوا ولحيضها اوله واخره وان كانت طاهرا
فكذلك والسبيل في ذلك للفقيه ان ينظر من تاريخ الاستمرار الى يوم السوال فياخذ السنين الكوامل والشهور الكوامل والايام
التي لم تبلغ شهرا فيجعل السنين شهورا والشهور اياما ثم يطرح من الجملة العدد الناقص من الشهور فنقول من تاريخ الاستمرار
الى وقت السوال ثلث سنين وستة اشهر وثلثة عشر يوما فاجعل السنين بان تضرب ثلثة في اثني عشر فيكون ستة وثلثين ضم اليه
ستة اشهر فيكون اثنين واربعين فتضرب ذلك في ثلثين فيكون الفا ومائتين وستين تضم اليه ثلثة عشر يوما فيكون اثنين واربعين
فتضرب ذلك في ثلثين فيكون الفا ومائتين وثلثة وسبعين الا ان في الاشهر كوامل ونواقص فاطرح بقدر نصف الشهور من الجملة
وذلك احد وعشرون يوما يبقى الف ومائتان واثنان وخمسون ثم انظر الى ما له ثلث صحيح وعشر صحيح فاطرحه لان دورها في كل
ثلثين عشرة حيض وعشرون طهر والف ومائتين وثلثين فاطرحه من هذه الجملة يبقى اثنان وعشرون ليس له ثلث صحيح ولا عشر صحيح فتجد
ان يكون عشرة من اوله الباقي حيضها واثنا عشر طهرها فيقال لها قد بقي من مدة طهرك ثمانية فصلي ثمانية الا انه بقي فيه شبهة
وهو ان من الجائز ان عدد الكوامل من الشهور كان اكثر وعدد النواقص كان اكثر فان اردت ان تزول هذه الشبهة فاحسبه بالاسابيع
لان كل اسبوع سبعة ايام من غير زيادة فان وافق العدد بالاسابيع ما كان فعلت علمت ان الكوامل والنواقص كانا سواء فان فضل يوم
علمت ان النواقص كان اكثر شهرا وان نقص يوم علمت ان الكوامل اكثر شهرا انظر الى ما له سبع صحيح فاطرحه من اصل الحساب
والالف ومائتين وتسعين سبع صحيح يبقى اثنان وستون ولستة وخمسين طرحه من الباقي يبقى معك ستة فابتداء الاستمرار كان
يوم الاحد ومنه الى وقت السوال خمسة ايام لانها سالت يوم الخميس فهذا فضل يوم فعلمنا ان النواقص كان اكثر شهرا فاطرح عشر
الباقي معك وذلك اثنان وعشرون يوما واحدا بقي احد وعشرون فحيضها من ذلك عشرة وطهرها احد عشر فيقال لها هذا يوم الحادي
من طهرك فصلي تسعة ايام تمام طهرك ثم اتركي عشرة وصلي عشرين وما كان من هذا الجنس تخرجه على هذا الوجه **فصل**
امراة جاءت الى مفتيها واخبرته عن طهر خمسة عشر يوما ولا تحفظ شيئا سوى ذلك فهذا لا يكفيها لنصب العادة والاستيناف
لتوهم الاستحاضة قبلها او بعدها ويقال لها تذكري فان لم تتذكر شيئا فحكمها حكم الضالة على ما ياتي بيانه في بابه فان اخبرت
عن طهر صحيح ودم صحيح ولا تحفظ شيئا اخر فهذا ايضا لا يكفيها لنصب العادة لتوهم الاستحاضة قبلها او بعدها فان قالت
اعلم اني لم اكن مستحاضة فعلى قول ابي يوسف رحمه الله يكفيها هذا لنصب العادة لانه يرى انتقال العادة بالمرة الواحدة فان اخبرت
عن دمين صحيحين وطهرين صحيحين متفقين وعلمت انها لم تكن مستحاضة قبلهما ولا بعدهما فهذا يكفيها لنصب العادة ولا يكفيها
للاستيناف لان العادة تنتقل برؤية المخالف مرتين ولكن لا يكفيها الاستيناف لتوهم الطهر الطويل قبلهما او بعدهما فان اخبرت
عن دمين صحيحين مختلفين في العدد فعلى قول من يقول باقل المرتين هذا يكفيها لنصب العادة ولكن لا يكفيها الاستيناف لتوهم الطهر الطويل
وعلى قول من يقول باوسط الاعداد لان الحايض من هذه الثلثة دمين وطهرين فان علمت انها لم تكن مستحاضة قبلها ولا بعدها
فهذا يكفيها لنصب العادة بالبناء على وسط الاعداد ولا يكفيها الاستيناف لتوهم الطهر الطويل وعلى هذا القياس تخرج
ما كان من هذا النحو والله اعلم

باب الاضلال

واذا كانت المراة تحيض في كل شهر حيضة فاستحيضت وطبقت بين العشر وبين عدد ايامها وموضعها فانها تبني على اكبر رايها
لان الطهارة شرط لصحة الصلوة كاستقبال القبلة فكما انه في اشتباه امر القبلة عليها تتحرى فكذلك عند اشتباه حالها في الحيض
والطهر تتحرى فكل زمان يكون اكبر رايها انها حايض فيه فتترك الصلوة وكل زمان اكبر رايها انها فيه طاهرة تصلي فيه بالوضوء
لوقت كل صلوة وكل زمان لم يستقر رايها فيه على شيء بل تردد بين الحيض والطهر بالدخول في الحيض تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة
بالشك وكل زمان تردد رايها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فانها تصلي فيه بالغسل لكل صلاة بالشك والقياس

فيما اذا لم يكن لها راي ان تغتسل لكل ساعة لانه ما من ساعة الا ويتوهم انه وقت خروجها من الحيض ولكن لو اخذنا بهذا كان فيه حرج بين
لانها لا تتفرغ عن الاغتسال لشغل اخر ديني او دنياوي فامرناها بالاغتسال لكل صلوة مرة وزعم ان هذا قول محمد رح لان في امرنا اياها
بالاغتسال لكل صلاة من الحرج ما لا يخفى فكان كالمستحاضة التي تعرف ايامها فاقمنا الوقت مقام الصلاة حتى يكفيها في كل وقت وضوء
واحد فكذلك في الاغتسال هنا ولكن الاصح ما ذكر في الكتاب انها تغتسل لكل صلوة لان اعتبار الحرج فيما لا نص فيه بخلافه والامر ها هنا
بالاغتسال لكل صلاة فان حبيبة بنت جحش لما استحيضت سبع سنين امرها رسول الله عم ان تغتسل لكل صلاة فان كانت قد نسيت ايامها
فهو نص لانه امرها بالاغتسال لمن حفظت ايامها فلمن نسيتها اولى وبه امرت ام حبيبة بنت جحش وكانت تحت عبد الرحمن بن عوف وبه امرت سهلة
بنت سهيل وكانت تحت ابي حذيفة فشق ذلك عليها فامرها بان تؤخر الظهر الى اخر الوقت ثم تصلي الظهر في اخر الوقت والعصر في اول الوقت
بغسل واحد ثم تؤخر المغرب الى اخر الوقت ثم تصلي الظهر فتغتسل وتصلي المغرب في اخر الوقت والعشاء في اول الوقت بغسل واحد ثم تغتسل
للفجر وبه اخذ ابراهيم النخعي وتاويله عندنا انها تذكرت ان خروجها من الحيض كان يكون في اخر هذه الاوقات • وقال سعيد بن جبير دفع
الى ابن عباس رض بعدما كف بصره فرفعه الي فقرأته عليه فاذا فيه اني امرأة من المسلمين ابتليت بالدم وقد سألت عليا فامرني ان اغتسل لكل صلوة
فقال انا ارى لها ما راى علي رض فبهذه الاثار امرناها بالاغتسال لكل صلوة وكان ابو سهل يقول تغتسل في وقت وتصلي ثم تغتسل مرة اخرى
الثاني لاداء صلوة الوقت وتعيد ما صلت قبل الوقت لتتيقن باداء احديهما بصفة الطهارة فان الاحتياط في باب العبادة واجب انما تصلي
المكتوبات والسنن المشهورة لانها تبع للمكتوبات شرعت جبرا للنقصان المتمكن فيها ولذلك تصلي الوتر لانها واجبة او سنة موكدة ○
فلا تصلي شيئا من التطوعات سوى هذا لان اداء التطوع في حالة الطهر مباح وما تردد بين المباح والبدعة لا ياتي به فان التحرز عن البدعة
واجب وفيما تصلي تقرأ في ركعة اية واحدة عند ابي حنيفة وثلث ايات عندهما قدر ما يتم به فرض القراءة ومن مشايخنا من يقول تقرأ الفاتحة
في الاوليين من المكتوبة وفي السنن في كل ركعة لان الفاتحة تعينت واجبا في حق العمل فلا تترك قراءتها ولا تقرأ السورة منها كما لا تقرأ خارج الصلوة
اية تامة من القران لان ما تردد بين السنة والبدعة لا ياتي به وكذلك لا تمس المصحف ولا تدخل المسجد لانها في كل وقت على احتمال انها حائض
وليس للحائض مس المصحف ولا دخول المسجد ولا قراءة اية تامة من القران فان سمعت سجدة فسجدت كما سمعت سقطت عنها لانها ان كانت طاهرة
فقد ادت ما لزمها وان كانت حائضا فلا تجب السجدة على الحائض بالسماع وان سجدت بعد ذلك يلزمها ان تعيده بعد عشرة ايام لجواز ان سماعها
كان في حالة الطهر فلزمها السجدة ثم ادت في حالة الحيض فلا يسقط عنها فاذا اعادت بعد عشرة ايام تيقنت ان احديهما كانت
في حالة الطهر وان حجت فلا تاتي بطواف التحية اصلا لانه سنة وما تردد بين السنة والبدعة لا يؤتى به واما طواف الزيارة فركن الحج لا بد
ان تاتي به ثم تعيده بعد عشرة ايام لتتيقن ان احديهما حصل في حالة الطهر فيحللها بيقين وتاتي بطواف الصدر ثم لا تعيده لان طواف الصدر
واجب على الطاهر دون الحائض فان كانت حائضا فليس عليها ذلك وان كانت طاهرة فقد اتت به قال ولا يطاها زوجها لان الوطي لا يتحقق
فيه الضرورة ولكنه اقتضاء للشهوة وهو حرام في حالة الحيض وقد قال بعض مشايخنا للزوج ان يتحرى ويطاها بالتحري لانه حقه في حالة
الطهر وزمان الطهر اكثر من زمان الحيض وعند غلبة الحلال يجوز التحري كالمسالخ اذا اختلطت والحلال غالب على الميتة ولكن هذا غير صحيح
فان التحري في باب الفروج لا يجوز نص عليه في كتاب التحري في الجواري فاما التحري فيما يحل تناوله بالاذن بدون الملك ولا يفطر ثم اذا مضى
شهر رمضان يلزمها قضاء ايام الحيض واكثر ما كان حيضها في الشهر عشرة ايام سواء كان الشهر كاملا او ناقصا لان ما في الشهر بعد ايام
الحيض للطهر فان نقص الشهر يظهر ذلك النقصان في الطهر لا في الحيض ثم المسئلة على ثلثة اوجه اما ان تعلم ان ابتداء حيضها كان يكون
بالليل فيلزمها قضاء عشرين يوما لان اكثر ما فسد صومها فيه من الشهر عشرة وربما يوافق ابتداء حيضها ابتداء القضاء فلا يجزيها صومها
في عشرة ايام ثم يجزيها في عشرة اخرى فاذا صامت عشرين يوما خرجت مما عليها من القضاء بيقين وان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون
بالنهار فعليها ان تصوم اثنين وعشرين يوما احتياطا لان اكثر ما فسد صومها فيه في الشهر احد عشر يوما فان ابتداء الحيض اذا كان
من وقت طلوع الشمس فتمام عشرة ايام في مثل هذا اليوم الحادي عشر فسد صومها فيه ثم عليها ضعف ذلك لجواز ان ابتداء القضاء وافق
اول يوم من حيضها فلا يجزيها الصوم في احد عشر ثم يجزيها في احد عشر اخرى فان كانت لا تدري ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار او بالليل
فاكثر مشايخنا يقولون يلزمها قضاء عشرين يوما لان الحيض لا يكون اكثر من عشرة وكان الفقيه ابو جعفر يقول تقضي اثنين وعشرين يوما
لتوهم ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فالاحتياط في باب العبادات واجب وتستوي ان تصوم موصولا بالشهر او مفصولا وهذا كله
اذا علمت ان دورها كان يكون في كل شهر فان لم تعرف ذلك ايضا فعليها الاخذ بالاحتياط فلا تفطر في شيء من الشهر وعليها ان كانت تعرف
ان ابتداء حيضها كان يكون بالليل قضاء خمسة عشر يوما لان من الجائز ان حيضها كان عشرة وطهرها خمسة عشر فانما فسد صومها

في خمسة عشر

في خمسة عشر يوما انما عشرة من اول الشهر وخمسة من اخره او خمسة من اوله بقية حيضها للشهر وعشرة من اخر الشهر فاذا عرفنا
ان عليها قضاء خمسة عشر يوما فاما ان تقضي موصولا بالشهر او مفصولا عنه فان قضت موصولا فعليها ان تقضي خمسة وعشرين
يوما لانه ان كان فسد صومها من اول الشهر عشرة ومن اخر الشهر خمسة فيوم الفطر هو السادس من حيضها لا تصوم فيه ثم تصوم
بعده تسعة عشر يوما فلا يجزيها في اربعة ايام بقية حيضها ثم يجزيها في خمسة عشر وان كان انما فسد في اخر الشهر عشرة فيوم الفطر
اول يوم من طهرها لا تصوم فيه ثم يجزيها في خمسة عشر وان كان انما فسد في اخر الشهر عشرة فيوم الفطر اول يوم من طهرها لا تصوم فيه
ثم يجزيها الصوم في اربعة عشر يوما ثم لا يجزيها في عشرة ثم يجزيها في يوم اخر فمن هذا الوجه عليها ان تصوم خمسة عشر يوما
ومن الوجه الاول تسعة عشر فيحتاط وتصوم خمسة وعشرين يوما وكذلك ان قضت مفصولا فانما تقضي خمسة وعشرين لتوهم ان ابتداء
القضاء وافق اول يوم حيضها فلا يجزيها الصوم في عشرة ايام ثم يجزيها في خمسة عشر يوما وان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار
واكثر ما فسد صومها فيه في الشهر ستة عشر يوما انما احد عشر من اوله وخمسة من اخره او خمسة من اول الشهر بقية الحيض واحد عشر
من اخره واما ان تقضي بعد ذلك موصولا برمضان او مفصولا عنه فان قضت موصولا فعليها ان تصوم اثنين وثلثين يوما لانه ان كان
ابتداء حيضها فيوم الفطر هو السادس من حيضها لا تصوم فيه ثم لا يجزيها في احد عشر يوما ثم يجزيها في يومين فتكون الجملة
اثنين وثلثين يوما وان كان ابتدا شوال اول طهرها بان كان ختم حيضها في اخر رمضان فلا تصوم في يوم العيد ثم يجزيها الصوم بعده
في ثلثة عشر يوما ثم لا يجزيها في احد عشر يوما ثم يجزيها في ثلثة فتكون الجملة سبعة وعشرين فمن هذا الوجه عليها قضاء سبعة وعشرين
ومن الوجه الاول عليها قضاء اثنين وثلثين فتاخذ بالاحتياط وتصوم اثنين وثلثين فتخرج مما عليها بيقين وان قضت مفصولا فعليها
قضاء ثمانية وثلثين يوما لانه يتوهم ان يوافق ابتداء القضاء اول يوم من حيضها فلا يجزيها الصوم في احد عشر يوما ثم يجزيها في اربعة عشر
ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في يومين فتكون الجملة ثمانية وثلثين يوما فاذا صامت هذا المقدار تيقنت بجواز صومها في ستة عشر يوما
وذلك القدر كان واجبا عليها فان كانت لا تدري ان ابتداء حيضها كان يكون بالليل او بالنهار فعلى قول عامة المشايخ تصوم خمسة
وعشرين يوما وعلى قول الفقيه ابي جعفر ياخذ باحوط الوجهين فان قضت مفصولا بالشهر صامت اثنين وثلثين يوما وهذا كله ○
اذا كان شهر رمضان كاملا فان كان ناقصا فالواجب عليها قضاء خمسة عشر يوما لانا تيقنا بجواز صومها في اربعة عشر فيتعين
خمسة عشر فاذا اردنا القضاء صامت سبعة وثلثين يوما لان من الجائز ان يوافق ابتداء صومها ابتداء حيضها فلا يجزيها في احد عشر
بان كان حيضها بالنهار ثم يجزيها في اربعة عشر ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في يوم فجملة ذلك سبعة وثلثون يوما فلهذا صامت
هذا القدر لتخرج مما عليها بيقين ولو وجب على هذه المراة صوم شهرين متتابعين في كفارة القتل او في كفارة الفطر بان كانت
افطرت قبل هذه الحالة فاما بالفطر في هذه الحالة لا يلزمها الكفارة لتمكن الشبهة في كل يوم بالتردد بين الحيض والطهر ثم هذا على وجهين
اما ان تعلم ان حيضها كان يكون في كل شهر او لا تعلم ذلك وكل وجه على وجهين اما ان كانت تعلم ان ابتداء حيضها بالليل او بالنهار
او لا تعلم ذلك • فاما الفصل الاول وهو ما اذا كان دورها في كل شهر فان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون بالليل فعليها ان تصوم
تسعين يوما لان الواجب عليها صوم ستين يوما متتابعة فمن كل ثلثين تتيقن بجواز صومها في عشرين يوما فتسقط به الكفارة عنها ○
وان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فعليها ان تصوم مائة يوم واربعة ايام لجواز ان يكون ابتداء صومها يوافق ابتداء حيضها فلا يجزيها
في احد عشر يوما ثم يجزيها في تسعة عشر ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في تسعة عشر ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في تسعة عشر
فبلغ القدر تسعين يوما وانما جاز صومها في سبعة وخمسين يوما ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في ثلثة تتمة ستين فبلغ العدد
مائة واربعة ايام فلهذا صامت هذا المقدار • واما الفصل الثاني وهو ما اذا كانت لا تدري ان دورها في كم يكون فان علمت ان ابتداء
حيضها كان يكون بالليل فعليها ان تصوم مائة يوم لان من كل خمسة وعشرين تتيقن بجواز صومها في خمسة عشر لان حيضها عشرة
وطهرها خمسة عشر فاذا صامت مائة يوم جاز صومها في ستين يوما بيقين فيسقط عنها الكفارة وان كانت تعلم ان ابتداء حيضها كان يكون
بالنهار فعليها ان تصوم مائة وخمسة عشر يوما لان من الجائز ان يوافق ابتداء الصوم ابتداء حيضها فلا يجزيها في احد عشر ○
ثم يجزيها في اربعة عشر ثم لا يجزيها في احد عشر ثم يجزيها في اربعة عشر فيبلغ العدد مائة وانما جاز صومها في ستة وخمسين يوما وانما الحاجة
في احد عشر ثم يجزيها في اربعة عشر تتمة ستين يوما وان كانت تعلم ان ابتداء حيضها يكون بالليل فعليها ان تصوم خمسة عشر يوما لانه ان وافق
ابتداء صومها ابتداء الحيض لم يجزيها في عشرة ثم يجزيها في ثلثة بعده فهذه الثلثة عشر كان تحتاج اليها فيخل الصوم بقي من طهرها يوم واحد او يومان
صومها فيهما ثم لم يجزيها في عشرة وانقطع التتابع فان صوم ثلثة ايام في كفارة اليمين متتابع وهذا الحيض منه لا يكون عفوا لانها تجد ثلثة ايام خالية عن الحيض

وقد بينا هذا في كتاب الصوم فعليها الاحتياط وتصوم خمسة عشر يوما حتى اذا كان اليأس من طهرها يوما نجس فيتحت الصلوة
لم يجز صومها فيهما عن الكفارة لانقطاع التتابع في العشرة بعدهما بعذر الحيض وجاز في ثلث بعدها وكانت الجملة خمسة عشر يوما
وان شاءت صامت ثلثة ايام فتتيقن ان احدى الثلاث وافقت زمان طهرها وجاز صومها فيها عن الكفارة وان كان
ابتدا حيضها كان يكون بالنهار فعليها ان تصوم ستة عشر يوما لان من الجائز ان اليأس من طهرها حين فيتحت الصوم يوما
فلا يجزيها الصوم فيها عن الكفارة لانقطاع التتابع ثم لا يجزيها في احد عشر يوما بسبب الحيض ثم يجزيها في ثلثة ايام
فتكون الجملة ستة عشر يوما وان شاءت صامت ثلثة ايام ثم افطرت احد عشر يوما ثم صامت ثلثة ايام فتتيقن ان احدى الثلاث
كان في زمان طهرها فيجزيها وعلى هذا قال في قضاء رمضان ايضا اذا كان الواجب عليها قضاء عشرة ايام كان يزد وزها
في كل شهر فان شاءت صامت عشرين يوما كما بينا وان شاءت صامت عشرة ايام في شهر ثم في شهر اخر عشرة اخرى سوى العشرة
الاولى ليتيقن بان احد العشرين يوافق زمان طهرها ان كانت تعلم ان حيضها كان يكون في كل شهر ثلثة او اربعة تعليها بمضي زمان نصابا
عدد ايامها وان شاءت صامت عدد ايامها في عشرة في شهر ثم في الشهر الاخر صامت مثل ذلك في محل اخر ليتيقن ان احدهما يوافق
زمان طهرها فيجزيها من القضاء الا انا لم نشتغل بهذا في قضاء رمضان لانه ليس فيه تخفيف بنقصان العدد وبيناه في صوم كفارة
اليمين لان التخفيف فيه يتحقق ولو وجب عليها قضاء صلوة تركتها في زمان طهرها صلت تلك الصلوة بالاغتسال ثم اعادتها بعد عشرة
ايام لتخرج مما عليها بيقين ولو ان هذه المراة طلقها زوجها بعد الدخول بها فعلى قول ابي عصمة سعد بن معاذ لا تنقضي عدتها في حكم
التزوج بزوج اخر ابدا لما بينا انه لا يقدر اكثر الطهر بشيء فان التقدير بالراي لا يجوز وعلى قول محمد بن ابراهيم اذا مضى من وقت
الطلاق تسعة عشر شهرا وعشرة ايام غير اربع ساعات يجوز لها ان تتزوج بزوج اخر ابدا لما بينا انه لا يقدر اكثر الطهر بشيء
فان التقدير بالراي لا يجوز وعلى قول محمد بن ابراهيم اذا مضى من وقت الطلاق تسعة عشر شهرا وعشرة ايام غير اربع ساعات
يجوز لها ان تتزوج لانه يقدر اكثر مدة الطهر بستة اشهر غير ساعة فمن الجائز ان الطلاق كان بعد مضي ساعة من حيضها فلا تحتسب بهذه الحيضة
من العدة وذلك عشرة ايام غير ساعة ثم بعده ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر غير ساعة وثلث حيض كل حيض عشرة ايام فاذا جمعت الكل
بلغ تسعة عشر شهرا وعشرة ايام غير اربع ساعات فيحكم بانقضاء عدتها بهذه ولها ان تتزوج بعدها وعلى قول من يقدر مدة الطهر في حقها
تسعة وعشرين يوما كما قلنا تتزوج بعد اربعة اشهر ويوم واحد غير ساعة لان من الجائز ان الطلاق كان بعد مضي ساعة من حيضها
فلا تحتسب بهذا الحيض من العدة وهو عشرة ايام غير ساعة ثم بعده ثلثة اطهار كل طهر تسعة وعشرين وثلث حيض عشرة فبلغ عدد الجملة
مائة واحد وعشرون يوما غير ساعة فلهذا كان لها ان تتزوج بعد هذه المدة فاما في حكم انقطاع الرجعة فاذا مضى تسع وثلثون يوما من وقت
الطلاق انقطعت الرجعة لان بابها مبني على الاحتياط ومن الجائز ان حيضها كان ثلثة وطهرها خمسة عشر وكان وقوع الطلاق في اخر جزء
من اجزاء طهرها فتنقضي عدتها بتسع وثلثين فلهذا حكمنا بانقطاع الرجعة بهذا القدر احتياطا وهو نظير ما قلنا في امراة تحفظ ايامها
طهرت من الحيضة الثالثة وايامها دون العشرة فاغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة ولا تحل للازواج ما لم تتيمم معه او تصلي بعده
ولو ان هذه المبتداة كانت امة فاشتراها انسان فهو استبراؤها على قول ابي عصمة لا تنقضي بناء على ما بينا وعلى قول محمد بن ابراهيم تنقضي
بستة اشهر وعشرين يوما غير ساعتين لجملة ان الشراء كان بعد ما مضى من حيضها ساعة فلا تحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء وهو عشرة ايام
الا ساعة ثم بعده الحيض عشرة ايام فتكون الجملة ستة اشهر وعشرين يوما وساعتين يستبرئها به وانما هذا كالبنا على قول من يجوز وطيها
بالتحري لان المقصود من الاستبراء اباحة الوطي فاما على قول من لا يبيح وطيها اصلا وهو الاصح فلا حاجة الى هذا التكليف وما كان
من احكامها فعلى التخريج يخرج

فصل في اضلال العدد في عدد نسائل عن امراة اضلت ايامها فيما هو دونها من العدد فهذا الجواب
بان كان ايامها عشرة فاضلت ذلك في اسبوع فكيف تصلي فيه ولذلك لو قالت اضلت في مثلها من العدد فهو محال ايضا بان قال ايامها
فاضلت ذلك في ايام الجمعة لانها واجدة عالمة بحالها وان قال اضلت ايامها فيما هو فوقها من العدد فالسؤال مستقيم ثم الاصل فيه ان كل زمان
تتيقن فيه بالحيض تترك الصلوة والصوم ولا ياتيها زوجها فيه وكل زمان تتردد بين الحيض والطهر تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلوة بالشك
ولا ياتيها زوجها فيه وكل زمان تتردد بين الحيض والطهر والخروج من الحيض تصلي فيه بالاغتسال لكل صلوة بالشك ولا ياتيها زوجها فيه واصل
متى ضلت ايامها في ضعفها من العدد او اكثر من الضعف فلا تتيقن بالحيض في شيء منه يوما اذا كانت ايامها ثلثا فاضلت في ذلك ستة او ثمانية
فانها تتيقن بالحيض في اليوم الثالث من الثمانية اول الحيض واخره والثاني منه بيقين فتترك الصلوة فيه فهذا اذا عرفنا هذا **جئنا**
الى بيان المسائل فنقول ان كانت تعلم ان ايامها كانت ثلثا في العشر الاخير من الشهر ولا تدري في اي موضع من العشر كانت

ولاراى

ولا راي لها في ذلك فهذه ضلت ايامها في اكثر من ضعفها تصلي ثلثة ايام من اول العشر بالوضوء لوقت كل صلوة لانه تردد حالها فيه بين الحيض
والطهر والخروج من الحيض الا انها ان كانت في هذه الثلثة بين الحيض والطهر ثم بعد ذلك تغتسل لكل صلاة الى اخر العشر لتوهم خروجها
من الحيض في اي وقت من اليوم كان يكون تغتسل في كل يوم مرة لما الوقت مرة وان كانت لا تعرف ذلك تغتسل لكل صلوة فان كانت ايامها
اربعة فاضلت ذلك في العشرة فانها تتوضأ اربعة ايام من اول العشر لوقت كل صلاة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج
من الحيض وان كان ايامها خمسة فاضلته ذلك في عشرة فانها تصلي خمسة ايام من اول العشر بالوضوء لوقت كل صلاة لانه تردد
حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كان ايامها ستة فاضلته ذلك في عشرة فانها تصلي من اول العشر اربعة ايام بالوضوء
لوقت كل صلوة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كان ايامها خمسة فاضلته ذلك في عشرة فانها
خمسة ايام من اول العشر بالوضوء لوقت كل صلوة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كان ايامها
فاضلت ذلك في عشرة فانها تصلي من اول العشر اربعة ايام بالوضوء لوقت كل صلاة ثم تدع يومين ثم تصلي اربعة بالاغتسال
لكل صلوة لان الاربعة الاولى تردد بين الحيض والطهر فاما اليوم الخامس والسادس حيض بيقين لانه ان كان ايامها من اول العشر
فهذا اخر حيضها وان كان ايامها اخر العشر فهذا اول حيضها فلهذا تركت الصلوة فيهما بيقين ثم في الاربعة الاواخر تردد حالها
بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فتصلي فيه بالاغتسال لكل صلوة فان كانت ايامها سبعة فاضلت ذلك في عشرة فانها تصلي
ثلثة من اول الشهر بالوضوء لوقت كل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع اربعة بيقين لان هذه الاربعة فيها بيقين
الحيض فانها اخر الحيض ان كانت البداية من اول العشر واول الحيض ان كان ايامها في اخر العشر ثم تصلي ثلثة ايام بالاغتسال
لكل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الحيض والخروج من الحيض وان كان ايامها ثمانية فاضلت في عشرة فانها تصلي
في يومين من اول العشر بالوضوء لوقت كل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع ستة لان فيها ستة الحيض ثم تصلي في يومين بالاغتسال
لكل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كان ايامها تسعة فاضلت عشرة فانها تصلي في يوم بالوضوء
لوقت كل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الصلوة ثمانية ايام لان فيهن يتيقن الحيض ثم تصلي في اليوم الاخير بالاغتسال
لكل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كانت ايامها عشرة فهي واحدة فلا يتاتى الاضلال العشرة
في العشرة لانها تحققوا ان كانت تذكر انها كانت تنظر في اخر الشهر ولا تدري كم كانت ايامها توضأت الى تمام ستة وعشرين يوما من الشهر
ثم امسكت عن الصلوة ثلثة ايام ثم اغتسلت غسلا واحدا وهذا الجواب صحيح ولكن فيه بعض الابهام لانها لم تتيقن
بالطهر من وقت الشك وتمام الجواب في ان نبين ذلك فنقول الى عشرين من الشهر لها بيقين الطهر فتتوضأ فيها لوقت كل صلاة
وياتيها زوجها ثم في سبعة ايام بعد ذلك تردد حالها بين الحيض والطهر فان كان حيضها ثلثة فهذه السبعة من جملة حيضها
فتصلي فيها بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ولا ياتيها زوجها في ثلثة ايام بيقين الحيض لانه لا الصلوة فيها ووقت الخروج من الحيض
معلوم لها وذلك عند انسلاخ الشهر فاغتسلت عند ذلك غسلا واحدا فان كانت تذكر انها كانت ترى الدم اذا جاوز عشرين
ولا تدري كم كانت ايامها فانها بعد العشرين تدع الصلاة ثلثة ايام بيقين لان الحيض لا يكون اقل منها ثم تغتسل لكل صلاة الى اخر
لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وبعيد صوم العشر في عشر اخر من شهر اخر لان فيها تيقن الطهر وهذا الجواب مستقيم
اذا كانت تعلم ان ابتداء رؤية الشهر كان بعد مجاوزة العشرين فاما اذا كانت تعلم انها ترى الدم يوم الحادي والعشرين ولا تذكر سوى
ذلك شيئا فالجواب انها تتيقن بالطهر الى الحادي والعشرين من الشهر فتصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين وياتيها زوجها ثم تصلي
في تسعة ايام بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك في تردد حالها فيه من الحيض والطهر فمن الجائز ان اليوم الحادي والعشرين لان فيه
تيقن الحيض ثم تصلي بعد ذلك الى اخر الشهر بالاغتسال لكل صلوة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كانت
انها كانت ترى الدم بعدما مضى سبع عشرة من الشهر ولا تدري كم كانت ايامها فقد ذكر في بعض نسخ الحيض انها تدع ثلثة ايام
بعد ستة عشر لان فيها سن الحيض ثم تصلي في سبعة ايام بالاغتسال لكل صلوة بالشك لان فيه تردد حالها بين الحيض والطهر
والخروج من الحيض ولكن تاويل هذا انها كانت تذكر ان ابتداء حيضها كان يكون بعد سبع عشرة وفي عامة النسخ قال
انها تصلي بالوضوء ثلثة ايام ثم بالاغتسال لسبعة ايام وهذا الذي ذكره الحاكم في الحيض وقال انما خالف بين الجواب
في هذه والجواب في الاول لانها لا تعلم ان حيضها كان متصلا بمضي سبع عشرة من اول الشهر وانها تعلم كونه في العشر التي بعد
ما اذا كان موضوع المسئلة هذا فهذه امراة اضلت ايامها في العشرة بعد سبعة عشر من الشهر ولا تدري كان ايامها فانها

بثلثة بيقين وقد بينا فيمن اضلت ثلثة في عشرة انها تتوضا لوقت كل صلاة واذا كان على المستحاضة صلوات فائتة ولا تذكر شيئا من امرها فانها تقضي ما عليها في يوم ان قدرت عليه وان لم تقدر ففي يومين بالاغتسال لكل صلوة ثم تعيدها بعد مضي عشرة ايام في اليوم الحادي عشر والثاني عشر لتتيقن بالاداء في زمان الطهر في احدى المرتين فان كانت تذكر انها ترى الدم يوم الحادي والعشرين من الشهر ولا تذكر اوله واخره فانها تتوضا الى الحادي عشر بيقين الطهر ويأتيها زوجها فيه ثم تتوضا فيه لوقت كل صلاة بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع اليوم الحادي والعشرين ثم تغتسل في تسعة ايام لكل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كانت تعلم انها تحيض في كل شهر مرة اوله وفي اخره ولا تدري كم حيضها ولا تحفظ شهرها فانها تتوضا من اول الشهر ثلثة ايام لوقت كل صلوة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها ايضا ثم تتوضا لاخر الشهر فلم يتبين في هذا الجواب اكثر من الذي فيه بيقين الطهر ولا بد من ذلك فنقول في العشر الاوسط تتوضا لوقت كل صلوة لانها تتيقن بالطهر فيها ويأتيها زوجها ثم في العشر الاواخر تتوضا لوقت كل صلوة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والدخول لاحتمال الخروج من الحيض في هذه العشرة كان فيه ادخال الشهر في شهر وقد نصبنا على انها لا تدخل شهرا في شهر فلهذا لا تتوضا في العشر لوقت كل صلوة ثم تغتسل مرة واحدة لاحتمال خروجها من الحيض لتمام الشهر ان كان نصيبها في هذه العشرة الاخيرة فان كانت تعرف انها كانت ترى الدم عشرة ايام من الشهر لا تدري اوله او اخره فانها تتوضا في اول الشهر الى تمام العشرة لتردد حالها بين الحيض والطهر ثم تغتسل مرة واحدة لاحتمال خروجها من الحيض ثم تتوضا وتصلي الى اخر الشهر ولكن في العشر الاوسط بيقين الطهر تتوضا لوقت كل صلوة بيقين ويأتيها زوجها وفي العشر الاخر تتوضا لوقت كل صلوة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها بين الحيض والطهر ثم تغتسل مرة واحدة لاحتمال خروجها من الحيض عند تمام الشهر ان كان حيضها العشر الاواخر وان كانت تعلم ان ايامها خمسة وانها كانت ترى الدم في اليوم العشرين من الشهر ولا تحفظ شيئا سوى هذا فمن اول الشهر الى تمام خمسة عشر تصلي بالوضوء لوقت كل صلوة بيقين ويأتيها زوجها لانها تتيقن فيها بالطهر ثم في اربعة ايام تتوضا لوقت كل صلوة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها بين الحيض والطهر ثم في اليوم العشرين تترك بيقين وتغتسل بعدها اربعة ايام بالشك لان كل ساعة من هذه الاربعة الايام فيها توهم خروجها من الحيض واذا كانت لها ايام معلومة من كل شهر فانقطع عنها الدم اشهرا ثم عاودها واستمر بها وقد نسيت ايامها فانها تمسك عن الصلوة ثلثة ايام من اول الاستمرار لانها تتيقن فيها بالحيض فان عادتها في الموضع انتقلت بعدم الروية مرتين او اكثر او لعادتها من وقت الاستمرار فتتيقن بالحيض في ثلثة ايام فتترك الصلوة فيها ثم تغتسل لكل صلوة في سبعة ايام لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ثم تتوضا عشرين يوما لوقت كل صلوة لانها تتيقن بالطهر فيها ويأتيها زوجها وذلك ابدا ○ وتاويل هذه المسئلة اذا كانت تعلم ان دورها في كل شهر وانها كانت لا تدخل شهرا في شهر وان كانت لا تعرف ذلك فلم يتعرض لهذا الفصل في الكتاب ولا بد من بيانه فنقول هو على ثلثة اوجه اما ان كانت لا تدري كم كان حيضها وطهرها او كانت تذكر مقدار حيضها ولا تذكر مقدار طهرها فاما الفصل الاول فنقول انها تدع الصلوة من اول الاستمرار ثلثة ايام بيقين وتصلي سبعة ايام بالاغتسال لكل صلوة بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها في هذه العشرة ثم تصلي ثمانية بالوضوء لوقت كل صلوة بيقين ويأتيها زوجها بتيقن بالطهر في هذه الثمانية فان كان حيضها ثلثة فهذا اخر طهرها وان كان حيضها عشرة فهذا اول طهرها ثم تصلي ثلثة ايام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها فقد بلغ الحساب احدا وعشرين ثم تصلي بعد ذلك بالاغتسال لكل صلوة بالاغتسال لانه لم يبق لها يقين بالطهر ولا بالحيض بعد هذا فما من ساعة بعدها الا ويتوهم انه وقت خروجها من الحيض اما بالزيادة في حيضها على الثلثة او في طهرها على خمسة عشر واما الفصل الثاني وهو اذا علمت ان طهرها خمسة عشر ولا تدري كم حيضها فانها تترك الصلاة من اول الاستمرار ثلثة ثم تغتسل سبعة ايام بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ثم تصلي يوما واحدا بالوضوء لوقت كل صلوة بيقين وذلك بعدما تغتسل عند تمام خمسة وثلثين يوما لان هذا اليوم بقي الطهر ثم ثلثة ايام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل بعد ذلك لكل صلوة بيقين ويأتيها زوجها فيها ثم تصلي ثلثة ايام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ○ فاذا بلغ الحساب احدى وعشرين فبعد ذلك تغتسل لكل صلوة ابدا لانه لم يبق لها يقين في شيء من ساعة الا ويتوهم انه وقت خروجها من الحيض فتغتسل لكل صلاة ولا يأتيها زوجها وان كانت تذكر ان طهرها خمسة عشر وتتردد دائما في الحيض بين الثلثة والاربعة

فانها تترد

فانها تترك من اول الاستمرار ثلثة ثم تغتسل غسلا واحدا وتصلي في اليوم الرابع بالوضوء لوقت كل صلوة بالشك ثم تغتسل عند مضي اليوم الرابع مرة اخرى ثم تصلي الى اليوم التاسع عشر بالوضوء لوقت كل صلوة بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع اليوم العشرين والحادي والعشرين بيقين ثم تغتسل وتصلي اليوم الثاني والعشرين بالوضوء بالشك ولا تغتسل في اليوم الثالث والعشرين وتغتسل عند تمام الثالث والعشرين لانه اذا كان حيضها ثلثة فاوان خروجها من الحيضة الثانية عند تمام الثالث والعشرين ولهذا تغتسل عند ذلك ثم تصلي ثلثة عشر يوما بالوضوء لوقت كل صلوة باليقين فبلغ الحساب ستة وثلثين ثم تصلي في اليومين بالوضوء بالشك ثم تدع يوما واحدا لان هذا اليوم اخر حيضها واول حيضها بان كان حيضها اربعة فيتيقن فيه بالحيض فبلغ الحساب تسعة وثلثين ثم تغتسل مرة وتصلي اربعة بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تغتسل مرة اخرى فلم يبق لها يقين الترك في شيء بعد اربع وخمسين فتستوي المسئلة هكذا وتأمرها وتأمرها بالاغتسال في كل وقت بتوهم انه وقت خروجها الى ان لا يبقى لها يقين بعد الطهر في شيء فحينئذ تغتسل ○ لكل صلوة ابدا وعلى هذا النحو يخرج ما اذا علمت ان حيضها ثلثة وتردد دائما في الطهر بين خمسة عشر وستة عشر فمن فهم الفصل الاول تيسر عليه تخريج الثاني وان كانت المستحاضة لا تذكر ايامها غير انها تستيقن بالطهر يوم العاشر ويوم العشرين ويوم الثلثين فانها تتوضا من اول الشهر ثلثة ثم تغتسل لكل صلاة ستة ايام لاحتمال خروجها من الحيض في كل ساعة منها ثم تصلي اليوم العاشر بالوضوء باليقين بالطهر ثم تصلي اليوم الحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تغتسل ○ ستة ايام الى تمام تسع عشرة ثم تتوضا وتصلي يوم العشرين بيقين ثم ثلثة ايام بعده تصلي فيه بالوضوء بالشك ثم تغتسل ستة ايام الى تمام تسع عشرة ثم تصلي يوما العشرين بيقين ثم ثلثة ايام بعده تصلي فيه بالوضوء بالشك ثم تغتسل ستة ايام الى تمام تسع عشرة ثم تتوضا وتصلي يوم العشرين بيقين ثم ثلثة ايام بعده تصلي فيه بالوضوء بالشك ثم تغتسل ستة ايام الى تمام تسعة وعشرين يوما لكل صلوة ثم تصلي يوم الثلثين بالوضوء بيقين الطهر ولا تجرحها صومها في تسعة ايام في شهر رمضان فتقضي ثمانية عشر يوما كما بينا ○ قال الحاكم رحمه الله فان قضت الصوم في هذه الايام الثلثة العاشر والعشرين والثلثين بعدها يأمر وهو الصحيح لانها تتيقن بالطهر في هذه الايام فيصح صومها في حد لك عن القضاء والتتابع في صوم القضاء ليس بشرط وما قضت من الفوائت في غير هذه الايام الثلثة فيصح اعادتها في هذه الثلثة ولا يقربها زوجها الا في هذه الايام لانها تتيقن فيها بالطهر وان كانت تعلم ان ايام حيضها كانت ثلثة في العشر الاخير من الشهر ولا تدري اذا مضى عشرون من الشهر او اذا بقي منه الشهر فانها الى تمام العشرين تصلي بالوضوء بيقين ثم تصلي ثلثة ايام بالوضوء بالشك لتردد حالها بين الحيض والطهر ثم تغتسل غسلا واحدا ثم تتوضا الى اخر الشهر ولكن في اربعة ايام لها تيقن الطهر فيأتيها زوجها ثم تغتسل غسلا او وان كانت ثلثة في وسط العشرة الاخرى ولا تدري غير ذلك فانها تصلي بالوضوء الى تمام ثلثة وعشرين بيقين الطهر ثم تصلي في اليوم الرابع والعشرين بالوضوء بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الصلاة يوم الخامس والعشرين والسادس والعشرين لانها تتيقن بالحيض وتغتسل يوم السابع والعشرين لكل صلوة لتوهم خروجها من الحيض فيه وفي الحقيقة هذه امراة اضلت ايامها الثلثة في اربعة ايام وقد بينا حكمها فيما سبق

باب في حل الوطي بانقطاع الدم

اذا انقطع دم المراة دون عادتها المعروفة في حيض او نفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلوة وصلت وتجنبها زوجها احتياطا حتى تاتي على عادتها لان حيض المراة لا يبقى على صفة واحدة في جميع عمرها بل تزداد تارة وتنقص اخرى فالانقطاع قبل تمام عادتها طهرا ظاهرا على احتمال ان لا يكون طهرا وان عاودها الدم فان الدم لا يسيل في زمان الحيض على الولاء فينبغي ان تاخذ بالاحتياط فينتظر اخر الوقت لانه لا تفوتها بهذا القدر من التاخير شيء واذا خافت فوت الوقت اغتسلت وصلت احتياطا لان الانقطاع طهر ظاهر ومضي الوقت على الطاهر يجعل الصلوة دينا في ذمتها وذلك لا يكون الا بتفويتها بها فلا بد في الوقت فعلها ان لا تفوتها لانه تخشى ان تمضي عليها وقت صلوة وليس فيها ما يمنع من اداء الصلوة طاهرا ولا تصلي فيه زوجها احتياطا لاحتمال انها حايض بعد بان يعاودها الدم وتاثير هذا الاحتمال لعادتها المعروفة وكذلك ان انقطع ان كان هذا اخر عادتها احتياطا وان كانت تستكمل عادتها في الدم ثم انقطع اغتسلت في اخر الوقت وصلت وهذا اظهر من الاول

لان الاعتبار بما سبق به بدلها فلهذا الانقطاع طهر لانها تنتظر اخر الوقت اذا كانت ايامها دون العشرة لاحتمال ان يعاودها الدم
وليس في هذا التاخير تفويت شيء وانما يوخر الى اخر الوقت المستحب دون المكروه نص عليه محمد في اخر الكتاب فقال اذا انقطع عنها
الدم في وقت العشاء فانها توخر الصلوة الى وقت يمكنها ان تغتسل فيه وتصلي قبل انتصاف الليل ووقت العشاء يبقى الى طلوع الفجر
ولكن التاخير الى ما بعد نصف الليل مكروه وكذلك لو انقطع عنها الدم في وقت العصر فانها توخر الى وقت يمكنها ان تغتسل فيه
وتصلي قبل تغير الشمس لان تاخير الصلوة الى ما بعد تغير الشمس مكروه وبالتوهم لا يحل لها ارتكاب المكروه ولا باس لزوجها
ان يطاها هاهنا لان انقطاع الدم طهر من حيث الظاهر والاستناد الى ما قبله بتوهم العود واحتمال لم يثبت بعد بدليل هنا فلا يمنعه من الوطء
وكذلك لها ان تتزوج ان كان هذا اخر عدتها لانها قد طهرت ظاهرا والمعلوم الظاهر لا يترك لعلة باحتمال هذا اذا كانت
ايامها دون العشرة فان كانت ايامها عشرة فكما تمت العشرة اغتسلت وصلت ولا توخر سواء انقطع عنها الدم او لم ينقطع
لانا تيقنا بخروجها من الحيض فان الحيض لا يكون اكثر من عشرة وان لم يكن لها قبل ذلك عادة بان كانت مبتداة وانقطع دمها على الخمس
او في النفاس انقطع دمها على العشرين فليس لها ان تمكن زوجها من نفسها وان تتزوج لان في حق المبتداة يحصل في المدة فانها تحتاط
بصاحبة العادة عن ان تقوله وان تتزوج ان لم يكن لها زوج كلام مجمل لانها لم يكن معتدة فكان لها ان تتزوج في حالة الحيض والنفاس
وان كانت معتدة فلا يتصور انقضاء عدتها بالحيضة الاولى الا ان الصغيرة اذا اعتدت بشهرين ثم حاضت يلزمها استيناف العدة
لقدرتها على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلهذا انه كلام مجمل ذكره بالقياس على ما سبق من غير تامل فيه قال ولو كانت نصرانية
تحت مسلم فانقطع عنها الدم فيما دون العشرة وسع الزوج ان يطاها ووسعها ان تتزوج لانه لا اغتسال عليها فانها لا تخاطب
قبل الاسلام باحكام الشرع وكذلك لو كانت مطلقة رجعية فانقطع عنها الدم قبل تمام العشرة في الحيضة الثالثة فليس للزوج
ان يراجعها ولها ان تتزوج لانا حكمنا بخروجها من الحيض بنفس الانقطاع فلا تعود فيه بالاسلام بخلاف ما اذا عاودها الدم فرؤية
الدم مؤثر في اثبات الحيض به ابتداء فكذلك يكون مؤثرا في البقاء بخلاف الاسلام وان كانت ايامها عشرا فكما انقطع الدم عند تمام العشرة
انقطعت الرجعة ولها ان تتزوج لانها خرجت من الحيض بيقين ولكنها لا تقرا القران ما لم تغتسل وهي بمنزلة الجنب في وجوب الاغتسال
عليها والجنابة تاثير في المنع من قراءة القران دون بقاء العدة عجوز كبيرة حكم باياسها ثم رات الدم بعد ذلك فقد ذكر الزعفراني رحمه الله
في كتاب الحيض انها لا تكون حائضا ولو كانت اعتدت بالشهور ثم تزوجت لم يبطل نكاحها لان الظاهر ان الدم في هذه الحالة من فساد الرحم
او الغذاء فلا يبطل به ما تقدم من الحكم باياسها وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رات حمرة وتمادى بها الى مدة الحيض كان حيضها
استند لا الا اذا ذكر محمد في نوادر ابي سليمان فانه قال بنت ثمانين وتسعين اذا رات الدم فهو حيض وان كان كدرة لم يكن حيضا لان الظاهر
انه لفساد الرحم او الغذاء المعتبر في اللون حين خروجها عند رفع الخرقة فاما الرطوبة على الخرقة قد تتغير من الحمرة الى الكدرة او من البياض
الى الحمرة قبل الرفع او بعد الرفع ولا معتبر لواحد من الحالين انما المعتبر عند الرفع لان الظهور عنده يحصل وكذلك في حق الحامل
اذا تغير اللون من الحمرة الى البياض او من البياض الى الحمرة العبرة لحالة الرفع به فان كان البياض عند الرفع ثم تغير الى الحمرة بعده
او الى الخضرة او الى الصفرة فهذا انقطاع وان كانت كدرة عند الرفع ثم تغيرت الى البياض فهي حائض بعده لان الخروج عند رفع الخرقة
يكون فتغير اللون في تلك الحالة واذا كان حيضها ستة ومرة خمسة فانقطع عنها الدم لتمام الخمسة فانها تغتسل وتصلي احتياطا
ولا ياتيها زوجها حتى يمضي السادس لتوهم معاودة الدم وقد بينا هذا التوهم بدليل معتبر كان قبل هذا ولو كانت معتدة
انقطعت الرجعة بمضي خمسة ايام من الحيضة الثالثة وليس لها ان تتزوج حتى يمضي اليوم السادس وعند مضيها يلزمها
ان تغتسل فيلاخذ بالاحتياط في كل حكم وانما يتصور لزوم الاغتسال عند مضي اليوم السادس فاما اذا انقطع دمها
لتمام الخمسة ولم يتبين بالاستمرار فانها تغتسل لتمام الخمسة ولا يلزمها ان تغتسل لتمام الستة اذا لم يعاودها الدم
هذا في حق من ليس لها عادة معروفة ولكنها ابتليت بالاستمرار وترددت رايها في حيضها بين الخمس والست وقد بينا هذا فيما سبق

باب النفاس

النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة قيل انه مشتق من تنفس الرحم به وقيل مشتق من النفس التي هي عبارة عن الدم وقيل
من النفس التي هي الولد لخروجه لا ينفك عن صحبته واكثر مدته اربعون يوما عندنا وقد بينا الاختلاف للعلماء فيه واعتمادنا فيه
على السنة وقد روى عن ام سلمة رض قالت كانت النفساء تقعد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعين يوما وكنا نطلي

وجوهنا

وجوهنا بالورس من الكلف وفي حديث ابي الدرداء وابي هريرة رض قالا وقت رسول الله عم للنساء اربعين صباحا
الا ان ترى الطهر قبل ذلك ولا غاية لاقله لعموم قوله الا ان ترى الطهر قبل ذلك حتى اذا رات الدم يوما ثم طهرت فذلك اليوم
نفاسها بخلاف الحيض وان قلة مقدرة لان دم الحيض والنفاس ما يكون من الرحم ولدم النفاس دليل يستدل به
على انه من الرحم وهو تقدم خروج الولد فلا حاجة الى الاستدلال عليه بالامتداد بخلاف دم الحيض والذي ذكره
ابو موسى في مختصره ان اقل النفاس عند ابي حنيفة رح خمسة وعشرون يوما وعند ابي يوسف احد عشر يوما
ليس المراد به انه اذا انقطع فيما دون ذلك لا يكون نفاسا ولكن المراد به اذا وقعت الحاجة الى نصب العادة لها ان
في النفاس لا ينقص من خمسة وعشرين يوما عند ابي حنيفة وان كانت عادتها في الطهر خمسة عشر لانه لو نصب لها دون هذا القدر
ادى الى نقض العادة فمن اصل ابي حنيفة ان الدم اذا كان محيطا بطرفي الاربعين فالطهر المتخلل لا يصير فاصلا طال او قصر
فلو قدر نفاسها باقل من خمسة وعشرين لعاودها الدم قبل تمام الاربعين فكان الكل نفاسا فلهذا قدر بخمسة وعشرين
وفيه الاحتياط بانقضاء العدة فقدر نفاسها بخمسة وعشرين على ما نبينه وكذلك ابو يوسف انما قدر باحد عشر يوما
في الاخبار بانقضاء العدة فاما اذا انقطع الدم دون ذلك فلا خلاف انه نفاس ثم ابو حنيفة رح مر على اصله
فقال الاربعين للنفاس كالعشرة للحيض ثم الطهر المتخلل عنده لا يصير فاصلا واذا كان الدم محيطا بطرفي العشرة
يجعل الكل كالدم المتوالي فكذلك في النفاس اذا احاط الدم بطرفي الاربعين وابو يوسف رح مر على اصله ان الطهر المتخلل
اذا كان اقل من خمسة عشر لا يصير فاصلا بين الدمين وان كان دون خمسة عشر ويجعل كالدم المتوالي فاذا بلغ خمسة عشر
صار فاصلا بين الدمين فهذا مثله ومحمد فرق بين النفاس وبين ما تقدم في الحيض فقال هنا الا اذا كانت لغلبة الطهر
يصير فاصلا بين الدمين وهنا لا يصير فاصلا لان هنا لا يتصور في مدة الاربعين طهر ما دون خمسة عشر وهو غالب
على الدم انما يتصور ذلك في مدة الحيض وهنا الدم قد يتقدم وقد يتاخر فلو لم يعتبر غلبة احدهما الى الاخر ادى الى القول
بجعل زمان هو طهر كله حيضا وذلك لا يجوز بخلاف النفاس وانما قال ان طهر خمسة عشر هنا يصير فاصلا بين الدمين لان طهر
خمسة عشر صالح للفصل بين الحيضتين فكذلك الفصل بين الحيض والنفاس وكان المتقدم نفاسا والمتاخر حيضا وبيان هذا
اذا رات الدم يوما بعد الولادة ثم طهرت ثمانية وثلثين يوما ثم رات الدم يوما بعد الولادة ثم طهرت ثمانية وثلثين يوما
ثم رات الدم يوما فعند ابي حنيفة الاربعون كلها نفاس وعندهما النفاس هو اليوم الاول فقط ثم يخرج على هذا الاصل
المسائل الى ان نقول اذا رات الدم خمسة بعد الولادة والطهر خمسة عشر والدم خمسة عشر والطهر خمسة
عشر ثم استمر بها الدم فعندهما نفاسها الخمسة الاولى وعادتها في الطهر خمسة عشر لانها رات مرتين وحيضها الخمسة
التي بعد العشرين وصار ذلك عادة لها بالمرة الواحدة لانها مبتداة وعند ابي حنيفة نفاسها خمسة وعشرون والطهر الاول
غير معتبر لاحاطة الدم بطرفيه في مدة الاربعين فاما الطهر الثاني فهو صحيح معتبر لانه تم الاربعين فيصير ذلك عادة لها
في الطهر بالمرة الواحدة ولا عادة لها في الحيض فيجعل في اول الاستمرار حيضا عشرة وطهرها خمسة عشر وعندهما يجعل
حيضها من اول الاستمرار خمسة وطهرها خمسة عشر وعادتها في النفاس عندهما تكون خمسة وعند ابي حنيفة رحمه الله
نفاسها خمسة وعشرون والطهر الاول غير معتبر لاحاطة الدم بطرفيه في مدة الاربعين فاما الطهر الثاني فهو صحيح معتبر في النفاس
خمسة وعشرون لان العادة في النفاس في حق المبتداة يثبت بالمرة الواحدة كالعادة في الحيض ولم يختلفوا في اول وقت النفاس
فقال ابو حنيفة وابو يوسف وقت الولادة اول وقت النفاس وقال محمد وزفر وقت فراغ رحمها اول وقت النفاس وانما يتبين
ذلك فيما اذا ولدت ولدا وفي بطنها ولد اخر فعند ابي حنيفة وابي يوسف تصير نفساء وعند محمد وزفر لا تصير نفساء ما لم تضع الولد الثاني
قالا لانها حامل بعد والحامل لا تحيض فكذلك لا تصير نفساء لان النفاس اخو الحيض واستدلا بحكم انقضاء العدة فانه لا يثبت
الا بوضع اخر الولدين فكذلك حكم النفاس وابو يوسف قالا النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة وقد تحقق ذلك
وانما لا يجعل ما تراه الحامل من الدم حكم الحيض لانه ليس من الرحم فان الله تعالى اجرى العادة ان المراة اذا حبلت ينسد فم رحمها
وهذا المعنى غير موجود هنا لان فم الرحم قد انفتح بوضع احد الولدين فالدم المرئي من الرحم فكان نفاسا وهذا بخلاف حكم انقضاء
العدة لانه متعلق بفراغ الرحم ولا فراغ مع بقاء شيء من الشغل وهنا حكم النفاس الدم الخارج من الرحم بعد الولادة وقد تحقق
ذلك فان كان بين الولدين اربعون يوما او عشرة ايام استمر بها الدم وهي مبتدية في النفاس فعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

بترك الصوم والصلوة عند ولادة الاول ونفاسها بعده الثاني اربعون يوما ، وحكي ان ابا يوسف قال لابي حنيفة رحمه الله
ارأيت لو كان بين الولدين اربعون يوما قال هذا لا يكون قال فان كان قال لا نفاس لها من الولد الثاني وان زعم انفا ابو يوسف
ولكنها تغتسل كما يضع الولد الثاني وهذا صحيح لانه لا يتوالى نفاسان ليس بينهما طهر كما لا يتوالى حيضتان ليس بينهما طهر
فان خرج بعض الولد ثم رأت الدم فقد روى خلف بن ايوب عن ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ان خرج الاكثر منه
فهي نفساء لان بقاء الاقل لا يمنع خروج الدم من الرحم وكذلك لو انقطع الولد فيها فاذا خرج الاكثر كانت نفساء لان للاكثر
حكم الكمال فاما اذا اسقطت سقطا فان كان قد استبان شيء من خلقه فهي نفساء فيما ترى من الدم بعده لانه ولد وان لم يستبن شيء
من خلقه فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل المرئي من الدم حيضا يجعل وان لم يمكن بان لم يتقدمه طهر تام فهو استحاضة وقال الشافعي
يمتحن السقط بالماء الحار فان ذاب فليس بولد فلا نفاس لها وان لم يذب فهو ولد وتصير به نفساء وهذا من باب الطب
ليس من الفقه في شيء فلم يقل به هذا ولكنا حكمنا الاسم والعلامة فان ظهر فيه شيء من آثار النفوس فهو ولد والنفاس
الدم الخارج عقيب خروج الولد وان لم يستبن فيه شيء من ذلك فهو علقة او مضغة فلم يكن للدم المرئي بعدها حكم النفاس
ثم المسألة على وجهين اما ان ترى الدم قبل اسقاط السقط او لا تراه وان رأت الدم قبل اسقاط السقط فان كان السقط مستبين
الخلق لا تترك الصوم والصلاة بالدم المرئي قبله ولو تركت الصلوة فعليها قضاؤها لانه تبين انها كانت حاملا حين رأت الدم
وليس لدم الحامل حكم الحيض وهي نفساء فيما تراه بعد السقط وان لم يكن السقط مستبين الخلق فما رأته قبل السقط حيض ان امكن
ان يجعل حيضا بان وافق ايام عادتها وان كانت رأته عقيب طهر صحيح لانه تبين انها لم تكن حاملا ثم ان كانت ما رأت قبل السقط مدة تامة
فما رأت بعد السقط استحاضة وان لم تكن ايامها ثلثة فما تراه بعد السقط وان كانت ما رأت قبل السقط يوما او يومين تكمل مدة
ثلثة مما تراه بعد السقط ثم هي مستحاضة بعد ذلك وان لم ترد ما قبل السقط وهي مستحاضة فيما رأت بعد ذلك وان كانت ما رأت
قبل السقط يوما او يومين تكمل مدتها ثلثة مما تراه بعد السقط ثم هي مستحاضة بعد ذلك وان لم تر دما قبل السقط او رأته بعده
فان كان السقط مستبين الخلق فهي نفساء وان لم يكن مستبين الخلق او لم يكن فهذا على وجهين اما ان ترى الدم قبل السقط او لا ترى
الا بعد السقط فان لم تر الدم الا بعد السقط واما مدة في الحيض عشرة وفي الطهر عشرون معلوم ان كان السقط مستبين الخلق
فلها نفاس اربعين لانها مبتداة في النفاس وقد استمر بها الدم فيكون نفاسها اكثر النفاس كالمبتداة في الحيض اذا استمر بها الدم
وان لم يكن السقط مستبين الخلق فحيضها عشرة فتترك الصلوة عقيب السقط عشرة ايام بيقين لانها في هذه العشرة اما حائض
او نفساء ثم تغتسل وتصلي عشرين بالوضوء لوقت كل صلوة بالشك لانه تردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ثم شك عشرة لانها
في هذه العشرة اما حائض ونفساء ثم تغتسل لتمام مدة النفاس والحيض ثم طهرها عشرون وحيضها عشرة هكذا دأبها
وان كانت رأت قبل اسقاط السقط دما فان كان ما رأت قبل الاسقاط مستقلا لانه لا تترك الصلوة بعد الاسقاط وان لم
مستقلا ان كن بعد الاسقاط قدر ما يتم به مدة حيضها ولانه لا تترك الصلوة فيما رأت قبل الاسقاط على كل حال ولو تركت
فعليها قضاؤها لانه ان كان السقط مستبين الخلق لم يكن ما رأت قبله حيضا وان لم يكن مستبين الخلق كان ذلك حيضا فتردد حالها
فيما رأت قبل السقط بين الحيض والطهر فلا تترك الصلاة بالشك ان كان حيضها عشرة وطهرها عشرين فان رأت قبل الاسقاط
عشرة ثم اغتسلت وصلت عشرين يوما بعد السقط لانه تردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ثم تترك عشرة بيقين
لانها فيها نفساء او حائض ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما عشرة بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تغتسل وهكذا دأبها
ان تغتسل في كل وقت يتوهم انه وقت خروجها من الحيض والنفاس وان كانت رأت قبل السقط خمسة ايام دما ثم اسقطت
كما بينا فانها تترك خمسة ايام بعد السقط لان السقط ان لم يكن مستبين الخلق فهذه الخمسة تتمة مدة حيضها وان كان مستبين
الخلق فهذا اول نفاسها فتترك الصلوة في هذه الخمسة بيقين ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما بالوضوء لوقت كل صلوة بالشك
لتردد حالها فيه بين النفاس والطهر ثم تترك عشرة بيقين لانها في هذه العشرة اما حائض او نفساء فبلغ الحساب خمسة وثلثين
ثم تغتسل لتمام الاربعين لانه وقت خروجها من النفاس ان كان السقط مستبين الخلق ثم تغتسل خمسة عشر يوما باليقين بالوضوء
لانه طهرها فبلغ الحساب ستين ثم تترك خمسة وخمسين ثم تصلي خمسة ايام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيه بين الطهر والحيض ان كان
السقط مستبين الخلق وبين آخر الطهر ان كان السقط مستبين الخلق فبلغ الحساب ستين ثم تترك الخمسة لانها تتيقن بان هذه الخمسة
اما اول حيضها او آخر حيضها ان كان السقط مستبين الخلق ثم تصلي خمسة عشر يوما بالوضوء بيقين وهكذا دأبها ان تكون

فتكون

في كل مدة الصلوة في كل خمسة فيها بيقين الحيض وان تغتسل في كل وقت يتوهم انه وقت خروجها من الحيض فان ولدت ولدا
او اسقطت سقطا مستبين الخلق واستمر بها الدم وشكت في حيضها او طهرها فهذه المسألة على ثلثة اوجه اما ان تشك
في حيضها انه خمسة او عشرة وتتيقن بان طهرها عشرون او شكت في طهرها انه خمسة عشر او عشرون وعلمت ان حيضها عشرة
او شكت فيهما جميعا فان شكت في الحيض انه خمسة او عشرة ولم تشك في الطهر فانها بعد الاربعين الذي هو نفاسها تغتسل
وتصلي عشرين يوما باليقين لانها عالمة بمدة طهرها ثم تدع خمسة بيقين لانها حائض فيها فبلغ الحساب خمسة وعشرين ولها
حسابان الاقصر والاطول فعلى الحساب الاقصر استقبلها طهر عشرين وفي الحساب الاطول الحيض عشرة بالوضوء بالشك
ثم تغتسل وتصلي خمسة عشر بالوضوء بالشك ثم تغتسل وتصلي خمسة عشر بالوضوء بيقين الطهر فبلغ الحساب خمسة واربعين
وفي الحساب الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفي الاطول بقي من طهرها خمسة فتصلي خمسة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب
خمسين ثم تغتسل وفي الحساب الاقصر استقبلها الطهر عشرين وفي الاطول الحيض عشرة بالوضوء بالشك ثم تغتسل فبلغ
الحساب ستين ثم في الحساب الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفي الاطول بقي من طهرها عشرة فتصلي خمسة بالوضوء بالشك
بلغ الحساب خمسة وستين فتغتسل ثم في الحساب الاقصر استقبلها الطهر عشرين وفي الاطول بقي من طهرها خمسة فتصلي
خمسة بالوضوء بيقين فبلغ الحساب ثمانين ثم في الحساب الاقصر بقي من طهرها خمسة عشر وفي الاطول استقبلها الحيض
فتصلي عشرة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب تسعين فتغتسل ثم في الحساب الاقصر من طهرها خمسة وفي الاطول
استقبلها الطهر عشرين فتصلي خمسة بالوضوء بيقين فبلغ الحساب خمسة وتسعين ثم في الاقصر استقبلها الطهر عشرين
وفي الاطول بقي من طهرها عشرة وفي الاطول استقبلها الحيض عشرة فتصلي عشرة بالشك ثم تغتسل فبلغ الحساب
مائة وعشرين ثم في الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفي الاطول استقبلها الطهر عشرين فتصلي خمسة بالوضوء بالشك
فبلغ الحساب مائة وخمسة وعشرين ثم في الاقصر استقبلها الطهر عشرين وفي الاطول بقي من طهرها خمسة عشر فتصلي خمسة عشر يوما
بالوضوء بيقين فبلغ الحساب مائة واربعين ثم في الاقصر بقي من طهرها خمسة وفي الاطول استقبلها الحيض عشرة فتصلي خمسة
بالوضوء بالشك بلغ مائة وخمسة واربعين ثم في الاطول بقي من حيضها خمسة وفي الاقصر استقبلها الحيض خمسة وتترك
هذه الخمسة بيقين ثم تغتسل فبلغ الحساب مائة وخمسين واستقام دورها في ذلك وعلى هذا التخريج يخرج ما اذا كان
الشك في الطهر انه خمسة عشر او عشرين واستقام دورها فيه ايضا في مائة وخمسين ثم يخرج على هذا النحو فاذا شكت فيهما في الحيض
انه خمسة او عشرة وفي الطهر انه خمسة عشر او عشرون وانما يستقيم دورها في هذا الفصل في مائة يوم امرأة ولدت
فانقطع دمها بعد يوم او يومين او ثلثة انتظرت الى آخر الوقت ثم اغتسلت او صلت فالانتظار لتوهم ان يعاودها الدم
والاغتسال الى آخر الوقت ثم اغتسلت طاهر وقد بينا نظيره في الحيض وان كانت طلقت حين ولدت تصدقت
على انقضاء العدة في اربعة وخمسين يوما وزيادة ما قاله من شيء في قول محمد وفي قول ابي يوسف لا تصدق في اقل من خمسة وستين
وستين يوما وفي قول ابي حنيفة رواية محمد لا تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما وفي رواية الحسن لا تصدق في اقل من مائة و
وهذه المسألة تبتنى على فصلين احدهما ما بينا ان عند ابي حنيفة اذا كان الدم محيطا نظر في الاربعين فالطهر المتخلل لا يصير فاصلا
وان طال والثاني ان المطلقة اذا كانت تعتد بالاقراء في كم تصدق اذا اخبرت بانقضاء العدة فقال ابو حنيفة رحمه الله لا تصدق
في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من اجزاء
الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر فثلث مرات ثلثة تكون تسعة وطهران كل واحد منهما خمسة عشر
تكون ثلثين فلهذا صدقت في تسعة وثلثين يوما لانها امينة فاذا اخبرت بما هو محتمل وجب قبول خبرها وقيل على قياس قول ابي يوسف
ينبغي ان تصدق في سبعة وثلثين يوما ونصف واربع ساعات لانا قد بينا ان اقل الحيض عنده يومان والاكثر من اليوم الثالث
فيجعل كل حيضة يوما ونصف ساعة فذلك سبعة ونصف وثلاث ساعات وساعة للاحتياط ولا اعتبار لهذه في سبعة
وثلثين يوما ونصف واربع ساعات للاحتمال فاما تخريج ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره محمد رحمه الله يجعل كانه طلقها في اول الطهر
فهو بمنزلة ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر لانه غاية لا اكثر الطهر فيقدر باقله وحيضها خمسة لان المرأة اذا
ان يكون حيضها اقل الحيض وتمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وذلك خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر
يكون خمسة واربعين وثلث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وعلى ما رواه الحسن

يجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها
عشرة لأنا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها يقدر حيضها بأكثر الحيض نظرا للزوج فثلاث حيض كل حيض عشرة يكون ثلاثين
وطهران كل طهر خمسة عشر يكون ثلاثين يوما قال رحمه الله ولا معنى لما قاله أبو يوسف ومحمد لأنه لا احتمال للتصديق في تلك المدة
إلا بعد أمور كلها نادر منها أن يكون الانقطاع في آخر جزء من أجزاء الطهر ومنها أن يكون حيضها أقل مدة الحيض ومنها أن لا تؤخر
الإخبار عن ساعة الانقضاء والأمين إذا أخبر بما لا يمكن تصديقه فيه إلا بأمور هي نادرة لا يصدق فيها كالوصي إذا قال
أنفقت على الصبي في يوم مائة درهم لا يصدق وما قاله يحتمل بأن يشتري له نفقة فتسرق ثم مثلها فيحترق ثم مثلها فتتلف
فلا يصدق فهذا لا يجوز إلا نادرا فكذلك هنا فإن كانت المطلقة أمة فعلى قول أبي يوسف ومحمد في أحد وعشرين يوما لأن حيضها
ثلاثة وطهرها خمسة عشر فحيضتان تكون ستة وطهر بينهما يكون خمسة عشر فكذلك أحد وعشرون يوما وعند أبي حنيفة
في رواية محمد يصدق في أربعين يوما ويجعل كأنه طلقها في أول الطهر فطهران كل واحد منهما خمسة عشر يكون ثلاثين وحيضتان كل واحد
منهما خمسة تكون عشرة فذلك أربعون وعلى رواية الحسن يصدق في خمسة وثلاثين يوما ويجعل كأنه طلقها في آخر الطهر فحيضتان
كل واحدة منهما عشرة وطهرها خمسة عشر بينهما تكون خمسة وثلاثين يوما إذا عرفنا هذا احتجنا إلى بيان مسألة الكتاب
إذا قال لامرأته الحامل إذا ولدت فأنت طالق فأما تخريج قول أبي حنيفة على رواية محمد رحمه الله أنه يجعل نفاسها خمسة وعشرين يوما
تحرزا عن معاودة الدم بعد الطهر قبل تمام الأربعين وطهرها خمسة عشر فكذلك أربعون ثم حيضها خمسة وطهرها خمسة عشر
فثلاث حيض كل حيضة خمسة وطهران بينهما كل واحد منهما خمسة عشر يكون خمسة وأربعين فإذا ضممت إلى الأربعين يكون
خمسة وثمانين فيصدق في هذا المقدار وعلى رواية الحسن التخريج هكذا إلا أن حيضها بعد الأربعين عشرة فثلاث حيض كل حيض عشرة
وطهران بينهما تكون ستين إذا ضممتها إلى الأربعين يكون مائة يوم وعلى رواية أبي سهل الفرائضي قال يجعل نفاسها أربعين يوما
لأن أكثر مدة النفاس معلوم بأكثر مدة الحيض فكما قدرنا حيضها بأكثر المدة فكذلك قدرنا نفاسها بأكثر المدة ثم بعد النفاس طهر
خمسة عشر فذلك خمسة وخمسون إذا ضممنا إليها ستين يوما كان مائة وخمسة عشر يوما فهذا لا يصدق فيما دون هذا القدر
وأما على قول أبي يوسف فإنه يجعل نفاسها أحد عشر يوما لأن أدنى مدة النفاس هذا ولأن العادة أن مدة النفاس تزيد على مدة الحيض
والساعات لا يمكن ضبطها وكذلك الأيام لا غاية لأكثرها فقدرنا الزيادة بيوم واحد فكان نفاسها أحد عشر يوما وعن أبي يوسف
في هذا قال هو يقول إذا انقطع عن النفساء دمها في أول من أحد عشر يوما اغتسلت وصلت فهذا ينقض في المعنى ولكن أبو يوسف
في هذا الحرف اعتبر العادة دون الاحتمال ثم طهرها خمسة عشر فذلك ستة وعشرون ثم بعده تسعة وثلاثون لثلاث حيض
كما بينا وذلك خمسة وستون يوما فلهذا صدقناها في هذا القدر وعلى قول محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وزيادة لأنه
لا غاية لأقل النفاس فإذا قالت كان ساعة وجب تصديقها للاحتمال ولا طهر بعده خمسة عشر ثم تسعة وثلاثون يوما لثلاث حيض
فذلك أربعة وخمسون يوما وساعة فتصدق في هذا المقدار للاحتمال فإن كانت المرأة أمة والمسألة بحالها فعلى تخريج قول محمد
لقول أبي حنيفة رحمه الله تصدق في خمسة وستين يوما نفاسها خمسة وعشرون وطهرها خمسة عشر وحيضها خمسة فحيضتان
بعد الأربعين وطهر بينهما يكون خمسة وعشرين إذا ضممته إلى الأربعين يكون خمسة وستين وعلى رواية الحسن يصدق في خمسة
وسبعين لأنه يجعل حيضها عشرة لحيضتين بعد الأربعين فطهر بينهما يكون خمسة وثلاثين إذا ضممته إلى الأربعين يكون خمسة وسبعين
وعلى رواية أبي سهل الفرائضي يصدق في تسعين يوما نفاسها أربعون وحيضها عشرة فطهران وحيضتان تكون خمسين يوما إذا ضممته
إلى الأربعين يكون تسعين يوما وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يصدق في سبعة وأربعين يوما نفاسها أحد عشر والطهر بعده خمسة عشر
فذلك ستة وعشرون إذا ضممت إليه أحدا وعشرين كما بينا يكون سبعة وأربعين وعلى قول محمد رحمه الله تصدق في ستة وثلاثين يوما
وساعة لأنه يجعل نفاسها ساعة وطهرها خمسة عشر بعده ذلك أحد وعشرون كما بينا من قوله فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة
يصدق في هذا المقدار إذا أخبرت بانقضاء العدة للاحتمال والله أعلم

كتاب المناسك قال الشيخ الإمام الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله

اعلم بأن الحج في اللغة القصد ومنه قول القائل يحجون بيت الزبرقان المزعفرا أي يقصدونه معظمين إياه وفي الشريعة عبارة عن زيارة
البيت على وجه التعظيم لأداء ركن من أركان الدين عظيم لا يتوصل إلى ذلك إلا بقصد وعزيمة ويقطع مسافة بعيدة فالاسم شرعي فيه
معنى اللغة والمناسك جمع نسك والنسك اسم لكل ما يتقرب به إلى الله عز وجل ومنه سمي العابد ناسكا ولكنه في لسان
الشرع عبارة عن أركان الحج قال الله تعالى فإذا قضيتم مناسككم وفريضة الحج ثابتة بالكتاب والسنة أما الكتاب
فقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وآكد ما يكون من ألفاظ الإلزام كلمة على والسنة قول
النبي صلى الله عليه وسلم من وجد زادا وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى ولم يحج حتى مات فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء
نصرانيا وفي رواية فليمت على أي ملة شاء سوى ملة الإسلام وتلا قوله تعالى ومن كفر فإن الله غني عن العالمين وسبب الحج
ما أشار الله تعالى إليه في قوله حج البيت فالواجبات تضاف إلى أسبابها ولهذا لا يجب في العمر إلا مرة لأن سببه
وهو البيت غير متكرر والأصل فيه حديث الأقرع بن حابس رضي الله عنه حيث قال يا رسول الله الحج في كل عام أم مرة فقال عليه السلام
مرة فما زاد فتطوع والوقت فيه شرط الأداء وليس بسبب فلهذا لا يتكرر بتكرار الوقت ثم إن أركان هذه العبادة
متفرقة على الأمكنة والأزمنة فلا يجوز إلا بمراعاة الترتيب فيها ولهذا لا تتأدى الزيارة قبل الوقوف كما لا يتأدى
السجود في فصل الصلاة قبل الركوع والمال شرط يتوصل به إلى الأداء ولهذا يتحقق من فقير لا مال له فرضا وأركان هذه العبادة
أفعال لا مال وليس بسبب فيه ولكنه معتبر لتيسير الوصول إلى مواضع أداء أركانه ثم بدأ الكتاب فقال
إذا أردت أن تحج إن شاء الله اقتدى بما حكاه الله تعالى في ذكر الاستثناء في قوله لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله وقيل
إن أبا حنيفة رحمه الله خاطب به أبا يوسف رحمه الله وأوان ما سئل في حاله أنه يحج أو لا يحج فقيده بالاستثناء وتفرس فيه
أنه يحج فما أخطأ فراسته قال فاغتسل أو توضأ والغسل أفضل هكذا روي أن النبي صلى الله عليه وسلم تجرد لإهلاله
فاغتسل رواه خارجة بن زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال له رسول الله عليه السلام إن أسماء قد نفست قال مرها فلتغتسل ولتحرم
بالحج ومعلوم أن الاغتسال الواجب مع النفاس والحيض لا يتأدى فعرفنا أن هذا الاغتسال للنظافة وما كان لهذا
المقصود فالوضوء يقوم مقامه كما في العيدين والجمعة ولكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أكمل ثم البس ثوبين إزارا
ورداء جديدين أو غسيلين هكذا ذكر جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام ائتزر وارتدى عند إحرامه ولأن المحرم ممنوع عن لبس المخيط ولا بد
من ستر عورته فيتعين للستر الارتداء والائتزار والجديد والغسيل في هذا المقصود سواء غير أن الجديد أفضل لقوله عليه السلام
لأبي ذر رضي الله عنه تزين لعبادة ربك قال وادهن بأي دهن شئت وهو الظاهر من المذهب عندنا أنه لا بأس بأن يتطيب ويدهن
قبل إحرامه بما شاء وروى المعلى عن محمد رحمه الله قال كنت لا أرى به بأسا حتى رأيت قوما يحضرون طيبا كثيرا ويصنعون
شيئا شنيعا فكرهت ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد نقل عن عمر وعثمان رضي الله عنهما كراهة ذلك ووجه هذا القول حديث الأعرابي
حيث جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه جبة متضمخة بالخلوق فسأله عن العمرة فلم يجبه حتى نزل عليه الوحي ثم قال أين
السائل عن العمرة فقال الأعرابي ها أنا يا رسول الله فقال عليه السلام أما جبتك فانزعها وأما الخلوق فاغسله
واصنع في عمرتك ما تصنع في حجك فهذا أمره بإزالة الطيب عن نفسه عند الإحرام ولنا حديث عائشة رضي الله عنها
قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم ولحله بعد أن يزور البيت وفي رواية كأني أرى وبيص المسك
في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم وعن عائشة رضي الله عنها قالت كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
متضمخات بالمسك ثم نحرم فنعرق فيسيل على وجوهنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يرى ذلك ولا ينكره وتأويل
حديث الأعرابي أنه كره الخلوق لكونه بمنزلة الورس والزعفران ومعنى كراهة محمد رحمه الله استعمال الطيب الكثير أنه بعد الإحرام
ربما ينتقل على بدنه من موضع إلى موضع فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الإحرام إلى الموضع الثاني ولكن هذا ليس بقوي
فإنه لا يلزمه الكفارة ولو كان بهذه المنزلة لوجب عليه الكفارة واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما إذا تطيب بعد إحرامه
وكفر ثم تحول الطيب مع عرقه من موضع إلى موضع فمنهم من يقول لا يلزمه الكفارة جديدة لأن أصل فعله قد انقطع
بالتكفير فلا يعتبر بأثره كما لو فعله قبل الإحرام ومنهم من قال يلزمه كفارة أخرى هنا لأن أصل فعله كان محظورا فتحوله
من موضع إلى موضع يكون جناية أيضا في حكم الكفارة بخلاف ما قبل الإحرام فإن أصل فعله لم يكن محظورا ثم لا معتبر ببقاء
الأثر إذا كان أصل فعله قبل الإحرام كالحلق ثم قال وصل ركعتين لحديث عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق
فقال صل في هذا الوادي ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة معا وفيما ذكر جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه
ثم قال وقل اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني لأنه يحتاج في أداء أركانه إلى تحمل المشقة ويبقى ذلك أياما فيطلب التيسير من الله

اذ لا على العبد الا ما يسره الله تعالى وبتيسيره القبول كما فعله الخليل واسماعيل عليهما السلام في قولهما تقبل منا انك
انت السميع العليم ولم يأت بمثل هذا الدعاء لمن يريد افتتاح الصلاة لان اداها يتيسر عادة ولا يطول في ادائها المدة
فاما اركان الحج متفرقة على الامكنة والازمنة ولا يؤمن فيها اعتراض الموانع عادة فلهذا امر بتقديم سؤال التيسير
قال ثم لب في دبر صلاتك تلك وان شئت بعدما يستوي بك بعيرك والكلام فيه في فصول احدها في اشتقاق التلبية لغة
فقيل هو مشتق من قولهم امرأة لبة اي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب والثاني ان المختار عندنا ان تلبي من دبر صلاتك
وهو قول ابن عباس رض وكان ابن عمر رض يقول يلبي حين يستوي به راحلته وذكر جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم لبى حين علا البيداء
الا ان ابن عمر رض رد هذا فقال ان بيداكم هذه تكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما لبى رسول الله حين استوت
به راحلته وعن سعيد بن جبير رض قال قلت لابن عباس رض كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥
وما حج به الا مرة واحدة فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلواته فسمع ذلك قوم من صحبة رسول الله عم رضوان الله
عليهم فنقلوا وكان القوم ياتونه ارسالا فلبى حين استوت به راحلته فسمع تلبيته قوم فظنوا انه اول تلبيته فنقلوا ذلك
ثم لبى حين علا البيداء فسمعه قوم اخرون فظنوا انه اول تلبيته فنقلوا ذلك فايم الله ما اوجبها الا في مصلاه ٥ والثالث
انه لا خلاف ان التلبية جواب الدعاء والكلام في ان الداعي من هو فقيل الداعي هو الله تعالى كما قال الله تعالى فاطر السموات
والارض يدعوكم ليغفر لكم وقيل الداعي هو رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قال عليه السلام لما روي انه لما فرغ من بناء البيت
امر بان يدعو الناس الى الحج فصعد ابا قبيس وقال ان الله تعالى امر ببناء بيت له وقد بني الا فحجوه فبلغ الله صوته الناس في اصلاب
ابائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومنهم من اجاب مرتين واكثر من ذلك وعلى حسب جوابهم يحجون وبيان هذا في قوله تعالى
واذن في الناس بالحج الاية فالتلبية اجابة لدعاء ابراهيم عليه السلام ثم صفة التلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك
ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن اهل اللغة
من اختار نصب الالف في قوله ان الحمد ومعناه لان الحمد فاما المختار عندنا الكسر وهو المروي عن محمد رح ووافقه الفراء لان بكسر
الالف يكون ابتداء الثناء وبنصب الالف يكون وصفا لما تقدم وابتداء الثناء اولى ولا باس عندنا بالزيادة على هذه التلبية
وبين العلماء اختلاف يأتي في موضعه فظاهر المذهب عندنا ان غير هذا اللفظ من الثناء والتسبيح يقوم مقامه في حق من يحسن
التلبية او لا يحسن وكذلك لو اتى به بالفارسية فهو والعربية سواء اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانا قد بينا مذهبه
في التكبير عند افتتاح الصلاة بان المعتبر ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم وان لفظ العربية والفارسية فيه سواء فكذلك هنا
ومحمد رح هناك يقول لا يتأدى بالفارسية ممن يحسن العربية وهنا يتأدى لان غير الذكر هنا يقوم مقام الذكر وهو تقليد الهدي
فكذلك غير العربية بخلاف الصلاة ولهذا تفرق ابو يوسف رح بين التلبية والتكبير عند افتتاح الصلاة وقد روى الحسن
عن ابي يوسف رحمهما الله ان غير التلبية من الاذكار لا يقوم مقام التلبية هنا كما في الصلاة على قوله لا يصير محرما بمجرد النية
ما لم يأت بالتلبية او ما يقوم مقامه خلافا للشافعي رح ٥ وبيانه يأتي في موضعه قال والمستحب رفع الصوت بالتلبية هكذا روى
خلاد بن السائب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال امرني جبريل عم ان امر امتي ومن معي ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية وقال عليه السلام
افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اراقة الدم والمستحب عندنا في الاذكار والدعاء الخفية الا فيما تعلق باعلانه
كالاذان للاعلام والخطبة للوعظ وتكبيرات الصلاة لاعلام التحرم والانتقال والقراءة لاسماع المؤتم والتلبية للشروع ٥
فيما هو من اعلام الدين فلهذا كان المستحب رفع الصوت به ٥ قال فاذا لبيت فقد احرمت يعني اذا نويت ولبيت الا انه لم يذكر النية
لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج قال فاتقوا ما نهى الله عنه من قتل الصيد والرفث والفسوق والجدال اما قتل الصيد فالمحرم
منهي عنه في قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم والصيد محرم عليه ما دام محرما لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
واما الرفث والفسوق والجدال فالنهي عنها في قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج وهو نهي بصيغة النفي وهو اكد
ما يكون من النهي ٥ وفي تفسير الرفث قولان احدهما الجماع ٥ بيانه في قوله تعالى احل لكم ليلة الصيام الرفث ٥ والثاني الكلام
الفاحش لان ابن عباس رض كان يقول انما الكلام الفاحش رفث بحضرة النساء حتى روي انه كان ينشد في احرامه

شعر

وهن يمشين بنا هميسا ٥ ان تصدق الطير ننك لميسا

فقيل له ارفثت وانت محرم فقال انما الرفث بحضرة النساء ٥ وقال ابو هريرة رض كنا نتنشد الاشعار في حالة الاحرام فقيل له

ماذا فقال قول القائل

شعر

قامت تريك رهبة ان تصرما ٥ ساقا بخنداة وكعبا ادرما

واما الفسوق فهو اسم للمعاصي وذلك منهي عنه في الاحرام وغير الاحرام ولكن الا ان الحظر في الاحرام اشد لحرمة
العبادة وفي تفسير الجدال قولان احدهما ان يجادل رفيقه في الطريق والثاني ان المراد مجادلة المشركين لتقديم وقت الحج وتاخيره
وذلك هو النسيء الذي قال الله تعالى انما النسيء زيادة في الكفر الاية وذلك منتف بعد الاسلام قال ولا يشير الى الصيد ولا يدل عليه
لحديث ابي قتادة رض ان النبي عم قال لاصحابه رضي الله عنهم وكانوا محرمين هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال
اذا فكلوا ولان المحرم على المحرم التعرض للصيد بما يزيل الامن عنه وذلك يحصل بالدلالة والاشارة وربما يتطرق به الى القتل
وما يكون محرم العين فهو محرم بدواعيه كالزنا ٥ قال ولا تغط راسك ولا وجهك وعلى قول الشافعي رحمه الله لا باس للرجل
ان يغطي وجهه ولا يغطي راسه والمرأة تغطي راسها لا وجهها واستدل بقوله عم احرام الرجل في راسه واحرام المرأة في وجهها
ولنا حديث الاعرابي حين وقصته ناقته في اخافيق جرذان وهو محرم فقال عم لا تخمروا راسه ووجهه وفي هذا تنصيص على
ان المحرم لا يغطي راسه ووجهه ورخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعثمان رض حين اشتكى عينه في حالة الاحرام ان يغطي وجهه
فتخصيصه حالة الضرورة بالرخصة دليل على ان المحرم منهي عن تغطية الوجه ولان المرأة لا تغطي وجهها بالاجماع مع انها عورة
مستورة فان كشف الوجه منها خوفا لفتنة فلان لا يغطي الرجل وجهه لاجل الاحرام اولى ٥ وتاويل الحديث بيان الفرق
بين الرجل والمرأة في تغطية الراس ٥ قال ولا يلبس قباء ولا قميصا ولا سراويل ولا قلنسوة لحديث ابن عمر رض ان النبي عم
قال لا يلبس المحرم القباء ولا القميص ولا السراويل ولا القلنسوة ولا الخفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل
من الكعبين قال ولا المرأة الحرام ولا تلبس ثوبا مصبوغا بالعصفر ولا بالزعفران ولا بالورس لما روي عن النبي عم
قال لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس وان عمر بن الخطاب رض لما رأى على طلحة بن عبيد الله ثوبا مصبوغا بعد احرامه علاه
بالدرة فقال لا تعجل يا امير المؤمنين فانما هو ممشق قال نعم ولكن من ينظر اليك من بعد لا يفرق فذلك فرجع الى قبيلته ويقول
رأيت على طلحة ثوبا في احرامه مصبوغا فتبين الناس بذلك قال فان كان قد غسل حتى لا ينفض فلا باس بلبسه لان المنهي نفس الطيب
لا لونه وبعد الغسل بهذه الصفة لا يبقى من عين الطيب شيء قال ولا تمس طيبا بعد احرامك ولا تدهن لقوله عم الحاج اشعث
التفل واستعمال الدهن والطيب يزيل هذه الصفة فيكون محرما بعد الاحرام قال ولا تحلق راسك فان في حلقه حتى لا يبقى
الشعر فان ازالة ما ينمو من البدن حرام على المحرم لان فيه قضاء التفث عند التحلل من الاحرام كما قال الله تعالى بعد ذبح الهدي ثم ليقضوا
تفثهم قال ولا تغسل راسك ولحيتك بالخطمي لان الخطمي يقتل هوام الراس ويزيل الشعث الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
صفة الحاج وهو من نوع قضاء التفث ايضا ٥ قال ولا تقص اظفارك لانه ازالة ما ينمو من البدن فكان من نوع قضاء التفث
واكثر من التلبية في دبر كل صلاة وكلما لقيت ركبا وكلما علوت شرفا وكلما هبطت واديا وبالاسحار هكذا نقل عن اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم كانوا يلبون في هذه الاحوال ثم تلبية المحرم في ادبار الصلوات كتكبير غير المحرم في ايام الحج في ادبار
في ادبار الصلوات فكما يؤتى بالتكبير بعد السلام فكذلك بالتلبية وكما ان المصلي يكبر عند الانتقال من ركن الى ركن فكذلك المحرم
يلبي عند الانتقال من حال الى حال ٥ وروى الاعمش عن خيثمة قال كانوا يستحبون التلبية عند ست في ادبار الصلوات
واذا استعطفت الرجل راحلته واذا صعد شرفا واذا هبط واديا واذا لقي بعضهم بعضا وبالاسحار قال واذا دخلت مكة
فلا يضرك ليلا او نهارا دخلتها لان هذا دخول بلدة فيستوي فيه الليل والنهار كسائر البلدان والرواة اختلفوا في وقت
دخول رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فروى جابر رض انه عم صلى العشاء بذي طوى ثم هجع هجعة ثم دخل مكة ليلا فطاف
وروى ابن عمر رض انه كان ينهى الناس عن دخول مكة ليلا كان ذلك للاشفاق مخافة السرق ليريهم الانسان ان يضل او يضيع رحله
وروى عن عمر رض انه حين قدم مكة معتمرا في رمضان وجد الناس يصلون التراويح فصلى معهم ٥ وعن ابنته والحسن والحسين
رضوان الله عليهم انهم كانوا يدخلون مكة ليلا فاما دخل المسجد لانه قصد زيارة البيت والبيت في المسجد ٥ وروى جابر رض
ان النبي عم لما دخل مكة دخل المسجد فلما وقع بصره على البيت قال اللهم زد بيتك تشريفا وتعظيما وتكريما وبرا ومهابة ولم يذكر
في الكتاب تعيين شيء من الادعية في مشاهد الحج لما قال محمد رح التوقيت في الدعاء يذهب رقة القلب فاستحبوا ان يدعو كل احد
بحضرة ليكون قربا الى الخشوع وان تبرك بما نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حسن وكان ابن عمر رض يقول اذا لقي البيت

يقول بسم الله والله اكبر ۝ وعن عطا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا لقي البيت قال اعوذ برب البيت من الدين والفقر
ومن ضيق الصدر وعذاب القبر قال ثم ابدا بالحجر الاسود فاستلمه وعن عمر رض انه استلم الحجر الاسود وقال رايت
ابا القاسم بك حفيا وعن ابن عمر رض ان النبي عم قبل الحجر ووضع شفتيه عليه وبكى طويلا فاذا هو بعمر رض بخلافه
فقال يا عمر هنا تسكب العبرات وان عمر رض في خلافته لما اتى الحجر الاسود وقف فقال اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا
اني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ عليا فقال اما ان الحجر ينفع فقال له عمر رض وما منفعته
يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من ظهر ادم عم وقررهم بقوله
الست بربكم قالوا بلى اودع اقرارهم الحجر فمن استلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له بذلك يوم القيمة
واستلام الحجر للطواف بمنزلة التكبير للصلاة للبداية بطوافه قال ان استطعت من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي عم
قال لعمر رض انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وكبر وهلل
ولكن روحت لان استلام الحجر سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب فلا ينبغي له ان يؤذي مسلما لاقامة السنة ولكن ان استطاع
تقبيله فعل والا امس الحجر يديه وقبل يديه وان لم يستطع ذلك امس الحجر شيا من عرجون ونحوه ثم قبل ذلك الشي لما جا في الحديث
ان النبي عم طاف على راحلته ويستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى
على النبي عليه السلام وهذا استقبال مستحب غير واجب لان استقبال البيت عند الطواف لو كان واجبا كان في جميعه
كاستقبال القبلة في الصلاة ولكنه مستحب لحديث ابن عباس رض ان الحجر يبعث يوم القيمة له عينان يبصر بهما ولسان ينطق به
فيشهد بالحق لمن استلمه او استقبله قال ثم خذ عن يمينك على باب البيت فطف سبعة اشواط ومقادير العبادات تعرف
بالتوقيف لا بالراي قال ترمل في الثلثة الاول في كل شوط منها من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فالحاصل ان كل طواف بعده
سعي فالرمل في الثلثة الاول منها سنة وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه والرمل هو الاضطباع وهز الكتفين وهو ان يدخل
احدى جانبي ردايه تحت ابطه ويلقيه على المنكب الاخر ويهز الكتفين في مشيه كالمبارز الذي يتبختر بين الصفين وكان ابن عباس رض
يقول لا رمل في الطواف وانما فعله رسول الله عم اظهارا للجلادة للمشركين على ما روي في عمرة القضا لما اخلوا له البيت
ثلثة ايام وصعدوا الجبل طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اصحابه رض فسمع بعض المشركين يقول لبعض اضناهم حمى يثرب
فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم رداه فرمل فقال لاصحابه رحم الله امرا ارى من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة
يومئذ فقد انعدم ذلك المعنى الان فلا معنى للرمل والمذهب عندنا ان الرمل سنة لحديث جابر وابن عمر رض ان النبي عم طاف
يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلثة الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع ۝ وروي ان عمر رض لما اراد الرمل
في طوافه فقال علام اهز كتفي وليس هنا احد رايته ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله فافعله اتباعا له واكثر ما فيه
ان سببه ما ذكره ابن عباس رض ولكنه صار سنة بذلك السبب فيبقى بعد زوال السبب كرمي الجمار سنة رمي الخليل للشيطان
ثم بقي بعد زوال ذلك السبب والرمل من الحجر الى الحجر الاسود عندنا ۝ وقال سعيد بن جبير رض لا رمل بين الركن اليماني والحجر
وانما الرمل من الحجر الى الركن اليماني ۝ وروي في بعض الاثار ان النبي عم كان يرمل من الحجر الى الركن اليماني لان المشركين كانوا يطلعون عليه
فاذا تحول الى الجانب الاخر حال البيت بينه وبينهم فكان لا يرمل وبهذا اخذ سعيد وعطا رحمهما الله ۝ ولكنا ناخذ بحديث جابر
وابن عمر رض ان النبي عم رمل في الثلثة الاول من الحجر الى الحجر فان زحمه الناس في رمله قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا يجد
عليه اقامة السنة للطواف لا للزحام فليصبر حتى يتمكن من اقامة السنة كالمزحوم يوم الجمعة يصبر حتى يتمكن من السجود ويطوف
الاربعة اشواط مشيا على هينته على هذا اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلما مررت بالحجر الاسود في طوافك هذا
فاستلمه ان استطعت من غير ان تؤذي مسلما فان لم تستطع فاستقبله وكبر وهلل لان اشواط الطواف كركعات الصلاة فكما يفتتح
كل ركعة يقوم اليها بالتكبير فكذلك يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان افتتحت به الطواف وختمته به اجزاك كما في الصلاة ترك
تكبيرات الانتقال لا يمنع الجواز فكذلك لا باس بترك استلام الحجر عندنا فيفتتح كل شوط فاذا كان افتتاحه للطواف باستلام الحجر
وختمه بذلك فيما بين ذلك يجعل كالمستلم حكما قال ويكبر في طوافك في كل شوط فاذا كان انتهى وراء الحطيم والحطيم اسم لموضع
لموضع بينه وبين البيت فرجة سمي ذلك الموضع حطيما وحجرا فتسميته بالحجر على معنى انه حجر من البيت اي منع منه وتسميته
بالحطيم على معنى انه محطوم من البيت اي مكسور منه فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول وقيل بل فعيل بمعنى فاعل اي حاطم كالعليم

بمعنى عالم

بمعنى عالم ۝ وبيانه فيما جاء في الحديث من دعا على من ظلمه فيه حطمه الله تعالى فينبغي ان يطوف ان لا يدخل في تلك الفرجة
في طوافه ولكنه يطوف وراء الحطيم كما يطوف وراء البيت لان الحطيم من البيت هكذا روي ان عايشة رض نذرت ان فتح الله مكة
على رسول الله عم ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وادخلها الحطيم وقال صلي هنا
فان الحطيم من البيت ولولا حدثان عهد قومك بالجاهلية لنقضت بنا الكعبة واظهرت قواعد الخليل عليه السلام وادخلت الحطيم
في البيت والصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابين بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش ولم يتفرغ
لذلك احد من الخلفا الراشدين رضوان الله عليهم حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث منها ففعل ذلك
واظهر قواعد الخليل عليه السلام وبنى البيت على قواعد الخليل صلوات الله عليه بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت
فلما قتل كره الحجاج ان يكون بنا البيت على ما فعله ابن الزبير فنقض بنا الكعبة واعاده على ما كان عليه في الجاهلية فاذا ثبت
ان الحطيم من البيت فالطواف بالبيت كما قال الله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ينبغي له ان يطوف من وراء الحطيم ولا يقال
لو استقبل الحطيم في الصلوة لا يجوز صلوته ولو كان الحطيم من البيت لجازت لان كون الحطيم من البيت انما ثبت بخبر الواحد
وفرضية استقبال القبلة بالنص فلا يتادى بما يثبت بخبر الواحد ۝ والحاصل انه يحتاط في الطواف والصلوة جميعا
لان خبر الواحد يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين قال ثم ائت المقام فصل ركعتين او حيث ما تيسر عليك من المسجد هكذا روى جابر
رض ان النبي عم لما فرغ من طوافه اتى المقام وصلى ركعتين ۝ وروي عن عمر رض انه قال يا رسول الله لو صليت في مقام ابراهيم عم
فانزل الله قوله واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند المقام ركعتين وهاتان الركعتان عندنا
من الطواف واجب لقول النبي عم وليصل الطايف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ولان عمر رض نسي ركعتي الطواف
حين خرج من مكة فلما كان بذي طوى صلاهما وقال ركعتان مكان ركعتين قال او حيث ما تيسر عليك من المسجد ومراده ان الزحام يكثر
عند المقام فلا ينبغي ان يتحمل المشقة لذلك ولكن المسجد كله موضع الصلوة فيصلي حيث تيسر عليه قال فاذا فرغت منها فعد الى الحجر
فاستلمه فان لم تستطع فاستقبل وهلل وكبر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى استلام الحجر فيه بعد الفراغ من الصلوة
وكل طواف ليس بعده سعي لا يعود الى استلام الحجر فيه بعد الطواف لان الطواف الذي ليس بعده سعي عبادة قد تم فراغه منها حين فرغ
من الركعتين فلا معنى للعود الى ما به ابتداء الطواف فاما الطواف الذي بعده سعي فكما يفتتح طوافه باستلام الحجر فكذلك السعي يفتتح باستلام
الحجر فلهذا يعود الى الحجر فيستلمه قال ثم اخرج الى الصفا من اي باب شا خرج الا ان جابر رض روى ان النبي صلى الله عليه وسلم
خرج من باب بني مخزوم وليس ذلك للتشبيه بل انما فعله لانه كان من اقرب الابواب الى الصفا فهو الذي يسمى الان باب الصفا فاذا خرج
بدا بالصفا لما روي ان الصحابة رض قالوا يا رسول الله بايهما نبدا قال ابدءوا بما بدا الله تعالى به يعني قوله تعالى ان الصفا والمروة
من شعاير الله قال فقم عليها مستقبل القبلة فتحمد الله وتثني عليه وتكبر وتهلل وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم وتدعو الحاجتك
لما روي عن ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم صعد الصفا حتى اذا نظر البيت قام مستقبل البيت وقال لا اله الا الله
وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شي قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده واعز جنده
وهزم الاحزاب وحده ثم قرا مقدار خمسين او عشرين اية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انصبت قدماه
في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم حتى اذا خرج
من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة اشواط ثم الصعود على الصفا ليصير البيت بمراى العين منه فانما يصعد
بقدر ما يحصل به هذا المقصود وهذا المقصود كان يستقبل البيت فينبغي ان يستقبله فياتي بالتحميد والثنا والتكبير والتهليل
والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لان المقصود الدعا والحاجة من الله تعالى فيجعل الثنا مقدمة دعايه وبعده الصلاة
على النبي صلى الله عليه وسلم كما يفعله الداعي عند ختم القران وغير ذلك ثم ذكر الدعا هنا ولم يذكر عند استلام الحجر لان تلك الحالة
حالة ابتداء العبادة وهذه حالة ختم العبادة فان ختم الطواف بالسعي يكون والدعاء عند الفراغ من العبادة لا عند ابتدايها
كما في فصل الصلوة قال ثم اهبط منها نحو المروة وامش على هينتك مشيا حتى تاتي بطن الوادي فاسع في بطن الوادي سعيا فاذا خرجت
تمشي على هينتك حتى تاتي المروة فتصعد عليها وتقوم مستقبل الكعبة فتحمد الله تعالى وتثني عليه وتهلل وتكبر وتلبي وتصلي
على النبي صلى الله عليه وسلم ثم تدعو الله لحاجتك وللناس في اصل السعي في بطن الوادي كلام فقيل ان اصله من فعل ام اسمعيل
هاجر حين كانت في طلب الما كلما صار الجبل حايلا بينها وبين النظر الى ولدها كانت تسعى حتى تنظر الى ولدها شفقة منها على الولد

فصار ذلك سنة والاصح ان يقول فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في نسكه وامر اصحابه رض ان يفعلوا ذلك فيفعله اتباعا له
ولا يشتغل بطلب المعنى فيه كما لا يشتغل بطلب المعنى في تقدير الطواف والسعي بسبعة اشواط فالحاصل بينهما هكذا سبعة اشواط
يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط فظاهر ما قال في الكتاب ان ذهابه من الصفا الى المروة شوط
ورجوعه من المروة الى الصفا شوط اخر واليه اشار في قوله يختم بالصفا ويختم بالمروة وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطوف
بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا ولا يعتبر رجوعه ولا يجعل ذلك شوطا اخر والاصح ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك رسول الله
اتفقوا على انه طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قاله الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا قال ثم يقيم بمكة حراما لا يحل منه شيء وهذا
لانه احرم بالحج فلا يتحلل ما لم يأت بافعال الحج قال ويطوف بالبيت كلما بدا له ويصلي لكل اسبوع ركعتين فان الطواف بالبيت
مشبه بالصلوة قال عم الطواف بالبيت صلوة الا ان الله تعالى احل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير والصلوة خير موضوع
فمن شاء استقل ومن شاء استكثر فكذلك الطواف ولكنه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي الواحد من موجبات الحج وقد اتى
فلو سعى بعد ذلك كان متنفلا به والتنفل بالسعي غير مشروع قال فيخرج مع الناس الى منى يوم التروية فيبيت بها ليلة عرفة ويصلي
بها الغداة يوم عرفة هكذا روى جابر وابن عمر رض ان النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر
والعصر والمغرب والعشاء يوم عرفة ثم راح الى عرفات قال لم يتعدوا الى عرفات لحديث ابن عمر ان الحجاج صلوات الله عليه يوم التروية
فامره فراح الى منى وبات بها ثم غدا به الى عرفات فقال وينزل بها مع الناس لانه من الناس فينزل حيث ينزلون ومراده لا ينزل على الطريق كيلا
يضيق بالمارة ولا يتأذى هو بهم قال فان صليت الظهر والعصر مع الامام فحسن • والحاصل انه كما زالت الشمس صلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالناس الظهر والعصر باذان واقامتين وكتب عبد الملك بن مروان الى الحجاج ان لا يخالف ابن عمر رض في شيء من المناسك
فلما زالت الشمس اتى ابن عمر رض سرادقه فقال ابن هذا فخرج الحجاج فقال الان اردت السنة فالساعة فقال انظرني حتى اغتسل وراح الى المصلى
والاغتسال في هذا الوقت بعرفات سنة فان اكتفى بالوضوء اجزاه وان اغتسل فهو افضل كما عند الاحرام وكما في العيدين والجمعة
ثم يخطب قبل الصلاة خطبتين بينهما جلسة كما في الجمعة والعيدين هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان المقصود تعليم
الناس المناسك والجمع بين الصلوتين من المناسك فيقدم الخطبة عليه لتعليم الناس ولانهم بعد الفراغ من الصلاة يتفرقون في الموقف
ولا يجتمعون لاستماع الخطبة وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون كما في الجمعة • وعن ابي يوسف يؤذن قبل خروج
الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في سائر الايام وهذا قوله الاول فاذا فرغ من الخطبة اقام المؤذن وصلى الامام بالناس الظهر ركعتين
اذا كان مسافرا ثم يقوم المؤذن فيقيم ثانية فيصلي بهم العصر من غير ان يتنفل بين الصلوتين هكذا رواه جابر رض في صفة نسك رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا لان تقديم العصر على وقته ليتوصل الى الوقوف المقصود ولئلا ينقطع وقوفه فلان لا يشتغل بالنافلة بين الصلوتين
ليحصل هذا المقصود اولى وانما يعيد الاقامة للعصر لانه معجل على وقته المعهود فيعيد الاقامة له اعلاما للناس وان اشتغل بالتطوع
بين الصلوتين اعاد الاذان للعصر الا في رواية ابن سماعة عن محمد رح انه قال ما دام في وقت الظهر لا يعيد الاذان واما في ظاهر الرواية فاشتغاله
بالنفل وبعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيد الاذان للعصر قال وان لم يدرك الجمع مع الامام وان اراد ان يصلي وحده صلى كل واحدة
لوقتها في قول ابي حنيفة رح وعلى قول ابي يوسف ومحمد والشافعي رح يجمع بينهما كما يفعل مع الامام قال في الكتاب بلغنا ذلك عن عائشة
وابن عمر رض وعلل فقال لان العصر انما قدمت لاجل الوقوف ومعنى هذا الكلام ان الجمع بين الصلوتين انما جاز لحاجة الى امتداد الوقوف
فان الموقف هبوط وصعود لا يمكن تسوية الصفوف فيها فيحتاجون الى الخروج منها والاجتماع لصلوة العصر فينقطع وقوفهم وامتداد
الوقوف الى غروب الشمس واجب فللحاجة الى ذلك جوزنا الجمع بين الصلوتين وفي هذا المنفرد والذي يصلي مع الامام سواء قياسا هذا
الجمع بالجمع الثاني بالمزدلفة فان الامام فيه ليس بشرط بالاتفاق وهذا النسك مختص بسائر المناسك في انه لا يشترط فيه الامام
وابو حنيفة استدل بقوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا اي فرضا موقتا فالمحافظة على الوقت في الصلوات فرض فيجب
فلا يجوز الجمع الا بتلك الصفة وكان المعنى فيه ان هذا الجمع مختص بمكان وزمان ومثله لا يجوز الا بامام كاقامة الخطبة مقام ركعتين
في الجمعة لما كان مختصا بمكان وزمان كان الامام شرطا فيه بخلاف الجمع الثاني فانه اداء المغرب في وقت العشاء وذلك غير مختص بمكان وزمان
كان الامام شرطا فيه بخلاف الجمع فاما هذا تعجيل العصر وذلك لا يجوز الا في هذا المكان وهذا الزمان ثم يسلم ان هذا الجمع لاجل
الوقوف ولكن الحاجة الى الجمع للجماعة لا للمنفرد لان المنفرد يمكنه ان يصلي العصر في وقته في موضع وقوفه فان المصلي داع فيخشع
فلا ينقطع وقوفه بالاشتغال بالصلوة وانما يحتاجون الى الخروج لتسوية الصفوف اذا ادوها بالجماعة ولا يشق عليهم الاجتماع

فلم

فانهم بعد الفراغ من الصلوة يتفرقون في الموقف فيختار كل واحد منهم موضعا خاليا يناجي فيه ربه عز وجل وهذه المعاني تنعدم
في حق المنفرد لانه يمكنه اداء العصر في وقته في موضع خلوته وحديث عائشة وابن عمر رض محمول على الامام الاجل وهو الخليفة
لانه ليس بشرط ثم يعارضه قول ابن مسعود رض يصلي المنفرد كل صلوة لوقتها قال ولو فاته الظهر مع الامام وادرك العصر معه
عند ابي حنيفة لم يجمع بينهما لان التغيير انما وقع في العصر فانها معجلة على وقتها واشتراط الامام لوقوع التغيير فيختص على ما وقع
فيه التغيير • وجه قول ابي حنيفة ان العصر في هذا اليوم كالتبع للظهر لانها صلاتان اديتا في وقت واحد • والثانية منهما
مرتبة على الاولى فكان بمنزلة القضاء مع الوتر فكما ان الوتر تبع للعشاء فكذلك العصر تبع للظهر هنا ولما جعل الامام شرطا في التبع
كان شرطا في الاصل بطريق الاولى ودليل التبعية انه لا يجوز العصر في هذا اليوم الا بعد صحة اداء الظهر حتى لو تبين في يوم الغيم
انهم صلوا الظهر قبل الزوال والعصر بعده لزمهم اعادة الصلوتين وكذا لو جدد الوضوء بين الصلوتين ثم تبين انه صلى الظهر بغير وضوء
لزمه اعادة الصلوتين بخلاف سائر الايام وعلى هذا الاحرام بالحج شرط لاداء هاتين الصلوتين حتى ان الحلال اذا صلى الظهر
مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر او المحرم بالعمرة صلى الظهر مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر معه لم يجز العصر
الا في وقتها وعند زفر يجزيه • وفي احدى الروايتين يشترط لهذا الجمع ان يكون محرما بالحج قبل زوال الشمس لان بزوال
الشمس يدخل وقت الجمع ويختص هذا الجمع بالمحرم بالحج فيشترط تقديم الاحرام بالحج على الزوال وفي الرواية الاخرى
فان احرم بالحج بعد الزوال فله ان يجمع بين الصلوتين لان اشتراط الاحرام بالحج لاجل الصلوة لا لاجل الوقت فاذا صلى العصر راح
الى الموقف فوقف بهم ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عم ويلبي ويدعو الله لحاجته • والحاصل فيه انه يقف
في اي موضع شاء من الموقف والافضل ان يقف بالقرب من الامام لان الامام يعلم الناس ما يحتاجون اليه ويدعو فمن كان اقرب اليه
كان اقدر على الاستماع والتأمين على دعائه فيكون افضل • قال وينبغي ان يقف مستقبل القبلة ان شاء راكبا وان شاء على قدميه
وقد ذكر جابر رض في حديثه ان النبي عم وقف على راحلته جعل نحرها الى بطن المحراب فوقف عليها مستقبل القبلة يدعوا
وفي الحديث خير المواقف ما استقبلت به القبلة وان اختار لوقوفه موضعا اخر بالبعد من الامام جاز لحديث عطاء
ان النبي عم قال عرفة كلها موقف وفجاج مكة كلها منحر • وفي حديث هشام بن عروة عن عائشة رض ان النبي عم قال
عرفة كلها موقف الا ان يرتفعوا عن بطن محسر وفي وقوفه هكذا يدعوا رواه علي رض ان النبي عم قال افضل دعائي ودعاء الانبياء
قبلي بعرفات لا اله الا الله وحده لا شريك له الى اخره اللهم اجعل لي في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح
لي صدري ويسر لي امري وحديث فيه طول وقد بينا انه يجتهد من الدعاء ما شاء واجتهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدعاء
في هذا الموقف لامته فما استجيب له الا في الدماء والمظالم • قال ويلبي في هذا الموقف في الدعاء عندنا وقال مالك يقطع
الحاج التلبية كما يقف بعرفة لان اجابته باللسان الى ان يجيء وقد تم حضوره فان معظم اركان الحج الوقوف قال عم
الحج عرفة ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن مسعود رض انه لبى عشية عرفة فقال له رجل يا شيخ ليس هذا موضع التلبية
فقال ابن مسعود اجهل الناس ام طال بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما زال يلبي
حتى رمى جمرة العقبة ولان التلبية في هذه العبادة كالتكبير في الصلاة فكما يأتي بالتكبير الى اخر الصلوة فكذلك
يأتي بالتلبية هنا الى وقت الخروج من الاحرام وذلك عندنا الرمي يكون قال فاذا غربت الشمس دفع على هينته على هذا اتفق
رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم انه وقف بعرفة حتى غربت الشمس دفع منها • وروي انه خطب عشية عرفة فقال
ايها الناس ان اهل الجاهلية والاوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس فهذا بالشرك الدامرية اظهارا لمخالفة المشركين
فليس لاحد ان يخالف ذلك الا انه اذا خاف الزحام فلا باس بان يتقدم لحديث عائشة رض انها بعد افاضة الامام تعجل
قبل الامام فلا باس اذا لم يخرج من حدود عرفة قبل غروب الشمس وكذلك ان مكث قليلا بعد غروب الشمس وذهاب الامام مع الناس
لخوف الزحام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت قال ويمشي في الطريق على هينته هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ايها الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار • وروى جابر رض ان النبي عم كان يمشي على راحلته
في الطريق على هينته حتى اذا كان في وضع الوادي اوضع راحلته وجعل يقول شعر

اليك تعدو قلقا وضينها • مخالفا دين النصارى دينها
معترضا في بطنها جنينها •

زعم بعض الناس ان لا ايضاع في هذا الموضع سنة ولسنا نقول به • وتاويله ان راحلته كانت في هذا الموضع محصها فانبعثت كما هو
عادة الدواب لا ان يكون قصدا الايضاع قال ولا يصلي المغرب في الطريق حتى ياتي المزدلفة لما روي ان اسامة بن زيد رض كان رديف
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطريق الى المزدلفة فقال الصلاة يا رسول الله فقال عم الصلوة امامك ومراده من هذا اللفظ اما الوقت
واما المكان نعلم يصل حتى انتهى الى المزدلفة فكان ذلك دليل ظاهر على انه لا تشتغل بالصلوة قبل لاتيانه الى المزدلفة فاذا اتى المزدلفة
نزل بها مع الناس وانما ينزل عن يمين الطريق او عن يساره ويحترز عن النزول على الطريق كيلا يضيق بالمارة ولا يتاذى هو بهم فيصلي المغرب والعشا
باذان واقامة واحدة • وقال زفر باذان واقامتين هكذا رواه بن عمر رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما جابر رض يروي انه جمع
بينهما باذان واقامة واحدة والمراد بحديث بن عمر هذا ايضا الا انه سمي الاذان اقامة وكل واحد منهما يسمى باسم صاحبه قال عم
بين كل اذانين صلوة لمن شاء اريد به بين الاذان والاقامة ثم العشا هنا مؤداة في وقتها المعهود فلا تقع الحاجة الى افراد الاقامة لها
خلافا للعصر لها فانها معجلة على وقتها وان صح ان النبي عم افرد الاقامة فتاويله انه اشتغل بين الصلوتين بنفل او شغل اخر
وعندنا في مثل هذه المواضع تفرد الاقامة للعشا وقد ذكر في بعض روايات بن عمر رض انه تعشى بعد المغرب ثم افرد الاقامة للعشا
قال ثم يبيت بها فاذا انشق الفجر صلى الفجر بغلس هكذا رواه جابر رض ان النبي عم لما صلى العشا بالمزدلفة بسط له شي فبات عليه
فلما طلع الفجر صلى الفجر وقال بن مسعود رض ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلوة قبل ميقاتها الا صلاة الفجر صبيحة جمع
فانه صلاها يومئذ بغلس ولان الاسفار بالفجر وان كان افضل في سائر المواضع ففي هذا الموضع التغليس افضل لحاجة الى الوقوف
بعده وفي الاسفار بعض التاخير في الوقوف فاذا كان يجوز تعجيل العصر على وقتها لحاجة الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس بالفجر كان اولى
قال ثم يقف بالمشعر الحرام مع الناس فيحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته وهذا الوقوف
منصوص عليه في القرآن ان الوقوف بعرفات مشار اليه في قوله تعالى فاذا افضتم من عرفات الاية وقد وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم
في هذا الموضع يدعو حتى قال بن عباس رض رايته عند قزح بالمشعر الحرام وهو يدعو كالمستطعم المسكين وانما مراد رسول الله
صلى الله عليه وسلم في هذا الموقف فانه دعا لامته فاستجيب له في الدماء والمظالم ايضا والناس في الجاهلية كانوا متفقين على هذا الوقوف
مختلفين في الوقوف بعرفات فان الحمس كانوا لا يقفون بعرفة ويقولون لا نعظم غير الحرم حتى روي ان النبي عم لما وقف بعرفة جعل الناس
يتعجبون ويقولون فيما بينهم هذا من الحمس فما باله خرج من الحرم فعرفنا انه ينبغي ان لا يترك الوقوف بالمشعر الحرام حتى اذا اسفر جدا دفع
قبل ان تطلع الشمس هكذا رواه جابر وابن عمر رض ان النبي عم وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس ان تطلع دفع الى منى وان اهل الجاهلية
كانوا لا يدفعون من هذا الموقف حتى تطلع الشمس فاذا طلعت وصارت كالعمايم على رؤوس الجبال دفعوا وكانوا يقولون اشرق ثبير كيما
نغير فخالفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودفع قبل طلوع الشمس فيجب الاخذ بفعله لما فيه من اظهار مخالفة المشركين كما في الدفع من عرفات
فاذا اتى منى يبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى يوم النحر
لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال اول نسكنا هنا بمنى ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ويرميها من بطن الوادي لما روي ان ابن مسعود رض
وقف في بطن الوادي فرمى بسبع حصيات فقيل له ان ناسا يرمونها من فوقها فقال الا تعجل الناس ام نسوا هذا والله الذي لا اله الا هو غيره ه
مقام الذي انزل عليه سورة البقرة وهكذا نقل عن بن عمر رض انه رمى جمرة العقبة من بطن الوادي وقال هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
وانما يرمي بمثل حصى الخذف لما روي ان النبي عم امر بن عباس رض ان يناوله سبع حصيات فاخذهن بيده وجعل يقول للناس بمثل هذا
فارموا وفي رواية عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا والمقصود اتباع سنة الخليل وبهذا القدر يحصل المقصود فلو رمى باكثر
من حصى الخذف ربما اصيب انسانا فتؤذيه ويكبر مع كل حصاة ويقطع التلبية عند اول حصاة يرمي بها جمرة العقبة اما قطع التلبية
عند الرمي فقد رواه بن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم • وعن سالم بن عبد الله انه لما اراد الرمي وقف في بطن الوادي وجعل يقول
عند رمي كل حصاة بسم الله والله اكبر اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وسعيا مشكورا ثم قال هكذا حدثني ابي عن رسول الله عم
انه قال عند كل حصاة مثل ما قلت قال ابتداء وقت الرمي عندنا من وقت طلوع الفجر من يوم النحر وعلى قول سفيان الثوري رح من وقت
طلوع الشمس وعند الشافعي يجوز الرمي بعد النصف الاول من ليلة النحر واستدل الثوري بحديث بن عباس رض ان النبي عم قدم ضعفة
اهله من المزدلفة وجعل يلطخ افخاذهم ويقول اغيلمة بني عبد المطلب لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس • وحجتنا في ذلك
ما روي انه لما قدم ضعفة اهله قال لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين فنعمل بالحديثين جميعا فنقول بعد الصبح يجوز وتاخيره
الى ما بعد طلوع الشمس اولى • واستدل الشافعي بما روي ان النبي عم رخص للرعاة ان يرموا ليلا وتاويله عندنا في الثانية والثالثة
دون

دون الاولى والمعنى فيه ان دخول وقت الرمي يخرج وقت الوقوف اذ لا يجتمع الرمي والوقوف في وقت واحد ووقت الوقوف يمتد
الى طلوع الفجر فوقت الرمي يكون بعده ووقت الرمي يكون هو وقت التضحية بطلوع الفجر الثاني فكذلك وقت الرمي قال ولا يرمي
يومئذ من الجمار غيرها لحديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم في اليوم الاول الا جمرة العقبة ولا يقوم عندها
لانه قد بقي عليه اعمال يحتاج الى ادائها في هذا اليوم ولان النبي عليه السلام لم يقم عند جمرة العقبة ولكنه ياتي منزله فيحلق او يقصر والحلق
افضل لانه جاء اوان التحلل عن الاحرام والتحلل بالحلق والتقصير كما اشار الله تعالى اليه في قوله ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث بالحلق
يكون وروي ان النبي عم لما ذبح هداياه دعا بالحلاق فاهوى اليه الشق الايمن من راسه فحلقه وقسم شعره على اصحابه رض
ثم حلق الشق الايسر واعطى شعره ام سليم رضي الله عنها ولم يذكر الذبح هنا لانه من حكم المفرد بالحج وليس عليه هدي وهو مسافر
ايضا لا يلزمه التضحية ولكنه ان تطوع بذبح الهدي فهو حسن يذبحه بعد الرمي قبل الحلق لما روينا ان اول نسكنا ان نرمي ثم نذبح
ثم نحلق والحلق افضل من التقصير لان الله تعالى بدا به في كتابه في قوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين وقال ولا تحلقوا
رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فهذا بيان انه ينبغي ان يتحلل بالحلق وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله المحلقين
فقيل والمقصرين فقال رحم الله المحلقين حتى قال في الرابعة والمقصرين فقد ظاهر في هذا الدعاء ثلث مرات للمحلقين فدل انه
افضل قال ثم قد حل له كل شيء الا النساء فالحاصل ان في الحج احلالين احدهما بالحلق والثاني بالطواف فبالحلق يحل له كل شيء كان
حراما على المحرم الا النساء وقال مالك الا النساء والطيب وقال الليث الا النساء وقتل الصيد لانهما يحرمان بنص القرآن فلا يرتفع
حرمتهما الا بتمام الاحلال ولكنا نقول قتل الصيد ليس نظير الجماع وقتل الصيد لا يفسده وكان هو نظير سائر المحظورات يرتفع
بالحلق ومالك يقول استعمال الطيب من دواعي الجماع فلا يحل الا بالطواف كنفس الجماع وحجتنا حديث عائشة رض كنت اطيب
رسول الله عم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت واستعمال لا يفسد الاحرام بخلاف النساء فكان قياس
سائر المحظورات ولهذا الاصل قال الشافعي حرمة الجماع فيما دون الفرج ترتفع بالحلق ايضا لانه لا يفسد الاحرام بحال ولكنا
نقول ما يتصل من قضاء الشهوة بالنساء فحله مؤخر الى تمام الاحلال بالطواف شرعا وفي ذلك الجماع في الفرج وفيما دون الفرج
سواء قال ثم يزور من يومه ذلك البيت ان استطاع او من الغد او من بعد الغد ولا يؤخره الى ما بعد ذلك فيطوف به اسبوعا
ويصلي ركعتين لما روي ان النبي عم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وفي بعض الروايات
انه اتى مكة ليلا فطاف ووجه التوفيق انه في ايام منى كان ياتي مكة بالليل مستترا فيطوف فمن راى ذلك منه ظن ان طوافه ذلك
للزيارة فنقل كما وقع عنده وانما طاف للزيارة قبل الظهر وطواف الزيارة ركن الحج وهو الحج الاكبر في تاويل قوله تعالى واذان من الله
ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر وفيه ايام النحر ثلثة افضلها اولها ثم لم يذكر السعي عقيب هذا الطواف لانه قد سعى عقيب طواف
التحية وليس عليه في الحج الا سعي واحد فان قيل السعي واجب وركن وطواف التحية سنة فيترتب ما هو واجب على ما هو سنة قلنا
نعم ولكن الشرع جوز له اداء هذا الواجب عقيب طواف هو سنة للتيسير فان الطواف الذي هو ركن لا يجوز قبل يوم النحر وفي يوم النحر
على الحاج اعمال كثيرة فلو وجب عليه اداء السعي في هذا اليوم لحقه المشقة فللتيسير جوز له اداء السعي عقيب طواف التحية فلو بعده
يسعى يوم الزيارة وكذلك لا يرمل في طوافه يوم النحر لان الرمل سنة اول طواف ياتي به في الحج وقد اتى به في طواف التحية فلو
في طواف الزيارة لكنه يصلي ركعتين عقيب الطواف لانه ختم كل طواف يكون ركعتين واجبا كان الطواف او نفلا ثم قد حل له
النساء لانه تم احلاله ثم يرجع الى منى فاذا كان يوم النحر رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس يبدا بالتي تلي المسجد فيرميها بسبع
حصيات يكبر مع كل حصاة ثم ياتي المقام الذي يقوم فيه الناس فيحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله
عليه وسلم ويدعو لحاجته ثم ياتي الجمرة الوسطى فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات كذلك ثم يقوم حيث يقوم الناس
فيصنع في قيامه كما صنع في الاول ثم ياتي جمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات ويكبر مع كل حصاة ولا يقيم عندها
هكذا رواه جابر رضي الله عنه مفسرا فيما نقل عن نسك رسول الله عم والحديث المشهور عن النبي عليه السلام قال لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن عند افتتاح الصلوة وعند القنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر على الصفا والمروة
وبعرفات وبجمع وعند المقامين عند الجمرتين وهذا دليل على انه انما يقيم عند الجمرتين الاولى والوسطى ولا يقيم عند
جمرة العقبة والمراد من رفع اليدين الرفع للدعا دل ان الدعا عند المقامين وينبغي للحاج ان يستغفر للمومنين في دعائه في
هذه المواقف قال النبي عليه السلام اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج والحاصل ان كل رمي بعده رمي فحال الفراغ

منه حال وسط العبادة فياتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي فحال الفراغ منه قد فرغ من العبادة فلا يقيم بعده للدعاء ولم يذكر في الكتاب ان الرمي ماشيا افضل ام راكبا وحكي عن ابرهيم الجراح قال دخلت على ابي يوسف رح في مرضه الذي مات فيه ففتح عينه وقال الرمي راكبا افضل ام ماشيا فقلت ماشيا فقال اخطات فقلت راكبا فقال اخطات ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي ماشيا فيه افضل وليس ما بعده وقوف فالرمي راكبا افضل فقمت من عنده فلما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ لموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روى جابر رض ان النبي عم رمى الجمار كلها راكبا انما فعله ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه الا ترى انه قال خذوا عني مناسككم فاني لعلي لا احج بعد هذا العام فان كان الغد رمى الجمار الثلث حين تزول الشمس كذلك ثم ينفر ان احب من يومه ذلك وان اقام الى الغد وهو اخر ايام التشريق فعل كما فعل بالامس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه قال ويكره له ان يقدم ثقله لما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يمنع الناس ويؤدب عليه ولانه يشتغل قلبه بهم اذا قدمهم قبله وربما يمنعه شغل القلب عن تمام سنة الرمي ولا يامن بان يضيع شيئا من امتعته فلهذا كره له ان يقدم ثقله قال ثم ياتي الابطح فينزل به ساعة وهذا اسم موضع قد نزله رسول الله عم حين انصرف من منى الى مكة يسمى المحصب والابطح وكان ابن عباس رض يقول ليس النزول فيه سنة ولكنه موضع نزول رسول الله عم اتفاقا والاصح انه سنة وانما نزله رسول الله عم قصدا على ما روي انه قال لاصحابه رضي الله عنهم انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يريد به الاشارة على عهد المشركين في ذلك الموضع على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزله اراءة للمشركين لطف صنع الله تعالى به فيكون النزول فيه سنة بمنزلة الرمل في الطواف قال ثم يطوف طواف الصدر ويصلي ركعتين لقوله عم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض ويسمى هذا الطواف طواف الوداع وطواف الصدر لانه يودع به البيت ويصدر به عن البيت قال ثم يرجع الى اهله وقد قال شيخنا الامام رح يستحب له ان ياتي الباب ويقبل العتبة وياتي الملتزم فيلتزمه ساعة يبكي ويتشبث باستار الكعبة ويلصق جسده بالجدار ان تمكن ثم ياتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على بدنه ثم ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج الذي اداه رسول الله عم من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه وقال العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما والحج المبرور ليس له جزاء الا الجنة قال فان كان الذي في مكة لطواف الزيارة بات بها فنام متعمدا او في الطريق فقد اساء وليس عليه شيء لا الاساءة لما روي ان عمر رض كان يؤدب الناس على ترك القيام بمنى في ليالي الرمي ولكن ليس عليه شيء عندنا وقال الشافعي ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان ترك ليلتين فعليه مدان وان ترك ثلث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة بمكة في ليالي الحج بوجوب الجزاء به بترك الرمي ولكنا نستدل بحديث العباس رض انه استاذن رسول الله عم في البيتوتة بمكة في ليالي الرمي لاجل السقاية فاذن له في ذلك ولو كان ذلك واجبا ما رخص له في تركه لاجل السقاية ولان هذه البيتوتة غير مقصودة بل هي تبع للرمي في هذه الايام وتركها لا يوجب الا الاساءة كالبيتوتة بمزدلفة ليلة يوم النحر

باب القران

قال رض ومن اراد القران فيعمل ذلك والكلام هنا في فصول احدها في تفسير القران والتمتع والافراد فالقران هو الجمع بين الحج والعمرة بان يحرم بهما او يحرم بالحج بعد احرام العمرة قبل اداء الاعمال من قولهم قرن الشيء الى الشيء اذا جمع بينهما والتمتع هو الترفق باداء النسكين في سفر من غير ان يلم بينهما باهله الماما صحيحا والافراد بالحج بان يحج اولا ثم يعتمر بعد الفراغ من الحج او يؤدي كل نسك في سفر على حدة او يكون اداء العمرة في غير اشهر الحج والفصل الثاني في بيان الافضل فعندنا الافضل هو القران ثم بعده التمتع وعلى رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة الافراد افضل من التمتع وعن محمد رح قال حجة كوفية وعمرة كوفية افضل عندي من القران وعلى قول الشافعي الافراد افضل من القران وعلى قول مالك التمتع افضل من القران فالشافعي استدل بحديث جابر رض ان النبي عم كان مفردا بالحج وانا ممن كنت افرد وهكذا روت عائشة رض ان النبي عم كان مفردا بالحج وانما حج رسول الله عم بعد الهجرة مرة فما كان يترك ما هو الافضل فيما يؤديه مرة واحدة ولان القران رخصة كما قال رسول الله عم لعائشة رض انما اجرك على قدر تعبك ونصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والتمسك بالعزيمة خير من التمسك بالرخصة ولان في الافراد زيادة الاحرام

والسفر

والسفر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق لهما حلقا واحدا ولاجل هذا النقصان يجب عليه الدم جبرا والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال واداء النسك بصفة الكمال يكون افضل من اداء النقصان والجبر فيهما ومالك استدل بحديث عثمان رضي الله عنه ان النبي عم تمتع بالعمرة الى الحج وعلماؤنا رح استدلوا بحديث علي وابن مسعود وعمران بن حصين رض ان النبي عم قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافين وسعى سعيين وعن انس بن مالك رض قال كنت اخذ بزمام ناقة رسول الله عم وهي تقصع بجرتها ولعابها يسيل على كتفي وهو يقول لبيك بحجة وعمرة معا واهل الحديث جمعوا رواة نسك رسول الله عم فكانوا ثلثين نفرا عشرة منهم يروي انه كان قارنا وعشرة انه كان مفردا وعشرة انه كان متمتعا فنوفق بين هذه الروايات فنقول لبى رسول الله عم اولا بالعمرة فسمعه بعض الناس ثم رواه بعد ذلك حج فظنوا انه كان متمتعا فنقلوا كما وقع عندهم ثم لبى بعد ذلك بالحج فسمعه قوم اخرون فعلموا انه قارن وكل نقل ما وقع عنده وهو نظير ما رويناه من توفيق ابن عباس رض في اختلاف الروايات في وقت تلبية رسول الله عم ثم لما وقع الاختلاف في فعله يصار الى قوله وقد قال عم اتاني ات من ربي وانا بعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة ولان في القران معنى الوصل والتتابع في العبادة ومعنى الجمع بين العبادتين وهو افضل من افراد كل واحد منهما كالجمع بين الصوم والاعتكاف والجمع بين الحراسة في سبيل الله تعالى مع صلاة الليل ولان في القران زيادة نسك وهو اراقة دم الهدي وقد قال عليه السلام افضل الحج العج والثج والثج اراقة الدم والكلام في الحقيقة ينبني على هذا الحرف فان دم القران عنده دم جبر حتى لا يباح التناول منه وعندنا دم نسك يباح التناول منه الدليل على انه دم نسك انه يتوقت بايام النحر كالاضحية ودم الجبر لا يتوقت به وان سببه مباح محض ودم الجبر لا يستدعي شيئا محظورا الا ان النقصان انما يمكن بارتكاب ما لا يحل وقد تناول رسول الله صلى الله عليه وسلم من هداياه على ما روي انه ساق مائة بدنة فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رض ثم امر ان يؤخذ من كل واحدة قطعة فتطبخ له فاكل من لحمها وحسا من مرقها وقد صح عندنا انه كان قارنا فدل ان دم القران يباح التناول منه واذا ثبت انه دم نسك فهو افضل من الافراد في ظاهر الرواية لان فيه زيادة نسك الا ان القران افضل منه لما فيه من زيادة التعجيل بالاحرام بالحج واستدامة احرامها من الميقات الى ان تفرغ منهما وفي التمتع العمرة ميقاتية والحجة مكية وعلى رواية ابن شجاع الافراد افضل من التمتع لهذا المعنى ان حجة التمتع مكية يحرم بها من الحرم والمفرد يحرم بكل واحد منهما من الحل منهما ولهذا جعل محمد رح الافراد بكل واحد منهما من الكوفة افضل لانه ينشئ سفرا مقصودا لكل واحد منهما وقد صح ان عمر رض نهى الناس عن المتعة فقال متعتان كانتا على عهد رسول الله عم وانا انهى عنهما متعة النساء ومتعة الحج وتاويله انه كره ان يخلو البيت عن الزوار في غير اشهر الحج لكيلا يخلو البيت عن الزوار في شيء من الاوقات لا ان يكون التمتع مكروها عنده بدليل حديث الصبي بن معبد قال كنت امرا نصرانيا فاسلمت فوجدت الحج والعمرة واجبتان علي فقرنت بينهما فلقيت نفرا من الصحابة فيهم زيد بن صوحان وسلمان بن ربيعة رض فقال احدهما لصاحبه هو اضل من بعيره فلقيت عمر بن الخطاب رض فاخبرته بذلك فقال ما قالا ليس بشيء اذا عرفنا هذا فنقول هدا نبيك عم من اراد القران فانه يتاهب للاحرام كما يتاهب المفرد على ما بينا الا انه في دعائه بعد الفراغ من الركعتين اللهم اني اريد الحج والعمرة وكذلك يلبي بهما ويقول لبيك بعمرة وحجة معا وانما تقدم ذكر العمرة لان الله تعالى قدمها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولانه في اداء الافعال يبدا بالعمرة فكذلك في الاحرام يبدا بالتلبية بذكر العمرة وان اكتفى بالنية ولم يذكرهما في التلبية اجزاه على قياس الصلاة اذا نوى بقلبه ما نواه الصلاة وكبر قال ثم يبدا اذا دخل مكة بطواف العمرة بالبيت وسعيها بين الصفا والمروة على نحو ما وصفنا في الحج ثم يطوف للحج بالبيت ويسعى له بين الصفا والمروة وهذا عندنا ان القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين وعند الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا واحتج الشافعي بحديث عائشة رض ان النبي عم طاف لحجته وعمرته طوافا واحدا وسعى سعيا واحدا هكذا رواه الشافعي وهو منه تناقض بين فانه روى عن عائشة رض في المسئلة الاولى ان النبي عم كان مفردا ثم روى في هذه المسئلة انه كان قارنا وطاف لهما طوافا واحدا وروي ان النبي عم قال لعائشة رض طوافك بالبيت يكفيك لحجتك ولعمرتك وقال عم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة والمعنى فيه ان مبنى القران على التداخل الا ترى انه يكتفي لهما بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك يثبت التداخل في الاركان ولان العمرة تبع للحج فهي من الحج بمنزلة الوضوء مع الاغتسال فكما يدخل الوضوء في الاغتسال فكذلك العمرة في الحج وحجتنا حديث علي وابن مسعود وعمران بن الحصين رض ان النبي عم قرن فطاف لهما طوافين وسعى سعيين وحديث الصبي بن معبد انه قرن فطاف طوافين وسعى سعيين فقال عمر رض هديت لسنة نبيك عم وفي الكتاب ذكر عن علي رض انه قال يطوف القارن طوافين ويسعى سعيين والمعنى فيه ان القران ضم الشيء الى الشيء وانما يتحقق ذلك باداء الاعمال

كل نسك بكماله ولان كل واحد منهما عبادة محضة ولا تداخل في اعمال العبادات انما التداخل فيما يندرئ بالشبهات الا ترى انه لا يتداخل اشواط الطواف واحد وسعي واحد ومعنى الدخول المذكور في الحديث الوقت اي دخل وقت العمرة في وقت الحج على معنى انه يؤديهما في وقت واحد والسفر والتلبية والحلق غير مقصود انما السفر للتوصل الى اداء النسك والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فلا يكون مقصودا وانما المقصود اركان العبادة الا ترى ان اداء شفعين من التطوع بتكبيرة واحدة وتسليمة واحدة يجوز ولا يدخل احد الشفعين في الآخر والوضوء مع الاغتسال غير مقصود بل المقصود تطهير البدن ليقوم الى المناجاة طاهرا وقد حصل ذلك بالاغتسال وهنا كل نسك مقصود فيلزمه اداء اعمال كل واحد منهما والحديث الذي تجدونه ان النبي عم قال لعائشة رض طوافك بالبيت يكفيك لحجتك وعمرتك لا يكاد يصح فانها قد رفضت العمرة بامر رسول الله عم حين حاضت بسرف على ما نبينه من بعد قال ثم يأتي بالاعمال حتى اذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح هدي القران ويجزيه الشاة لقوله تعالى فما استيسر من الهدي قال ابن عباس ما استيسر من الهدي شاة وفي حديث جابر رض قال كنا نشترك حين كنا مع رسول الله عم في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة سبعة واحد والبقر افضل من الشاة والجزور افضل من البقرة لقوله تعالى ومن يعظم شعائر الله فما كان اقرب في التعظيم كان افضل وقد نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بدنة في حجة الوداع ولو كان ساق الهدي مع نفسه كان افضل من ذلك كله لان رسول الله عم ساق الهدايا مع نفسه وقلدها هكذا قالت عائشة رض كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلدها بيده وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما انا فقد قلدت هديي ولبدت راسي فلا احل حتى احل منهما جميعا وفي رواية فلا احل حتى انحر ولهذه الرواية قال الشافعي رح يحلل القارن بالذبح لا بالحلق ولكنا نقول التحلل يحصل بالحلق كما في حق المفرد وتاويل الحديث حتى انحر ثم احلق بدليل على ما رويناه انه حلق راسه بعد ذبح الهدايا ولان التحلل من العبادة بما لا يحل في اثنائها كالسلام في الصلاة وذلك بالحلق والتقصير دون الذبح قال واذا طاف الرجل بعد طواف الزيارة طوافا ينوي به التطوع او طواف الصدر وذلك بعد ما حل النفر فهو طواف الصدر لانه اتى به في وقته فيكون عنه وان نوى غيره كمن نوى طواف الزيارة يوم النحر التطوع يكون للزيارة بل اولى لان ذلك ركن وهذا واجب قال ولا باس بان يقيم بعد ذلك ما شاء ثم يخرج ولكن الافضل ان يكون طوافه حين يخرج وعن ابي يوسف والحسن رض قال الا اذا اشتغل بعمل بمكة بعد طواف الصدر فيعيد طواف الصدر لانه كان يكون للصدر وانما يحسب به اداؤه حين يصدر فظاهر قوله عليه السلام وليكن آخر عهده الطواف بالبيت يشهد لهذا ولكنا نقول لما قدم مكة الا لاداء النسك فبعد ما تم فراغه منها جاء اوان الصدر فطوافه بعد ذلك يكون للصدر وتاويل الحديث ان آخر نسكه طواف الصدر لا آخر عمله بمكة واما العمرة اذا ارادها يتاهب لها مثل ما وصفنا في الحج اذا اراد الاحرام بها عند الميقات وكذلك ان كان بمكة وان اراد ان يعتمر خرج من الحرم الى الحل من اي جانب شاء واقرب الجوانب التنعيم وعنده مسجد عائشة رض وسبب ذلك انها قالت يا رسول الله عم او كل نسائك ينصرفن بنسكين وانا بنسك واحد فامر اخاها عبد الرحمن ان يعمرها من التنعيم مكان عمرتها يعني مكان العمرة التي رفضتها على ما نبينه فمن ذلك الوقت عرف الناس موضع احرام العمرة فيخرجون اليه اذا ارادوا الاحرام بالعمرة وهو من جملة الذي قيل لعائشة رض ما امر تكرهينه الا كان للمسلمين فيه فرجا ثم بعد احرامه يبقى ما يبقيه في احرام الحج على ما ذكرنا حتى يقدم مكة ويدخل المسجد فيبدأ بالحجر فيستلمه ويطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ثم يحلق او يقصر وقد فرغ من عمرته وحل له كل شيء هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء حين اعتمر من جعرانة والاختلاف في فصول احدها ان عندنا يقطع التلبية في العمرة حين يستلم الحجر الاسود عند اول شوط من الطواف بالبيت وعند مالك كما وقع بصره على البيت يقطع التلبية لان العمرة زيارة البيت وقد تم حضوره بوقوع بصره على البيت ولان الطواف هو الركن في العمرة بمنزلة طواف الزيارة في الحج كما تقدم بقطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود رض عنه ان النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر الاسود والمعنى فيه ان قطع التلبية هنا عند الطواف بالاتفاق لان مالكا اعتبر وقوع بصره على البيت ورؤية البيت غير مقصودة انما المقصود الطواف فينبغي ان يكون القطع مع افتتاح الطواف وذلك عند استلام الحجر كما قلنا في الحج ان قطع التلبية عند الرمي وذلك مع اول حصاة يرميها والثاني ان في العمرة بعد الطواف والسعي يحلق عندنا وعلى قول مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي فقط وحجتنا قوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين وهو بشرى لهم مما عاينوه في عمرة القضاء وقد صح ان النبي عم امرهم بالحلق في عمرة القضاء وحلق راسه ولان التحريم للاحرام بالتلبية والتحلل بالحلق فكما سوى بين احرام العمرة والحج في التحريم فكذلك في التحلل الا ترى ان في باب الصلاة

سوى بين المكتوبة والنافلة في التحريم بالتكبير والتحلل بالتسليم فكذا هذا قال وكذا ان اراد المتمتع ولم يسق هديا ويقيم بمكة بعد الفراغ من العمرة حلالا وقد بينا صورة المتمتع وهو ان يعتمر في اشهر الحج ويحج من عامه ذلك من غير ان يلم باهله بين النسكين الماما صحيحا وكان مالك رح يقول اذا اتى بالعمرة قبل اشهر الحج ولم يحلل من احرام العمرة حتى دخل اشهر الحج فهو متمتع وقال الشافعي اذا احرم بالعمرة قبل اشهر الحج لم يكن متمتعا وان كان اداء العمرة في اشهر الحج فعنده المعتبر وقت الاحرام بالعمرة وعند مالك رح وقت التحلل من الاحرام ونحن نقول ان كان اداء الاعمال قبل اشهر الحج لم يكن متمتعا لان احرامه في غير اشهر الحج صار بحيث لا يفسد بالجماع فهو بمنزلة ما لو تحلل منه وان لم يأت بالاعمال حتى دخل اشهر الحج فاحرامه للعمرة في اشهر الحج بحيث يفسد بالجماع فهو كما لو احرم بها في اشهر الحج لانه مرتفق في اشهر الحج ثم هو على ثلاثة اوجه اما ان يصير بمكة بعد الفراغ من العمرة حتى يؤدي الحج فيكون متمتعا بالاتفاق واما ان يعود الى اهله بعد ما تحلل من عمرته ثم حج من عامه ذلك فلا يكون متمتعا باجماع من اصحابنا وفي احد قولي الشافعي رح يكون متمتعا ويقول لا اعرف الالمام ما ذا يكون فهو بناء على اصله في ان المكي له المتعة والقران ويأتي بيان هذا في موضعه واعتمادنا فيه على حديث ابن عباس رض قال اذا لم يلم باهله الماما صحيحا فهو متمتع وهكذا روي عن عمر وابن عمر وكان المعنى فيه وهو انه انشأ لكل نسك سفرا من اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفر واحد واما اذا جاوز الميقات بعد الفراغ من العمرة فاتى بلدة اخرى غير بلدته بان يكون كوفيا فاتى البصرة ثم عاد وحج من عامه ذلك كان متمتعا في قول ابي حنيفة ولم يكن متمتعا في قولهما ذكره الطحاوي رحمه الله في كتابه وجه قولهما ان صورة التمتع ان تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا حجته وعمرته ميقاتيان لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا اذا عاد يلزمه الاحرام من الميقات فهو والذي لم باهله سواء وابو حنيفة رح استدل بحديث ابن عباس رض فان قوما سألوه عن اشهر الحج فقالوا اعتمرنا في اشهر الحج ثم زرنا القبر ثم حججنا فقال انتم متمتعون ولانه مترفق باداء النسكين في سفر واحد لانه ماض على سفره ما لم يعد الى اهله فهو بمنزلة ما لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج فيكون متمتعا قال واذا كان يوم التروية وهو بمكة واراد الرواح الى منى لبس الازار والرداء ولبى بالحج وان شاء من المسجد او من الابطح او من الحرم شاء لان رسول الله عم امر اصحابه الذين فسخوا احرام الحج بعده ان يحرموا بالحج يوم التروية من المسجد الحرام وفي حديث جابر رض قال خرجنا من مكة فلما جعلناها بظهر احرمنا بالحج والحاصل ان من بمكة حلالا اذا اراد الاحرام بالحج يحرم من الحرم واذا اراد الاحرام بالعمرة يحرم من الحل لان موضع اداء الاحرام غير موضع الاحرام وركن العمرة الطواف وهو مؤدى في الحرم فالاحرام يكون في الحل ومعظم الركن في الحج الوقوف وهو في الحل والاحرام له يكون في الحرم قال وان شاء احرم بالحج قبل يوم التروية وما تقدم احرامه بالحج فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق على البدن وقال رسول الله عم لعائشة رض انما اجرك على قدر نصبك ولما سئل عليه السلام عن افضل الاعمال قال احمزها قال ويروح مع الناس الى منى فيبيت بها ليلة عرفة ويعمل على ما وصفناه في الحج في حق المفرد غير ان عليه دم المتعة يوم النحر بعد رمي جمرة العقبة لقوله تع فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي ثم يحلق بعد الذبح ويزور البيت فيطوف به اسبوعا يرمل في الثلاث الاول ويمشي في الاربع الاواخر على هيئته ويصلي ركعتين ويسعى بين الصفا والمروة على قياس ما بيناه في الحج لان هذا اول طواف ياتي به في الحج وقد بينا ان اول الرمل في اول الطواف في الحج والسعي عقيب اول طواف في الحج وهذا بخلاف المفرد لانه طاف للقدوم في الحج هناك وسعى بعده فلهذا لا يرمل في طواف يوم النحر ولا يسعى بعده ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة يوم النحر ولم يطف بين الصفا والمروة ايضا لانه قد اتى بذلك في الحج مرة وان كان حين اعتمر في اشهر الحج ساق هديا للمتعة فينبغي له ان يقلد هديه لقوله تعالى لا تحلوا شعائر الله الى قوله ولا القلائد ولكن السنة ان يقلد الهدي بعد ما يحرم بالعمرة لانه لو قلد الهدي قبل الاحرام وساقه بنية الاحرام صار محرما هكذا روي عن ابن عباس رض وفي سياق الاية ما يدل عليه لانه بعد ذكر القلائد قال واذا حللتم فاصطادوا فدل انه بالتقليد يصير محرما والاولى ان يحرم بالتلبية فلهذا كان الافضل ان يلبي اولا ثم تقلد هديه فاذا طاف للعمرة وسعى اقام حراما لان سوق هدي المتعة يمنعه من التحلل بين النسكين على ما قال عم لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وقال في حديث آخر اما انا فقد قلدت هديي ولبدت راسي فلا احل حتى انحر فاذا كانت عشية التروية احرم بالحج وان احب ان يتقدم الاحرام ويطوف بالبيت والصفا والمروة لحجته يفعل كما بينا في المتمتع الذي لم يسق الهدي الا انه ان لم يطف بعد الاحرام بالحج رمل في طواف يوم النحر ولم يطف بين الصفا والمروة قال ولا يدع الحلق في جميع ذلك ملبدا او مضفرا او عاقصا والتلبيد ان يجمع شعر راسه على هامته ويشده بصمغ او غيره لكي يصير كاللبد والتضفير ان يجعل شعره ضفائر والعقص

هو الاحكام وهوان يشد شعره حول رأسه كما بينا من قوله ولبدت رأسي ومع ذلك حلق قال والمراة بمنزلة الرجل في جميع ما وصفنا لانها مخاطبة كالرجل الا ترى ان ام سلمة رض لما سألت رسول الله عم عن الاغتسال من الجنابة وصف لها حال نفسه من الاغتسال فدل ان حال الرجل والمراة سواء غير انها تلبس ما بدا لها من الدروع والقمص والخمار والعقارين لانها عورة كما قال عم المرأة عورة مستورة وفي لبس الازار والرداء ينكشف بعض البدن عادة وهي مأمورة باداء العبادة على استر الوجوه كما بيناه في الصلاة فلهذا تلبس المخيط والخفين وتغطي رأسها ولا تغطي وجهها لان الرأس منها عورة وقد قال عم احرام المرأة في وجهها فعرفنا انها لا تغطي وجهها الا ان لها ان تسدل على وجهها اذا ارادت ذلك على وجه تجافى عن وجهها هكذا روي عن عائشة رض قالت كنا في الاحرام مع رسول الله عم نكشف وجوهنا فاذا استقبلنا قوم اسدلنا من غير ان يصيبنا وجوهنا ولا تلبس المصبوغ بورس ولا زعفران ولا عصفر الا ان يكون قد غسل لان ما حل في حقها من اللبس كان للضرورة ولا ضرورة في لبس المصبوغ فهي في ذلك بمنزلة الرجل ولان هذا تزين وهو من دواعي الجماع وهي ممنوعة من ذلك في الاحرام كالرجل ولا حلق عليها انما عليها التقصير هكذا روي عن رسول الله عم انه نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير عند الخروج من الاحرام لا تحلق رأسها ولا ترمل في الطواف بالبيت ولا بين الصفا والمروة لان الرمل لاظهار التجلد ولان الحلق في حقها مثلة والمثلة حرام وشعر الرأس زينة لها كاللحية للرجل فكما لا يحلق الرجل لحيته عند الخروج من الاحرام لا تحلق رأسها ولا ترمل في الطواف بالبيت ولا بين الصفا والمروة لان الرمل لاظهار التجلد والقوة والمرأة ليست من اهل القتال لتظهر الجلادة من نفسها ولا يؤمن ان يبدو شيء من عورتها في رملها وسعيها او يسقط لضعف بنيتها فلهذا تمنع من ذلك وتؤمر بان تمشي مشيا فهذا القدر ذكره في الكتاب في الفرق وقد قال بعض مشايخنا انها لا ترفع صوتها بالتلبية ايضا لما في رفع صوتها من الفتنة وكذلك لا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال والزحمة معهم فلا تستلم الحجر الا اذا وجدت ذلك الموضع خاليا

باب الطواف

اعلم بان الطواف اربعة ثلثة في الحج وواحد في العمرة اما احد الاطوفة في الحج طواف التحية ويسمى طواف القدوم وطواف اللقاء وذلك عند ابتداء وصوله الى البيت وهو سنة عندنا وقال مالك واجب لان النبي عم اتى به ثم قال لاصحابه رض خذوا عني مناسككم فهذا امر والامر على الوجوب ولان المقصود زيارة البيت للتعظيم والنسك الذي يكون عند ابتداء الزيارة يكون واجبا بمنزلة الذكر عند الافتتاح للصلاة وهو التكبير وحجتنا في ذلك ان الله تعالى امر بالطواف والامر بوجوبا بالمطلق لا يقتضي التكرار وبالاجماع طواف يوم النحر واجب فعرفنا انما تقدم ليس بواجب ولانه ثبت بالاجماع ان الطواف الذي هو ركن في الحج موقت بيوم النحر حتى لا يجوز قبله فيما يأتي به قبل يوم النحر لا يكون واجبا لانه يؤتى به في الاحرام ولا يتكرر ركن واحد في الاحرام واجبا كالوقوف بعرفة فجعلناه سنة بخلاف طواف الصدر فانه يؤتى به بعد تمام التحلل فلو جعلناه واجبا لا يؤدي الى تكرار الطواف واجبا والطواف في الحج بمنزلة بقاء الافتتاح في الصلاة لان التلبية عند الاحرام كالتكبير هناك فكما ان ثناء الافتتاح الذي يؤتى به عقيب التكبير سنة فكذلك الطواف الذي يؤتى به عقيب الاحرام سنة ومما يحتج به مالك ان السعي الذي يؤتى بعد هذا الطواف واجب والواجب لا يكون بناء على ما ليس بواجب وقد بينا العذر عن هذا فيما مضى والطواف في الحج الثاني وهو ركن الحج ثبت بقوله وليطوفوا بالبيت العتيق وبقوله تعالى يوم الحج الاكبر والمراد طواف الزيارة والثالث طواف الصدر وهو واجب عندنا سنة عند الشافعي رح قال لانه بمنزلة طواف القدوم الا ترى ان كل واحد منهما يأتي به الافاقي دون المكي وما يكون من واجبات الحج فالافاقي والمكي فيه سواء ولنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض والامر دليل الوجوب وتخصيص الحائض برخصة الترك دليل الوجوب ايضا وكما ان طواف الزيارة لتمام التحلل عن احرام الحج فطواف الصدر لانتهاء المقام بمكة فيكون واجبا على من ينتهي مقامه بها وهو الافاقي الذي يرجع الى اهله دون المكي الذي لا يرجع الى موضع آخر ويسمى هذا طواف الوداع فانما يجب على من يودع البيت دون من لا يودعه فاما الطواف الرابع طواف العمرة وهو الركن في العمرة وليس في العمرة طواف الصدر ولا طواف القدوم فلانه كما وصل الى البيت يتمكن من اداء الطواف الذي هو ركن في هذا النسك فلا يشتغل بغيره بخلاف الحج فانه عند القدوم لا يتمكن من الطواف الذي ركن الحج فيأتي بالطواف المسنون الى ان يجيء وقت الطواف الذي هو ركن واما طواف

الصدر فقد قال الحسن رحمه الله في العمرة طواف الصدر ايضا في حق من قدم معتمرا اذا اراد الرجوع الى اهله كما في الحج ولكنا نقول ان معظم الركن في العمرة الطواف وما هو معظم الركن في النسك لا يتكرر عند الصدر كالوقوف في الحج ولان النسك الواحد لا يجوز ان يكون معظم الركن في نسك وهو بعينه غير ركن في ذلك النسك ولان ما هو معظم الركن مقصود وما هو تبعا قال واذا قدم القارن مكة فلم يطف حتى وقف بعرفات كان رافضا لعمرته عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يكون رافضا لعمرته وهو بناء على ما سبق فان عنده طواف العمرة يدخل في طواف الحج فلا يلزمه طواف مقصود للعمرة وعندنا لم يدخل طواف العمرة في طواف الحج بل عليه ان يأتي بطواف كل واحد منهما وتقدم العمرة في الاداء على الحج وهذا يفوت بالوقوف لان معظم اركان الحج الوقوف وبصيرورته مؤديا للحج على وجه يأمن الفوت ولو بقيت عمرته لكان يأتي باعمالها فيصير بانيا اعمال العمرة على الحج وهذا ليس بضد القران فجعلناه رافضا للعمرة بهذا والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها فان النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها بسرف وهي تبكي فقال ما يبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال هذا شيء كتبه الله تعالى على بنات آدم فدعي العمرة او قال ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت فقد امرها برفض العمرة لما تعذر عليها الطواف فلولا انها بالوقوف تصير رافضة لعمرتها لما امرها برفض العمرة فان توجه الى عرفات بعد ما دخل وقت الوقوف ففي ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في الكتاب يقول لا يصير رافضا حتى اذا عادها من الطريق الى مكة وطاف للعمرة فهو قارن والحسن يروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات وهذا هو القياس على مذهبه كما جعل التوجه الى الجمعة قبل فراغ الامام بمنزلة الشروع في الجمعة في ارتفاض الظهر والذي ذكره في الكتاب استحسان والفرق بينه وبين تلك المسألة ان هناك مأمور بالسعي الى الجمعة فيبقى السعي بنفسه وهنا منهي عن التوجه الى عرفات قبل طواف العمرة ولان الموجب هنا للارتفاض صيرورة ركن الحج مؤدى حتى يكون ما بعده بناء العمرة على الحج وهنا بنفس التوجه لا يحصل وهناك الموجب لرفض الظهر المنافاة بينه وبين الجمعة والسعي من خصائص الجمعة فاقيم مقام الشروع في الارتفاض به الظهر فلو طاف للعمرة ثلثة اشواط ثم ذهب فوقف بعرفات فهو رافض للعمرة ايضا لان ركن العمرة الطواف فاذا بقي اكثره غير مؤدى جعل كانه لم يؤد منه شيئا ولو كان طاف اربعة اشواط من طواف العمرة يأمن فسادها بالاجماع وبعد اداء الثلثة اشواط لا يأمن من ذلك وهذا لان المؤدى اذا كان اكثر فالاقل في مقابلته كالمعدوم فكان جانب الاداء راجحا فاذا ترجح جانب الاداء فهو بالوقوف بعد ذلك وان صار مؤديا للحج فانما يصير مؤديا بعد اداء العمرة واذا طاف ثلثة اشواط فلو لم يصر رافضا للوقوف كان مؤديا للعمرة باداء الاشواط الاربعة بعد الوقوف فيكون بانيا للعمرة على الحج وكما يأمن الفساد في العمرة لا يأمن ارتفاضها بالوقوف وبعد ما طاف ثلثة اشواط لا يأمن فسادها بالجماع فلا يأمن ارتفاضها بالوقوف وفي الموضع الذي صار رافضا لها عليه دم لرفضها لانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم اخاها عبد الرحمن ان يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها ويسقط عنه دم القران لانه وجب للجمع بين النسكين في الاداء وقد انعدم وفي الموضع الذي لم يصر رافضا للعمرة يتم بقية طوافها وسعيها يوم النحر وعليه دم القران لانه يحقق الجمع بينهما اداء وان لم يطف لعمرته حين قدم ولكنه طاف وسعى لحجته ثم وقف بعرفة ولم يكن رافضا لعمرته وكان طوافه وسعيه للعمرة دون الحج لان المستحق عليه البداية بطواف العمرة فلا يعتبر نيته بخلاف ذلك لان الاصل ان كل طواف مستحق عليه في وقت بجهة فاداؤه يقع عن تلك الجهة وان نوى جهة اخرى كطواف الزيارة يوم النحر وهذا لاعتبار الطواف بالوقوف فانه لو وجد منه الوقوف في وقته ونوى شيئا آخر سوى الوقوف للحج يتأدى به ركن الحج ولا يعتبر نيته بخلاف ذلك فكذلك في الطواف الا ان في الطواف اصل النية شرط حتى لو عدا خلف غريم له حول البيت لا يتأدى به طوافه بخلاف الوقوف فانه يتأدى بغير النية لان الوقوف ركن عبادة وليس بعبادة مقصودة ولهذا لا يتنفل به فلا بد من اشتراط النية فيه ويسقط اعتبار نية الجهة لتعينه كما قلنا في صوم رمضان ولان الوقوف يؤدى في احرام مطلق واما طواف الزيارة يؤدى بعد التحلل من الاحرام بالحلق فوجود النية في الاحرام لا يغني عن النية في الطواف ولكن هذا الفرق لا يتأتى في طواف الزيارة دون طواف العمرة والفرق الاول يعم الفصلين فاذا ثبت ان طوافه وسعيه للعمرة فهذا رجل لم يطف لحجته وعمرته طواف التحية لا يضره

فعليه ان يرمل في طوافه يوم النحر ويسعى بين الصفا والمروة وان كان طاف للحج وسعى اولا ثم طاف للعمرة وسعى فليس
عليه شيء وطوافه الاول للعمرة كما هو المستحق عليه ونيته بخلاف ذلك لغو فلا يلزمه به شيء وان طاف طوافين
للعمرة لهما ثم سعى سعيين فقد اساء بتقديمه طواف التحية على سعي العمرة ولا شيء عليه اما عندهما ظاهر لانه من
اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يجب بتقديم النسك وتاخيره شيء سوى الاساءة وعلى قول ابي حنيفة رحمه
الله تقديم نسك على نسك يوجب الدم عليه على ما نبينه ولكن في هذا الموضع لا يلزمه دم لان تقديم طواف التحية
على سعي العمرة لا يكون اعلى من ترك طواف التحية اصلا واشتغاله بطواف التحية قبل سعي العمرة لا يكون اكثر
تاثيرا من اشتغاله باكل او نوم ولو انه بين طواف العمرة وسعيها اشتغل بنوم او اكل لم يلزمه دم فكذلك اذا
اشتغل بطواف التحية قال وان طاف لعمرته على غير وضوء وللتحية كذلك ثم استنى يوم النحر فعليه دم من اجل
طواف العمرة على غير وضوء والحاصل انه سيبنى المسائل بعد هذا على اصل وهو ان طواف المحدث معتد به عندنا
ولكن الافضل ان يعيده فان لم يعد فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد بطواف المحدث لان الطواف بالبيت
بمنزلة الصلوة من حيث انها عبادة متعلقة بالبيت ولان النبي صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلوة فقال
الطواف بالبيت صلوة فاقلوا فيه الكلام ثم الطهارة في الصلوة شرط الاعتداد به فكذلك الطهارة في الطواف وحجتنا
في ذلك ان المامور به بالنص هو الطواف قال الله تعالى وليطوفوا وهو اسم للدوران حول البيت وذلك يتحقق من
المحدث والطاهر فاشتراط الطهارة يكون زيادة على النص ومثل هذه الزيادة لا تثبت بخبر الواحد لانه يوجب العمل
ولا يوجب علم اليقين فاصل الطواف ركن ثابت بالنص والطهارة فيه ثابت بخبر الواحد فيكون موجبا للعمل دون العلم
فلم تصر الطهارة ركنا ولكنها واجبة والدم يقوم مقام الواجبات في باب الحج وهو الصحيح من المذهب ان الطهارة
في الطواف واجبة وكان ابن شجاع رحمه الله يقول انها سنة وفي ايجاب الدم عند تركه دليل على وجوبه ثم المراد بتشبيه
الطواف بالصلوة في حق الثواب دون الحكم الا ترى ان الكلام الذي هو مفسد للصلوة غير مؤثر في الطواف وان الطواف
يتادى بالمشي والمشي مفسد للصلوة ولان الطواف من حيث انه ركن الحج لا يستدعي الطهارة كسائر الاركان ومن حيث انه
متعلق بالبيت يستدعي الطهارة كالصلوة وما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما فلشبهه بالصلوة تكون الطهارة فيه واجبة
ولكونه ركنا من اركان الحج يعتد به اذا حصل بغير طهارة والافضل فيه الاعادة ليحصل الجبر بما هو من جنسه وان لم يعد
فعليه دم للنقصان المتمكن فيه بترك الواجب فان نقائص الحج تجبر بالدم وعلى هذا لو طاف للزيارة جنبا يعتد بهذا الطواف
في حكم التحلل عن الاحرام وعند الشافعي لا يعتد به ثم عليه الاعادة عندنا وان لم يعد حتى رجع الى اهله فعليه بدنة لان
النقصان بسبب الجنابة اعظم من النقصان بسبب الحدث الا ترى ان الحدث لا يمنع من قراءة القران والجنب يمنع من ذلك ولان المنع من
الجنابة من وجهين من حيث الطواف ومن حيث دخول المسجد ومنع المحدث من وجه واحد فلتفاحش النقصان هنا قلنا يلزم
الجبر بالبدنة وهو مروي عن ابن عباس رضي قال البدنة في الحج تجب في شيئين على من طاف جنبا ومن جامع بعد الوقوف وان
اعاد طوافه سقطت عنه البدنة واختلف مشايخنا رحمهم الله ان المعتبر طوافه الثاني ام الاول وكان الكرخي رحمه الله
يقول المعتبر هو الاول والثاني جبر للاول وكان يستدل على هذا بما قال في الكتاب انه لو طاف لعمرته جنبا في رمضان ثم
اعاد طوافه في اشهر الحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا فلو كان المعتبر هو الطواف الثاني كان متمتعا ووجه هذا القول
ان المعتد به ما يتحلل به من الاحرام والتحلل حصل بطواف الاول فهو المعتد به والثاني جبر النقصان المتمكن فيه كالبدنة وكما
لو كان محدثا في الطواف الاول كان هو المعتد به والثاني جبر النقصان والاصح ان المعتد به هو الثاني وان الاول ينفسخ
بالثاني الا ترى انه قال في الكتاب لو طاف للزيارة جنبا في ايام النحر ثم اعاد طوافه بعد ايام التشريق فعليه الدم
عند ابي حنيفة رحمه الله لتاخير طواف الزيارة عن وقته ولو كان المعتد به هو الاول لم يلزمه دم التاخير لان الاول
مؤدى عن وقته واما مسئلة التمتع فلانه بما ادى من الطواف في رمضان وقع له الامن عن فساد العمرة فاذا امن
فسادها قبل دخول وقت الحج لا يكون بها متمتعا وهذا لان الاول كان حكمه مراعى لتفاحش النقصان فان اعاده ينفسخ
الاول وصار المعتد به هو الثاني وان لم يعد كان معتدا به في التحلل كمن قام في صلوته ولم يقرا حتى ركع كان قيامه
وركوعه مراعى على سبيل التوقف فان عاد فقرا ثم ركع انفسخ الاول حتى ان من ادرك معه الركوع الثاني كان مدركا

للركعة

للركعة وان لم يعد وقرا في الركعتين الاخريين كان الاول معتدا به وهذا بخلاف المحدث لان النقصان هنا يسير فلا ينتقض به
حكم الطواف الاول بل يبقى معتدا به على الاطلاق وكان الثاني جابرا للنقصان المتمكن فيه وعلى هذا لو طافت المراة للزيارة
حائضا فهذا والطواف جنبا سواء ولو طاف للزيارة وفي ثوبه نجاسة كان مسيئا ولا يلزمه شيء لان حكم النجاسة في الثوب اخف
الا ترى ان الصلوة مع قليل النجاسة في الثوب تجوز وكذلك مع النجاسة الكثيرة في حالة الضرورة فلا يتمكن بنجاسة الثوب نقصان
في طوافه وهذا بخلاف ما اذا طاف عريانا فانه يؤمر بالاعادة وان لم يعد فعليه الدم لان ستر العورة من واجبات الطواف
والكشف محرم لاجل الطواف على ما قال عليه السلام الا لا يطوفن بعد العام مشرك ولا عريان فبسبب الكشف يتمكن نقصان في الطواف
فاما اشتراط طهارة الثوب ليس لاجل الطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان في الطواف ولو طاف للعمرة جنبا ففي القياس
عليه بدنة ايضا كما في طواف الزيارة لان كل واحد منهما ركن ولكنه ترك القياس هنا وقال عليه الدم فقط لانه لا مدخل للبدنة
في العمرة الا ترى ان بالجماع لا تجب البدنة في احرام العمرة بخلاف الحج ولان الدم يقوم مقام العمرة فان فائت الحج يتحلل بافعال
العمرة ثم الدم في حق المحصر يقوم مقام افعال العمرة للتحلل فلان يقوم الدم مقام النقصان المتمكن في طواف العمرة بسبب الجنابة
كان اولى واما الدم لا يقوم مقام طواف الزيارة والبدنة تقوم مقامه حتى اذا مات بعد الوقوف واوصى بالاتمام يجب عنه
بدنة لطواف الزيارة فكذلك البدنة تقوم مقام النقصان المتمكن بسبب الجنابة في طواف الزيارة اذا عرفنا هذا فنقول
القارن اذا طاف حين قدم مكة طوافين محدثا ثم وقف بعرفات فعليه دم النقصان المتمكن بسبب الحدث في طواف العمرة ولا شيء عليه
لان طوافه الاول للتحية معتد به مع الحدث لا يكون اعلى من ترك طواف التحية اصلا ولكنه يرمل في طواف الحج ويسعى بين الصفا
والمروة استحسانا وان لم يفعل لم يضره ذلك ولا شيء عليه لان طوافه الاول للتحية معتد به مع الحدث فان السعي بعده معتد
به والطهارة في السعي ليس بشرط ولكن المستحب اعادته تبعا للرمل والسعي يوم النحر وان لم يفعل فلا شيء عليه قال وقال محمد
ليس عليه ان يعيد طواف العمرة وان عاد فهو افضل والدم عليه على كل حال لانه لا يمكن ان يجعل المعتد به الطواف الثاني
لانه حصل بعد الوقوف فلا يجوز طواف العمرة بعد الوقوف لما بينا فالمعتبر هو الاول لا محالة وهو ناقص فعليه دم ولم يذكر
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقيل على قولهما ينبغي ان يسقط عنه الدم بالاعادة لان دفع النقصان عن طواف العمرة
بعد الوقوف صحيح كما لو طاف للعمرة قبل الوقوف اربعة اشواط ثم اتم طوافه يوم النحر كان صحيحا فكذا هذا واذا ارتفع النقصان
بالاعادة لا يلزمه الدم وان كان طافهما جنبا فعليه دم لطواف العمرة ويعيد السعي للحج لانه اداه عقيب طواف التحية
جنبا فعليه اعادته بعد طواف الزيارة وان لم يعد فعليه دم وهذا لان طواف الجنب للتحية غير معتبر اصلا فانه
كمن لم يسع للحج وليس عليه شيء وجب عليه الدم فلهذا يلزمه الدم وقد اعاد عليه الطواف كان المعتد به الثاني والاول
معتدا وان طاف للزيارة محدثا وللصدر طاهرا فعليه دم وقد تجب عليه الاعادة فان احدهما الحدث في طواف الزيارة والاخر
لترك طواف الصدر وان طاف للصدر وقد طاف للزيارة محدثا فعليه دم الا ان يعيد ولا يجعل طواف الصدر اعادة منه
لطواف الزيارة لانا قدمنا ان هذا الطواف مقام طواف الزيارة فيتمكن فيه نقص فاذا جعلنا هذا اعادة لطواف الزيارة صار
تاركا لطواف الصدر فعليه الدم لاجله واذا لم يكن فقد لا يشتغل به وان كان طاف للزيارة جنبا ولم يطف للصدر حتى رجع
الى اهله يعود اليه لكنه لطواف الزيارة واذا اعاده فعليه احرام جديد لانه لا طوافه الاول لا معتد به في حق التحلل
وليس له ان يدخل مكة بغير احرام جديد فعليه احرام جديد بعمرة ثم يلزمه دم لتاخير طواف الزيارة عن وقته وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى اما لم يرجع الى مكة حتى مضت ايام التشريق وبتسببه هذا الفصل وهذه المسئلة تدل على ان المعتد به
هو الطواف الثاني وان لم يرجع الى مكة فعليه بدنة لطواف الزيارة وشاة لترك طواف الصدر وعلى الحائض مثل ذلك
للزيارة وليس عليها لترك طواف الصدر شيء لان الحائض يسقط عنها طواف الصدر والاصل فيه حديث صفية
رضي انها اخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم انها حاضت فقال ما اراها الا حابستنا فقيل انها طافت للزيارة
فقال فلتنفر اذا فقد ابيح لها النفر والحائض ممنوع عن طواف الزيارة وانه ليس عليها طواف الصدر لانه اخر الطواف
امرها ان تنفر معهم ولو طاف للزيارة جنبا وطاف للصدر طاهرا في اخر ايام التشريق كان طواف الصدر طواف الزيارة
لان الاعادة مستحقة عليه فيقع عما هو المستحق وان نواه عن غيره وفي اقامة هذا الطواف مقام طواف الزيارة فائدة
وهو اسقاط البدنة عنه ثم يجب عليه دمان احدهما لترك طواف الصدر عنهم جميعا والاخر لتاخير طواف الزيارة الاخير

ايام التشريق كان طواف الصدر مكان طواف الزيارة لان الاعادة مستحقة عليه فيقع عما هو عند ابي حنيفة رح وكذلك
الجواب في الحائض اذا طافت للزيارة ثم طهرت فطافت للصدر في آخر ايام التشريق ٥ والحاصل ان طواف الزيارة موقت
بايام النحر فتاخيره عن ايام النحر يوجب الدم في قول ابي حنيفة رح ولا يوجب الدم في قولهما وعلى هذا من قدم نسكا على نسك
بان حلق قبل الرمي او نحر القارن قبل الرمي او حلق قبل الذبح فعليه دم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه الدم بالتاخير
والتقديم ٥ وحجتهما في ذلك حديث ابن عباس رض ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر حلقت قبل ان ارمي فقال
ارم ولا حرج وقال الآخر حلقت قبل ان اذبح فقال اذبح ولا حرج وما سئل يومئذ عن شيء قدم واخر الا قال افعل ولا حرج
فدل ان التقديم والتاخير لا يوجب شيئا ولابي حنيفة رح حديث ابن مسعود رض قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم ٥
وتاويل الحديث المرفوع ان النبي صلى الله عليه وسلم عذرهم في ذلك الوقت لقرب عهدهم بتعليم الترتيب وما يلحقهم من المشقة
في مراعاة ذلك ومعنى قوله افعل ولا حرج اي لا حرج فيما ياثم به وبه نقول فاما الدم عليه بما قدمه على وقته والمعنى فيه
ان توقيت النسك بزمان كتوقيته بالمكان فاذا اخره عن ذلك المكان يلزمه الدم كالاحرام الموقت بالميقات اذا اخره عنه بان جاوز الميقات
حلالا فكذلك ما كان موقتا بالزمان ثم هذا طواف الزيارة الذي هو موقت بايام النحر بالنص اذا اخره قلنا يلزمه الدم وهذا لان
مراعاة الترتيب في الاركان واجب كمراعاة المكان الا ترى انه لو وقف في غير وقته لا يجوز كما لا يجوز في غير مكانه فمن اخر الطواف
عن وقته يصير تاركا لما هو واجب وترك الواجب في الحج يوجب الجبر بالدم ثم الاصل بعد هذا ان اكثر اشواط الطواف
بمنزلة الكل في حكم التحلل به عن الاحرام وكذلك في حكم الطهارة وغيرها من الاحكام وعند الشافعي رح لا يقوم الاكثر مقام
الكمال بناء على اصله في اعتبار الطواف بالصلوة فكما ان اكثر عدد ركعات الصلوة لا يقوم مقام الكمال بناء على اصله في اعتبار
فكذلك اشواط الطواف لا يقوم مقام الكمال وهذا لان تقدير الطواف بسبعة اشواط ثابت بالنصوص المتواترة فكان كالمنصوص
عليه في القرآن وما تقدر شرعا بعدد لا يكون لما دون ذلك العدد حكم ذلك العدد كما في الحدود وغيرها ٥ ولنا ان المنصوص عليه في القرآن
الطواف بالبيت وهو عبارة عن الدوران حول البيت ولا يقتضي ظاهره التكرار الا انه ثبت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قولا وفعلا تقدير كمال الطواف بسبعة اشواط فيحتمل ان ذلك التقدير للاتمام ويحتمل ان يكون للاعتداد به فيثبت منه
القدر المتيقن وهو ان يجعل ذلك شرط الاتمام ولئن كان شرط الاعتداد فيقام الاكثر فيه مقام الكمال لترجح جانب الوجود
على جانب العدم اذا اتى بالاكثر منه ومثله صحيح في الشرع كمن ادرك الامام في الركوع يجعل اقتداؤه في اكثر الركعة
كالاقتداء في جميع الركعة في الاعتداد به والمتطوع بالصوم اذا نوى قبل الزوال يجعل وجود النية في اكثر الصوم كوجوده
في جميع اليوم وكذلك في صوم رمضان عندنا ومن اصحابنا من يقول الطواف من اسباب التحلل وفي اسباب التحلل يقام البعض
مقام الكل كما في الحلق الا انا اعتبرنا هنا الاكثر ليترجح جانب الوجود فان الطواف عبادة مقصودة والحلق ليس بعبادة
مقصودة فيقام الربع مقام الكل هنا اذا عرفنا هذا فنقول اذا طاف للزيارة اربعة اشواط يتحلل به من الاحرام عندنا
حتى لو جامع بعد ذلك لا يلزمه شيء بخلاف ما لو طاف ثلثة اشواط وعلى قول الشافعي رح لا يتحلل ما بقي عليه خطوة من شوط
ولو طاف ثلثة اشواط للزيارة ولم يطف للصدر فرجع الى اهله فعليه ان يعود بالاحرام الاول ويقضي بقية طواف الزيارة
لان الاكثر باقي عليه فكان احرامه في حق النساء باقيا ولا يحتاج عند العود الى احرام جديد ولا يقوم الدم مقام ما بقي عليه
ولكن يلزمه العود الى مكة لبقية الطواف عليه ثم يريق دما للتاخير عند ابي حنيفة رح لان تاخير اكثر الاشواط عن ايام النحر
كتاخير الكل ويطوف للصدر وان كان طاف اربعة اشواط اجزاه ان لا يعود ولكن يبعث بشاتين احدهما لما بقي عليه من اشواط
الطواف لان ما بقي اقل وهو شرط الكمال فيقوم الدم مقامه والدم الآخر لطواف الصدر وان اختار العود الى مكة يلزمه
احرام جديد لان التحلل قد حصل له من الاحرام الاول فاذا عاد باحرام جديد واعاد ما بقي من طواف الزيارة وطواف الصدر
اجزاه وكان عليه للتاخير كل شوط من اشواط طواف الزيارة صدقة لان تاخير الكل لما كان يوجب الدم عنده فتاخير الاقل ٥
لا يوجب الدم ولكن يوجب الصدقة وفي كل موضع يقول تلزمه صدقة فالمراد اطعام مسكين نصف صاع من حنطة الا ان يبلغ قيمة
ذلك قيمة شاة فحينئذ ينقص منه ما احب قال وان طاف الاقل من طواف الصدر لان استحقاق طواف الزيارة عليه اقوى
فما اتى به مصروف الى كماله فان نواه عن غيره وعليه للتاخير ذلك الدم عند ابي حنيفة رح ثم قد بقي من طوافه للصدر ثلثة اشواط
فصار تاركا للاكثر من طواف الصدر وذلك بمنزلة ترك الكل فعليه دم لذلك وان كان المتروك من طواف الزيارة ثلثة اشواط

اكمل ذلك من طواف الصدر كما بينا وعليه لكل شوط منه صدقة بسبب التاخير عن وقته لانه لا يجب في تاخير الاقل ما يجب
في تاخير الكل ثم قد بقي من طواف الصدر اربعة اشواط فاما ترك الاقل منها فيكفيه لكل شوط صدقة لان الدم يقوم مقام
جميع طواف الصدر فلا يجب في ترك الاقل منه ما يجب في ترك كله ولو طاف للصدر جنبا فعليه دم لتفاحش النقصان بسبب الجنابة
ويكون هو كالتارك لطواف الصدر اصلا ولو طاف للصدر وهو محدث فعليه صدقة لقلة النقصان بسبب الحدث
وفي رواية ابي حفص رح سوى بين الحدث والجنابة في ذلك لان طواف الجنب معتد به الا ترى انه يتحلل من الاحرام بحصوله
وفي طواف الزيارة فلا يجب بسبب هذا النقصان ما يجب بتركه اصلا ولو طاف بالبيت منكوسا بان استلم الحجر ثم اخذ
على يسار الكعبة فطاف بذلك سبعة اشواط عندنا يعتد بطوافه في حكم التحلل وعليه الاعادة ما دام بمكة فان رجع الى اهله
قبل الاعادة فعليه دم وعند الشافعي لا يعتد بطوافه بناء على اصله ان الطواف بمنزلة الصلوة فكما انه لو صلى منكوسا
بان بدا بالتشهد لا يجزيه فكذلك الطواف ٥ ولنا الاصل الثابت بالنص الدوران حول البيت وذلك حاصل من اي جانب اخذ
ولكن الفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اخذ على يمينه على باب الكعبة بين ان الواجب هذا فكانت هذه صفة واجبة
في هذا الركن بمنزلة شرط الصلاة عندنا فتركه لا يمنع الاعتداد به ولكن يمكن فيه نقصانا ناخره بالدم وهذا لان المعنى فيه
معقول وهو تعظيم البقعة وذلك حاصل من اي جانب اخذ فعرفنا ان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في البداية بالجانب الايمن
لبيان صفة الركنية بخلاف اركان الصلوة ٥ واستدل الشافعي رح علينا بما لو بدا بالمروة في السعي حيث لا يعتد به لما انه
اداه منكوسا ومن اصحابنا من قال يعتد به ولكن يكون مكروها والاصح انه لا يعتد بالشوط الاول لا لكونه منكوسا ولكن لان
الواجب هنا الصعود على الصفا اربع مرات وعلى المروة ثلث مرات فاذا بدا بالمروة فانما صعد على الصفا ثلث مرات فعليه ان يصعد على الصفا
مرة اخرى ولا يمكن ان يؤمر بذلك الا باعادة شوط واحد بين الصفا والمروة فاما هنا ما ترك شيئا من اصل الواجب عليه
فقد دار حول البيت سبع مرات وعلى المروة ثلث مرات فعليه فلهذا كان طوافه معتدا به ٥ قال وان طاف راكبا او محمولا فان كان
بعذر من مرض او كبر لم يلزمه شيء وان كان بغير عذر اعاده ما دام بمكة فان رجع الى اهله فعليه الدم عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله
لا شيء عليه لانه صح في الحديث ان النبي عم طاف للزيارة يوم النحر على ناقته وتستلم الاركان بمحجنه ولكنا نقول التوارث من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا الطواف ماشيا وهذا على قول من يجعله كالصلوة الظهر لان اداء المكتوبة راكبا
من غير عذر لا يجوز وكان ينبغي ان لا يعتد بطوافه راكبا من غير عذر ٥ لكنا نقول المشي شرط الكمال فيه فتركه بغير عذر يوجب
الدم جابرا لما نقص [illegible]
عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم انما طاف راكبا ليشاهد الناس ويسالوه [illegible]
وعندنا اذا كان بعذر فلا باس به وكذلك اذا طاف بين الصفا والمروة [illegible] راكبا او محمولا
لان الاكثر يقوم مقام الكل كما بينا ٥ قال وان طاف المعتمر اربعة اشواط [illegible] في اشهر الحج [illegible]
في رمضان [illegible] ثلثة اشواط [illegible] فليس [illegible] متمتعا وان طاف [illegible] في رمضان [illegible]
لا تمتع لان الاكثر يقوم مقام الكل [illegible]
وعليه دم [illegible]
ان الاكثر يقوم مقام الكل [illegible]
من الطواف [illegible]
[illegible] في اشهر الحج [illegible] وان كان له
[illegible] الاعادة في شوال ٥ قال وان اعتمر في اشهر الحج وطاف لعمرته ثلثة اشواط [illegible]
فرجع الى مكة فقضى ما بقي عليه من عمرته ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى اكثر الاشواط [illegible]
ثانيا فكانه اتى بالكل [illegible] متمتعا كما لو اكمل الطواف [illegible]
[illegible] بين الصفا والمروة
لا يوجب عليه [illegible]
[illegible] ما هو سنة او ادب لا يوجب شيئا الا الاساءة اذا تعمد ٥ قال واذا طاف الواجب في الحج والعمرة في جوف

قضى ما تركه منه ان كان بمكة وان رجع الى اهله فعليه دم لان المتروك هو الاقل فانه انما ترك الطواف على الحطيم فقط وقد بينا انه
لو ترك الاقل من اشواط الطواف فعليه اعادة المتروك وان لم يعد فعليه الدم عندنا فهذا مثله ثم الافضل عندنا ان يعيد الطواف
من الاصل ليكون مراعيا للترتيب المسنون وان اعاد على الحطيم اجزاه فقط لانه اتى بما هو المتروك وعلى قول الشافعي رح يلزمه اعادة
الطواف من الاصل بناء على اصله فى ان مراعاة الترتيب فى الطواف واجب كما هو فى الصلاة فاذا لم يكن طوافه معتدا به وعندنا الواجب
هو الدور ان حول البيت ويتم باعادة المتروك فقط ولكن الترتيب سنة فالاعادة من الاصل افضل ويلزمون علينا ما لو ابتدأ
الطواف فى غير موضع الحجر لا يعتد بذلك المقدار حتى ينتهى الى الحجر ولو لم يكن الترتيب واجبا لكان هذا القدر معتدا به ومن اصحابنا
من يقول بانه معتد به عندنا ولكنه مكروه ولكن ذكر محمد رح فى الرقيات انه لا يعتد بطوافه الى الحجر لا لترك الترتيب ولكن لان مفتاح
الطواف من الحجر الاسود على ما روى ان ابراهيم قال لاسمعيل عم ابغنى حجرا اجعله علامة افتتاح الطواف فاتاه بحجر فلم يقبله
ثم بالثانى ثم بالثالث فناداه قد اتانى بالحجر من اغنانى عن حجرك ووجد الحجر فى موضعه فعرفنا ان افتتاح الطواف منه فما اداه
قبل الافتتاح لا يكون معتدا به قال وان طاف لعمرته ثلثة اشواط وسعى بين الصفا والمروة ثم طاف لحجته كذلك ثم وقف بعرفه
فالاشواط التى طافها للحج محسوب عن طواف العمرة لانه هو المستحق عليه قبل طواف التحية فاذا جعلنا ذلك من طواف العمرة كان الثانى عليه
شوطا واحدا حين وقف بعرفة فيكون قارنا ويعيد طواف الصفا والمروة لعمرته ولحجته لانه ما ادى من السعى بين الصفا والمروة لعمرته
كان عقيب اقل الاشواط فلا يكون معتدا به ويجب ان يعيده مع السعى للحج ومع الشوط الواحد عن طواف العمرة وان رجع الى الكوفة قبل
قبل ان يفعل ذلك فعليه دم لترك ذلك الشوط ودم لترك سعى الحج ولا يلزمه شى لترك السعى للعمرة لانه قد سعى لعمرته عقيب ستة اشواط
لان موضوع المسئلة فيما اذا كان سعى للحج وذلك يقع عن سعى العمرة وان لم يكن سعى اصلا فعليه دم لترك السعى فى كل نسك قال الحاكم رحمه الله
قوله يعيد الطواف لعمرته غير سديد الا ان يريد به الاستحباب يريد ان موضوع المسئلة فيما اذا كان اتى بعد طواف التحية ثلثة اشواط فكان
ذلك سعيا معتدا به للعمرة فلا يلزمه اعادته وان كان يستحب له اعادة ذلك بعد ما اكمل طواف العمرة بالشوط المتروك قال ويكره ان يجمع
بين اسبوعين من الطواف قبل ان يصلى فى قول ابى حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا باس بذلك اذا انصرف على وتر ثلثة اسابيع او خمسة
اسابيع لحديث عايشة رض انها طافت ثلثة اسابيع ثم صلت لكل اسبوع ركعتين ولان مبنى الطواف على الوتر فى عدد الاشواط
فاذا انصرف على وتر لم يخالف انصرافه مبنى الطواف فاشتغاله باسبوع اخر قبل الصلوة كاشتغاله باكل ونوم وذلك لا يوجب
الكراهة فكذا هنا اذا انصرف على ما هو مبنى الطواف لا لتاخير الصلوة وابو حنيفة ومحمد رح قالا اتمام كل اسبوع من الطواف
بركعتين فيكره له الاشتغال بالاسبوع الثانى قبل اكمال الاول كما ان لكل شفع من التطوع لما كان التشهد يكره له الاشتغال
بالشفع الثانى قبل اكمال الاول قال واذا طاف قبل طلوع الشمس لم يصل حتى تطلع الشمس وقد بينا فى كتاب الصلوة ان ركعتى
الطواف سنة او واجب بسبب من جهته كالمنذورة وذلك لا يؤدى عندنا بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس ولا بعد العصر
قبل طلوع الشمس • وقد روى ان عمر رض طاف قبل طلوع الشمس ثم خرج من مكة حتى اذا كان بذى طوى وارتفعت الشمس صلى
ركعتين وقال ركعتان مكان ركعتين وكذا بعد غروب الشمس يبدا بالمغرب لان اداء ما ليس بمكتوبة قبل صلوة المغرب مكروه ولانه يؤخر
المكتوبة عن ركعتى الطواف لانه واجب كالمنذور او سنة كسنن الصلوة فالمكتوبة لا تنوب عنه قال ويكره له ان يتشاغل بالشعر
او يبيع او يشترى وان فعله لم يفسد عليه طوافه لقوله عم الطواف بالبيت صلوة الا ان الله تعالى اباح المنطق فمن نطق
فلا ينطق الا بخير وقد بينا ان المراد بتشبيه الطواف بالصلوة فى الثواب لا فى الاحكام فلا يكون الكلام فيه مفسدا للطواف
قال ويكره ان يرفع صوته بقراءة القرآن فيه لان الناس يشتغلون فيه بالذكر والثناء فقلما يستمعون لقراءته وترك الاستماع عند رفع
الصوت بالقراءة من الجفا فلا يرفع صوته بذلك صيانة للناس عن هذا الجفا ولا باس بقراءته فى نفسه هكذا روى عن عمر رضى الله عنه
انه كان فى طوافه يقرا القرآن فى نفسه ولان المستحب له الاشتغال بالذكر فى الطواف واشرف الاذكار قراءة القرآن قال
وان طافت المراة مع الرجل لم يفسد عليه طوافه بسبب المحاذاة لان الطواف فى الاحكام ليس كالصلوة ومحاذاة المراة
الرجل انما يوجب فساد الصلوة اذا كانا يشتركان فى الصلوة واما اذا لم يشتركا فى الصلوة فلا وهنا لا شركة بينهما فى الطواف
قال واذا خرج الطايف من طوافه لصلوة مكتوبة او جنازة او تجديد وضوء ثم عاد بنى على طوافه لما بينا انه ليس كالصلوة
فى الاحكام فالاشتغال فى خلاله بعمل اخر لا يمنع البناء عليه • وقد روى عن ابن عباس رض انه خرج لجنازة ثم عاد فبنى على الطواف
قال فان اخر الطايف ركعتين حتى خرج من مكة لم يضره لما روينا من حديث عمر رض قال الصلوة لاهل مكة احب الى وللغرباء الطواف

فان التطوع

فان التطوع من الصلوة عبادة بجميع البدن تشتمل على اركان مختلفة فالاشتغال بهذا افضل من الاشتغال بالطواف التطوع
الا ان فى حق الغرباء الطواف يفوتهم والصلوة لا تفوتهم لانه يتمكن من الصلاة اذا رجع الى اهله ولا يتمكن من الطواف الا فى هذا
المكان فالاشتغال فى هذا المكان بما يفوته اولى كالاشتغال بالحراسة فى سبيل الله اولى من صلوة الليل اذا تعذر عليه
الجمع بينهما فاما المكى لا تفوته الصلوة ولا الطواف فكان الاشتغال بالصلاة فى حقه اولى لما بينا • قال واذا طاف اسبوعا
وشوطا او شوطين من اسبوع اخر ثم ذكر انه لا ينبغى ان يجمع بين اسبوعين قال يتم الاسبوع الذى دخل فيه وعليه
لكل اسبوع ركعتان لانه صار شارعا فى الاسبوع الثانى وكما لو شرع شوطا او شوطين فعليه ان يتمه كمن قام الى الركعة
الثالثة قبل التشهد وقيد الركعة بالسجدة كان عليه اتمام الشفع الثانى ثم كل اسبوع سبب لالتزام ركعتين بمنزلة النذر
فعليه لكل اسبوع ركعتان • قال ولا باس بان يطوف وعليه خفاه او نعلاه اذا كانا طاهرين وانما اورد هذا ردا على المتقشفة
فانهم يقولون لا يطوف الا حافيا واذا كان تجوز الصلوة مع الخفين والنعلين اذا كانا طاهرين فالطواف اولى • قال
واستلام الركن اليمانى حسن وتركه لا يضره • وروى عن محمد رح انه يستلمه ولا يتركه وقال الشافعى يستلمه ويقبل يده
ولا يقبل الركن هكذا روى ان النبى عم استلم الركن اليمانى ولم يقبله وابن عباس رض ان النبى عم استلم الركن اليمانى ووضع خده
عليه وابن عمر رض يروى ان النبى عم استلم الركنين يعنى الحجر واليمانى فهو دليل لمحمد رح • ووجه ظاهر الرواية ان يكون كل ركن
استلامه مسنونا فتقبيله كذلك مسنون كالحجر الاسود بالاتفاق وهنا التقبيل ليس بمسنون فكذلك الاستلام قال
ولا يستلم الركنين الاخرين الا على قول معاوية رض فانه استلم الاركان الاربعة فقال له ابن عباس رض لا تستلم الركنين
فقال ليس شى منه مهجورا ولكنا نقول القياس يبنى استلام الركن لان ذلك ليس من تعظيم الفقه كساير المواضع من البيت
من البيت ولكنا تركنا القياس فى الحجر لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما سواه على اصل القياس ثم الركنان
الاخران ليسا من اركان البيت لان اهل الجاهلية قصروا البيت عن قواعد الخليل صلى الله عليه وسلم على ما بينا فلا يستلمهما
قال وان رمل فى طوافه كله لم يكن عليه شى لان المشى على هينته فى الاشواط الاربعة من اداب الطواف وبترك الادب
لا يلزمه شى قال وان مشى فى الثلاثة الاول او فى بعضها ثم ذكر ذلك لم يرمل فيما بقى لان الرمل فى الاشواط الثلثة سنة
فاذا فات عن موضعها لا يقضى والمشى على هينته فى الرابع من اداب الطواف ومن السنن فان ترك فى الثلاثة الاول
ما هو سنتها لا يترك فى الاربعة ما هو سنتها قال وان جعل لله عليه ان يطوف ما شيا لانه انما يلزم بالنذر ما يتقرب به
او ما يكون قربة فى نفسه • واصل الطواف قربة فاما الزحف من افعال الجاهلية وليس بقربة فى شريعتنا فلا يلزمه
هذه الصفة بالنذر وان طاف كذلك زحفا فعليه الاعادة ما دام بمكة وان رجع الى اهله فعليه دم بمنزلة ما لو طاف
محمولا او راكبا على ما بينا قال وان طاف بالبيت من وراء الزمزم او قريبا من ظلة المسجد اجزاه عن ذلك لانه اذا كان
فى المسجد فطوافه ان يكون بالبيت فيصير به ممتثلا للامر فاما اذا طاف من وراء المسجد فكان حيطانه بينه وبين الكعبة
لم يجزه لانه طاف بالمسجد لا بالبيت فان الواجب عليه الطواف بالبيت ارايت لو طاف مكة اكان يجزيه وان كان البيت
فى مكة ارايت لو طاف فى الدنيا اكان يجزيه من الطواف بالبيت لا يجزيه شى من ذلك فهذا مثله

باب السعى بين الصفا والمروة

قال واذا سعى بين الصفا والمروة ورمل فى سعيه كله من الصفا الى المروة ومن المروة الى الصفا فقد اساء ولا شى عليه
وكذلك ان مشى فى جميع ذلك لانه لو اوجب عليه الطواف بينهما • قال الله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما
فاما السعى فى بطن الوادى والمشى فيما سوى ذلك ادب او سنة فتركه لا يوجب الا الاساءة كترك الرمل فى الطواف
قال وان بدا بالمروة وختم بالصفا اعاد شوطا واحدا لان الذى بدا بالمروة منه ثم اقبل منها الى الصفا لا يعتد به
ومعنى هذا ان افتتاح هذا الطواف مشروع من الصفا على ما روينا انه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم بايهما
نبدا قال ابدوا بما بدا الله تعالى به واذا افتتح من غير موضع الافتتاح لا يعتد بطوافه حتى يصل الى موضع الافتتاح
ثم المعتد به يبقى بعد ذلك فعليه اتمامه بشوط اخر كما لو افتتح الطواف من غير الحجر قال وان ترك السعى فيما بين الصفا
والمروة وقال لاصحابه رض ان الله تعالى كتب عليكم السعى والمكتوب ركن • وقال عم ما اتم الله تعالى لامرئ حجه ولا

لا يطوف بهما بين الصفا والمروة وقال أصحابنا رحمهم الله تعالى حجتنا في قوله فمن حج البيت او اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثل هذا اللفظ للاباحة لا للايجاب فمقتضى ظاهره لانه ان لا يكون طاهرا على ظاهره وانما ذكر هذا اللفظ والله اعلم لاصحابه لانهم كانوا يتحرجون عن الطواف بهما لمكان الصنمين عليهما في الجاهلية اساف ونائلة فانزل الله تعالى هذه الآية ثم نبين في الآية ان المقصود حج البيت لقوله تعالى فمن حج البيت او اعتمر فكان ذلك دليلا على ان ما لا يتصل بالبيت من الطواف فيكون تبعا لما هو متصل بالبيت ولا يبلغ درجة التبع درجة الاصل فيثبت فيه صفة الوجوب لا الركنية فكان السعي مع الطواف بالبيت نظير الوقوف بالمشعر الحرام مع الوقوف بعرفة وذلك واجب لا ركن فهذا مثله وهو نظير رمي الجمار من حيث انه متعدد بعدد السبع غير مختص بالبيت ولا يصح استدلاله بظاهر الحديث الذي رواه لانه في ظاهره ما يدل ان السعي مكتوب وبالاتفاق تعين السعي غير مكتوب فانه لو مشى في طوافه بينهما اجزاه ۰ وفي الحديث الآخر ما يدل على الوجوب دون الركنية لانه علق التمام بالسعي واذا اتصل العبادة يكون بها ركانها وصفة التمام بالواجبات منها وكذلك لو ترك منها اربعة اشواط فهو كتركها الكل في انه يجب عليه الدم لان الاكثر يقوم مقام الكمال وان ترك ثلاثة اشواط اطعم لكل شوط مسكينا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص منه ما شاء وهو نظير طواف الصدر في ذلك وكذلك ان فعله راكبا فان كان بعذر فلا شيء عليه وان كان بغير عذر فعليه الدم في الاكثر والصدقة في الاقل لما بينا ۰ قال ويجوز سعي الجنب والحائض لانه غير مختص بالبيت فلا تكون الطهارة شرطا فيه كالوقوف وغيره من المناسك وانما اشترط الطهارة في الطواف خاصة لاختصاصه بالبيت قال ولا يجوز السعي قبل الطواف لانه انما عرف قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما سعى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الطواف وهكذا توارثه الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو في المعنى متمم للطواف فلا يكون معتدا به قبله كالسجود في الصلوة او شرط الاعتداد به تقدم الطواف فاذا انعدم هذا الشرط لا يعتد به كالسجود لما كان شرط الاعتداد به تقدم الركوع فاذا سبق الركوع لا يعتد قال ويجوز السعي بعد ان يطوف الاكثر من الطواف لان الاكثر يقوم مقام الكل قال ويكره له ترك الصعود على الصفا والمروة فان النبي عم صعد عليهما وامرنا بالاقتداء به بقوله خذوا عني مناسككم وكذلك الصحابة رض ومن بعدهم توارثوا الصعود على الصفا والمروة بقدر ما يصير البيت بمرأى العين منهم فهو سنة متبعة يكره تركها ۰ وروي ان عمر رض في نزوله من الصفا كان يقول اللهم استعملني بسنة نبيك وتوفني على ملته واعذني من مضلات الفتن ومضلات يوم القيامة ولا يلزمه بتركه الصعود شيء لان الواجب عليه الطواف بينهما وقد اتى بذلك ۰ قال وان طاف للحج وواقع النساء ثم سعى بعد ذلك اجزاه لان تمام التحلل بالطواف بالبيت يحصل على ما جاء في الحديث فاذا طاف بالبيت حل له النساء فاشتغاله بالجماع بعد الطواف قبل السعي كاشتغاله بعمل آخر من نوم او اكل فلا يمنع صحة اداء السعي بعده وان اخر السعي حتى رجع الى اهله فعليه دم لتركه كما بينا وان اراد ان يرجع الى مكة لياتي بالسعي يرجع باحرام جديد لانه تحلل بالطواف فقدم وليس له ان يدخل مكة الا باحرام فالاحب الي من الرجوع لانه اذا رجع كان مؤديا السعي في احرام آخر غير الاحرام الذي ادى به الحج وان اراق دما اجبر به النقصان الواقع في الحج ولانه في اراقة الدم توفير منفعة اللحم على المساكين فهو اولى من الرجوع للسعي وان رجع وسعى وكان بمكة وسعى بعد ايام النحر فليس عليه شيء لان السعي غير موقت بايام النحر انما التوقيت في الطواف بالنص فلا يلزمه بتاخير السعي شيء قال ولا ينبغي له في العمرة ان يحل حتى يسعى بين الصفا والمروة لان الاحرام بها انه اذا طاف وسعى وحلق وقد حل وانما اراد به الفرق بين سعي العمرة وسعي الحج فان اداء سعي الحج بعد تمام التحلل بالطواف صحيح ولا يؤدي سعي العمرة الا في حال بقاء الاحرام لان الاثر ورد في كل واحد منهما بهذه الصفة وفي مثله علينا الاتباع اذ لا يعقل فيه معنى ثم من واجبات الحج ۵ ما هو مؤدى بعد تمام التحلل كالرمي فيجوز السعي ايضا بعد تمام التحلل وليس في اعمال العمرة ما يكون مؤدى بعد تمام التحلل ۵ والسعي من اعمال العمرة فعليه ان ياتي به قبل التحلل بالحلق

باب الخروج الى منا

قال ويستحب للحاج ان يصلي الظهر يوم التروية بمنى ويقيم بها الى صبيحة عرفة هكذا علمه جبريل عم النبي عم حين وضع عليه المناسك فانه خرج يوم التروية الى منى فصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر من يوم عرفة بمنى ولذا سميت يوم التروية لان الحاج يتروون فيه من الماء او لانهم يتروون ويتطهرون فيه بمنى ففي هذه التسمية ما يدل على انه ينبغي لهم ان يكونوا بمنى يوم التروية وان يصلي الظهر بها فان راح الى منى لم يضره لانه لم يتعلق بمنى في هذا اليوم نسك مقصود ولا يضره تاخير اتيانه وان بات ليلة عرفة بمكة وصلى بها الفجر ثم غدا منها الى عرفات

ومن هنا

ومن هنا اجزاه لما بينا وقد اساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه اقام بمنى يوم التروية كما رواه جابر رضي الله عنه مفسرا قال لم يزل حيث احب من عرفات ويصعد الامام المنبر بعد الزوال ويؤذن المؤذنون وهو عليه فاذا فرغ قام الامام يخطب فحمد الله واثنى عليه ولبى وهلل وكبر وصلى على النبي عم ووعظ الناس وامرهم ونهاهم ودعا الله لحاجته وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل ان في الحج عندنا ثلث خطب احدها قبل التروية بيوم ۰ والثاني يوم عرفة بعرفات والثالث في الغد من يوم النحر بمنى فيخطب بمكة قبل التروية بيوم يعلمهم كيف يحرمون بالحج وكيف يخرجون بما علمهم ثم يخطب بها الى منى وكيف يتوجهون الى عرفات وكيف ثم يمهلهم يوم التروية حتى يعملوا بما علمهم ثم يخطب يوم عرفة يعلمهم فيه ما يحتاجون اليه في هذا اليوم وفي يوم النحر ثم يمهلهم يوم النحر بما علمهم ثم يخطب في اليوم الثاني من ايام النحر يعلمهم فيه ما يحتاجون اليه في هذا اليوم وفي يوم النحر ثم يمهلهم يوم النحر ليعملوا بما علمهم ثم يخطب في اليوم الثاني من ايام النحر يعلمهم فيه بقية ما يحتاجون اليه من امور المناسك ۰ وعن زفر رح قال يخطب يوم التروية ويوم عرفة لانه يوم التروية يحرمون بالحج ويوم عرفة يقفون ويوم النحر يطوفون بالبيت واركان الحج هذه الاشياء الثلثة فيخطب في كل يوم يأتي بها ذلك ثم بين في الكتاب كيفية الجمع بين الصلوتين بعرفة واشتراط الامام فيها عند ابي حنيفة رح وقد تقدم بيان هذا الفصل بتمامه قال ومن ادرك مع الامام شيئا من كل صلوة فهو كادراك جميع الصلوات في انه يجوز له الجمع بينهما على قياس الجمعة اذا ادرك الامام في التشهد منها كان مدركا للجمعة قال وان كان الامام سبقه الحدث في الظهر فاستخلف رجلا فانه يصلي بهم الظهر والعصر لان الامام اقامه مقام نفسه فيما كان عليه اداؤه فيه وكان عليه اداء الصلوتين فيقوم خليفته في ذلك مقامه فلهذا قال فان رجع الامام فادرك معه جزءا من الصلوة العصر جمع بين الصلوتين لانه مدرك لاول الظهر ومدرك لآخر العصر فان لم يرجع حتى فرغ خليفته من العصر فان الامام لا يصلي العصر ما لم يدخل وقتها في قول ابي حنيفة رح وهذه المسألة تدل على ان من اصل ابي حنيفة ان الجماعة شرط في الجمع بين الصلوتين عنه كالامام وانه بمنزلة الجمعة في هذا وقد ذكر بعد هذا قولهما لانه اطلق الجواب وهنا نص على قول ابي حنيفة رح ۰ وقيل بل فيه روايتان عن ابي حنيفة في احدى الروايتين جعلها كالجمعة في اشتراط الجماعة فيها ۰ وفي الرواية الاخرى فرق بينهما فقال لا اشتراط الجماعة هنا للتسمية بل لان الصلوة جمعة وفي هذا الموضع انما سميتها بين الصلوتين الظهر والعصر وليس في هذا الاسم ما يدل على اشتراط الجماعة ومعنى الجمع هنا بتصيير الوقت الى الصلوتين لا الى المؤدين لهما فلا يشترط الجماعة فيهما قال وليس فيهما بين الصلوتين القراءة جهرا الا على قول مالك فانه يقول الجهر بالقراءة فيهما لانها صلوة مؤداة بجمع عظيم فيجهر فيها بالقراءة كالجمعة والعيدين ولكنا ان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقلوا انه جهر فيهما بين الصلوتين بالقراءة وهما تؤديان في هذا المكان كما تؤديان في غيره من الامكنة وفي غير هذا اليوم فلا يجهر فيهما بالقراءة وعملا بقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة مسموعة قال وان خطب قبل الزوال او ترك الخطبة وصلى الصلاتين معا اجزاه وقد اساء في تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فاما الخطبة فليست من شرائط هذا الجمع بخلاف الجمعة وقد بينا ان هذه الخطبة وعظ وتذكير وتعليم لبعض ما يحتاج اليه في الوقت فتركها لا يوجب الا الاساءة كترك الخطبة في العيدين ۰ قال وان كان يوم غيم فاستبان انه صلى الظهر قبل الزوال والعصر بعده فالقياس ان يعيد الظهر وحدها لان العصر مؤداة في وقتها وحين ادى العصر ما كان ذاكرا للظهر فيكون في معنى الناسي والترتيب يسقط بالنسيان ولكنا استحسنا ان يعيد الخطبة والصلوتين جميعا لان شرط صحة العصر في هذا اليوم تقديم الظهر عليه على وجه الصحة فان العصر معجل على وقتها وهذا التعجيل للجمع فانما يحصل الجمع باداء العصر اذا تقدم الظهر بصفة الصحة فاذا تبين ان الظهر لم يكن صحيحا كان عليه اعادة الصلوتين جميعا ۰ قال وان احدث الامام بعد الخطبة قبل ان يدخل في الصلوة فامر رجلا لم يشهد الخطبة او لم يشهدها ان يصلي بهم اجزاهم لان الخطبة ليست من شرائط هذا الجمع قال وان تقدم رجل من الناس بغير امر الامام فصلى بهم خليفته او ذو سلطان اجزاهم لان خليفته قائم مقامه فهو بمنزلة الامام بنفسه وان لم يكن منهم ذو سلطان صلى كل صلوة لوقتها بمنزلة الجمعة قال ولا جمعة بعرفة يعني اذا كان الناس يوم الجمعة بعرفات لا يصلون الجمعة بها لان المصر من شرط الجمعة وعرفات ليس في حكم المصر اذ ليس لها ابنية انما هي فضاء وليس من فناء مكة لانها من الحل بخلاف منى عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها من فناء مكة ولانها بمنزلة المصر في هذه الايام لما فيه من الابنية والاسواق المرتبة وقد بينا هذا في الصلوة ۰ قال ومن وقف بعرفة قبل الزوال لم يجزه ومن وقف بعد زوال الشمس وليلة النحر قبل انشقاق الفجر او مر بها مجتازا وهو يعرفها او لا يعرفها اجزاه ۰ والحاصل ان ابتداء وقت الوقوف بعد الزوال عندنا

وقال إنما الدفع من طلوع الشمس لأن هذا اليوم مسمى بأنه يوم عرفة فإنما يصيبه اليوم مطلقا من وقت طلوع الفجر فتبين أن وقت الوقوف
من ذلك الوقت واستدل بقوله عم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس
سمي نهارا لجريان الشمس فيها كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ● وحجتنا في ذلك أن النبي عم إنما وقف بعد الزوال والدليل عليه
ما روينا من حديث ابن عمر رض أنه قال للحجاج بعد الزوال إن أردت السنة فالساعة ولا يبعد أن يسمى اليوم بهذا الاسم وإن كان
وقت الوقوف بعد الزوال كان مبنيا وقت الوقوف بفعله فلما أن ابتدأ الوقوف بعد الزوال والدليل عليه ما روينا من حديث ابن عمر رض
أنه قال للحجاج بعد الزوال إن أردت السنة فالساعة ولا يبعد أن يسمى اليوم بهذا الاسم وإن كان وقت الوقوف بعد الزوال
كيوم الجمعة صار وقتا لأداء الجمعة بعد الزوال مع أن اليوم يسمى بهذا الاسم ثم الأصل فيما قلنا حديث عروة بن مضرس بن لام الطائي
أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة الجمع وهو بالمشعر الحرام فقال أكللت راحلتي وجهدت نفسي وما تركت جبلا من الجبال
إلا وقفت عليه فهل لي من حج فقال عم من وقف معنا هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلوة وكان قد أفاض قبل ذلك من عرفات
ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه قال وإن وقف بعرفة ثم أفاض من ساعته أو أفاض قبل غروب الشمس أو صلى بها الصلوتين ولم يقف
وأفاض أجزأه عندنا وعلى قول مالك لا يجزيه إلا أن يقف في اليوم جزءا من الليل وذلك بأن تكون إفاضته بعد غروب الشمس واستدل
بقوله عم من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ● ولكنا نقول هذه الزيادة غير مشهورة وإنما المشهور
ما رواه في الكتاب من فاته عرفة فقد فاته الحج وإن لم يستدم الوقوف إلى وقت غروب الشمس يجب عليه الدم إذا أفاض قبل غروب الشمس
لأن نفس الوقوف ركن واستدامته إلى غروب الشمس واجبة لما فيها من إظهار مخالفة المشركين بفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأمر به وترك الواجب يوجب الجبر بالدم فإن رجع ووقف بها بعد ما غابت الشمس لم يسقط الدم إلا في رواية ابن شجاع رحمه الله
عن أبي حنيفة رحمه الله فإنه يقول يسقط عنه الدم قال لأنه استدرك ما فاته وأتى بما عليه لأن الواجب عليه الإفاضة
بعد غروب الشمس وقد أتى به فيسقط عنه الدم كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد إلى الميقات فأحرم ● وفي ظاهر الرواية لا يسقط
عنه الدم لأن الواجب على من وصل إلى عرفات بعد الزوال الاستدامة من الوقوف إلى غروب الشمس حتى أفاض مع الإمام وذكر الكرخي
في مختصره أن الدم يسقط عنه لأن الواجب عليه الإفاضة مع الإمام بعد غروب الشمس وقد تدارك ذلك في وقته ومن أصحابنا
من يقول لا يسقط الدم هنا أيضا لأن استدامة الوقوف قد انقطع بذهابه ورجوعه لا يصير وقوفه مستداما لما فات عنه
لا يمكنه تداركه فلا يسقط عنه الدم قال وإذا أغمي على المحرم فوقف به أصحابه بعرفات أجزأه ذلك لأنه تأدى الوقوف بحصوله
في الموقف في وقت الوقوف ألا ترى أنه لو مر بعرفات مارا وهو لا يعلم أنها عرفات أجزأه ولا يبعد أن يتأدى ركن العبادة
من المغمى عليه كما يتأدى ركن الصوم وهو الإمساك بعد النية من المغمى عليه كما يتأدى الوقوف من الجنب والحائض ومن صلى
صلوتين ولم يصل جاز لأن الوقوف غير مختص بالبيت فلا يكون الطهارة شرطا فيه وفرضية الصلوة عليه غير متصل بالوقوف
وتركها لا يؤثر في الوقوف كما لا يؤثر في الصوم قال وإن وقف القارن بعرفة قبل أن يطوف للعمرة صار رافضا لها إن نوى الرفض أو لم
ولم يذكر في الكتاب إذا اشتبه يوم عرفة على الناس بأن لم يروا الهلال في ذي القعدة وهو مروي عن محمد رح قال إذا حجوا ووقفوا بعرفة
في يوم فإن تبين لهم أنهم وقفوا في يوم التروية لا يجزيهم وإن تبين لهم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم استحسانا وفي القياس لا يجزيهم لأن الوقوف
موقت بوقت مخصوص فلا يجوز بعد ذلك كصلوة الجمعة ولكنه استحسن لقوله عم عرفتكم يوم تعرفون وفي رواية حجكم يوم تحجون والحاصل
أنهم بعد ما وقفوا بيوم إذا جاء الشهود ليشهدوا أنهم رأوا الهلال قبل ذلك لا ينبغي للقاضي أن يستمع إلى شهادتهم ولكنه يقول
قد تم للناس حجهم ولا مقصود في شهادتهم سوى ابتغاء الفتنة فإن جاؤوا ليشهدوا عشية عرفة فإن كان بحيث الناس يمكن من الخروج
إلى عرفات قبل طلوع الفجر قبل شهادتهم وأمر الناس بالخروج ليقفوا في وقت الوقوف وإن كان بحيث لا يتمكن من ذلك لا يستمع
إلى شهادتهم ويقفون في اليوم الثاني ويجزيهم قال وإن جامع القارن بعرفة قبل زوال الشمس وقد طاف لعمرته فعليه
دمان ويمضي في حجته وعمرته وعليه قضاء الحج وهذا فصول أحدها في المفرد بالحج فهو دليل على المنافاة بين الحج والعمرة فإذا وجد
الجماع فسد الحج وعليه المضي في الفاسد والقضاء من قابل على هذا اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن من شرع في الإحرام
لا يصير خارجا عنه إلا بأداء الأعمال فاسدا كان أو صحيحا وعليه دم عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليه بدنة بمنزلة ما ○
لو جامع بعد الوقوف ● ولكنا نقول هذا الدم لتعجيل هذا الإحلال والشاة تكفي فيه كما في المحصر وحرامه هنا وجوب القضاء
لأنه أهم ما يجب في الحج ولا يجب معه كفارة أخرى وأما إذا جامع بعد الوقوف بعرفة لا يفسد حجه عندنا ولكن تلزمه بدنة ويتم حجه

وعلى

وعلى قول الشافعي رح إذا جامع قبل الرمي يفسد حجه لأن إحرامه قبل الرمي مطلق ● ألا ترى أنه لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم
والجماع في الإحرام المطلق مفسد للنسك كما قبل الوقوف بعرفة بخلاف ما بعد الرمي فقد جاء أوان التحلل وحل له الحلق الذي
كان حراما على المحرم والحجة لنا في ذلك حديث ابن عباس رض قال إذا جامع قبل الوقوف فسد نسكه وعليه دم وإذا جامع بعد الوقوف
فحجته تامة وعليه بدنة ● وقال عم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه وبالاتفاق لم يرد التمام من حيث إنه يأمن الفساد بعده
وهو المعنى الفقهي أن الوقوف تأكد حجه ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف فكما يثبت حكم التأكيد في الأمن من الفوات فكذلك
في الأمن من الفساد فأما قبل الوقوف حجه غير متأكد ألا ترى أنه يفوته بمضي وقت الوقوف فكذلك يفسده بالجماع وهذا
لأن الجماع محظور كسائر المحظورات وارتكاب محظور الحج غير مفسد له وكان ينبغي أن لا يكون الجماع مفسدا له كما هذا الأصل
فيما إذا حصل الجماع قبل تأكد الإحرام بدليل الإجماع وما بعد التأكيد فيما معنى ما قبله فيبقى على أصل القياس وهذا
ظاهر فإنه يقول إذا بلغ الصبي قبل الوقوف جاز حجه عن الفرض بخلاف ما بعد الوقوف يوضحه أن عنده لو جامع قبل الرمي يفسد الحج
وإذا جامع بعده لا يفسد والجماع قبل الرمي لا يكون أكثر تأثيرا من ترك الرمي وترك الرمي غير مفسد للحج فكيف يكون الجماع قبله
مفسدا ● والفصل الثاني المفرد بالعمرة إذا جامع قبل أن يطوف أكثر الأشواط فسدت عمرته وعليه دم وإن جامع
بعد ما طاف أكثر الأشواط فسدت عمرته وعليه دم لا تفسد عمرته لأن ركن العمرة هو الطواف فبعد تأكد إحرامه بأداء
أكثر الأشواط كما تأكد إحرام الحج بالوقوف ولكن عليه دم عندنا وعلى قول الشافعي رح في الوجهين جميعا تفسد عمرته
وعليه بدنة لأن الجماع محظور كل واحد من النسكين فكما أن في الحج تجب البدنة بالجماع فكذلك في العمرة وعندنا لا مدخل
للبدنة في العمرة بخلاف الحج على ما بينا في طواف الحج ثم أبو حنيفة إنما يبني هذا على الخلاف المعروف بيننا وبينهم في العمرة عندنا
العمرة سنة وعلى قوله فريضة كفريضة الحج ● واحتج بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقد قرن بينهما في الأمر
بالإتمام فدل على فرضيتهما وقال صبي بن معبد وجدت الحج والعمرة واجبين علي ● وقال عم للخثعمية حجي عن أبيك
واعتمري وحقيقة الأمر للوجوب ● ولنا حديث أم سلمة رض أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الحج جهاد والعمرة تطوع وسأل
رجل رسول الله عم عن العمرة أواجبة هي فقال لا وأن تعتمر خير لك ولأن العمرة لا تتوقت بوقت معلوم في السنة وإنما يباين
النفل الفرض بهذا فإن الفرض يتوقت بوقت فأما النفل لا يتوقت ولكنه يتأدى بنيته غيره فإن عنده المحرم بالحج قبل أشهر الحج ○
يكون محرما بالعمرة وبالإجماع فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة والفرض إنما يباين النفل بهذا فإن النفل يتأدى بنية الفرض
هو الذي غير معين لا يتأدى بنية النفل فأما الآية فقرئت بالنصب وبالرفع والعمرة لله فالقراءة بالرفع ابتداء خبر أن العمرة لله
والنوافل لله تعالى كالفرض ثم إن هذا أمر بالإتمام بعد الشروع ولا خلاف فيه وما عرفنا ابتداء فرضية الحج بهذه الآية
بل عرفناه بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع وبهذا تبين أن المقصود زيارة البيت وهذا المقصود حاصل
بفرضية نسك واحد فلا تثبت صفة الفرضية في عدد منه ولهذا لا تتكرر فرضية الحج ومعنى قوله فريضة مقدرة بأعمال
كالحج فإن الفرض التقدير وبه نقول إنها مقدرة فأكثر ما في الباب أن الآثار قد اشتبهت فيه ولكن صفة الفرضية مع اشتباه
الأدلة لا تثبت فإذا ثبت عندنا أن أصله ليس بفرض بل هو تبع للحج لا يكون وجوب البدنة بالجماع في الحج دليلا على وجوبه
في العمرة وعنده لما كان فرضا وجب بالجماع فيه ما يجب في الحج ● والفصل الثالث القارن إذا جامع قبل الزوال
وقد طاف لعمرته فإنما جامع بعد تأكد إحرام العمرة فلا تفسد عمرته بهذا الجماع وعليه دم لأجله وجامع قبل تأكد إحرام الحج
فيفسد حجه وعليه دم لتعجيل الإحلال وقضاء الحج وقد سقط عنه دم القران بفساد أحد النسكين وإن جامع بعد الوقوف
فعليه للعمرة دم وللحج جزور وعليه دم القران لأنه لم يفسد واحد من النسكين بهذا الجماع ● قال وكذلك لو جامع بعد الحلق
قبل أن يطوف بالبيت تلزمه بدنة وجوب الجزور عليه لأن إحرامه للحج في حق النساء ولكن لا يلزمه دم العمرة هنا لأن تحلله للعمرة
قد تم بالحلق قال ومن جامع لعلة فقيل أن يأتي عرفات فسد حجه وعليه شاة لأن إحرامه لا يتأكد بدخول وقت الوقوف
وإنما يتأكد بفعل الوقوف ● ألا ترى أن الأمن من الفوات لا يحصل بدخول وقته وإنما يحصل بالوقوف فكان هذا ولو جامع
قبل دخول وقت الوقوف سواء قال وإذا وقف القارن بعرفة قبل طواف العمرة ثم جامع فقد بينا أن إحرامه للعمرة قد ارتفض
بالوقوف فيلزمه دم لرفض العمرة وعليه جزور للجماع لأن جماعه صادف إحرام الحج بعد ما تأكد فيتم حجه وعليه قضاء العمرة
بعد أيام التشريق ● قال ومن دخل مكة بغير إحرام فخاف الفوت إن رجع إلى الميقات فأحرم ووقف أجزأه وعليه دم لترك

هكذا نقل عن عبد الله بن مسعود وغيره من الصحابة رضي الله عنهم كانوا اذا جاوزوا الميقات بغير احرام فعليه دم لترك الوقت
وكان المعنى فيه ان الشرع عين الميقات للاحرام فبتاخيره عن الميقات يتمكن النقصان فيه ونقصان الحج يجبر بالدم ولما ابتلي ببليتين
فيختار اهونهما والتزام الدم اهون من الرجوع الى الميقات لتفوته الحج • قال واذا وقف الحاج بعرفة ثم اهل وهو واقف بحجة اخرى
فانه يرفضها وعليه دم لرفضها وحجة وعمرة مكانها ويمضي في التي هو فيها وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح فاما عند محمد رح
فاحرامه باطل بمنزلة اختلافهم فيمن احرم بحجتين على ما بيناه وانما يرفضها لانه لو لم يرفضها ووقف بها في وقتها للوقوف يصير
مؤديا لحجتين في سنة واحدة ولا يجوز ان يؤدي في سنة اكثر من حجة واحدة واذا رفضها فعليه الدم لرفضها لانه خرج من الاحرام
بعد صحة الشروع قبل اداء الافعال فلزمه الدم كالمحصر وعليه قضاء حجة وعمرة مكانها بمنزلة المحصر بالحج وهذا لانه في معنى
فايت الحج وفايت الحج يتحلل بافعال العمرة وهذا لم يات باعمال العمرة فكان عليه قضاؤها مع قضاء الحج • قال وكذلك ان اهل بعمرة ايضا
يرفضها لان وقوفه لو طرى على عمرة صحيحة اوجب رفضها على ما بينا في القارن اذا وقف قبل ان يطوف لعمرته فكذلك اذا اقترن بوقوفه
احرام العمرة وهذا لانه لو لم يرفضها عاد الى عرفات فيقف فيصير مؤديا لحجتين في سنة واحدة وهذا بخلاف ما اذا اهل بحجتين
فان هناك اذا اشتغل في عمل احدهما لا يصير رافضا للاخر وهنا هو مشغول بعمل احدهما بل هو مؤد له فصار رافضا وفي الكتاب
اضاف هذا القول الى ابي يوسف ومحمد رح وابو حنيفة رح في هذا لاجل انهما لما قلنا انه لم يصر رافضا كان بانيا
اعمال العمرة على اعمال الحج فاما اذا اهل بحجة اخرى بعد طلوع الفجر من يوم النحر لم يرفضها لان وقت الوقوف قد فات
ولو بقي احرامه هذا لا يكون مؤديا لحجتين في سنة واحدة ولكنه يتم اعمال العمرة على اعمال الحج فاما اذا اهل بحجة اخرى
الحج الاولى ويمكث محرما الى ان يحج بهذا الاحرام في السنة الثانية الا انه ان حلق للحجة الاولى لزمه دم بجنايته
على الاحرام الثاني بذلك الحلق وان لم يحلق فعليه الدم عند ابي حنيفة ايضا لتاخير الحلق في الحجة الاولى عن وقته وعندهما
بهذا التاخير لا يلزمه دم • واصل المسئلة ان من احرم بالحج قبل اشهر الحج يكون محرما بالحج عندنا • وعند الشافعي رح
لا يكون محرما بالعمرة • وهكذا روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رح واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة
عندنا وقال مالك رح جميع ذي الحجة استدلالا بقوله تعالى الحج اشهر معلومات واقل الجمع المتفق عليه ثلثة ولكنا
نستدل بقول ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير رض ان اشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فاقاموا
الاكثر الثلثة مقام الكمال في معنى الاية المعنى وهو بالاتفاق يفوت الحج بطلوع الفجر من يوم النحر وفوات العبادة يكون بمضي وقتها
فاما مع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات ولهذا قال ابو يوسف ان من ذي الحجة عشر ليال وتسعة ايام فاما اليوم العاشر ليس من وقت
الحج لان الفوات يتحقق بطلوع الفجر من اليوم العاشر وهو يوم النحر وفي ظاهر المذهب اليوم العاشر من وقت الحج لان الصحابة
قالوا وعشر من ذي الحجة وذكر احد العددين من الايام بعبارة الجمع يقتضي ما بازائه من العدد الاخر ولان الله تعالى سمى
هذا اليوم يوم الحج الاكبر • قال الله تعالى واذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر والمراد يوم النحر الا انه من
وقت الحج لان الطواف فيه دون الوقوف فلهذا يتحقق الفوات بطلوع الفجر منه لفوات ركن الوقوف فاما الشافعي رح احتج
بقوله عم المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة ولان الاحرام للحج كالتكبير للصلوة فكما لا يجوز الشروع في الفرض بتكبيره
قبل دخول وقت الصلوة فكذلك في الحج او لان الاحرام احد اركان الحج فلا يتادى في غير وقت الحج كساير الاركان واذا لم يصح احرامه
بالحج كان محرما بالعمرة لان الوقت وقت العمرة • الا ترى انه لو فاته الحج بمضي الوقت يبقى احرامه للعمرة فكذلك اذا حصل ابتدا احرامه
في غير اشهر الحج • ولنا ان الاحرام للحج بمنزلة الطهارة للصلوة فانه من الشرائط لا من الاركان حتى يستدام الى الفراغ منه
وهذا حد شرط العبادة لا حد الركن للعبادة ولانه لا يتصل به اداء الافعال لان الاحرام يكون عند الميقات واداء الافعال بمكة
ولو احرم في اول يوم من اشهر الحج يصح واداء الافعال يتعذر الى زمان نحر فعرفنا انه بمنزلة الشرط فلا يستدعي صحة الوقت
بخلاف الصلوة فان اداء الاركان هنا يتصل بالتكبير فاذا حصل قبل دخول الوقت لا يتصل اداء الاركان به والحديث
في الباب شاذ جدا فلا يعتمد على مثله ولكن يكره له ان يحرم بالحج قبل اشهر الحج من اصحابنا الكراهة من يقول المعنى لان الاحرام من وجه
بمنزلة الاركان ولهذا لو حصل قبل العتق لا يتادى به فرض الحج بعد العتق فما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما فلشبهه بالشرائط
يجوز قبل الوقت ولشبهه بالاركان يكون مكروها • وقيل بل الكراهة لانه لا يامن من مواقعة المحظورات اذا طال المكث في الاحرام
قال ويجمع الامام بين صلوة المغرب والعشا بمزدلفة باذان واقامة فان تطوع بينهما اقام للعشا اقامة اخرى • وقال زفر رحمه الله

اذا تطوع

اذا تطوع بينهما اذن واقام للعشا لان الفصل بينهما قد تحقق بالاشتغال بالتطوع بمنزلة من يؤدي كل صلوة في وقتها
فعليه الاذان والاقامة لكل صلوة • ولكنا نقول الجمع بينهما لا ينقطع بهذا الفصل كما لا ينقطع اذا اشتغل بالاكل
ولكنه يحتاج الى اعلام الناس انه يصلي العشا وبالاقامة يتم هذا الاعلام • والاصل فيه حديث ابن عمر رض فانه صلى
المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشا فان صلى المغرب بعرفات بعد غروب الشمس او صلاها في طريق المزدلفة
قبل غيبوبة الشفق او بعده فعليه ان يعيدها بمزدلفة في قول ابي حنيفة ومحمد رح • وقال ابو يوسف رح يكره ما صنع
ولا يلزمه الاعادة لانه ادى الفرض في وقته فانما بعد غروب الشمس وقت المغرب بالنصوص الظاهرة واداء الصلوة
في وقتها صحيح • الا ترى انه لو لم يعد حتى طلع الفجر لم تلزمه الاعادة ولو لم يقع ما ادى موقع الجواز لما سقط عنه
الاعادة بطلوع الفجر • ولكنا نستدل بحديث اسامة بن زيد رض فانه كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم في طريق
المزدلفة فلما غربت الشمس قال الصلوة يا رسول الله فقال عم الصلوة امامك ولم يرد بهذا فعل الصلوة لان فعل الصلوة
حركات المصلي وهو معه معدوم فاما ان اراد به الوقت او المكان فان كان المراد به المكان فقد تبين بهذا النص اختصاص
اداء الصلوة بمكان واحد هي المزدلفة فلا يجوز في غيرها وان كان المراد الوقت فقد تبين ان وقت المغرب في الحج لا يدخل
بغروب الشمس واداء الصلوة قبل الوقت لا يجوز • والدليل عليه انه مامور بالتاخير لا لانه لا اشتغال لانقطاع سيره فان
اداء الصلوة في وقتها فريضة فلا يسقط بهذا العذر ولكن الامر بالتاخير ليجمع بينهما بالمزدلفة وهذا المعنى يفوت
باداء المغرب في طريق المزدلفة فعليه الاعادة بعد الوصول الى المزدلفة ليصير جامعا بين الصلوتين كما هو المشروع نسكا
ولهذا سقط عنه الاعادة بطلوع الفجر لان وجوب الاعادة لمكان ادراك فضيلة الجمع بينهما وهذا يفوت بفوات وقت العشا
ولهذا قلنا اذا بقي في الطريق حتى صار بحيث يعلم انه لا يصل الى المزدلفة قبل طلوع الفجر يصلي المغرب ولا يؤخرها بعد ذلك
قال ويغلس بصلوة الفجر بالمزدلفة حين ينشق له الفجر الثاني لحديث ابن مسعود رض كما بينا ثم يقف حتى اذا اسفر دفع قبل طلوع
الشمس وهذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى اذا تركه بغير علة يلزمه دم وحجه تام وعلى قول الليث بن سعد هذا الوقوف
ركن لا يتم الحج الا به لانه مامور به في كتاب الله تعالى • قال الله تعالى واذكروا الله عند المشعر الحرام • وقال عم في حديث عروة
ابن مضرس من وقف هذا الموقف فقد تم حجه علق تمام الحج بهذا الوقوف فعرفنا انه لا يتم الا به • ولنا قوله عم الحج عرفة
[illegible]

في ليالي الرمي والله اعلم

باب رمي الجمار

قال ويبدأ اذا وافى منى برمي جمرة العقبة [illegible] بالذبح ان كان قارنا او متمتعا ثم بالحلق لحديث عائشة رض ان النبي عم قال

ان اول نسكنا في هذا اليوم ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الذبح والحلق من اسباب التحلل الا ترى ان تحلل المحصر بالذبح ٥ فيتقدم الرمي عليهما ثم الذبح في معنى التحلل دون الحلق فان الحلق محظور الاحرام والذبح لا فكان مقدما على الحلق وقد بينا اختلاف العلما في ابتداء وقت الرمي في هذا اليوم وكذلك يختلفون في اخر وقته ففي ظاهر المذهب وقته الى غروب الشمس ٥ ولكنه لو رمى بالليل لا يلزمه شيء ٥ وعند ابي يوسف رح وقته الى زوال الشمس وما بعد الزوال يكون قضا وللشافعي رحمه الله فيه قولان في احد القولين تمام يرمي ذلك الى غروب الشمس واذا اغربت تعين عليه الفدية لفوات الرمي في هذا الوقت وما عرف الرمي قربة الا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الوقت فيتحقق فواته بفوات الوقت كالوقوف بعرفة ٥ وفي القول الاخر يقول يمتد وقته الى اخر ايام التشريق حتى يأتي بما ترك من الرمي في اخر ايام التشريق ولا شيء عليه لان الرمي كله في حكم نسك واحد وان اختلف مكانه وزمانه فلا يتحقق الفوات فيه الا بفوات وقته وذلك بمضي اخر ايام التشريق وقاس بالتكبيرات فان من ترك شيئا من الصلوات في هذه الايام يقضيها بالتكبيرات الى اخر ايام التشريق ٥ وحجتنا في ذلك ان وقت رمي جمرة العقبة يوم النحر بالنص ٥ قال عم ان اول نسكنا في هذا اليوم وذهاب تمام اليوم بعد غروب الشمس الا ان ابا يوسف يقيس الرمي في هذا اليوم بالرمي في اليوم الثاني فيقول كما ان في اليوم الثاني وقت الرمي نصف اليوم وهو ما بعد الزوال فكذا في هذا اليوم وقت الرمي نصف اليوم وذلك الى زوال الشمس لانه اذا رمى بالليل لم يلزمه شيا لان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للرعاة ان يرموا بالليل ولان اليوم لما كان وقتا للرمي فالليل تبعه في ذلك كليلة النحر جعل تبعا اليوم عرفة في حكم الوقوف فان لم يرمها حتى يصبح من الغد رماها لبقاء وقت جنس الرمي لكن عليه دم للتاخير في قول ابي حنيفة رح ولا دم عليه عندهما وهو نظير ما بينا في تاخير طواف الزيارة عن ايام النحر فابو حنيفة رح هنا جعل تاخيره عن وقته بمنزلة تركه ورمي جمرة العقبة يوم النحر نسك تام فكما ان تركه يوجب الدم فكذلك تاخيره عن وقته وكذلك ان ترك الاكثر منها لان الاكثر بمنزلة الكل وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثه الى الغد رماها وتصدق لكل حصاة بنصف صاع من حنطة على مسكين الا ان يبلغ دما فحينئذ ينقص منه ما شا لان المتروك اقل فيكفيه الصدقة الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم وجعل ترك الاكثر كترك الكل قال وان ترك الرمي كلها في سائر الايام الى اخر ايام الرمي رماها على التاليف لان وقت الرمي باق فعليه ان يتدارك المتروك لما بقي وقته كالاضحية اذا اخرها الى اخر ايام النحر وعليه دم للتاخير في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا دم عليه في قولهما فان ترك حتى غابت الشمس من اخر ايام الرمي سقط عنه الرمي لفوات الوقت لان معنى القربة في الرمي غير معقول وانما عرفناه قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما رمى في هذه الايام فلا يكون الرمي قربة بعد مضي وقتها كما لا يكون اراقة الدم بعد مضي ايام النحر قربة واذا لم يكن قربة كان عبثا فلا يشتغل به وعليه دم واحد عندهم جميعا لان الرمي كله نسك واحد وهو واجب فتركه يوجب الجبر بالدم كما هو مذهبنا في ترك السعي بين الصفا والمروة ولا يبعد ان يكون ترك البعض موجبا للدم ثم لا يجب بترك الكل الا دم واحد كما ان حلق ربع الرأس في غير اوانه يوجب الدم ثم حلق جميع الرأس لا يوجب الا دما واحدا وقص اظافير يد واحدة يوجب الدم ثم قص الاظفار كلها لا يوجب الا دما واحدا قال وان بدا في اليوم الثاني بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي المسجد ثم ذكر ذلك في يومه قال يعيد على جمرة الوسطى وجمرة العقبة لانه نسك شرع مرتبا في هذا اليوم فما سبق وانه لا يعتد به فكان رمي الجمرة الاولى بمنزلة الافتتاح للجمرة الوسطى والوسطى بمنزلة الافتتاح لجمرة العقبة فما ادى قبل مفتاحه لا يكون معتدا به كمن سجد قبل الركوع او سعى قبل الطواف بالبيت فالمعتد من رميه هنا الجمرة الاولى فلهذا يعيد على الوسطى وعلى جمرة العقبة قال وان رمى من كل جمرة ثلث حصيات ثم ذكر بعد ذلك فانه يبدا من الاولى باربع حصيات لتتمها ثم يعيد على الوسطى بسبع حصيات وكذلك على جمرة العقبة ولا يعتد بما رمى من الوسطى وجمرة العقبة لان ذلك سبق وانه فانه حصل قبل اوانه في الاكثر الرمي عند الجمرة الاولى فكانه لم يرم منها شيا وان رمى من كل واحدة باربع اربع فانه يرمي لكل واحدة بثلاث حصيات لان اكثر رمي جمرة الاولى بمنزلة كماله في الاعتداد برمي الجمرة الوسطى كما ان اكثر اشواط الطواف كماله في الاعتداد بالسعي بعده واذا كان نما رمى من كل جمرة معتدا به فعليه اكمال كل جمرة بثلاث حصيات فان استقبل رميها فهو افضل لانه اقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه ما اشتغل بالثانية الا بعد اكمال الاولى قال وان رمى جمرة العقبة من فوق العقبة اجزاه لما بينا ان الافضل ان يرميها من بطن الوادي ولكن ما حوله كله موضع الرمي فان رماها من فوق العقبة فقد اقام النسك في موضعه فجاز قال وكذلك لو لم يكبر مع كل حصاة او جعل مكان التكبيرات تسبيحا اجزاه لان المقصود ذكر الله تعالى عند كل حصاة وذلك يحصل بالتسبيح كما يحصل بالتكبير ثم هو من اداب الرمي فتركه لا يوجب شيا ٥ قال وان رماها بحجارة او بطين يابس جاز عندنا وعلى قول

الشافعي لا يجوز الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر فانه مما لا يعقل المعنى فيه انما يحصل الامتثال بعين المنصوص ولكنا نقول المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر ٥ والاصل فيه فعل الخليل عم ولم يكن له في الحجر بعينه مقصودا انما المقصود فعل الرمي اما لاعادة الكبش او لطرد الشيطان على حسب ما اختلفت فيه الروايات فقلنا باي شيء حصل فعل الرمي اجزاه بمنزلة احجار الاستنجا وكما يحصل الاستنجا بالحجر يحصل الاستنجاء بالطين وغيره وبعض المتفقهة يقولون ان رمى بالبعر اجزاه ٥ وان رمى بالفضة او الذهب او اللؤلؤ والجوهر لا يجوز لان المقصود اهانة الشيطان وذلك يحصل بالبعر دون الذهب والفضة ولسنا نقول بهذا ولكن نقول الرمي بالذهب والفضة يسمى نثارا لا رميا قال فان رمى احد الجمار بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال لا عين الحصيات فاذا اتى بفعل واحد لا يكون الا عن حصاة واحدة كما لو اطعم في كفارة اليمين مسكينا واحدا مكان اطعام عشرة مساكين جملة لم يجز الا عن طعام مسكين واحد قال وان رماها باكثر من سبع حصيات لم يضره تلك الزيادة لانه اتى بما هو الواجب عليه فلا يضره الزيادة بعد ذلك قال وان نقص حصاة لا يدري من ايتهن نقصا اعاد على كل واحدة منهن حصاة حصاة اخذا بالاحتياط في باب العبادات كما لو ترك سجدة من صلوة من الصلوات الخمس ولا يدري من ايها تركها فعليه قضاء الصلوات الخمس قال فان قام عند الجمرة ووضع الحصاة عندها وضعا لم يجزه لان الواجب عليه فعل الرمي والواضع غير رام وان طرحها طرحا اجزاه وقد بينا ان الطرح رمي الا انه رمي تارة يكون امامه وتارة يكون عند قدميه بالطرح ولكنه مسيء لمخالفة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥ قال فان رماها من بعيد فلم يقع الحصاة عند الجمرة فان وقعت قريبا منها اجزاه لان هذا القدر مما لا يمكن التحرز عنه خصوصا عند كثرة الزحام وان وقعت بعيدا منها لم يجزه لان الرمي قربة في مكان مخصوص ففي غير ذلك المكان لا يكون قربة ٥ قال وان رماها بحصاة اخذها من الجمرة اجزاه وقد اسا لان ما عند الجمرة من الحصى مردود فيتشاءم به ولا يتبرك وبيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضي الله عنهما ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال اما علمت ان من تقبل حجه رفع حصاه ومن لم يتقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس رض جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيا من الحصاة فهذا معنى قولنا ان ما بقي في موضع الرمي مرفوض ولكن مع هذا يجزيه لوجود فعل الرمي وما للذبح يقول لا يجزيه وهذا عجب منه فانه يجوز التوضي بالماء المستعمل ولا يجوز الرمي بما قد رمي من الاحجار ومعلوم ان فعل الرمي لا يغير صفة الحجر قال وان لم يقم عند الجمرتين الليلتين يقوم الناس عندهما لم يلزمه شيء لان القيام عند الجمرتين سنة فتركه لا يوجب الا الاساءة قال وان كان اقام ايام منا بمكة غير انه يأتي منا في كل يوم فيرمي الجمار وقد اسا ولا شيء عليه لانه ما ترك الا السنة وهي البيتوتة بمنا في ليالي الرمي وقد بينا ان العباس رض استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لاجل السقاية فاذن له فلولا انه ليس بواجب ٥ قال وان رمى جمرة العقبة يوم النحر بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس اجزاه قال بلغنا ذلك عن عطاء والمروي عنه انه قال يجعل منى عن يمينه والكعبة عن يساره ويرمي جمرة العقبة بسبع حصيات والافضل ان يرميها بعد طلوع الشمس وان رماها بعد طلوع الشمس اجزاه وان رماها في اليوم الثاني من ايام النحر قبل الزوال لم يجزه لان وقت الرمي في هذا اليوم عرف بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجزيه قبله ٥ وذكر الحاكم الشهيد رح في المنتقى ان ما قبل الزوال من يوم النحر وقت الرمي حتى لو رمى اجزاه قال وكذلك في اليوم الثالث ٥ وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ان كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا باس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعد الزوال فهو افضل وان لم يكن ذلك من قصده لا يجزيه الرمي بعد الزوال لانه اذا كان من قصده التعجيل ربما يلحقه بعض الحرج في تاخير الرمي الى ما بعد الزوال بان لا يصل مكة ٥ الا بالليل فهو محتاج الى ان يرمي قبل الزوال ليصل الى مكة بالنهار فيرى مع ثوله فيرخص له في ذلك ٥ والافضل ما هو العزيمة وهو الرمي بعد الزوال ٥ وفي ظاهر الرواية نقول هذا اليوم نظير اليوم الثاني فان النبي عم رمى فيه بعد الزوال فلا يجزيه الرمي فيه قبل الزوال قال وان رمى في اليوم الثالث يخير بين النفر وبين المقام الى ان يرمي في اليوم الرابع لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه وخياره هذا يمتد الى طلوع الفجر من اليوم الرابع عندنا ٥ وعند الشافعي رح الى غروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه بالخيار في اليوم وامتداد اليوم الى غروب الشمس ولكنا نقول الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فانه وقت الرمي على ما نبينه فلا يبقى خياره بعد ذلك وقد بينا ان الليالي هنا تابعة للايام التي

فلما كان جوازه ثابتا في اليوم الثالث فكذلك في الليلة التي بعده . قال وان صبر الى اليوم الرابع جاز له ان يرمي الجمار فيه قبل الزوال
استحسانا في قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما لا يجزيه بمنزلة اليوم الثاني والثالث لانه يوم يرمى فيه الجمار الثلث فلا يجوز الا بعد الزوال
بخلاف يوم النحر وابو حنيفة رح احتج بحديث ابن عباس رض اذا افتتح النهار في اخر ايام التشريق فرمى واعتبر اخر الايام باول الايام
فكما يجوز الرمي في اليوم الاول قبل زوال الشمس فكذا في اليوم الاخر وهذا لان الرمي في اليوم الرابع يجوز تركه اصلا فمن هذا الوجه
تشبه النوافل والتوقيت في النفل لا يكون عزيمة فلهذا جوز الرمي فيه قبل الزوال ليصل الى مكة قبل الليل قال والواجب له ان يرمي الجمار
بمثل حصاة الخذف هكذا علم رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحابه فانه جعل طرف احدى سبابتيه عند الاخرى فرمى بمثل حصا الخذف
وقال هكذا فارموا وان رمى باكثر من ذلك اجزاه ولكن لا ينبغي ان يرمي الكبار من الاحجار لانه ربما يصيب احدا فيتاذى به وقال عم عليكم بحصى
الخذف اياكم والغلو في الدين فانما هلك من كان قبلكم بالغلو في الدين قال وليس في القيام عند الجمرتين دعاء موقت لما بينا
ان التوقيت في الدعا يذهب برقة القلب ويرفع يديه عندهما حذا منكبيه للحديث لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وفي المقامين
عند الجمرتين قال والرجل والمراة في رمي الجمار سوا كما في ساير المناسك وان رماها راكبا اجزاه لحديث جابر رض ان النبي عم رمى الجمار
راكبا وقد بينا ما هو المختار عند كل جمرة . قال والمريض الذي لا يستطيع رمي الجمار يوضع الحصا في كفه حتى يرمي به فيما يعجز عنه ٥
يستعين بغيره وان رمى عنه اجزاه بمنزلة المغمى عليه فان النيابة تجري في افعال النسك كما في الذبح . قال والصبي الذي يحج به ابوه
يقضي المناسك ويرمي الجمار لانه يأتي به للتخلق حتى يتيسر له بعد البلوغ فيؤمر به بمثل ما يؤمر به البالغ وان ترك الرمي لم يكن عليه شي
وكذلك المجنون يحرم عنه ابوه لان فعلهما للتخلق فلا يكون واجبا اذ ليس للاب عليهما ولاية الايجاب فيما لا منفعة لهما فيه عاجلا ولهذا
لا يجب الدم بترك الرمي عليهما وهو معتبر بالكفارات لا يجب شي منها على الصبي والمجنون عندنا . والاصل في جواز
هذا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان امراة رفعت صبيا من هودجها اليه فقالت الهذا حج فقال نعم ولك اجر فدل
على انه يجوز للاب ان يحرم عن ولده الصغير والمجنون بمنزلة الصغير ٥

باب الحلق

قال الحلق افضل من التقصير لما روينا من الاثر فيه ولان المامور به بعد البلوغ قضاء التفث . قال الله تعالى ثم ليقضوا
تفثهم وهو في الحلق اتم والتقصير يجزي وهو ان ياخذ شيا من اطراف شعره ورواه في الكتاب عن ابن عمر رض انه سيل كم تقصر المراة
فقال مثل هذه يعني مثل الانملة وهذا لانه لو لم يكن على راسه من الشعر الا ذلك القدر كان يتم تحلله باخذه فكذلك اذا كان على راسه
من الشعر اكثر من ذلك المقدار والتقصير قايم مقام الحلق في حكم التحلل فاذا فعل ذلك في احد جانبي راسه من الشعر اجزاه ذلك ٥
بمنزلة ما لو حلق نصف راسه وكذلك ان فعله في اقل من النصف وكان بقدر الثلث والربع فكذلك يجزيه لان حكمه تعلق بالراس فالربع منه
يتنزل منزلة الكمال كالمسح بالراس ولكنه مسي في الاكتفا بهذا المقدار لان النبي عم حلق جميع راسه وامرنا بالاقتدا به فما كان
اقرب الى موافقة فعله فهو افضل ولانه انما يفعل ذلك ليصنه منه بشعره وفيما هو نسك يجري الصنة فيه بالمال والنفس قال
وان جاء يوم النحر وليس على راسه شعر اجرى الموسى على راسه تشبها بمن حلق لانه وسع مثله والتكليف بحسب الوسع الا ترى
ان الاخرس يؤمر بتحريك الشفتين عند التكبير والقراءة فيه لانه بمنزلة الناطق فهذا مثله قال وان حلق راسه بالنورة اجزاه
لان قضا التفث به يحصل والموسى احب الي لانه اقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال واكره له ان يوخر الحلق
حتى يذهب ايام النحر والحاصل ان عند ابي حنيفة رح الحلق للتحلل في الحج يتوقت بالزمان وهو ايام النحر وبالمكان وهو الحرم
وعلى قول ابي يوسف رح لا يتوقت بالزمان ولا بالمكان وعند محمد رح يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رح يتوقت بالزمان
دون المكان وزفر رح يقول التحلل عن الاحرام معتبر بابتدا الاحرام وابتدا الاحرام موقت بالزمان غير موقت بالمكان حتى يكره له
ان يحرم بالحج في غير اشهر الحج ولا يكره له ان يحرم بالحج في اي وقت شا قبل ان يصل الى الميقات فكذلك التحلل عنه بالحلق يتوقت من حيث
الزمان دون المكان حتى اذا اخره عن ايام النحر يلزمه الدم واذا خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شي وابو حنيفة رح يقول
ما كان للتحلل بالحج يتوقت بالزمان والمكان جميعا كالطواف الذي يتم به التحلل لا يكون الا في المسجد ويتوقت بايام النحر حتى انه لو اخر
الطواف عن وقته يلزمه دم عند ابي حنيفة رح فكذلك الحلق عن وقته وعلى هذا كان ينبغي ان لا يعتد بحلقه خارج الحرم كما لا يعتد بطوافه
ولكن جعلناه معتدا به لان محل فعله الراس دون الحرم فيحصل به التحلل ولكنه جاني بتاخيره عن مكانه فيلزمه دم بالتاخير عن المكان

كما يلزمه بالتاخير عن وقته وهذا لان الحلق لا يعقل فيه معنى القربة وانما عرفناه قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما حلق
في الحج الا في الحرم يوم النحر فما وجد بهذه الصفة يكون قربة وما خالف هذا لا يكون فيه معنى القربة فيلزمه الجبر فيه بالدم وعند ابي يوسف رح
الحلق هو نسك في اوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان ولا مكان فكذلك هذا لانه لو اختص بزمان ومكان
لم يكن معتدا به في غير ذلك المكان كالوقوف بعرفة فسوا اخره عن ايام النحر او خرج من الحرم فحلق لا يلزمه شي ومحمد رح يقول يتعلق بالمكان
بالمكان اكد من تعلقه بالزمان الا ترى ان الطواف لما اختص بمكان لا يعتد به في غير ذلك المكان والوقوف لما لم يكن معتدا به
في غير ذلك الزمان عرفنا ان تعلقه بالمكان اشد والحلق الذي هو مختص بالحرم بفعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا اتى به خارج الحرم
يتمكن فيه النقصان فيلزمه الجبر بالدم وتاخيره عن ايام النحر لا يتمكن فيه كثير نقصان فلا يلزمه الجبر بالدم فاما في العمرة فلا يتوقت
الحلق بزمان حتى لو اخر الحلق فيه شهرا لا يلزمه شي لان اصل العمرة لا يتوقت بالزمان وما هو الركن وهو الطواف فيه ايضا
لا يتوقت من حيث الزمان فكذلك الحلق فيه لا يتوقت بالحرم حتى لو حلق للعمرة خارج الحرم فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رح ٥
وقال ابو يوسف عليه الحلق وان لم يفعل فلا شي عليه كما في الحج وعند ابي يوسف لا شي عليه قال وليس على المحصر حلق اذا حل ٥
وان حلق فهو حسن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح . واحتج ابو يوسف رح بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية
مع اصحابه رض فامرهم بالحلق بعد بلوغ الهدايا محله وكره لهم تاخير ذلك حتى ذكر ذلك لام سلمة رض فقالت ابدا بنفسك
يا رسول الله فانهم يظنون ان في نفسك رجا الوصول الى البيت فحال لحلق رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما راوا ذلك بادروا
الى الحلق ولانه لو لم يحصر لكان يتحلل بالحلق عند ادا الافعال فكذلك بعد الاحصار ينبغي ان يتحلل بالحلق لقدرته على ان ياتي به وان عجز
عن ساير الافعال وابو حنيفة ومحمد رح قالا الحلق انما يكون نسكا بعد ادا الافعال فاما قبل ادا الافعال فهو جناية
فاذا تحقق عجزه عن ترتيب الحلق على ساير الافعال لا يلزمه ان ياتي به وانما تحلله بالهدي هنا . والدليل عليه ان الله تعالى نهى
عن الحلق حتى يبلغ الهدي محله لا دليل الوجوب فاما حلق رسول الله صلى الله عليه وسلم فقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ
الهدي محله فذلك دليل الاباحة بعد بلوغ الهدي محله بالحديبية فقد ذكر ابو بكر الرازي ان عند ابي حنيفة ومحمد رح انما لا يحلق
المحصر اذا احصر في الحل اما اذا احصر في الحرم يحلق لان الحلق عندهما موقت بالحرم ورسول الله صلى الله عليه وسلم انما كان محصرا
ببعض الحديبية من الحرم على ما روي ان مضارب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت في الحل ومصلاه في الحرم وبه نقول
على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما امرهم بالحلق ليتحقق به عزمهم على الانصراف فيأمن المشركون من جانبهم ولا يشتغلون بمكيدة
اخرى بعد الصلح . قال وليس على الحاج اذا قصر ان ياخذ شيا من لحيته او شاربه او اظفاره ولا يتنور لان التقصير قايم مقام الحلق
ولو اراد الحلق لم يكن له ذلك في لحيته ولا في شاربه فكذلك التقصير وان فعل لم يضره لانه جا اوان التحلل وهذا كله مما يحصل به
التحلل لانه من جملة قضاء التفث . قال وان حلق المحرم راس حلال تصدق بشي عندنا . وقال الشافعي رح لا شي عليه لان المحرم
ممنوع عن ازالة ما ينمو من البدن عن نفسه لما فيه من معنى الزينة والراحة ولا يحصل شي من ذلك بحلقه راس الحلال
فلا يلزمه شي . الا ترى ان الحلال لو حلق بنفسه لم يلزمه شي . ولكنا نقول ازالة ما ينمو من بدن الادمي من محظورات الاحرام فيكون
المحرم ممنوعا عن مباشرة ذلك من بدن غيره كما يكون ممنوعا من مباشرته بنفسه بمنزلة قتل الصيد فانه جان في قتل صيد غيره كما يكون
جانيا في قتل صيد بنفسه الا ان تكامل جنايته بانضمام معنى الراحة والزينة الى فعله فاذا فعل ذلك في نفسه تكاملت جنايته
قال واذا حلق المحرم راس محرم اخر فان فعله بامره فعلى المحلوق دم فان فعل الغير بامره كفعله بنفسه ومعنى الراحة والزينة له يحصل
فيلزمه دم وعلى الحالق راسه صدقة لما بينا انه جان في اصل فعله وان حلق بغير امره بان كان المحرم نايما فحلق راسه او اكرهه
على ذلك فعلى المحلوق راسه دم عندنا ولا شي عليه عند الشافعي بنا على اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مواخذا بحكم
الفعل والنوم ابلغ من الاكراه لان الاكراه يفسد اختياره والنوم يعدم القصد اصلا وعندنا بسبب الاكراه والنوم ينتفي عنه الاثم
ولكن لا ينتفي حكم الفعل اذا تقرر سببه والسبب هنا ما نال من الراحة والزينة بازالة التفث من بدنه وذلك حصل له فيلزمه الدم
ولا يتخير هنا بين اجناس الكفارات الثلاث بخلاف المضطر لان هناك العذر سماوي ووجد ممن له الحق وهنا العذر وجد بسبب من جهة
العباد فيؤثر في اسقاط الاثم ولا يخرج به من ان يكون متعينا عليه ثم لا يرجع المحلوق راسه بهذا الدم على الحالق وقال بعض العلما
يرجع به لانه هو الذي اوقعه في هذه الغرامة ولكنا نقول انما لزمه ذلك بمعنى الراحة والزينة وهو حاصل له
فلا يرجع على غيره كما لا يرجع المغرور بالعقر لانه بمقابلة اللذة الحاصلة له بالوطي . والجواب في قص الاظفار هنا كالجواب

في الحلق قال واذا اخذ المحرم من شاربه شيئا فانتقص منها بشعره فعليه في ذلك صدقة لوجود اصل الجناية بما ازاله من بدنه ولكنها لم تتم جناية
حين ما فعله لم يكن مقصودا لتحصيل الراحة والزينة فتكفيه الصدقة قال وان اخذ ثلث راسه او ثلث لحيته فعليه دم لم يذكر الربع
في الكتاب والجواب في الربع كذلك لما بينا انما يتعلق بالراس فالربع فيه بمنزلة الكمال كما في الحلق عند التحلل وهذا لان حلق بعض الراس
بمعنى الراحة والزينة معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة فتتكامل
بهذا المقدار الجناية المتكاملة توجب الجبر بالدم ثم الاصل بعد هذا انه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل
فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه الصدقة ومما ليس بمقصود اذا حلق شعر الصدر او الساق ومما هو مقصود حلق الراس
والابطين فان حلق احدهما او نتفه او طلى بنورة فعليه الدم عندنا ايضا لان كل واحد منهما مقصود بالحلق يعني الراحة وفيما ذكر
اشارة الى ان في الابطين النتف دون الحلق فانه قال نتف ابطيه او احدهما ولم يذكر الحلق فان حلق مواضع المحاجم فعليه دم في قول
ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما عليه صدقة لان ذلك الموضع غير مقصود بالحلق وانما الحلق المتمكن الحجامة فهو بمنزلة حلق شعر الصدر والساق
وصح في الحديث ان النبي عم احتجم وهو محرم وما كان يرتكب في احرامه الجناية المتكاملة وابو حنيفة يقول انه حلق مقصود لانه لا يتوصل
الى المقصود الا به وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصودا فتتكامل الجناية ولم ينقل ان النبي عم حلق موضع المحاجم انما نقل عنه
الحجامة وليس من ضرورته الحلق فان الحجام اذا كان حاذقا فالشرط يتم بلا حلق فلا يحتاج الى الحلق وكذلك اذا لم يكن المحجوم اشعر البدن فالدليل
على انه كان يتحرز عن الجناية الموجبة للدم وهذه جناية للصدقة قال وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه حلق مقصود للراحة والزينة
فان العلوية يحلقونه ولم يذكر في الكتاب اذا حلق شاربه انما ذكر اذا اخذ من شاربه فعليه الصدقة فمن اصحابنا من يقول اذا حلق شاربه
يلزمه الدم لانه مقصود بالحلق يفعله الصوفية وغيرهم والاصح انه لا يلزمه الدم لانه طرف من اطراف اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد
وان كانت السنة قص الشارب واعفاء اللحى واذا كان الكل عضوا واحدا لا يجب بما دون الربع منه الدم والشارب دون الربع من اللحية
فتكفيه الصدقة في حلقه قال وعلى القارن في ذلك كله كفارتان لانه محرم باحرامين لان فعله جناية على كل واحد منهما فيلزمه جزاءان
عندنا على ما نبينه في باب جزاء الصيد قال وان اصاب المحرم اذى في راسه فحلق قبل يوم النحر فعليه اي الكفارات الثلاث شاء والاصل فيه
حديث كعب بن عجرة رض قال مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال ايؤذيك هوام راسك
فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال ثلثة ايام فقلت وما الصدقة
قال تطعم ثلثة اصوع من حنطة على ستة مساكين قلت وما النسك قال شاة • وفيه دليل على انه يتخير بين هذه الاشياء الثلثة
لانه ذكرها بحرف او وذلك يوجب التخيير كما في كفارة اليمين ولم يرد النص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتقدير الصوم
ثلاثة ايام لكنا نقدره بستة ايام ولكن تبين بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصوم ثلثة ايام فسقط اعتبار كل يوم
بمقابلته وكذلك الجواب في كل ما اضطر اليه مما يفعله غير مضطر لزمه الدم فاذا فعله المضطر فعليه اي الكفارات الثلاث شاء لانه في معنى
المنصوص عليه من كل وجه فيكون ملحقا به فان اختار الصيام يصوم في اي موضع شاء من الحرم او غير الحرم لان الصوم عبادة في كل مكان
وان اختار الطعام يجزيه ذلك ايضا في الحرم وغير الحرم عندنا وقال الشافعي لا يجزيه الا في الحرم لان المقصود به رفق فقراء الحرم وهو
الصدقة اليهم ولكنا نقول التصدق قربة في اي مكان كان فهو بمنزلة الصيام وان اختار النسك كان مختصا بالحرم بالاتفاق لان اراقة الدم
لا يكون قربة الا في وقت مخصوص وهو ايام النحر او مكان مخصوص وهو الحرم وهو الدم غير موقت بالزمان فكان مختصا بالمكان وهو الحرم
ليتحقق معنى القربة فيه فيكون كفارة لفعله • قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات ولان الله تعالى قال في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة
وذلك واجب بطريق الكفارة فصار اصلا في كل هدي وجب بطريق الكفارة في اختصاصه بالحرم ولانه بعد ذكر الهدايا قال ثم محلها
الى البيت العتيق والمراد به الحرم ومعلوم انه ليس المراد من الاختصاص بالحرم عين اراقة الدم لان فيه تلويث الحرم انما المقصود
التصدق باللحم بعد الذبح فعليه ان يتصدق بلحمه وكذلك كل دم وجب عليه بطريق الكفارة في شيء من امر الحج او العمرة فانه لا يجزيه
ذبحه الا في الحرم وان تصدق على فقير من الفقراء اجزاه عندنا لان الصدقة على كل فقير قربة قال وان سرق المذبوح لم يكن عليه شيء
لان الذبح قد بلغ محله ووجوب التصدق كان متعلقا بالعين فيسقط بهلاك العين كما اذا هلك مال الزكوة قال وان سرق قبل الذبح
فعليه بدله لانه ما بلغ محله بعد وهو نظير الاضحية الواجبة اذا سرق قبل الذبح فعلى صاحبها مثلها ولا خلاف ان دماء الكفارات
لا يختص بيوم النحر وان دم المتعة والقران يختص بيوم النحر لانه نسك يباح التناول منه كالاضحية وهو من اسباب التحلل في اوانه
كالحلق فاما دم الاحصار لا يتوقت بيوم النحر عند ابي حنيفة رح وعلى قولهما يختص بيوم النحر لانه مشروع للتحلل فكان بمنزلة دم المتعة والقران

قال

قال ويباح التناول من هدي المتعة والقران والتطوع بمنزلة الاضحية • والجواب في الاضحية معلوم ان الواجب بادنى اراقة
الدم فانه يباح التناول منه للمضحي ولمن شاء المضحي من غني وفقير فان اكل المضحي كلها ولم يكن عليه شيء والافضل له ان يتصدق
بالثلث ويأكل الثلثين فكذلك فيما هو في معنى الاضحية من الهدايا الا ترى ان النبي عم تناول من الهدايا حتى امر ان يؤخذ من كل بدنة
قطعة فتطبخ له ولو كان الواجب التصدق بها على الفقراء لما اكل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها شيئا وكما يباح له تناول لحوم
هذه الهدايا يباح له الانتفاع بجلودها ايضا ولا ينتفع بجلود غيرها من دماء الكفارات بل يتصدق بذلك كله كما يتصدق
بلحمها هكذا قال عم لناجية حين بعث الهدايا على يديه قال تصدق بجلالها وخطمها فذلك دليل على وجوب التصدق بجلودها
بطريق الاولى • قال ولا يعطي اجرة الجزار منها ولا من غيرها شيئا لان ما يأخذ الجزار انما يأخذ عوضا عن فعله فيكون ذلك
بمنزلة البيع قال ولا ينبغي له ان يبيع شيئا من لحوم الهدايا بثمن لانها صارت لله تعالى خالصا فلا ينبغي ان يشتغل بالتجارة فيها ولولا
الاذن من قبل من له الحق لما ابيح له التناول من بعضها وليس من ضرورة الاذن في التناول الاذن في التجارة والمنصوص عليه الاذن
في التناول بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير قال وان باع شيئا من لحمها بثمن او اعطى الجزار اجرة عمله من اللحم
فعليه ان يتصدق بقيمة ذلك لانه متلف حق الفقراء في ذلك القدر بصرفه الى قضاء ما هو مستحق عليه او بتحصيل عوضه لنفسه
وهو الثمن فيلزمه التصدق بقيمته كمن قضى بنصاب الزكوة دينا عليه قال واذا لم يبق على المحرم غير التقصير فبدأ بقص اظفاره
فعليه كفارة ذلك لان احرامه باق فيما لم يحلق ويقصر فعله في قص الاظفار يكون جناية على الاحرام وعلى قول الشافعي رحمه الله
لا يلزمه شيء بناء على مذهبه ان تحلل الحاج يكون بالرمي فقص الاظفار بعد الرمي لا يكون جناية منه

باب كفارة قص الاظفار

قال واذا قص المحرم اظفار يديه ورجليه فعليه دم عندنا وقال عطاء لا شيء عليه لان قص الاظفار من الفطرة ولم يصح حديث
في النهي عنه بسبب الاحرام فكان نظير الختان ولا بأس بالختان في الاحرام فكذلك قص الاظفار ومذهبنا مروي عن ابن عباس رض
ولان قص الاظفار من قضاء التفث فانه ازالة ما ينمو من البدن لمعنى الزينة والراحة كحلق الراس فيكون مؤخرا الى ما بعد التحلل
ومباشرته قبل ذلك جناية على الاحرام فموجب الجبر بالدم وان قص ظفرا واحدا او ظفرين فعليه لكل ظفر صدقة الا ان يبلغ دما
فينقص عنه ما شاء وعن محمد رح قال في كل ظفر خمس الدم لانه لما وجب الدم في قص خمسة اظافير ففي كل ظفر بحساب ذلك
ولكنا نقول ان جنايته لم تتكامل لان معنى الراحة والزينة لا يحصل بقص ظفر او ظفرين والجناية الناقصة في الاحرام توجب
الجبر بالصدقة • قال وان قص ثلثة اظافير فعليه دم في قول ابي حنيفة رح الاول استحسانا وهو قول زفر وفي قوله الاخر
وهو قول ابي يوسف ومحمد رح عليه لكل ظفر صدقة وجه قوله الاول ان قص اظافير يد واحدة يوجب الدم بالاتفاق والاكثر منها له حكم
الكل بمنزلة الكمال فالثلث اكثر اظافير اليد الواحدة ولكنه رجع عن هذا القول لان الدم في الاصل انما يجب بقص اظافير اليدين والرجلين
واليد الواحدة ربع ذلك فيجعل بمنزلة الكمال كربع الراس في الحلق فكان هذا ادنى ما يتعلق به الدم فلا يمكن ان يقام الاكثر هنا مقام
الكل اذ لو فعل ادى الى ما لا يتناهى فيقال اذا قص الظفرين فقد قص اكثر الثلثة ثم اذا قص ظفرا ونصفا فقد قص اكثر الظفرين وكذلك يقال
ما كان ادنى المقدار شرعا لا يتعلق بما دونه الحكم المتعلق به قال ولو قص خمسة اظافير متفرقة من اليدين والرجلين يلزمه لكل ظفر صدقة
في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف • وقال محمد رح يلزمه الدم لان المنصوص خمسة اظافير فلا فرق بين ان تكون من عضو واحد او من عضوين
او من اعضاء متفرقة كما في الحلق ولا فرق بين ان يحلق ربع الراس من جانب واحد او من جوانب متفرقة في ايجاب الدم وكما في حكم الارش
لا فرق في ايجابه بين ان يقطع خمسة اصابع من يد واحدة او من يدين فهذا مثله • وهما يقولان جنايته لم تتكامل لان معنى الزينة
والراحة لا يحصل بقص بعض الاظفار من كل عضو لانه لا يستحسن في النظر ان يكون بعض الاظافير مقصوصا دون البعض فيزداد له
شغل قلبه لا ان تنال به الراحة فاذا لم تتكامل الجناية كان عليه لكل ظفر صدقة حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة
فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك الدم فحينئذ ينقص منها ما شاء بخلاف الحلق فان تفرق الحلق في جوانب الراس عادة فيتم به
الراحة • قال واذا انكسر ظفر المحرم فانقطع منه شظية فقلعه لم يكن عليه شيء لان ذلك المنكسر لا ينمو من البدن فقلعه لا يكون
جناية بمنزلة ما لو تكسر من شجر الحرم ويبس اذا اخذه انسان لا يجب فيه شيء لانعدام معنى النمو قال وان قص الاظافير كلها في مجالس
متفرقة فان كان حين قص اظافير يد واحدة كفر ثم قص اظافير يد اخرى فعليه كفارة اخرى وان لم يكن كفر حتى قص الاظافير كلها فعليه دم

في قول محمد رح بمنزلة ما لو قص الاظافير كلها في مجلس واحد لان هذه الجنايات تستند الى سبب واحد فلا يوجب الا كفارة واحدة
كما في حلق جميع الراس لا فرق بين ان يكون في مجالس متفرقة او في مجلس واحد وهذا لان مبنى الواجب على التداخل وفيما يبتنى على التداخل
المجلس الواحد والمجالس المتفرقة فيه سوا كما في كفارة الفطر وكما في الحدود • وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف ان ربعة دما باعتبار
كل عضو في مجلس دم لان هذه الافعال في مجال مختلفة وكل واحد منهما جناية متكاملة فتوجب الدم بمنزلة ما لو حلق في مجلس
واحد وهذا لان كفارات الاحرام يغلب فيها العبادة ولا يجري التداخل في العبادات الا انه اذا كان في مجلس واحد المقصود
واحد والمحال مختلفة فرجحنا جانب اتحاد المجلس واما اذا اختلفت المجالس ترجح جانب اختلاف المحال فيوجب بكل فعل دما بمنزلة
من تلا اية السجدة مرارا فان كان في مجلس واحد فعليه سجدة واحدة وان كان في مجالس متفرقة فعليه بكل تلاوة سجدة وبه فارق الحلق
فان محل الفعل هناك واحد وعلى هذا الاختلاف لو جامع مرة بعد اخرى مع امراة واحدة او نسوة الا ان مشايخنا رحمهم الله
قالوا في الجماع بعد الوقوف في المرة الاولى عليه بدنة وفي المرة الثانية عليه شاة لان احرامه قد دخل فيه نقصان بالجناية
الاولى فالجناية الثانية صادفت احراما ناقصا فيجب الدم ويكون فيما بين الجماع في احرام العمرة وان اصابه اذى في اظفاره
حتى قصها فعليه اي الكفارات الثلاث شاء للاصل الذي تقدم بيانه انه انما يكون موجبا للدم اذا فعله بغير عذر فيه
المعذور بين الكفارات الثلاث

باب جزاء الصيد

قال المحرم اذا دل حلالا على صيد فقتله المدلول فعلى الدال الجزاء عندنا استحسانا • وفي القياس لا جزاء على الدال
وبه اخذ الشافعي رح قال لان الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص قال الله تعالى ومن قتله منكم متعمدا الاية والدلالة ليست
في معنى القتل لان القتل فعل متصل من القاتل بالمقتول وانما الدلالة والاشارة غير متصل بالمحل وهو الصيد والحكم الثابت
بالنص لا يجوز اثباته فيما ليس في معنى المنصوص والدليل عليه ان صيد الحرم يجب على القاتل الحلال ولا يجب على الدال
اذا كان حلالا بالاتفاق للمعنى الذي قلنا • والدليل عليه ان حرمة الصيد في حق المحرم لا تكون اقوى من حرمة مال المسلم
ونفسه ولا يضمن الدال على مال المسلم ولا على نفسه شيئا بسبب الدلالة فكذلك هاهنا الا انا تركنا القياس بالنقل والمعقول
فان رجلا سال عمر رض فقال اني اشرت الى ظبي وانا محرم فقتله صاحبي فقال عمر لعبد الرحمن ما تقول فقال ارى عليه دما
وان عليا وابن عباس رض سئلا عن محرم دل على بيض نعامة فاخذه المدلول عليه فشواه فقالا على الدال الجزاء • والقياس
يترك بقول الفقهاء من الصحابة رض وما نقل عنهم في هذا الباب كالمنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لا نظن بهم انهم قالوا
جزافا او العباس لا يعبأ بقولهم حتى يقول قياسا ثم ثبت بالخبر ايضا ان الدلالة على الصيد محظورة
الاحرام وذلك الثابت بالنص ايضا فان النبي عم قال لاصحاب ابي قتادة رض في صيد اخذه ابو قتادة وكانوا محرمين هل اعنتم
هل اشرتم فجعل الاشارة كالاعانة فعرفنا انه من محظورات الاحرام وذلك يوجب الجزاء وبه فارق صيد الحرم فان الموجب للخطر
هناك معنى في المحل وهو امن الصيد بسبب الحرم فلا بد من ان يكون فعله متصلا بالمحل حتى يكون جناية في ازالة الامن عن المحل
وهنا الخطر بسبب معنى في الفاعل وهو انه محرم فكان فعله محظور الاحرام وان لم يتصل بالمحل ولهذا كان معنى الجزاء هنا
راجحا ومعنى غرامة المحل هناك راجحا على ما نبينه ثم الاحرام عقد خاص وقد ضمن له ترك التعرض بعقده خاصا فيعرض له بالدلالة
فصار شبيها بخلاف ما التزمه فكان كالمودع يدل سارقا على سرقة الوديعة بخلاف الدلالة على مال المسلم ونفسه فانه
ما التزم ترك التعرض لذلك بعقد خاص ثم الواجب هنا ضمان الحيوان فيكون بمقابلة المحل فيجب على من اتصل فعله بالمحل والدلالة
المعتبرة لايجاب الجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد فاما اذا كان المدلول عالما به فلا جزاء على الدال لان المدلول ما تمكن من قتله
بدلالته وعلى هذا لو اعار المحرم سكينا من غيره ليقتل صيدا فان لم يكن مع ذلك الغير ما يقتل به الصيد فعلى المعير الجزاء وان كان معه
ما يقتل به الصيد فلا شيء على المعير لان تمكنه من قتله لم يكن باعارة السكين وانما يجب على الدال الجزاء اذا صدقه المدلول في دلالته
فاما اذا كذبه ولم يتبع الصيد بدلالته حتى دله عليه اخر فصدقه وقتل الصيد فالجزاء على الدال الثاني اذا كان محرما دون الاول
وكذلك لو امر المحرم انسانا باخذ الصيد فامر المامور به انسانا اخر فالجزاء على الامر الثاني دون الاول لان المامور الاول
لم يمتثل امر الامر فانه امره بالاخذ دون الامر وانما يجب الجزاء على الدال الاول اذا اخذ المدلول الصيد والدال محرم فاما اذا حل

الدال

الدال من احرامه قبل ان ياخذ المدلول الصيد فلا جزاء على الدال لان فعله انما تم جناية عند معنى السفر عنه باثباتها الاخذ عليه
فاذا كان الدال عند ذلك حلالا لم يكن اخذ الغير في حقه اكثر تاثيرا من اخذه بنفسه ولو اخذه بنفسه لم يلزمه شيء فكذلك اذا اخذ
بدلالته قال ولو ان اشترك رهط محرمون في قتل صيد فعلى كل واحد منهم جزاء كامل عندنا • وقال الشافعي رح عليهم جزاء واحد
لان من اصله ان المعتبر هو المحل ولهذا قال ان الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هنا واحد وقاس هذا بصيد الحرم
فان جماعة من الحلالين اذا اشتركوا في قتل صيد الحرم لم يلزمهم الا جزاء واحد وقاس بحقوق العباد ايضا فان الصيد اذا كان
مملوكا لا يجب على الذين قتلوه الا قيمة واحدة لصاحبه كذلك فيما يجب لحق الله تعالى وحجتنا ما بينا ان الواجب على المحرم جزاء فعله
وفعل كل واحد من القاتلين كامل جناية على احرام كامل فيجعل في حق واحد منهم كانه ليس معه غيره كما في كفارة القتل وكما في
الواجب بطريق جزاء الفعل فيجعل كل قاتل كالمنفرد به وبه فارق صيد الحرم فان الموجب للخطر هناك معنى في المحل وهو امن الصيد
بسبب الحرم فان وجوب الضمان هناك باعتبار المحل وسبيل ضمان الصيد مسلك الغرامات ولهذا لا مدخل للصوم فيه وفي باب
الدم بينا ايضا فالغرامات تكون واجبة بدلا عن المتلف فاذا كان المتلف واحدا لا يجب الا بدل واحد كالدية فانها لا تتعدد
بتعدد القاتلين فاما هذه كفارة تجب بطريق جزاء الفعل والفعل يتعدد بتعدد الفاعلين يوضح الفرق ان المعتبر هنا حرمة الاحرام
واحرام زيد غير احرام عمرو وهنا المعتبر حرمة الحرم وهي متحدة في حق الفاعلين فاما ضمان حقوق العباد فوجوبه بطريق الجبران
وذلك يتم بايجاب بدل واحد وما يجب لحق الله تعالى لا يكون بطريق الجبران لان الله تعالى يتعالى عن ان يلحقه نقصان يكون ما يجب له
جبرانا • وعلى هذا الاصل القارن اذا قتل صيدا فعليه جزاءان عندنا وعنده جزاء واحد لان المعتبر عنده اتحاد المحل
وعندنا هو الجناية على الاحرام والقارن جان على احرامين وحقيقة المسألة تبتني على الاصل الذي اشرنا اليه فان عنده
يدخل احرام العمرة في احرام الحج ولهذا يطوف القارن طوافا واحدا فيدخل احدهما في الاخر وعندنا لا يدخل احدهما في الاخر
فان القران يبتني على الضم والجمع دون التداخل فصار القارن بقتل الصيد جانيا على احرامين فيلزمه جزاءان ثم قال الشافعي رح
احرام العمرة في حكم التبع لاحرام الحج ولهذا يتحقق الجمع بين النسكين اذ الاصلان لا يجتمعان كالحجتين والعمرتين واذا كان تبعا
لا يظهر مع الاصل كحرمة الحرم مع حرمة الاحرام فان المحرم اذا قتل الصيد في الحرم لا يلزمه الا جزاء واحد وقيل ان حرمة الحرم
تبع لحرمة الاحرام فلا يظهر تاثيره مع الاحرام ولكنا نقول كل واحد من الاحرامين اصل مثل صاحبه لان كل واحد منهما يعم البقاع
فلا يكون احدهما تبعا للاخر بل يعتبر كل واحد منهما في ايجاب موجبه كانه ليس معه صاحبه كما ان حرمة الجماع بسبب الصوم
وعدم الملك اذا اجتمعا بان زنى الصائم في رمضان يجب عليه الحد والكفارة جميعا وكذلك حرمة الخمر ثابتة مع سبب اليمين اذا حلف
لا يشربها ثم عند الشرب يلزمه الحد والكفارة جميعا وهذا بخلاف حرمة الحرم فانه دون حرمة الاحرام • الا ترى انه لا يعم
البقاع كلها وانه لا بد من اعتباره في حق المحرم لا يستغني عن دخول الحرم واذا كان في حكم التبع لم يعتبر في حق المحرم ولانه
لا مقصود هنا سوى وجوب ترك التعرض للصيد وذلك حاصل في حق المحرم باحرامه فلا يزداد بالحرم في حقه فاما هنا
العمرة تعقد لمقصود سوى ترك التعرض للصيد فوجب اعتباره في حق المحرم بالحج كما يجب اعتباره في حق غير المحرم بالحج قال
قال فان قتل حلالان صيدا في الحرم ضربة واحدة فعلى كل واحد منهما نصف جزاء بخلاف ما اذا ضربه كل واحد منهما ضربة
فانه يجب على كل واحد منهما ما نقصته ضربته ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته مضروبا بضربتين لان عند اتحاد فعلهما جميع
الصيد صار متلفا بفعلهما فيضمن كل واحد منهما نصف الجزاء وعند اختلاف محل الفعل الجزء الذي تلف بضربة كل واحد منهما
كان هو المختص باتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فضمانه عليهما وقد قررنا هذا الفرق فيما امليناه من شرح الجامع
قال واذا قتل المحرم صيدا فعليه قيمة الصيد في الموضع الذي قتله فيه اذا كان يباع الصيد ويشترى في ذلك الموضع مما له نظير
من النعم او لا نظير له في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي رحمهم الله فيما له نظير ينظر الى نظيره من النعم الذي يشبهه
في المنظر لا الى القيمة حتى يجب في النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة وفي الظبي شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة
وقال الشافعي رح في الحمامة شاة وهو قول ابن ابي ليلى رح وزعما ان بينهما مشابهة من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر وفيما
لا نظير له يعتبر القيمة واحتجا في ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وحقيقة المثل ما يماثل الشيء صورة ومعنى ولا يجوز العدول
عن الحقيقة الى المجاز الا عند تعذر العمل بالحقيقة والنظير مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى لا صورة وفي قوله من النعم
تنصيص على ان المعتبر هو المثل صورة وعلى هذا اتفقت الصحابة رض نقل ذلك عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود انهم اوجبوا

ما سمينا من النظاير وابو حنيفة وابو يوسف رحمهم الله اخذا بقول ابن عباس رض فانه فسر المثل بالقيمة والمعنى الفقهي يشهد له
فان الحيوان لا مثل له من جنسه . الا ترى ان في حقوق العباد يكون الحيوان مضمونا بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى
وكان المثل منصوص عليه فكذلك في حقوق العباد كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . يوضحه ان المماثلة
بين الشيئين عند اتحاد الجنس ابلغ منه عند اختلاف الجنس فاذا لم يكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة
والمثل من الاسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره ان يكون ذلك الغير مثلا له ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الاتلاف
فكذلك لا تكون البدنة مثلا للنعامة فاذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة واما قوله من النعم
ففي الكلام تقديم وتاخير ومعناه فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة ثم ذكر الاصمعي وابو عبيد
ان اسم النعم يتناول الاهلي والوحشي جميعا ومعناه فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي وحمله على هذا اولى لان قوله فجزاء مصدر
وما ذكر بعده وصف فانما يكون وصفا للمذكور وذلك اذا حمل على ما بينا واجاب الصحابة رض في هذه النظاير لا باعتبار اعيانها
بل باعتبار القيمة الا انهم كانوا ارباب المواشي فكان ذلك ايسر عليهم من النقود وهو نظير ما قال علي رض في ولد المغرور يفك الغلام
بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة والاختلاف في هذه المسئلة في فصول احدها ما بينا . والثاني ان الذي الى الحكمين
تقويم الصيد فاذا ظهرت قيمته فالخيار الى القاتل بين التكفير بالهدي والاطعام والصيام في قول ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما
وعند محمد الخيار الى الحكمين فاذا عينا نوعا عليه يلزمه التكفير به بعينه فاما اعتبار الحكمين بالنص وهو قوله تعالى يحكم به
ذوا عدل منكم وعلى طريقة القياس يكفي الواحد للتقويم وان كان المثنى احوط ولكن يعتبر المثنى بالنص . وبيانه في حديث عمر رض
فان رجلين اتياه فقال احدهما ان صاحبي كان محرما وانه رمى ظبيا واصاب خششاءه فمات فدعا عمر عبد الرحمن بن عوف فتشاورا ثم اوجبا
عليه شاة فقاما من عنده وجعل السائل يقول لصاحبه ان فتوى امير المؤمنين لا يغني عنك شيئا . الا ترى انه لم يعرفه حتى سال غيره
فارى ان تنحر راحلتك فتعظم شعائر الله فسمع ذلك عمر رض فدعاه وعلاه بالدرة فقال يا امير المؤمنين لا احل لك من نفسي شيئا
حرم الله عليك فانظر لنفسك فقال عمر رض ان الحسن الحجر واللسان اما سمعت الله يقول يحكم به ذوا عدل منكم فانا ذو عدل
وعبد الرحمن ذو عدل ومن لم يعمل بكتاب الله تعالى نشئ جاهلا فيكم فقام الرجل عن مقالته ثم احتج محمد رح بظاهر الاية فانه قال
يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فذكر الهدي منصوبا على انه تفسير لقوله يحكم او مفعول حكم الحكم فهو تنصيص على ان التعيين
الى الحكمين فتسمية الله تعالى لهما حكما دليل ظاهر على ان الالزام اليهما وليس اليهما الزام اصل الواجب عرفنا ان اليهما التعيين
وابو حنيفة وابو يوسف رح قالا الحاجة الى الحكمين لاظهار قيمة الصيد فبعد ما ظهرت القيمة فهي كفارة واجبة على المحرم فاليه التعيين
لما يؤدي به الواجب كما في كفارة اليمين وكما في ضمان قيمة المتلفات فان تعيين ما يؤدي به الضمان اليه دون المقومين فكذلك
في هذا الموضع فان اختار التكفير بالهدي فعليه الذبح في الحرم والتصدق بلحمه على الفقراء لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة فالهدي
اسم لما يهدى الى موضع وان اختار الاطعام اشترى بالقيمة طعاما فيطعم المساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة وان اختار الصيام
يصوم مكان طعام كل مسكين يوما وان كان الواجب دون طعام مسكين فاما ان يطعم قدر الواجب واما ان يصوم يوما كاملا لان الصوم
لا يكون اقل من يوم وعندنا له ان يختار الصوم مع القدرة على الهدي والاطعام لقوله تعالى او عدل ذلك صياما ليذوق
وبال امره وحرف او للتخيير وعلى قول زفر لا يجوز له الصيام مع قدرته على التكفير بالمال وقاس بكفارة اليمين وهدي المتعة والقران
وقال الحرف او لا يبقى كما في حق قطاع الطريق وتقطع ايديهم وارجلهم من خلاف لا يوجد الا بعد اختلاف الجناية وانا نتمسك بالحقيقة
حتى يقوم دليل المجاز . وقياس المنصوص على المنصوص باطل واذا اختار الطعام فالمعتبر قيمة الصيد يشتري به الطعام عندنا
وعند الشافعي المعتبر قيمة النظير وهو قول محمد رح بناء على اصلهما ان الواجب هو النظير فانما يحوله الى الطعام باختياره
فيعتبر قيمة الواجب وهو النظير كمن اتلف شيئا من ذوات الامثال اذا انقطع المثل وعندنا الواجب قيمة الصيد من الاصل كان
فاذا اختار اداء الواجب بالطعام يعتبر قيمة الصيد لانه هو الواجب الاصلي وان اختار الصيام صام مكان كل نصف صاع عندنا
وعند الشافعي رح يصوم مكان كل مد يوما وهذا بناء على الاختلاف في طعام الكفارة لكل مسكين عندنا يتقدر بنصف صاع
وعنده بمد ومذهبه في هذا مروي عن ابن عباس رض قال واذا اخرج الحلال صيد الحرم ولم يقتله فعليه جزاؤه استحسانا وان ذبحه
في الحل ما لم يعلم عوده الى الحرم لانه بالحرم كان امنا وقد ازال هذا الامن حين ما كان وهو كالمحرم يأخذ صيدا في بيته فيموت
لزمه جزاؤه لانه متلف معنى الصيدية فان الصيد به في تفرقه وبعده عن الايدي قال واذا رمى الحلال صيدا من الحل في الحرم او من الحرم

في الحل

في الحل فعليه جزاؤه هكذا روي عن جابر وابن عمر رض وهذا اذا كان الصيد في الحرم فهو امن بالحرم وان كان الرامي في الحرم
فهو منهي عن الرمي الى الصيد في الحرم . قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم يقال احرم اذا عقد عقد الاحرام
واحرم اذا دخل في الحرم كما يقال اشام اذا دخل الشام فكان في الوجهين مرتكبا للنهي فيلزمه الجزاء الا ان يكون الصيد
والرمي في الحل فرماه ثم دخل الصيد الحرم فاصابه فحينئذ لا يلزمه الجزاء لانه في الرمي غير مرتكب للنهي ولكن لا يحل
تناول ذلك الصيد وهذه المسئلة مستثناة من اصل ابي حنيفة فان عنده المعتبر حالة الرمي الا في هذه المسئلة خاصة
فانه يعتبر في حل التناول حالة الاصابة لان الحل بالذكاة يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابة فاما اذا كان عند
الاصابة الصيد صيد الحرم لم يحل تناوله ويحل لغيره من الناس . وحجته في ذلك ان معنى الذكاة في تسييل الدم النجس
من الحيوان وشرط الحل التسمية بينا او واجبا على اختلاف الاصلين وذلك يتحقق من المحرم كما يتحقق من الحلال
الا ان الشرع حرم التناول على المحرم القاتل بطريق العقوبة ليكون زجرا له وهذا لا يدل على حرمة التناول في حق غيره كما يجعل
المقتول ظلما في حق القاتل حيا حتى لا يرثه وهو ميت في حق غيره . وحجتنا في ذلك قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم سماه
والفعل الموجب للحل مسمى باسم الذكاة شرعا فلما سماه قتلا هنا عرفنا ان هذا الفعل غير موجب للحل اصلا . والدليل
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحاب ابي قتادة رض هل اعنتم هل اشرتم هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا فاذا ثبت
بالاثر ان الاعانة من المحرم توجب الحرمة فمباشرته القتل اولى وان قيل كيف يصح هذا الاستدلال وعندكم الصيد لا يحرم
لا يحرم تناوله باشارة المحرم وهذا لانه قلنا فيه روايتان وقد بينا هذا في الزيادات ومن ضرورة حرمة التناول
عند الاشارة حرمة التناول عند مباشرة القتل فبانتفاء الدليل على انتساخ هذا الحكم عند الاشارة فذلك لا يدل
على انتساخه عند المباشرة والمعنى فيه ان هذا الاصطياد محرم لمعنى الدين ولهذا حرم التناول فيكون نظير اصطياد
المجوسي وذلك يوجب الحرمة في حق الكل فهذا مثله . قال واذا ادى المحرم جزاءه ثم اكل منه فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة
وان قتله غيره لم يكن عليه شيء فيما اكل . وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يلزمه شيء اخر سوى الاستغفار وحجتهما ان صيد المحرم
كالميتة لا يوجب الا الاستغفار الا ترى انه اذا اكل حلال او محرم اخر لم يلزمه الا الاستغفار فكذا اذا اكل هو منه
لا يلزمه شيء اخر وكذلك المحرم اذا كسر بيض صيد فادى جزاءه ثم شواه فاكله لا يلزمه شيء اخر كذا هذا . وجه قول ابي حنيفة رح
انه تناول محظور احرامه فيلزمه الجزاء كسائر المحظورات . وبيانه ان قتل هذا الصيد من محظورات احرامه والقتل غير مقصود
لعينه بل للتناول منه فاذا كان ما ليس بمقصود محظور احرامه حتى يلزمه الجزاء فما هو المقصود بذلك اولى بخلاف محرم اخر فان هذا
التناول ليس من محظورات احرامه وبخلاف الحلال في الحرم لان وجوب الجزاء هناك باعتبار الامن الثابت بسبب الحرم وذلك للصيد
لا للحم وكذلك البيض وجوب الجزاء فيه باعتبار انه اصل الصيد وبعد الكسر انعدم هذا المعنى يقرره ان المقتول بغير حق
في حق القاتل كالحي من وجه حتى لا يرث وكالميت من وجه حتى يعتق ام الولد اذا قتلت مولاها ففيما يبتنى امره على الاحتياط
جعلناه كالحي في حق القاتل وهو جزاء الاحرام فيلزمه بالتناول جزاء اخر واما جزاء صيد الحرم غير مبني على الاحتياط في الاجتناب
فلهذا اعتبرنا معنى التحمية فلا يوجب فيه الجزاء قال واذا اصاب الحلال صيدا في الحل فذبحه فلا باس بان ياكل المحرم وهو قول عثمان
وابن عباس رض وكان ابن عمر رض يكره ذلك حتى روي ان عثمان رض دعاه الى الطعام وكان محرما فراى اليعاقيب في القصعة فقام
فقيل لعثمان رض انما قام كراهة لطعامك فبلغ ابن عمر رض فقال ما كرهت طعامه ولكني كنت محرما ثم اخذ بقوله واستدل
بما روي ان رجلا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل حمار وحش فرده فراى الكراهة في وجهه فقال عم ما بنا رد هديتك
ولكنا حرم . ولنا حديث طلحة رض قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم
نائم في حجرته فخرج الينا فقال فيم كنتم فذكرنا ذلك له فقال عم لا باس به وفي الحديث ان النبي عم مر بالروحاء مع اصحابه
وهم محرمون فراى حمار وحش عقيرا وفيه سهم ثابت فاراد اصحابه رض اخذه فقال عم دعوه حتى ياتي صاحبه فجاء رجل
من بهز فقال يا رسول الله هذه رميتي فشأنكم بها فامر ابا بكر رض ان يقسمها بين الرفاق والحديث الذي يروى انه رده تضعيف وقيل
وان صح فالصحيح انه اهدى اليه حمار وحش ولئن صح فليس المراد بالرجل القطعة من اللحم بل هو العدد من حمار الوحش كما يقال
رجل جراد للجماعة منها وكان مالك رح يقول ان اصطاده الحلال لاجل المحرم فليس للمحرم ان ياكل منه لما روي ان النبي عم قال للمحرم لحم
صيد البر حلال لكم الا ما اصطدتموه او صيد لكم ولكنا نقول هذه اللام لام التمليك فانما يتناول ما كان مملوكا للمحرم صيدا وسواء

اصطاد الحلال لنفسه او للمحرم فهو لم يصر مملوكا للمحرم صيدا وانما يصير مملوكا حين يهديه اليه بعد الذبح وهو عند ذلك لحم
لا صيد فلهذا حل تناوله قال والمحرم اذا كسر بيض صيد فعليه قيمتها • وقال ابن ابي ليلى عليه درهم ومذهبنا مروي عن علي وابن عباس
رضي الله عنهما والمعنى فيه وهو ان البيض اصل الصيد فانه معد ليكون صيدا ما لم يفسد فيعطى له حكم الصيد في ايجاب الجزاء على المحرم
بافساده كما ان الماء في الرحم جعل بمنزلة الولد في حكم العتق والوصية ولانه منع حدوث معنى الصيدية فانه معد فيكون صيدا
ما لم يفسد فيعطى له حكم الصيد في ايجاب الجزاء على المحرم بافساده كما ان الماء في الرحم جعل بمنزلة الولد في حكم العتق والوصية
ولانه منع حدوث معنى الصيدية فيه فيجعل كالمتلف بعد الحدوث بمنزلة المغرور يضمن قيمة الولد لانه منع حدوث الرق فيه فان كان
فرخ ميت فعليه قيمة الفرخ حيا وهذا استحسان وفي القياس لا يغرم الا قيمة البيضة لانه لم يعلم حياة الفرخ قبل كسره ولكنه
استحسن فقال البيض ما لم يفسد فهو معد لخروج فرخ حي منه والتمسك بهذا الاصل واجب حتى يظهر خلافه ولان كسر البيضة سبب
لموت الفرخ اذا حصل قبل اوانه فاذا حصل الموت عقيب هذا السبب يحال عليه وكذلك لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ميتا
ثم ماتت فعليه جزاؤهما جميعا اخذا فيه بالثقة لان الضرب سبب صالح لموتهما وقد ظهر الموت عقيبه وانما اراد بقوله اخذا بالثقة
الاشارة الى الفرق بين هذا وبين الضمان الواجب لحق العباد فان من ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتا وماتت لما وجب هنا الضمان الا الاصل
لم يجب هنا ضمان الجنين لان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب في حق العباد غير مبني على الاحتياط
فلهذا رجح شبهة النفس في الجنين هنا ووجب عليه جزاؤهما • قال واذا عطب الصيد بفسطاط المحرم او بحبل فسطاطه فلا شيء عليه
بخلاف ما اذا نصب شبكة او حفر حفيرة لاجل الصيد لانه متسبب في الموضعين الا ان التسبب اذا كان تعديا يكون موجبا للضمان
كحفر البير في ملك غيره ونصب الشبكة من المحرم تعدي لانه قصد به الاصطياد فاما ضرب الفسطاط ليس بتعدي اذا لم يقصد به الا
طا ما ضرب الفسطاط ليس بتعدي اذا لم يقصد به الاصطياد • الا ترى ان الحلال لو نصب شبكة فتعقل بها صيد ملكه حتى لو اخذه غيره
كان له ان يسترده منه بخلاف ما اذا ضرب فسطاطا وعلى هذا اذا فرخ فيه الصيد فانكسر بعض البيض فلا شيء عليه بخلاف ما اذا فرغه
او حركه فانه وجد التسبب منه فيه متعديا فيكون ضامنا • قال والمحرم اذا اصطاد صيدا فارسله محرم اخر من يده فلا شيء عليه لان الصيد
محرم العين على المحرم بالنص • قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فلم يملكه بالاخذ كما لو اشترى خمرا لا يملكه لانه
محرم العين فاذا لم يملكه فالمرسل من يده ما اتلف عليه شيئا ولانه فعل عين ما يجب عليه فعله شرعا فهو كمن اراق الخمر على المسلم قال
ولو قتله في يده محرم اخر فعلى كل واحد منهما جزاؤه اما القاتل فلانه جنى على احرامه بقتل الصيد واما الاخذ فلانه كان متلفا لمعنى الصيدية
فيه حكما ثم يرجع الاخذ بما ضمن من الجزاء على القاتل عندنا • وقال زفر لا يرجع عليه بشيء لان الاخذ لم يملك الصيد ولا كان له
فيه يد محترمة ووجوب الضمان له على القاتل باعتبار احد هذين المعنيين ولانه بالقتل [illegible]
فلو رجع عليه انما يرجع بضمان المالية وجنسه ولا يجوز ان يرجع عليه باكثر مما لزمه • وحجتنا في ذلك ان اليد على هذا الصيد كانت
معتبرة في حق الاخذ لانه يتمكن من الارسال واسقاط الجزاء عن نفسه والقاتل صار مفوتا عليه هذه اليد فيكون ضامنا له
وان لم يملكه الاخذ كغاصب المدبر [illegible] وذلك سبب حتى يسقط
الرجوع كشهود الطلاق اذا رجعوا قبل الدخول [illegible] او يخرج عنه بالصوم [illegible]
[illegible] حقوق الله تعالى على عباده بطريق الفتوى والخروج عنه بالصوم لان الله تعالى غني عن العباد وانما يطلب منهم التعظيم [illegible]
ومثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه اجنبي ثم ان الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب منه
وان كان هو لا يضمن قيمة المدبر لابنه ويتمكن ان يجعل الغاصب ضامنا ما لزمه • قال ولو ان محرما [illegible] ان يرسله لان الانسان
[illegible] بعد الاحرام بمنزلة الابتداء [illegible] معنى الصيدية فيه فالاستدامة كذلك
قال فان ارسله انسان من يده ضمن [illegible] في قول ابي حنيفة [illegible] وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه
وهو نظير الاختلاف [illegible] • قال ابو يوسف ومحمد [illegible]
[illegible] لا يكون متسببا [illegible] وابو حنيفة يقول
الصيد قبل الاحرام كان مملوكا له [illegible]
[illegible]
[illegible]

مفوتا عليه ملكا متقوما على حاله كما لو ذبحه وهنا بالاحرام لم يبطل ملكه لما قررنا • والدليل على الفرق ان المحرم اذا اخذ صيدا
ثم ارسله فاخذه غيره ثم وجده بعدما حل في يد غيره كان له ان يسترده منه ولو امسكه لو احرم وفي بيته صيد فارسله ثم وجده
بعدما حل في يد غيره كان له ان يسترده منه فدل الفرق بين الفصلين • قال مسلم قتل سبعا فان كان السبع هو الذي ابتداه المحرم
فلا شيء عليه • والحاصل ان نقول لما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم من المؤذيات بقوله خمس من الفواسق يقتلن في
الحل والحرم وفي حديث اخر المحرم بقتل الحية والفارة والعقرب والحداة والكلب العقور فلا شيء على المحرم ولا على الحلال
في الحرم بقتل هذه الخمس لان قتل هذه الاشياء مباح مطلق وهذا البيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم كالملحق بنص القران
فلا يكون موجبا للجزاء والمراد من الكلب العقور الذئب فاما ما سوى الخمس من السباع التي لا يؤكل لحمها اذا قتل المحرم منها شيئا
ابتدا فعليه جزاؤه عندنا • وقال الشافعي رح لا شيء عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم انما استثنى الخمس لان من طبعها الاذى
فكل ما يكون من طبعه الاذى فهو بمنزلة الخمس مستثنى من نص التحريم فصار كانه تعالى قال لا تقتلوا غير المؤذي من الصيود ولو كان النص
بهذه الصفة لم يتناول الا ما هو ماكول اللحم غير المؤذي ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وهذا يتناول
الاسد الا ترى انه حين دعا على عتبة بن ابي لهب قال اللهم سلط عليه كلبا من كلابك افترسه الاسد بدعائه عم ولان الثابت
بالنص حرمة ممتدة الى غاية وهو الخروج من الاحرام لان الله تعالى قال وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهذا يتناول
ماكول اللحم فاما غير ماكول اللحم فحرمة التناول على الاطلاق فلا يتناوله هذا النص • وحجتنا في ذلك قوله تعالى لا تقتلوا الصيد
وانتم حرم واسم الصيد يعم الكل لانه يسمى به لتنفره واستيحاشه وبعده عن ايدي الناس وذلك موجود فيما لا يؤكل لحمه والدليل عليه
ان لفظ الاصطياد بهذا المعنى يطلق على اخذ الرجال • كما قال القايل

صيد الملوك ارانب وثعالب • واذا ركبت فصيدي الابطال

ثم النبي عم نص على ان المستثنى من النص خمس فهو دليل على ان ما سوى الخمس فحكم النص فيه ثابت • والدليل عليه وهو انا لو جعلنا
الاستثناء باعتبار معنى لا يخرج المستثنى من ان يكون محصور العدد دون الخمس وكان هذا تعليلا مبطلا للنص ثم ما سوى الخمس
في معنى الاذى دون الخمس لان من طبعها البداءة بالاذى وما سواها لا يؤذي الا ان يؤذى فلم يكن في معنى المنصوص ليلحق به والذي
قال الحرمة ثابتة بالنص الى غاية بحرمة الاصطياد هكذا لان النص يثبت حرمة الاصطياد لا حرمة التناول وحرمة
الاصطياد بهذه الصفة تثبت بالنص في غير ماكول اللحم ثم لا خلاف بيننا وبين الشافعي رح ان الجزاء يجب بقتل الضبع على المحرم
لان عنده الضبع ماكول اللحم وعندنا هو من السباع التي لم يتناولها الاستثناء • وفيه حديث جابر رض حين سئل عن الضبع
اصيد هو فقال نعم ولكن السبع ان كان هو الذي ابتدا المحرم فلا شيء عليه في قتله عندنا وقال زفر عليه الجزاء لان فعل الصيد هدر
قال عم جرح العجماء جبار فوجوده كعدمه فيما يجب على الجزاء بقتله على المحرم • الا ترى ان في الضمان الواجب لحق العباد اذا كان
السبع مملوكا لا فرق بين ان تكون البداية منه او من السبع فكذلك فيما يجب لحق الله تعالى • وحجتنا في ذلك حديث عمر رض
فانه قتل ضبعا في احرامه واهدى كبشا وقال انا ابتدانا ففي هذا التعليل بيان ان البداءة اذا كانت من السبع لا يوجب شيئا
ولان صاحب الشرع جعل الخمس مستثنى لتوهم الاذى منها غالبا وتحقق الاذى لا يكون ابلغ من توهمه فتبين بالنص ان الشرع حرم
عليه قتل الصيد وما الزمه تحمل الاذى من الصيد فاذا جاء الاذى من الصيد صار ماذونا في دفع اذاه مطلقا فلا يكون
فعله موجبا للضمان عليه وبهذا فارق ضمان العباد فان الضمان يجب لحق العباد ولم يوجد الاذن ممن له الحق في اتلافه مطلقا
حتى يسقط به الضمان بخلاف ما نحن فيه ولا يدخل على ما ذكرنا قتل المحرم القمل فانه يوجب الجزاء عليه وان كان يؤذيه لان المحرم
اذا قتل قملة وجدها على الطريق لم يضمن شيئا لانها مؤذية ولكن اذا قتل القمل على نفسه انما يضمن لمعنى قضاء التفث بازالة ما ينمو
من بدنه عن نفسه وهذا بخلاف المحرم اذا كان مضطرا فقتل صيدا لان الاذن ممن له الحق مقيد هناك وليس بمطلق فان الاذن
في حق المضطر في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه الاية والاذن عند الاذى ثابت مطلقا في حق الصيد فلا يكون
موجبا للضمان عليه فاما اذا كان ابتداء السبع يلزمه قيمته بقتله لا يجاوز بقيمته شاة عندنا • وعلى قول زفر تجب قيمته
بالغة ما بلغت على قياس ما يؤكل لحمه من الصيود وهكذا ذكر اصحابنا رحمهم الله هذا الخلاف وذكر ابن شجاع في شرح اختلاف
زفر ويعقوب رح ان عند زفر فيما هو ماكول اللحم لا يجاوز بقيمته شاة • والحاصل ان زفر يقول بالضمان الواجب لحق الله تعالى
معتبر بالواجب لحق العباد وهناك لا فرق بين ماكول اللحم وبين غير ماكول اللحم فهنا لا فرق بينهما ايضا فاما ان يقال

تجب القيمة بالغة ما بلغت في الموضعين جميعا • وحجتنا في ذلك ان فيما لا يؤكل لحمه وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية يكون
مرتكبا محظور احرامه فلا يلزمه اكثر من شاة كلبس محظورات الاحرام فاما ما يؤكل لحمه وجوب الجزاء باعتبار عينه لانه متقوم
بجنسه بفعله فتجب قيمته بالغة ما بلغت وكذلك في حقوق العباد وجوب الضمان باعتبار ملك العين فيتقدر بقيمة العين وهذا
لان زيادة القيمة في الفهد والنمر بمعنى التفاخر للملوك به لا لمعنى الصيدية وذلك غير معتبر في حق المحرم فلهذا لا يلزمه اكثر من شاة
ان كان مفردا بالحج او العمرة وان كان قارنا لا يجاوز بما يجب عليه شاتين لانه محرم باحرامين • قال وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير في هذا الحكم سواء على ما بينا وذكر في بعض الروايات في الحديث المستثنى مكان الحداة الغراب والمراد به الابقع
الذي ياكل الجيف او يخلط فانه يبتدئ بالاذى فاما العقعق يجب الجزاء بقتله على المحرم لانه لا يبتدئ بالاذى غالبا والخنزير والقرد
يجب الجزاء بقتلهما على المحرم في قول ابي حنيفة وقال زفر لا يجب لان الخنزير بمنزلة الكلب العقور مؤذ بطبعه ومن نبا الشرع الى
قال عم بعثت لكسر الصليب وقتل الخنزير ولكنا ابو يوسف يقول بانه متوحش لا يؤذي غالبا والخنزير والقرد يجب الجزاء بقتلهما
على المحرم في قول ابي حنيفة لا يبتدئ بالاذى غالبا فيكون نص المحرم متناولا له وكذلك السمور والدلق يجب الجزاء بقتلهما على المحرم
والفنك كذلك اذا كان وحشيا فاما الفارة مستثناه • وفي الحديث بريها واهليها سواء والسنور كذلك في رواية الحسن عن ابي حنيفة
لا يجب الجزاء بقتله اهليا كان او وحشيا • وفي رواية هشام عن محمد رحمه الله ما كان بريا فهو متوحش كالصيود يجب الجزاء بقتله
فاما الضب فليس في معنى الحية المستثناه لانه لا يبتدئ بالاذى فيجب الجزاء على المحرم بقتله وكذلك اليربوع والارنب
بقتلها القيمة على المحرم فاما ما كان من هوام الارض فلا شيء على المحرم بقتله غير ان في القنفذ روايتان عن ابي يوسف
في احدى الروايتين قال هو نوع من الفارة وفي رواية جعله كاليربوع فاذا بلغت قيمته شيئا من هذه الحيوانات جملا او عناقا
لم يجزه الجمل والعناق من الهدي في قول ابي حنيفة رح وادنى ما يجزي ذلك في الجذع العظيم من الضان او الثني من غيرها فان كان
دون ذلك كفر بالاطعام وجعل هذا قياس الاضحية فكما لا يجزي هنا التقرب بالجمل والعناق مقصودا فكذلك هنا ولان الواجب
بالنص هنا الذي قال الله تعالى هديا بالغ الكعبة فهو بمنزلة هدي المتعة والقران فكما لا يجزي الجمل والعناق في هدي المتعة
والقران لا يجزي هنا • وابو يوسف ومحمد وابن ابي ليلى رح جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانا بالاثار التي جاءت
فان الصحابة قالوا في الارنب عناق • وفي اليربوع جفرة ولان الرجل قد يسمي للدراهم والثوب هديا • الا ترى ان الرجل لو قال
ان اهدي هذه الدراهم يلزمه ان يفعل ذلك فالجمل والعناق اولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على هدي المتعة لانه قياس المنصوص
بالمنصوص ولان الهدي فيكون عناقا وفصيلا [illegible] الا ترى انه لو اهدى ناقة فسبحت كان ولدها هديا يذبح ولو كان
كان يتصدق به كذلك قبل الذبح ولكن ابو حنيفة رح يقول انما يجوز هديا تبعا لا مقصودا اذا ابتنى الاضحية • قال في بيض النعامة
على المحرم القيمة • وفي الكتاب رواية عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما اوجبا في بيض النعامة القيمة قال ولو ان المحرم رمى صيدا
فجرحه ثم كفر عنه ثم راه بعد ذلك فقتله فعليه كفارة اخرى وان لم يكفر عنه في الاول لم يضره ولكن عليه فيهما شيء اذا كفر
في هذه الاخيرة الا ما نقصته الجرح الاول يريد به اذا كفر بقيمة صيد مجروح فاما اذا كفر بقيمة صيد صحيح فليس عليه شيء اخر
لان الفعلين منه جناية في احرام واحد على محل واحد فيكون بمنزلة فعل واحد فلهذا لا يجب عليه الا كفارة واحدة وهذا لان
الفعل الاول بعد التكفير باق فيجعل الثاني تماما له فاما بعد التكفير فقد انتهى حكم الفعل الاول فيكون الثاني جناية مبتداه
قال المحرم جرح صيدا ثم كفر عنه ثم راه بعد ذلك قبل ان يموت ثم مات اجزاه الكفارة التي اداها لان سبب الوجوب عليه
على الاحرام بجرح الصيد بعد ما تقرر سبب الوجوب فاذا تم الوجوب بذلك السبب جاز المؤدى كما لو جرح مسلما ثم كفر
ثم مات المجروح قال واذا احرم الرجل وله في منزله صيد لم يكن عليه ارساله عندنا • وقال الشافعي يلزمه ارساله
لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه وذلك حرام عليه بسبب الاحرام فيلزمه ارساله كما لو كان الصيد في يده بحضرته
ولكنا نستدل عليه بالعادة الظاهرة لان الناس يحرمون ولهم في بيوتهم بروج الحمامات وغيرها ولم يتكلف احد لارسال ذلك
قبل الاحرام ولم امر بذلك وهذا لان المستحق عليه ترك التعرض للصيد لا ازالة الصيد عن ملكه وتعرضه انما يحصل اذا كان الصيد
في يده بحضرته فاما اذا كان الصيد غائبا عنه في بيته لا يكون هو متعرضا له فلا يلزمه ارساله • الا ترى انه كما يحرم
عليه التعرض للصيد يحرم عليه التطيب ولبس المخيط ولا يلزمه اخراج شيء من ذلك من ملكه • قال وللمحرم ان يذبح الشاة والدجاج
لان هذا ليس من الصيود فان الصيد اسم لما يكون ممتنعا متوحشا فما لا يكون بجنسه ممتنعا متوحشا لا يكون صيدا ولك

وكذلك

وكذلك البط الذي يكون عند الناس والمراد منه الكسكري الذي يكون في الحياض هو كالدجاج مستانس بجنسه فاما البط
الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء فيه على المحرم والحمام اصله صيد يجب الجزاء فيه على المحرم في كل نوع منه • وقال مالك
ليس في المسرول من الحمام شيء على المحرم لانه مستانس يستانس بالناس • ولكنا نقول الحمام بجنسه ممتنع متوحش فكان صيدا
وان كان بعضه قد استانس كالنعامة وحمار الوحش وغيرهما قال وانما الذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فاما
طير البحر لان يفرخ فيه المحرم وجب الجزاء بقتله وهذا لان الله تعالى اباح صيد البحر مطلقا بقوله عز وجل احل لكم صيد البحر
الاية والمحرم والحلال فيه سواء ولان المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل في صيد البحر لان صيد البحر ما يكون بحري
الاصل والمعاش كالسمك فاما الطير فلا اصل له في المعاش لان توالده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر الا ترى ان
مائي الاصل وان كان يعيش في البر كالضفدع جعل مائيا باعتبار اصله حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء فكذلك ما يكون
بري الاصل لا يرخص للمحرم فيه قال محرم اصطاد ظبية فولدت عنده قبل ان يحل او بعد ما حل ثم ذبحها وولدها في الحل او في
فعليه جزاؤهما جميعا لانه حين اخذ الظبية وجب عليه ارسالها لازالة الحيلولة وذلك مستحق عليه في الحل شرعا فيسرى
الى الولد ويجب عليه ارسال ولدها معها وما كان من الحق المستحق عليه في العين والمعنى لا يمنع خروجه عن الاحرام فاذا ذبحهما
فقد فوت الحق المستحق عليه فيهما شرعا فلهذا وجب عليه جزاؤهما جميعا • الا ترى انه لو كان الصيد مملوكا لغيره كان
فيهما مستحقا عليه لحق المالك فذبحهما يلزمه قيمتهما فهذا مثله او اولى • قال واكره للمحرم ان يشتري الصيد وانهاه عنه
لان الصيد في حقه محرم العين فلا يكون مالا متقوما كالخمر فلا يجوز شراؤه اصلا وان اشتراه من محرم او حلال فعليه ان يخلي
بمنزلة ما لو اخذه وان عطب في يده فعليه جزاؤه لجنايته على الصيد باثبات يده عليه وانه اتلاف لمعنى الصيدية فيه ويجب
على البايع جزاؤه ايضا ان كان محرما لانه جاني على الصيد بتسليمه الى المشتري مفوت لما كان مستحقا عليه من تخلية سبيله
فكان ضامنا الجزاء • قال وان اصطاد المحرم صيدا فحبسه عنده حتى مات فعليه جزاؤه وان لم يقتله لانه متلف معنى الصيدية
معنى باثبات يده عليه والاتلاف الحكمي بمنزلة الاتلاف الحقيقي في ايجاب الضمان عليه كما لو قطع احدى قوايم الظبي قال
محرم او حلال اخرج صيدا من الحرم فانه يؤمر برده الى الحرم لانه كان بالحرم امنا صيدا وقد زال ذلك الامن عنه
باخراجه فعليه اعادة امنه بان يرده الى الحرم فيرسله فيه وهذا لان كل فاعل هو متعدي في فعله فعليه نسخ ذلك
الفعل قال عم على اليد ما اخذت حتى ترد ونسخ فعله بان يعيده كما كان قال فان ارسله في الحل فعليه جزاؤه لانه ما اعاده
امنا كما كان فان الامن كان ثابتا بسبب الحرم فما لم يصل الى الحرم لا يعود اليه ذلك الامن ولا يخرج الجاني من عهدة
فعله بمنزلة الغاصب اذا رده على غير المغصوب منه الا ان يحيط العلم بانه وصل الى الحرم سالما فحينئذ يبرا عن جزائه
كما اذا وصل المغصوب الى يد المغصوب منه قال وكل شيء صنعه المحرم بالصيد مما يتلفه ويعرضه للتلف فعليه جزاؤه
الا ان يحيط علمه بانه سلم منه فحينئذ يتم انتساخ فعله وذلك بان يجرحه فتندمل الجراحة بحيث لا يبقى له اثر او ينتف
فيخبث بنبت مكانه اخر او يقلع السن فينبت مكانه اخر في قول ابي حنيفة ومحمد رح فحينئذ لا يلزمه شيء وقاسا بالضمان
في حق العباد فانه انما يسقط اذا لم يبق للفعل اثر في المحل فكذا هنا • وقال ابو يوسف يلزمه صدقة باعتبار ما وصل من الالم
الى الصيد لان باندمال الجراحة لم يتبين ان الالم لم يصل اليه • وقد روي عن ابي يوسف اعتبار الالم ايضا في الجناية
على حقوق العباد حتى اوجب على الجاني ثمن الدواء واجرة الطبيب الى ان تندمل الجراحة قال ولا ينبغي للحلال ان يعين
على قتل الصيد لان فعل المحرم معصية والاعانة على المعصية معصية فقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعين شريكا
ولان الواجب عليه ان يامره بالمعروف وينهاه عن التعرض للصيد فاذا اشتغل بالاعانة فقد اتى بضد ما هو واجب عليه
فكان عاصيا فيه وليس عليه شيء سوى الاستغفار لان الاصطياد ليس بحرام عليه انما المحرم عليه الاعانة في المعصية
وذلك يوجب التوبة قال وكذلك لا ينبغي له ان يشتريه منه لان بيعه حرام على المحرم ولان في امتناعه عن الشراء زجرا للمحرم
عن اصطياده فانه تقل رغبته في الاصطياد اذا علم انه لا يشترى منه الصيد وسواء اصاب المحرم الصيد عمدا او
فعليه الجزاء عندنا وهو قول عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص رض وقال ابن عباس رض ليس على المحرم في قتل
الصيد خطا جزاء لظاهر قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الاية فالتقييد بالعمدية لايجاب الجزاء
يمنع وجوبه على المخطي • ولكنا نقول هذا ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فيستوي فيه العامد والخاطي كغرامات الاموال

وهذه كفارة تجب جزاء الفعل فيكون واجبا على المخطئ كالكفارة بقتل المسلم ولان الله تعالى حرم على المحرم قتل الصيد مطلقا
وارتكاب ما هو محرم بسبب الاحرام موجب للجزاء عمدا كان او خطأ فاما ما نقله من التعمد في الاية بل الجزاء لاجل الوعيد المذكور
في اخر الاية بقوله عز وجل ليذوق وبال امره الى قوله ومن عاد فينتقم الله منه وهذا الوعيد على العامد دون المخطئ فذكر العمد هنا
للتنبيه لان الدلالة قد قامت على ان صفة العمدية في القتل ما تمنع وجوب الكفارة ليختص الخطر به فذكر الله تعالى هنا حتى يعلم
انه لما وجبت الكفارة هنا اذا كان الفعل عمدا وجب اذا كان خطأ بطريق الاولى وكذلك ان كان هذا القاتل اول ما اصاب او اصاب قبله
او اصاب قبله ثانيا فعليه الجزاء في الوجهين جميعا ● وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول يجب الجزاء على المبتدئ بقتل الصيد فاما العائد
لا يلزمه الجزاء ولكن يقال له اذهب فينتقم الله منك لظاهر قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله ● ولكنا نقول بان الاتلاف لا يختلف
بين الابتداء والعود اليه وجزاء الجناية عند العود اليها بطريق الاولى لان جناية العائد اظهر من جناية المبتدئ بالفعل مرة فاما
الاية فالمراد من عاد بعد العلم بالحرمة كما في قوله تعالى في اية الربوا ومن عاد فاولئك اصحاب النار يعني الى المباشرة بعد العلم
بالحرمة لا ان يكون المراد العود الى القتل بعد القتل ● قال واذا قتل الصيد في الحرم فعليه قيمته الا على قول اصحاب الظواهر
وهذا قول مختصر به لكونه مخالفا للكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم يقال
في اللغة احرم اذا دخل في الحرم كما يقال اشتى اذا دخل في الشتاء وقال عليه السلام ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات
والارض لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها اذا ثبت الامن لصيد الحرم بهذه النصوص كان الجاني بالاتلاف محلا محترما
متقوما فيلزمه جزاؤه والجزاء قيمة الصيد كما في حق المحرم الا ان المذهب عندنا ان جزاء صيد الحرم يتأدى باطعام المساكين
ولا يتأدى بالصوم وفي التأدي بالهدي روايتان وعلى قول زفر رحمه الله يتأدى بالصوم اذا لم يجد المال لعدمه فكذلك هنا
والمذهب عند الشافعي ان معنى الغرامة والمقابلة بالمحل في الفصلين جميعا لان الواجب مثل المتلف بالنص اما من حيث
الصورة او من حيث القيمة ومثل الشيء انما يجب في الاصل ليقوم مقامه فكان جانب المحل هو المراعى في الفصلين جميعا
وقد ثبت في حق المحرم ان الواجب يتأدى بالصوم فكذلك في صيد الحرم واما الواجب على المحرم بطريق الكفارة فالمعتبر فيه
معنى جزاء الفعل لانه لا حرمة في المحل انما المحرم في المباشر وهو احرامه ● الا ترى انه بعدما حل من احرامه يجوز له الاصطياد
وانه لم يتبدل وصف المحل وجزاء الفعل يجب بطريق الكفارة واما في صيد الحرم وجوب الجزاء باعتبار وصف ثابت في المحل
وهو صفة الامن الثابت للصيد بسبب الحرم ● الا ترى انه انما يتغير هذا الحكم بتغير وصف المحل بخروجه من الحرم الى الحل
الا ترى انه كما يجب ضمان الصيد بسبب الحرم يجب ضمان النامي من الاشجار النامية في الحرم لما فيها من صفة مثلها ويثبوت
الامن لها بسبب الحرم ولا شك ان ما يجب بقطع الاشجار يكون غرم المحل فكذلك ما يجب بقتل صيد الحرم يكون غرم المحل
فكان هذا بغرامات المالية اشبه وكما لا مدخل للصوم في غرامات الاموال فانها تجب بها حق الله تعالى كالتلاف مال الزكوة
والعشر فكذلك لا مدخل للصوم في جزاء صيد الحرم بتغيره وهو انه لا زال الامن عن محل من حق الله تعالى فيلزمه مقابله
اثبات صفة الامن عن الجوع للمساكين حقا لله تعالى وذلك يحصل بالاطعام دون الصيام واما في حق المحرم لما كان الواجب
لارتكابه فعلا محرما حقا لله تعالى يتأدى ذلك بفعل ما هو مأمور به حقا لله تعالى وهو الصيام وفي الهدي روايتان هنا
في احدى الروايتين يقول لا يتأدى الواجب باراقة الدم بل بالتصدق باللحم حتى يشترط ان يكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد
فان كان دون ذلك لا يتأدى الواجب ● وكذلك ان سرق المذبوح لانه لا مدخل لاراقة الدم في الغرامات وانما المعتبر
فيه التمليك من المحتاج وذلك يحصل باللحم ● وفي الرواية الاخرى يقول يتأدى الواجب باراقة الدم حتى اذا سرق المذبوح
لا يلزمه شيء ويشترط ان يكون قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد لان الهدي ما يجعله لله تعالى واراقة الدم طريق صالح
يجعل المال خالصا لله تعالى بمنزلة التصدق ● الا ترى ان المضحي يجعل الاضحية لله تعالى باراقة دمها فكذلك هنا
ولكنا نقول حرمة الحرم في حق الصيد كحرمة الاحرام ● قال ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله عندنا وقال الشافعي
ليس عليه ارساله لان الامن بسبب الحرم يثبت في حق الشرع وانما يثبت في المباح دون المملوك كالاشجار فانما يثبتها الناس
في الحرم لا يثبت فيها حرمة الحرم وقاس هذا بالاسترقاق فان الاسلام يمنع الاسترقاق في حق الشرع ثم لا يزال الرق الثابت قبله
فكذلك هذا ولكنا نقول حرمة الحرم في حق الصيد كحرمة الاحرام فكما ان الحرمة بسبب الاحرام تثبت بسبب الصيد المملوك
حتى يثبت ارساله فكذلك الحرمة بسبب الحرم بسبب صالح لهما وقد ظهر الحرم عقيبه وانما اراد بقوله الحذاء الالتقاء الاشا

الى

الملتزم في حق هذا وبين الضمان الواجب لحق العباد فان من ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتا وماتت لما وجب هناك
ضمان الاصل لم يجب ضمان الجنين لان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد
غير مبني على الاحتياط فلهذا رجح شبهة النفس في الجنين ما وجب عليه جزاؤهما قال واذا عطب الصيد بفسطاط المحرم او
حفرها اللماء فلا شيء عليه بخلاف ما اذا نصب شبكة او حفر حفيرة لاخذ الصيد لانه متسبب في الموضعين الا ان التسبب
اذا كان تعديا يكون موجبا للضمان كحفر البئر في ملك نفسه ونصب الشبكة من المحرم تعدي لانه قصد به الاصطياد فاما ضرب
الفسطاط ما لم يتعد اذا لم يقصد به الاصطياد ● الا ترى ان الحلال لو نصب شبكة فتعلق به صيد تملكه حتى لو اخذه غيره
كان له ان يسترده منه بخلاف ما اذا ضرب فسطاطا وعلى هذا التفريع منه الصيد فانكسر لم يلزمه شيء بخلاف ما اذا فزعه الصيد
هوا وحركه فانه وجد بسبب هو متعدي فيكون ضامنا قال المحرم اصطاد صيدا فارسله محرم اخر من يده فلا شيء عليه لان
محرم العين على المحرم بالنص ● قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فلم يملكه بالاخذ كمن اشترى خمرا لا يملكه
فانه محرم العين فاذا لم يملكه لم يكن المرسل من يده متلفا عليه شيئا ولانه فعل عين ما يجب عليه فعله شرعا فهو كمن اراق خمرا
على المسلم ● قال ولو قتله في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه اما القاتل فلانه جنى على احرامه بقتل الصيد واما الاخذ فلانه كان
متلفا المعنى الصيدية فيه حكما باثبات يده ثم يرجع الاخذ بما ضمن من الجزاء على القاتل عندنا ● وقال زفر لا يرجع عليه بشيء
لان الاخذ لم يملك الصيد ولا كان له فيه يد محترمة ووجوب الضمان له على القاتل باعتبار احد هذين المعنيين ولانه بالقتل
لزمته كفارة يعني بها ويخرج بالصوم منها فلو رجع عليه انما يرجع بضمان المالية وبجنسه ولا يجوز ان يرجع عليه بالكفارة لزمته
وحجتنا في ذلك ان اليد على هذا الصيد كانت يدا معتبرة في حق الاخذ لانه يتمكن به من الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه والقاتل
يصير مفوتا عليه هذه اليد فيكون ضامنا له في الحرم وليس هذا نظير الاشجار لان ما ينبتها الناس ليس بمحل لحرمة الحرم اصلا
بمنزلة الاهلي من الحيوانات كالابل والبقر والغنم فاما الصيد مملوكا كان او غير مملوك فهو محل لثبوت الامن له بسبب الحرم فعليه ارساله
كما لو اخذه في الحرم فان ارسله فحل يقتل حماما ان الحرم لم يكن عليه في ذلك شيء لانه بالارسال لما قصد الاصطياد انما
مباشرة ما هو مستحق عليه وهو رفع اليد عن الصيد لا من بانه يكون عليه عهدة ما يفعله الصيد بعد ذلك كعبد اعتق عبدا عن كفارته
فجعل العبد يرتكب الجنايات لا يكون على المعتق شيء من ذلك فهذا مثله قال ولا حرج فيما يخص اهل مكة من الحجل والثعالب ولا يدخل
الحرم شيئا منها الحديث بن عمر رضي الله عنه ان عبد الله بن عامر اهدى اليه بمكة بيض نعام وطير حجل فلم يقبلهما وقال اهديتهما الى امين
ما كانا الي يعني ما ارتابه انهما صارا امنين بادخالهما في الحرم حين والحجل والثعالب من الصيود فبادخال الحرم اياهما اجتماعا
يثبت الامن فيهما فلا يحل تناول شيء منهما وذلك مروي عن عائشة والحسين بن علي رضي الله عنهم وعامة اهل مكة في هذا الترخيص خلاف النص
فيكون ساقط الاعتبار فان ذبحهما قبل ان يدخلهما الحرم فلا باس بتناولهما في الحرم لانه انما دخل اللحم في الحرم واللحم ليس بصيد
قال وان رمى صيدا بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم فعليه جزاؤه لان صيد الحرم مبني على الاحتياط ولانه اذا اجتمع
المعنى الموجب للحظر لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحلال الحرام فلا يحل تناول هذا الصيد لهذا المعنى
قال وان كان الرامي في الحرم والصيد في الحل فعلينا ان الاصطياد حرم على من كان في الحرم كما هو محرم على المحرم فهذا
وما لو كان الصيد في الحرم سواء وان كان الرامي في الحل والصيد في الحل الا ان بينهما قطعة من الحرم فمر فيها السهم فلا شيء عليه
ولا باس باكله لانا لو اعتبرنا الرامي فهو حلال في الحل وان اعتبرنا جانب الصيد فهو صيد الحل ومرور السهم في هذا
الحرم لا يثبت حرمة الحرم في حق الصيد ولا في حق الرامي والسهم ليس بمحل حرمة الحرم فلهذا لا يجب على الرامي شيء ولا باس
باكله قال وان خرج صيدا في الحل وهو حلال فدخل الحرم ثم مات فيه لم يكن عليه جزاؤه لان فعله في وقت الجرح كان مباحا
مطلقا والسراية اثر الفعل فاذا لم يكن اصل فعله موجبا للجزاء لا يكون اثره موجبا كمن خرج مرتدا فاسلم ثم مات
وفي القياس لا باس باكل هذا الصيد لان فعله كان عند حاله موجبا كمن خرج مرتدا فاسلم ثم مات وفي القياس لا باس باكل هذا الصيد
للحل حتى لو مات منه في الحل حل تناوله ولكنه كره اكله استحسانا لما بينا ان حل التناول حكم يثبت عند زهوق الروح عنه
وذلك صيد الحرم واعتبار هذا الجانب يحرم التناول واعتبار جانب الجرح يبيح تناوله فيترجح الموجب للحرمة
على الموجب للحل ● قال واذا ذبح الهدي في جزاء الصيد بالكوفة وتصدق به لم يجزه من الهدي لان اراقة الدم لا تكون
قربة الا في وقت مخصوص او مكان مخصوص وهو الحرم هنا وقد نص الله تعالى على التبليغ الى الحرم هنا بقوله عز وجل

هديا بالغ الكعبة ولكن ان كان قيمة اللحم بعد الذبح اجزاه الطعام اذا اصاب كل مسكين نصف صاع من حنطة
او اكثر واذا اراد الصوم بالصوم فنزل الجابر في حق المحرم لان الصوم قربة في اي موضع كان فاما صيد الحرم
في حق الحلال فقد بينا انه لا مدخل للصوم فيه الا ان يكون محرما اصاب الصيد في الحرم فحينئذ يتادى كفارته بالصوم
لانه في حق المحرم لا تنفصل حرمة الحرم فالواجب عليه كفارة ● الا ترى انه لا تجزى عنه الا بتادى بالصوم وعلى هذا لو دل
محرم على صيد في الحرم يلزمه الجزاء كالمحرم بناء على اصله ان الواجب عليه كفارة حتى يتادى بالصوم فيكون الدال فيه كالمباشر
وقد روى عن ابي يوسف رح في هذا الفصل مثل قول زفر قال واذا اكل المحرم من جزاء الصيد فعليه قيمة ما اكل لان حق الله
تعالى بالتصدق تعلق بالمذبوح فاذا صرفه الى حاجته صار ضامنا قيمته للمساكين وكذلك ان اكله بعد ما ذبحه عنه
فعليه قيمته مذبوحا بخلاف ما اذا سرق فان الهدي قد بلغ محله حين ذبح بمكة وبقي وجوب التصدق متعلقا بعين المذبوح
فاذا هلك من غير صنعه لا يلزمه شيء واذا استهلكه بالاكل فعليه ضمان قيمته للفقراء بمنزلة مال الزكوة واذا تصدق
هذه القيمة على مسكين واحد اجزاه بمنزلة اللحم اذا تصدق على مسكين بخلاف ما اذا اختار التكفير بالاطعام فانه لا يجزيه
الا ان يطعم كل مسكين نصف صاع لان طعام الكفارة في حق كل مسكين يتقدر بنصف صاع كما في كفارة اليمين فاما ما
في التكفير يحصل باراقة الدم دون التصدق باللحم ثم التصدق بعد ذلك يلزمه باعتبار انه صار لله تعالى خالصا
فهو بمنزلة الزكوة فان شاء صرفها الكل الى مسكين واحد وان شاء فرقه على المساكين وفي التكفير بالاطعام اذا اعطى كل مسكين
نصف صاع فحصل مقدار ما يتصدق به على مسكين واحد بمنزلة ما لو كان الواجب هذا المقدار يتصدق به على مسكين ○
وان اختار الصوم يصوم باعتبار هذا المد يوما كاملا او يطعم لان الصوم لا يكون اقل من يوم ولا نفرق في الصيد في جزاء
الصيد لانه مطلق في كتاب الله تعالى قال الله تعالى او عدل ذلك صياما ليذوق وبال امره فان شاء تابع وان شاء فرق
قال واذا قتل المحرم الجراد فعليه فيه القيمة لان الجراد من صيد البر ● وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال
تمرة خير من جرادة ● قال وليس على المحرم في قتل وقصة الحديث ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون
مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رض ارى دراهمكم يا اهل حمص كثيرة تمرة خير من جرادة قال وليس على المحرم في قتل البعوض والذباب والنملة والقراد
لان هذه الاشياء ليست من الصيود فانها لا تنفر من بني ادم ولو كانت من الصيود كانت موذية بطبعها فلا شيء على المحرم في قتلها
وقد روى عن عمر رض انه كان يقرد بعيره في احرامه وقال ابن عباس رض لعكرمة مولاه قم فقرد البعير فقال انا محرم فقال
لو امرتك بنحره هل كنت تنحره فقال نعم فقال كم من قرادة وحمنانة تقتله بالنحر ثم انه ليس على المحرم في القراد والحمنانة شيء ويكره له
قتل القملة لا لانه صيد ولكن لانه متولد من بدنه فيكون قتله من قضاء التفث والمحرم ممنوع من ذلك بمنزلة ازالة الشعر فان قتلها
فليتصدق بشيء فهو خير من القملة اذ لا اجر في القمل كما قال علي رض القملة ضالة لا تلتمس وهذا يخرج عن الواجب بما يتصدق به ○
من قليل وكثير ● قال ولا باس للمحرم ان يغتسل فان عمر رض اغتسل وهو محرم وانما اورد هذا لان من الناس من كره ذلك
ويقول ان الماء يقتل هوام الراس وليس كذلك بل الماء لا يزيده الا شعثا ● قال ولو ان حلالا اصاب بيضا من بيض الصيد
فاعطاه محرما فشواه فعلى المحرم جزاؤه لان البيض اصل الصيد وقد افسده المحرم بفعله فعليه جزاؤه ولا باس باكله بخلاف
الصيد اذا قتله المحرم لانه انما يحرم بفعل المحرم ما يحتاج في حله الى الذكوة ولا حاجة الى الذكوة في حل البيض الا ترى
ان المسلم والمجوسي فيه سواء فكذلك المحرم والحلال ووجوب الجزاء على المحرم لا يوجب الحرمة كما لو دل حلالا على صيد يلزمه الجزاء
ولا يحرم تناول الصيد قال فان محرم اصاب صيدا كثيرا على قصد الاحلال والرفض لاحرامه فعليه لذلك كله دم عندنا وقال
الشافعي عليه جزاء كل صيد لانه مرتكب محظور الاحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاؤه كما لو لم يقصد رفض الاحرام وهذا لان
هذا ليس بشيء لان احرامه لا يرتفض بقتل الصيد فكان وجود هذا القصد كعدمه وهو بناء على اصله ان وجوب الجزاء
للجناية دون الفعل فلا معنى بقصده الى الرفض بفعله ● ولكنا نقول ان قتل الصيد من محظورات الاحرام وارتكاب محظورات
العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلوة الا ان الشرع جعل الاحرام لازما لا يخرج منه الا باداء الاعمال
الا ترى انه حين لم يكن لازما في الابتداء كان يرتفض بارتكاب المحظور وكذلك الامة اذا احرمت بغير اذن زوجها فللزوج ان يحللها
لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كان له ان يحللها بفعل شيء من المحظورات فكان هو في قتل الصيود هنا قاصدا الى تعجيل
الاحلال لا الى الجناية على الاحرام وتعجيل الاحلال يوجب دما واحدا كما في حق المحصر بخلاف ما اذا لم يكن على قصد الرفض

الاحرام

الاحرام لانه قصد الجناية على الاحرام فتقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد وقد بينا ان حكم جزاء الصيد في حق المحرم
يبتنى على قصده حتى ان صار ربا للفسطاط لا يكون ضامنا للجزاء بخلاف ناصب الشبكة قال ولا يتصدق من جزاء الصيد
على والد وولد بمنزلة الزكوة وصدقة الفطر فانه ما لو جب التصدق به لحق الله تعالى وان اعطى منه ذميا اجزاه
الا في رواية عن ابي يوسف حيث قال كل صدقة واجبة لا يجوز صرفها الى فقراء اهل الذمة وقد بينا هذه الفصول
في كتاب الصوم فهو على ما ذكرناه ثم قال واذا بلغ جزاء الصيد جزورا فهو احب الي من ان يشتري بقيمته اغناما لان المندوب
اليه التعظيم في الهدايا بجر هدي الاحصار وهدي المتعة ● قال وليس عليه ان يعرف بالجزور في جزاء الصيد ولا ان يقلده
لان شبه التقليد والتعريف فيما يكون نسكا وهذا دم كفارة لا يستر فيه التعريف والتقليد وان كان لو فعل ذلك لا يضره
وعلى هذا هدي الاحصار والكفارات فكان المعنى فيه ان ما يكون نسكا فالتشهير فيه اولى ليكون باعثا لغيره ان يفعل مثل ما فعله
فاما ما يكون كفارة فسببه ارتكاب المحظورات فالتشهير على نفسه في مثله اولى من التشهير قال عم من اصاب من هذه القاذورات
شيئا فليستتر بستر الله قال واذا رمى الصيد وهو حلال ثم احرم فليس عليه في ذلك شيء لان فعله في الرمي كان مباحا
مطلقا ولان الجناية على الاحرام ربما يتعقبه لا انما يسبقه ● قال واذا رمى الصيد وهو حلال ثم احرم فليس عليه في ذلك شيء
لانه [illegible] كان مباحا مطلقا ولان الجناية قال واذا رمى طائرا على غصن شجرة اصلها في الحرم او في الحل ينظر الى اصلها
ولكن ينظر الى موضع الطائر فان كان ذلك الغصن في الحل فلا جزاء عليه وان كان في الحرم فعليه فيه الجزاء لان قوائم الصيد
ليس بالغصن قال الله تعالى الم يروا الى الطير مسخرات في جو السماء ما يمسكهن الا الله فكان المعتبر فيه موضع الصيد فان كان
ذلك الموضع من هواء الحرم فالصيد صيد الحرم وان كان من هواء الحل فالصيد صيد الحل واما في قطع الغصن فينظر الى اصل
الشجرة فان كان في الحل فله ان يقطعه لان قوائم الاغصان بالشجرة فيجعل حكم الاغصان حكم اصلها وان كان بعض الاصل
في الحرم وبعضه في الحل فهو من شجر الحرم ايضا لانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحظر والموجب للحل فهو بمنزلة صيد قائم
بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم يكون من الحرم بخلاف ما اذا كان قوائم الصيد في الحل وراسه في الحرم فان قوامه بقوائمه
دون راسه الا ان يكون نائما وراسه في الحرم فحينئذ قوائمه جميع بدنه فاذا كان شيء منه في الحرم فهو بمنزلة صيد الحرم
ثم الاصل في حرمة اشجار الحرم قوله عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ● قال هشام سالت محمدا رح عن معنى ○
هذا اللفظ فقال كل ما لا يقوم على ساق ● وروي ان عمر رض قطع دوحة كانت في موضع الطواف تؤذي الطائفين فتصدق
بقيمتها وحرمة اشجار الحرم كحرمة صيد الحرم فان صيد الحرم ياوي الى اشجار الحرم ويستظل بظلها ويتخذ اوكاره على اغصانها
فكما تجب القيمة في صيد الحرم على من اتلفه فكذلك تجب القيمة على من قطعه وشجر الحرم ما ينبت بنفسه لا ما ينبته الناس
فاما ما ينبته عادة فليس له حرمة الحرم سواء انبته انسان او نبت بنفسه لان الناس يزرعون ويحصدون
في الحرم من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا زجر زاجر فاما ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته انسان
فلا شيء عليه في قطعه ايضا لانه ملكه والتحق بفعله بما ينبته الناس عادة فاما اذا نبت بنفسه فله حرمة الحرم وان كان في ملك
انسان نبت او لو انبت في ملكه حتى قالوا لو نبت في ملك رجل ام غيلان فقطعه انسان فعليه قيمته لمالكه وعليه قيمته لحق الشرع
بمنزلة ما لو قتل صيدا مملوكا في الحرم ● قال وان قطع رجلان شجرة من شجر الحرم فعليهما قيمة واحدة على قياس صيد الحرم ○
اذا قتله رجلان الا ان هنا يستوي ان كانا محرمين او حلالين بخلاف صيد الحرم لان حرمته في حق المحرم بسبب الاحرام فيتكامل
على كل واحد منهما فاما حرمة الشجرة بسبب الحرم لا ان الاحرام لا يمنع قطع الشجر فلهذا كان المحرم والحلال سواء في ذلك
ويكون الواجب على كل واحد منهما نصف القيمة ولا يجزي فيه الصيام انما يهدي او يطعم على قياس ما بينا في صيد الحرم في حق
الحلال قال ولا احب ان ينتفع بتلك الشجرة التي ادى قيمتها لانه لو ابيح له ذلك لتطرق الناس الى مثله فلا يبقى اشجار الحرم
وفي ذلك ايحاش صيد الحرم ولكنه لو انتفع بها فلا شيء عليه لان المقطوع صار مملوكا له بما غرم من القيمة وليس للمقطوع
حرمة الحرم بعد القطع فلا شيء عليه في الانتفاع ● الا ترى انه لو ذبح صيد الحرم ثم تناوله بعد ما ادى الجزاء لم يلزمه
بالتناول شيء فهذا مثله فان غرسها فنبتت فله ان يقطعها ويصنع بها ما شاء لان المقطوع ملكه وهو الذي انبته وقد بينا
ان ما ينبته الناس لا تثبت فيه حرمة الحرم ● قال وما تكسر من شجر الحرم ويبس حتى سقط فلا باس بالانتفاع به لان ثبوت الحرمة
بسبب الحرم فيما يكون ناميا فيه حيوة مثله والمنكسر وما يبس ليس فيه معنى النمو فلا باس بالانتفاع به ● قال

ولا يختلى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر فانه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رخص فيه وانما اراد به
ما روي ان العباس رضي الله عنه سبقه لذلك لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال
الا الاذخر يا رسول الله فانها لقبورهم وبيوتهم او لبيوتهم وقبورهم فقال عليه السلام الا الاذخر وتاويل هذا انه كان
من قصده عليه السلام ان يستثني الا ان العباس سبقه لذلك او كان وحي اليه ان يرخص فيما يستثنيه العباس
رضي الله عنه وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله لا باس بالرعي لان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب لا يمكنهم منع الدواب
من رعي الحشيش ففي ذلك من الحرج ما لا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج كما لا يخفى وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله لا باس بان يحتش
ويرعى لاجل البلوى والضرورة فيه فانه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم ولكن ابو حنيفة ومحمد استدلا
بقوله عليه السلام لا يختلى خلاها وفي الاحتشاش ارتكاب النهي وكذلك في رعي الدواب لان مشافر الدواب كالمناجل وانما يعتبر
البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه فاما مع وجود النص لا معتبر به . قال ولا باس باخذ الكماة في الحرم لانه ليس من نبات الارض
بل هو مودع فيه وكذلك لا باس باخذ حجارة الحرم وقد نقل عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم فيما بين الناس باخراج القدور ونحوها
من الحرم ولان الانتفاع بالحجر في الحرم مباح وما يجوز الانتفاع به في الحرم يجوز اخراجه من الحرم ايضا ثم حرمة الحرم
خاصة بمكة عندنا وليس للمدينة حرمة الحرم في الصيود والاشجار ونحوها . وقال الشافعي رحمه الله للمدينة حرمة الحرم
حتى ان من قتل صيدا فعليه الجزاء لقوله عليه السلام ان ابراهيم حرم مكة واني احرم ما بين لابتيها يعني المدينة وقال من رايتموه يصطاد
فخذوا ثيابه . وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى بعض الصبيان بالمدينة طائرا فطار من يده
فجعل يتاسف على ذلك ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم يا ابا عمير ما فعل النغير اسم ذلك الطير وهو طير صغير مثل العصفور فلو كان
للصيد في المدينة حرمة الحرم لما ناول رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيا ولان هذه بقعة يجوز دخولها بغير احرام فيكون
قياس البلدان بخلاف الحرم فانه ليس لاحد ان يدخلها الا محرما . قال واذا قتل المحرم البازي المعلم فعليه قيمته للكفارة
غير قيمته معلما لان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية في تنفره وبكونه معلما ينتقص ذلك ولا يزداد لان توحشه نقل
اذا كان معلما فلا يجوز ان يكون ذلك زيادة في الجزاء بخلاف ما اذا كان مملوكا لانسان ان عليه لمالكه قيمته معلما لان وجوب القيمة
هنالك باعتبار معنى المالية وماليته بكونه منتفعا به وذلك يزداد بكونه معلما وكذلك الحمامة اذا كانت تجيء من موضع كذا
ففي ضمان قيمتها على المحرم لا يعتبر ذلك المعنى وفي ضمان قيمتها يعتبر فاما اذا كانت مصوتة فيزداد قيمتها لذلك فاعتبار ذلك
في الجزاء روايتان في احدى الروايتين لا يعتبر لانه ليس في معنى الصيدية في شيء . وفي رواية اخرى يعتبر لانه وصف ثابت
باصل الخلقة بمنزلة الحمام اذا كان مطوقا قال واذا اضطر المحرم الى قتل الصيد فلا باس بان يقتله ليأكل من لحمه ويؤدي الجزاء
وقد بينا هذا فيما سبق وروي في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه اذا اضطر الى ميتة وصيد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
يتناول من الصيد ويؤدي الجزاء وعلى قول زفر يتناول من الميتة لانه لو قتل الصيد صار ميتة فيكون جامعا بين اكل الميتة
وقتل الصيد وله من احدهما غنية بان يتناول الميتة ولكنا نقول حرمة الميتة اغلظ . الا ترى ان حرمة الصيد ترتفع بالخروج من
الاحرام وحرمة الميتة لا فعليه ان يتحرز عن اغلظ الحرمتين بالاقدام على اهونهما وقتل الصيد وان كان محظور الاحرام
ولكنه عند الضرورة لا باس به كالحلق عند الاذى فهذا يقتل الصيد ويتناول من لحمه ويؤدي الجزاء والله اعلم بالصواب

باب المحصر

قال الاصل في حكم الاحصار قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فان احصرتم اي منعتم عن تمامها فما استيسر من الهدي شاة
يبعثونها الى الحرم ليذبح ثم يحلقون لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فعلى المحصر اذا كان محرما بالحج ان يبعث
بثمن هدي يشترى به بمكة فيذبح عنه يوم النحر فيحل من احرامه وهذا قول علمائنا رحمهم الله . وحجته في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج مع اصحابه معتمرا فاحصر بالحديبية فذبح هداياه وحلق هو واصحابه وقاضاهم على ان يعود من قابل
فيخلوا مكة ثلاثة ايام اي عاهدهم بغير سلاح فيقضي عمرته فانما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم الهدي في الموضع الذي احصر فيه
ولانه لو بعث بالهدي لا يامن ان لا يفي المبعوث على يده او يهلك الهدي في الطريق واذا ذبحه في موضعه يتيقن بوصول الهدي الى محله

دخدم

وخروجه من الاحرام بعد اراقة دمه فكان هذا اولى . وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله والمراد به
الحرم بدليل قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق بعد ما ذكر الهدايا ولان التحلل باراقة دم هو قربة واراقة الدم لا يكون قربة الا في مكان
مخصوص وهو الحرم او زمان مخصوص وهو ايام النحر ففي غير ذلك المكان والزمان لا يكون قربة . قال ويختص هذا الدم بدم المتعة
من حيث انه يتحلل به عن الاحرام وذلك يختص بالحرم فكذلك هذا واما ما روي فقد اختلفت الروايات في نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم
الهدايا حين احصر فروي انه بعث الهدايا على يدي ناجية لينحرها في الحرم حتى قال ناجية ماذا اصنع بما يعطب منها قال انحرها واصبغ نعلها
بدمها واضرب بها صفحة سنامها وخل بينها وبين الناس ولا تاكل انت ولا رفقتك منها شيئا وهذه الرواية اقرب الى موافقة الاية ○
قال الله تعالى هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفا ان يبلغ محله فاما الرواية الثانية ان صحت فنقول
الحديبية من الحرم فان نصفها من الحل ونصفها من الحرم ومضارب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت في الحل ومصلاه في الحرم
وانما سبقت بالهدايا الى الجانب منها ونحرت بالحرم فلا يكون للخصم فيه حجة وقيل ان النبي عليه السلام كان مخصوصا بذلك لانه ما كان يجد في ذلك
الوقت من يبعث بالهدايا على يده الى الحرم قال ثم اذا بعث بالهدي الى الحرم فذبح عنه فليس عليه حلق ولا تقصير في قول ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا . وقال الشافعي الحلق نسك فعلى المحصر ان ياتي به ثم عليه عمرة وحجة هكذا روي عن ابن عباس ○
وابن عمر رضي الله عنهم اما قضاء الحج فان كان محرما بحجة الاسلام فقد بقيت عليه حين لم تصر مؤداة وان كان محرما بحجة التطوع فعليه
قضاؤها عندنا لانه صار خارجا منها بعد صحة الشروع قبل ادائها وعند الشافعي لا يجب عليه القضاء وهو نظير الشارع
في صوم التطوع اذا افسده وقد بيناه في كتاب الصوم واما قضاء العمرة عليه فلانه صار في معنى فائت الحج حين كان خروجه ○
بعد صحة الشروع قبل اداء الاعمال وعلى فائت الحج اعمال العمرة فاذا لم يات بها كان عليه قضاء العمرة ايضا قال واذا بعث بالهدي
فان شاء اقام مكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يتخير بين المقام والانصراف وهذا اذا كان محصرا بعدو فان كان
بمرض اصابه فعندنا هو والمحصر بالعدو سواء يتحلل ببعث الهدي وعند الشافعي ليس للمريض ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك
عند احرامه ولكنه يصبر الى ان يبرأ فان هذا حكم ثابت بالنص من الكتاب والسنة والاية في الاحصار بالعدو بدليل قوله تعالى
فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكذلك كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محصرا بالعدو وفيما لم يرد فيه النص ○
يتمسك بالاصل وهو لزوم الاحرام الى ان يؤدي الافعال الا ان يشترط ذلك عند الاحرام فحينئذ يصير التحلل به حقا بالشرط
لما روي ان ضباعة عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت شاكية فقال لها اهلي بالحج واشترطي ان تحلي حيث حبست
فلو كان لها ان تتحلل من غير شرط لما امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشرط والمعنى فيه ان ما ابتلي به لا يزول بالتحلل ولا يكون له
ان يتحلل كالذي ضل الطريق واخطأ العدد او سرقت نفقته بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به هناك يزول بالتحلل لانه يرجع
الى اهله فيندفع شر العدو عنه . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فان احصرتم قال اهل اللغة يقولون الاحصار لا يكون الا في المرض
فاما الحصر فهو محصر وفي المرض يقال احصر فهو محصر . وقال الفراء يقال في العدو والمرض جميعا احصر وحصر في العدو فحينئذ
فقد اتفقوا على ان لفظة الاحصار يتناول المرض وقوله فاذا امنتم لا يمنع من حمله على المرض ومعناه اذا برأتم قال عليه السلام
الزكام امان من الجذام والرمد امان من الطاعون فعرفنا ان لفظة الامن مطلق . وفي الحديث عن الحجاج بن عمرو ان النبي عليه السلام
قال من كسر او عرج فعليه الحج من قابل فذكرت ذلك لابن عباس وابي هريرة فقالا صدق . وعن الاسود بن يزيد قال
خرجنا من البصرة عمارا فلدغ صاحب لنا فاعترضنا الطريق ركب فسألناهم فاذا فيهم ابن مسعود رضي الله عنه فسألناه عنه
فقال ليبعث صاحبكم بدم ويواعد المبعوث على يده يوما فاذا ذبح عنه حل والمعنى لاجله يثبت حق التحلل للمحصر
موجود في المريض وزيادة لمدة الاحرام عليه لانه انما التزم الى ان يؤدي اعمال الحج وبتعذر الاداء يزداد مدة الاحرام عليه
بسبب المرض والمشقة عليه محرما في المكث مع المرض اكثر فيثبت له حق التحلل بطريق الاولى . والدليل على ان المعنى هذا
لا ما قال ان العدو اذا احاطوا به من الجوانب الاربع او حبسوه في موضع لا يزول ما به بالتحلل بان كان لا يمكنه الرجوع الى اهله
مع ذلك يثبت له حق التحلل عرفنا ان المعنى ما قلنا فاما الضال عن الطريق عندنا فليس بمحصر الا انه ان وجد من يبعث بالهدي على يده
فانما لم يتحلل لعجزه عن تبليغ الهدي محله والذي اخطأ العدد فائت الحج وفائت الحج يتحلل باعمال العمرة فاما من سرقت نفقته فقد ذكر
ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان كان يقدر على المشي الى البيت يلزمه المشي والا فلا ولا يبعد ان لا يلزمه المشي في الابتداء ويلزمه ذلك
بعد الشروع كما لا يلزمه حجة التطوع ابتداء ويلزمه الاتمام اذا شرع فيها . قال واذا كان محرما بعمرة فاحصر يتحلل بالهدي

الا على قولهما للذبح فانه يقول حكم الاحصار لمن يخاف الفوت والمعتمر لا يخاف الفوت • ولكنا نقول حكم الاحصار ثابت في حق المعتمر بالنص فان
رسول الله صلى الله عليه وسلم حين احصر بالحديبية كان محرما بالعمرة وقد بينا حديث ابن مسعود رض في الملدوغ والمعنى فيه
زيادة مدة الاحرام عليه والمعتمر في هذا كالحاج فيتحلل بالهدي الا انه اذا بعث بالهدي هنا يواعد صاحبه يوما اي يوم شا
لان عمل العمرة لا يختص بوقت فكذا الهدي الذي به يتحلل عن احرام العمرة بخلاف المحصر بالحج على قولهما لان اعمال الحج مختصة
بوقت الحج فكذلك الهدي الذي يتحلل به يتوقت بيوم النحر واذا حل من عمرته فعليه عمرة مكانها لان الشروع فيها قد صح قال وان القارن
يبعث بهديين لانه محرم باحرامين وتحلله عن كل واحد منهما يحصل قبل اداء الاعمال فلهذا يبعث بهديين لانه محرم باحرامين
وتحلله عن كل واحد منهما يحصل قبل اداء الاعمال فلهذا يبعث بهديين لانه محرم باحرامين واذا تحلل بهما فعليه عمرتان وحجة
بعد ان ذوا فرادلما بينا ان احدى العمرتين يلزمه للتحلل عن العمرة بعد الشروع والاخرى للتحلل عن احرام الحج وقد بينا في المفرد
بالحج ان عليه عمرة وحجة اذا تحلل بالهدي قال وان بعث القارن بهدي واحد ليتحلل به من احد الاحرامين لا يصح ذلك ولا يتحلل به
لان اوان التحلل من الاحرامين في حق القارن واحد كما قال عم فلا احل منهما وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل الا
قال وان اذا بعث بهديين فلا جناح ان يعين الذي للعمرة منهما والذي للحج لان هذا التعيين غير مفيد فلا يحتاج اليه اصلا ثم المذهب
عند ابي حنيفة رح ان دم الاحصار لا يختص بيوم النحر حتى لو واعد المبعوث على يده ان يذبح عنه في اول ايام النحر جاز وعند ابي يوسف
ومحمد رح يختص بيوم النحر في الحج لانه دم يتحلل به من احرام الحج فيختص بيوم النحر كهدي المتعة والقران وابو حنيفة رح يقول
ان الله تعالى نص في هدي الاحصار على مكان بقوله تعالى حتى يبلغ الهدي محله فالتقييد بالزمان يكون زيادة عليه فلا يثبت بالراي
ثم هذا بمنزلة دماء الكفارات فانه يجب للاحلال قبل اوانه ولهذا لا يباح التناول منه ودماء الكفارات لا تختص بالحرم ولا تختص
بيوم النحر بخلاف هدي المتعة والقران فانه نسك يباح التناول منه بمنزلة الاضحية اذا عرفنا هذا فنقول اذا بعث بالهدي
ثم زال الاحصار فالمسئلة على اربعة اوجه ان كان يقدر على ادراك الحج والهدي جميعا فعليه ان يتوجه لاداء الحج وليس له
ان يتحلل بالهدي لان ذلك كان للعجز عن اداء الحج وكان في حكم البدل وقد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
فيسقط اعتبار البدل ويلزمه ان يتوجه فاذا ادرك هديه صنع به ما شا لانه ملكه وقد استغنى عنه وان كان لا يقدر على ادراك الحج
والهدي لا يلزمه التوجه لان العجز عن اداء الاعمال لم ينعدم بزوال الاحصار ويكون له ان يتحلل بالهدي وان توجه ليتحلل باداء العمرة
فله ذلك لانه فاته الحج وفائت الحج يتحلل باعمال العمرة وله في هذا التوجه غرض وهو ان لا يلزمه قضاء العمرة واما اذا قدر على ادراك الحج
ولم يقدر على ادراك الهدي فانما يتصور هذا عند ابي حنيفة لا عندهما لان عندهما هذا الهدي يختص بيوم النحر فلا يتصور ادراك الحج
دون الهدي ثم في القياس على قول ابي حنيفة يلزمه ان يتوجه ولكنه استحسن فقال له ان يتحلل بالهدي وهو قول زفر ولتسرله
ان يتحلل بالهدي وهو قول زفر لان عنده العجز عن اداء الاعمال قد ارتفع بزوال الاحصار وقد بينا ان حكم البدل يسقط
اعتباره اذا قدر على الاصل فيلزمه ان يتوجه ولكنه استحسن فقال له ان يتحلل بالهدي لانه لو توجه ضاع ماله فان الهدي
ملكه جعله للمقصود وهو التحلل فاذا كان لا يدركه ولا يتحلل به يضيع ماله وحرمة المال كحرمة النفس كما ان الخوف
على نفسه جعل عذرا في التحلل فكذلك الخوف على ماله والافضل ان يتوجه لانه اقرب الى الوفاء بما وعده وهو اداء ما شرع فيه
قال وكذلك المراة تحرم بالحج وليس لها محرم ولا زوج يخرج معها فهي بمنزلة المحصر وهذا بناء على ان المراة لا يجوز لها
ان تخرج لسفر الحج الا مع محرم او زوج عندنا • وقال الشافعي اذا وجدت نسوة ثقات فلها ان تخرج فان لم تجد محرما
واحتج في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فاشتراط المحرم يكون زيادة على النص ومثل هذه
الزيادة تعدل النسخ عندكم ثم هذا سفر لاقامة الفرض فلا يشترط المحرم كسفر الهجرة فان الذمية اذا اسلمت في دار الحرب فلها ان تهاجر
الى دار الاسلام بغير محرم وهذا لان اشتراطه لاقامة الفرض ما يكون في وسع المرء عادة ولا ولاية لها على المحرم في اخراجه ولا يجب
ولا يجب على المحرم الخروج معها وليس عليه ان يخرج لاجل هذا الخروج بالاتفاق عرفنا ان المحرم ليس بشرط الا ان عليها ان تحترز
من الفتنة وفي اختلاطها بالرجال فتنة وهي تستوحش بالوحدة فتخرج مع نسوة ثقات تستانس بهن وتحترز عن مخالطة
المخالطة الرجال • ولحجتنا في ذلك حديث ابن عباس رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم
الاخر ان تسافر فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها فقال رجل يا رسول الله اني قد اكتتبت في غزوة كذا وامراتي
حاجة فقال عليه السلام اخرج معها لا نقاره فاعلم هذا دليل انهم فهموا من الشرع الاذية كلهم سفر الحج حتى قال

الشابل لما قال وفي امر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزوج بان يترك الغزو ويخرج معها دليل على انه ليس لها ان تخرج الا مع زوج
او محرم والمعنى فيه ان ذلك انها تنشئ سفرا فلا تخرج الا مع زوج او محرم كسائر الاسفار بخلاف المهاجرة
فانها لا تنشئ سفرا ولكنها تقصد النجاة • الا ترى انها لو وصلت الى جيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت منهم لم يكن لها
ان تنشئ سفرا بعد ذلك من غير محرم ولانها مضطرة هنا الى النجاة على نفسها • الا ترى انها لعرفها هنا لا تمتنع من الخروج وهنا
لو كانت معتدة لم يكن لها ان تخرج للحج وتاثير هذا المحرم في المنع من السفر كتاثير العدة فاذا امتنعت من الخروج للفرض بسبب
العدة فكذلك بسبب فقد المحرم وهذا لان المراة عرضة للفتنة وباجتماع النساء تزداد الفتنة ولا ترتفع انما ترتفع
بحافظ يحفظها ولا يطمع فيها وذو المحرم وتقتسمه من اجله نكاحها على التابيد بسبب قرابة او رضاع او صهرية هو
الا ترى انه يجوز ان يخلو بها لانه لا يطمع فيها لانه علم انها محرمة عليه ابدا فكذلك النساء فيها قالوا يستوي ان يكون المحرم
حرا او مملوكا مسلما او كافرا الا ان يكون مجوسيا يعتقد اباحة مناكحتها او ذميا لا يؤمن عليها لانه لا يعتقد
اباحتها له ولا ينقطع طمعه عنها فلهذا لا تسافر معه ولا تخلوا بها اذا عرفنا هذا فنقول اذا لم تجد المحرم فقد خرجت
لحجة الاسلام فهي ممنوعة من الخروج شرعا فصارت كالمحصرة فتبعث بالهدي فتحلل به وان كانت ذات زوج واراد ان تخرج
لحجة الاسلام مع المحرم فليس للزوج ان يمنعها من الخروج عندنا • وقال الشافعي له ان يمنعها من الخروج لانه صار
كالمالك بعقد النكاح وثبت له حق الاستمتاع بها ففي هذا الخروج تحول بين الزوج وبين حقه او يلزمه مشقة السفر فكان
له ان يمنعها منه كما يمنعها من الخروج لزيارة الاقارب ولا يمنعها من الخروج لحج التطوع • ولكنا نقول فرض الحج متوجه
عليها باستجماع الشرائط فكان ذلك مستثنى من حق الزوج وبسبب عقد النكاح لا يثبت للزوج عليها ولاية المنع من اداء الفرائض
الا ترى انه لا يمنعها صيام شهر رمضان والمولى لا يمنع مملوكه من اداء الصلوات لان ذلك مستثنى من حقه فهذا مثله بخلاف حج
ما اذا لم تجد محرما فان هنا الفرض لم يتوجه عليها لانعدام شرطه المحرم حتى لو كانت لا تحتاج الى السفر لكونها من اهل مكة
تلبية ايام فليس للزوج ان يمنعها وان لم تجد محرما لان اشتراط المحرم للسفر لا لما دونه فاما حج التطوع فالخروج لاجله يصير
من حق الزوج لان ذلك ليس بفرض عليها فان احرمت بحجة التطوع كان للزوج ان يمنعها ويحللها الا ان هنا لا يتاتى تحليلها
ايا هنا الا بذبح الهدي ولكن يحللها من ساعته وعليها هدي للاحلال وعمرة وحجة يقضيهما كما في حج الاسلام
لان هنا لا يتحلل الا بالهدي لان هنا لا حق للزوج في منعها لو وجدت محرما وانما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم فلا تتحلل
الا بالهدي وهنا تعذر الخروج لحق الزوج وكما لا يكون لها ان تبطل حق الزوج لا يكون لها ان تؤخر حق الزوج وكان له ان يحللها من ساعته
وتصنع بها ادنى ما يحرم عليها بالاحرام من قص ظفر او غيره ولا يكون له ان يحللها بالنهي ولا بقوله حللتك لان عقد الاحرام قد صح
فلا يبطل الخروج الا بارتكاب محظوره حتى ان الزوج لو نهاها عن صوم التطوع لا تصير خارجة عن الصوم بمجرد نهيه وكذلك
المملوك يحرم بغير اذن مولاه فللمولى ان يحلله لقيام حقه في خدمته ومنافعه والمملوك في هذا كالزوجة في حج التطوع على ما بينا
قال وللمحصر بالحج اذا بعث بهديين يحل باولهما لانه ما لزمه للتحلل الا هدي واحد والاول منهما يتعين لاداء الفرض والثاني
يكون متطوعا والاحلال لا يتوقف على هدي التطوع • قال وان حل المحصر قبل ان يذبح هديه فعليه دم لاحلاله لانه حل قبل اوانه
كما قال الله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ويعود حراما كما كان حتى يذبح هديه لان ذبح الهدي متعين للتحلل
فلا يحل بغيره كطواف الزيارة لما كان متعينا للاحلال به في حق النساء لا يحصل الاحلال بغيره • قال وان كان المحصر معسرا
لم يحل ابدا الا بدم لان الدم متعين للاحلال به بالنص كما ان طواف الزيارة متعين للاحلال في حق النساء فكما لا يحصل الاحلال بغيره
هنا لعسر الهدي وقال عطا يقول اذا عجز عن الهدي نظر الى قيمة الهدي فيجعلها طعاما يطعم به المساكين كل مسكين نصف صاع
او يصوم مكان طعام كل مسكين يوما فيحل به بمنزلة الهدي في جزاء الصيد قال ابو يوسف رح في الامالي وهذا احب الي والشافعي
فيه قولان احدهما هكذا • والثاني انه اذا عجز عن الهدي صام مكانه عشرة ايام على قياس هدي المتعة ولكنا نقول
هذا كله قياس المنصوص على المنصوص ولا يجوز ذلك بل المرجع في كل موضع الى ما وقع التنصيص عليه ولا يجوز العدول عنه
الى غيره • قال وكل شيء صنعه المحصر قبل ان يحل فهو بمنزلة المحرم الذي ليس بمحصر وكذلك ان ذبح عن المحصر هديه في غير الحرم
وان كان قد حل قبل ذلك فعليه دم لاحلاله سواء كان عالما به او لم يكن • قال ويجزيه في هدي الاحصار الجذع العظيم
من الضان والثني من غيرها لما روي عن ابن عباس رض قال ما استيسر من الهدي شاة وعن جابر رض قال اشتركنا مع رسول الله

صلى الله عليه وسلم كل سبعة من الصحابة في بدنة عام الحديبية فتبين بهذا ان الواجب ما يجزي في الضحايا اما سمينا فكذلك هنا قال وان سرق الهدي بعد ما ذبح عنه ليس عليه شي لانه بلغ محله فان اكل منه الذي ذبحه بعد ما ذبح فهو ضامن لقيمة ما اكل يتصدق به على المحصر لان النبي عم قال للمبعوث على يده لا تاكل انت ولا رفقتك منها شيا ولانه قد لزمه التصدق بجميع اللحم على المحصر فاذا اكل منه شيا كان ضامنا بدله وحكم البدل حكم المبدل فعليه ان يتصدق ببدله على المحصر قال وان قدم مكة قارنا فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج الى بعض الافاق وقبل ان يقف بعرفة واحصر فانه يبعث بهدي ويحل به وعليه حجة وعمرة مكان حجته وليس عليه عمرة مكان عمرته لانه فرغ من عمرته حين طاف لها وسعى وانما بقي عليه للعمرة الحلق او التقصير فهذا لا يبعث هديا لاجل العمرة وانما يبعث بالهدي للتحلل عن احرام الحج فان قيل اليس انه طاف وسعى لحجته فينبغي ان يكفيه ذلك للتحلل كما في فائت الحج قلنا ما اتى به من الطواف لم يكن واجبا بل كان ذلك طواف التحية ولا يجوز ان يتحلل بمثله فلهذا يبعث بالهدي للتحلل من احرام الحج ولهذا كان عليه قضاء عمرة وحجة وعليه دم لتقصيره في هذا الحرم وهذا الدم انما يلزمه عند ابي حنيفة ومحمد رح لان عندهما الحلق للعمرة يتوقت بالحرم خلافا لابي يوسف وقد بينا هذا قال وان وقف بعرفة ثم احصر لم يكن محصرا لان معنى قوله تعالى فان احصرتم اي منعتم اتمام الحج والعمرة وقال عم من وقف بعرفة فقد تم حجه فانما منع هذا بعد الاتمام فلهذا لا يكون محصرا ولان حكم الاحصار انما يثبت عند خوف الفوات وبعد الوقوف بعرفة لا يخاف الفوت فلا يكون محصرا ولكنه يبقى محرما الى ان يصل الى البيت فيطوف طواف الزيارة وطواف الصدر ويحلق ويقصر وعليه دم لترك الوقوف بمزدلفة ولرمي الجمار ولتاخير الحلق دم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رح ليس عليه لتاخير الحلق والطواف شي وقد تقدم بيان هذه الفصول فان قيل اليس انكم قلتم اذا ازداد عليه مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار في حقه وقد ازداد مدة الاحرام هنا فلماذا لا يثبت حكم الاحصار في حقه قلنا لا كذلك فانه متمكن من التحلل بالحلق الا من النساء وان كان يلزمه بعض الدما فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل فاذا قدم مكة فاحصر بها لم يكن محصرا وذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة رح عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون محصرا فقلنا اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف رح واما انا اقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر والاصح ان يقول اذا كان محرما بالحج فان منع من الحج وطواف الزيارة جميعا فهو محصر وان لم يمنع من احدهما لا يكون محصرا لانه ان لم يكن ممنوعا من الطواف فيمكنه ان يصبر حتى يقومه التحلل بالطواف والسعي وان لم يكن ممنوعا من الطواف يمكنه ان يقف بعرفة ثم يتم حجه وان كان ممنوعا منهما فقد تعذر عليه الاتمام والطواف بالتحلل فيكون محصرا كما لو احصر في الحل قال رجل اهل بعمرتين معا فسار الى مكة ليقضيهما ثم احصر فانه يبعث بالهدي او احد والاصل في هذه المسئلة ان يقول من احرم بعمرتين معا او بحجتين معا انعقد احرامه بهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي رح ينعقد احرامه باحدهما لان الاحرام غير مقصود بل لاداء الافعال ولا يتصور اداء حجتين في سنة واحدة ولا اداء عمرتين في وقت واحد والعقد اذا خلا عن مقصوده لا يكون منعقدا اصلا فاذا خلا احد العقدين هنا عما هو مقصوده لم ينعقد الاحرام الا باحدهما وقاسا بالصوم والصلوة فان من شرع في صومين في يوم واحد او في صلوتين بتكبيرة واحدة لا يصير شارعا الا في احدهما وهذا على اصل الشافعي واضح لان عنده الاحرام من الاركان ولهذا لا ينعقد الاحرام بالحج في غير اشهر الحج وعند محمد وان كان الاحرام من الشرائط فهي بعض الاحكام جعل من الاركان الا ترى ان فائت الحج ليس له ان يستديم الاحرام الى ان يؤدي الحج به في السنة القابلة ولو كان من الشرائط لكان له ذلك كما في الطهارة للصلوة فاذا كان من الاركان فهو بمنزلة سائر الاعمال لا يتصور اجتماع المثنى منه في وقت واحد كالوقوفين والطوافين والطواف بعمرتين وابو حنيفة وابو يوسف قالا لا تنافي بين العقدين بدليل انه يثبت احدهما وهما متساويان والاصل انه اذا كان بينهما منافاة في العقدين المتساويين لا يثبت احدهما كالحج الاختين معا واذا ثبت انه لا منافاة انعقد الاحرام بهما كالحج والعمرة ثم اداء الافعال لا يتصل بالاحرام والتنافي بينهما في اداء الافعال واذا كان اداء الافعال لا يتصل بالاحرام لا يمنع انعقاد الاحرام بهما بخلاف الصوم والصلوة فالشروع هناك من الاداء ويتصل به الاداء والوقت معتبر للصوم فلا يتصور اداء الصومين في وقت واحد ثم الاحرام سبب لالتزام الاداء من غير ان يتصل به الاداء فيكون بمنزلة النذر والنذر بعمرتين صحيح وقد بينا فيما سبق ان الاحرام من جملة الشرائط ابتداء وان اعطي له حكم الاركان انتهاء كما ان بمنزلة الطهارة للصلوة فلا تتحقق المنافاة فيه كمن تطهر لاداء الصلوتين اذا عرفنا هذا فنقول عند ابي يوسف كما انعقد احرامه بهما يصير رافضا

لاحدهما

لاحدهما لانه كما فرغ من الاحرام جاء اوان الاداء للاعمال والمنافاة بينهما متحققة فيصير رافضا لاحدهما وعليه دم لرفضها ويمضي في الاخرى فان كان احرم بعمرتين فعليه قضاء العمرة التي رفضها وان كان احرم بحجتين فعليه قضاء عمرة وحجة لرفض احدهما وعند ابي حنيفة لا يصير رافضا لاحدهما لانه ما لم ينتاف في الاخر اما ان الابتداء لا ينتافيان فالبقاء اسهل من الابتداء وانما المنافاة في الاعمال فما لم يشتغل بعمل احدهما لا يصير رافضا للاخر وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا احصر قبل ان يسير الى مكة فعلى قول ابي حنيفة يبعث بهدي واحد للتحلل لانه محرم باحرامين وعند ابي يوسف يبعث بهديين لانه صار رافضا لاحدهما حين سار في عمل الاخر فانما احصر وهو محرم باحرام واحد وعند محمد لم ينعقد الا احرام واحد فلا يبعث الا بهدي واحد فان كان سار الى مكة ثم احصر فانما يبعث بهدي واحد لانه صار رافضا لاحدهما حين سار في عمل الاخر فعليه دم للرفض ودم اخر للتحلل واما حكم القضاء فان كان اهل بعمرتين فعليه قضاء عمرتين وان كان اهل بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين قال رجل اهل بشي واحد لا ينوي حجة ولا عمرة ينعقد احرامه مع الابهام لما روي ان عليا وابا موسى رض لما قدما من اليمن قال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فصحح رسول الله صلى الله عليه وسلم احرامهما مع الابهام وقد بينا ان الاحرام بمنزلة الشرط للنسك ابتداء والابهام لا يمنع صحته كالطهارة للصلوة وبعد ما انعقد الاحرام مبهما فللخروج منه طريقان شرعا اما اعمال الحج او اعمال العمرة فيتخير بينهما ان شاء خرج عنه باعمال العمرة وان شاء خرج باعمال الحج وكان تعيينه في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء فان احصر قبل ان يعين شيئا فعليه ان يبعث بهدي واحد لانه محرم باحرام واحد والتحلل عن احرام واحد عند الاحصار بهدي واحد وعليه عمرة استحسانا وفي القياس عليه قضاء حجة وعمرة لان احرامه ان كان للحج فعليه قضاء حجة وعمرة والاخذ بالاحتياط في العبادات واجب ولكنه استحسن فقال المتيقن به يصير دينا في ذمته فقط والمتيقن العمرة ولما كان متمكنا من الخروج عن عهدة هذا الاحرام قبل الاحصار باداء العمرة فكذلك بعد الاحصار يتمكن من الخروج عن عهدة الاحرام باداء العمرة قال وان لم يحصر فهو على خياره ما لم يطف فان طاف بالبيت قبل ان ينوي شيا فهي عمرة لان طواف العمرة واجب وطواف التحية في الحج ليس بواجب فلا يتحقق المعارضة بين الواجب وبين ما ليس بواجب فلهذا جعلنا طوافه للعمرة ويحصل التعيين به قال وكذا اذا جامع قبل التعيين فعليه دم الجماع والمضي في اعمال العمرة وقضاء عمرة لانه لا يلزمه الا المتيقن به اذا آل الامر الى ان يصير دينا والمتيقن هو العمرة فلهذا تعين احرامه للعمرة ولانه لو تعين للحج وقد افسدها بالجماع في هذه السنة فيفوته الحج بصفة الصحة اصلا في هذه السنة واذا تعين للعمرة لا يفوته شي فلهذا يتعين احرامه للعمرة قال وان اهل بشي واحد وسمى بنيته واحصر بعث هديا واحدا لما بينا انه محرم باحرام واحد قال واذا تحلل بالهدي فعليه عمرة وحجة وهذا احتياط واحد بالثقة لجواز ان يكون حين احرم نوى الحج فيلزمه قضاء عمرة وحجة بخلاف الاول فان هناك يتيقن انه لم ينو الحج عند احرامه ووجوب القضاء عليه باعتبار نية الحج فاذا تيقنا هنا انه لم ينو الحج لا يكون للامر بالاحتياط معنى وهنا هو غير متيقن فمن الجائز انه حين احرم نوى الحج فكان هذا اولى بالاخذ بالاحتياط فلهذا احتاط وبقضي عمرة وحجة والفرق بين ما اذا لم يعين في الابتداء وبين ما اذا عين ثم نسي ظاهر في المسائل الا ترى ان من اعتق احدى امتيه بغير عينها لا يجب عليه ان يجتنبهما وبمثله لو اعتق احدهما بعينها ثم نسي فعليه ان يجتنبهما الى ان يتذكر فكذلك ان لم يحصر في هذا الفصل ولكنه وصل الى البيت فعليه ان يؤدي عمرة وحجة ويلزمه ما يلزم القارن لانه يحتمل انه نوى احرام العمرة فيجمع بينهما اخذا بالاحتياط في العبادة الا ترى ان من نسي صلوة من صلوات اليوم والليلة لا يعرفها يلزمه قضاء صلوة يوم وليلة استحسانا فكذلك هنا قال وان جامع قبل ان يصل الى البيت فعليه هدي واحد للجماع لانه يتيقن انه محرم باحرام واحد ولكن عليه اتمام عمرة وحجة لان الفاسد معتبر بالصحيح فكما ان قبل الافساد عليه عمرة وحجة فكذلك بعد الافساد عليه المضي في عمرة وحجة لانه لا يخرج من الاحرام الا بالافساد قبل اداء الاعمال والفاسد معتبر بالصحيح وليس عليه دم القران لان دم القران انما يلزم عند صحة النسكين قال ولو كان جامع بعد ما نوى ان يجعلها عمرة وحجة ولبى بهما فعليه دمان لانه يتيقن بعد ما لبى بهما انه محرم باحرامين بطريقة اضافة احد الاحرامين الى الاخر فعليه دمان للجماع وحكمه في القضاء مثل الاول لما بينا قال ولو اهل بشيين ثم نسيهما فاحصر بعث بهديين لانه يتيقن انه محرم باحرامين فاذا تحلل بهديين كان عليه عمرتان وحجة استحسانا وفي القياس عليه حجتان وعمرتان لان من الجائز انه نوى عند احرامه حجتين فعليه قضاء عمرتين وحجتين احتياطا ولكنه استحسن فقال فعل المسلم محمول على الصحة ما امكن وعلى ما هو الافضل وهو القران ولو جعلنا احرامه بحجتين كان فيه حمل امره على الصحة وعلى ما هو الافضل وهو القران ان الفساد لانه تعذر عليه الجمع بينهما اذا فلهذا كان محرما بالحج والعمرة فاذا تحلل بهديين كان عليه عمرتان وحجة بمنزلة القارن وان لم يحصر ووصل الى البيت فكذلك الجواب يجعل احرامه عمرة وحجة كما يجعل القارن استحسانا وكان القياس ان يقضي عمرتين وحجتين مع الناس وعليه دم القران وعليه دم اخر

وحجة وعمرة لان من الجائز انه كان احرم بحجتين فعليه دم لرفض احدهما وقضا حجة وعمرة ومن الجائز انه كان احرم بعمرة وحجة فعليه دم القران
فقلنا يحتاط من كل جانب فيقضي عمرتين وحجتين مع الناس وعليه دم القران لاحتمال احد الجانبين ثم عليه دم وقضا عمرة وحجة
لاحتمال الجانب الاخر وان كان قد اهل بعمرتين فذاك باعمال احدهما وقضى الاخرى مع قضاء الحج فيصير خارجا عما عليه بيقين
هذا هو القياس ولكنه استحسن فجعله قارنا حملا لامره على الصحة وعلى ما يفعله الناس ثم عليه دم وقضا عمرة وحجة وكذلك
لو جامع فيهما وهو بمنزلة القارن اذا جامع استحسانا لان الفاسد معتبر بالصحيح

باب الجماع

قال واذا جامع الرجل امرأته وهما مهلان بالحج قبل ان يقفا بعرفة فعلى كل واحد منهما شاة ويمضيان في حجهما وعليهما الحج من قابل
وهكذا روي عن النبي عم انه سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا
روي عن الصحابة عمر وعلي وابن مسعود ولكنهم قالوا اذا خرجا للقضا يفترقان معناه ياخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه
ومالك اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا ولكن هذا بعيد من الفقه فانه ان يواقعها ما لم يحرما
والافتراق للتحرز عن المواقعة فلا معنى للامر بالافتراق في وقت يحل المواقعة بينهما وزفر يقول يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق
نسك بقول الصحابة رض وانما هو نسك بعد الاحرام وهذا ليس بقوي ايضا فان الافتراق ليس بنسك في الادا فلا يكون
نسكا في القضا لان القضا بصفة الادا. وقال الشافعي اذا قربا من الموضع الذي جامعها فيه يفترقان لانهما لا يامنان اذا وصلا
الى ذلك الموضع ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها فيفترقان للتحرز عن هذا وهذا ليس بصحيح ايضا لانه انما واقعها في السنة الاولى
بسبب النكاح القائم بينهما فلو وجب الافتراق انما يجب على النكاح واحد لا تاثير لهذا ثم اذا بلغا الى ذلك الموضع [illegible]
من المشقة بسبب لذة يسيرة ازدادا ندما وتحرزا عن ذلك ثانيا فلا يصيبهما الا مثل ما اصابهما من المرة الاولى. ولكنا نقول
مراد الصحابة رض انهما يفترقان على سبيل الندب ان خافا على انفسهما الفتنة لا ان يكون ذلك واجبا عليهما كما يندب الشاب الى الامتناع
عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يامن على نفسه ما سوى ذلك. قال وان كانا قارنين فعلى كل واحد منهما شاتان لان كل واحد منهما
محرم باحرامين وعلى كل واحد منهما قضا عمرة وحجة ان لم يكن طاف بالبيت قبل المواقعة وقد سقط دم القران عنهما لفساد نسكهما
وان لم يمضيا في الفاسد لان هذا دم نسك فلا يجب الا لمن جمع بين الحج والعمرة بصفة الصحة وان كان طاف بالبيت قبل الجماع فكذلك
في انه يجب عليه دمان لان بالطواف لم يتحلل عن احرام العمرة ما لم يحلق ولكن عليه قضا الحج لانه انما جامع بعدما ادى عمرته لان ركن العمرة
هو الطواف فلم تفسد عمرته بهذا وانما فسدت حجته فعليه قضاؤها وقد سقط عنه دم القران بفساد احد النسكين وان جامع بعدما وقف
بعرفة لم يفسد واحد من النسكين وان جامع بعدما وقف بعرفة لم يفسد واحد من النسكين عندنا وقد بينا هذا ولكن عليه جزور لجنايته
بعد الوقوف على احرام الحج وشاة لجنايته على احرام العمرة وعليه دم القران لانه ادى النسكين بصفة الصحة. قال واذا جامع
الحاج بعدما وقف بعرفة فاهدى جزورا ثم جامع بعد ذلك فعليه شاة لانه ادخل في احرامه نقصانا بالجماع الاول فالجماع الثاني صادف
احراما ناقصا فيكفيه شاة بخلاف الجماع في المرة الاولى فانه صادف احراما تاما فعليه جزور. قال واذا طاف اربعة اشواط
من طواف الزيارة بعدما حلق او قصر ثم جامع فليس عليه شيء لان اكثر اشواط الطواف في حكم التحلل كجميع الطواف فكانه اتم الطواف ثم
جامع وعلى قول الشافعي اذا اتى باكثر اشواط الطواف وذكر ابن سماعة عن محمد رح انه اذا طاف جنبا ثم جامع قبل الاعادة في القياس لا شيء عليه
كما لو طاف محدثا لان التحلل يحصل بطواف الجنب وفي الاستحسان عليه دم فيحتاج الى الفرق بين هذا وبين ذلك الفرق ما بينا ان طواف الجنب
غير معتد به الا في حكم التحلل ولهذا لو لم يعده الاول بالثاني في اصح الطريقين فصار في المعنى كالجماع قبل الطواف بعضا ما اتى به من اكثر اشواط الطواف
معتد به في الاطلاق وعليه انما يجب صوم الدم مقامه فيكون هذا نظير النقصان في طواف المحدث ولو طاف محدثا ثم جامع لم يلزمه شي فلا ولو اذا طاف
فالواجب هنا لما يجب بمقابلة اصل الطواف عند فوت ادائه وفي انه جماعه في تلك الحالة كالجماع قبل الطواف وان لم يحلق قبل الطواف حتى جامع
بعد ما طاف اربعة اشواط فعليه دم لان ركن محظور الاحرام فان التحلل بالطواف انما يحصل اذا لم يحلق. قال وان مس او قبل بشهوة فامذى او
انزل او لم ينزل لا يفسد الاحرام وللشافعي قول انه اذا اتصل به الانزال ولكنا نقول فساد الاحرام متعلق بعين الجماع الا ترى ان ارتكاب
سائر المحظورات لا يفسده وما تعلق بعين الجماع من العقوبة لم يتعلق بالجماع فيما دون الفرج فكذا به الاحرام على قياس الصوم فانه لا يفسد
اذا اتصل به الانزال فعلى هذا وكذلك لا يجب هنا القضا ولكن عليه دم اذا انزل او لم ينزل ففيه شكل وكذلك اذا لم ينزل عندنا وللشافعي قول

وللشافعي قول انه لا يلزمه شيء اذا لم ينزل على قياس الصوم فانه لا يلزمه شي اذا لم ينزل بالتقبيل فكذا في الحج. ولكنا نقول
الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهيا بسبب الاحرام وبالاقدام عليه يصير مرتكبا محظور احرامه فيلزمه الدم
وهكذا ينبغي في الصوم الا ان الشرع ورد فيه بالرخصة في التقبيل هنا لقضا الشهوة ولا يحصل ذلك بالتقبيل بدون
الانزال وهنا المحرم الجماع بدواعيه والتقبيل من جملته. الا ترى ان التطيب محرم هنا ولا يحرم هناك فاما النظر لا يوجب
على المحرم شيئا وان انزل لان النظر بمنزلة التفكر اذا لم يتصل به صنع بالمحل ولو تفكر فامنى لا يلزمه شي فكذا اذا نظر. قال
وحكم الجماع في الحج والعمرة واحد اذا كان عن نسيان او عمد او في حال النوم او اكراه او طوع الا في الاثم اما الناسي عندنا
يفسد نسكه بالجماع ويلزمه ما يلزم العامد الا انه لا ياثم بعذر النسيان وللشافعي قول انه لا يفسد النسك بجماع الناسي
على قياس الصوم ولكنا نقول هذا الحكم تعلق بعين الجماع وهذا لانه قد قرن بحاله ما يذكره وهو هيئة المحرمين فلا يعذر بالنسيان
كما في الصلوة اذا اكل او شرب بخلاف الصوم فانه لم يقترن بحاله ما يذكره فجعل النسيان عفوا عذرا في المنع من فساد الصوم بخلاف
القياس. قال واذا كانت نائمة او مكرهة تفسد حجها عندنا ولا تفسد عند الشافعي بناء على اصله ان الاكراه متى اباح الاقدام
اعدم اصل الفعل من المكره في الاحكام والنوم فكذلك الاحرام وعندنا تاثير الاكراه والنوم في دفع الماثم لا في انعدام
الفعل. الا ترى انه يلزمها الاغتسال وتثبت به حرمة المصاهرة فكذلك يتعلق به فساد النسك ويستوي ان كان الزوج
محرما او حلالا بالغا او صغيرا عاقلا او مجنونا او تكون المراة مجنونة او صغيرة لان فساد النسك متعلق بعين الجماع
وذلك لا ينعدم بالجنون والصغر اذا كان يجامع مثله وانما قلنا انه يتعلق بعين الجماع لان المنهي عنه في الاحرام الرفث
والرفث اسم للجماع. قال رجل اهل بعمرة وجامع فيها ثم احرم باخرى ينوي قضاها قال هي هي لانه بالجماع وان فسد نسكه فقد لزمه
المضي في الفاسد ولا يخرج من الاحرام الا باداء الاعمال فنيته في الاحرام بالاهلال الثاني لغو لانه ينوي ايجاد الموجود
ونية القضا كذلك فان الاحرام الواحد لا يسع الاداء والقضا فكان عليه دم الجماع ويفرغ منها وعليه عمرة وكذلك هذا الحكم
لو كان مهلا بالحجة. قال واذا جامع في العمرة قبل الطواف ثم اضاف اليها حجة رفضهما جميعا لان اضافة الحج الى العمرة الصحيحة
جائزة فالى الفاسدة اولى وليس عليه دم القران لفساد احد النسكين وكذلك يسقط عنه دم ترك الوقت اذا فسد بعد ما احرم
يعني اذا جاوز الميقات حلالا ثم احرم بعمرة او حجة فعليه دم لترك الاحرام من الميقات فان افسدها بالجماع سقط عنه ذلك الدم
لانه وجب عليه قضا النسك فيعود محرما من الميقات ولان الدم انما يلزمه بترك الاحرام من الميقات لانه يؤدي النسك
بهذا الاحرام ولم يؤد نسكه بهذا الاحرام حين افسده وهذا لزمه قضاؤه. قال المحرم بالعمرة اذا جامع النساء ورفض
احرامه واقام حلالا يصنع ما يصنع الحلال من الطيب والصيد وغيره فعليه ان يعود حراما كما كان لان بافساد الاحرام
لم يصر خارجا منه قبل اداء الاعمال وكذلك بنية الرفض وارتكاب المحظور فهو محرم على حاله الا ان عليه لجميع ما صنع دم واحد
لما بينا ان ارتكاب المحظورات استندت الى قصد واحد وهو تعجيل الاحلال فيكفيه لذلك دم واحد وعليه عمرة مكان عمرته لانها
لزمته بالشروع والاداء بصفة الفساد لا ينوب عما لزمه بصفة الصحة فعليه قضاؤها

باب الدهن والطيب

اعلم بان المحرم ممنوع من استعمال الدهن والطيب لقوله عم المحرم الشعث التفل وقال يأتون شعثا غبرا من كل فج عميق واستعمال الدهن
واستعمال الدهن والطيب يزيل هذا الوصف وما يكون من صفة العبادة يكره ازالتها الا ان في ظاهر الرواية قال ان استعمل
الطيب في عضو كامل يلزمه الدم وقد روى هشام عن محمد رح قال كالفخذ والساق ونحوهما وان استعمله فيما دون ذلك
فعليه الصدقة وعلى قول محمد عليه بحصته من الدم. وكان الشعبي يقول الكثير والقليل من الطيب سوا في وجوب الدم به
لان رائحة الطيب توجد منه سواء استعمل القليل او الكثير. ولكنا نقول الجزاء انما يجب بحسب الجناية وانما تتكامل الجناية
بما هو مقصود من قضا التفث والمعتاد استعمال الطيب في عضو واحد فيتم به جنايته وفيما دون ذلك في جنايته نقصان
فتكفيه الصدقة ومحمد يوجب بحصته من الدم اعتبارا للجزء بالكل كما هو اصله. وذكر في المنتقى اذا طيب شاربه او طرفا
من اطراف لحيته دون الربع فعليه الصدقة وان استعمل في ربع راسه فعليه الدم وكذلك في ربع عضو اخر وجعل الربع
بمنزلة الكمال على قياس الحلق ثم الدهن اذا كان مطيبا كدهن البان والبنفسج والزنبق فهو طيب يجب باستعماله الدم وكذلك

ان ادهن بزيت قد طبخ وجعل فيه طيب واما اذا ادهن بزيت او بخل غير مطبوخ فعليه الدم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح عليه صدقة ◦ وقال الشافعي لو استعمله في الشعر فعليه دم وان استعمله في غيره لم يلزمه شي لان الدهن يزين الشعر
ويزيل الشعث فيكون من قضاء التفث واما في غير الشعر ليس فيه معنى قضاء التفث ولا معنى استعمال الطيب لان الدهن ماكول
وليس بطيب فيكون قياس الشحم والسمن وهذا يحتج ابو يوسف ومحمد ولكنهما قالا استعمال الدهن يقتل الهوام فيكون فيه
بعض الجناية فتلزمه الصدقة وابو حنيفة يقول اصل الطيب فان الروايح تلقى في الدهن فيصير طيبا فيجب باستعماله الكفارة
كما اذا كسر المحرم بيض الصيد يلزمه الجزاء كما يجب بقتل الصيد ◦ قال وان ادهن شقاق رجله بزيت او شحم او سمن لم يكن عليه شي
لان قصده التداوي والتداوي غير ممنوع منه في حالة الاحرام ولانه لو اكله لم يلزمه شي فاذا ادهن به شقاق رجله اولى
قال ويكره للمحرم ان يشم الطيب والزعفران هكذا روي عن عمر وجابر رض وكان ابن عباس رض لا يرى به باسا لانه انما يحرم
عليه مس الطيب ولم يمسه وان شم رائحته كمن اختار في سوق العطارين لم يكره له ذلك وان كان محرما مع ان الريحان من جملة نبات
الارض لا من الطيب فهو كالتفاح والبطيخ ونحوهما ولكنا ناخذ بقول عمر رض لان معنى الرائحة واستعمال عين الطيب غير مقصود
بل المقصود من الطيب رائحته بما يوجد منه رائحة الطيب يكره للمحرم ان يشمه لان ذلك من قضاء التفث ◦ وقد روي عن ابي حنيفة
في التفاح هكذا ومن فرق قال المقصود هنا الاكل فاما الريحان ليس فيه مقصود سوى رائحته فيمنع منه في حالة الاحرام
ولكن لا يجب عليه شي لان الاستمتاع لا يتم بمجرد اشتمام الرائحة بمنزلة الجلوس عند العطار ونحوه وذكر حمران عن ابان عن عثمان
رض انه سئل عن المحرم ايدخل البستان قال نعم ويشم الريحان فهو دليل لمن اخذ بقول ابن عباس رض قال فان كان تطيب وادهن
قبل الاحرام ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يضره وكذلك ان اجمر ثيابه قبل ان يحرم ثم لبسها بعد الاحرام فلا شي عليه وذكر هشام
عن محمد رح ان المحرم اذا دخل بيتا قد اجمر فيه فطال مكثه حتى علق بثوبه لا يلزمه شي ولو اجمر ثيابه بعد الاحرام فعليه الجزاء
لان الاجمار اذا كان في البيت فعين الطيب لم يتصل بثوبه ولا ببدنه انما نال الرائحة فقط بخلاف ما اذا اجمر ثيابه فان عين
الطيب قد علق بثيابه فاذا كان الاجمار قبل الاحرام لم يكن ممنوعا عن استعمال عين الطيب يومئذ وانما بقي مع المحرم رائحته
فلا يلزمه شي ◦ قال ولا باس باكل الطعام الذي فيه الزعفران والطيب هكذا روي عن ابن عمر رض انه كان ياكل السكباج الاصفر
في احرامه ولان قصده بهذا الطعام التغذي لا التطيب فان اكل الزعفران من غير ان يكون في الطعام فعليه دم ان كان كثيرا لان
الزعفران لا يتغذى به وانما يجعل تبعا للطعام ومن اكل الزعفران كما هو يجعل حتى يبقى مكان هو بالاكل متطيبا فيه بالزعفران
وهو عضو فيلزمه الدم فاما اذا جعل في الطعام فقد صار مستهلكا فيه ان كان في طعام قد مسته النار وان كان في طعام لم تمسه
النار مثل الملح وغيره فلا باس به ايضا لانه صار مغلوبا فيه كالمستهلك الا ان يكون الزعفران غالبا كالملح فحينئذ هو والزعفران
المحض سواء وان مس طيبا فان لزق بيده تصدق بصدقة الا ان يكون ما لزق بيده كثيرا فحينئذ يلزمه الدم وقد بينا حد الكثير فيه
وان لم يلزق به فلا شي عليه بمنزلة ما لو اختار في سوق العطارين وان استلم الركن فاصاب فمه او يده خلوق كثير فعليه الدم
وان كان قليلا فعليه صدقة اذ لا فرق بين ان يكون الخلوق الذي لزق به من الركن او من موضع اخر قال ولا باس بان يكتحل المحرم بكحل ليس فيه طيب
فلا يمنع من استعماله وان كان فيه طيب تصدق وتتفاوت الجناية باستعماله من حيث القلة والكثرة كما في ساير الاعضاء ◦ قال وان كان
من اذى فعليه اي الكفارات الثلاث شاء لما بينا انه انما يجب فيه الدم على المحرم اذا لم يكن معذورا فاما اذا كان عن عذر وضرورة فهو مخير
بين الكفارات الثلاث وكذلك لو تداوى بدواء فيه طيب فالزقه بجراحة او شرب شرابا لان التداوي يكون عن ضرورة وان داوى
قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة اخرى والاولى على حالها فداوى الثانية مع الاولى فليس عليه الا كفارة واحدة
لانه فعل الكل دفعة واحدة اذا لم تبرأ الاولى لان الجنايات تتعدد بتعدد السبب فاتحد قال وللمحرم ان يربط القرحة ويجبر الكسر
ويعصب عليه [illegible] اذا اشتكى ويحتجم ويغتسل ويدخل الحمام لان هذا كله من باب المعالجة فالمحرم والحلال
فيه سوا ◦ الا ترى ان النبي عم احتجم وهو صايم محرم بالقاحة ودخل عمر رض الحمام بالجحفة وهو محرم قال وان غسل راسه
ولحيته بالخطمي فعليه دم في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد عليه صدقة لان الخطمي ليس بطيب بل هو كالاشنان
يغسل به راسه ولكنه يقتل الهوام فكذلك تلزمه الصدقة ◦ وروي عن ابي يوسف رح قال لا يلزمه شي قالوا تاويل
تلك الرواية اذا اغتسل راسه بالخطمي بعد الرمي يوم النحر فاما قبل ذلك يلزمه الصدقة عنده وابو حنيفة يقول الخطمي
من الطيب فان له رائحة وان لم تكن ذكية وهو يقتل الهوام ايضا فتتكامل الجناية [illegible] فلهذا يلزمه الدم قال

وانخضبت

وان خضبت المحرمة يديها بالحنا فعليها دم لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال
الحنا طيب ولان فيه رائحة مستلذة وان لم تكن ذكية وان خضب راسه بالوسمة رجل او امراة فلا شي عليه لان الوسمة ليست بطيب
انما تغير لون الشعر الا انه روي عن ابي يوسف انه اذا اختضب راسه بالوسمة فعليه دم لا للخضاب ولكن لتغطية الراس
وهذا هو الصحيح قال فان خضب لحيته فليس عليه دم ولكن ان خاف ان يقتل الهوام اطعم شيا لان فيه معنى الجناية من هذا
الوجه ولكنه غير متكامل فتلزمه الصدقة

باب ما يلبسه المحرم من الثياب

قال ولا باس بان يلبس المحرم القبا ويدخل فيه منكبيه دون يديه عندنا ◦ وقال زفر لا يلبس ذلك لان القبا مخيط فاذا ادخل فيه
منكبيه صار لابسا للمخيط فان القبا يلبس هكذا عادة ولكنا نقول لبس القبا انما يحصل بادخال اليدين في الكمين فاذا لم يفعل
ذلك كان واضعا القبا على منكبيه لا لابسا وهذا لانه في معنى الرداء لا يحتاج الى تكلف حفظه على منكبيه عند اشتغاله بالعمل
كما يحتاج اليه صاحب الرداء اما اذا ادخل يديه في كميه فلا يحتاج في حفظه على نفسه عند الاشتغال بالعمل فيكون
لابسا للمخيط وكذلك ان زرره عليه كان لابسا لانه لا يحتاج الى تكلف حفظه عليه بعدما زره فان فعل ذلك يوما او اكثر
فعليه دم وهكذا روي عن ابي يوسف رح وعلى قول الشافعي رح اذا لبس المخيط محظور الاحرام فيصير به مرتكبا محظور
الاحرام فيلزمه الدم وان فعله ساعة واحدة كالطيب ولكنا نقول انما تتم جنايته بلبس مقصود واللبس المقصود
في الناس عادة يكون في يوم كامل فان من اصبح يلبس الثياب ثم لا ينزعها الى الليل فاذا لبس في هذه المدة تكاملت الجناية
باستمتاع مقصود وفيما دون ذلك لم تتكامل الجناية باستمتاع مقصود فيكفيه صدقة الا ان ابا حنيفة كان يقول
اولا قد يرجع المرء الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان اللبس في اكثر اليوم استمتاعا مقصودا
عادة والاكثر ينزل منزلة الكمال قال ولا باس بان يلبس المحرم البرود اذا لم يكن مخيطا كما يفعله في غير الاحرام لانه
لا يلبس البرد المصبوغ بالعصفر والزعفران والورس ◦ وقد روى ابن عمر رض عن النبي عليه السلم النهي عن لبس المعصفر
والمورس في حالة الاحرام وكذلك المصبوغ بالعصفر عندنا وعلى قول الشافعي لا باس به لما روي عن عثمان رضي الله عنه
انه راى على عبد الله بن جعفر رداء معصفرا في احرامه فانكر عليه ذلك فقال علي رض ما ارى احدا يعلمنا السنة ولان المعصفر
ليس بطيب فهو قياس ثوب هروي ولا باس للمحرم بلبسه ولكنا نستدل بحديث عايشة رض فانها كرهت لبس المعصفر
في الاحرام وكذلك عمر بن الخطاب انكر على طلحة الرداء المعصفر حتى قال لا تعجل يا امير المومنين فانه ممشق ولان للمعصفر رائحة
وان لم تكن ذكية فكان بمنزلة الورس والزعفران ◦ وتاويل حديث عبد الله انه كان قد غسل وصار بحيث لا ينفض فقد عرف
عبد الله بن جعفر ذلك ولم يعرفه عثمان وكان ذلك مصبوغا بمدر على لون العصفر فقد عرف علي رض ذلك ولم يعرف عثمان
رض ذلك فلهذا قال لما قال فاما المصبوغ على لون الهروي وهو ادنى اللون ليس له رائحة فكان قياس المعصفر اذا غسل
حتى صار لا ينفض فقد بينا هنا انه لا يلزمه شي فهذا مثله ثم التقدير في ايجاب الدم عند لبس المصبوغ بنحو ما بينا
في لبس القبا وكذلك لو لبس قميصا او سراويل او قلنسوة يوما الى الليل فعليه دم واذا كان فيما دون ذلك فعليه صدقة
كما بينا وانما اراد بهذا اذا لبسه على الوجه المعتاد فاما اذا اتزر بالسراويل وارتدى بالقميص او اتشح به فلا شي عليه
لانه يحتاج الى تكلف حفظه على نفسه عند اشتغاله بالعمل فلا يكون لابسا للمخيط واما في القلنسوة فلتغطية الراس بها
يلزمه الجزاء وقد بينا ان المحرم ممنوع عن تغطية الراس وقد ذكر هشام عن محمد رح انه اذا لم يجد الازار فتق السراويل
الا موضع التكة فلا باس حينئذ بان يلبسه بمنزلة المئزر وهو تاويل ما ورد به الاثر انه اذا لم يجد المحرم نعلين قطع خفيه
اسفل من الكعبين لتصير في معنى النعلين وفسر هشام عن محمد رح الكعب في هذا الموضع الذي في وسط القدم عند معقد
الشراك وعلى هذا قال المتاخرون من مشايخنا لا باس للمحرم بان يلبس الشمشك لانه لا يستر الكعب فهو بمنزلة النعلين
فان لبس المخيط والقلنسوة والقبا والسراويل يوما الى الليل فعليه دم واحد لان جنس الجناية واحد وهو الاستمتاع
بلبس المخيط فعليه دم واحد كما لو حلق راسه كله وكذلك ان غطى وجهه يوما فعليه دم وقد بينا فيما سبق ان ليس للمحرم ان يغطي
وجهه ولا راسه عندنا خلافا للشافعي وقد ورد الاثر بالنهي عن تغطية اللحية في الاحرام لانه من الوجه فعرفنا انه لا يغطي

وجهه قال ولا بأس بان يلبس الهميان نفقته لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت استوثق من نفقتك بما شئت ❁ وفي حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه لم ير للمحرم باسا بان يشد الهميان على وسطه وفيه نفقته وكان مالك رحمه الله يقول ان كان فيه نفقته فلا باس وان كان فيه نفقة
غيره كرهت له ذلك لانه لا حاجة الى نفقة غيره ولكنا نقول جواز لبس الهميان والمنطقة باعتبار انه ليس في معنى لبس المخيط
وفي هذا يستوي نفقته ونفقة غيره ❁ وعن ابي يوسف رحمه الله انه كره للمحرم لبس المنطقة المتخذة من الابريسم قيل لانه في معنى
المخيط وقيل هو بناء على اصل ابي يوسف في كراهة ما قل من الحرير وكثر للرجال قال ويتوشح المحرم بالثياب ولا يعقد على عنقه
لانه اذا عقد لا يحتاج في حفظه على نفسه الى تكلف فكان في معنى لبس المخيط وكذلك قالوا اذا اتزر فلا ينبغي له ان يعقد ازاره
على نفسه بحبل او غيره فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم راى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق ذلك الحبل ويلك
وكذلك يكره له ان يخلل اداءه بخلال لانه لا يحتاج الى تكلف فكان في معنى لبس المخيط في حفظه على نفسه ولكنه مع هذا لو فعل لا شيء عليه
لان المحظور عليه الاستمتاع بلبس المخيط ولم يوجد ذلك ❁ قال ويكره ان يعصب راسه فان فعل يوما الى الليل فعليه صدقة
لانه غطى بعض راسه بالعصابة وهو ممنوع من تغطية الراس الا ان ما غطى به جزء يسير من راسه فتكفيه الصدقة لعدم تمام جنايته
وان عصب شيئا من جسده من علة او غير علة فلا شيء عليه لانه غير ممنوع عن تغطية ساير الجسد سوى الراس والوجه ولكن يكره له
ان يفعل ذلك من غير علة كما يكره شد الازار وشد الرداء على ما بينا قال وان غطى المحرم ربع راسه او وجهه يوما فعليه دم وان كان
دون ذلك فعليه صدقة ❁ وعن ابي يوسف انه ان غطى اكثر راسه فعليه دم وان اقل فعليه صدقة لان القليل من تغطية الراس
لا تتم به الجناية والقلة والكثرة انما تظهر بالمقابلة وهذا اصل ابي يوسف في المسايل وفي ظاهر الجواب قال لما يتعلق بالراس
من الجناية فللربع فيه حكم الكمال كالحلق وهذا لان تغطية بعض الراس استمتاع مقصود يفعل لاتراك وغيرهم في العادة يمتنع
حلق بعض الراس فان المحرمة تغطي كل شيء منها الا وجهها وتلبس كل شيء من المخيط وغيره الا الثوب المصبوغ فانه لا حاجة لها
الى لبسه وستر وجهها فخالف حالها حال الرجل وقد بيناها ❁ قال ولا باس لها ان تلبس القفازين هكذا روي عن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه
انه كان يلبس بناته القفازين في الاحرام ولها ان تلبس الحرير والحلي وعن عطا انه كره للنساء لبس الحلي في الاحرام والصحيح انه
لا باس به وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يلبس نساءه الحلي في حالة الاحرام وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم امراتين يطوفان
بالبيت وعليهما سواران من ذهب الحديث فدل انه لا باس بذلك ❁ قال وكل ما يحل للمراة في غير حالة الاحرام فكذلك يحل في حالة الاحرام
الا المصبوغ على ما بينا قال ولا باس بان تسدل الخمار على وجهها من فوق راسها على وجه لا يصيب وجهها وقد روينا ذلك عن عايشة رضي الله عنها
لان تغطية الوجه انما تحصل بما يماس وجهها فان لبس المحرم ما لا يحل له لبسه من الثياب والخفاف يوما او اكثر من ذلك فعليه اي الكفارات
شاء وقد بينا هذا فيما سبق ان ما يجب الدم بلبسه في غير موضع الضرورة اذا لبسه لاجل الضرورة يتخير فيه بين الكفارات
وذكر في الرقيات عن محمد رحمه الله قال اذا اضطر الى لبس قميص فلبس قميصين فعليه اي الكفارات شاء واذا اضطر الى لبس قميص فلبس معه
عمامة او قلنسوة فعليه دم في لبس القلنسوة ويتخير في الكفارات الثلاث في لبس القميص لان في الفصل الاول الزيادة في موضع
الضرورة جناية مبتداه كما لو اضطر الى لبس قميص فلبس جبة وفي الفصل الثاني الزيادة في غير موضع الضرورة فكانت
جناية مبتداة فيتعلق بها ما هو موجبها ❁ قال فان لبس المخيط للضرورة اياما وكان ينزع بالليل الا لاستغنايه عن ذلك
فهذه كلها جناية واحدة بخلاف ما اذا نزع لزوال الضرورة ثم اضطر اليه بعد ذلك فلبس فانه يلزمه كفارة اخرى لان حكم
الضرورة الاولى قد انتهى بالبرء وهو نظير ما تقدم فيمن تداوى القرحة بدواء فيه طيب مرارا فعليه كفارة واحدة ما لم
تبرأ فاذا برئ ثم خرجت به قرحة اخرى فداواها بالطيب فهذه جناية اخرى ولو كان به حمى ❁ فكان يلبسه يوم الحمى ولا يلبسه
في غير ذلك فهذه كلها جناية واحدة لا يجب بها الا كفارة واحدة لان العلة الموجبة الى اللبس قائمة ارايت لو جلس في الشمس
فاستغنى عن المخيط فلما ذهبت الشمس احتاج الى المخيط واعاد اللبس كانت هذه جناية اخرى بل الكل جناية واحدة
ما دامت العلة قايمة فعليه اي الكفارات شاء فان اختار الاطعام فدعا المساكين فغداهم وعشاهم اجزاه ذلك
في قول ابي يوسف رحمه الله ولم يجزه في قول محمد رحمه الله فابو يوسف اعتبر المقصود فقال هذا اطعام كفارة فيتادى بالتغدية
والتعشية كساير الكفارات ومحمد رحمه الله يعتبر المنصوص عليه فيقول المنصوص عليه الصدقة هنا لقوله تعالى ففدية
من صيام او صدقة او نسك وما ورد بلفظ الصدقة لا يتادى بطعام الاباحة كالزكوة وصدقة الفطر قال
فان لبس المحرم قميصه ولم يزره فعليه الجزاء لان استمتاعه بلبس المخيط قد تم وانه يستغنى عن التكلف لحفظ القميص على نفسه

وان لم يزره فلهذا لا باس للمحرم بلبس الطيلسان فانه بمنزلة الرداء ولكنه يكره له ان يزره عليه وهذا قول ابن عمر رضي الله عنه وكان ابن عباس
رضي الله عنه يقول الطيلسان لا باس به لانه ليس بمخيط ولكنا اخذنا بقول ابن عمر رضي الله عنه لان الازار مخيط عليه ولانه اذا زره لا يحتاج
الى التكليف بحفظه على نفسه فكان بمنزلة المخيط قال ولا يلبس المحرم الجورب كما لا يلبس الخف وقد بينا هذا قال ولا باس
بان يضرب المحرم فسطاطا يستظل به وكان مالك رحمه الله يكره ذلك وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولكنا ناخذ بما روي ان عثمان
رضي الله عنه كان له فسطاط في احرامه وان عمار بن ياسر رضي الله عنه اذا اذاه الحر ليقي ثوبه على شجرة فاستظل تحته ولا باس بان يستظل
بسقف البيت لان ذلك لا يماس بدنه فكذلك الفسطاط ❁ قال وان دخل تحت ستر الكعبة حتى غطاه فان كان لا يصيب راسه
ووجهه كرهت له ذلك لشبهه بتغطية الراس والوجه به وان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه يغطيه
ولا شيء عليه لان التغطية انما تحصل بما يماس بدنه وعلى هذا لو حمل المحرم شيئا على راسه فان كان شيئا من جنس ما لا
يغطى الراس كالطست والاجانة ونحوها فلا باس به وان كان من جنس ما يغطى به الراس من الثياب فعليه الجزاء لان ما يغطى
به الراس يكون هو حاملا لا مستعملا ❁ الا ترى ان الامين لو فعل ذلك لا يكون ضامنا قال فان كان المحرم نائما فغطى
رجل وجهه وراسه يوما كاملا فعليه دم لان ما فعله به غيره كفعله في الجزاء وان كان نايما فقد بيناه في النايم وقد بيناه
في حلق الراس والجماع وغيره وعذر النوم لا يمنع ايجاب الجزاء عليه كما لو انقلب على صيد في حال نومه فقتله قال صبي
احرم عنه ابوه وجنبه ما يجتنب المحرم فلبس ثوبا او اصاب طيبا او صيدا فليس عليه شيء عندنا ❁ والشافعي يوجب
الكفارة المالية على الصبي كما يجب على البالغ على اصله في ايجاب الزكوة عليه ويؤمر الولي باداءه وعندنا المالي والبدني سواء فان
وجوب ذلك يبتنى على الخطاب والصبي غير مخاطب ثم احرام الصبي للتخلق فلا يتحقق جنايته في الاحرام بهذه الافعال
وهذا لانه ليس للاب عليه ولاية الاكرام فيما يضره ولو جعلنا احرامه ملزما اياه في الاجتناب عن المحظورات موجبا الكفارة
عليه لكان يضره الاب في الاحرام وانما يعتبر بصفة النظر له فلهذا جعلناه تخلقا على ملزم اياه ولا يلزمه الجزاء بارتكاب المحظور
غير ان الاب يمنعه من ذلك لتحقيق معنى التخلق والاعتياد

باب النذر

قال الحلف بالمشي الى بيت الله يحنث فعليه حجة او عمرة استحسانا وفي القياس لا شيء عليه لان الالتزام بالنذر انما يصح
فيما يكون واجبا من جنسه شرعا والمشي الى بيت الله ليس من جنسه واجبا شرعا فلا يصح الالتزام بالنذر يوضحه ان الالتزام
باللفظ ولم يلزمه ما تلفظ به بالاتفاق وهو المشي فلان لا يلزمه ما لم يتلفظ به من الحج والعمرة اولى ولكنا تركنا القياس بحديث
علي رضي الله عنه قال فيمن نذر المشي الى بيت الله فعليه حجة او عمرة والعرف الظاهر بين الناس انهم يذكرون هذا اللفظ ويريدون به التزام
النسك واللفظ اذا صار عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته وجعل كانه تلفظ بما صار عبارة عنه ولانه لا يتوصل
الى بيت الله الا بالاحرام فكانه التزم الاحرام بهذا اللفظ والاحرام لاداء احد النسكين اما الحج او العمرة فكانه التزم بهذا
اللفظ ما يخرج به عن الاحرام فلهذا يلزمه حجة او عمرة ويمشي فيها كما التزمه فاذا ركب اراق دما لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه
حيث قال يا رسول الله ان اختي نذرت ان تحج ماشية فقال عليه السلام ان الله غني عن تعذيب اختك مرها فلتركب ولترق دما ولان الحج ماشيا
افضل فان الله تعالى قدم المشاة على الركبان فقال ياتوك رجالا وعلى كل ضامر ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه بعدما كف بصره يتاسف
على تركه الحج ماشيا والحسن بن علي كان يمشي في طريق الحج والجنايب تقاد بجنبه فقيل له الا تركب فقال سمعت النبي عليه السلام
يقول من مشى في طريق الحج كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال الواحدة بسبعماية ضعف
فلما ثبت ان المشي افضل قلنا اذا ركب فقد ادخل نقصا في ما التزم فعليه لذلك الدم فان قيل كيف يستقيم هذا وقد كره ابو حنيفة المشي
في طريق الحج قلنا لا كذلك وانما كره الجمع بين الصوم والمشي وقال اذا جمع بينهما ساء خلقه فجادل رفيقه والجدال منهي عنه
فان اختار المشي فالصحيح من المذهب انه يلزمه المشي من بيته ❁ وقال بعض اصحابنا يلزمه المشي من الميقات لانه التزم المشي
في النسك وذلك عند احرامه عن الميقات ولكن العادة الظاهرة ان الناس بهذا اللفظ يقصدون المشي من بيوتهم وقد قال علي
رضي الله عنه في قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله قال اتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك فميقاته لمن حاله في الاحرام منزله ولكن
في تاخير الاحرام الى الميقات ولو احرم من بيته لا اشكال انه يمشي من بيته فكذلك اذا اخر الاحرام قلنا يمشي من بيته كما التزم

ثم لا يركب الى ان يطوف طواف الزيارة لان تمام الخروج من الاحرام به يحصل فان التحلل في حق النساء انما يحصل بالطواف واذا اختار العمرة مشى الى ان يحلق بعد ان قرن بعمرة العمرة بحجة الاسلام اجزاه لان القارن يأتي بكل واحد من النسكين بكماله فنسك العمرة التزمه بالنذر والحج بحجة الاسلام وقد اداهما بصفة الكمال فعليه دم القران لذلك فان كان ركب فعليه دم لركوبه مع دم القران قال وكل من وجب عليه دم في المناسك جاز ان يشاركه في بدنة ستة نفر من الصحابة قد وجبت عليهم الدماء فيها ● الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم جوز البدنة عن سبعة من الصحابة عام الحديبية ولا فرق بين ان يكون جنس الواجب عليهم واحدا او مختلفا في حكم حتى اذا قصد بعضهم دم المتعة وبعضهم دم الاحصار وجزاء الصيد فذلك جائز بخلاف ما اذا قصد بعضهم اللحم لان الواجب اراقة دم وهو قربة واراقة الدم في كونه قربة لا يتجزى فاذا قصد بعضهم اللحم لم يكن فيه معنى القربة خالصا فاما عند اختلاف جهات القربة فقصد كل واحد منهم معنى القربة فقط فهذا يتأدى الواجب ولو كان الواجب جنسا واحدا كان جائزا فالذي القرب مختلفة بعضها لا يحل التناول منها كدماء الكفارات وبعضها يحل فاذا اتحد الجنس فقد اتحد معنى القربة في المذبوح فيكون قربانا الى الجواز ● قال واذا نذر بالمشي الى بيت الله ونوى مسجد المدينة او مسجد بيت المقدس او مسجدا اخر فلا شيء عليه اما صحة نيته لانها مطابقة للفظه والمساجد كلها بيوت الله قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع واذا عملت نيته صار ذلك كالملفوظ به فلا يلزمه شيء لان سائر المساجد يباح دخولها بغير احرام فلا يصير به ملتزما للاحرام وعلى هذا لو قال انا امشي الى بيت الله فان نوى به العدة فلا شيء عليه لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولكن يندب الى الوفاء بالوعد وان نوى به النذر كان نذرا وكذلك ان لم يكن ينوي شيئا من المساجد فهو على الكعبة الظاهرة فان الناس اذا اطلقوا هذه اللفظة يريدون بها الكعبة وعلى هذا لو قال علي المشي الى مكة او الى الكعبة فهو وقوله الى بيت الله سواء وان قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام فلا شيء عليه في قول ابي حنيفة رح اخذا بالقياس فيه لان الناس لا يطلقون هذا اللفظ عادة لارادة التزام الحج والعمرة بخلاف ما تقدم من الالفاظ الثلثة ثم المسجد الحرام بمنزلة الفناء للكعبة والحرم بمنزلة الفناء لمكة فلا يجعل ذكر الفناء كذكر الاصل في النذر بل يجعل هذا بمنزلة ما لو قال لله علي المشي الى الصفا او الى المروة او الى مقام ابراهيم عليه السلام فلا يلزمه شيء وابو يوسف ومحمد رح قالا انا اخذنا بالاحتياط او بالاستحسان في هذين الفصلين ايضا لانه لا يتوصل الى الحرم او الى المسجد الحرام الا بالاحرام صار بهما ملتزما للاحرام قال ولو قال علي السفر الى مكة او الذهاب او الاتيان او الركوب فلا شيء عليه والقياس في الالفاظ كلها واحد ولكن فيما تعارف الناس التزام النسك به تركنا القياس فيه للعرف وفيما لا عرف فيه اخذنا باصل القياس فان قال ان كلمت فلانا فعلي حجة يوم اكلمه ينوي انه يجب عليه يوم تكلمه فكلمه وجب عليه حجة يقضيها متى شاء ولم يكن محرما بها يومئذ فالمحرم بمنزلة ما لو قال لله علي حجة اليوم كانت واجبة عليه يحرم بها متى شاء لانه التزمها في ذمته والشروع في الاداء لا يتصل بالالتزام في الذمة كسائر العبادات قال من قال علي ان اصوم اليوم لا يصير صائما بنذره والاحرام شروع بالاداء فلا يثبت بالالتزام ولان ما نوى على نفسه معتبر بما اوجب الله تعالى عليه ومن وجب عليه الحج بوجود الزاد والراحلة لا يصير محرما بنفس الوجوب عليه وكذلك لا يصير محرما بمجرد النذر ● قال وان وصل الاستثناء بنذره لم يلزمه شيء لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة قال عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق واستثنى فلا حنث عليه ولو قال لاخر علي حجة ان شئت فقال قد شئت فهو عليه لان تعليق النذر بالشرط صحيح فاذا علقه بمشيئته وشاء جعل كانه ارسل النذر عند ذلك فيلزمه كالطلاق والعتاق وقوله علي حجة مثل قوله لله علي حجة لانه لا يكون الا لله تعالى والالتزام بقوله علي ولو قال ان فعلت كذا فانا احرم فان نوى به العدة فلا شيء عليه وان نوى به الايجاب لزمه اذا فعل ذلك حجة او عمرة وان لم يكن له نية فالقياس ان لا يلزمه شيء لان ظاهر لفظه عدة ● وفي الاستحسان تلزمه لانه عرف اللسان يراد بمثله التحقيق للحال ● الا ترى ان المؤذن يقول اشهد ان لا اله الا الله والشاهد يقول بين يدي القاضي اشهد يريد به التحقيق لا العدة وقوله انا اهدي بمنزلة قوله انا احرم قال وان قال ان فعلت كذا فانا احج وهو بمعنى قوله انا احج وعليه ان يحج به وان نوى بحجه فعليه الحجة كما نوى لان الباء للالصاق وهذا الصق فلانا بحجة وهذا يحتمل معنيين ان يحج فلانا معه في الطريق وان يعطي فلانا ما يحج به من المال والتزام الاول بالنذر غير صحيح والتزام الثاني بالنذر صحيح لان الحج يؤدى بالمال عندنا لكن على الاداء بالبدل لعجزه فهذا في حكم البدل وحكم البدل حكم الاصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالاصل فاذا نوى الوجه الاول عملت نيته لاحتمال كلامه ولكن المنوي لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وانما عليه ان يحج بنفسه فقط وان نوى الثاني فقد نوى ما يحتمل التزامه بالنذر فيلزمه ذلك واذا لزمه ذلك فاما ان يعطيه من المال ما يحج به مع نفسه فيحصل به الوفاء بالنذر وان لم يكن له نية فعليه

وليس

وليس عليه ان يحج فلانا لان لفظه في حق فلان محتمل والوجوب لا يحصل باللفظ المحتمل وان قال فعلي ان احج فلانا فهذا محكم غير محتمل فانه تصريح الاكرام باحجاج فلان وذلك صحيح بالنذر ولو قال ان فعلت كذا فانا اهدي فلانا ففعل ذلك الفعل لا شيء عليه لان النذر بالهدي لا يصح الا في الملك وهو قد نذر هدي ما لا يملكه وما لا مالية فيه فكان نذره لغوا ولا ولاية له على فلان ان يهديه الا ان يكون ولدا فحينئذ يكون على القياس وفي الاستحسان المعروف فاذا لا ولاية له على فلان ان يهديه الا ان يكون في نذر ذبح الولد قال ولو قال ان فعلت كذا فانا اهدي كذا سمى شيئا من ماله فعليه ان يهدي ما هو مملوك له والهدي قربة والتزام القربة في محل مملوك له صحيح كما لو نذر ان يتصدق به ثم الاهداء يكون الى مكة وذلك المكان وان لم يكن في لفظه حقيقة ولكن صار معلوما بالعرف انه مكة قال الله تعالى في الهدايا ثم محلها الى البيت العتيق واذا تعين المكان بهذا المعنى فان كان ذلك الشيء مما يتقرب باراقة دمه فعليه ان يذبحه وان كان لا يتقرب باراقة دمه وانما يتقرب بالتصدق به فانه يتصدق به على مساكين مكة وان كان ذلك الشيء لا يستطيع ان يهديه بنفسه كالدار والارض فعليه ان يهدي بقيمته لان التقرب يحصل بالعين تارة وبمعنى المالية اخرى فاذا كان العين لا يتحول من مكان الى مكان عرفنا ان مراده التزام التصدق بالقيمة فعليه ان يهدي قيمته يتصدق بها على مساكين الحرم وان اعطاه حجبة البيت اجزاه بعد ان يكونوا فقراء لانهم بمنزلة غيرهم من المساكين قال وكذلك ان قال هو يهدي استار البيت وقال ان اضرب به حطيم البيت فعليه ان يهديه استحسانا ● وفي القياس لا شيء عليه لان ما صرح به في كلامه لا يلزمه لانه ليس بقربة فلان لا يلزمه غيره اولى ● وفي الاستحسان انما يراد بهذا اللفظ الاهداء به فصار اللفظ عبارة عما يراد به عرفا وكانه التزم ان يهديه لان اللفظ متى كان عبارة عن غيره سقط اعتباره في نفسه حقيقة قال وان قال كل مالي هدي فعليه ان يهدي ماله كله ● قال بلغنا عن ابراهيم رح انه قال في مثل هذا يتصدق بماله كله ويمسك منه قدر قوته فاذا افاد مالا تصدق بقدر ما امسك وذكر هذه المسئلة في كتاب الهبة فيما اذا قال مالي صدقة فقال في القياس ينصرف هذا الى كل ماله وفي الاستحسان ينصرف الى مال الزكوة خاصة بخلاف ما اذا قال جميع ما املك فمن اصحابنا من قال ما ذكرهنا جواب القياس لان التزام الهدي في كل مال كالتزام الصدقة في كل مال والاصح ان يفرق بينهما فيقال الذي بلفظة الصدقة انما حمل هذا اللفظ على مال الزكوة خاصة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما اوجب الله تعالى عليه وما اوجب الله تعالى عليه في المال يختص بمال الزكوة فكذلك ما يوجبه العبد على نفسه وهنا انما اوجب الهدي وما اوجب الله تعالى عليه من الهدي لا يختص بمال الزكوة فكذلك ما يوجبه على نفسه فلهذا اعتبرنا فيه حقيقة اللفظ ولكنه يمسك مقدار قوته لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فاذا افاد مالا تصدق بمثل ما امسك لتعلق حق المساكين ثم قال وكذلك ان قال كل مالي صدقة في المساكين فهذا مثل الاول في قول ابراهيم رح وهذا العطف يؤيد ما قلنا اولا ان المذكور جواب القياس فان القياس والاستحسان منصوص عليهما في لفظة الصدقة في كتاب الهبة وان قال ان فعلت كذا فغلامي هذا هدي فباعه ثم فعل ذلك لم يلزمه شيء لان المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ ولو انشأ النذر عند ذلك لم يلزمه شيء لان العبد ليس في ملكه فكذلك اذا وجد الشرط وكذلك ان كان الغلام في غير ملكه حين حلف ثم اشتراه ثم فعل ذلك لان اليمين بالنذر بعينه في محل معين لا يصح الا باعتبار الملك او الاضافة الى الملك ولم يوجد الملك ولا الاضافة الى الملك في المحل وقت اليمين فلم ينعقد اصلا ● قال ولو قال ان كلمت فلانا فهذا المملوك هدي يوم اشتريه صح يمينه لوجود الاضافة الى الملك عند وجود الشرط وهو الكلام يصير كانه ارسل النذر وانما ينصرف الى شرائه بعد لا الى شراء سبقه قال ولو ان قال فهذه الشاة هدي الى بيت الله تعالى او الى مكة او الى الكعبة وهو عليها فعليه ان يهديها لانه لو اطلق التزام الهدي صح نذره باعتبار هذا المكان فاذا صرح اولى ● قال واذا قال الى الحرم او الى المسجد الحرام لما فعل ذكر هذين الموضعين عندهما كذكر مكة ولم يجعل كذلك عند ابي حنيفة كذلك هنا فان قيل فعلى قول ابي حنيفة ينبغي ان يلزمه هنا لان ذكر الحرم والمسجد الحرام غير ملزم فكانه لم يذكر ولكن قال لهذه الشاة هدي فيلزمه بخلاف المشي فان هناك لو قال علي مشي لا يلزمه شيء قلنا هذا غير صحيح لانه اذا قال هذه الشاة هدي انما يلزمه باعتبار ان ذكر مكة يصير مضمرا في كلامه فهنا لا يلزمه شيء عنده ● قال وكل شيء جعله على نفسه من المتاع والرقيق فانما عليه ان يبيعه ويتصدق به على مساكين اهل مكة وان تصدق به بالكوفة اجزاه وعلى قول الشافعي لا يجزيه لانه التزم الهدي والهدي لا يكون الا في موضع فكان من ضرورته ما نص عليه تعيين مساكين اهل مكة للتصدق عليهم ولكنا نقول هو بهذا اللفظ ملتزم للقربة في هذا المحل التصدق به فكانه نذر ان يتصدق بها والتصدق على فقراء الكوفة كالتصدق

على فقراء مكة لان معنى القربة في التصدق انما يحصل بسد خلة المحتاج وفي هذا فقراء مكة وفقراء الكوفة سواء قال وكل هدي جعله
على نفسه من الابل والبقر والغنم فعليه ان يذبحه بمكة لان فعل القربة في هذه الحال اراقة الدم لا تكون قربة الا في مكان مخصوص
وهو الحرم او زمان مخصوص وهو يوم النحر وفي لفظه ما ينبئ عن المكان دون الزمان فلهذا كان عليه ان يذبحه بمكة وبعد الذبح صار
المذبوح خالصا لله تعالى فالسبيل ان يتصدق بلحمه والاولى ان يتصدق به على مساكين مكة وان تصدق على غيرهم اجزاه عندنا
على ما بينا في الفصل الاول وان كان ذلك في ايام النحر فعليه ان ينحره بمنى كما هو السنة في الهدايا وان كان في غير ايام النحر فعليه
ان يذبحه بمكة وهذا على سبيل بيان الاولى فاما في حكم الجواز اذا ذبح في الحرم جاز كما قال عم منى منحر وفجاج مكة كلها منحر قال
ولو قال ان فعلت كذا فعلي هدي ففعله كان عليه ما استيسر من الهدي شاة لان اسم الهدي عند الاطلاق يتناول الابل والبقر والغنم
فان هذه الحيوانات يتقرب باراقة دمها الا ان عند الاطلاق يلزمه المتيقن وهو الشاة فان نوى الابل او البقر كان عليه ما نوى لانه شدد
الامر على نفسه في يمينه ونوى التغليظ فيما التزمه من الهدي فيلزمه ما نوى ولا يذبحها الا بمكة لتصريحه بالهدي وان كان قال علي بدنة
فان كان نوى شيئا من البدن بعينها فعليه ما نوى لان المنوي اذا كان من محتملات كلامه فهو كالمصرح به وان لم يكن له نية فعليه بقرة
او جزور لان اسم البدنة مشتقة من البدانة وهي الضخامة والعظم وذلك لا يتناول الشاة وانما يتناول البقرة والجزور وهكذا نقل
عن علي وابن عباس رض وعن ابن مسعود وابن عمر رض ان لفظة البدنة لا يتناول الا الجزور فان سائلا سال ابن مسعود ان صاحبا لنا
اوجب بدنة افتجزي البقرة فقال ممن صاحبكم فقال من بني رباح فقال ومتى اقتنت بنو رباح البقر وانما وهم صاحبكم الابل ثم ان كان نوى
ان ينحرها بمكة فليس له ان ينحرها الا بمكة كما نوى لان المنوي كالمصرح به وان لم يكن له نية نحرها حيث شاء في قول ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف لا ينحرها الا بمكة وجه قوله انه التزم التقرب باراقة الدم واراقة الدم لا يكون قربة الا في مكان مخصوص
واذا لم يختص هنا بالزمان يختص بالمكان وهو الحرم كما لو اوجبه بلفظ الهدي وهما قالا كما لا يختص هنا بالزمان لا يختص بالمكان وهو الحرم
كما لو اوجبه بلفظة الهدي لانه ليس في لفظه ما يدل عليه بخلاف لفظة الهدي واذا لم يكن في لفظه ما يدل على مكان وانما نعرف ان مراده
التزام التقرب والتصدق باللحم وذلك يحصل في اي محل وهو قياس ما لو قال لله علي جزور كان له ان ينحر في اي مكان شاء ولكن ابو يوسف
يفرق بينهما ويقول للعادة في استعمال الجزور في معنى الهدي بخلاف لفظ البدنة ● الا ترى ان اسم البدنة لا يطلق الا على ما هو معد
كاسم الهدي بخلاف اسم الجزور ولمعنى القربة جعلنا اسم البدنة مساويا للبقرة والجزور جميعا لان كل واحد منهما يجزي في الهدايا والضحايا
عن سبعة فعرفنا ان معنى التقرب باراقة الدم معتبر في لفظة البدنة كما هو معتبر في لفظة الهدي فكان مختصا بالحرم قال
ولا يقلد الا هدي متعة او قران او تطوع من الابل والبقر دون الغنم والكلام في فصول احدها ان التقليد في الهدايا سنة ثبتت بقوله تعالى
ولا الهدي ولا القلائد وصح ان النبي عم قلد هداياه في حجة الوداع وصفة التقليد هو ان تعلق على عنق البدنة نعل او قطعة ادم
او عروة من مزادة والمعنى فيه اعلام الناس ان هذا اعد للتطوع باراقة دمه فيمتنعون عن قربه مثل هذه القطعة من الجلد
والمقصود به التشهير وقد بينا ان التشهير فيما هو نسك دون ما هو جبر فلهذا لا يقلد الا هدي متعة او قران او تطوع والمقصود
ان لا يمنع من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا فيما يبعد عن صاحبه في الرعي كالابل والبقر دون الغنم فان الغنم يضيع اذا لم يكن
صاحبه معه فلهذا لا يقلد الغنم وهذا عندنا وعلى قول مالك رح تقلد الغنم ايضا لان التقليد سنة في الهدايا والغنم من الهدايا
وقد ورد فيه اثر ولكنه شاذ فلم ناخذ به وهذا لان تقليد الغنم غير معتاد في الناس ظاهرا بخلاف تقليد الابل والبقر قال والتجليل
حسن لان هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت مقلدة مجللة حيث قال لعلي رض تصدق بجلالها وخطامها وان ترك التجليل لم يضره
والتقليد احب الي من التجليل لان التقليد ذكر في كتاب الله تعالى دون التجليل واما الاشعار فهو مكروه عند ابي حنيفة رح وعندهما
هو حسن في البدنة وان ترك لم يضره وصفة الاشعار هو ان يضرب بالمبضع في احد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ
بذلك الدم سنامه سمي ذلك اشعارا بمعنى انه جعل ذلك علامة له والاشعار هو الاعلام وكان ابن ابي ليلى رح يقول الاشعار في الجانب
الايسر من السنام وقد صح ان النبي عم اشعر البدن بيده وكذلك مروي عن الصحابة رض ظاهرا حتى قال الطحاوي رح ما كره ابو حنيفة رح اصل
اصل الاشعار فكيف ذلك مع ما اشتهر فيه من الاثار وانما كره اشعار اهل زمانه لانه راهم يستقصون في ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة
لسرايته خصوصا في حر الحجاز فراى الصواب في سد هذا الباب على العامة لانهم لا يراعون الحد واما من وقف على ذلك بان قطع الجلد
فقط دون اللحم فلا باس بذلك ثم جمعهما من حيث المعنى لان المقصود من الاشعار والتقليد اعلام بانها بدنة حتى اذا ضلت ردت
واذا وردت الماء والعلف لم تمنع لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لان القلادة تحل ويحتمل ان تسقط منه فانما يتم بالاشعار

لانه لا ينفك عن الاشعار فجاء هذا وابو حنيفة رحمه الله يقول معنى الاعلام بالتقليد يحصل وهو لاكرام البدنة والاشعار ايلام
معنى الاكرام بلا اذى الى البدنة ولان التجليل مندوب اليه وانما كان مندوبا لاجل البدنة وفي الاشعار ترك الاشفاق على البدنة
فلهذا كرهه ابو حنيفة رح قال ولا يصير محرما بالاشعار والتجليل وانما يصير محرما بالتقليد واصل هذا ان الاحرام لا ينعقد بمجرد
النية كالصوم وعلى قول الشافعي رح الاحرام ينعقد بمجرد النية لان الاحرام التزام ولا الحج وذلك يتحقق بمجرد النية كالصلاة لا يصير
شارعا في الصلاة بمجرد النية بدون التحريمة فكذلك الاحرام بخلاف الصوم فانه ليس للصوم الا ركن واحد وهو الامساك
وذلك معلوم من زمانه فكان لا يتوقف الصوم على فعل زائد لا صوم واجب عند وجود النية ويحصل الحج بدون النية
لا حاجة الى مباشرة فعل الا ان هذا اشارة منه الى محرما بالنية وههنا الزمان يحتمل ان يكون للحج وهذا نجعله ان ابتداء الحرام في
الابتداء فيه الفرض والنفل فلا بد من فعل يختص بالاحرام ينبه على ذلك التلبية فلا يصير شارعا في الاداء ايضا والاولى
البدنة بنية الاحرام والامر بذلك وهو ينوي الاحرام صار محرما عندنا ● وقال الشافعي لا يصير محرما الا بالتلبية والتوجه
الا ان يقول لا يعقد الاحرام بمجرد النية ● ويجعل ذلك للتقليد لا يقوم مقام الذكر والتحريم والبهائم كما في الصلاة
لما كان الشروع فيها بالتكبير لا يقوم الفعل فيه مقامه حتى لو ركع او سجد بنية الشروع في الصلاة لا يصير شارعا ولا يرويها
لان الهدي نسك في هذه العبادة كالركوع والسجود في الصلاة ووجهنا ان تقليد الهدي لا يكون الا ممن يريد الحج والهدي
دم الهدي فيكون الاحرام لا يصير محرما فكذلك التقليد فيجب ذكره لم يقل ولا الهدي ولا القلائد والنيات
واذا حلقتم اصطادوا ولم يتقدم ذكر الاحرام في قوله واذا حللتم فاصطادوا اشارة الى ان الاحرام يحصل بتقليد الهدي
وذلك مروي عن الصحابة عمر وابن مسعود وابن عباس رض حتى ان ابن عباس رض كان يجعل باسمه ويتبعه فما يقتضي اغتسل
لطوافه هداياه ثم قلدت فقام ولم يحصل شيئا الا حرا قال من قلد هذه البدنة فقد احرم والمعنى انه اتى بما يختص بالصلاة
من وجه فمن حيث انه ليس في ابتدائه ذكر مخصوص كان شبيها بالصوم ومن حيث انه يشتمل على اركان مختلفة كان شبيها بالصلاة
فيصير شارعا فيه بالتلبية وبالفعل الذي يقوم مقام الذكر وهذا لان التلبية اظهار الاجابة لدعوة الداعي وتقليد الهدي
يحصل اظهار الاجابة ايضا وفي التجليل والتقليد فقال التجليل لا يصير محرما وان نوى لان التجليل لا يختص به الهدي فالتجليل
ضد التجليل البدنة لا على قصد التقرب فلا يكون ذلك دالا على الاجابة بخلاف التقليد لانها صفة ذكرناه لا يكون الا على قصد التقرب
فكان اظهارا للاجابة وكذلك الاشعار لا يصير محرما اما على اصل ابي حنيفة فلا يشكل لان الاشعار مكروه عنده فكيف يصير محرما
وعندهما الاشعار هو من التجليل فانه احراج الدم من البدنة وذلك لا يختص بالتقرب فلم يكن دليل الاجابة
فلهذا لا يصير محرما ثم اذا نوى عند التقليد فيجب وعمرة فهو على ما نوى لان التقليد بمنزلة التلبية وان لم يكن له نية في حج او عمرة
انما نوى الاحرام فهو مثل ما لو نوى بالتلبية الاحرام مطلقا وان بعث بها ثم احرم وقال الشافعي بتقليد الاحرام لا يعتبر
بمجرد التقليد والصحابة رض فيما بينا ان التقليد لا يتشبه بالشاة ثم يلحق بها فلا يصير محرما وان قلدها وبعث بها وهو لا يريد الاحرام
ثم خرج في اثرها يريد الحج لم يصير محرما حتى يلحقها فاذا ادركها وصار معها صار محرما الان والاصل فيه حديث عائشة رض
كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي فقلدها وبعث بها واقام باهله حلالا لم يحرم عليه شيء من المحرم
فعرفنا انه لا يصير محرما بمجرد التقليد والصحابة رض كانوا مختلفين في هذه المسئلة على ثلاثة اقاويل فمنهم من يقول اذا قلدها
صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها فسار معها صار محرما باتفاق الصحابة رض
في هذه الحالة الا في بدنة المتعة فانه لا يصير محرما حتى يخرج على اثرها وان لم يدركها استحسانا وفي القياس لا يصير محرما
حتى يخرج معها وساقها كما في هدي التطوع ولكنا استحسنا في هدي المتعة نوع اختصاص بابتداء الاحرام بسببه
فان المتمتع اذا ساق الهدي فليس له ان يتحلل من التسكين بخلاف ما اذا لم يسق الهدي فكان له نوع اختصاص وذلك
في ان يصير محرما بنفس التوجه وان لم يدرك الهدي بخلاف هدي التطوع قال فان اشترك قوم في هدي المتعة وهم يؤمون البيت
فقلدها بعضهم بامر اصحابه صاروا محرمين لان فعله بامر شركائه كفعلهم بانفسهم وان قلدها بغير امرهم صار هو محرما
دونهم لان فعله بغير امرهم لا يقوم مقام فعلهم وبدون فعل من جهتهم لا يصيرون محرمين ● الا ترى انه لو قلدها اجنبي
بغير امرهم لا يصيرون محرمين وكذلك اذا قلد بعضهم بغير امر الشركاء يصير هو محرما دونهم قال ويتصدق بجلال الهدية اذا نحره
بقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط شيئا من ذلك في اجر جزاره لا من جلده ولا من لحمه ولا من جلالها

قال النبي عم لعلي ولا تعط الجزار منها شيئا وقال من باع جلد اضحيته فلا اضحية له قال ويستحب له ان يأكل من هدي المتعة والقران والتطوع فان الله تعالى امر به بقوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وادنى ما يثبت بالامر الاستحباب فكذلك يستحب له ولا ينبغي له ان يتصدق باقل من الثلث هكذا روي عن ابن مسعود رض لانه بعث بهدي مع علقمة وامره ان يتصدق بثلثها وان يأكل وان يبعثا الى عبد الله بن مسعود بثلث قال الراوي ونديه لا ينوي بها الهدي قال لا اذا كان نساقها الى مكة فهو هدي وانما اراد بهذا اذا قلدها وساقها لان هذا لا يفعل عادة الا بالهدي فكان سوقها بعد اظهار علامة الهدي عليها بمنزلة جعله اياها بلسانه هديا قال ولا يجزئ في الهدايا والضحايا الا الجذع من الضان اذا كان عظيما فما فوق ذلك او الثني من المعز والابل والبقر لقوله عم ضحوا بالثنيان ولا تضحوا بالجذعان الا الجذع من الضان اذا كان عظيما يجزئ لما روي ان رجلا ساق جذعا الى منى فسارت عليه فقال ابو هريرة رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضان فانتهبوها ولما قال النبي عليه السلام في خطبته يوم النحر من ضحى قبل الصلوة فليعد قال ابو بردة بن نيار ذبحت ديكي لاطعم اهلي وجيراني فقال عم تلك شاة لحم فقال عندي عناق خير من شاتين فقال عم تجزيك ولا تجزي احدا بعدك فدل ان ما دون الثني من المعز لا يجوز والجذع من الضان ما اتى عليه سبعة اشهر وعند اهل اللغة ما تم له ستة اشهر والثني من المعز عند الفقهاء ما اتى عليه سنة وطعن في الثانية ومن الابل الجذع ما تم له اربع سنين والثني ما تم له خمس سنين قال ولا يجزئ في الهدايا العوراء والمقطوعة الذنب والاذن اسنانها كذلك وجدت عنه بعد السن الحديث جابر رض ان النبي عم قال استشرفوا العين والاذن ونهى رسول الله عم ان يضحى بالعوراء البين عورها والعجفاء التي لا تنقي والعرجاء التي لا تمشي الى منسكها والحادث من هذه العيوب بعد الشراء بمنزلة القائم الموجود وقت الشراء في المنع من الجواز وهكذا ان اضجعها للذبح فاصابها شيء من ذلك في القياس ولكن في الاستحسان ان هذا لا يمنع الجواز لانها تضطرب عند الذبح فيصيبها شيء من ذلك ولا يمكن التحرز في تلك الحالة فجعل عفوا لهذا ولانه اضجعها ليتلفها فتلف جزء منها في هذه الحالة لا يؤثر في المنع من الجواز بخلاف ما قبله قال فان كان الذاهب من العين والاذن والذنب بعضه فان كان ما ذهب منه كثيرا يمنع الجواز ايضا لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة ان يكون الذاهب خلف اذنها الا ان القليل لا يمكن التحرز عنه عادة فجعل عفوا والحد الفاصل بين القليل والكثير عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية ان يكون الذاهب اكثر من الثلث فان النبي عم قال الثلث كثير ولكن خطه من الكثير الذي يجري في الوصية بخلاف ما وراءه فعرفنا ان ما زاد على الثلث حكمه مخالف للثلث وما دونه وذكر ابن شجاع رحمه الله عن ابي حنيفة رح ان الذاهب اذا كان مقدار الربع يمنع على قياس ما تقدم من المسائل ان الربع ينزل منزلة الكمال كما في المسح والحلق وعلى قولهما اذا كان الذاهب اكثر من الباقي لم يجز وان كان الباقي اكثر من الذاهب جاز لان القلة والكثرة من الاسماء المشتركة وانما تظهر عند المقابلة واذا كان الذاهب والباقي سواء لم يجز في قول ابي حنيفة لان المانع من الجواز اذا استوى بالمجوز يترجح المانع. وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي مثل قولك قيل هذا رجوع من ابي حنيفة الى قوله وقيل هو اشارة الى التقارب بين القولين قال ويجزئ في الهدي الخصي ومكسورة القرن لان ما لا قرن له يجزي فمكسور القرن اولى وهذا لانه لا منفعة للمساكين في قرن الهدي واما جواز الخصي فلانه اطيب لحما. وقال الشعبي ما زاد في الخصاء في طيبه لحمه خير مما فات من الخصيين. والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوءين ينظران في سواد ويمشيان في سواد ويأكلان في سواد احدهما عن نفسه والاخر عن امته قال فان اشترى هديا ثم ضل عنه فاشترى مكانه اخر وقلده واوجبه ثم وجد الاول فان نحرهما فهو افضل لانه اوفى بالواجب وزاد ولانه كان وعد ان ينحر كل واحد منهما والوفاء بالوعد مندوب اليه وان نحر الاول وباع الثاني جاز لان ما اوجب الثاني يكون اصلا بنفسه وانما اوجبه ليكون خلفا عن الاول قائما مقامه فاذا وجد ما هو الاصل سقط اعتبار الخلف وان باع الاول وذبح الاخر فان كانت قيمتهما سواء او كانت قيمة الاول اكثر فعليه ان يتصدق بالفضل لانه جعل الاول هديا اصلا فانما يجوز اقامة الثاني مقام الاول بشرط ان لا يكون انقص من الاول فاذا كان انقص كان عليه ان يتصدق بقدر النقصان لانه قصد ان يمنع شيئا مما جعله لله تعالى وليس له ذلك فيتصدق بالفضل ليتم جعل ذلك المال لله تعالى وهدي المتعة والتطوع في هذا سواء لانهما صارا لله تعالى اذ جعلهما هديا في الوجهين جميعا فان عرف بهدي المتعة فهو حسن لان هدي المتعة نسك فيبنى امره على الشهرة وان لم يعرف ذلك لم يضره لان الواجب هو التقرب باراقة الدم فالتعريف فيه ليس من الواجب في شيء فان كان للمتعة هديان فنحر احدهما حل لان ما زاد على الواحد تطوع فلا يتوقف حكم التحلل عليه قال وهدي التطوع اذا بلغ الحرم

فعطب فنحره وتصدق به اجزاه بخلاف هدي المتعة فان ذلك مختص بيوم النحر ولا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فاما هدي التطوع غير مختص بيوم النحر وانما عليه تبليغه محله بان يذبحه في الحرم وقد فعل ذلك قال فان اشترى بدنة لمتعة ثم اشترك ستة نفر فيه بعدما اوجبها لنفسه خاصة لا يسعه ذلك لانه لما اوجبها لنفسه صار الكل لازما عليه فان قدر ما يجزي من هدي المتعة كان واجبا عليه وما زاد على ذلك وجب بايجابه فاشراك الغير بعد ذلك مع نفسه يكون رجوعا عما اوجب في البعض وكما لا يجوز له ان يرجع في الكل فكذلك في البعض ولان اشتراكه بيع للبعض منهم وليس له ان يبيع شيئا مما اوجبه هديا وان فعل ذلك فعليه ان يتصدق بثمنه وان كان نوى بعد الشراء ان يشرك فيها ستة نفر اجزاه ولكن الافضل ان يكون ابتداء الشراء منهم او من احدهم بامر الباقين حتى تثبت الشركة منهم في الابتداء قال واذا ولدت البدنة بعدما اشتراها هديا ذبح ولدها لانه جعلها لله تعالى خالصا والولد جزء منها فاذا كان انفصاله بعد ما جعلها خالصا لله تعالى يسري حق الله تعالى اليه فعليه ان يذبحها والولد معها وان باع الولد فعليه قيمته اعتبارا للجزء بالكل وان اشترى بها هديا فحسن وان تصدق بها فحسن اعتبارا للقيمة بالولد فان الافضل ان يذبح ولو تصدق به كذلك اجزاه فكذلك بقيمته قال واذا مات احد الشركاء في البدنة او الاضحية فرضي ورثته بان يذبحها معهم عنه عن الميت اجزاهم وهو الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الميت اذا لم يوص بان يذبح فقد انقطع حق القربة عن نصيبه فصار ميراثا لورثته والوارث لم يقصد التقرب بالذبح بل قرب بطريق الاتلاف وذلك لا يجوز عن الميت بغير امره كالعتق ولكنا استحسنا فقلنا يجوز لان المقصود هو التصدق وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح وانه وكذلك التقرب بانفاذ ما قصد المورث في نصيبه باراقة الدم والتصدق يكون صحيحا قال فاذا كان احد الشركاء في البدنة كافرا او مسلما يريد به اللحم لم يجزهم اما اذا كان احدهم كافرا فلانه لا يتحقق معنى القربة وهو كفره واراقة الدم الواحد اذا اجتمع فيه ما ينافي معنى القربة مع الواجب فيها يترجح المنافي واما اذا كان مراد احدهم اللحم فلا يجزي الباقين عندنا وقال الشافعي يجزيهم لان المنافي لمعنى القربة لم يتحقق هنا ليكون معارضا ونصيب كل واحد منهم بمنزلة هدي على حدة ولكل واحد منهم ما نوى ولكنا نقول الذي نوى اللحم فكانه في معنى القربة في نصيبه الا ترى ان النبي عم قال فيما ذبحه ابو بردة قبل الصلاة تلك شاة لحم فعرفنا ان هذه عبارة عما لا يكون قربة وما يمنع الجواز واراقة الدم لا تتجزى فاذا اجتمع فيه المانع من الجواز مع الجواز يترجح المانع كما لو كان احدهما كافرا فاما اذا نووا القربة ولكن اختلفت جهات تقربهم فعلى قول زفر لا يجوز ايضا لان اراقة الدم لا تتبعض فلا يسع فيها الجهات المختلفة ولكنا نقول قصد الكل التقرب وكانت الاراقة لله تعالى خالصا فلا يعتبر فيه اختلاف الجهات بعد ذلك الا ترى ان الواحد اذا وجب عليه دماء من جهات مختلفة فنحر بدنة ينوي عن ذلك كله اجزاه فكذلك الشركاء قال ولا يركب البدنة بعدما اوجبها لله لانه جعلها لله تعالى خالصا فلا ينبغي له ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه قبل ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها فحينئذ لا باس بذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال انها بدنة يا رسول الله فقال اركبها ويلك وانما امره بذلك لانه راه عاجزا عن المشي محتاجا الى الركوب فاذا ركبها وانتقص بركوبه ضمن ما نقص بعد ذلك لانه صرف جزءا منها الى حاجته وكذلك لا يحلب لبنها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه ولكن ينبغي ان ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقص لبنها ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فاما اذا كان بعيدا يتأذى باللبن ثانيا وثالثا فيصير ذلك بالبدنة ضارا فيحلبها ويتصدق بلبنها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثل ذلك او بقيمته وان رأى الشركاء فيها فنحرها يوم النحر اجزاهم لان كل واحد مستعين بشركائه في نحرها في وقته دلالة فيجعل ذلك بمنزلة الامر به اصلا. قال واذا عطب الهدي في الطريق نحره صاحبه فان كان واجبا فهو لصاحبه يصنع به ما شاء لانه قصد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فاذا خرج من ان يكون صالحا لاسقاط الواجب بقي الواجب في ذمته كما كان وهذا ملكه فيصنع به ما شاء وان كان تطوعا نحره وصبغ نعله بدمه ثم ضرب به صفحته ولم يأكل شيئا منه بل يتصدق به وذلك افضل من ان يتركه للسباع هكذا نقل عن عائشة رضي الله عنها والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عام الحديبية الهدايا على يدي ناجية بن جندب الاسلمي رضي الله عنه وامره بان يسلك بها الفجاج والاودية حتى يخرج بها الى منى فقال ماذا اصنع بما عطب علي منها فقال انحرها واصبغ نعلها بدمها والمراد بالنعل قلائدها واضرب بها صفحة سنامها ثم خل بينها وبين الناس ولا تأكل انت ولا احد من رفقتك منها شيئا ومقصوده بما ذكر ان يجعل عليها علامة تعلم بتلك العلامة انها هدي فيتناول منه الفقراء دون الاغنياء وانما نهاه ان يتناول لانه كان غنيا مع رفقته ثم المتطوع بالهدايا انما يتناول بالاذن من له الحق والاذن تعلق بشرط بلوغه محله. قال الله تعالى

فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها فإذا لم يبلغ محلها لا يباح له التناول منها ولا أن يطعم غنيا بل يتصدق بها على الفقراء لأنه قصد بها التقرب إلى الله تعالى بالتصدق وذلك بالصرف إلى الفقراء دون الأغنياء فإن أطعم من ذلك غنيا ضمن قيمته ويتصدق بجلالها وخطامها أيضا كما يفعل ذلك إذا بلغت محلها قال وإذا أخطأ الرجلان فنحر كل واحد منهما هدي صاحبه وأضحيته عن نفسه أجزأ استحسانا ● وفي القياس لا يجزيه لأن كل واحد منهما غير مأمور بما صنع في هدي صاحبه فكان متعديا ضامنا ولكنه استحسن فقال كل واحد منهما مأذون فيما صنع من صاحبه دلالة لأن صاحب الهدي والأضحية يستعين بكل أحد من أن ينوب عنه في الذبح وفيه دلالة والإذن دلالة بمنزلة الإذن إفصاحا كشربة ماء السقاية ونحوها ويأخذ كل واحد منهما هديه عن صاحبه بإثمه وعن أبي يوسف قال لكل واحد منهما الخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه فيصنع ما شاء كما لو ذبحه بنفسه وبين أن يضمن صاحبه قيمة هديه فيشتري بها هديا آخر ويذبحه في أيام النحر فإن كان مضى أيام النحر تصدق بالقيمة وإن نحر هديه قائما أو أضجعه فإن فعل ذلك فحسن وبلغنا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينحرونها قياما معقولة الأيدي اليسرى ● وفي قوله تعالى فإذا وجبت جنوبها ما يدل على أنه لا بأس بأن ينحرها قائمة لأن وجوب الجنب السقوط من القيام ● وروي أن النبي عم نحر خمس هدايا أو ست هدايا فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فدل أنه نحرها قياما وقد حكي عن أبي حنيفة رح قال نحرت بيدي بدنة قائمة معقولة فكدت أهلك قياما من الناس لأنها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر بعد ذلك إلا باركة معقولة فكدت أهلك بمن يكون أقوى مني قلبه قال والأحب أن يذكر مع اسم الله غيره نحو قوله اللهم تقبل من فلان لقوله عم جردوا التسمية يعني ذكر اسم الله تعالى عند الذبح وينبغي في هذا أن ينويه بقلبه أو يذكره قبل التسمية ثم يقول بسم الله والله أكبر وينحر قال ولا يذبح البقر والغنم قياما لأنه مندوب في كل نوع أن يذبح على وجه يكون أيسر على المذبوح قال عم إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث قال ويستحب له أن يذبح هديه أو أضحيته بيده لما روي أن النبي عم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بدنة بنفسه وولى الباقي عليا رض وفي هذا دليل على أن يذبح بنفسه فإذا لم يقدر على ذلك ولم يهتد لذلك فلا بأس بأن يستعين بغيره لأن فعل الغير بأمره كفعله بنفسه قال والأحب أن يذبح يهودي ولا نصراني لأن هذا من باب القربة فلا يستعان فيه بالكافر قال عم إنا لا نستعين في أمر ديننا بمن ليس على ديننا قال وإن ذبح هديه يوم النحر بعد طلوع الفجر أجزأه ولا يجزيه قبل طلوع الفجر الثاني هديه لأنه موقت بيوم النحر وإنما يدخل يوم النحر بعد طلوع الفجر الثاني وإن جعل ثوبه هديا أجزأه أن يهدي قيمته لأنه جعله لله تعالى وما صار لله تعالى صدقة العين والقيمة سواء كما في الزكوات وكذلك لو جعل شاة من غنمه هديا أجزأه أن يهدي قيمتها وفي نوادر أبي حفص أجزأه أن يهدي مثلها ● قال ألا ترى أنه يعطي في الزكاة قيمة الشاة فيجوز وذكر في الجامع الكبير إذا قال لله علي أن أهدي شاتين وسطين وأهدى شاة تبلغ قيمتها قيمة شاتين لا يجوز بخلاف الزكوات لأنه التزم إراقة دمين وإراقة دم واحد لا يقوم مقام إراقة دمين وما ذكر في هذا الموضع أنه لا يجزيه التصدق بالقيمة لأنه إنما التزم التقرب بإراقة الدم فلا يقوم التصدق بالقيمة مقامه حتى قيل إن في المسألة روايتان وعلى ما ذكر هنا يجوز هنا أيضا وإن قال لله علي أن أهدي شاة فأهدى جزورا يجزيه وهو محسن في ذلك لأنه أدى الواجب عليه وزيادة فإن الجزور قائم مقام سبع من الغنم حتى يجزي عن سبعة نفر ففيه وفاء بالواجب وإنما أورد هذا الإيضاح أنه إذا أهدى مثل ما عينه في نذره أو أفضل منه أو أهدى قيمته أجزأه

باب الحج عن الميت وغيره

قال رجل دفع مالا إلى رجل يحج به عن الميت فلم يبلغ مال الميت النفقة فأنفق المدفوع إليه من ماله ومال الميت فإن كان أكثر النفقة من مال الميت فكأنه بحيث يبلغ ذلك وعامة النفقة فهو ضامن وإلا فهو ضامن يرده ويحج من حيث يبلغ لأن المعتبر في الحج عن الغير الإنفاق من ماله والأكثر له حكم الكل والتحرز عن القليل غير ممكن فقد يصيبه إنسان في يوم فلا ينفق من مال الميت وقد يستصحب مع نفسه زادا أو ثوبا من ماله لنفسه وقد يشتري السقاء شيئا من عند نفسه وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فاعتبرنا الأكثر وقلنا إذا كان أكثر النفقة من مال الميت فكأن الكل من مال الميت وإذا كان أكثر النفقة من ماله لنفسه فيكون الحج عنه ويضمن ما أنفق من مال الميت لأنه مخالف لأمره فإذا أمره أن ينفق في سفر الحج بذلك السفر عن الميت لا عن نفسه وهذه المسألة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه وإن الإنفاق والحاج من مال المحجوج عنه كإنفاق المحجوج عنه من ماله لنفسه أنه لو قدر على الخروج بنفسه ونحوه جاءت السنة فإن النبي عم قال للسائلة حجي عن أبيك

واعتمري

واعتمري وقال الرجل يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أبي مات ولم يحج أفيجزيني أن أحج عنه فقال نعم وحديث الخثعمية مشهور حيث قال يا رسول الله إن فريضة الله الحج أدركت أبي شيخا كبيرا لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفيجزيني أن أحج عنه فقال عليه السلام أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان يقبل منك فقال نعم فقال عم الله أحق أن يقبل ففيه أن أصل الحج يقع عن المحجوج ● وروي عن محمد رح أنه قال للمحجوج عنه ثواب النفقة فأما الحج يكون عن الحاج وهذا لأن الحج عبادة بدنية والعبادات البدنية لا تجزي النيابة في أدائها إلا أن لو أوجب عليه إنفاق المال في الطريق وأداء الحج فإذا عجز عن أداء الحج بقي عليه مقدار ما يقدر عليه وهو إنفاق المال في الطريق وأداء الحج فلزمه دفع المال لينفقه الحاج في طريق الحج ولكن الأول أصح فإن فرض الحج لا يسقط بهذا عن الحاج وكذلك في هذه المسألة إذا كان أكثر نفقته من ماله لنفسه حتى صار حجه عن نفسه كان ضامنا لما أنفق من مال الميت ولو كان للميت ثواب النفقة فقط لا يصير ضامنا لأن ذلك قد حصل للميت فلا يضمن ويحج به عن الميت من حيث يبلغ عرفنا أن الحج عن الميت قال وإن أنفق المدفوع إليه من ماله لنفسه وفي مال الميت وفاء بحجة رجع عليه في مال الميت إذا كان نقد فيه إليه وجاز عن الميت لأنه قد يبتلى بالإنفاق من ماله لنفسه في طريق الحج بأن لا يكون مال الميت حاضرا أو يتعذر عليه إظهاره صح ولا فرق في حق الميت بين أن ينفق من ماله وبين أن ينفق من ماله لنفسه فيرجع به في مال الميت كالوصي والوكيل يشتري لليتيم ويعطي الثمن من مال نفسه يرجع به في مال اليتيم قال فإن نوى الحاج عن الغير أن يقيم بمكة بعد النفر خمسة عشر يوما بطلت نفقته في مال الميت لأن بهذه النية صار مقيما بمكة وتوطنه بمكة لحاجة نفسه لا لحاجة الميت فلا يستحق فيه النفقة في مال الميت في سفره ذاهبا وجائيا لأنه في ذلك عامل للميت وإن كان أقام دون خمسة عشر يوما فهو مسافر على حاله فنفقته في مال الميت لأنه محتاج إلى هذا القدر من المقام للاستراحة وإن أقام أكثر من ذلك فنفقته في مال نفسه ولكن هذا الجواب في زمانهم لأنه كان يمكنه أن يخرج من مكة متى شاء فأما في زماننا لا يقدر على الخروج إلا مع الناس فإن كان مقامه بمكة لانتظار خروج القافلة فنفقته في مال الميت سواء أقام خمسة عشر يوما أو أقل أو أكثر لأنه لا يقدر على الخروج إلا معهم فلم يكن هو متوطنا بمكة لحاجة نفسه وإن أقام بعد خروج القافلة فحينئذ ينفق من مال نفسه فإن بدا له بعد المقام أن يرجع فنفقته في مال الميت لأنه كان يستحق نفقة الرجوع في مال الميت وإنما كان ينفق من مال نفسه لتأخر الرجوع فإذا أخذ في الرجوع عاد نفقة الرجوع في مال الميت وهو نظير الناشزة إذا عادت إلى بيت زوجها تستحق النفقة وكذلك المضارب إذا أقام في بلدته أو في بلدة أخرى ونوى الإقامة خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة فإن خرج مسافرا بعد ذلك كانت النفقة في مال المضاربة وقد روي عن أبي يوسف أنه قال لا تعود نفقته في مال الميت هنا لأن القياس أن لا يستوجب نفقة الرجوع في مال الميت لأنه في حق الرجوع عامل لنفسه لا للميت ولكن تركنا ذلك وقلنا أصل سفره كان للميت فما بقي ذلك السفر تبقى نفقته في مال الميت وبالوصول لم ينته ذلك السفر ثم إنشاء سفرا بعد ذلك لحاجة نفسه وهو الرجوع إلى وطنه فلا يستوجب بهذا السفر النفقة في مال الميت وإن قدم قبل ذلك أنفق من مال نفسه إلى أن يدخل أيام العشر ثم نفقته في مال الميت بعد ذلك ولم يذكر في الكتاب أنه إذا وصل إلى مكة قبل وقت الحج بزمان ما حاله في الإنفاق وقد ذكر في النوادر عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قدم في أيام العشر فنفقته في مال الميت لأن العادة أن قدوم القوافل بمكة تتقدم وتتأخر ولكنها في الأيام العشر موافقا لما هو العادة فأما قدومه قبل الأيام العشر مخالف لما هو العادة وهو في هذه الإقامة ليس بعمل للميت شيئا فلهذا كانت نفقته في مال نفسه فإن أوصى بأن يحج عنه بألف درهم فبلغت حججا فالوصي عنه بالخيار إن شاء دفع كل سنة حجة وإن شاء حج عنه رجالا في سنة واحدة وهذا أفضل لأن الوصية بالحج بالمال المقدر بمنزلة الوصية بالتصدق بالمال المقدر وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم وبين التأخير والتعجيل أفضل لأنه أقرب إلى تحصيل الموصي مقصوده وأبعد عن فواته بهلاك المال ● قال وإذا حج العبد بإذن مولاه أو بدون ذلك لا يجزيه عن حجة الإسلام لقوله عم أيما عبد حج ولو عشر حجج فعليه حجة الإسلام إذا أعتق وأيما صبي حج ولو عشر حجج فعليه حجة الإسلام إذا بلغ وأيما أعرابي حج ولو عشر حجج فعليه حجة الإسلام إذا هاجر وإنما قال هذا الخبر كانت الهجرة فريضة وكان المعنى فيه أن التعليق من شرائط وجوب الحج ولا يتحقق الوجوب بدون شرطه فيكون المؤدى قبل وجود الشرط نفلا ولا ينوب عن الفرض وهذا بخلاف الفقير إذا حج ثم استغنى حيث جاز ما أدى عن الفرض لأن ملك المال ليس بشرط للوجوب إنما شرط الوجوب التمكن من الوصول إلى موضع الأداء ● ألا ترى أن المكي

الذي هو في موضع الاداء لا يعتبر في حقه ملك المال لان في حقه لا يتفاوت المال بين مصاب بل يختلف ذلك باختلاف قربه من موضع
الاداء وبعده عرفنا ان الشرط هو التمكن من الوصول الى موضع الاداء فباي طريق وصل الفقير الى الموضع وجب الاداء فانما حصل
اداوه بعد الوجوب فكان فرضا فاما العتق من شرائط الوجوب فان العبد الذي هو مملوك لا يلزمه الحج فالمودى قبل العتق لا يكون
فرضا يوضحه انه انما ادى الحج بمنافعه ومنافع الفقير حقه فاذا اداه بما هو حقه كان فرضا فاما العتق من شرائط الوجوب
فان العبد الذي هو مملوك لا يلزمه الحج فالمودى قبل العتق لا يكون منافع العبد لمولاه وباذن مولاه لا تخرج المنفعة من ملكه فانما
اداه بما هو ملك الغير وملك الغير لا يسقط ما هو فرض العمر عنه وهذا بخلاف الجمعة اذا اداها باذن المولى لان الجمعة تودى
في وقت الظهر ومنافعه لاداء الظهر صارت مستثناة عن حق المولى فانما اداه بمنافع مملوكة له فلهذا اجاز عنه بخلاف ما نحن فيه
فان هذا غير مستثنى من حق المولى فلا يتادى به حجة الاسلام ● قال وان اصاب صيدا فعليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه
بقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير باراقة الدم ولا بالاطعام فيكفر بالصوم كما اذا حنث في يمينه كان عليه ان يكفر بالصوم
قال وان جامع مضى فيه حتى يفرغ منه لان حجه وان فسد كان عليه المضي في الفاسد وان احرامه كان لازما فلا يخرج عنه الا باداء
افعال الحج فاسدا كان او صحيحا وعليه الهدي اذا اعتق لتعجيل الاحلال بالجماع وهذا الدم لا يقوم الصوم مقامه والاصل
في كل دم لا يقوم الصوم مقامه يتأخر عن العبد حتى يعتق وكل ما يقوم الصوم مقامه فعليه ان يوديه بالصوم وعليه حجة مكان
هذه سوى حجة الاسلام لانه افسدها بعدما صح شروعه فيها فعليه قضاؤها وان لم يجامع ولكنه فاته الحج يحل بالطواف والسعي والحلق
لانه بعد صحة شروعه في الاحرام يتحلل بما يتحلل به الحر والحر انما يتحلل بعد فوات الحج باعمال العمرة فكذلك العبد وعليه ان يحج
اذا اعتق سوى حجة الاسلام لفوات ما شرع فيه وان طعم عنه مولاه او ذبح عنه من الدماء ما يلزمه لا يجزيه لانه لم يصر مالكا
للطعام الذي يودى في الكفارة ولا لما اراق دمه فان الرق ينافي الملك وبدون الملك لا تسقط عنه الكفارة الا في الاحصار
خاصة فان على مولاه ان يبعث بهدي عنه حتى يحل لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة باذنه له في الاحرام فانه لو احرم بغير اذنه
كان له ان يحله بغير هدي فاذا احرم باذنه كان المولى هو المكتسب لسبب وجوب هذا الدم فعليه ان يحله ولا يبعد ان يجب
على المولى بسبب عبده كما يجب عليه صدقة الفطر عن عبده ثم على العبد اذا عتق حجة وعمرة ثم على العبد اذا عتق حجة وعمرة
هو المحصر في الحكم اذا كان حرا ويحل بالهدي فكذلك العبد اذا حلله ● قال واذا اراد الرجل ان يحج رجلا عن نفسه لانه ابعد
من الخلاف فالعلماء رحمهم الله واهدى في اقامة اعمال الحج لمعرفته بها مجهوده عنه وان حج صرورة عن نفسه يجوز عندنا
وعلى قول الشافعي لا يجوز ويكون حج الصرورة عن نفسه لا عن الامر ● وحجته ما روي عن النبي عم انه راى رجلا يلبي عن شبرمة
فقال عم من شبرمة فقال اخ لي او صديق لي فقال عم حج عن نفسك ثم عن شبرمة ● وحجتنا في ذلك حديث الخثعمية ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم جوزها ان تحج عن ابيها ولم يستفسر انها حجت عن نفسها او لا وفي الحديث الاخر تعارض فقد روي انه سمع رجلا
يلبي عن نبيشة فقال من نبيشة فقال صديق لي فقال اذا حججت عن نبيشة فحج عن نفسك ● وتاويل الحديث الاخر ان ذلك الرجل لم يحرم بعد
ولكن لبى على سبيل التعليم للتكفية في التلبية عن الغير فاشار عم بان يبدا بالحج عن نفسه وبه نقول ان الافضل ان يحج عن نفسه
اولا والاختلاف في هذا نظير الاختلاف في الصرورة اذا حج بنية النفل عندنا يكون نفلا وعند الشافعي يكون عن حجة الاسلام
وحجته في ذلك ان حجة النفل لا تكون الا بعد حجة الفرض لانه عبارة عن الزيادة ولا يتصور ذلك قبل الاصل واذا الغي نية النفل بقي مطلق نية الحج ومطلق
النية يتادى الفرض بل عليه ان نية النفل يوم عرفة قبل اداء حج الاسلام والسفه مستحق الحجر فجعل نية النفل لغوا تحقيقا للمعنى
فيبقى مطلق النية ويجوز ان يتادى حجة الاسلام بغير نية كما في المغمى عليه اذا احرم عنه اصحابه فبنية النفل اولى ● وحجتنا
في ذلك ان اداء الفرض في الحج يسع لاداء النفل فلا يتادى الفرض منه بنية النفل كالصلاة بخلاف الصوم عندنا فان وقته الصوم
لا يسع لاداء النفل وهذا لان الحج عبادة معلومة بالافعال لا بالوقت فكان الوقت ظرفا له لا معيارا فاداء مثله لا يتمحض الفرض
من النفل الا بالتعيين وقوله يتادى بمطلق النية قلنا عندنا لا يتادى الا بالتعيين غير ان التعيين يثبت بالنص تارة وبالدلالة اخرى
وفي الحج التعيين حاصل بدلالة العرف فالظاهر ان الانسان لا يتحمل المشقة العظيمة ثم لا يشتغل باداء النفل مع بقاء الفرض عليه
والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كمن اشترى بدراهم مطلقة ينصرف الى النقد الغالب بالعرف وانما يعتبر اذا لم يوجد التصريح بخلافه
فاذا صرح بنية النفل سقط اعتبار العرف فكان حجه عما نوى وما قال باطل على اصله بالصوم فانه لا يلغى اعتبار نية النفل
والمحل متعين في الاعراض عن الفرض والمغمى عليه اذن لاصحابه بطريق الدلالة في الاحرام عنه وسيأتي المسالة الاذن

اضاحيا فانما يتادى له الحج بالنية وان اراد ان يحج رجلا ليحج عن نفسه فالصرورة اولى بذلك ممن قد حج لان الصرورة تتوسل
الى اداء الفرض ومن قد حج مرة يتوسل الى اداء النفل وكما ان درجة اداء الفرض اعلى كان الاعانة عليه بالمال اولى ● قال والحج
التطوع جائز عن الصحيح يريد به ان صحيح البدن اذا احج رجلا عنه على سبيل التطوع عنه فهذا جائز لان هذا انفاق المال في طريق الحج
ولو فعله بنفسه كان فيه طاعة عظيمة فكذلك اذا صرفه الى غيره ليفعله عنه يكون جائزا وكونه صحيحا لا يمنعه عن اداء التطوع
بهذا الطريق وان كان يمنعه من اداء الفرض لانه في التطوع الامر موسع عليه ● الا ترى انه في الصلوة يجوز التطوع قاعدا مع القدرة
على القيام وان كان لا يجوز ذلك في الفرض فكذلك هنا ● واما حجة الاسلام يجوز عن المريض الذي لا يستطيع الحج اذا لم يزل مريضا
حتى مات فان صح فعليه حجة الاسلام ● والحاصل ان العبادات المالية المقصود منها صرف المال الى سد خلة المحتاج
وذلك يحصل بنائبه فيجوز الانابة فيها في حالة الاختيار والضرورة والعبادات المحضة فالمقصود اما التعظيم بالجوارح
كالصلوة واما اتعاب النفس الامارة بالسوء ابتغاء مرضات الله تعالى وذلك لا يحصل بالنائب اصلا ولا تجزي النيابة في ادائها
والحج فيه المعنيان جميعا معنى التعظيم للبقعة وذلك بالنائب يحصل ومعنى تحمل المشقة للتوسل الى ادائها وذلك لا يحصل
بالنائب فلا تجزي النيابة فيها عند القدرة على الاداء بنفسه لانعدام احد المعنيين بالنائب وفي العبادات البدنية المعتبر
الوسع ولا معتبر للعجز الحال لان الحج فرض العمر فيعتبر فيه عجز مستغرق لبقية العمر ليقع به الياس عن الاداء بالبدن فعلى هذا
ان كان عجزه بمعنى لا يزول اصلا كالزمانة يجوز الاداء بالنائب مطلقا وان كان زمانا يتوهم زواله بان كان مريضا او مسجونا
فاذا ادى بالنائب كان ذلك مراعى فان دام العذر الى ان مات تحقق الياس عن الاداء بالبدن فوقع المودى موقع الجواز
وان برأ من مرضه تبين انه لم يقع الياس عن الاداء بالبدن فكان عليه حجة الاسلام والمودى تطوع له والمال
جعل خلفا عن القدرة على الاداء بالبدن في جواز الاداء به بعد تقرر الوجوب فاما في حكم الوجوب بسببه ففيه اختلاف العلماء
فالمذهب عندنا ان المعضوب والمقعد والزمن لا يجب عليه الحج باعتبار ملك المال وعلى قول الشافعي وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة ● وحجته في ذلك حديث الخثعمية حيث قالت ان فريضة الله الحج ادركت ابي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يستمسك
على الراحلة فقولها شيخا كبيرا نصب على الحال يعني لزمه الحج في هذه الحالة ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدل ان الحج يجب على المعضوب والمقعد والزمن والمعنى فيه ان شرط الوجوب التمكن من اداء الواجب فاذا جاز اداء الواجب
بالمال عند العجز عن الاداء بالبدن ليودى بالمال فكذلك يثبت الوجوب بالمال ابتداء بهذه الصفة كالصوم في حق الشيخ الفاني
باعتبار بدله وهو الفدية ● وحجتنا في ذلك قوله تعالى من استطاع اليه سبيلا فانما اوجب الله تعالى الحج على من يستطيع
الوصول الى بيت الله تعالى والزمن لا يستطيع الوصول الى بيت الله تعالى فلا يتناوله هذا الخطاب وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم
جعل الشرط ما لا يوصله الى بيت الله بقوله من وجد زادا وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى والمعضوب والزمن لا يبلغانه
بيت الله تعالى فصار وجوده كعدمه ولان المقصود بهذه العبادة تعظيم البقعة بالزيارة والمال شرط يتوسل به الى هذا
المقصود وما هو المقصود فايت في حق المعضوب فلا يعتبر وجود الشرط لان الشرط تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل
في اثبات الحكم به ابتداء وان كان يبقى الحكم بعد ثبوته باعتباره واعتبار الابتداء بالبقاء فاسد فانه اذا افتقر بعد ما ملك المال
بعدما وجب الحج عليه يبقى واجبا ثم لا يجب ابتداء على الفقير وليس هذا نظير الفدية في حق الشيخ الفاني فانه بدل
عن اصل الصوم بالنص فيجوز ان يجب الاصل باعتبار البدل وهنا المال ليس ببدل عن اصل الحج ● الا ترى انه لا يتادى
بالمال انما يتادى بمباشرة النائب الحج عنه واذا لم يكن المال بدلا عن اصل الحج لا يثبت الوجوب باعتباره والروايات اختلفت
في الخثعمية ففي بعضها قالت ان ابي شيخ كبير وهذا بيان انه في الحال بهذه الصفة لانه في وقت الوجوب بهذه الصفة ثم مراد
ان ولده تقضي الحج عنه في حال كونه شيخا لانه وجب عليه ولظاهر هذا الحديث قال الشافعي في المعضوب الذي له مال
اذا بذل له ولده الطاعة ليحج عنه يلزمه فرض الحج وبطاعة غيره من القرابات لا يلزمه لان الخثعمية لما بذلت الطاعة جعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج دينا على ابيها بقوله فدين الله احق ولم يستفسر انه غني او فقير فدل ان بذل الولد الطاعة
يلزمه الحج وهذا لان الولد كسبه فيكون منزلة ماله كما ان القدرة على الاداء بالمال تكفي للايجاب عنده فكذلك القدرة
بمنفعة الابن الذي هو كسبه وهذا لانه ليس للولد في هذه الطاعة كبير منة على ابيه بخلاف سائر القرابات فان ذلك لا يخلوا
عن منة ● وحجتنا في ذلك ان الولد متبرع في بذل هذه الطاعة كغيره فلا يجوز ان يكون تبرعه موجبا للحج على ابيه الا ترى

ان الابن لو بذل المال لابيه لا يلزمه قبوله ولا يجب الحج باعتبار هذا البذل فكذلك ببذل الطاعة بل اولى لان هناك لم يكن للابن ان يرجع
بعد البذل ويتمكن الابن من ذلك فانه اذا استفاد ما لا وهنا للابن ان يرجع عما بذل من الطاعة فاذا لم يجب الحج على الولد ببذل المال
فببذل الطاعة اولى وعلى هذا الاصل الذي قلنا ان المعتبر استطاعة يوصله الى بيت الله الكلام يتضح في هذه المسئلة وعلى هذا الاصل
قال ابو حنيفة الاعمى لا يلزمه الحج وان وجد مالا وقايدا وعلى قول ابي يوسف ومحمد يلزمه ذلك وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
ووجه قولهما ان الاعمى يتمكن من الاداء ببدنه ولكنه يحتاج الى قايد يهديه الى الطريق فيكون بمنزلة الضال الذي ضل الطريق اذا وجد
من يهديه الى الطريق يلزمه الحج وابو حنيفة رح يقول هو عاجز عن الوصول الى البيت بنفسه فكان بمنزلة المعضوب وهذا لان ملك المال
انما يعتبر اذا كان يوصله الى البيت والمال هنا لا يوصله الى البيت وبذل القايد الطاعة غير معتبر فكان وجود ذلك كعدمه
فلهذا لا يلزمه الحج واما اذا مات الرجل فاوصى بان يحج عنه فعلى الموصى ان يحج عنه بماله لان بموته حصل العجز عن الاداء بالبدن والوصي قايم مقامه
فكانه بعد وقوع اليأس يحج عنه بماله في حيوته فكذلك الوصية يقوم مقامه بعد موته والاولى ان يحج الوصي عنه رجلا فان احج امراة جاز
مع الكراهة لان حج المراة انقص فانه ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي ولا رفع الصوت بالتلبية ولا الحلق فكان احجاج الرجل اكمل
من احجاج المراة ٥ قال واذا احج عنه رجلا فجامع ذلك الرجل في احرامه قبل الوقوف بعرفة فقد افسد حجه وهو ضامن للنفقة لانه امر
بانفاق المال في سفر يؤدي به حجا صحيحا فاذا افسد يصير مخالفا فيكون ضامنا للنفقة وعليه المضي في الفاسد والدم وقضاء الحج
وبهذا يستدل محمد رح ان اصل الحج يكون للحاج حتى ان القضاء عليه عند الافساد دون المحجوج عنه ٥ الا ترى انه لا بد له من ان ينوي
عن المحجوج عنه ولكن اذا خالف خرج فعله من ان يكون بامر المحجوج عنه فكان واقعا عن نفسه فعليه موجبه كالوكيل بالشرا اذا وافق
كان مشتريا بالامر ولو خالف كان مشتريا لنفسه قال ولو قرن مع الحج عمرة كان مخالفا ضامنا للنفقة عند ابي حنيفة وعندهما لا يصير
مخالفا استحسانا لانه اتى بالمامور وزاد عليه ما جانسه ولا يصير به مخالفا كالوكيل بالبيع اذا باع باكثر مما سمي له من جنسه يوضحه هذا
ان القران افضل من الافراد فهو بالقران زاد للميت خيرا فلا يكون مخالفا وابو حنيفة يقول هو مامور بانفاق المال في سفر يجرد للحج وسفره
ما تجرد للحج بل للحج والعمرة جميعا فكان مخالفا كما لو تمتع ولان العمرة التي زادها لا يقع عن الميت لانه لم يامره بذلك ولا ولاية عليه للحاج
في اداء النسك عنه الا بعد ما امره ٥ الا ترى انه لو لم يامره بشي لم يجز اداوه عنه فكذا اذا لم يامره بالعمرة فاذا لم تكن عمرته عن الميت
صار كانه نوى العمرة عن نفسه وهنا ان يصير مخالفا فكذا هذا الا انه ذكر ابن سماعة عن ابي يوسف رح انه وان نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا
ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة التي اداها عن نفسه وذهب في ذلك الى انه مامور بتحصيل الحج للميت ببعض النفقة وهذا لا يكون مخالفا لها
كالوكيل بشرا عبد بالف درهم اذا اشتراه بخمسمائة ولكن هذا ليس بشي فانه مامور بان يجرد السفر للميت فاذا اعتمر لنفسه لم يجرد السفر للميت
ثم الذي يحصل للميت ثواب النفقة فبقدر ما ينتقص به ينتقص من الثواب فكان هذا الخلاف ضررا عليه لا منفعة ثم دم القران عندهما يكون عليه
على الحاج من ماله نفسه وكذلك عند ابي حنيفة رح اذا كان مامورا بالقران من جهة الميت حتى لم يصر مخالفا لان دم القران نسك كساير المناسك
فكذلك هذا النسك ولان هذا الدم بدلا وهو الصوم ولو كان متعينا لم يشكل ان الصوم عليه دون المحجوج عنه فكذلك الهدي عليه قال وكذلك
لو امر بالعمرة عن الميت فقرن معها حجة فهو على الخلاف الذي ذكرنا الا ان على قولهما نفقة ما بقي من الحج بعد اداء العمرة يكون على الحاج خاصة لانه في الحج
عامل لنفسه لا للميت فلا يستوجب النفقة في مال الميت وهذا الفصل يتضح كلام ابي حنيفة رح على ما بينا قال واذا كان امره بالحج فبدا و عمرة
في اشهر الحج ثم حج من مكة كان مخالفا في قولهم جميعا لانه مامور بالحج عن الميقات والمتمتع يحج من جوف مكة فكان هذا غير ما امره به ولانه مامور
بالانفاق في سفر يعمل فيه للميت وانما انفق في سفر كان عاملا لنفسه لان سفره انما كان للعمرة وهو في العمرة عامل لنفسه قال وكل دم يلزم الحاج
يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان دم نسك فاقامة المناسك عليه وان كان دم كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما
بتركه واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا عليه فلهذا كان الدما عليه في ماله الا دم الاحصار فانه في مال المحجوج عنه في قول ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح هو على الحاج ايضا لان وجوبه لتعجيل الاحلال فيكون قياس الدم الواجب بالجماع ولانه في معنى دم القران لانه مشروع
للتحلل وهما احتجا وقالا دم الاحصار للخروج عن الاحرام وهو في مباشرة الاحرام كان عاملا للميت فكان الميت هو المدخل له فيه فعليه
اخراجه كما بينا في العبد اذا احرم باذن مولاه ثم احصر كان عليه اخراجه يوضحه ان دم الاحصار بمنزلة نفقة الرجوع في مال الميت
وان كان الحاج هو المتمتع ثم يرد ما بقي من المال على وصي الميت يحج به انسانا من حيث يبلغ ولا ضمان عليه فيما انفق لانه لم يكن مخالفا لامر الميت
فيما انفق الا ترى انه لو مات في الطريق لم يضمن ما انفق فكذلك اذا احصر وهو له من حيث يبلغ حتى اذا كان ما بقي من المال لا يمكن ان يحج به من منزله
يحج به من حيث يمكن وصار هذا كما لو لم يبلغ في الابتدا ثلث ماله الا هذا القدر فيحج به من حيث يبلغ لامكان من اصل المسئلة ان من اوصى بان يحج عنه

ثلث ماله فانما يحج من منزله لانه لو خرج للحج بنفسه كان يحج من منزله فكذلك يحج عنه بعد موته من منزله فان كان ثلث ماله لا يكفي للحج من منزله
يحج عنه من حيث يبلغ استحسانا وفي القياس تبطل هذه الوصية لانه عجز الوصي عن تنفيذها كما امر به وهو الحج بعد المقام ان يرجع فنفقته
في مال الميت لانه كان يستحق نفقة الرجوع في مال الميت وانما كان ينفق من مال نفسه لتاخر الرجوع فاذا اخذ في الرجوع عاد
نفقة الرجوع في مال الميت وهو نظير الناشزة اذا عادت الى بيت زوجها تستحق النفقة وكذلك المضارب اذا اقام في بلدته
او في بلدة اخرى ونوى الاقامة خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة فان خرج مسافرا بعد ذلك كانت النفقة
في مال المضاربة وقد روي عن ابي يوسف انه قال لا تعود نفقته في مال الميت هنا لان القياس ان لا يستوجب نفقة الرجوع
في مال الميت لانه في حق الرجوع عامل لنفسه لا للميت ولكن تركنا ذلك وقلنا اصل سفره كان للميت فما بقي ذلك السفر يبقى نفقته
في مال الميت وبالوصول لم يبق ذلك السفر ثم هو انشاء سفرا بعد ذلك لحاجة نفسه وهو الرجوع الى وطنه فلا يستوجب
بهذا السفر في مال الميت فبالوصول لم يبق ذلك السفر ثم هو انشا سفرا بعيدا ولهذا يذكر في الكتاب انه اذا وصل الى مكة قبل
وقت الحج بها ان حاله في الانفاق وقد ذكر في النوادر عن ابي يوسف ومحمد اذا قدم في ايام العشر فنفقته في مال الميت بعد ذلك
لان العادة ان يقدم مكة ويتقدم ويتاخر ولكنها في الايام العشر هو افضل ما هو العادة فاما ان قدم قبل الايام العشر مخالف
لما هو العادة وقصد بتقديم الاقامة ليس بعمل للميت شيئا فلهذا كانت نفقته في مال نفسه فان اوصى ان يحج عنه بالف درهم ٥
فبلغت حججا فالوصي بالخيار ان شاء دفع كل سنة حجة وان شاء احج عنه رجالا في سنة واحدة وهذا افضل لان الوصية بالحج بمال
بمنزلة الوصية بالتصدق بمال مقدر وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتاخير والتعجيل افضل لانه اقرب الى تحصيل مقصود
الموصي وابعد عن فوات مقصوده بهلاك المال ٥ قال واذا حج العبد باذن مولاه فان ذلك لا يجزيه عن حجة الاسلام لقوله عم
ايما عبد حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا هاجر وانما قال هذا حين كانت الهجرة فريضة وكان المعني فيه ان التعليق من شرط
وجوب الحج ولا يتحقق الوجوب بدون شرطه فيكون المودى قبل وجود الشرط نفلا فلا ينوب عن الفرض وهذا بخلاف الفقير اذا حج جاز
ما ادى عن الفرض لان ملك الزاد ليس بشرط للوجوب انما شرط الوجوب التمكن من الوصول الى موضع الادا ٥ الا ترى ان المكي الذي
في موضع الادا لا يعتبر في حقه ملك المال وفي حق الافاقي لا يتقدر المال بنصاب بل يختلف ذلك باختلاف قربهم من موضع الادا
وبعدهم فعرفنا ان الشرط التمكن من الوصول الى موضع الادا باي طريق وصل الفقير الى الموضع وجب الادا فانما يحصل اداوه
بعد الوجوب فكان فرضا فاما العتق من شرايط الوجوب فان العبد الذي هو محجور لا يلزمه الحج والمودى قبل العتق لا يكون فرضا
يوضحه انه انما ادى الحج بمنافعه ومنافع الفقير حقه فانما اداه عما هو حقه كان فرضا فاما منافع العبد لمولاه وباذن مولاه
لا يخرج المنفعة من ملكه فانما اداه بما هو ملك الغير وبملك الغير لا يسقط ما هو فرض العمر عنه وهذا بخلاف الجمعة اذا اداها
باذن المولى لان الجمعة تؤدى في وقت الظهر لاداء الظهر صارت مستثناة عن حق المولى فانما اداه بمنافع مملوكة له فلهذا جاز عنه
بخلاف ما نحن فيه فان هذا غير مستثنى من حق المولى فلا يتادى به حجة الاسلام ٥ قال وان اصاب صيدا فعليه الصيام لانه صار جانيا
على احرامه بقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير باراقة الدم ولا بالاطعام فيكفر بالصوم كما اذا حنث في يمينه كان عليه
ان يكفر بالصوم ٥ قال فان جامع مضى فيه حتى يفرغ منه لانه حجه وان فسد لكن عليه المضي في الفاسد لان احرامه كان لازما
فلا يخرج عنه الا باداء الافعال الحج فاسدا كان او صحيحا وعليه الهدي اذا اعتق لتعجيل الاحلال بالجماع وهذا الدم لا يقوم
الصوم مقامه فيتاخر عن العتق حتى يعتق وكل ما يقوم الصوم مقامه فعليه ان يوديه بالصوم وعليه حجة مكان هذه سوى
حجة الاسلام لانه افسدها بعد ما صح شروعه فيها فعليه قضاوها وان لم يجامع ولكنه فاته الحج يحل بالطواف والسعي والحلق
لانه بعد صحة شروعه في الاحرام يتحلل عما تحلل به الحر فالحر انما يتحلل بعد فوات الحج باعمال العمرة فكذلك العبد وعليه ان يحج حجة اذا عتق
سوى حجة الاسلام لفوات ما شرع فيه وان اطعم عنه مولاه او ذبح عنه من الدما ما يلزمه لا يجزيه لانه لم يصر مالكا للطعام
الذي يودي به الكفارة ولا للمال اراقة دمه فان الرق ينافي الملك وبدون الملك مما كفر به لا يسقط عنه الكفارة ولا للمال اراقة دمه فان الرق
ينافي الملك وبدون الملك فيما كفر به لا تسقط عنه الكفارة الا في الاحصار خاصة فان على مولاه ان يبعث بهدي عنه حتى يحل لانه
هو الذي ادخله في هذه العهدة باذنه له بالاحرام فانه لو احرم بغير اذنه كان له ان يحلله فكان هذا بمنزلة ما لو اوصى بان يشترى له نسمة
بالف درهم فعتق عنه وكان ثلث ماله دون ذلك تبطل الوصية ٥ وجه الاستحسان ان المقصود من الحج ابتغاء مرضاة الله ونيل الثواب
فيكون بمنزلة الصدقة بالوصية وذلك ينفذ بحسب الامكان بخلاف الوصية بالعتق فان العبد اذا كان معينا فالوصية تقع له وكذلك

ان لم يكن معينا فاما اذا اوصى بحجة بالف فلا يجوز تنفيذها بعشرة او خمسمائة فلو وجدوا من يحج عن الميت من منزله ببذل المال ماشيا
لا يجوز له ان يحجوا من منزله وانما يحجون من حيث يبلغ راكبا حتى قال محمد رحمه الله في النوادر راكب البعير في ذلك افضل من راكب الحمار وهذا لانه
لا يلزمه ان يحج بنفسه ماشيا وان وجد النفقة فكذلك لا يحج عنه ماشيا لان الحاصل للميت ثواب النفقة على ما بينا • وروى الحسن رحمه الله
عن ابي حنيفة رحمه الله قال الخيار الى الوصي ان شاء حج عنه من حيث يبلغ راكبا وان شاء من منزله ماشيا لان في الجانبين زيادة في المشقة
وفي كل واحد منهما نيل الثواب فيتخير الوصي في الجانبين شاء فاما المحصر بعد ما يحلل فعليه قضاء الحج والعمرة بمنزلة ما لو كان احرم
عن نفسه فتحلل بالهدي وهذا شاهد محمد رحمه الله فان المحصر غير مخالف ومع ذلك كان قضاء الحج والعمرة عليه فلولا ان اصل حجه عن نفسه
فان للميت ثواب النفقة فان امره رجلان كل واحد منهما بالحج فاهل بحجة عنهما كان ضامنا لهما جميعا لان كل واحد منهما امره بان ينفق ماله
في سفر يخلص له وان ينويه بعينه عند الاحرام فاذا لم يفعل صار مخالفا ولا يستطيع ان يجعل الحجة لواحد منهما لانهما قد لزماه عن نفسه
وهذا لانه حين نواهما ولا يمكن تصحيح نيته عنهما لان الحج الواحدة لا يكون عن الاثنين وليس احدهما باولى من الاخر فبطلت نيته عنهما
فبقي نية اصل الاحرام فكان محرما عن نفسه فلا يستطيع ان يحوله الى غيره من بعد وهذا بخلاف من احرم عن ابويه كان له ان يجعل عن ايهما شاء
لانه متبرع وكان ذلك امر بينه وبين الله تعالى فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين احدهما في الابتدا بل يجعل التعيين في الانتها كالتعيين في الابتدا
وهذا غير متبرع فيما صنع وهذا امر بينه وبين العباد فيتبين التعيين في الابتدا يصير مخالفا وان امره احدهما بالحج والاخر بالعمرة ولم ياذنا له
بالجمع فجمع بينهما يكون مخالفا ايضا لانه ما اتى بسفر خالص لواحد منهما فلم يكن مستوجبا للنفقة فيما لو اخذ منهما وان امره بالجمع جاز لان كل واحد
صرح ان مقصوده تحصيل النسك لا خلوص السفر له وقد حصل مقصود كل واحد منهما ولا ضمان عليه فيما انفق من مالهما وهدي المتعة
عليه في ماله وكذلك ان امره بالقران رجل واحد لان هذا الهدي نسك كساير المناسك على الحاج فكذا هذا النسك • قال وان رجل
استاجر رجلا ليحج عنه لم تجز الاجارة عندنا وقال الشافعي يجوز • واصل المسئلة ان الاستيجار على الطاعات التي لا يجوز اداؤها
من الكافر لا يجوز عندنا وعند الشافعي كل ما لا يتعين على الاجير اداؤه يجوز الاستيجار عليه اذا كان تجري فيه النيابة واستدل
بحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه حيث رقى الملدوغ بفاتحة الكتاب فاعطي قطيعا من الغنم فسال عن ذلك رسول الله عليه السلام فقال لمن اكل برقية
باطل لقد اكلت برقية حق والرقية بهذه الصفة طاعة ثم جوز اخذ البدل عليه والمعنى فيه ان الحج تجري فيه النيابة في الادا ولا يتعين على الاجير
اقامته فيجوز استيجاره عليه كبنا الرباط والمسجد وهذا الوصف تعين ان عمل الاجير وقع للمستاجر والدليل انه لم يستوجب النفقة
في ماله عندكم وانما يستوجب النفقة في ماله اذا عمل له • والدليل عليه انه اذا خالف لا يستوجب عليه في ماله وقع عمله له
استحق الاجر عليه بخلاف من استاجر على الامامة فان عمله في الصلاة يقع له لا لغيره وكذلك من استاجر على الجهاد فان المجاهد يودي
الفرض لنفسه فلا يكون عمله لغيره • وحجتنا في ذلك حديث مرداس السلمي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال يا اهل الحرا والرفاق والشرط على كتاب الله تعالى
وحديث ابي بن كعب رضي الله عنه حين علم سورة من القرآن فاعطي قوسا فقال عليه السلام اتحب ان يقوسك الله بقوس من نار فقال لا فقال عليه السلام رده عليه
القوس • وفي حديث عثمان بن ابي العاص الثقفي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال اذا اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان المباشر يعمل الطاعة
عمله لله تعالى فلا يصير مسلما الى المستاجر فلا يجب الاجر عليه بخلاف بنا الرباط والمسجد فالعمل هناك ليس بعبادة محضة بدليل انه يصح
من الكافر والدليل عليه ان المصلي والمؤذن خليفة النبي عليه السلام وهو ما كان ياخذ عليه اجرا كما قال الله تعالى قل لا اسالكم عليه اجرا الا
فكذلك الخليفة واما حديث الرقية قلنا كان ذلك لانهم لا اجر من الحربي بطريق الغنيمة • الا ترى ان النبي عليه السلام قال اضربوا لي فيها بسهم مع ان ذلك
لم يكن مشروطا بعينه وعندنا ليس بمشروط يجوز اخذه فاذا ثبت ان الاستيجار على الحج لا يجوز قلنا الفعل الذي لا جواز له يجعل
يكون وجوده كعدمه واذا سقط اعتبار العقد بقي امره بالحج فيكون له نفقة مثله في ماله وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض
ولكن يستحق كفايته لانه فرغ نفسه لعمل ينتفع به المستاجر فيستحق الكفاية في ماله كالقاضي يستحق كفايته في بيت المال والعامل
يستحق الكفاية في مال الصدقة والمراة تستحق النفقة في مال الزوج لا بطريق العوض • قال ويجوز حجة الاسلام عن المحبوس اذا مات
قبل ان يخرج لانه قد تحقق الياس عن الادا بالبدن قال والحاج عن غيره ان شا قال لبيك عن فلان وان شا اكتفى بالنية بمنزلة الحاج عن نفسه
ان شا صرح بالحج عند الاحرام وان شا نوى واكتفى بالنية • قال وان كان الميت اوصى بالقران فخرج المجهز بهما البيت وساق هديا
فقلده يكون محرما بهما جميعا لان احرامه عن غيره وكذلك ان لم يكن الهدي لغيره انما هو من زكاته عليه او من جزاء صيد او من جماع
في احرام قبل هذا او احصار كان قبل هذا فساقه لذلك هديا بدنة فقلدها فهو محرم على قياس ما لو نوى الاحرام عن نفسه
فانه يصير محرما بتقليده هذه الهدايا وسوقها فكذلك اذا نوى الاحرام عن غيره لان هذه الهدايا عليه في ماله على كل حال •

قال

قال رجل امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما فاهل بحجة عن احدهما لا ينوي واحدا منهما فان له ان يصيرها الى ايهما شا في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف ارى ذلك عن نفسه وهو ضامن لنفقتهما • وحجته في ذلك انه مامور من كل واحد منهما في تعيين النية له
فاذا لم يفعل صار مخالفا كما اذا نوى عنهما جميعا بخلاف الحاج عن الابوين فانه غير مامور به من جهتهما • الا ترى انه يصح نيته عنهما
فكذلك من احدهما بغير عينه وهذا لان النية بمنزلة الركن في العبادات فان صحة العمل يكون بالنية فبترك تعيين النية يكون مخالفا
في حق كل واحد منهما وهما قالا الابهام في الابتدا يمنع انعقاد الاحرام صحيحا والتعيين في الانتها بمنزلة التعيين في الابتدا
الا ترى انه لو احرم لا ينوي حجة ولا عمرة بعينها كان له ان يعين في الانتها ويجعل ذلك كتعيينه في الابتدا وهذا لان احرامه
بمنزلة الشرط لادا النسك • الا ترى انه يصح في غير وقت الادا ولا يتصل به الادا فمن لا تبين التعيين فيه لا يجعله مخالفا
واذا عين قبل الاشتغال بطلب الادا كان ذلك كالتعيين في الابتدا حتى انه لو اشتغل بالطواف قبل التعيين لم يكن له ان يعين
بعد ذلك عن واحد منهما لانه لما اشتغل بالعمل تعين احرامه عن نفسه فلا يملك ان يجعله لغيره بعد ذلك • قال واذا اهل الرجل
عن نفسه وعن ولده الصغير الذي معه ثم اصاب صيدا فعليه دم واحد فلا يجب عليه من جهة اهلاله عن ابنه شي لان عبادته
في اهلاله عن ابنه كعبادة ابنه ولو كان من اهله فيصير الابن بهذا محرما الا ان يصير الان محرما عنه بقي للاب احرام واحد
بخلاف القارن فهو محرم عن نفسه باحرامين فكان عليه جزاان قال واذا ام الرجل البيت فاغمي عليه فاهل عنه اصحابه بالحج ووقفوا
في المواقف وقضوا له النسك كله • فانه يجزئه ذلك عن حجة الاسلام في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجزئه
والقياس قولهما لانه لم يامر اصحابه بالاحرام عنه وليس للاصحاب عليه ولاية فلا يصير هو محرما باحرامهم لان عقد الاحرام
عقد لازم والزام العقد على الغير لا يكون الا بولاية ولان الاحرام لا ينعقد الا بالنية وقد انعدمت النية عن المغمى عليه حقيقة
وحكما لان نية الغير عنه بدون امره لا يقوم مقام نيته • والدليل عليه ان ساير المناسك لا تتادى باداء الاصحاب عنه
فكذلك الاحرام • وجه قول ابي حنيفة وهو انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بهم في كل ما يعجز عن مباشرته بنفسه والاذن
دلالة بمنزلة الاذن افصاحا كما في شرب ما السقاية وكمن نصب القدر على الكانون وجعل فيه اللحم واوقد النار تحته فجا انسان
وطبخه لم يكن ضامنا لوجود الاذن دلالة واذا ثبت الاذن قام نيتهم مقام نيته كما لو كان امرهم بذلك ايضا واما ساير المناسك
فالاصح ان نيابتهم في ادائها عنه صحيح الا ان الاولى ان يقفوا به وان يطوفوا به فيكون اقرب الى ادائه لو كان مفيقا ولو اداها عنه جاز
ومن اصحابنا من فرق فقال الاحرام بمنزلة الشرط فتجري النيابة في الشرط وان كان لا تجري في الاعمال • الا ترى ان المحدث اذا غسل
اعضاءه غيره كان له ان يصلي بتلك الطهارة وان كانت النيابة لا تجري في اعمال الصلاة • توضيحه ان النيابة عند تحقق العجز ففي [قبل]
الاحرام تحقق عجزه عنه بسبب الاغماء فتنوب عنه اصحابه فاما في ادا الاعمال لم يتحقق العجز لانهم اذا احضروه المواقف
كان هو الواقف فاذا طافوا به من حيث هو كان هو الطائف بمنزلة من طاف راكبا بعذر • قال فان اصاب الذي اهل عن المغمى عليه صيدا
فعليه الجزا من قبل اهلاله عن نفسه ان كان محرما وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمى عليه شي لما بينا ان بهذا الاهلال يصير المغمى
عليه محرما فلا يلزمه الجزا باعتبار احرامه • قال واذا حج الرجل عن ابيه وعن امه حجة الاسلام من غير وصية اوصى بها الميت اجزاه
اجزاه ان شا الله تعالى • قال بلغنا عن النبي عليه السلام انه قال للخثعمية ارايت لو كان على ابيك دين فقضيتيه اما يقبل منك فقالت نعم
فقال عليه السلام الله احق ان يقبل وفي الحديث الاخر قال عليه السلام للتي سالته ان تحج عن ابيها حجي واعتمري وان سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه قال
يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان امي قد توفيت وانها كانت تحب الصدقة افاتصدق عنها فقال نعم فهذه الآثار تدل على ان الوارث
يتبرع على مورثه بمثل هذه القرب فان قيل فلماذا قيد الجواب بالاستثناء بعد ما صح الحديث فيه قلنا لان خبر الواحد يوجب العمل
فيما طريقه العمل اطلق الجواب فيه فاما سقوط حجة الاسلام عن الميت باداء الورثة طريقه العلم فامر بينه وبين ربه تعالى فلهذا
قيد الجواب بالاستثناء • قال رجل اوصى بحجة فاحج الوصي عنه رجلا فهلكت النفقة من ذلك الرجل قال يحج عنه حجة اخرى من ثلث
ما بقي من المال وهذا قول ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف رحمه الله ان بقي من ثلث مال الميت ما يمكن ان يحج به عنه بابيا والا فقد بطلت
الوصية وعند محمد رحمه الله الوصية تبطل لان الوصي قايم مقام الموصي في التعيين ولو عين الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك
فكذلك اذا عين الوصي قال واذا اوصى ان يحج عنه رجلا بعينه او بغير عينه واوصى بوصايا فلا باس بان يكون الثلث بينهم بالحصص
يضرب للحج فيه بادنى ما يكون من نفقة الحج لان الوصية بالحج وجب تنفيذها له بنفقة الموصي ووجب تنفيذها له ساير الوصايا
للموصى لهم بعد اختلاف الحقوق وتجري المزاحمة بينهم في الثلث لمزاحمة حق كل مستحق بخلاف ما ذكرنا من الحج او العتق لان تنفيذنا لوصيتين

هنا لان الموصى هذا كانت البداءة بما بدا الميت ثم ما حصل بالحج من الثلث هنا يحج به من حيث يبلغ لانه هو الممكن من تحصيل مقصود الموصى بمنزلة ما لو لم يكن ثلث ماله الا هذا او وصى بان يحج عنه من حيث يبلغ فان احجوا به من موضع فرجع الحاج بفضل نفقة وكسوة فذلك انهم اخطاوا وكان الوصي ضامنا لما انفقه فيضم ذلك الى ما بقي ويحج به عن الميت من حيث يبلغ الا اذا كان الفاضل شيئا يسيرا فحينئذ هذا والاول سواء في القياس وفي الاستحسان يجزي الحجة عن الميت فلا يكون الوصي ضامنا لما انفقه فيضم ذلك الى ما بقي ويحج به عن الميت فلا يكون الوصي عنه ضامنا لان اليسير من التفاوت لا يمكن الاحتراز عنه فلا بد من ان يبقى بعد رجوعه كسوة او جراب خلق او ثوب خلق فلهذا جعل هذا القدر عفوا ويكون رده على الورثة او على الموصى له ان كان هناك موصى له بالثلث

قال واذا اهلت المرأة بحجة الاسلام لم يكن لزوجها ان يمنعها اذا كان معها محرم وان لم يكن معها محرم كان له ان يمنعها وهي بمنزلة الحرة المحرمة وقد بينا شرائط وجوب الحج عليها في حقها المحرم عندنا ثم تشترط ان تملك قدر نفقة المحرم لان المحرم اذا كان يخرج معها فنفقته في مالها الا رواية عن محمد رح تقول لنفقة المحرم لانه غير مجبر على الخروج فاذا تبرع به لا يستوجب عليها النفقة عليها ولكن في ظاهر الرواية هي لا تتوصل الى الحج الا بنفقة المحرم كما لا تتوصل الى نفقتها وكما يشترط لوجوب الحج عليها ملك الزاد والراحلة وكان ابو حازم يقول هو شرط فكذلك المحرم الذي يخرج معها يجعل ذلك شرطا وقد بينا شرائط الوجوب فيما سبق ولا يتعرض في شيء من المواضع لامن الطريق واختلف مشايخنا رح ان امن الطريق شرط للوجوب ام شرط للاداء فكان ابن شجاع يقول هو شرط الوجوب لانه بدونه يتعذر الوصول الى البيت الا بمشقة عظيمة فيجعل شرط الوجوب كالزاد والراحلة الاداء لان النبي عم لما سئل عن الاستطاعة فسرها بالزاد والراحلة ولا تجوز الزيادة في شرط وجوب العبادة بالرأي ولكن الطريق في حق خوف مما كان يومئذ لغلبة اهل الشرك في ذلك الموضع ولم يشترط رسول الله عم امن الطريق فدل ذلك انه ليس من شرائط الوجوب وانما شرط الوجوب ملك الزاد والراحلة للذهاب والمجيء وملك نفقة من تلزمه نفقته من العيال كالزوجة والولد الصغير وعن ابي يوسف مع ذلك زيادة نفقة شهر لان الظاهر انه اذا رجع لا يشتغل بالكسب الا بعد مدة فاستحسن اشتراط ملك نفقة شهر بعد رجوعه ثم بعد اجتماع شرائط الوجوب يجب على الفور ثم يأثم بالتأخير عند ابي يوسف رواه عنه بشر والمعلى وهكذا ذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة رح قال سئل عمن له مال ايحج به ام يتزوج قال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور وعند محمد يسعه التأخير بشرط ان لا يفوته بالموت فان اخر حتى مات فهو آثم بالتأخير وعند الشافعي لا يأثم بالتأخير واستدل محمد بتأخير رسول الله عم الحج بعد نزول فرضيته فانها نزلت فرضية الحج في سنة ست من الهجرة وحج رسول الله عم في سنة عشر والمعنى فيه ان الحج فرض العمر فكان جميع العمر وقتا لادائه ولا يستغرق جميع العمر اداؤه فصار جميع الوقت في حق الحج كجميع وقت الصلوة في حق الصلوة وهناك التأخير يسعه بشرط ان لا يفوته عن وقته ودليل صحة هذا الكلام انه اذا احرم كان مؤديا لا قاضيا فعلنا ان جميع العمر وقت ادائه وابو حنيفة وابو يوسف استدلا بقوله عم من وجد زادا وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى ولم يحج فلا عليه ان يموت يهوديا او نصرانيا الحديث وقال عمر رض لقد هممت ان انظر الى من ملك الزاد والراحلة ولم يحج فاحرق عليهم بيوتهم والله ما اراهم مسلمين ما هم بمسلمين والمعنى فيه ان السنة الاولى بعدما تمت الاستطاعة متعينة لاداء الحج بعد وجود وقت الحج فالتأخير عنه يكون تفويتا كتأخير الصوم عن شهر رمضان وتأخير الصلوة عن وقتها وبيانه وهو ان بمضي هذا الوقت يعجز عن الاداء بيقين وقدرته على الاداء بمجيء اشهر الحج من السنة الثانية موهوم فربما لا يعيش اليها والموهوم لا يعارض المتحقق فبمضي هذا الوقت يكون تفويتا له يوضحه ان وقت ادا اشهر الحج من عمره لا من جميع الدنيا وهذه السنة متعينة لذلك لان عدم التعيين لاعتبار المعارضة ولا تتحقق المعارضة الى ان يتيقن بحياته الى السنة الثانية ولا طريق لاحد الى معرفة ذلك ولهذا قلنا اذا احرم كان مؤديا لانه لما بقي الى السنة الثانية تحققت المعارضة فخرجت السنة الاولى من ان تكون متعينة فكانت هذه السنة في حقه بعدما ادركها بمنزلة السنة الاولى واما تأخير النبي عم فقد منع ذلك مشايخنا رح فقالوا نزول فرضية الحج قوله تعالى ولله على الناس حج البيت وانما نزلت هذه الاية في سنة عشر فاما النازل سنة ست قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وهذا امر بالاتمام لمن شرع فيه فلا يثبت به ابتداء الفريضة مع ان التأخير انما لا يحل لما فيه من التعريض للفوت ورسول الله عم كان آمنا من ذلك لانه مبعوث لبيان الاحكام للناس والحج من اركان الدين فامن ان تبينه للناس بفعله ولان تأخيره كان لعذر وذلك ان المشركين كانوا يطوفون بالبيت عراة ويلبون تلبية فيها شرك وما كان التغيير ممكنا لهم حتى اذا تمت المدة بعث عليا رض حتى قرأ عليهم سورة براءة ونادى ان لا يطوف بهذا البيت بعد هذا العام مشرك ولا عريان ومن ذلك انه كان لا يستطيع الخروج وحده بل يحتاج الى

قال

قال وان اهلت المرأة بغير حجة الاسلام فللزوج ان يمنعها من الخروج ان كان لها محرم او لم يكن لانها ممنوعة عن التطوع بغير اذن الزوج قال عم لا تصوم المرأة تطوعا الا باذن زوجها ولانا لو مكناها من ذلك فوتت على الزوج حقه اصلا لانها كلما خرجت عن حجة احرمت باخرى وهي لا تملك تفويت حق الزوج عليه فلهذا كان له ان يمنعها من الخروج ان كان لها محرم او لم يكن لانها ممنوعة وهي بمنزلة المحصرة الا ان للزوج ان يحللها قبل ان يبعث بالهدي فيتوقف تحللها عليه بخلاف ما اذا عدمت المحرم في حجة الاسلام وقد بينا هذا فيما سبق وكذلك المملوك اذا اهل بغير اذن المالك قال واذا اذن لعبده او لامته في الاحرام كرهت له ان يمنعه بعد ذلك ولو حلله جاز بخلاف الزوج وقد تقدم بيان هذا الفرق ايضا اعادة الفرع وهو انه لو باع المملوك بعدما اذن فللمشتري ان يحلله ويكون له ان يرده عليه بعيب الاحرام وجعله بمنزلة النكاح اذا زوج امته ثم باعها لم يكن للمشتري ان يبطل ذلك النكاح لانه سبق ملكه ولكن يجوز له ان يردها اذا لم يكن علم به فكذلك هذا ولكنا نقول المشتري يخلف في ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية ابطال النكاح بعد صحته فلا يكون ذلك للمشتري ايضا وقد كان للبائع ولاية التحلل من الاحرام مع الكراهة فيكون للمشتري ايضا واذا ثبت له ولاية التحلل لم يكن ذلك عيبا لازما يوضحه ان النكاح حق العباد فيكون محترما بحق المشتري فيترجح عليه بالسبق فاما الاحرام لزومه ليس لحق العباد وحق العبد في المحل مقدم على حق الله تعالى فلهذا كان للمشتري ان يحلله وعلى هذا الخلاف اذا احرمت المرأة ثم تزوجت فللزوج ان يحللها اذا احرمت بحجة الاسلام عندنا وعند زفر ليس له ذلك وان احرمت المرأة بحجة التطوع بغير اذن زوجها فحللها ثم جامعها ثم بدا له في عامه ان اذن لها في ما يقضي ذلك فتلبيها ان تحرم باحرام مستقبل وعليها دم لانها قد تحللت من الاحرام الاول باحلال الزوج قبل اداء الاعمال فعليها الدم وقضاء الحج وليس عليها قضاء العمرة عندنا وقال زفر رح عليها ذلك بمنزلة ما لو اذن لها بعد تحول السنة وهذا لانه بتحليل الاول وجب عليها قضاء حجة وعمرة كما هو الحكم في المحصر وصار دينا في ذمتها فلا فرق بين ان ياذن لها في عامه ذلك او في عام آخر وحجتنا في ذلك ان وجوب العمرة على المحصر باعتبار فوات الحج في هذه السنة بالقياس على فائت الحج يلزمه اداء العمرة فاذا اذن لها فحجت في هذه السنة لم يتحقق سبب وجوب العمرة عليها فاما بعد تحول السنة فقد تحقق سبب وجوب العمرة عليها وهو فوات اداء الحج في السنة الاولى فلهذا فرقنا بينهما

باب المواقيت

قال بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشام جحفة ولاهل اليمن يلملم ولاهل العراق ذات عرق وهذا الحديث مروي عن عائشة رض فاما ابن عباس رض روى هذا الحديث وذكر المواقيت الاربعة ولم يذكر ذات عرق لاهل العراق وابن عمر رض روى هذا الحديث وذكر المواقيت الثلثة ولم يذكر ذات عرق ولا يلملم وفي هذه الآثار دليل على ان كل من اتى شيئا من هذه المواقيت وهو يريد دخول مكة يلزمه الاحرام لان توقيت النبي عم لا يخلو عن فائدة ولا فائدة في هذه المواقيت سوى المنع من تاخير الاحرام بعدما انتهى الى هذه المواقيت فان قبل ذلك كان يسعه التاخير بالاتفاق والشافعي رح بظاهر الحديث يقول الافضل ان يكون احرامه عند الميقات وعلماؤنا رح قالوا التوقيت لبيان انه لا يسعه التاخير عنه فاما الافضل ان يحرم من قبل ان ينتهي الى المواقيت لحديث ام سلمة رض ان النبي عم قال من احرم من المسجد الاقصى الى المسجد الحرام غفر له ذنوبه وان كانت اكثر من زبد البحر ووجبت له الجنة وقال علي وابن مسعود رض في تفسير قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان اتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهلك قال وبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من وقتنا له وقتا فهو له ولمن مر به من غير اهله ممن اراد الحج والعمرة ففي هذا دليل ان كل من ينتهي الى الميقات على قصد دخول مكة فعليه ان يحرم من ذلك الميقات سواء كان من اهل ذلك او لم يكن الا ان من دخل مكة من اهل الآفاق حلالا فاراد ان يحرم بالحج كان ميقاته للاحرام ميقات اهل مكة فكذا هذا ثم الشافعي رح اخذ بظاهر الحديث فقال انما يجب الاحرام عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج والعمرة فاما من اراد دخولها للقتال فليس عليه الاحرام عنده قولا واحدا لان النبي عم دخلها يوم الفتح بغير احرام وان دخلها للتجارة او طلب غريم له فله فيه قولان في احد قوليه لا يلزمه الاحرام لان الاحرام غير مقصود لعينه بل لاداء النسك وهذا الرجل قاصد اداء النسك فكان الحرم في حقه كسائر البقاع فكان له ان يدخلها بغير احرام فاما عندنا ليس لاحد ممن ينتهي الى الميقات اذا اراد دخول مكة ان يجاوزها الا باحرام سواء كان من قصده الحج او القتال او التجارة لحديث ابن شريح الخزاعي رض ان النبي عم قال في خطبته يوم الفتح ان مكة حرام

حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لم تحل لاحد قبلي ولا لاحد بعدي ولن يستحل بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار ثم هي حرام
الى يوم القيمة فقد نص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انما احلت لي ساعة فلا تحل لاحد بعدي فتبين بهذا الحديث خصوصية
النبي عم بدخول مكة للقتال بغير احرام وانما تظهر الخصوصية اذا لم يكن لغيره ان يصنع كصنيعه وجاء رجل الى ابن عباس رض وقال
اني جاوزت الميقات ثم احرمت فقال ارجع الى الميقات ولب والا فلا حج لك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجاوز
الميقات احد الا محرما ولان وجوب الاحرام على من يريد الحج والعمرة عند دخول مكة لاظهار شرف تلك البقعة وفي هذا المعنى من يريد
النسك ومن لا يريد النسك سواء فليس لاحد ممن يريد دخول مكة ان يجاوز الميقات الا محرما فاما من كان دون الميقات الى مكة فله ان يدخلها
لحاجة بغير احرام وفي احد قولي الشافعي يلزمه ذلك فانه لا يفرق في احد القولين بين اهل الميقات واهل الافاق في انه لا يدخل
احد منهم الا محرما ● وحجتنا في ذلك حديث ابن عباس رض ان النبي عم رخص للحطابين ان يدخلوا مكة بغير احرام والظاهر انهم لا يجاوزون
الميقات فدل ان كل من كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام وابن عمر رض خرج من مكة يريد المدينة فلما انتهى قديدا بلغته فتنة المدينة
فرجع الى مكة فدخلها بغير احرام ولان المعنى فيه ان من كان داخل الميقات فهو بمنزلة اهل مكة لانه يحتاج الى الدخول لها في كل وقت
ولان مصالحهم متعلقة باهل مكة ومصالح اهل مكة متعلقة بهم فكما يجوز لاهل مكة ان يخرجوا لحوائجهم ثم يدخلوها بغير احرام فكذلك
لاهل الميقات وهذا لانا لو الزمناهم الاحرام في كل وقت كان عليهم من الضرر ما لا يخفى فانهم يحتاجون اليه في كل يوم فلهذا جوزنا
لهم الدخول بغير احرام الا اذا ارادوا النسك فالنسك لا يتأدى الا بالاحرام وارادة النسك لا يكون عند كل دخول فاذا ارادوا الاحرام
فاذا ارادوا الاحرام واهله في الوقت ودون الوقت الى مكة وقته من اهله حتى لو احرموا من الحرم اجزاهم وليس عليهم شيء لان خارج الحرم
كله بمنزلة وقت واحد في حقه بمنزلة الميقات في حق الافاقي وكما ان ميقات الافاقي للاحرام من دويرة اهله ويسعه التأخير الى الميقات
فكذا هنا يسعه التأخير الى الحرم ولكن الشرط هناك ان لا يجاوز الميقات الا محرما والشرط هنا ان لا يدخل الحرم الا محرما لان تعظيم الحرم
بهذا يحصل فان دخل مكة قبل ان يحرم فاحرم منها فعليه ان يحرم من الحرم فيلبي فان لم يفعل ذلك حتى يطوف لما يثبت فعليه دم لانه ترك الميقات
المعهود في حقه للاحرام فهو بمنزلة الافاقي يجاوز الميقات بغير احرام ثم يحرم وراء الميقات وهناك لا يلزمه الدم اذا لم يعد الى الحل
وان عاد فالخلاف فيه مثل الخلاف في الافاقي اذا عاد الى الميقات بعدما احرم وراء الميقات على ما نبينه بعد هذا قال وان اراد الكوفي
بستان بني عامر لحاجة فله ان يجاوز الميقات غير محرم لان وجوب الاحرام عند الميقات على من يريد دخول مكة انما يريد البستان وليس في تلك
البقعة ما يوجب التعظيم لها فلهذا لا يلزمه الاحرام فاذا حصل بالبستان ثم بدا له ان يدخل مكة لحاجة له كان له ان يدخلها بغير احرام
لانه لما حصل بالبستان صار كواحد من اهل البستان ولاهل البستان ان يدخلوا مكة لحوائجهم من غير احرام فكذلك لهذا الرجل وهذا
هو الحيلة لمن يريد دخول مكة من اهل الافاق بغير احرام الا انه روي عن ابي يوسف رح انه ان نوى الاقامة بالبستان خمسة عشر يوما
كان له ان يدخلها وان نوى الاقامة بالبستان دون خمسة عشر يوما ليس له ان يدخل مكة الا باحرام لانه بنية الاقامة خمسة عشر يوما
يصير متوطنا بالبستان فيصير بمنزلة اهل البستان وان نوى المقام بها دون خمسة عشر يوما فهو ماض على سفره فلا يدخل مكة الا باحرام ●
وجه ظاهر الرواية وهو انه اذا حصل بالبستان قبل قصده دخول مكة فانما قصد دخول مكة بعدما حصل بالبستان فكان بحاله كحال اهل
البستان قال وليس للرجل من اهل المواقيت ومن دونها الى مكة ان يقرنوا او يتمتعوا وهم في ذلك بمنزلة اهل مكة اما المكي فلانه ليس له
ان يتمتع بالنص لان الله تعالى قال ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام واختلف العلماء رح في حاضري المسجد الحرام فقال لنا الذين
هم اهل مكة خاصة ● وقال الشافعي هم اهل مكة ومن يكون منزله من مكة على مسيرة لا يجوز فيها قصر الصلوة قلنا اهل المواقيت
ومن دونها الى مكة من حاضري المسجد الحرام بمنزلة اهل مكة بدليل انه يجوز لهم دخول مكة بغير احرام فلا يكون لهم ان يتمتعوا وكما لا يتمتع
من هو حاضري المسجد الحرام فكذلك لا يفرق بين الحج والعمرة وعند الشافعي رح يجوز القران من قبل ان القارن على قوله مترفه باداء افعال
النسكين بالاحرام والمكي في هذا وغيره سواء ومعنى الترفه بالقران والتمتع في اداء النسكين في سفر واحد لا في ادخال عمل احدهما
في الآخر ومن كان من حاضري المسجد الحرام فكذلك لا يفرق بين الحج والعمرة وعند الشافعي رح يجوز القران فهو غير محتاج الى السفر
لاداء النسك ولا لحقه بالسفر كثير مشقة فكما لا يكون له ان يتمتع بالعمرة فكذلك لا يكون له ان يفرق بينهما عندنا الا ان المكي اذا كان
بالكوفة فلما انتهى الى الميقات فرق بين الحج والعمرة فاحرم بهما صح ويلزمه دم القران لان صفة القران من يكون حجته وعمرته ميقاتيا
يحرم بهما جميعا معا وقد وجد هنا في حق المكي ولو اعتمر هذا المكي في اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لان الافاقي انما يكون
متمتعا اذا لم يلم باهله من النسكين الماما صحيحا والمكي هنا يلم باهله بين النسكين حلالا الا انه لم يسق الهدي فكذلك ان ساق الهدي

لا يكون متمتعا بخلاف الافاقي اذا ساق الهدي ثم الم باهله محرما كان متمتعا لان العود هناك مستحق عليه فيمنع ذلك صحة الالمام باهله
وهنا العود غير مستحق عليه فيمنع ذلك صحة الالمام باهله صحيحا فلهذا لم يكن متمتعا وعلى هذا روى هشام عن ابي يوسف رح ان المكي اذا خرج
الى الكوفة ثم مات فاوصى بان يحج عنه يحج عنه من منزله وهو مكة بمنزلة الافاقي يخرج مسافرا فيوصي بان يحج عنه ولو اوصى هذا المكي
ان يقرن عنه فقرن عنه من الكوفة لان القران لا يكون من مكة فعرفنا ان مراده ان يقرن عنه من حيث هو ● قال والمكي اذا خرج من مكة لحاجة
فلما جاوز الوقت حتى عاد فله ان يدخل مكة الا بالاحرام لما بينا ان من قصد الى موضع فحاله في حكم الاحرام كحال اهل ذلك الموضع
ووقت اهل مكة للاحرام بالحج الحرم وكذلك كل من حصل بمكة فحاله كحالهم لما روي ان النبي عم لما امر اصحابه بفسخ احرام الحج والاحرام
بالعمرة فحلوا منها فلما كان يوم التروية امرهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة ● قال وميقات احرام اهل مكة للعمرة التنعيم او غيره من الحل
لان موضع الاحرام غير موضع اداء النسك واداء الحج يكون بالوقوف وهو في الحل فالاحرام به يكون في الحرم واداء النسك العمرة بالطواف
وهو في الحرم فالاحرام بها يكون في الحل ● قال كوفي جاوز الميقات يريد مكة ثم احرم بالحج ووقف بعرفة جاز حجه وعليه دم لترك الوقت
لانه لما انتهى الى الميقات وجب عليه الاحرام بالحج من الميقات لما روي عن ابن عباس رض عن النبي عم قال لا يجاوز الميقات
احد الا محرما فاذا جاوزها حلالا فقد ارتكب النهي واخر الاحرام عن الميقات فتمكن نقصان في حجه ونقصان الحج يجبر بالدم
فان رجع الى الميقات فلا شيء عليه بالاتفاق لانه تلافى المتروك في وقته ومكانه فصار في الحكم كانه لم يجاوز الميقات الا محرما
فان الواجب عليه اداء الحج باحرام يباشره من الميقات وقد اتى بذلك فان كان احرم بعدما جاوز الميقات ثم عاد الى الميقات
فعلى قول ابي حنيفة ان لبى عند الميقات سقط عنه الدم وان لم يلب لا يسقط عنه الدم وعندهما يسقط عنه الدم في الحالين جميعا
وعند زفر لا يسقط عنه الدم في الوجهين لان المستحق عليه انشاء الاحرام بالحج من الميقات فاذا احرم بعدما جاوز الميقات
فقد ترك ما هو المستحق عليه فلزمه الدم كما لو لم يعد وان لبى عند الميقات فانما اتى بتلبية غير واجبة فلا يصير به متداركا
لما فاته بخلاف ما اذا عاد فاحرم من الميقات وابو يوسف ومحمد رح يقولان الواجب عليه ان يكون محرما عند الميقات لا انشاء الاحرام
عند الميقات ● الا ترى انه لو احرم قبل ان ينتهي الى الميقات ثم مر بالميقات محرما ولم يلب عند الميقات لا يلزمه شيء وكذلك
اذا عاد الى الميقات بعدما احرم ولم يلب فقد تدارك ما هو الواجب عليه وهو كونه محرما عند الميقات فاستدل ابو حنيفة رحمه الله
بقول ابن عباس رض قال لذلك الرجل ارجع الى الميقات ولب والا فلا حج لك والمعنى فيه انه لما انتهى الى الميقات حلالا وجب عليه التلبية
عند الميقات والاحرام فاذا اخر ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم
وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه وهذا بخلاف من احرم قبل ان ينتهي الى الميقات لان ميقاته هناك موضع احرامه وقد لبى عنده
فقد خرج الميقات المعهود من ان يكون ميقاتا للاحرام في حقه فلهذا لا يضره ترك التلبية عنده بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ● قال
فان قرن هذا الكوفي بعدما جاوز الميقات فاحرم بالحج والعمرة ولم يرجع الى الميقات فعليه دم واحد عندنا ● وقال زفر عليه دمان
لانه اخر الاحرامين جميعا عن الميقات فيلزمه لكل احرام دم ● الا ترى ان القارن اذا ارتكب سائر المحظورات يجب عليه ضعف ما يجب
على المفرد فكذلك اذا احرم وراء الميقات وعلماؤنا رحمهم الله قالوا المستحق عليه عند الميقات احرام واحد ● الا ترى انه لو احرم بالعمرة
عند الميقات احرام واحد فيجب عليه بتأخير ذلك الاحرام دم واحد بخلاف سائر المحظورات فانه صار بجنايته مرتكبا محظور احرامين
فكان عليه جزاءان وكذلك ان اهل بعمرة بعدما جاوز الميقات ثم اهل بحجة بمكة فعليه دم واحد لتأخير احرام العمرة عن الميقات
لانه لما دخل مكة باحرام العمرة فميقات احرامه للحج الحرم وقد احرم به في الحرم وان كان اهل بحجة بعدما جاوز الميقات ثم دخل مكة
واهل بعمرة ايضا كان عليه دمان لانه اخر احرام الحج عن ميقاته فوجب عليه دم ولما دخل مكة باحرام الحجة فميقات احرامه للعمرة الحل
بمنزلة ميقات اهل مكة حين اهل بالعمرة في الحرم فقد ترك ميقات احرام العمرة ايضا فيلزمه لذلك دم آخر ● قال كوفي دخل مكة بغير احرام
لحاجة له فان عليه عمرة او حجة اي ذلك شاء لان دخول مكة سبب لوجوب الاحرام عليه فيا شرط ذلك السبب بمنزلة الاحرام بالنذر
وفي نذر الاحرام يلزمه حجة او عمرة فكذلك اذا لزمه الاحرام بدخول مكة فان رجع الى الميقات فاهل بحجة الاسلام اجزاه من حجة الاسلام
وما لزمه بدخول مكة استحسانا ● وفي القياس لا يجزيه عما لزمه لدخوله مكة وهو قول زفر رح لانه بدخول مكة بغير احرام
وجب عليه حجة او عمرة وصار ذلك دينا في ذمته وحجة الاسلام لا تنوب عما صار نسكا دينا في ذمته ● الا ترى انه لو تحولت السنة
ثم احرم بالحج في السنة الثانية من الميقات لا ينوب عما لزمه لدخول مكة فكذلك في السنة الاولى ولكن استحسن علماؤنا رح فقالوا لو كان
حين انتهى الى الميقات في الاحرام حرم بحجة الاسلام بان ذلك ما لزمه لدخول مكة لان الواجب عليه ان يكون ضاربا في مدة الاعتكاف

لان يكون صومه للاعتكاف فاذا عرفنا هذا فنقول لو احرم عند الميقات في الابتداء كان يؤدي حجة الاسلام فكذلك اذا احرم في هذه السنة وقد اداها حين عاد الى الميقات فاحرم بحجة الاسلام صار به متلافيا للمتروك فيسقط عنه ما لزمه لدخول مكة فاما بعد تحول السنة لم يصر متلافيا للمتروك فان قيل اليس انه لو عاد الى الميقات واحرم بعمرة منذورة لا يسقط عنه بهذا العود ما لزمه بدخول مكة وهو حين انتهى الى الميقات لو احرم بالعمرة المنذورة ودخل به مكة لا يلزمه شيء ثم لا يصير به متداركا لما هو الواجب قلنا هو خارج على ما ذكرنا لان العمرة وان لم تكن مؤقتة فيكره اداؤها في خمسة ايام من السنة فلو احرم بها في الابتداء لم يكن له ان يؤخرها الى الوقت المكروه فلا يصير بالرجوع الى الميقات والاحرام بالعمرة متداركا للمتروك ٭ قال فاذا جاوز الميقات حلالا ثم احرم بالحج ففاته الحج سقط عنه دم الوقت عندنا ولم يسقط عند زفر رح لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط لا يسقط عنه ذلك بفوات الحج ٭ ولكنا نقول لما فاته الحج وجب عليه القضاء وهو في القضاء يحرم من الميقات فينعدم به المعنى الذي لاجله يلزمه الدم وهو اداء الحج بعد مجاوزة الميقات بخلاف سائر الدماء لان وجوب ذلك عليه بما ارتكب من المحظورات فلا ينعدم ذلك بفوات الحج وعلى هذا لو جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه سقط عنه دم الوقت عندنا لان بالقضاء وجب عليه فاذا عاد للقضاء يحرم من الميقات فانعدم به المعنى الذي لاجله كان يلزمه الدم ٭ قال ومن جاوز الميقات غير محرم ثم اتى وقتا اخر فاحرم منه اجزاه ولا شيء عليه لان تاخيره الى وقت اخر بمنزلة رجوعه الى الميقات والاحرام عنده للاصل الذي قلنا ان من حصل في ميقات فاحرامه يكون من ذلك الميقات سواء كان من اهل ذلك الميقات او لم يكن فانما احرم بالحج من ميقاته فلهذا لا يلزمه الدم ٭ قال عبد دخل مكة مع مولاه بغير احرام ثم اذن له فاحرم بالحج فعليه دم اذا اعتق لترك الوقت لانه مخاطب يتحقق منه السبب الموجب للدم وهو تاخير الاحرام بالحج عن ميقاته ولكن ما يلزمه من الدم اذا لم يكن له مال يتاخر الى ما بعد العتق وهذا بخلاف النصراني يدخل مكة ثم يسلم ثم يحرم من مكة او الصبي يدخل مكة بغير احرام ثم يحتلم بمكة فيحرم بالحج فانه لا يلزمه بترك الوقت شيء لان النصراني اذا لم يكن مخاطبا بالاحرام حين انتهى الى الميقات فان الخطاب بالاحرام انما يتوجه على من يصح منه الاحرام وكذلك الصبي فلا يتحقق منهما تاخير الاحرام الواجب لانه انما لزمهما الاحرام عند الاسلام والبلوغ وعند ذلك هما بمكة وميقات احرام الحج في حق من هو بمكة الحرم وقد احرما منه بخلاف العبد على ما بينا ٭ وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان النصراني لو اسلم او بلغ الصبي فماتا قبل ادراك الوقت واوصى كل واحد منهما بان يحج عنهما حجة الاسلام فوصيتهما باطلة عند زفر لانه لم يلزمهما الحج قبل ادراك الوقت اذ لا يتصور الاداء قبل ادراك الوقت فلا يصح وصيتهما به وعلى [illegible] فيصح وصيتهما [illegible] بالاداء فيه ٭ قال ولو ان صبيا [illegible] حجة الاسلام عندنا [illegible] الاسلام [illegible] الاحرام [illegible] عن حجة الاسلام [illegible] ٭ قال واذا دخل الرجل [illegible] الميقات [illegible]

باب الذي يفوته الحج

قال رجل اهل بحجة ففاته فانه يحل بعمرة وعليه الحج من قابل قال وبلغنا ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر وزيد بن ثابت

رضي

رضي والمراد بالحديث المرفوع ما رواه ابن عباس وابن عمر رضي ان النبي عم قال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة فقد فاته الحج والتحلل بالعمرة وعليه الحج من قابل واما حديث عمر وزيد بن ثابت رض ما رواه الاسود قال سمعت عمر رض يقول من فاته الحج حل بعمرة ولا دم عليه وعليه الحج من قابل ثم لقيت زيد بن ثابت رض بعد ذلك بثلثين سنة فسمعته يقول مثل ذلك وكان المعنى فيه ان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا فطريق الخروج عنه اداء احد النسكين اما الحج او العمرة كمن احرم احراما مبهما وهنا تعذر عليه الخروج عنه بالحج حين فاته الحج فيتعين الخروج بعمل العمرة ثم ان عند ابي حنيفة ومحمد رح اصل احرامه باق بالحج ويتحلل بعمل العمرة ٭ وعند ابي يوسف يصير احرامه احرام عمرة وعند زفر رح يؤديه من الطواف والسعي بقيا باعمال الحج لانه بالاحرام بالحج التزم اداء الافعال يفوت بعضها بمضي الوقت ولا يفوته البعض فيسقط عنه ما يفوت بمضي المدة ويلزمه ما لا يفوت وهو الطواف والسعي وابو حنيفة ومحمد رح قالا الطواف والسعي انما يتحلل بهما من الاحرام بعد الوقوف فاما قبل الوقوف فلا وحاجته الى التحلل هنا قبل الوقوف فانما يأتي بطواف وسعي ويتحلل بهما من الاحرام وذلك طواف العمرة ولهذا قال ابو يوسف يصير اصل احرامه للعمرة ضرورة لان التحلل بطواف العمرة انما يكون باحرام العمرة وابو حنيفة ومحمد قالا لا يمكن جعل احرامه للعمرة الا بفسخ احرام الحج الذي شرع فيه ولا طريق له الى ذلك ٭ والدليل عليه ان المكي اذا فاته الحج يتحلل بعمل العمرة من غير ان يخرج من الحرم ولو انقلب احرامه للعمرة لكان يلزمه الخروج من الحرم لان ميقات احرام العمرة في حق المكي الحل قال فان كان اهل بعمرة وحجة فقدم مكة وقد فاته الحج فانه يطوف بالبيت وبالصفا والمروة لعمرته ويحل وعليه الحج من قابل ولا يجعل ما اتى به من الطواف والسعي قبل فوات الحج كافيا للتحلل عن احرام الحج لان ذلك كان طواف العمرة وهو سنته فلا يحصل به التحلل فان كان طاف لعمرته وسعى فقد اداها وان لم يكن طاف لعمرته طاف لها اولا لان العمرة لا تفوته ثم يطوف بعد ذلك لحجته ويسعى حتى يتحلل وهذا دليل لابي حنيفة ومحمد على ان اصل احرامه لا ينقلب عمرة لانه لو انقلب عمرة لصار جامعا بين احرام عمرتين واداهما في وقت واحد وذلك لا يجوز ثم لا يجب الدم عليه بالقياس على المحصر وهو فاسد لان المحصر عاجز عن التحلل بالطواف والسعي وفائت الحج قادر على ذلك ثم فائت الحج يقطع التلبية حين يستلم الحجر للطواف لما بينا ان هذا الطواف عمل العمرة وانقطاع التلبية في حقه كما هو وانقطاع التلبية في حق المعتمر وان كان قارنا فانما يقطع التلبية حين ياخذ في الطواف الثاني لان العمرة لا تفوته فيجعل كانه طاف لها قبل الفوات فلا يقطع التلبية عندها وانما يقطع التلبية اذا اخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الاحرام في الحج ٭ قال ولو فاته الحج فمكث حراما حتى دخل اشهر الحج من قابل فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا ايضا يدل على ان احرامه لم ينقلب احرام عمرة فانه لو انقلب احرام عمرة كان متمتعا كمن احرم للعمرة في رمضان فطاف لها في شوال ولكنه بعمل العمرة يتحلل من احرام الحج في شوال وهذا ليس صورة المتمتع قال الرجل اهل بحجة فجامع فيها ثم قدم وقد فاته الحج فعليه دم لجماعه ويحل بالطواف والسعي لان الفاسد معتبر بالصحيح فكما ان التحلل عن الاحرام الصحيح بعد الفوات يكون بالطواف والسعي فكذلك عن الاحرام الفاسد ولو كان اصاب في حجه صيدا فعليه الكفارة لان احرامه بعد الفوات باق فيجب بارتكاب المحظور ما يلزمه بارتكابه في الاحرام الصحيح وهذا الذي افسد الحج انما يقطع التلبية بعد الفوات حين ياخذ في الطواف ٭ الا ترى انه لو كان وانقطع التلبية في حجه حين رمى جمرة العقبة اعتبارا بمن صح حجه فكذلك بعد الفوات قال الرجل اهل بحجة فقدم وقد فاته الحج فاقام حراما حتى حج مع الناس من قابل بذلك الاحرام قال لا يجزيه من حجته وهذا يستدل ابو يوسف على ان اصل احرامه صار للعمرة حيث لا يجوز اداء الحج به ٭ ولكنا نقول قد بقي اصل احرامه للحج ولكنه تعين عليه الخروج باعمال العمرة فلا يبطل هذا التعيين بتحول السنة مع احرامه انعقد لاداء الحج في السنة الاولى فلو صح اداء الحج به في السنة الثانية بغير موجبه لما انعقد بفعله ويستدل به بعينه موجب عقد الاحرام وان قدم وقد فاته الحج فاهل بحجة اخرى فانه يطوف للذي فاته ويسعى ويرفض الذي اهل بها وعليه فيهما ما على الرافض وعليه قضاء الفائتة ايضا لان اصل احرامه بعد الفوات تعين للحج فهو بالاهلال لحجة اخرى يصير جامعا بين حجتين فلهذا يرفض التي اهل بها وقد تعين عليه التحلل عن الاولى بالطواف والسعي فلا يعتبر ذلك بفعله وان نوى بهذه التي اهل بها قضاء الفائتة فهي في معنى لا يلزمه بهذا الاهلال شيء لانه نوى ايجاد الموجود فان احرامه بالحج باق بعد الفوات ونية الايجاد فيما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعي وعليه قضاء الفائتة فقط بخلاف الاول فقد نوى بالاهلال هناك لحجة اخرى سوى الموجود قال وان اهل بعمرة بعد ما فاته الحج رفضها ومضى في عمل الفائتة لانه لما لزمه التحلل عن الاول بعمل العمرة يصير جامعا بين العمرتين من حيث العمل وذلك لا يجوز فلهذا يرفض التي اهل بها وقد تعين عليه التحلل

عن الاول بالطواف والسعي فلا يتغير ذلك بفعله قال رجل اهل بحجتين وقدم مكة وقد فاته الحج فانه يحل بالطواف والسعي وعليه عمرة وحجتان ودم لانه صار رافضا لاحدى الحجتين ولزمه دم لرفضها وقضاء حجة وعمرة ثم قد فاته الاخرى فيتحلل منها بالطواف والسعي وعليه قضاؤها ولا يكون له ان يتحلل منهما بعمل عمرتين لانهما لا يجتمعان عملا فكما اخذ في عمل احدهما صار رافضا للاخرى ولزمه الدم بالرفض قال واذا ساق هديا للقران ثم قدم وقد فاته الحج فانه يصنع بهديه ما شاء لانه ملكه وقد انعدم المقصود فاذا فاته ذلك المقصود صنع به ما احب وكذلك ان لم يفته ولكنه جامع لانه بالجماع فسد حجه وخرج من ان يكون قارنا وانما اعد هذا الهدي للقران فاذا فاته صنع به ما شاء فكذلك بالولد ان لم يكن شيء من هذه العوارض فعليه ان ينحر الام والولد جميعا فان نحر الام ووهب الولد او باع فعليه قيمة الولد وكذلك ان ولد هذا الولد ولدا فعليه قيمة ذلك الولد ايضا لان ما ثبت من الحق في الاصل يسري الى الولد لكونه جزءا من اجزائه وان كان تصدق بقيمة الولد بعدما وهبه او باعه ثم حدث له ولد لم يكن عليه من قبل ولده شيء لان باداء الكفارة قد سقط عنه الحق الواجب في الولد لله تعالى فلا يلزمه فيما يلده هذا الولد بعد ذلك شيء بخلاف ما قبل التكفير فان حق الله تعالى في الولد لازم اياه قبل التكفير فيسري الى ما يتولد منه وهو نظير من اخرج ظبية من الحرم فكفر عنها ثم ولدت ثم ماتت لم يكن عليه فيها ولا في ولدها شيء ولو لم يكفر عنها كان عليه في ولدها الكفارة ◦ قال محرم بالحج قدم مكة وطاف بالبيت ثم خرج الى الربذة فاحصر بها ثم قدم مكة بعدما فاته الحج فعليه ان يحل بعمرة ولا يكفيه الطواف الاول لان ذلك كان طواف التحية وليس لطواف التحية اثر في التحلل ولان التحلل بطواف يكون يوم النحر او بعده وذلك الطواف كان قبل يوم النحر فلا يكون معتبرا في التحلل وان كان خروجه الى الربذة بعد الوقوف لم يفته لقوله عم من ادرك عرفة فقد ادرك الحج ثم قد تقدم بيان ما عليه من الدماء بعد ذلك بسبب الترك او التاخير قال فان اهل بعمرة في اشهر الحج ثم قدم مكة بعد يوم النحر يقضي عمرته وليس عليه شيء لان العمرة غير موقتة فلا يفوته عمل العمرة بمضي ايام النحر فلهذا لا يلزمه شيء ◦ والحاصل ان جميع السنة وقت للعمرة عندنا ولكن يكره اداؤها في خمسة ايام يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق هكذا روي عن عائشة رض انها كانت تكره في هذه الايام الخمسة ولان الله تعالى سمى هذه الايام ايام الحج فمقتضى ان يكون متعينا للحج الاكبر فلا يجوز الاشتغال فيها بغيرها وعلى قول الشافعي لا تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ◦ وعن ابي يوسف انه لا تكره العمرة في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ولكن مع هذه الكراهة لو ادى العمرة في هذه الايام صح فيبقى محرما في هذه الايام بها وهو نظير حرمة الصلوة بعد دخول وقت الكراهة قال واذا اهل الحاج صبيحة يوم النحر لزمه ويقضي ما بقي عليه من الاولى ويقيم حراما الى ان يؤدي الحج بهذا الاحرام من قابل لانه احرم بعدما مضى وقت الحج من السنة الماضية فينعقد احرامه لاداء الحج به في السنة القابلة وعليه لجمعه بين الحجتين دم لان احرامه للحج الاول باق لم يتحلل بالحلق او الطواف والجمع بين احرام الحجتين ممنوع عنه فاذا فعل ذلك لزمه الدم بالجمع المنهي عنه وهذا بخلاف ما اذا اهل بحجتين لان الدم هناك يلزمه لرفض احدهما لان الجمع هناك لا يتحقق حتى صار رافضا لاحدهما وهنا يتحقق لانه يؤدي ما بقي من اعمال الاولى من غير ان يصير رافضا للاخرى فلهذا لزمه للجمع بينهما دم ◦ قال وان قدم الحاج مكة فادركنا لو وقف بعرفة لم يكن مدركا للحج فلهذا لزمه الحج لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ثم ذكر بعد هذا حكم الاهلال بحجتين او بعمرتين وقد بيناه ويستوي فيه ان اهل بهما معا او باحدهما ثم بالاخرى لانه جامع بين الاحرامين في الحالين فان رفض احدى العمرتين ثم قضاها في العام القابل ومعها حجة فهو قارن لان القران بالجمع بين الحج والعمرة فكما ان كون الحج في ذمته لا يمنع تحقق القران به فكذلك كون العمرة واجبا في ذمته وكذلك ان اتى بهذه العمرة في اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع ان لم يكن الم باهله بين النسكين حلالا فان الم باهله بين النسكين حلالا لم يكن متمتعا بلغنا ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وهذا بخلاف القارن اذا رجع الى اهله بعد طواف العمرة لانه انما رجع محرما فلم يصح المامه باهله فلهذا كان قارنا وقد بينا الفرق بين المتمتع الذي ساق الهدي وبين الذي لم يسق الهدي في حكم الالمام باهله وقد بينا الفرق ايضا في حكم المكي الذي قدم الكوفة انما يجوز له ان يقرن اذا كان خروجه من الميقات قبل دخول اشهر الحج فاما اذا دخل اشهر الحج قبل خروجه من الميقات فقد حرم عليه القران والتمتع فلا ينفعه الخروج عن الميقات بعد ذلك قال واذا قدمت المراة مكة محرمة بالحج حائضا مضت على حجها غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لقوله عم لعائشة رض واصنعي ما يصنعه الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت فاذا طهرت بعد مضي ايام النحر طافت للزيارة ولا شيء عليها لهذا التاخير لانه كان بعذر الحيض وعليها طواف الصدر لانها طاهرة عند الصدر وان حاضت بعدما طافت للزيارة يوم النحر فليس عليها طواف الصدر لما بينا من الرخصة الواردة للحيض في ذلك قال وليس على اهل مكة ومن وراء الميقات طواف الصدر انما ذلك على اهل الافاق

الذين يصدرون عن البيت بالرجوع الى منازلهم فان نوى الاقامة بمكة واتخذها دارا سقط عنه طواف الصدر ان كان نيته قبل ان يحل النفر الاول لان وقت الصدر بعد النفر الاول فانما جاء وقت الصدر وهو من اهل مكة فلا يلزمه طواف الصدر وان كانت نيته الاقامة بعدما حل النفر الاول فعليه طواف الصدر في قول ابي حنيفة ومحمد رحهما لان ذلك قد لزمه بمجيء وقت الصدر قبل نية الاقامة فلا يسقط عنه بنية الاقامة بعد ذلك كالمراة اذا حاضت بعد خروج وقت الصلوة لا يسقط عنها تلك الصلوة وقال ابو يوسف رح اذا نوى الاقامة قبل ان ياخذ في طواف الصدر لانه وان دخل وقته فلا يصير طواف الصدر دينا عليه قبل دخول وقته فنيته الاقامة بعد دخول وقته وقبله سواء كالمراة اذا حاضت بعد دخول وقت الصلوة لا يلزمها تلك الصلوة فاما اذا نوى الاقامة بعد ان ياخذ في طواف الصدر فعليه ان ياتي بذلك الطواف لانه بالشروع فيه لزمه اتمامه فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك فان بدا له الخروج من مكة بعدما اتخذها دارا لا يلزمه طواف الصدر لانه بمنزلة المكي يعرض له الخروج من مكة وان نوى ان يقيم بمكة اياما ثم يصدر لم يسقط عنه طواف الصدر وان نوى المقام سنة او اكثر لانه بهذه النية لم يصر كاهل مكة فان المكي غير عازم على الصدر منها بعد مدة وهذا عازم على الصدر منها بعد مدة فبقي عليه طواف الصدر على حاله قال وليس على فائت الحج طواف الصدر لان العود عليه للقضاء مستحق ولانه صار بمنزلة المعتمر في حق الاعمال وليس على المعتمر طواف الصدر ◦ قال رجل قصد مكة للحج فدخلها بغير احرام ووافى يوم النحر وقد فاته الحج فاحرم بعمرة وقضاها اجزاه وعليه دم لترك الوقت لانه لو احرم بالحج بعدما جاوز الميقات وقضاه كان عليه دم لترك الوقت فكذلك اذا احرم بالعمرة وقضاها لانه لما وصل الى الميقات لزمه الاحرام حاجا كان او معتمرا وان لم يحرم بعمرة ولكنه احرم بحجة فهو محرم حتى يحج مع الناس من قابل وقد بينا حكم الاحرام في غير اشهر الحج ولكن ينبغي له ان يرجع الى الوقت فيلبي منه ليسقط عنه الدم فان لم يرجع فعليه دم لتاخير الاحرام ◦ قال ومن فاته الحج لم يسعه ان يقيم في منزله حراما من غير عذر ويبعث بالهدي ويحل بالهدي للمحصر وهذا غير محصر بل هو فائت الحج وقد تعين عليه التحلل بالطواف والسعي شرعا فلا يتحلل بغير ذلك

باب الجمع بين الاحرامين

قال واذا العمرة لا تضاف الى الحج والحج يضاف الى العمرة قبل ان يحل منها شيئا وبعد ان يحل هكذا نقل عن ابن عباس رض وهذا لان الله تعالى جعل العمرة بداية والحج نهاية بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فمن اضاف الحج الى العمرة كان فعله موافقا لما في القرآن فكان محسنا من هذا الوجه ولكن مع هذا هو قارن فان القارن هو الجامع بين الحج والعمرة وهو جامع بينهما على كل حال الا انه اذا اضاف الحج الى العمرة بان اهل بالعمرة اولا ثم بالحج فهو جامع مصيب للسنة فيكون محسنا ومن اهل بالحج ثم بالعمرة فهو جامع مخالف للسنة فكان مسيئا بهذا ويلزمه في الوجهين جميعا ما اوجب الله على المتمتع المترفق باداء النسكين في سفر واحد كما قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي وذلك شاة في قول علي وابن عباس وابن مسعود رض وفي قول ابن عمر وعائشة رض بدنة واخذنا بالاول لحديث جابر رض قال تمتعنا بالعمرة الى الحج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشتركنا في البدنة عن سبعة فان لم يجد الهدي فعليه صوم ثلثة ايام في الحج ◦ والافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فالاولى ان يؤخره الى اخر الوقت الذي يفوته رجاء ان يجد الهدي ◦ قال ولو صام هذه الايام الثلثة بعد احرام العمرة قبل احرامه للحج جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وحجته ظاهر الاية قال الله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج وحين صام قبل ان يحرم بالحج فصومه هذا ليس في الحج ◦ وحجتنا في ذلك ان نقول جعل الحج ظرفا للصوم ونفس الحج لا يصلح ظرفا للصوم فعرفنا ان المراد الوقت كما قال الله تعالى الحج اشهر معلومات وهذا قد صام في وقت الحج بعدما تقرر السبب لان معنى التمتع في اداء العمرة في سفر الحج في وقت الحج وقد وجد ذلك واداء العبادة البدنية بعد وجود سبب وجوبها جائز كالكفارة فاذا صام ثم رمضانا فان لم يصم حتى جاء يوم النحر تعين عليه الهدي عندنا وهو قول عمر رض فان رجلا اتاه يوم النحر فقال اني تمتعت بالعمرة الى الحج فقال اذبح شاة فقال ليس معي شيء فقال سل قومك فقال ليس ههنا احد منهم فقال لغلامه يا معتب اعطه بثمن شاة وذلك لان البدل كان موقتا بالنص فبعد فوات ذلك الوقت لا يكون بدلا فتعين عليه الهدي والشافعي رح كان يقول في الابتداء يصوم ايام التشريق وهو مروي عن ابن عمر وعائشة رض

ولكن هذا فاسد فقد صح النهي عن الصوم في هذه الايام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز اداء الواجب بها ولو وجد الهدي بعد صوم يومين من الثلثة كان عليه الهدي لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بخلاف ما اذا قدر على الهدي بعدما حل يوم النحر لان المقصود هو التحلل فانما قدر على الاصل بعد حصول المقصود بالبدل وهو كالمتيمم اذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة، واما صوم السبعة فليس ببدل عما هو المقصود وهو التحلل الا ترى انه لو اداها بعد التحلل بوجود الهدي لا يمنع اداوها فالمراد من الرجوع المذكور في قوله تعالى وسبعة اذا رجعتم قبل مضي ايام التشريق حتى اذا صام بعد مضيها قبل ان يرجع الى اهله جاز عندنا ولا يجوز عند الشافعي الا ان ينوي المقام فحينئذ يجوز الصوم

قال وان اهل الافاقي بالحج فطاف لها اشواطا ثم اهل بالعمرة رفضها وعليه قضاؤها ودم للرفض لان احرام الحج قد تاكد بما اتى به من الطواف فان ذلك من عمل الحج ولو بقي احرامه للعمرة كان بانيا عمل العمرة على عمل الحج وذلك لا يجوز فلهذا يرفضها وان كان اهل بالعمرة اولا فطاف لها شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما لانه يبني اعمال الحج على العمرة وذلك صحيح الا انه لو طاف للعمرة اقل الاشواط يكون قارنا وان طاف اكثر الاشواط ثم اهل بالحج كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة ولاكثر الاشواط حكم الكل والقارن من جمع بينهما وقد صار جامعا حين احرم بالحج وبقي عليه اكثر طواف العمرة وقد بينا ان المكي لا يقرن بين الحج والعمرة ولا يضيف احدهما ورفض العمرة ايسر لانها دون الحج في القوة ولانه يمكنه ان يقضيها متى شا وكذلك ان احرم بالحج رفض العمرة لان النهي في البداية بعد المساواة في القوة ولا مساواة هنا فرفض العمرة على كل حال وان مضى فيهما حتى قضاهما اجزاه لان النهي لا يمنع تحقق المنهي عنه وهذا بخلاف الجامع بين الحجتين والعمرتين فان الجمع بينهما عملا منتفي هناك ومع النفي لا يتحقق الاجتماع فيكون رافضا لاحدهما على كل حال وهنا الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي منهي عنه ومع النهي يتحقق الجمع فيجب عليه الدم لجمعه بينهما ولكن هذا الدم نظير الدم في حق الآفاقي اذا قرن بينهما فان ذلك نسك حلال التناول منه وهذا جبر لا يحل التناول لان وجوب هذا الدم بارتكاب ما هو منهي عنه فيكون واجبا بطريق الجبر للنقصان فلهذا لا يباح التناول منه وان كان طاف للعمرة شوطا او ثلثة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرفض العمرة لانه حين اهل بالحج فاكثر اعمال العمرة باق عليه وللاكثر حكم الكل فكانه اهل بالحجة قبل ان ياتي بشي من اعمال العمرة فيرفضها وابو حنيفة رح يقول ان احرام العمرة قد تاكد بما اتى به من الطواف للعمرة واحرام الحج لم يتاكد بشي من عمله فالمتاكد بالعمل اقوى من غير المتاكد فلهذا يرفض الحج والدليل على ان التاكد يحصل بشوط من الطواف ما بينا في الآفاقي اذا طاف للحج شوطا ثم احرم للعمرة كان عليه رفضها لتاكد احرام الحج بالعمل قبل الاهلال بالعمرة بخلاف ما لو اهل بالعمرة قبل ان ياتي بشي من طواف الحج ولو كان المكي طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج فنقول انما احرم بالحج بعدما اتى باطواف العمرة وللاكثر حكم الكل فكانه احرم بالحج بعدما اتى باكثر طواف العمرة وللاكثر حكم الكل فكانه احرم بالحج بعد الفراغ من العمرة فلا يرفض شيئا ولكن يتفرغ من عمرته ومن حجته وعليه دم لانه صار كالمتمتع وهو منهي عن التمتع الا انه لا يحل له التناول من هذا الدم لما بينا ولو كان هذا الطواف منه للعمرة في غير اشهر الحج كان عليه الدم ايضا لانه احرم بالحج قبل ان يفرغ من العمرة وليس للمكي ان يجمع بينهما فاذا صار جامعا من وجه كان عليه الدم

قال ولو كان هذا آفاقيا لم يكن عليه هذا الدم لانه غير ممنوع من الجمع بينهما قال في الاصل وعليه دم لترك الوقت في العمرة ايضا وانما اراد به اذا كان احرم للعمرة في الحرم فان ميقات اهل مكة لاحرام العمرة وهو في الحل

قال المكي اذا اهل بحجة فطاف لها ثم اهل بعمرة قال يرفض العمرة لانه لو لم يرفضها كان بانيا للعمرة على الحج هذا اذا اهل بعمرة بعرفة فان اهل بها يوم النحر قبل ان يحل من حجته او بعدما حل قبل ان يطوف امرناه ان يرفضها ايضا وان لم يرفضها ومضى فيها اجزاه وعليه دم ان كان اهل بها قبل ان يحل من حجته وان اهل بعدما حل من حجته فليس عليه شي الا انه لم يكن الوقت فيها ولا يؤمر ان يرفضها اذا احرم بها بعد تمام الاحلال لانه وان كان منهيا عن الاحرام فبعدما احرم يجب عليه الاتمام لانه غير جامع بينه وبين احرام آخر فاذا اداها كان صحيحا بخلاف ما اذا اهل بها بعرفات فان هناك قد صار رافضا للعمرة بتحقق المنافي على ما سبق ثم ان كان اهلاله بالعمرة قبل ان يحل من الحج فقد صار جامعا بين الاحرامين فلا يلزمه شي

قال المكي اهل بالحج فطاف لها شوطا ثم اهل بالعمرة قال يرفض العمرة لان احرامه قد تاكد وقبل تاكد كان ابو حنيفة يرفض العمرة فعند التاكد اولى وان لم يرفضها وطاف لها وسعى اجزاه لما بينا ان النهي لا يمنع تحقق المنهي عنه ولكن عليه دم لاهلاله قبل ان يفرغ من حجته وقد صار جامعا بينهما وهو ممنوع من هذا الجمع

قال المحرم بعمرة جامع ثم اضاف اليها عمرة اخرى قال يرفض هذه ويمضي في الاولى لان الفاسد

معتبر بالصحيح في وجوب الاتمام ولو كانت الاولى صحيحة كان عليه ان يمضي فيها ويرفض الثانية فكذلك بعد فسادها وكذلك لو لم يجامع في الاولى ولكن طاف لها شوطا ثم احرم بالثانية يرفض الثانية لان الاولى قد تاكدت بما طاف لها فتعينت الثانية للرفض وكذا في حجتين

قال واذا اهل بحجتين معا ثم جامع قبل ان يسير فعليه للجماع دمان في قول ابي حنيفة رح لان من اصله انه لا يصير رافضا لاحدهما ما لم ياخذ في عمل الاخرى وعليه دم واحد للجماع عند ابي يوسف لانه كما فرغ من الاحرامين صار رافضا لاحدهما فجماعه جناية على احرام واحد فان كان ذلك الجماع منه بعدما سار الى مكة فجماعه جناية على احرام واحد لانه صار ثم ما يلزمه بالرفض وبالافساد من القضاء والدم قد بيناه فيما سبق فان احرم لا ينوي شيئا فطاف ثلثة اشواط ثم اهل بعمرة فانه يرفض هذه الثانية لان الاولى قد تعينت عمرة حين اخذ في الطواف لما بينا ان الابهام لا يبقى بعد الشروع في الاداء بل يتعين ما هو المتيقن وهو العمرة فحين اهل بعمرة اخرى فقد صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية

قال واذا كان الكوفي اهل بالكوفة والمكي بمكة يقيم عند هؤلاء سنة وعند هؤلاء سنة فاعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ملم بين النسكين باهله المامًا صحيحا فان لم يكن اهل بمكة واعتمر من الكوفة في اشهر الحج وقضى عمرته ثم خرج الى البصرة ليس فيه اهله ثم حج من عامه ذلك كان متمتعا ما لم يرجع الى المصر الذي كان فيه اهله ثم قال بلغنا ذلك عن عبد الله بن عمر وسعيد ابن المسيب رض وابراهيم رح وقد بينا ان الطحاوي رح ذكر في هذا الفصل خلافا بين ابي حنيفة وصاحبيه وهو الصحيح ان عند ابي حنيفة رح يكون متمتعا لحديث يزيد الثقفي انه سال ابن عباس رض عن هذا الابتدا ثم زرنا القبر ثم حججنا فقال انتم متمتعون

والاصل عند ابي حنيفة انه ما لم يصل الى اهله فهو المتمتع كمن لم يجاوز الميقات وعندهما من خرج من الميقات كمن وصل الى اهله في انه لا يكون متمتعا بعد ذلك فان كان له بالكوفة اهل وبالبصرة اهل فرجع الى اهله بالبصرة ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه الم باهله بين النسكين حلالا

قال وان اعتمر الكوفي في اشهر الحج وساق هديا لمتعته وهو يريد الحج فطاف لعمرته ولم يحلق ثم رجع الى اهله ثم حج كان متمتعا في قول ابي حنيفة رح ولم يكن متمتعا في قول محمد لان رجوعه الى اهله بعدما اتى باكثر طواف العمرة وحجته انه ملم باهله بين النسكين المامًا وهو المام صحيح فان العود غير مستحق عليه حتى لو بعث بهديه لينحر عنه ولم يحج كان جائزا فهو بمنزلة المكي الذي اعتمر من الكوفة وهو الهدي لمتعته فهناك لا يكون متمتعا فكذلك هنا وابو يوسف وابو حنيفة يقولان ان المامه غير صحيح باهله لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه الهدي فكان العود مستحقا عليه وذلك يمنع صحة المامه باهله لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه هدي كالقارن اذا اتى بعمل العمرة ثم رجع الى اهله ثم عاد فحج كان قارنا ولم يصح المامه محرما فكذا هنا وهذا بخلاف من لا هدي معه فقد حل هناك من احرام فانما الم باهله حلالا فكان المامه صحيحا

قال رجل اهل بعمرة في اشهر الحج وساق هديا لمتعته ثم بدا له ان يحل وينحر هديه ثم يرجع ولا يحج كان له ذلك لان المتجرد انبيه قبل الاحرام لا يلزمه اداء الحج في هذه السنة فان فعل ذلك ثم حج من عامه فلا شي عليه لانه الم باهله بين النسكين حلالا لا يخرج من ان يكون متمتعا واذا اراد ان ينحر هديه ويحل ولا يرجع الى اهله وحج من عامه ذلك لم يكن ذلك لانه اذا لم يقصد الرجوع الى اهله فهو قاصد الى التمتع فكان هديه هدي المتعة فليس له ان ينحرها قبل يوم النحر لاختصاص هدي المتعة بيوم النحر ولانه لما ساق الهدي وهو عازم على التمتع لزمه البقاء في الاحرام الى ان يفرغ من عمل الحج وليس عليه ان يتحلل في الاحلال قبل وقته فان فعل ذلك ثم رجع الى اهله فقد خرج من ان يكون متمتعا وانما كان يلزمه تاخير الخروج عن احرام العمرة لاجل التمتع فاذا خرج من ان يكون متمتعا تبين ان احلاله كان في وقته فلا يلزمه شي وان فرغ من عمرته وحل ونحر هديه ثم اقام بمكة حتى حج من عامه فعليه دمان دم لمتعته فانه اتى بالنسكين في سفر واحد فكان متمتعا وما نحر من الهدي قبل يوم النحر وهو قد حل من عمرته قبل يوم النحر فعليه دم لتعجيل الاحلال

قال رجل اهل بعمرة في اشهر الحج ثم افسدها بالجماع فلما فرغ منها اهل باخرى ينوي قضاءها ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا اما بالعمرة الاولى فلانه افسدها بالجماع والتمتع بالعمرة الفاسدة لا يكون فاما بالثانية فلانه احرم لها من غير الميقات والمتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ولانه لما دخل مكة بالعمرة الفاسدة صار بمنزلة اهل مكة وان كان حين فرغ من العمرة الفاسدة خرج من مكة حتى جاوز من المواقيت ثم اهل بعمرة في اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فان جاوز الوقت قبل اشهر الحج وحج من عامه فهذا عمرة ميقاتية وحجة مكية فكان متمتعا وان لم يكن جاوز الوقت الا في اشهر الحج فلا يكون متمتعا لان اشهر الحج لما دخل وهو داخل الميقات فلا ينقطع هذه الحرمة بخروجه من الميقات

بعد ذلك كما في حق المكي وهو داخل الميقات فان كان دخوله الاول في اشهر الحج بعمرة فافسدها واتمها مع الفساد ثم رجع
الى اهله ثم عاد فقضاها وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لان سفره الاول قد انقطع برجوعه الى اهله فصار كان لم يوجد
فالمعتبر سفره الثاني وقد ادى النسكين في هذه السفرة بصفة الصحة فكان متمتعا في قول ابي حنيفة بناء على الاصل
الذي قررنا انه لم يصل الى بلدته فهو في الحكم كانه لم يخرج من مكة فلا يكون متمتعا وعندهما يكون متمتعا لان من اصلهما
ان بخروجه من الميقات انقطع حكم السفر في حق المتمتع بمنزلة ما لم يرجع الى بلدته فاذا عاد معتمرا او حج من عامه ذلك
كان متمتعا لانه ادى النسكين في سفر واحد صحيحا وان دخل بعمرة فاسدة في الحج فقضاها ثم خرج حتى جاوز الميقات
ثم قرن عمرة وحجة كان قارنا لان اكثر ما فيه ان حاله كحال المكي متى حصل بمكة بالعمرة الفاسدة وقد بينا ان المكي
اذا خرج من الميقات ثم قرن عمرة وحجة كان قارنا لان اكثر ما فيه ان حاله كحال المكي متى حصل بمكة بالعمرة الفاسدة
وقد بينا ان المكي اذا خرج من الميقات ثم قرن حجة وعمرة كان قارنا فهذا مثله ولو قضى عمرته الفاسدة ثم اهل بحج
وبعمرة فانه متى حصل بمكة بعمرة فاسدة فهو بمنزلة مكي يحرم بهما وقد بينا ان المكي يرفض العمرة اذا احرم بهما كذلك هنا
ولو كان اهل بعمرة في اشهر الحج فطاف لها شوطا ثم اهل بحجة فهو على الخلاف الذي ذكرنا في حق المكي ان عند ابي حنيفة
يرفض الحج لتاكد احرام العمرة بالطواف وعندهما يرفض العمرة على ما مر لانه لما لم يطف لها اربعة اشواط فهو بمنزلة
من لم يطف لها شيئا واذا ترك المكي او الكوفي صفات الاحرام في العمرة وطاف لها شوطا ثم اراد ان يلبي من الوقت
لم ينفعه ولم يسقط عنه الدم لان احرامه وراء الميقات قد تاكد بالطواف فهو وان عاد الى الميقات ولبى فلم يصر
متداركا لما فاته في وقته فلا يسقط عنه الدم ۵ الا ترى انه اذا عاد لا يمكنه ان يجعل كالمنشي للاحرام الان لانه تقدم
من الطواف محسوب له وكيف يجعل كالمنشي لان طوافه قبل ذلك محسوب فلهذا لا يسقط عنه الدم

باب التلبية

قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة
والملك لا شريك لك اتفق على هذا رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم في نقل تلبيته فان اقتصر عليه فحسن
وان زاد عليها فهو حسن ايضا وبعض اصحاب الشافعي يقولون يباح له الزيادة واكثرهم على ان ذلك يكره له لحديث
سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه انه سمع رجلا يقول في التلبية لبيك ذي المعارج لبيك فقال ما كنا نقول هكذا على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولانه ذكر منظوم فلا يزاد عليه كالاذان والتشهد ۵ وحجتنا في ذلك حديث ابي هريرة رضي الله عنه
كان يقول في تلبيته لبيك اله الحق لبيك وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه خرج من مسجد الخيف فقال لبيك
ابن مسعود رض اجهل الناس ام طال بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك وعن ابن مسعود رض انه كان يقول في تلبيته
لبيك مرهوبا منك ومرغوبا اليك والنعمى والفضل والحسن لبيك لبيك ۵ وتاويل حديث سعد رض ان الرجل
كان ترك التلبية المعروفة واكتفى بذلك ۵ وتاويل حديث سعد رض ان الرجل كان ترك التلبية المعروفة واكتفى بذلك فلهذا
انكر عليه وهكذا نقول اذا ترك التلبية المعروفة كان مكروها فاما اذا اتى بالمعروف ثم زاد كان ذلك حسنا لان المقصود
هو الثناء على الله تعالى واظهار العبودية من نفسه وقد نقل من طريق اهل البيت تلبية طويلة من ذلك والجاريات في الفلك
على مجاري منسلك ثم الحاج والقارن في قطع التلبية سوا لانه لا يحل من النسكين قبل يوم النحر وقطع التلبية حين يرمي
جمرة العقبة وقد بينا وقت قطع التلبية في حق فائت الحج ومن افسد حجه وانما يصير محرما بالتلبية اذا نوى الاحرام فاما
عندنا لنية لا يصير محرما بالتلبية اذا نوى الاحرام فاما بدون النية فلا وانه كما لا يصير بالتكبير شارعا في الصلوة
اذا لم ينو والتهليل والتسبيح بنية الاحرام به بمنزلة التلبية كما عند افتتاح الصلوة وقد بينا الفرق بينه وبين
الصلوة لابي يوسف رح واذا توضا الاخرس ولبس ثوبين وصلى ركعتين ثم نوى الاحرام بقلبه وحرك لسانه كان محرما
لانه اتى بما في وسعه وليس عليه فوق ذلك كما اذا شرع في الصلوة يحرك اللسان مع النية يصح شروعه والمراة بمنزلة
الرجل في التلبية غير انها لا ترفع صوتها لما بينا ان صوتها فتنة واذا لم يلب القارن والمفرد بالحج او العمرة الا مرة واحدة فهذا
ولا شيء عليه لان الشروع في الاحرام بالتلبية كما ان صحة الشروع في التكبير ولو لم يات المصلي الا بتكبيرة الافتتاح

جاز صلوته وكان مسيئا فكذلك اذا لم يات المحرم بالتلبية الا مرة واحدة جاز لانه اتى بما هو الواجب وبترك
السنة يكون مسيئا

باب الصيد في الحرم

رجل رمى صيدا في الحل وهو في الحل فاصابه في الحرم كان عليه الجزاء لانه من جنايته وهو قول ابي حنيفة رح فيما اعلم
ومعنى هذا التعليل ان ذهاب السهم حتى وصل الى الصيد كان بقوة الرمي وهو مباشر لذلك الفعل حتى يستوجب القصاص به
اذا رمى الى مسلم عمدا فقتله وانما اصابه بعد ما صار صيد الحرم فكان هو قاتلا صيد الحرم بفعله فيلزمه الجزاء
بخلاف ما لو ارسل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد حتى قتله في الحرم حيث لا يضمن بحال لان هذا ليس من جنايته
ومعنى هذا ان طرد الكلب الصيد فعل احدثه الكلب فلا يصير المرسل به جانيا على صيد الحرم وحقيقة المعنى في الفرق
ان الرامي مباشر لما يصيبه سهمه وفي مباشرة الفعل لا فرق بين ان يكون متعديا وبين ان يكون غير متعدي فيما يلزمه من الجزاء
الا ترى ان من رمى سهما في ملك نفسه فاصاب به انسانا او نفسا كان ضامنا له واكثر ما في الباب هنا انه لم يكن في اصل الرمي
لم يكن متعديا وهذا لا يمنع وجوب الجزاء عليه عند مباشرته فاما مرسل الكلب متسبب لاتلاف ما باخذه الكلب لا مباشر
حتى لا يلزمه القصاص بحال والمتسبب اذا كان متعديا في تسببه كان ضامنا واذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا كحفر
البئر في ملك نفسه وهنا هو غير متعد في ارسال الكلب على صيد في الحل فلهذا لا يلزمه الجزاء والدال ان زجر الكلب بعدما دخل
في الحرم فانزجر واخذ الصيد فعليه جزاؤه استحسانا ۵ وفي القياس لا يلزمه شيء لان الكلب يكون نحا الا على اصل الارسال
دون الزجر الا ترى ان مسلما لو ارسل كلبه على صيد فزجره مجوسي فانزجر حتى اخذ الصيد حل تناوله واصل الارسال
هنا لم يكن جناية بوجود الزجر بعد ذلك كعدمه ۵ ووجه الاستحسان انه في هذا الزجر متسبب لاخذ الصيد وهو متعدي
في هذا التسبيب ثم اصل الارسال هنا ما انعقد تعديا وكان ذلك في حكم الزجر كالعدم اصلا وهو نظير القياس
والاستحسان الذي ذكر في كتاب الصيد ان الكلب المعلم اذا انبعث على اثر الصيد من غير ارسال فزجره صاحبه فانزجر
واخذ الصيد انه يحل تناوله استحسانا بخلاف ما اذا ارسله مجوسي ثم زجره مسلم لان اصل الارسال هنالك كان معتبرا
فيحال الحكم عليه دون الزجر ولو ارسل كلبا في الحرم واصاب صيدا في الحرم لم يكن عليه شيء لانه غير متعد في هذا التسبيب
فان ارسال الكلب على الذئب مباح له فلهذا لا يوجب عليه الضمان وان اخذ الصيد بخلاف ما اذا كان رمى الى ذئب فاصاب
صيدا لان ذلك مباشرة فلا تعتبر فيه معنى التعدي ولكن قتل الصيد في الحرم خطا موجب للضمان كقتله عمدا وكذلك
لو ارسل حلال كلبا على صيد في الحل فذهب الكلب الى صيد في الحرم فقتله لم يكن عليه جزاء كما لو دخل الصيد الذي ارسله
عليه في الحرم فقتله فيه ۵ قال ولو ارسل المجوسي كلبا على صيد في الحرم فزجره مسلم محرم فانزجر فقتل الصيد
كان على المحرم جزاؤه لان زجر المحرم لا يكون دون دلالته على الصيد والمحرم يضمن الصيد بالدلالة فبالزجر اولى ولا يوكل
ذلك الصيد لا لزجر المحرم فان حرمة الصيد لا تثبت به كما لا تثبت بالدلالة ولكن لان الاخذ محال به على الارسال والمرسل
كان مجوسيا وقال لو نصب شبكة للصيد فاصاب بها الصيد فعليه جزاؤه لانه متعد في هذا التسبب وهو قياس نصب
الفسطاط فوقع فيه صيد لم يكن عليه شيء لانه غير متعد في هذا التسبب على المحرم على ما سبق ۵ قال المحرم دل محرما على
صيد وامره بقتله وامر المامور ثالثا بقتله كان على كل واحد منهم جزاء كامل لان كل واحد منهم جان على الصيد بما صنع المباشر
والامر الثاني بدلالة القاتل عليه والامر الاول باعلامه للامر الثاني مكان الصيد حتى امر به غيره فكانوا جميعا ضامنين
وهذا لان فعل المامور الثاني كفعل امره ولو قتل الامر الثاني وجب الجزاء به على الامر الاول فكذلك اذا امر به غيره حتى قتله
وحرام الصيد في حق المحرم لا يتجزى فلهذا كان على كل واحد من الثلثة جزاء كاملا قال ولو اخبر محرم محرما بصيد فلم يره حتى اخبره
محرم فلم يصدق الاول ولم يكذبه ولكن طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما جزاؤه لان كل واحد منهما جان فيما صنع وهذا
بخلاف ما اذا كذب الاول فان هنالك لا يلزمه الجزاء لان بتكذيبه اياه انتسخ حكم دلالته فلم يكن قتل الصيد بعد ذلك محالا به
على دلالة الاول وانما كان محالا به على دلالة الثاني فاما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لم ينتسخ حكم دلالته قال المحرم ارسل محرما
الى محرم فقال ان فلانا يقول لك ان في هذا الموضع صيدا فذهب فقتل كان على المرسل والرسول والقاتل جزاء لان كل منهم متعدي

فيما صنع فإذا تمكن من قتل الصيد بإرسال المرسل وتبليغ الرسول فلهذا ضمن كل واحد منهم الجزاء ، قال وإن دل محرم على صيد رجلا
وهو يعلم به ورآه قبله لم يكن على الدال شيء لأن تمكن القاتل من قتل الصيد لم يكن بدلالته فقد كان متمكنا قبل دلالته ، قال محرم
استعار من محرم سكينا ليذبح به صيدا فأعاره إياه فذبح الصيد فلا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك لما فيه من الإعانة
على المعصية بما أعطاه من الآلة وأما حكم الجزاء فأكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون تأويل هذه المسألة أنه إذا كان مع المحرم القاتل
سلاح يقتل به سوى ذلك السلاح الصيد فحينئذ لا يلزمه الجزاء على من أعطى السكين لأنه وإن لم يعطه كان متمكنا من قتله فإذا لم يكن
تمكنه بما أعطى لا يجب عليه الجزاء على الدال إذا كان المدلول عالما بمكان الصيد فأما إذا لم يكن مع المحرم القاتل ما يقتل به الصيد
ينبغي أن يجب الجزاء كما يجب الجزاء على هذا المعير لأن التمكن من قتل الصيد كان بإعارة السكين وإلى هذا أشار في السير الكبير
والأصح عندي أنه لا يجب الجزاء على معير السكين على كل حال لوجهين أحدهما أن الصيد مأخوذ المستعير قبل إعارة السكين منه
وكان قد تلف معنى الصيدية بأخذ المستعير إياه حكما وبقتله حقيقة فأما إعارة السكين ليس بإتلاف معنى الصيدية عليه
لا حقيقة ولا حكما بخلاف الدلالة فإنه إتلاف لمعنى الصيدية من وجه حين أعلمه بمكانه من لا يقدر الصيد على الامتناع منه
فإن امتناع الصيد ممن يقدر على الامتناع يكون بجناحه وممن لا يقدر على الامتناع بتواريه عن عينه فإذا أعلمه بمكانه صار متلفا
معنى الصيدية حكما ، والثاني أن الإعارة تتصل بالسكين لا بالصيد فإنها صحيحة وإن لم يكن هناك صيد ولا يتعين استعماله
في قتل الصيد بخلاف الإشارة إلى قتل الصيد فإنها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ولا يتم ذلك إلا بالصيد
فلهذا يتعلق وجوب الجزاء بها ولم يذكر في الكتاب مسألة نكاح المحرم وهي خلافية معروفة عندنا يجوز للمحرم أن يتزوج وأن يزوج
وأن يتزوج وليته ، وعند الشافعي ليس للمحرم أن يتزوج ولا أن يزوج وليته ولو فعل لم ينعقد النكاح لحديث عثمان رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولأن المقصود من النكاح الوطء وبسبب الإحرام يحرم عليه الوطء بدواعيه فيحرم العقد الذي
لا يقصد به إلا هذا وهذا بخلاف شراء الأمة فإن الشراء غير مقصود للوطء بل للخدمة والمحرم غير ممنوع عنه ، ألا ترى أن المسلم
لا يتزوج المجوسية ولا أخته من الرضاعة لأنه لما حرم عليه وطؤها حرم عليه الوطء أيضا وله أن يشتري هؤلاء ، وحجتنا
حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام تزوج ميمونة رضي الله عنها وهو محرم وهكذا روي عن عائشة رضي الله عنها واختلفت الروايات في حديث
أبي رافع قال في بعض الروايات تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حلال وفي بعضها وهو محرم وبنى بها وهو حلال
وكنت أنا السفير فيما بينهما وبهذا الحديث تبين أن المراد من حديث عثمان رضي الله عنه الوطء دون العقد فإنه للوطء حقيقة وإن كان مستعارا للعقد
مجازا على ما نبينه في كتاب النكاح ومن حيث المعنى الكلام واضح في المسألة فإن النكاح عقد معاوضة والمحرم ممنوع من مباشرة
المعاوضات كالشراء ونحوه ولو جعل عقد النكاح بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطء لكان تأثيره في إيجاب الجزاء وإفساد الإحرام لا
في بطلان عقد النكاح يوضحه أن بعد الإحرام يبقى النكاح بينه وبين امرأته صحيحا ولو كان الإحرام منافيا لابتداء النكاح لكان
منافيا للبقاء كالمحرمية والحرمة بسبب الرضاع ولما لم يناف بقاء النكاح فكذلك الابتداء وبهذا فارق شراء الصيد أيضا لأن الإحرام
يمنع استدامة اليد على الصيد فيمنع إثبات اليد بالشراء ابتداء بخلاف النكاح ، والدليل عليه أنه لو راجعها وهو محرم كان صحيحا
وعلى أصل الخصم الرجعة سبب حل الوطء ثم لم يكن المحرم ممنوعا عنه فكذلك النكاح وأصل كلامه يشكل بالظهار فإن الظهار
محرم الوطء بدواعيه ولا يمنع العقد ابتداء بأن ظاهر منها ثم فارقها ثم تزوجها ثم الشافعي منع المحرم من أن يزوج وليته وليس
في هذا تطرق للمحرم إلى ابتغاء الوطء فعرفنا أن كلامه من حيث المعنى ضعيف جدا والله أعلم ، قال رحمه الله
هذا آخر شرح العبادات ، بأوضح المعاني وأوجز العبارات ، إملاء المحبوس عن الجمع والجماعات ، مصليا على سيد السادات
محمد المبعوث بالرسالات ، وعلى آله من المؤمنين والمؤمنات

كتاب النكاح

قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء ، اعلم بأن النكاح
في اللغة عبارة عن الوطء يقول العرب تناكحت القرى أي تناوحت ويقولون أنكحنا الفرا فسنرى أي أمر نجتمع عليه وننظر ماذا يتولد منه
وحقيقة المعنى فيه الضم ومنه يقال أنكح الظئر ولدها أي ألزمته ، وقال القائل إن القبور تنكح الأيامى أي تضمهن إلى نفسها
وأحد الواطئين ينضم إلى صاحبه في تلك الحالة فسمي فعلهما نكاحا ولهذا قال القائل كبكر تحب لذيذ النكاح أي الجماع

وقال

وقال القائل شعر والناكحين بشاطئ دجلة البقر
أي الواطئين ثم يستعار للعقد مجازا إما لأنه سبب شرعي يتوصل به إلى الطريق للوطء أو لأن في العقد معنى الضم فإن أحدهما
ينضم إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة وزعم الشافعي أن اسم النكاح في الشريعة يتناول العقد فقط
وليس كذلك فقد قال الله تعالى فإذا بلغوا النكاح يعني الاحتلام فإن المحتلم يرى في منامه صورة الوطء وقال الله تعالى
الزاني لا ينكح إلا زانية والمراد الوطء وفي الموضع الذي حمل على العقد فذلك للدليل اقترن به من ذكر العقد وخطاب الأولياء
في قوله وأنكحوا الأيامى منكم أو اشتراط إذن الأهل في قوله فانكحوهن بإذن أهلهن ثم يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية
والدنياوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والإنفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ومن ذلك تكثير عباد الله
وأمة الرسول عليه السلام وتحقيق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم بهم كما قال تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة
وسببه تعلق البقاء المقدور به إلى وقته فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء
وهذا التناسل لا يكون إلا بين الذكور والإناث ولا يحصل ذلك بينهما إلا بالوطء فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح
لأن في التغالب فسادا وفي الإقدام بغير ملك اشتباه الأنساب وهو سبب لضياع النسل لما بالإناث من بني آدم
من العجز عن التكسب والإنفاق على الأولاد فتعين الملك طريقا حتى يعرف من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته لئلا يضيع
وهذا الملك على أصل حال الآدمي من الحرية حتى لا يثبت إلا بطريق النكاح فهذا قولنا إنه تعلق به البقاء المقدور
إلى وقته فإن الله تعالى حكم ببقائه ثم هذا العقد مسنون مستحب في قول جمهور العلماء رحمهم الله وعند أصحاب الظواهر
واجب لظاهر الأمر به في الكتاب والسنة ولما روي أن النبي عليه السلام قال لعكاف بن خالد ألك زوجة فقال لا فقال تزوج فإنك
من إخوان الشياطين وفي رواية إن كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وإن كنت منا فتزوج فإن الهاجر منا من مات
وله زوجة أو زوجتان أو ثلاث ولأن التحرز عن الزنا فرض ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلى إقامة الفرض
إلا به يكون فرضا ، وحجتنا أن النبي عليه السلام ذكر الأركان من الفرائض وبين الواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح وقد كان في الصحابة
رضي الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك والصحابة رضي الله عنهم فتحوا البلاد ونقلوا إلينا جل ودق من الفرائض
ولم يذكروا من جملتها النكاح وكما يتوصل بالنكاح إلى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم إليه قال عليه السلام يا معشر الشباب
عليكم بالنكاح فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء ، وتأويل ما روي في حق من يتوق نفسه إلى النساء على وجه
لا يصبر عنهن وبه نقول إذا كان بهذه الصفة لا يسعه ترك النكاح فأما إذا لم يكن بهذه الصفة فالنكاح سنة له قال عليه السلام
ثلاث من سنن المرسلين النكاح والتعطر وحسن الخلق وقال عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني أي ليس على طريقتي
ولهذا قال عليه السلام النكاح أفضل من التخلي لعبادة الله تعالى ، وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل إلا أن تتوق نفسه
إلى النساء ولا يجد الصبر على التخلي لعبادة الله تعالى ، واستدل بقوله تعالى وسيدا وحصورا فقد مدح يحيى عليه السلام بأنه كان
حصورا والحصور الذي لا يأتي النساء مع القدرة على الإتيان فدل أن ذلك أفضل ولأن النكاح من جنس المعاملات حتى يصح
من المسلم والكافر والمقصود به قضاء الشهوة وذلك مما يميل إليه الطبع فيكون بمباشرته عاملا لنفسه وفي الاشتغال
بالعبادة عاملا لله تعالى بمخالفة هوى النفس وفيه اشتغال بما خلقه الله تعالى لأجله ، قال الله تعالى وما خلقت الجن والإنس
إلا ليعبدون فكان هذا أفضل إلا أن تكون نفسه تواقة إلى النساء فحينئذ في النكاح معنى تحصين النفس عن الزنا كما قال عليه الصلاة والسلام
أيما شاب تزوج فقد حصن ثلثي دينه فليتق الله في الثلث الباقي فلهذا كان النكاح أفضل في حقه ، وحجتنا قوله عليه السلام من كان
على ديني ودين سليمان بن داود فليتزوج وقد اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزوج حتى انتهى العدد المشروع المباح به
ولا يجوز أن يقال إنما فعل ذلك لأن نفسه كانت تواقة إلى النساء فإن هذا المعنى يندفع بالمرأة الواحدة ولما لم يكتف بالواحدة
دل أن النكاح أفضل والاستدلال بحال الرسول عليه السلام أولى من الاستدلال بحال يحيى مع أنه كان في شريعتهم العزلة أفضل
من العشرة والاستدلال بحال في شريعتنا العشرة أفضل من العزلة كما قال عليه السلام لا رهبانية في الإسلام وقد بينا
أن النكاح يشتمل على مصالح جمة فالاشتغال به أولى من الاشتغال بنفل العبادة مع ما اختاره الخلفاء الراشدون وليس
هذا المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بينا من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة
أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه

لمن عنيتها المطيع والعاصي فيكون الكل تحت طاعته والانقياد لامره مع ان منفعة العبادة على العابد مقصوده ومنفعة النكاح
لا تقتصر على الناكح بل يتعدى الى غيره وما يكون اكثر نفعا فهو افضل قال عم خير الناس من ينفع الناس اذا عرفنا هذا فنقول
بدا الكتاب فقال بلغنا عن رسول الله عم انه قال لا تنكح المراة الا على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اختها ولا تسال المراة طلاق اختها
لتكفا ما في صحفتها فان الله هو رازقها وهذا الحديث يرويه رجلان من الصحابة رض ابن عباس وعلي وهو مشهور تلقته العلما بالقبول
والعمل به ومثله حجة يجوز به الزيادة على كتاب الله تعالى عندنا • وفيه دليل على حرمة نكاح المراة على عمتها وخالتها لان هذا نهي
بصيغة الخبر وهذا ابلغ ما يكون من النهي كما ان الامر قد يكون بصيغة الخبر • قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن الاية وقال الله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن والنهي يقتضي التحريم ثم ذكر هذا النهي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لئلا يظن ظان
ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة
فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين • وقوله ولا تسال المراة طلاق اختها نهي بصيغة الخبر وله تاويلان
اما ان يكون المراد به دينا بان تكون امراتان تحت رجل وهو يحسن اليهما فتجي الى الزوج احداهما وتقول طلق صاحبتي لتتحول نصيبها اليها
وهذا منهي عنه لانه سبب التحاسد والتنافر قال عم ولا تحاسدوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله اخوانا او يكون المراد به الاخت نسبا
بان تاتي المراة الى زوج اختها وتقول فارقها وتزوجني فاني اوفق لك وهذا منهي عنه لانه سبب لقطيعة الرحم من الملاعن والله اشار
في بعض الروايات فقال اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن ومعنى قوله لتكفا ما في صحفتها اي تحول نصيبها الى نفسها وروى لتكفا وكلاهما
يقال كفات القدر واكفاتها اذا املته وارقت ما فيه • وفي بعض الروايات لتكفا ما في صحفتها ومعناه لتنتفع بما اتاها الله فان الله
هو رازقها والصحفة عبارة عن الحظ والنصيب وقد اشتمل الحديث على الحتم والندب والوعظ فان قوله لا تسال ندب لانها لو فعلت ذلك
ولكن لا ينبغي لها ان تفعله • وقوله لا تنكح المراة على عمتها حتم حتى اذا فعل ذلك لم يجز النكاح عندنا • وقال عثمان البتي رح يجوز
في غير الاختين لان المحرم بالنص الجمع بين الاختين وهذا ناسخ لما يتلى في القران من قوله واحل لكم ما وراء ذلكم ونسخ الكتاب بخبر الواحد
لا يجوز • ولكنا نقول الحديث صحيح مقبول والعمل به واجب ولكنه مشهور يقول يجوز نسخ الكتاب عندنا او يقول هذا مبين لما ذكر في الكتاب
وليس بناسخ لان الحل في الكتاب مقيد بشرط مبهم وهو قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين وهذا الشرط مبهم والحديث ورد
لبيان ما هو مبهم في الكتاب • ورسول الله صلى الله عليه وسلم بعث مبينا قال الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم او يقول هذا الحديث مفرد
للحرمة المذكورة في الكتاب فان الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الاختين لان بينهما رحم يفترض وصلها ويحرم قطعها وفي الجمع قطيعة الرحم
على ما يكون بين الضراير من التنافر فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كل قرابة يفترض وصلها فهي في معنى الاختية في تحريم الجمع والتي
بين العمة وابنة الاخ قرابة يفترض وصلها حتى لو كان احدهما ذكرا والاخرى انثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى صيانة للرحم فاذا املته عن
عليه تحرزا عن قطيعة الرحم كان الحديث معززا للحرمة المذكورة في القران لا يكون ناسخا • قال وبلغنا عن عمر رض انه قال لا امنعن النسا
فروجهن الا من الاكفا • وفيه دليل على ان السلطان نائب في الانكحة هذا اضاف المنع الى نفسه وذلك يكون بولاية السلطنة وفيه دليل
ان الكفاءة في النكاح معتبرة وان المراة غير ممنوعة من ان تزوج نفسها من كفوها وان النكاح ينعقد بعبارتها قال وبلغنا عن النبي عم
انه قال البكر تستامر في نفسها واذنها صماتها والثيب تشاور ومعنى قوله تستامر في نفسها اي في امر نفسها في النكاح فهو دليل على انه ليس لاحد
من الاوليا ان يزوجها من غير استيمارها ابا كان او غيره وقيل تستامر خالية لا في ملا من الناس لكيلا يمنعها الحيا من الرد اذا كانت كارهة
ولا يذهب حشمة الولي عند الناس بردها • وقوله واذنها صماتها • وفي بعض الروايات سكوتها رضاها دليل على ان رضاها شرط
وان السكوت منها دليل على الرضا فيكتفى بها شرط لما روي عن عايشة رض قالت يا رسول الله انها تستحيي فتسكت فقال عليه السلام
سكوتها رضاها ومعنى هذا انها تستحيي من اظهار الرغبة في الرجال واذا استامرت فالجواب بنعم او لا وسكوتها دليل على الجواب
الذي يحول الحيا بينها وبين ذلك الجواب وهو الرضا دون الاباء اذ ليس في الاباء اظهار الرغبة في الرجال فلذلك كان السكوت دليلا كسكوت الشفيع
بعد العلم بالبيع وسكوت المولى عند رؤيته بصرف العبد عن الحجر عليه • وقوله والثيب تشاور دليل على انه لا يكتفى بسكوت الثيب
فان المشاورة على ميزان المفاعلة ولا يحصل ذلك الا بالنطق من الجانبين وظاهره يستدل الشافعي على ان الثيب الصغيرة لا تزوج احد
حتى تبلغ فتشاور ولكنا نقول هذا اللفظ بينا ولسنا من اهل المشاورة فلا يتناولها الحديث • قال وبلغنا عن ابراهيم رح قال
البكر تستامر في نفسها فلعل هذا لا يعلمه غيرها وقيل معنى هذا لعلها زنت او فرقت وذلك في باطنها لا يعلمه غيرها فاذا زوجت
من غير استيمارها لا يحصل المقصود بالنكاح ويهتك سترها وقيل معناه ولعلها لا تشتهي صحبة الرجال لمعنى في باطنها من علة الرطوبة

او نحو ذلك

او نحو ذلك فاذا زوجت من غير استيمارها لم تحسن صحبة هذا الزوج ووقعت في الفتنة لكون قلبها مع غيره واي دا ادوى من العشق • قال
وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة • وفيه دليل على ان نكاح الامة على الحرة
لا يجوز وان هذه الحرمة ثابتة شرعا رضيت الحرة او لم ترض وهو مذهبنا • وقال مالك يجوز اذا رضيت الحرة قال لان المنع لحق الحرة
لا للجمع بدليل انه اذا قدم نكاح الامة يبقى نكاحها بعد نكاح الحرة والجمع موجود فعلنا ان المنع لحق الحرة وهو ان يحطها ادخال ناقصة
الحال في قرانها وذلك ينعدم برضاها • ولكنا نقول المنع ليس لحقها بل لانها ليست من المحللات مضمومة الى الحرة وهي من المحللات
منفردة عن الحرة فان الحل رقها ينتصف كما ينتصف رق الحل على ما بينه فاذا تزوجها على الحرة فهذا حال ضمها الى الحرة وهي ليست
من المحللات في هذه الحالة وهذا المعنى لا يزول برضاها فلهذا لا يجوز النكاح • والكلام في ان هذا الحديث ناسخ لما في الكتاب
او مبين بطريق التخصيص على ما بينا في الحديث الاول وذكر هذا اللفظ عن علي رض ايضا وزاد فيه وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
وبه ناخذ فان القسم ينبني على الحل الذي ينبني عليه النكاح وحظ الامة فيه على النصف من حظ الحرة وزعم بعض العلماء رحمهم الله
انه يسوي بينهما في القسم كما يسوي بينهما في النفقة للمساواة بينهما في الملك والحاجة • ولكنا نقول لا يسوي بينهما في النفقة
فالحرة يستحق نفقة خادمها كما تستحق نفقة نفسها والامة لا تستحق النفقة الا ان بواها المولى بيتا مع زوجها • قال وبلغنا
عن ابن عباس رض انه قال ان بعض العرب كان في الجاهلية يستحل الرجل نكاح امراة ابيه فاذا مات ابوه ورث نكاحها عنه
فانزل الله تعالى • قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم الاية فانزل الله تعالى • قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الاية وان العرب
في الجاهلية كانوا فريقين فريق يعتقدون الارث في منكوحة الاب يقولون ان ولد الرجل اذا لم يكن منها يخلفه في نكاحها كما يخلفه
في ملكها فيطاها بغير عقد جديد سواء رضيت او كرهت • وفيه نزل قوله تعالى لا يحل لكم ان ترثوا النسا كرها الاية وبعضهم
كانوا يعتقدون انها تحل له بعقد جديد فانه متى رغب فيها فهو احق من غيره • وفيه نزل قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم الاية
وكانوا في الجاهلية يسمون الولد الذي يكون بينهما ولد المقت • واليه اشار سبحانه وتعالى في قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وسا سبيلا
وقوله تعالى الا ما قد سلف معناه الا ما قد سلف في الجاهلية فانكم لا تواخذون بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد العلم بالحرمة وقيل معناه
ولا ما قد سلف فان الا قد يكون بمعنى ولا • قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم فيكون المعنى انه لا يحل ابتدا العقد بعد نزول الحرمة
ولا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة لكيلا يظن ظان ان هذه الحرمة تمنع ابتدا النكاح ولا تمنع البقا كحرمة العدة • فاما قوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم ففيه بيان المحرمات • والحاصل ان المحرمات اربع عشرة سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب اما من جهة النسب
الامهات • قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم فالام حرمت عليه وكذلك جداته من قبل ابيه او من قبل امه وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد
يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يقول حرمة الجدات بالنص لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد
لا يراد به الحقيقة والمجاز يقول حرمة الجدات بدليل الاجماع لا بالنص ان الامهات جمع الاصول فهو حقيقة بمعنى الاسم وذلك يجمع الكل
اطلاقا لاسم الام في الادنى ودونه فحمله هذا تناول النص الجدات • والثاني البنات فعلى القول الاول حرمة بنات البنات
وبنات البنين وان سفلن ثابتة بالنص لان الاسم يتناولهن مجازا • وعلى القول الاخر حرمتهن بدليل الاجماع على ما بينا
والثالث الاخوات ثبتت حرمتهن بقوله تعالى واخواتكم وهو يتناول الاخوات لاب وام والاخوات لاب والاخوات لام
فالاخية عبارة عن المجاورة في الرحم او في الصلب فكان الاسم حقيقة للفرق الثلث • والرابع العمات حرمتهن بقوله تعالى وعماتكم ويدخل فيه
اخوات الاب لاب وام ولاب ولام • والخامس الخالات ثبتت حرمتهن بقوله تعالى وخالاتكم ويدخل فيه اخوات الام لاب وام ولاب ولام
والسادس بنات الاخ ثبتت حرمتهن بقوله تعالى وبنات الاخ ويدخل فيه بنات الاخ لاب وام ولاب ولام • والسابع بنات الاخت
ثبتت حرمتهن بقوله تعالى وبنات الاخت ويدخل فيه بنات الاخت لاب وام ولاب ولام • واما السبعة التي من جهة السبب
الامهات من الرضاعة والاخوات ثبتت حرمتهن بقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة • والحاصل انه يحرم من الرضاع
من الحرمة ما يثبت بالنسب قال عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب • والثالث امهات النسا فان من تزوج امراة حرمت عليه امهاتها وجداتها
وامهات نسائكم وهذه الحرمة تثبت بنفس العقد عندنا وكان بشر المريسي ومحمد بن شجاع يقولان لا تثبت الا بالدخول بالبنت وهذا احد
قولي الشافعي ومذهبهما مذهب عمر وعلي وابن عباس وزيد وابن مسعود رض وجابر رض ومذهبهم مذهب علي رض وبه اخذ مالك واستدلا
بقوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن والاصل ان الشرط والاستثنا اذا تعقب كلاما منسوقا بعضها على بعض ينصرف الى جميع ما سبق
ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن عمرو ان النبي عم قال من تزوج امراة حرمت عليه امها دخل بها او لم يدخل وحرمت عليه ابنتها ان دخل بها

وكان ابن عباس رضي يقول ام المراة مبهمة فابهموا ما ابهم الله تعالى يعني ان الشرط المذكور وهو الدخول ينصرف الى الربايب دون الامهات
وهذا هو الظاهر لغة فان النساء المذكور في قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوضة بالاضافة وفي قوله من نسائكم مخفوض بحرف من
والمخفوضان باداتين لا يصحان بنعت واحد . الا ترى انه لا يستقيم ان تقول مررت بزيد الى عمرو الظريفين وهو الاصل في اللغة
ان المعمول الواحد لا يكون لعاملين فلو جعلنا قوله وربائبكم عطفا لصار قوله من نسائكم مخفوضا بحرف من وبالاضافة جميعا
وذلك لا يجوز فعرفنا ان قوله وربائبكم ابتداء بحرف الواو وان امهات النساء مبهم كما قال ابن عباس رضي فاما حرمة الربيبة
وهي ابنة المراة لا تثبت الا بالدخول بالام . لقوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ولان الربائب لسن في معنى الامهات
فالظاهر من العادة ان ام المراة تزور الى زوج ابنتها قبل الدخول واما بنت المراة لا تزور الى زوج امها قبل الدخول
بالام واختلفت الصحابة رضي ان الحجر هل ينتصب شرطا لهذه الحرمة اولا فكان علي رضي يقول الحجر شرط لقوله تعالى
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ولما روي انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب
بنت ام سلمة رضي فقال لو لم تكن ربيبتي في حجري ارضعتني ما كانت تحل لي او اباها ثويبة واما عمر وابن مسعود رضي كانا يقولان
الحجر ليس بشرط وبه اخذ علماؤنا رح للحديث الذي روينا وتفسير الحجر وهو ان البنت اذا زفت مع الام الى بيت زوج الام
فهي كانت في حجره واذا كانت مع ابيها لم تكن في حجره . وانما ذكر الحجر في الاية على وجه العادة فان ابنة المراة تكون
في حجر زوج امها على وجه العادة لا على وجه الشرط مثل قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وجه العادة لا على وجه الشرط
الا ترى انه قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم شرط للحل عدم الدخول فذلك دليل على انه بعد ما دخل
بالام لا تحل له البنت سواء كانت في حجره او لم تكن ولا يحل له ان يجمع بين الام والبنت وان لم يكن بالام دخل لان القرابة
التي بينهما اقوى من القرابة التي بين المراة وعمتها وقد بينا ان هناك لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فههنا اولى فاما اذا طلق الام
قبل ان يدخل بها او ماتت يحل له ان يتزوج البنت وكان زيد يفرق بين الطلاق والموت فيقول بالموت ينتهي النكاح حتى يتقرر
كمال المهر فيتنزل ذلك منزلة الدخول . ولكنا نقول هذه الحرمة تعلقت شرعا بشرط الدخول فلو اقمنا الموت مقامه كان ذلك بالراي
وكما لا يجوز نصب شرط بالراي لا يجوز اقامة شرط مقام شرط بالراي فاما حليلة الابن على الاب حرام سواء دخل الابن بها
او لم يدخل لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم سميت بذلك لانها تحل للابن من الحل وهو مشتق من الحلول يعني
على معنى انها تحل في فراشه وهو يحل في فراشها وكما تحرم حليلة الابن نسبا فكذلك حليلة الابن من الرضاع عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا تحرم حليلة الابن من الرضاع ايضا بناء على اصله ان لبن الفحل لا يحرم واستدل بالتقييد المذكور هنا بقوله
من اصلابكم . ولكنا نستدل بقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . والمراد بقوله تعالى من اصلابكم بيان
اباحة حليلة الابن من التبني فان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لابائهم وكان النبي عليه السلام تبنى زيد بن حارثة
ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد وطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه . وفيه نزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد
من رجالكم فهذا التقييد هنالك لدفع طعن المشركين وكما تحرم حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الابن وان سفل لان الاسم يتناوله مجازا
فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تحريمه مع هذا التقييد قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه
كقوله هو الذي خلقكم من تراب فالمخلوق من التراب هو الاصل فكذلك منكوحة الاب حرام على الابن دخل بها او لم يدخل لقوله ولا تنكحوا
وكما تحرم على الابن تحرم على النوافل من قبل الرجال والنساء جميعا لان اسم الاب يتناول الكل مجازا . فاما قوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين معناه حرام عليكم ان تجمعوا بين الاختين لانه معطوف على اول الاية والجمع بين الاختين نكاحا حرام فكذلك الجمع بينهما
وطئا حتى لا يجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين وهو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر رضي فانه قال ما حرم الله تعالى
من الحراير شيئا الا وحرم من الاماء مثله الا رجلا يجمعهن يريد به الزيادة على الاربع وكان عثمان رضي يقول
احلتهما اية وحرمتهما اية يريد به التحليل قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم واية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
وكان يتوقف في ذلك . ولكنا نقول عند التعارض يترجح جانب الحرمة وبناء هذا بقوله لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم
الاخر ان يجمع ماءه في رحم اختين ولان المراد ان تجمعوا احديهما الجمع فراشا كما ان قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم فان تزوجهما
في عقدة واحدة بطل نكاحهما لانه لا وجه لتصحيح نكاح احدهما بغير عينها فان النكاح عقد تمليك فلا يثبت
في المجهولة اصلا ولا بعينها اذ ليست احداهما باولى من الاخرى ولا يمكن تصحيح نكاحهما لان الجمع محرم بالنص فتعين البطلان

وان نكح احداهما دون الاولى فنكاح الاولى جائز لان هذا العقد لا يصير جامعا ونكاح الثانية فاسد لان بهذا العقد يصير
جامعا بين الاختين فتعين فيه جهة البطلان فيفرق بينهما فان لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه وان كان قد دخل بها فعليها العدة
ولها الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فيسقط به الحد ويجب المهر والعدة ولها الاقل
كما اذا زفت اليه غير امراته وحكم ذلك مروي عن علي رضي واما وجوب الاقل من المسمى ومن مهر المثل فهو مذهبنا وعند زفر يجب
مهر المثل بالغا ما بلغ لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف . الا ترى ان المقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضمونا
بالقيمة بالغة ما بلغت عند الاتلاف فكذلك المستوفى بالنكاح الفاسد ولكنا نقول المستوفى بالوطء ليس بمال وانما لا يتقوم
بالمال بالتسمية الا ان المسمى اذا كان اكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية واذا كان اقل لم تجب الزيادة
على قدر المسمى لانعدام التسمية فيه ولتمام التراضي على قدر المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم يصح لفساد العقد
كان مضمونا بالتسمية ثم يعتزل عن امراته حتى تنقضي عدة الاخرى سواء دخل بالاخرى او لم يدخل لان رحم المعتدة مشغول
حكما ولو وطئ المعتدة في هذه الحالة صار جامعا ماءه في رحم الاختين وذلك حرام شرعا ولكن اصل نكاح الاولى لهذا لا يبطل
لان اشتغال الرحم الثانية عارض على شرف الزوال فلا يبطل ذلك اصل النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة ووجبت عليها العدة
لا يكون للزوج ان يطاها حتى تنقضي عدتها ولا يبطل نكاحها . قال ولا يتزوج المراة في عدة اختها منه من نكاح فاسد
او جائز عن طلاق باين او غير باين وعلى قول الشافعي رح ان كانت معتدة من طلاق رجعي فليس له ان يتزوج اختها وان كانت
من ثلاث او خلع فله ان يتزوج اختها في عدتها وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن ثابت رضي الا ان ابا يوسف رح ذكر في الامالي
رجوع زيد رضي عن هذا القول وذكر الطحاوي رح قول زيد كما لا انه ليس له ان يتزوجها وحكى ان مروان رضي شاور الصحابة
في هذا فاتفقوا على ان يفرق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة السلماني ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على الاربع قبل الظهر وذكر سليمان بن يسار
عن علي وابن مسعود رضي المنع من نكاح الاخت المعتدة من طلاق باين وثلث وكان الحسن البصري رح يقول ان كانت حاملا
فليس له ان يتزوج اختها وان كانت حايلا فله ان يتزوجها . وجه قول الشافعي رح ان النكاح مرتفع بينهما بجميع علايقه فيجوز له
نكاح اختها كما بعد انقضاء العدة والدليل على ما وصفنا انه لو وطئها وقال ان علمت انها علي حرام يلزمه الحد ولو جاءت بولد لاكثر
من سنتين حتى علم ان العلوق كان في العدة لم يثبت النسب ولو بقيت بينهما علقة من علايق النكاح لسقط به الحد ويثبت النسب
والعدة الواجبة اثرها محرم لانها من حقوق النكاح حتى لا تجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة حق النكاح لا يعتبر فيه
توهم الدخول وما كان من العدة لحق النكاح لا يعتبر فيه توهم الدخول كعدة الوفاة واذا ثبت ما وصفنا تبين ان المحرم
هو الجمع بينهما نكاحا فلا يصير جامعا بهذا حين لم يبق بينه وبين الاولى علقة من علايق النكاح والمقصود من هذا التحريم
صيانة الرحم عن القطيعة التي تكون بسبب المنازعة بينهما في القسم وذلك لا يتحقق بعد الخلع والتطليقات الثلاث
ولنا ان هذه معتدة على الاطلاق فليس له ان يتزوج باختها كالمعتدة من طلاق رجعي وهذا لان العدة من حقوق النكاح
الا ترى انها لا تجب بدون النكاح او شبهة النكاح ولا معنى لما قال ان وجوبها لماء محترم لانه ان اعتبر اصل الماء فهو موجود
في الزانية ولا عدة عليها وان اعتبر الماء المحترم فاحترامه بكونه بالنكاح والدليل ان العدة تختلف بالرق والحرية واشتغال
الرحم بالماء لا يختلف انما تختلف بملك النكاح لتفاوت بينهما في الحل الذي يبتني عليه النكاح فعرفنا انه من حقوق النكاح ويبقى
حق النكاح بعد ارتفاعه انما يبقى اذا كان النكاح متاكدا وتاكده بالموت وبالدخول ولهذا لا تجب العدة على المطلقة
قبل الدخول واذا ثبت انه من حقوق النكاح ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه انما يبقى اذا كان النكاح متاكدا وتاكده بالموت
او بالدخول ولهذا لا تجب العدة على المطلقة قبل الدخول واذا ثبت انه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة في اثبات الحرمة
كما ان حق ملك اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر في المنع من نكاح امته وكما ان النكاح في التحريم ينزل منزلة النسب لانه
في البعضية بمنزلة الحق من الحقيقة والدليل عليه ان في جانبها جعل الحق كالحقيقة في المنع من التزوج فكذلك في جانبه
ونحن نسلم ارتفاع ملك النكاح بجميع علايقه انما يدعى بقاء الحق وهذا الحكم عندنا يثبت بدون ملك النكاح فان النكاح الفاسد
اصل الملك لا يثبت ثم يكون ممنوعا من نكاح اختها وكما لا يلزمه الحد اذا وطئها لا يلزمها الحد اذا امكنت نفسها منه ولا يدل
ذلك على زوال المنع من جانبها فكذلك من جانبه وكما لا يجوز له ان يتزوج اختها في عدتها فكذلك لا يجوز له ان يتزوج اربعا

لانه في معنى الاختين في حرمة الجمع بينهما وكذلك لا يجوز له ان يتزوج اربعا سواها في عدتها لان الجمع بين الخمس حرام بالنكاح
بمنزلة الجمع بين الاختين قال ولا يحل له ان يجمع بين امراتين ذواتي رحم محرم من نسب او رضاع لان الرضاع في حكم الحرمة
بمنزلة النسب وبهذا تبين ان في المنصوص لا تعتبر المعنى وان تعتبر حرمة الجمع بالنص لا صيانة الرحم عن القطيعة فانه ليس بين
بين الاختين من الرضاع قرابة يفترض وصلها ثم كان الجمع بينهما حراما فان تزوجهما فهو على ما بينا في الاختين نسبا بان
فقال ان تزوجهما في عقدة ودخل بهما فرق بينه وبينهما وعليهما العدة وانما تصير كل واحدة منهما شارعة في العدة من وقت
التفريق عندنا ■ وقال زفر رح من آخر الوطئات وكذلك في كل نكاح فاسد لان وجوب العدة بسبب الوطء فتجب العدة بسبب الوطء
ولكنا نقول الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ■ الا ترى انه لو وطئها قبل التفريق لا يلزمه الحد وبعده
يلزمه فلا تصير شارعة في العدة ما لم ترتفع الشبهة وذلك بالتفريق بينهما والدليل على ان المعتبر هو الشبهة انه وان تزوج وطئها
مرارا لا يجب الا مهر واحد لاستناد الوطئات الى شبهة واحدة فاذا ثبت هذا فنقول بعدما فرق بينه وبينهما ليس له ان يتزوج
واحدة منهما حتى تنقضي عدة الاخرى لان الاخرى في عدته وعدة الاخت تمنع نكاح الاخت فان انقضت عدتهما معا فله
ان يتزوج ايهما شاء وان انقضت عدة احداهما فليس له ان يتزوج التي انقضت عدتها لان الاخرى معتدة وله ان يتزوج المعتدة منهما
لان الاخرى منقضية العدة وعدة هذه لا تمنع صاحب العدة من نكاحها انما تمنع من غيره من ذلك وكذلك لو كان دخل باحداهما
دون الاخرى وله ان يتزوج المعتدة ولا يتزوج الاخرى حتى تنقضي عدة المعتدة لما بينا ■ قال واذا وطئ الرجل امراة بملك يمين
او نكاح او فجور يحرم عليه امها وابنتها وتحرم هي على ابائه ■ وقال الشافعي رح ان الوطء بنكاح او ملك يمين فكذلك الجواب
وان كان بالزنا لا يثبت به الحرمة واستدل بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال وهكذا رواه ابن عباس رض عن النبي عليه السلام
سئل عمن يبتغي من امراة فجورا ثم يتزوج بنتها فقال لا باس لا يحرم الحرام الحلال فقالت عايشة رض سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل يبتغي من امراة حراما ثم يتزوج بابنتها فقال لا يجوز لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان بنكاح وعلل الشافعي رح في
كتابه فقال النكاح امر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فاني يشتبهان ومعنى هذا ان ثبوت حرمة المصاهرة بطريق النعمة
والكرامة فان الله تعالى من به على عباده بقوله تعالى فجعله نسبا وصهرا وهو معقول فان امهاتها وبناتها يصرن كامهاته
وبناته حتى يخلو بهن ويسافر بهن وهذا يكون بطريق الكرامة والزنا المحض سبب لايجاب العقوبة فلا يصلح سببا لايجاب الحرمة
والكرامة ■ الا ترى انه لا يثبت به النسب والعدة فكذلك حرمة المصاهرة ■ وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم وقد بينا ان النكاح للوطء حقيقة فلا يكون الاية نصا في تحريم موطوءة الاب على الابن فالتقييد بكون الوطء حلالا
زيادة ولا تثبت هذه الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس والدليل عليه ان موطوءة الاب بالملك حرام على الابن بهذه الاية
فعلمنا ان المراد بالنكاح الوطء لا العقد وقد نقل مثل مذهبنا عن ابن مسعود وابي بن كعب وعمران بن الحصين رض بالفاظ مختلفة شتى
والمعنى فيه انه وطء في محله فيكون موجبا للحرمة كالوطء بالنكاح وملك اليمين وتفسير الوصف ان الوطء في هذا المحل محرم لكونه
لا يختلف بالملك وعدم الملك وتاثيره ان ثبوت الحرمة بسبب هذا الوطء في الملك ليس بعين الملك بل لمعنى البعضية لان الولد
الذي يتخلق من المائين يكون بعضا لكل واحد منهما فتتعدى شبهة البعضية الى امهاتها وبناتها والى ابائه وابنائه والشبهة تعمل
عمل الحقيقة في ايجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بالملك وعدم الملك لان سبب البعضية حسي وانما لا تكون هذه البعضية
موجبة حرمة الموطوءة لان البعضية الحكمية عملها كعمل حقيقة البعضية وحقيقة البعضية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة
واما في موضع الضرورة لا يوجب ■ الا ترى ان حوا خلقت من ادم عم وكانت بعضه حقيقة وهي حلال له فكذلك
شبهة البعضية انما توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وهي في حق الموطوءة ضرورة وهذا لان العلل الشرعية امارات لا موجبات
فانما يثبت الحكم بها في الموضع الذي جعلها الشرع علة وقد جعل الشرع موضع الضرورة مستثنى من الحرمة بقوله تعالى الا ما
فاما النسب فعندنا احكام النسب تثبت ولكن الانساب لا تثبت لانه لمقصود الشرع ولا يحصل ذلك بالنسبة الى الزاني
والعدة انما لا تجب لان وجوبها في الاصل باعتبار حق النكاح او الفراش لنسب النكاح والسفاح منافاة فبانعدام الفراش يعدم
النسب الموجب للعدة وبعض اصحابنا يقولون الحرمة تثبت هنا بطريق العقوبة كما تثبت حرمة الميراث في حق القاتل عقوبة والا
قوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم الاية وهذا الطريق يقولون الحرمة لا تثبت حتى لا يباح الخلوة والمسافرة بها
ولكن هذا التعليل فاسد فان التعليل لتعدية حكم النص لا لاثبات حكم اخر سوى المنصوص عليه فان ابتداء الحكم لا يجوز اثباته بالتعليل

والمنصوص

والمنصوص حرمة ثابتة بطريق الكرامة فانما يجوز التعليل لتعدية تلك الحرمة الى الفروع لا لاثبات حكم المنصوص وكل صحيح
ان نقول هذا الفعل ثابت حكم عليه واذا احبلها كان لذلك الولد من الحرمة ما لغيره من بني ادم فيكون نسبه ثابتا منهما
وسبب هذا كله بطريق الكرامة لانه حرث للولد ■ الا ترى انه صاحبها هذا الفعل لا لانه زنا فكذلك هذا فيما التفريق بين
فساد اسند الاظهر بالحديث فانه لا يجعل الحرام محرما للحلال وانما تثبت الحرمة باعتبار ان الفعل حرث للولد وحرمة
هذا الفعل يكون بناء على ان هذا الحديث غير مجرى على ظاهره فان كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة من خمر في
وكالوطء بالشبهة ووطء الامة المشتركة ووطء الاب جارية ابنه فان هذا كله حرام يحرم الحلال لانه حرام بل المعنى
الذي قلنا ومن فروع هذه المسئلة ابنة الرجل من الزنا لا تحل له عندنا وعلى قول الشافعي رح يحل له ان يتزوجها
وهذا الشافعي لا يكون حراما وله في ابنة الملاعنة التي نفى نسبها قولان واستدل بقوله تعالى
وبناتكم والبنات والابنة المضافة اليه شرعا والابنة من الزنا ليست ابنته نسبا بل هي حرام الا
فلو اثبتنا الحرمة ها هنا كان بالراي وبه فارق بالحلال فان الابنة من الزنا فكانت هي حراما عليه
لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الابنة على ثبوت النسب منها وانما نسبه
الى الزاني بنية من كل وجه فكذا هذا وهكذا هنا لكان ثابتا باعتبار ان الفراش لقطع باللعان
حتى لو اكذب نفسه يثبت النسب منه ولا يثبت من غيره وان ادعاه فيجوز ابقاء الحرمة وهنا النسب لم يكن ثابتا اصلا لانعدام
الفراش ولا هو بعرض الثبوت منه ■ ولنا ان ولد الزنا بعضه فيكون محرما عليه كولد الرشدة وهذا لان البعضية
باعتبار الماء وذلك لا يختلف حقيقة بالملك وعدم الملك فالولد المخلوق من الماءين يكون بعض كل واحد منهما قال عليه السلام
لفاطمة رض هي بضعة مني والبضعة عند صاحبه لاثبات الحرمة لان الانسان كما لا يستمتع بنفسه لا يستمتع ببعضه
لان النسب لا يثبت لانعدام البعضية بل للاشتباه فان الزانية يأتيها غير واحد فلو اثبتنا النسب بالزنا ربما يؤدي الى
الولد الى غير ابيه وذلك حرام بالنص حتى انه في جانبها لما كان لا يؤدي الى هذا الاشتباه كان النسب ثابتا ولان قطع النسب
شرعا لمعنى الزجر عن الزنا فاذا علم ان ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا وذلك يوجب اثبات الحرمة لان معنى الزجر عن الزنا
يحصل بما اذا علم انه بسبب من جزاءه فحرم عليه حلالا كثيرا يمتنع من مباشرة الحرمة فلهذا اثبتنا الحرمة وان لم يثبتنا النسب هنا
اذا عرفنا هذا فنقول كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء يثبت بالمس والتقبيل بشهوة عندنا سواء كان في الملك او في غير الملك
حتى لو قبل امته ثم اراد ان يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة وليس للمس والتقبيل
عن شهوة تاثيرا في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة وقاس بالنكاح الفاسد فان التقبيل والمس فيه لا يجعل
كالدخول في ايجاب المهر والعدة وكذلك في اثبات الحل للزوج الاول فكذا هنا ■ ولكنا نستدل باثار الصحابة رض فقد روي
عن ابن عمر رض انه قال اذا جامع الرجل المراة او قبلها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها
وابنتها وعن مسروق قال بيعوا جاريتي هذه اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة ولان المس والتقبيل
سبب يتوصل به الى الوطء فانه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه في اثبات الحرمة كما ان النكاح هو سبب الوطء شرعا
فقام مقامه في اثبات الحرمة الا فيما استثناه الشرع وهي ا وهذا لان الحرمة تنبني على الاحتياط فيقام السبب
الداعي الى الوطء فيه مقام الوطء احتياطا وان لم يثبت به سائر الاحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام
حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام ولو نظر الى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا
وفي القياس لا تثبت وهو قول ابن ابي ليلى والشافعي لان النظر كالتفكر اذ هو غير متصل بها ■ الا ترى انه لا يفسد به الصوم
وان اتصل به الانزال ولان النظر لو كان موجبا للحرمة لا يستوي فيه النظر الى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ولكنا تركنا
القياس للحديث الذي رويناه عن ابن عمر رض وقد روي عن النبي عم قال من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها ■ وعن عمر رض انه جرد
جارية له ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك ■ وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امراة وابنتها
ثم النظر الى الفرج بشهوة نوع الاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر بمعنى الجمال فعرفنا انه نوع استمتاع
كالمس بخلاف النظر الى سائر الاعضاء ولان النظر الى الفرج لا يحل الا في الملك بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر
الى سائر الاعضاء ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر ان تنتشر به الالة او تزداد انتشارا فاما مجرد الاشتهاء بالقلب

غير معتبر الا ترى ان هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له والنظر الى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر الى الفرج الداخل دون الخارج وانما يكون ذلك اذا كانت متكية اما اذا كانت قاعدة مستوية لا تثبت الحرمة بالنظر ثم حرمة المصاهرة (ها) بهذه الاسباب تتعدى الى ابائه وان علوا والى ابنائه وان سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعا وكذلك يتعدى الى جداتها وبنوافلها لما بينا ان الاجداد والجدات بمنزلة الاباء والامهات والنوافل بمنزلة الاولاد فيما يبتني عليه الحرمة وذلك كله مروي عن ابراهيم النخعي وعلى هذا اذا جامع الرجل امراته نقل ذلك عن ابي بن كعب رض وكان المعنى فيه ان الحرمة بسبب (الرضاع) مثل الحرمة بالرضاع والنسب وذلك كما يمنع ابتدا النكاح يمنع بقا النكاح فكذلك هذا يمنع بقا النكاح كما يمنع ابتداؤه

قال رجل له اربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ثلثا او واحدة بائنة او خلعها لم يجز له ان يتزوج اخرى ما دامت في العدة لان حرمة ما زاد على الاربع كحرمة الاختين وكما ان هناك العدة تعمل عمل حقيقة النكاح في المنع فكذلك هنا فان قال اخبرتني ان عدتها قد انقضت فان كان ذلك في مدة لا تنقضي مثلها العدة لا يقبل قوله ولا قولها الا ان اخبرت الان تفسيرا بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق ونحوه وان كان ذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة ان كانت ساكتة او غائبة فله ان يتزوج اخرى واختها ان شاء ذلك وكذلك ان كذبته في قول علمائنا رحمهم الله وقال زفر ليس له ذلك لان عدتها باقية فانها امينة والاخبار عما في رحمها وقد اخبرت ببقاء عدتها والزوج انما اخبر عنها وهي تكذبه في ذلك فسقط اعتبار قوله كشاهد الاصل اذا كذب شاهد الفرع او راوي الاصل كذب الراوي عنه والدليل عليه بقاء نفقتها وسكناها وثبوت نسب ولدها ان جاءت به لاقل من سنتين وبالاتفاق اذا حكمنا بثبوت نسب ولدها يبطل نكاح اختها له فكذلك الحكم بنفقتها. وحجتنا في ذلك انه اخبر عن امر دينه وشرعه عز وجل فكان امينا مقبول القول فيه اذا احتمل كمن اخبر صمتك وصليت وبيان الوصف انه اخبر بحل نكاح اختها له ولا حق للمطلقة في ذلك فان الحرمة والحل من حق الشرع وانما حق العباد فيه باعتبار قيام حقهم في محله ولا حق لها في محل نكاح اختها فلا يعتبر تكذيبها فيه والدليل عليه انه يجوز الخبر بينة له بحل نكاح اختها. الا ترى انها لو كانت على بينة كان له ان يتزوج باختها فلو بطل ذلك الحق انما يبطل بتكذيبها وتكذيبها يصلح حجة في ابقاء حقها لا في ابطال حق ثابت للزوج والنفقة والسكنى حقها فيكون باقيا واما نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا يعتبر تكذيبها في ذلك لان ثبوت الحكم بحسب الحجة وكذلك ثبوت النسب من حقها وحق الولد لانه يندفع به تهمة الزنا (عنها العرض) او يتشرف به الولد ثم من ضرورة القضاء بالنسب الحكم باسناد العلوق الى ما قبل الطلاق فاذا استندنا كان الخبر بانقضا قبل الوضع مستنكرا فلهذا بطل نكاح الاخت بخلاف القضاء بالنفقة فانه يقتصر على الحال وليس من ضرورة الحكم بها الحكم بقاء العدة مطلقا وان المال يحكم باسبابه ووجوبه في الجملة. يوضحه ان من ضرورة القضاء بالنسب القضاء بالفراش فتبين انه صار جامعا بين الاختين في الفراش وليس من ضرورة القضاء بالنفقة القضاء بالفراش واكثر ما فيه انه يجمع عليه استحقاق النفقة للاختين وذلك جائز كما في المطلقتين

قال وان ماتت لم يكن لها ميراث وكان الميراث للاخرى هكذا ذكر هنا وفي كتاب الطلاق وقال الميراث للاولى دون الثانية ولكن وضع المسألة فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها قد انقضت وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا وكان في الصحة فلا ميراث للاولى سوا اخبر الزوج بها او لم يخبر وفي كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان فيه متهما لم يقبل في قوله ابطال حقها كما في نفقتها وهنا الموضع في الصحيح ولا حق لها في مال الزوج في صحته فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها يوضحه ان بقوله اخبرتني الواقع صار ثابتا فكانه اقر بها في موضع كان لها الميراث. وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله لان للزوج ان يجعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد. ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث للثانية لان بين ارث الاختين منه بالنكاح منافاة ومتى لم ترث الاولى ورثت الثانية وان ماتت في العدة او لحقت بدار الحرب مرتدة حل له ان يتزوج اختها لانها لما عادت مسبية كان لحوقها بمنزلة الميتة. الا ترى انه اذا عادت اليها ما لها ... معتدة كما كانت وان كان قد تزوج اختها قبل رجوعها ثم رجعت مسلمة عن ابي يوسف رح روايتان في احدى الروايتين يبطل نكاح الاخت وفي الرواية الاخرى لا يبطل ذكر الروايتين عنه في الامالي

قال ولا باس بان يتزوج المسلم الحرة من اهل الكتاب لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب الاية وكان ابن عمر رض لا يجوز ذلك ويقول الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وكان يقول معنى الاية الثانية واللاتي اسلمن من اهل الكتاب ولسنا ناخذ بهذا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب فدل ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا ولو حملنا الاية الثانية

على ما قال ابن عمر رض لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة بن اليمان رض انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رض تزوج يهودية وكذلك ان تزوج الكتابية على المسلمة او المسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما سواء لان جواز النكاح يبتني على الذي صارت المراة به محلا للنكاح وذلك يبتني عليه القسم والمسلمة والكتابية في ذلك سواء كانت اسرائيلية او غير اسرائيلية وبعض من لا يعتبر قوله فصل بين الاسرائيلية وغيرها ولا معنى لذلك في الجواز لكونها كتابية واما المجوسية لا يجوز نكاحها للمسلم لانها ليست من اهل الكتاب وذكر اسحاق في تفسيره عن علي رض جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه ان المجوس اهل كتاب ولكنهم لما واقع ملكهم اخته ولم ينكروا عليه. بكتابتهم فنسوه وهو مخالف للنص فان الله تعالى قال ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا الاية. واذا قلنا المجوس اهل كتاب كانوا ثلث طوائف وقال عم سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم وليس كان الامر على ما قال علي رض ولكن بعد ما نسوا خرجوا من ان يكون اهل الكتاب فاما نكاح الصابية يجوز للمسلم عند ابي حنيفة رح ولا يجوز عندهما لابي حنيفة انهم قوم من النصارى يقرون الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما حملا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان وقالا لانهم يخالفون النصارى واليهود فيما يعتقدون فلا يكونوا من جملتهم ولكن ابو حنيفة يقول مخالفتهم للنصارى في بعض الاشياء لا يخرجهم من ان يكونوا من جملتهم كبني تغلب فانهم يخالفون النصارى في الخمور والخنازير وكانوا من جملة النصارى

قال ولا باس بان يتزوج الرجل المراة وبنت زوج كان لها قبل ذلك يجمع بينهما لانه لا قرابة بينهما. وقال ابن ابي ليلى لا يجوز لان ابنة الزوج لو كان ذكرا لم يكن له ان يتزوج الاخرى لانها منكوحة ابيه وكل امراتين لو كانت احداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع نكاحا بينهما لا يجوز كالاختين. ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن جعفر رض انه جمع بين امراة علي رض وابنته ثم المانع من الجمع قرابة بين المراتين وما تشبه القرابة في الحرمة كالرضاع وذلك غير موجود هنا وما قاله ابن ابي ليلى رح انما يعتبر اذا تصور من الجانبين كما في الاختين وذلك لا يتصور هنا فان امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له نكاح البنت فعرفنا انهما ليستا في معنى الاختين ولا باس بان يجمع بين امراتين كانتا عند رجل واحد لانه لا قرابة بينهما وتزوج ابنه امها او ابنتها فان محمد بن الحنفية رحمه الله تزوج امراة وزوج ابنه ابنتها من ابنه وهذا لان نكاح الام يحرم هي على ابنه فاما امها وابنتها يحرم عليه لا على الابن فلهذا جاز له ان يزوج امها وابنتها

باب نكاح الصغير والصغيرة

قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج عائشة رض وهي صغيرة ابنة ست سنين وبنى بها وهي ابنة تسع سنين وكانت عنده تسعا ففي الحديث دليل على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الاب خلافا لما يقوله ابن شبرمة وابو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فايدة ولان ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجة المولى عليه حتى ان فيما لا يتحقق فيه الحاجة لا تثبت الولاية كالتبرعات ولا حاجة بهما الى النكاح فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فايدة ولان ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجة المولى عليه حتى ان فيما لا يتحقق فيه الحاجة لا تثبت الولاية كالتبرعات ولا حاجة بهما الى النكاح لان النكاح طبعا وهو قضاء الشهوة وشرعا النسل والصغر ينافيهما ثم هذا العقد يعقد للعمر ويلزمهما احكامه بعد البلوغ فلا يكون لاحد ان يلزمهما ذلك اذ لا ولاية لاحد عليهما بعد البلوغ. وحجتنا قوله تعالى واللائي لم يحضن بين الله عدة الصغيرة وسبب العدة شرعا هو النكاح وذلك دليل تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح الاحتلام ثم حديث عائشة رض نص فيه وكذلك سائر ما ذكرنا من الاثار فان قدامة ابن مظعون تزوج ابنة الزبير رض يوم ولدت وقال ان مت فهي خير ورثتي وان عشت فهي ابنة الزبير وزوج ابن عمر رضي الله عنه بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير وزوج عروة بن الزبير رض ابنة اخيه ابن اخته وهما صغيران ووهب رجل ابنته الصغيرة من عبد الله ابن الحسن فاجاز ذلك علي رض وزوجت امراة ابن مسعود رض ابنة لها صغيرة ابنا للمسيب بن نخبة فاجاز ذلك عبد الله رض ولكن ابا بكر الاصم كان اصم لم يسمع هذه الاحاديث والمعنى فيه ان النكاح من جملة المصالح وضعا في حق الذكور والاناث جميعا وهو يشتمل على اغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك الا بين الاكفاء والكفو لا يتفق في كل وقت فكانت الحاجة ماسة الى اثبات الولاية للولي في صغرها لانه لو انتظر بلوغها يفوت ذلك الكفو ولا يوجد مثله ولما كان هذا العقد يعقد للعمر وباعتبار العمر تتحقق الحاجة

تحقق الحاجة الى ما هو من مقاصد هذا العقد فيجعل تلك الحاجة كالمتحققة في الحال لاثبات الولاية للولي ثم في الحديث بيان ان الاب
اذا زوج ابنته لا يثبت لها الخيار اذا بلغت فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخيرها ولو كان الخيار ثابتا لها لخيرها
كما خيرها عند نزول اية التخيير حتى قال لها اني اعرض عليك امرا فلا تحدثي فيه شيئا حتى تستشيري ابويك ثم تلا عليها
قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا فقالت افي هذا استشير ابوي انا اختار الله تعالى ورسوله
ولما لم يخيرها هنا دل انه لا خيار للصغيرة اذا بلغت وزوجها ابوها وذكر ذلك في الكتاب عن ابراهيم وشريح رحمهما الله
وابن سماعة رح ذكر فيه قياسا واستحسانا فقال في القياس يثبت لها الخيار لانه عقد عليها عقدا يلزمها تسليم النفس
بحكم ذلك العقد بعد زوال الولاية الاب فيثبت لها الخيار كما اذا اخرها . ولكنا تركنا القياس للحديث ولان الاب وافر الشفقة
ينظر لها فوق ما ينظر لنفسه ومع وفور الشفقة هو تام الولاية فان ولايته تعم المال والنفس جميعا فلهذا لا يثبت لها الخيار
في عقده وليس النكاح كالاجارة لان اجارة النفس ليس من المصالح وضعا بل هو كد وتعب وانما تثبت الولاية عليه على الصغير
لحاجته الى التاديب وتعلم الاعمال وذلك يزول بالبلوغ فلهذا اثبتنا لها الخيار . قال وفي الحديث فضيلة عائشة رض
فانها كانت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت تسع سنين في بدو امرها وقد حرزت من الفضائل ما قال عم ياخذوا
ثلثي دينكم من عائشة رض وفيه دليل ان الصغيرة يجوز ان تزف الى زوجها اذا كانت صالحة للرجال فانها زفت اليه وهي ابنة
تسع سنين وكانت صغيرة في الظاهر وجا في الحديث انهم سمنوها فلما سمنت زفت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
وبلغنا عن ابراهيم رح انه كان يقول اذا زوج المولد الصغير او الصغيرة فذلك جائز عليهما وكذلك سائر الاولياء وبه اخذ
علماؤنا رح فقالوا يجوز لغير الاب والجد تزويج الصغير والصغيرة فمالك رح يقول القياس ان لا يجوز تزويجهما الا انا تركنا
القياس في حق الاب للاثار المروية فبقي ما سواه على اصل القياس والشافعي يستدل بقوله عم لا تنكح اليتيمة حتى تستامر
واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها قال عم لا يتم بعد الحلم فقد نفى في هذا الحديث نكاح اليتيمة حتى تستامر وفي الحديث
ان قدامة بن مظعون زوج ابنة اخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رض فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح
حتى تستامر وهو المعنى في المسئلة فنقول هذه يتيمة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالبالغة وتاثير هذا الوصف
ان تزوج اليتيمة قاصر الشفقة عليها ولقصور الشفقة لا تثبت ولايته في المال وحاجتها الى التصرف في المال
في الصغر اكثر من حاجتها الى التصرف في النفس فاذا لم يثبت للولي ولاية التصرف فيما لها مع الحاجة الى ذلك فلان لا
ولاية التصرف فيما لها مع الحاجة الى ذلك فلان لا يثبت له ولاية التصرف في نفسها كان اولى . وحجتنا قوله تعالى
وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى الاية معناه في نكاح اليتامى وانما يتحقق هذا الكلام اذا كان يجوز نكاح اليتيمة وقد نقل
عن عائشة رض في تاويل الاية انها نزلت في يتيمة كانت في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن
حتى يبلغوا بهن اعلى سنتهن في الصداق وقالت في تاويل قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن انها نزلت في يتيمة
تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الاية وامرنا بتزويج اليتامى او بتزويجهن
او بتزويجهن من غيرهم فدل ذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنة عمه حمزة رض من عمر
ابن سلمة رض وهي صغيرة والاثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رض والمعنى فيه انه
بعد البلوغ فيكون وليا لها في حالة الصغر كالاب والجد وهذا لان تاثير البلوغ في زوال الولاية فاذا جعل هذا وليا بعد بلوغها
بهذا السبب عرفنا انه وليها في حالة الصغر وبه فارق المال لانه لا يستفيد الولاية بهذا السبب في المال بحال
لكن المعنى فيه ان المال تجري فيه الخيانات الخفية وهذا الولي قاصر الشفقة فربما يحمله ذلك على ترك النظر لها فاما الجناية
في النفس من حيث التقصير في المهر والكفاءة وذلك ظاهر يوقف عليه ان فعله يرد عليه تصرفه ولانه لا حاجة الى اثبات الولاية
لهؤلاء في المال لان الوصي يتصرف في المال لان الاب متمكن من نصب الوصي فباعتباره تنعدم حاجتها فاما التصرف في النفس لا يحتمل
الايصاء الى الغير فلهذا يثبت للاولياء بطريق القيام مقام الاباء والمراد بالحديث اليتيمة البالغة . قال الله تعالى
واتوا اليتامى اموالهم والمراد البالغين والدليل عليه انه مده الى غاية الاستئمار وانما تستامر البالغة دون الصغيرة
وتاويل حديث قدامة انها بلغت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختارت نفسها . الا ترى انه روي عن ابن عمر رض
انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها فاذا ثبت جواز تزويج الاولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار اذا ادركا

في قول ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول ابن عمر رض وابي هريرة وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله ثم رجع وقال لا خيار لهما وهو قول
ابن الزبير قال لان عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الاب والجد وهذا لان القرابة سبب كامل
لاستحقاق الولاية والتقرب بالتصرف بنظر للمولى عليه لا لنفسه وهو قائم مقام الاب في التصرف بالنفس كالوصي في التصرف
في المال فكما ان عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الاب فيما قام فعله مقامه فكذلك عقد الولي . وجه قولهما انه زوجها من هو قاصر
الشفقة عليها فاذا ملكت امر نفسها كان لها الخيار كالامة اذا زوجها مولاها ثم اعتقها وهذا لان اصل الشفقة موجود
للولي ولكنه ناقص يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الاباء وقد ظهر تاثير هذا النقصان حكما حتى امتنع ثبوت الولاية في المال
فكما ان عقد الوصي يلزم باعتبار وجود اصل الشفقة تعديا الى العقد لاعتبار نقصان الشفقة اثبتنا الخيار لان ثبوت الولاية
لكي لا يفوتها الكفو الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها وانما يتم النظر باثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الاب
فانه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة الى اثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لانه بمنزلة الاب حتى تثبت ولايته
في المال والنفس واما القاضي اذا كان هو الذي زوج اليتيمة ففي ظاهر الرواية يثبت لها الخيار لانه [illegible] الخيار
في نكاح غير الاب والجد اذا ادركا . وجه ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متاخرة عن ولاية العم والاخ فاذا ثبت
الخيار في تزويج الاخ ففي تزويج القاضي اولى وهذا لان شفقة القاضي انما تكون بحق الدين والشفقة بحق الدين لا تكون
الا من المتقين بعد التكلف فيحتاج الى اثبات الخيار لهما فاما الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه روايتان في احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب واكثر وفي الاصح
انه يثبت الخيار لانها قصور الراي مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت ولايتها في المال وتمام النظر بوفور الراي والشفقة
فتمكن النقصان في رايها اثبتنا لهما الخيار اذا ادركا فان خيار الفرقة عند الادراك لم تقع الفرقة الا بحكم الحاكم لان
السبب مختلف فيه بين العلماء من راى ومنهم من ابى وهو متيقن به ايضا فان السبب قصور الشفقة ولا يوقف على حقيقته
فكان ضعيفا في نفسه فلهذا توقف على قضاء القاضي وهذا بخلاف خيار الطلاق فان المخيرة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة
من غير قضاء القاضي وهذا بخلاف خيار الطلاق فان المخيرة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضي لان السبب
هنا لا قوي وهو زيادة ملك الزوج عليها فانه قبل العتق كان يملك مراجعتها في قرئين ويملك عليها طلقتين وعدتها حيضتان
وقد ازداد ذلك بالعتق وكان لها ان تدفع الزيادة ولا تتوصل الى دفع الزيادة الا بدفع اصل الملك فكان لها ان تدفع اصل الملك
عند انعدام رضاها بتمليكها فكذلك دفع زيادة الملك فاما هنا بالبلوغ لا يزداد الملك وانما ثبوت الخيار لتوهم ترك النظر
من الولي وذلك غير متيقن به فلهذا لا يتم الفرقة الا بالقضاء فالحاصل ان الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق في اربعة فصول
احدها ما بينا والثاني خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد الى اخر المجلس كخيار المخيرة وخيار البلوغ في جانبها يبطل
بالسكوت لان المعتقة انما يثبت لها الخيار بتخيير الشرع قال عم ملكت بضعك فاختاري فيكون بمنزلة الثابت بتخيير الزوج
فاما هنا الخيار يثبت للبكر لانعدام تمام الرضا منها ورضى البكر يثبت بسكوتها شرعا . الا ترى انها لو زوجت
بعد البلوغ فسكتت كان سكوتها رضى فكذلك اذا زوجت قبل البلوغ ولهذا قلنا لو بلغت ثيبا لا يبطل خيارها بالسكوت
كما لو زوجت بعد البلوغ وكذلك الغلام لا يبطل خياره بالسكوت لان السكوت في حقه لم يجعل رضا كما لو زوج بعد البلوغ
والثالث ان خيار العتق يثبت للامة دون الغلام وخيار البلوغ يثبت لهما جميعا لان ثبوت خيار العتق باعتبار زيادة الملك
وذلك في عتق الامة دون الغلام وثبوت خيار البلوغ لنقصان شفقة الولي وذلك موجود في حق الغلام والجارية ولان
في تزويج الغلام المولى ينظر له لا لنفسه وفي تزويج الامة ينظر لنفسه باكتساب المهر واسقاط النفقة عن نفسه فلهذا
اختلفا في حكم الخيار وهنا لا يختلف معنى النظر للولي بالغلام والجارية فلهذا يثبت الخيار في الموضعين ولا يقال ان الغلام يتمكن
يتمكن من التخلص بالطلاق ووجوب المهر يومئذ كان في مالية المولى وباعتبار نيل المولى خيارا على النكاح فلهذا فرقنا بينهما والرابع
ان المعتقة اذا علمت بالعتق ولم تعلم ان لها الخيار لا يسقط خيارها حتى تعلم به والتي بلغت اذا لم تعلم بالخيار وعلمت بالنكاح
فسكتت سقط خيارها لان سبب الخيار في العتق وهو زيادة الملك لا يعلمه الا الخواص من الناس فتعذر بالجهل وقد كانت ايضا
مشغولة بخدمة المولى فعذرناها لذلك اما خيار البلوغ فظاهر يعرفه كل احد ولظهوره ظن بعض الناس انه يثبت في نكاح الاب
فلهذا لا تعذر بالجهل . قال وان اختار الصغير او الصغيرة الفرقة بعد البلوغ لم يفرق القاضي بينهما حتى مات احدهما توارثا

لان اصل النكاح كان صحيحا والتوقف لانقطاع الملك بقضاء القاضي فاذا مات احدهما قبل القضاء كان انتهاء النكاح بينهما بالموت فيتوارثان بمنزلة ما لو وجد الاعتراض لعدم الكفاءة فمات احدهما قبل قضاء القاضي وباعتبار هذا المعنى يقول يحل للزوج ان يطأها ما لم يفرق القاضي بينهما لان اصل النكاح كان صحيحا بخلاف النكاح الفاسد فان اصل الملك لم يكن ثابتا فلا يثبت حل الوطء والتوارث قال فاذا ما تزوج الصغيرة منها بعدما دخل بها او طلقها وانقضت عدتها كان لابيها ان يزوجها عندنا • وقال الشافعي ليس للاب ان يزوج البنت الصغيرة حتى تبلغ فيستأذنها لقوله عليه السلام والبنت تستأمر وهذا علق هذا الحكم باسم مشتق من معنى وهي الثيوبة فيكون ذلك المعنى هو المعتبر في اثبات هذا الحكم كالزنا والسرقة لايجاب الحد • وقد قال عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والمراد بالايم الثيب • الا ترى انه قابلها بالبكر فقال والبكر تستأمر في نفسها والمعنى فيه انها ثيب ترجى مشورتها الى وقت معلوم فلا يزوجها وليها بدون رضاها كالنائمة والمغمى عليها وتأثير هذا الوصف ان في الثيوبة معنى الاختبار وممارسة الرجال وفي النكاح في جانبها شيئان متضادان معنى الضرر باثبات الملك عليها ومعنى المنفعة بقضاء شهوتها فمن يرجح معنى قضاء الشهوة في جانبها يختار الزوج ومن يرجح معنى ضرر الملك يختار التأيم وانما يتمكن من التمييز بالتجربة لان لذة الجماع بالوصف لا يصير معلوما والتجربة انما تحصل بالثيوبة فكان صفة الثيوبة في حقها نظير البلوغ في حق الغلام وفي حق التصرف في المال ولهذا تزول ولاية الاجبار عليها بالثيوبة لان فيه تفويت ما يحدث لها في الثاني من الرأي وهذا بخلاف المجنونة لان الجنون لا يفقد شهوة الجماع ولو لم يزوجها وليها كان فيه اضرار بحالها والصغيرة تفقد شهوة الجماع فلا يكون في تأخير العقد الى ان تبلغ معنى الاضرار بها ولانه ليس لزوال الجنون غاية معلومة ولا يتأدى بتفويت الاولى في تأخير العقد لا الى وقت معلوم ابطال حقها • وحجتنا في ذلك انه ولي من لا يلي نفسه ومالها فيستبد بالعقد عليها كالبكر وتأثيره ان الشرع باعتبار صغرها اقام رأي الولي مقام رأيها كما في حق الغلام وكما في حق المال وبالثيوبة لا يزول الصغر وكذلك معنى الرأي لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر لانها ما قضت شهوتها بهذا الفعل ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف في ملكها بنفسها فيقوم تصرف الولي مقام تصرفها والمراد بالحديث البالغة لانه علق بها ما لا يتحقق الا بعد البلوغ وهي المشاورة وكونها احق وذلك انما يتحقق في البالغة دون الصغيرة ولئن ثبت ان الصغيرة مرادة فالمراد المشورة على سبيل الندب هذا مثله وكما يجوز للاب عندنا تزويج البنت الصغيرة فكذلك يجوز لغير الاب والجد وعند الشافعي لا يجوز لمعنيين احدهما انها ثيب والثاني انها صغيرة قال واذا اجتمع في الصغيرة اخوان لاب وام فايهما زوجها جاز عندنا ومن العلماء من يقول لا يجوز ما لم يجتمعا لانهما قاما مقام الاب فيشترط اجتماعهما لنفوذ العقد كالمولين في حق العبد او الامة او المعتقة • ولكنا نقول عليه السلام اذا انكح الوليان فالاول احق وهذا تنصيص ان كل واحد منهما ينفرد بالعقد والمعنى فيه ان سبب الولاية هو القرابة وهو غير محتمل للوصف بالتجزي والحكم الثابت به غير متجزئ وهو النكاح فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به لثبوت صفة الكمال في كل واحد منهما بكمال السبب وكونه غير محتمل للتجزي كما في ولاية الامان يثبت لكل واحد من المسلمين بهذا الطريق بخلاف المولين فان هناك السبب هو الملك والولاء وذلك يتجزى في نفسه فلم يكن كاملا في حق كل واحد منهما • الا ترى ان احد المولين لا يرث جميع المال بالولاء وان تفرد به واحد الاخوين يرث جميع المال فظهر الفرق بينهما وان كان احدهما اخا لاب وام والاخر لاب فعندنا الاخ لاب وام اولى بالتزويج وعلى قول زفر يستويان في ولاية التزويج لان قرابة الاب دون قرابة الام فان المولى انما يقوم مقام الاب لقرابته منه وقد استويا في قرابة الاب ولكنا نستدل بحديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال النكاح الى العصبات والاخ لاب وام في العصوبة مقدم وهو المعنى فانه يدلي بقرابتين فيترجح على من يدلي بقرابة واحدة ويثبت الترجيح بقرابة الام وان كان لا يثبت بها اصل الولاية كالعصوبة والاصل في ترتيب الاولياء قوله عليه السلام النكاح الى العصبات والمولى عليها لا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة معتوهة فان كانت صغيرة فالاولى الاولياء عليها ابوها ثم الجد اب الاب قائم مقام الاب في ظاهر الرواية وذكر الكرخي ان هذا قول ابي حنيفة رح فاما عند ابي يوسف ومحمد رح الاخ والجد يستويان لان من اصلهما ان الاخ يزاحم الجد في العصوبة حتى يشتركان في الميراث فكذلك في الولاية والاصح ان هذا قولهم جميعا لان في الولاية معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد فوق شفقة الاخ ولهذا لا يثبت لها الخيار في عقد الجد كما لا يثبت في عقد الاب بخلاف الاخ ويثبت للجد الولاية في المال والنفس جميعا ولا يثبت للاخ وكذلك في حكم الميراث حال الجد اعلى حتى لا ينتقص نصيبه عن السدس بحال فلهذا كان في حكم الولاية بمنزلة الاب لا يزاحمه الاخوة ثم بعد الاجداد من قبل الاب وان علوا الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وام

ثم ابن العم لاب على قياس ترتيب العصوبة واما المجنونة اذا كان لها ابن فللابن عليها ولاية التزويج عندنا • وقال الشافعي ليس للابن ولاية التزويج للام الا ان يكون من عشيرتها كان يكون ابوه تزوج ابنة عمه وهذا بناء على اصل له في بيانه من بعد ان المرأة لا ولاية لها على نفسها عنده والولد جزء منها فلا تثبت له الولاية عليها وعندنا تثبت لها الولاية على نفسها فكذلك يثبت لابنها • وحجته في ذلك ان ثبوت الولاية بمعنى النظر للمولى عليه ولا يحصل ذلك باثبات الولاية للابن لانه يمتنع من تزويج امه طبعا فلا ينظر لها في التزويج ولئن فعل ذلك يميل الى قوم ابيه وربما لا يكون كفوا لها الا ان يكون من عشيرتها فحينئذ ينعدم هذا الضرر فاثبتنا له الولاية • وحجتنا الحديث النكاح الى العصبات والابن يستحق العصوبة وهو المعنى الفقهي ان الوراثة نوع ولاية لان الوارث خلف المورث ملكا وتصرفا والوراثة هي الخلافة في التصرفات وللوراثة اسباب الفرضية والعصوبة والقرابة ولكن اقوى الاسباب العصوبة لان الارث بها متفق عليه ويستحق بها جميع المال فلهذا رتبنا الولاية على اقوى اسباب الارث وهو العصوبة ولا ينظر الى امتناعه من تزويجها طبعا فان ذلك موجود فيما اذا كان الابن من عشيرتها وهذا لانه اذا خطبها كفو فلم يزوجها الابن حكم القاضي عليه بالعضل فزوجها بنفسه كما في سائر الاولياء ثم اختلف اصحابنا رح في الاب مع الابن ايهما احق بالتزويج فقال ابو حنيفة وابو يوسف الابن احق لانه مقدم في العصوبة • الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط • وقال محمد الاب اولى لان ولاية الاب تعم المال والنفس ولا يثبت للابن الولاية في المال ولان الاب ينظر لها عادة والابن ينظر لنفسه لا لها فكان الاب مقدما في الولاية وبعد هذا الترتيب في الاولياء كالترتيب في اولياء الصغيرة قال فان زوجها الابعد والاقرب حاضر توقف على اجازة الاقرب لان الابعد كالاجنبي عند حضرة الاقرب فيتوقف عقده على اجازة هذا الولي فان كان الاقرب غائبا غيبة منقطعة فللابعد ان يزوجها عندنا • وقال الشافعي يزوجها السلطان وقال زفر لا يزوجها احد حتى يحضر الاقرب • وحجتهم في ذلك ان الابعد محجوب بولاية الاقرب وولايته باقية بعد الغيبة اذ لا تأثير للغيبة في قطع الولاية • الا ترى انه لا ينقطع التوارث فان الولاية من حق المولى لطلب الكفاءة فلا يبطل شيء من حقوقه بالغيبة والدليل عليه انه لو زوجها حيث هو جاز النكاح فدل ان ولاية الاقرب باقية اذا ثبت هذا فالشافعي يقول تعذر عليها الوصول الى حقها من جهة الاقرب مع بقاء ولايته فيزوجها السلطان كما لو عضلها الاقرب بخلاف ما اذا كان الاقرب صغيرا او مجنونا لانه لا ولاية له عليها والابعد محجوب بولاية الاقرب وكذلك السلطان لا يزوجها لان ولاية السلطان متأخرة عن ولاية الابعد فاذا لم تثبت الولاية للابعد ههنا فالسلطان اولى بخلاف ما اذا عضلها لان هناك هو ظالم في الامتناع من ايفاء حق مستحق عليه فيقوم السلطان مقامه في دفع الظلم لانه نصب لذلك وهنا الاقرب غير ظالم في سفره اذا سافر للحج وهو غير ممتنع من ايفاء حق مستحق عليه ليقوم السلطان مقامه في الايفاء فينتظر الى حضوره • وحجتنا في ذلك ان ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه حتى لا يثبت الا على من هو عاجز عن النظر لنفسه وجعل الاقرب مقدما لان نظره لها اكثر لزيادة القرب ثم النظر لها لا يحصل بمجرد رأي الاقرب بل برأي حاضر منتفع به وقد خرج رأيه من ان يكون منتفعا به في هذه الحالة بعذر الغيبة فالتحق بمن لا رأي له اصلا كالصغير والمجنون ورأي الابعد خلف عن رأي الاقرب وفي ثبوت الحكم للخلف لا فرق بين انعدام الاصل وبين كونه غير منتفع به • الا ترى ان التراب لما كان خلفا عن الماء في حكم الطهارة فهو كالمعدوم اصلا ونظيره الحضانة والتربية يتقدم فيها الاقرب فان تزوجت الاقرب حتى اشتغلت بزوجها كانت الولاية للابعد وكذلك النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك بتعذر ماله وجبت النفقة في مال الابعد فاما اذا زوجها الاقرب حيث هو فانما يجوز لانها انتفعت برأيه ولكن هذه المنفعة حصلت لها اتفاقا فلا يجوز بناء الحكم عليه فلهذا تثبت الولاية للابعد • يوضحه ان للابعد قرب التدبير وبعد القرابة وللاقرب قرب القرابة وبعد التدبير وثبوت الولاية بهما جميعا فاستويا من هذا الوجه فكانا بمنزلة وليين في درجة واحدة فايهما زوجها جاز والولاية انما تثبت للقاضي عند الحاجة ولا حاجة الى ذلك لما تثبت الولاية للابعد بالطريق الذي قلنا ثم تكلموا في حد الغيبة المنقطعة فكان ابو عصمة سعد بن معاذ رح يقول ادنى مدة السفر وكذلك وهو ثلاثة ايام ولياليها لانه ليس لاقصى مدة السفر نهاية فيعتبر الادنى واليه تشير في الكتاب فيقول لو ان بيتا لو كان في السواد ونحوه ما كان يستطيع رأيه فهذا دليل على انه اذا جاوز السواد تثبت الولاية للابعد • وعن ابي يوسف روايتان في الحد في احدى الروايتين قال من جابلقا الى جابلسا وفرقنا ان احدهما بالمشرق والاخرى بالمغرب فقالوا هذا رجوع منه الى قول زفر ان الولاية للابعد لا تثبت وانما ذكر هذا على طريق المثل وفي الرواية الاخرى قال من بغداد الى الري وهكذا روي عن محمد رح

وفي رواية قال من الري الى الكوفة ومن مساحها من يقول حد الغيبة المنقطعة ان تكون بحولا من موضع الى موضع
فلا يوصل على امره او يكون مفقودا لا يعرف حيوته وقيل ان كان في موضع يقطع الكرا الى ذلك الموضع بدفعة فليست
الغيبة المنقطعة وان كان انما يقطع الكرا الى ذلك الموضع بدفعتين او اكثر فالغيبة المنقطعة وقيل ان كانت القوافل
سفر في كل عام الى ذلك الموضع فالغيبة ليست منقطعة وان كانت لا سفر فالغيبة منقطعة والاصح انه اذا كان في موضع
لو انتظر حضوره او استطلاع رايه فات الكفو الذي حضر فالغيبة منقطعة وان كان لا يفوت فالغيبة ليست منقطعة
وبعدما تثبت الولاية للابعد اذا زوجها ثم حضر الاقرب فليس له ان يرد نكاحها لان العقد عقد بولاية تامة فلا يجوز
لغير الولي تزويج الصغير والصغيرة لقوله عم لا نكاح الا بولي . قال والوصي ليس بولي عندنا في التزويج . وقال ابن ابي ليلى
للوصي ولاية التزويج لان وصي الاب قايم مقام الاب فيما يرجع الى النظر للمولى عليه الا ترى انه في التصرف في المال
يقوم مقامه فكذلك في التصرف في النفس ومالك رحمه الله يقول ان نص الاب للوصايا على التزويج فله ان يزوجها كما لو وكل بذلك
في حياته وان لم ينص على ذلك فليس له ان يزوج . ولكنا نستدل بما روينا النكاح الى العصبات والوصي ليس بعصبة
اذا لم يكن من قرابته فهو كسائر الاجانب في التزويج فان كان الوصي من القرابة بان كان عما او غيره فله ولاية التزويج بالقرابة
لا بالوصاية ولهذا يثبت لهما الخيار اذا ادركا وان يحصل التزويج بمنزلة ولاية التصرف في النفس والمال جميعا لان ولاية
في المال بسبب الوصاية ولا تاثير للوصاية في ولاية التزويج فكان وجوده كعدمه وكذلك ان كان في حجر رجل يعولهما
فحاله كحال الرجل وحال الوصي فلا يثبت له ولاية التزويج ولان من يعول الصغير انما يملك عليه ما يتمحض منفعة للصغير
كالحفظ وقبول الهبة والصدقة والنكاح ليس بهذه الصفة قال ومولى العتاقة تثبت له الولاية اذا لم يكن هناك احد من القرابات
لان العصوبة تستحق بولاء العتاقة وعليه يبتنى ولاية التزويج قال والرجل من عرض النسب اذا لم يكن اقرب منه بمنزلة الاب
فاما ذووا الارحام كالاخوال والخالات والعمات فعلى قول ابي حنيفة تثبت لهم ولاية التزويج عند عدم العصبات استحسانا
وعلى قول محمد لا يثبت وهو القياس وهكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه وذكر في كتاب النكاح
قوله مع قول ابي حنيفة وفي كتاب الولاء ذكر في الام قوله مع قول محمد ان الام اذا اعتقت الولاء على ولدها لم يصح عندهما
والخلاف في التزويج وعقد الولاء سواء وكذلك في الام وعشيرتها من ذوي الارحام . وجه قولهما الحديث النكاح الى العصبات
وادخال الالف واللام دليل على ان جميع الولاية في باب النكاح انما يثبت لمن هو عصبة دون من ليس بعصبة والدليل عليه
انه لا يساعد العصبات ولاية التصرف في المال بحال وان مولى العتاقة مقدم عليهم فلو كان لقرابتهم تاثير في استحقاق
الولاية بها لكانوا مقدمين على مولى العتاقة . وحجة ابي حنيفة حديث ابن مسعود رضي الله عنه اجازة تزويج امراته ابنتها على ما روينا
فان الاصح ان ابنتها لم تكن من عبد الله وانما جوزنا نكاحها بولاية الامومة والمعنى فيه وهو ان استحقاق الولاية باعتبار
الشفقة الموجودة بالقرابة وهذه الشفقة توجد في الام كما توجد في قرابة الاب فيثبت لهم ولاية التزويج ايضا الا ان
قرابة الاب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفي ثبوته لهم عند عدم العصبات كالاستحقاق في الميراث يكون
بسبب القرابة ويقدم ذلك في العصبات ثم تثبت بعد العصبات لذوي الارحام فان الارث نصا يقدم مولى العتاقة
ولا يدل ذلك على انه لا يثبت لذوي الارحام اصلا فكذا هنا وعلى هذا الخلاف مولى الموالاة له ولاية التزويج على الصغير
والصغيرة اذا لم يكن لها قريب عند ابي حنيفة وليس له ذلك عند محمد رح لانه موخر عن ذوي الارحام قال ولا ولاية
للاب الكافر والمملوك على الصغير والصغيرة اذا كان حرا مسلما لان اختلاف الدين يقطع التوارث فكذلك يقطع
ولاية التزويج . قال الله تعالى والذين امنوا ولم يهاجروا الاية نص على قطع الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر
حين كانت الهجرة فريضة فكان ذلك تنصيصا على انقطاع الولاية بين الكفار والمسلمين بطريق الاولى وكذلك الرق ينفي
الولاية حتى يقطع التوارث ولانه ينفي ولايته عن نفسه فلان ينفي ولايته عن غيره اولى . واما الكافر فيثبت له ولاية التزويج
على ولده كما يثبت للمسلم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض . والدليل عليه جريان التوارث كما يجري
فيما بين المسلمين . قال ولانكحة الكفار فيما بينهم حكم الصحة الا على قول مالك رح فانه يقول انكحتهم باطلة لان الجواز نعمة
وكرامة ثابتة شرعا والكافر لا يجعل اهلا لمثله ولكنا نستدل بقوله عم وامراته حمالة الحطب فلو لم يكن انكحتهم نكاحا
لما سماها امراته . وقال عم ولدت من نكاح ولم اولد من سفاح وهذه نعمة كما قال ولكن لا اهلية لهذه النعمة

باعتبار

صفة الادمية وبالكفر لم يخرج من ان يكون من بني ادم فلا يخرج من ان يكون اهلا لهذه النعمة قال ولو زوج الاب ابنته
الصغيرة لا كفو لها او زوج ابنه الصغير امراة ليست بكفو له جاز في قول ابي حنيفة استحسانا ولم يجز عندهما وهو القياس
وكذلك لو زوج ابنته باقل من صداق مثلها او ابنه باكثر من صداق مثلها بقدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز عندهما هكذا ذكر
في الكتاب ولم يبين ماذا لا يجوز حتى ظن بعض اصحابنا ان الزيادة والنقصان لا يجوز فاما اصل النكاح صحيح لان المانع هنا
من قبل المسمى وفساد التسمية لا يمنع صحة النكاح كما لو ترك التسمية اصلا او زوجها بخمر او خنزير ولكن الاصح ان النكاح
لا يجوز هكذا فسره في الجامع الصغير . وجه قولهما ان ولاية الاب مقيدة بشرط النظر ومعنى الضرر في هذا العقد ظاهر
فلا يملكها الاب على ابنه كما لا يملك البيع والشرا في ماله بالغبن الفاحش والدليل عليه انه لو زوج امته بمثل هذا الصداق
لا يجوز فاذا زوجها اولى ولان ولايته عليها دون ولاية المراة على نفسها ولو زوجت هي نفسها من غير كفو او بدون صداق مثلها يثبت
حق الاعتراض للاوليا فهذا اولى ولكن ابو حنيفة رح يقول القياس ما روي ان النبي عم تزوج عايشة رض على صداق خمسماية درهم
زوجها منه ابو بكر رض وزوج فاطمة رض من علي رض على صداق اربعماية درهم ومعلوم ان ذلك لم يكن صداق مثلهما لانه لو كان
صداق مثلهما لانه لو كان صداق مثلهما هذا المقدار مع انهما مجمع الفضايل فلا صداق في الدنيا يزيد على هذا المقدار والمعنى فيه
ان النكاح يشتمل على مصالح واغراض ومقاصد جمة والاب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه فالظاهر انه
انما نقص في الكفاءة والصداق لتوفر ساير المقاصد عليها وذلك انفع لها من الصداق والكفاءة فكان تصرفه واقعا بصفة النظر
فهو كالوصي اذا صالح في مال اليتيم جاز لان المقصود هنا ليس سوى المالية فاذا قصر في المالية فليس بازا هذا النقصان
ما يجبره وهذا بخلاف ما اذا زوج امتهما لان ساير المقاصد للنكاح لا يحصل للصغير والصغيرة هنا انما يحصل للامة
ففي حق الصغيرة قد انعدم ما يكون جبرا للنقصان وبخلاف العم والاخ لانه ليس لهما شفقة وافرة فيحمل تقصيرهما
في الكفاءة والمهر على ترك النظر والميل الى الرشوة لا لتحصيل ساير المقاصد وبخلاف المراة في نكاح نفسها لانها
سريعة الانخداع ضعيفة الراي متابعة الشهوة عادة وانما يقصرها في الكفاءة والصداق لمتابعة الهوى لا لتحصيل
ساير المقاصد تحصل لها دون الاوليا وبسبب عدم الكفاءة والنقصان في الصداق تعيير الاوليا وليس بازا هذا النقصان
ما يجبره وهذا بخلاف في جميع ما يكون جايزا فلهذا لا يثبت لهم حق الاعتراض قال واذا اقر المولى على الصغير او الصغيرة
بالنكاح لم يثبت النكاح باقراره ما لم يشهد به شاهدان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رح يثبت النكاح باقراره
وانما يتبين هذا الخلاف فيما اقر عليهما المولى ثم ادركا فكذباه فاقام المدعي عليهما بعد البلوغ شاهدين باقرار الولي بالنكاح
في الصغر وعلى هذا الخلاف الوكيل من جهة الرجل والمراة اذا اقر على موكله بالنكاح وكذلك المولى اذا اقر على عبده بالنكاح
فهو على هذا الخلاف ايضا اما اذا اقر على امته بالنكاح صح اقراره بالاتفاق فهما يقولان انه يملك انشاه فيصح كالمولى
اذا اقر على امته وهذا لان الاقرار خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب فاذا حصل ممن لا يملك الانشاء يتمكن التهمة في اخراج
الكلام مخرج الاخبار واذا حصل ممن يملك انشاه لا يكون متهما في اخراج الكلام مخرج الاخبار لتمكنه من تحصيل
المقصود بطريق الانشا . الا ترى ان المطلق اذا قال قبل انقضا العدة كنت راجعتها كان مصدقا بخلاف ما اذا اقر بذلك
بعد انقضا العدة وابو حنيفة يقول هذا الاقرار على الغير والاقرار على الغير لا يكون حجة لانه شهادة وشهادة الفرد لا يثبت الحكم
بقي كونه مالكا للانشا فنقول هو لا يملك انشا هذا العقد الا بشاهدين كما قال عم لا نكاح الا بشهود فلا يملك اقراره
الا من الوجه الذي يملك الانشا وهو المحلول اذا ساعده شاهدان على ذلك كان صحيحا اعتبارا للاقرار بالانشا وهذا
بخلاف الامة فان المولى هناك يقر على نفسه لان بضعها مملوك للمولى واقرار الانسان على نفسه صحيح مطلقا من غير ان يكون ذلك
معتبرا بالانشا فاما في حق العبد الاقرار عليه لا على نفسه فلا يملكه الا من الوجه الذي يملك الانشا واصل كلامهم يشكل باقرار
الوصي بالاستدانة على اليتيم فانه لا يكون صحيحا وان كان هو يملك انشا الاستدانة . قال واذا كان للصغيرة وليان فزوجها
كل واحد منهما رجلا فان علم ايهما اول جاز نكاح الاول منهما لقوله عم اذا انكح الوليان فالاول احق وهذا لان الاول
صادف عقده محله وعقد الثاني لم يصادف محله لانها بالعقد الاول صارت مشغولة وان لم يعلم ايهما اول او وقع العقدان معا
بطلا جميعا لانه لا وجه لتصحيحهما وليس احدهما باولى من الاخر فتعين جهة البطلان فيهما . قال واذا تزوج الصغير امراة
واجاز ذلك وليه جاز عندنا لان الصبي العاقل من اهل العبارة عندنا ولكن يحتاج الى انضمام راي الولي الى مباشرته

ليحصل تمام النظر فاذا اجاز الولي جاز وكان ذلك كمباشرة الولي بنفسه حتى يثبت له الخيار اذا بلغ وعلى قول الشافعي لا ينفذ باجازة الولي لان من اصله ان عبارة الصبي غير معتبرة في العقود وكذلك من اصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وعلى هذا لو زوجت الصغيرة نفسها فاجاز الولي فذلك جائز عندنا ولم يجز عند الشافعي لهذين المعنيين ومعنى ثالث ان عبارة النساء عنده لا تصلح لعقد النكاح وان كان المجيز غير الاب والجد بمعنى رابع على قوله ايضا وهو ان المجيز لا يملك مباشرة التزويج وان ابطل الولي عقدهما وانهما لم يتعرض له بالاجازة ولا بالابطال حتى بلغا فالرأي اليهما ان اجازاه لان العقد جاز كما لو اجازه الولي في صغرهما ولا ينفذ بمجرد بلوغهما الا ان يجيزا لان النظر عند مباشرتهما تم لصغرهما ونفوذ العقد عند تمام النظر فلهذا يعتمد اجازتهما بعد البلوغ

قال واذا زوج الاب ابنته الصغيرة وضمن لها المهر عن زوجها فهو جائز لانه صير نفسه زعيما والزعيم غارم بخلاف ما اذا باع مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح الضمان لان ثبوت حق قبض الثمن للاب هناك بحكم العقد لا بولايته عليه الا ترى انه بعد بلوغه الاب هو الذي يقبض الثمن دون الصبي وفيما يكون وجوبه بحكم عقده فهو كالمستحق لان حقوق ذلك العقد يتعلق بالعاقد ولهذا لو ابرأ المشتري عن الثمن كان صحيحا فاذا ضمن الثمن عن المشتري كان في معنى الضامن لنفسه فلا يصح فاما ثبوت حق قبض الصداق للاب بولاية الابوة لا بمباشرة عقد النكاح لان حقوق العقد في النكاح لا يتعلق بالعاقد الا ترى انها لو بلغت كان القبض لها دون الاب فكان الاب في هذا الضمان كسائر الاجانب ولو ضمن الصداق لها اجنبي آخر وقبل الاب ذلك كان الضمان صحيحا فكذلك اذا ضمنه الاب فان بلغت ان شاءت طالبت الزوج بالصداق بحكم النكاح وان شاءت طالبت الاب بحكم الضمان واذا اداه الاب لم يرجع على الزوج لانه ضمن بغير امره وان كان ضمن عن الزوج بامره فحينئذ يكون له ان يرجع عليه اذا ادى فان كان هذا الضمان في مرض الاب ومات منه فهو باطل لانه قصد ايصال النفع الى وارثه وتصرف المريض فيما يكون فيه ايصال النفع الى الوارث باطل ● قال واذا زوج ابنه الصغير في صحته وضمن عنه المهر جاز يعني اذا قبلت المرأة الضمان ثم اذا ادى الاب لم يرجع بما ادى على الابن استحسانا ● وفي القياس يرجع به عليه لانه لو ضمن بامر الابن وادى كان له ان يرجع به في مال الابن فكذلك الاب اذا ضمن لان قيام ولايته عليه في حالة الصغر بمنزلة امره اياه بالضمان عنه بعد البلوغ ● الا ترى ان الوصي لو كان هو الضامن بالمهر عن الصغير فادى من مال نفسه يثبت له الرجوع في ماله فكذلك الاب ● وجه الاستحسان ان العادة الظاهرة ان الآباء يتحملون هذا متبرعين ولا يطمعون في الرجوع والثابت بدلالة العرف كالثابت بالنص فلا يرجع به الا ان يكون شرط ذلك في اصل الضمان فحينئذ يرجع لان العرف انما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه كتقديم المائدة بين يدي الناس يكون اذنا لهم في التناول بطريق العرف فان قال لا آكل لم يكن ذلك اذنا فهذا مثله بخلاف الوصي فان عادة التبرع في مثل هذا غير موجودة في حق الاوصياء بل يكتفى من الوصي ان لا يطمع في مال اليتيم فلهذا يثبت له حق الرجوع اذا ضمن وادى من مال نفسه وان مات الاب قبل ان يؤدي فهي صلة لم تتم لان تمام الصلة يكون بالقبض ولم يوجد ولكنها بالخيار ان شاءت اخذت الصداق من الزوج وان شاءت من تركة الاب بحكم الضمان لان الاستحقاق كان ثابتا لها في حياة الاب بحكم الكفالة فلا يبطل ذلك بموته واذا استوفت من تركة الاب رجع سائر الورثة بذلك في نصيب الابن وعليه ان كان قبض نصيبه ● وقال زفر لا يرجعون لان اصل الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع ● ولكنا نقول انما لا يرجع في حياته اذا ادى لمعنى الصلة وقد بطل ذلك بموته قبل التسليم فكان هذا بمنزلة ما لو ضمن عنه بعد البلوغ بامره واستوفاه من تركته بعد وفاته وان كان هذا الضمان في مرض الاب الذي مات فيه فهو باطل لانه تبرع منه على ولده بالضمان الصداق فيه وتبرع الوالد على ولده في مرضه باطل وكذلك كل من ضمن عن وارثه ثم مات فضمانه باطل لما بينا ● قال والمجنون المغلوب بمنزلة الصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير ويستوي ان كان جنونه اصليا او طاريا وعلى قول زفر في الجنون الاصلي كذلك الجواب بان بلغ مجنونا فاما في الجنون الطارئ لا يكون للولي عليه ولاية التزويج لانه تثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه والنكاح يعقد للعمر ولا تتجدد الحاجة اليه في كل وقت فبصيرورته من اهل النظر لنفسه يقع الاستغناء فيه عن نظر الولي بخلاف المال فان الحاجة اليه تتجدد في كل وقت ● ولكنا نقول الولاية لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه والجنون الاصلي والعارض في هذا سواء فربما لم يتفق له في حال الافاقة حتى جن وما تندفع به الحاجة عنه بعد ما جن فتتحقق الحاجة في الجنون الطارئ كما يتحقق في الجنون الاصلي

باب نكاح البكر

قال واذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهي بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها وان ابت وردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله احتج بقوله عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفي ولاية الاستبداد بالولي بالتصرف دليل على انه يستبد بتزويج البكر ولان هذه بكر فيملك ابوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا ان بالبلوغ لا يحدث لها رأي في باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأي هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه ان للاب ان يقبض صداقها بغير امرها اذا كانت بكرا فاذا جعل في حق قبض الصداق كانها صغيرة حتى يستبد الاب بقبض صداقها فكذلك في تزويجها ● وحجتنا في ذلك حديث ابي هريرة وابي موسى الاشعري رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام رد نكاح بكر زوجها ابوها وهي كارهة وفي حديث آخر قال في البكر يزوجها وليها فان سكتت فقد رضيت وان ابت لم تكره ● وفي رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي زوجني من ابن اخيه وانا كارهة فقال عليه السلام اجيزي ما صنع ابوك فقالت ما لي رغبة فيما صنع ابي فقال عليه السلام اذهبي فلا نكاح لك انكحي من شئت فقالت اجزت ما صنع ابي ولكني اردت ان يعلم النساء ان ليس للآباء من امور بناتهن شيء ولم يستفسر رسول الله عليه السلام انها بكر او ثيب فدل ان الحكم لا يختلف وفي الحديث المعروف البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها فدل ان اصل الرضى معتبر منها والشافعي لا يعمل بهذا الحديث اصلا فانه يقول في حق الاب والجد لا يشترط رضاها وفي تزويج غير الاب لا يكتفى بسكوتها وما تعلق به في حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكنى يعني ان للولي ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ان تنفرد بالسكنى لانها امنت من ذلك والمعنى فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران في نفي ولاية استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عنه كما في حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره في عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان ولهذا لا يثبت ولاية الافتيات عليه كما في المال فان الظاهر ان من يبلغ لا يكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لا يوقف على حقيقته ويختلف فيه احوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيرا للامر على الناس وسقط اعتبار الجهل الذي يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة ● الا ترى ان البكر التي لا اب لها غير مهتدية كالتي لها اب ثم اعتبر رضاها في تزويجها بالاتفاق وكذا اقرارها بالنكاح يصح فلو كان صفة البكارة في حقها كصفة الصغر لم يجز اقرارها بالنكاح فاما قبض الصداق فعندنا لو نهت الاب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند عدم النهي له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لا يوجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لا يكون فصار الاب في المرة الثانية كسائر الاولياء ● قال وان سكتت حين بلغها عقد الاب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فيكون بمنزلة الخرساء وكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت لا يتم العقد لان الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لا يكون اجازة منها لان هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت يجب في الاستئمار لا يكون ملزما وحين بلغها العقد الرضا يكون ملزما فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت ● ولكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان عند الاستئمار انما جوابها نعم او لا فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك لو ضحكت لان الضحك ادل على الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقال بعض المتأخرين رحمهم الله هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فاما اذا خرج الدمع من عينيها من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردا بل هي تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون ذلك عندنا لا اجازة وكذلك لو ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ● قال فان قال لها قبل النكاح ان فلانا خطبك وانا مزوجك اياه فسكتت

ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روي ان النبي عم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانا
ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفي رواية كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه
فقولي لا فانما طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكفي للرضا ٭ وفي الكتاب لم يشترط تسمية الصداق
في الاستيمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج فاما في الصداق فالاب
يعلم بمرادها في ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسميته ذلك مع ان في اصل النكاح الشرط تسمية الزوجين
لا المهر ففي الاستيمار اولى وبعض المتاخرين يقولون لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق
والقلة والكثرة والذي بيناه في الاب هو الحكم في سائر الاوليا فهذا دليل على ان الاستيمار انما يكون معتبرا من الولي الذي يملك
مباشرة العقد فاما الاجنبي اذا استامرها فسكتت لم يكن له ان يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى الاستيمار
الاجنبي فكانها قالت ما الذي الاستيمار حين لم يكن بسبيل من العقد الا ان يكون الذي استامرها رسول الولي فحينئذ الرسول
قايم مقام المرسل ٭ وحكي عن الكرخي رحمه الله ان سكوتها عند استيمار الاجنبي يكون رضا لانها لا تستحي من الاجنبي اكثر
مما تستحي من الولي ٭ قال واذا قالت البكر لم ارض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رح
القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل وهو السكوت والمراة تدعي عارضا وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك
بالاصل كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد وانكر صاحبه فالقول قوله لتمسكه بما هو الاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع
مع المشتري اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكتت فالقول قول المشتري
لتمسكه بما هو الاصل ٭ ولكنا نقول الزوج يدعي ملك بضعها وهي تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت
هي المتمسكة بالاصل فكان القول قولها كما لو ادعى اصل العقد وانكرت هي وهذا لان ما قاله زفر نوع ظاهر والظاهر يكفي
لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفي الحقيقة المسئلة تبنى على مسئلة اخرى
وهو انه اذا قال العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال لم ادخل وقال المولى قد دخلت عندنا فزفر رحمه الله
القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا
لا يكفي ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكفي ثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر
لا يكفي لذلك واما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت امس وطلبت لان فالقول قول المشتري
لان حاجة المشتري الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفي لذلك وكذلك في باب البيع فان يثبت لزوم العقد وهو مضي
مدة الخيار وحاجة الاخر الى دفع استحقاق مدعي الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح
والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها في قول ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح تستحلف فان نكلت قضي عليها بالنكاح واصل
المسئلة ان عند ابي حنيفة لا تستحلف في ستة اشيا في النكاح والرجعة والفي في الايلا والرق والنسب والولا وعندهما
يستحلف في ذلك كله فيقضي بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا سابعا اذا ادعت الامة على مولاها انها اسقطت سقطا
مستبين الخلق وصارت ام ولد له بذلك ٭ وجه قولهما في ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول
كالاموال وهذا لان النكول قايم مقام الاقرار ولكن هو نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به ما يثبت مع الشبهة
ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول لانه يندري بالشبهات وانما يثبت بالنكول ما يثبت بالابدال من الحجج ككتاب القاضي الى القاضي
والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وابو حنيفة يقول هذه الحقوق
لا يجري البدل فيها فلا يقضي فيها بالنكول كالقصاص في النفس وبيان الوصف ظاهر فان المراة لو قالت لا نكاح بيني وبينك
ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن بذلت لك الابن نفسي او قال انا حر الاصل
ولكن بذلت لك نفسي تسترقني لا يعمل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن بذلته لك لا تخلص من خصومتك
كان بذله صحيحا وتاثيره ان النكول بمنزلة البدل لا بمنزلة الاقرار لانا لو جعلناه بدلا يتوصل المدعي الى حقه مع بقاء
المدعى عليه محقا في انكاره واذا جعلناه اقرارا جعل المدعى عليه مبطلا في انكاره وذلك لا يجوز ولان النكول سكوت
فهو الى ترك المنازعة اقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به الا ما يثبت بترك المنازعة وهو البدل فقال ابو حنيفة رحمه الله
بين هذا وبين القصاص وان هنا لا يستحلف وان كان لا يقضي بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم امر الدم الا ترى

ان الايمان في القسامة شرعت مكررة وفي هذه المسايل اليمين ليست بحقه له مقصودة وانما المقصود منها القضا بالنكول
لا حاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحجج فذلك لا يدل على انه يستحلف فيه كحد القذف
القاذف يثبت بالابدال من الحجج ولا يجري فيه الاستحلاف ٭ قال وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم ارض لم تصدق على ذلك
لان تمكينها الزوج من نفسها ادل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهي مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل
دونه دليل الرضا ولا يقبل عليها قول غيرها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج وافراره عليها بالنكاح بعد بلوغها
غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزوم العقد عليها ايضا ٭ قال واذا زوج ابنه
الكبيرة فبلغه لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام او بفعل يكون دليل الرضى لان في حق الانثى السكوت جعل رضا لعلة الحيا
وذلك لا يوجد في الغلام فانه لا يستحي من الرغبة في النسا ولان السكوت من البكر محبوب من الناس عادة وفي حق الغلام
السكوت مذموم لانه دليل على التجنب فلهذا لا يقوم سكوته مقام رضاه ٭ قال واذا ما تزوج البكر قبل ان يدخل بها
بعدما خلا بها زوجها ابوها بعد انقضا العدة كما يزوج البكر لان صفة البكارة قايمة والحيا التي هي علته قايمة فانه بوجوب
المهر والعدة لا يزول الحيا فلهذا يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة او نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها فلا يكتفي
بعد ذلك في هذا الموضع لانها ثيب ٭ وقال عم والثيب تشاور واما اذا زنت يكفي بسكوتها عندنا للتزويج عند ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد والشافعي لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب لان الثيب اسم لامراة يكون مصيبها عايدا اليها مشتق من قولهم ثاب اي رجع وذكر
اسم لامراة مصيبها اول مصيبها لان البكارة عبارة عن اولية الشي ومنه يقال لاول النهار بكرة واول الثمار باكورة والدليل عليه
انها تستحي من الوصية للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيبا وجب مشورتها بالنص ولا يجوز الاشتغال بالتعليل
مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال الحكم الثابت بالنص ولان الحيا بعد هذا يكون رعونه فانها لما لم تستحي عن اظهار الرغبة في الرجال
على الخبث الوجوه كيف تستحي من الرغبة على احسن الوجوه بخلاف حيا البكر لانه حيا كرم الطبيعة وذلك امر محمود وهذه
لو كان فيها حيا انما هو استحيا من ظهور الفاحشة وذلك غير ما ورد فيه النص ولكن ابو حنيفة رح يقول صاحب الشرع
انما جعل سكوتها رضا لا للبكارة بل لعلة الحيا فانها تستحي ان ترضى لما اخبرتنا انها تستحي فقال لها سكوتها رضاها
وعلة الحيا هنا موجودة فانها وان ابتليت بالزنا مرة لفرط الشبق واكرهت على الزنا لا ينعدم حياها بل يزداد لان
في الاستنطاق ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك غاية الاستحيا وهذا الاستحيا محمود منها لانها تستر بما على نفسها
وقد امرت بذلك قال عم من اصاب من هذه القاذورات شيا فليستتر بستر الله وقيل هذا الفعل انما كان لانه لا يستنطق لان نطقها
دليل ظهور رغبتها في الرجال فاذا اسقط نطقها في موضع يكون النطق دليل الرغبة في الرجال على احسن الوجوه فلان يسقط
نطقها في موضع يكون النطق دليل الرغبة في الرجال على اخبث الوجوه كان اولى بخلاف ما اذا وطيت بشبهة او بنكاح فاسد
لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها المهر والعدة واثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ما اظهر ذلك عليها اذ لم يعلق
به شيا من الاحكام وامرها بالستر على نفسها فان اخرجت واقيم عليها الحد فالصحيح انه لا يكتفي بسكوتها ايضا بعد ذلك
وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا يقولون في هذين الفصلين يكتفي بسكوتها ايضا لانها بكر شرعا ٭ الا ترى
انه يدخل تحت قوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود
ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحيا ولو زالت بكارتها بالوثبة او بالطفرة او بطول التعنيس يكتفي بسكوتها لما عرفنا
ان المعتبر بقاء صفة الحيا ولو زالت بكارتها بالوثبة عندنا ٭ وفي احد قولي الشافعي هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه
لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست ببكر بعدما اصابها ٭ ولكنا نقول
هي بكر لان مصيبها اول مصيب لها الا انها ليست بعذرا والعادة بين الناس انهم باشتراط البكارة في الشرا يريدون صفة
العذرة فلهذا اثبت حق الرد فاما هنا الحكم معلق بالحيا او بصفة البكارة وهما قايمان ٭ الا ترى ان عايشة رضي الله عنها
لما افتخرت بالبكارة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقالت ارايت لو وردت واديين احدهما رعاها
احد قبلك والاخر لم يرعها احد قبلك الى ايهما تميل فقال عم الى التي لم يرعها احد قبلي فقالت انا ذاك فعرفنا انها اذا لم توطا
فهي بكر ٭ قال واذا زوج البكر ابوها من رجل واخوها من رجل اخر بغير امرها فاجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب
وهو بنا على اصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا او اخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها

بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب ● قال واذا زوجها وليها بغير امرها فلم يبلغها حتى مات هي او مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهي بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات احدهما لم يتوارثا ● قال وان زوجها ابوها وهو عبد او كافر فرضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو اذنت في الابتدا نفذ عقده باذنها فكذا اذا اجازت في الانتها ولا يقول سكوتها رضا منها لان العاقل لم يكن به الحاجه في عقد غير الولي الى توكيلها الا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابه والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا بين لما قلنا ان الصحيح في استيمار الاجنبي انه لا يكتفى بسكوتها قال واذا زوج البكر وليها بامرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها تامة عليها وان قالت لا ادري ايهما اول ولا نعلم ذلك فرق بينهما لانه لا يمكن تصحيح نكاحهما فان المراة لا تحل لرجلين بالنكاح ○ وليس احدهما باولى من الاخر ففرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليها بامرها وزوجت هي نفسها والثيب والبكر في هذا سوا لما بينا : قال واذا زوج البكر وليها فاخبرها بذلك فقالت لا ارضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل وهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها في المرة الاولى بطريق الرد وغير ذلك لا يجد منها ثم لاجل ذلك اوليا وها بعثوا بها حتى رضيت فلو لم يجدد العقد لكانت تزف الى اجنبي فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف ● قال واذا استوذنت في نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولي منه فسكتت فهو رضاها لانها لما ابت بطل استيمارها فكانه زوجها من غير استيمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رح يقول هنا لا يكون سكوتها رضى لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ● ولكنا نقول قد يسخط المرء الشي ويرضى به في وقت اخر فسخطها قبل العقد لا يمنعها ان يجعل سكوتها رضا بعد العقد والله اعلم ○

باب نكاح الثيب

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله عليه السلم بينها وبين الذي زوجها منه ابوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المراة كانت ثيبا لان الراوي قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب على الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا يكون للشافعي في هذا الحديث حجة علينا في البكر لان نصه هذا الحكم مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على ان الحكم في غيرها بخلافه ثم في الحديث دليل على ان الولي اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن ارادت فزوجها رسول الله عليه السلام بولاية الامامة ● وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولي لانها هي التي تعاشر الازواج فانما تحسن العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي ● قال واذا زوج الثيب ابوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضى بالنكاح لان الاصل في السكوت ان لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما اقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحيا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفى بسكوتها عند الاستيمار ولا اذا بلغها العقد والله اعلم

باب النكاح بغير ولي

قال بلغنا عن علي بن ابي طالب رض ان امراة زوجت بنتها برضاها فجا اولياوها فخاصموها الى علي رض فاجاز النكاح وفي هذا دليل على ان المراة اذا زوجت نفسها او امرت غير الولي ان يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه اخذ ابو حنيفة رح سوا كانت بكرا او ثيبا اذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سوا كان الزوج كفوا لها او غير كفو فالنكاح صحيح الا انه لم يكن كفوا فللاوليا حق الاعتراض ● وفي رواية الحسن رح ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح وان لم يكن كفوا لها لا يجوز وكان ابو يوسف اولا يقول لا يجوز تزويجها من كفو او غير كفو اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح والا فلا ثم رجع وقال النكاح صحيح سوا كان الزوج كفوا لها او غير كفو وذكر الطحاوي في قول ابي يوسف ان الزوج ان كان كفوا لها امر القاضي الولي باجازة العقد فان اجازه جاز وان ابى ان يجيزه لم ينفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رح يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفو او من غير كفو فان اجازه الولي جاز وان ابطله بطل الا انه اذا كان الزوج كفوا لها ينبغي للقاضي ان يجدد العقد اذا ابى الولي ان يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعي تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا سوا زوجت نفسها او ابنتها او امتها او توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء من يقول ان كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز تزويجها بغير رضا الولي ● ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهو اصحاب الظواهر اما من شرط الولي استدل بقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ● وقال الشافعي وهذه ابين اية في كتاب الله تعالى تدل ان النكاح لا يجوز بغير ولي لان نهي الولي عن المنع منه اذا كان الممنوع في يده ● وفي حديث عايشة رض ان النبي عم قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وفي حديث ابي هريرة ان النبي عم لا تنكح المراة المراة ولا نفسها انما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عايشة رض كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النسا لا يعقدن والمعنى فيه انها منقوصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونه وهذا لان النكاح عظيم خطره كبير ومقاصده شريف ولهذا اظهر الشرع خطره باشتراط الشاهد فيه من ساير المعاوضات فلاظهار خطره يجعل مباشرته مفوضا الى ولي الراي الكامل من الرجال لان النسا ناقصات العقل والدين وكان نقصان عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رح ان عقدها يتوقف على اجازة الولي كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولي وعلى قول الشافعي لا ينعقد العقد بعبارتها اصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاوليا اذا وضعت نفسها في غير كفو ولو ثبت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاوليا حق الاعتراض كالرجل وكذلك يملك مطالبة الولي بالتزويج فلو كانت مالكة للعقد على نفسها لما ان تطالب الولي به ● والدليل على اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل اليها من جانبها رفع العقد شي كان الزوج هو الذي يستبد بالطلاق واما من جواز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وبقوله تعالى وبقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ● وقوله تعالى ان ينكحن ازواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الايات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسا بان يحبسها في بيته ويمنعها من ان تتزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في اول الاية واذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امراته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج اخر والاخبار قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا وهذا هو الصحيح عند اهل اللغة وهو اختيار الكرخي رح قال الايم من النسا كالاعزب من الرجال بخلاف ما ذكر محمد رح ان الايم اسم للثيب وقد بينا هذا في شرح الجامع وقال عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر وحديث الخنسا حيث قالت ابي يزوج رسول الله عم ولكن اردت ان يعلم النساء ان ليس الى الابا من امور بناتهم شي ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ام سلمة رضي الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان اوليائها غيب فقال عليه السلام ليس في اوليائك من لا يرضى بي قم يا عمر فزوج امك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطبه عمر بن سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رض جواز النكاح بغير ولي وان عايشة رض زوجت ابنة اخيها حفصة عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غايب فلما رجع قال امثلي يفتات عليه فقالت عايشة رض او ترغب عن المنذر والله لتملكنه امرها وبهذا تبين ان ما رووا من حديث عايشة رض غير صحيح فان فتوى الراوي بخلاف الحديث وهن الحديث وقد ارد الحديث على الزهري وانكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي فهو محمول على الامه اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها وعلى الصغيرة او على المجنونه وكذلك ساير الاخبار التي رووا على هذا يحمل او على بيان الندب ان المستحب لا تباشر المراة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها والمعنى فيه انها تصرفت في خالص حقها ولم يلحق الضرر بغيرها فينفذ تصرفها كما لو تصرفت في مالها ● وبيان الوصف ان النكاح من كفو بمهر المثل خالص حقها ○ بدليل انها ان تطالب الولي به ويجبر الولي على الايفا عند طلبها وهي من اهل استيفا حقوقها في نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها الولي مونة الايفا فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاوه صحيحا فكذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الازواج عليها بالاتفاق والتفاوت في حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد فلو كان سفهها ونقصان عقلها عرما لما كان لها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ووجب على الولي تزويجها عند طلبها فلو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق المطالبة الزوج لنوع من المروة وهو انها تستحي من الخروج الى محافل الرجال لمباشرة العقد

على نفسها وبعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن ان يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهي لنوع من المروة فلا يمنع جواز المنهي عنه ٭ واذا زوجت نفسها من غير كفو فقد الحقت الضرر بالاوليا فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن انفسهم كما ان الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان الكفاءة حق الاوليا فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجوب اصل عقدها في حق نفسها كاحد الشريكين اذا كاتب كان للاخر ان يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رح اذا زوجت من غير كفو لم يجز النكاح اصلا وهو اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط ان يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولي سدا لباب التزويج من غير كفو عليها وبهذا الطريق قال ابو يوسف رح الاحوط ليدفع الضرر عن الولي الا ان الولي اذا قصد الفسخ دفع الضرر عن نفسه بان لم يكن الزوج كفوا صح فسخه وان قصد الاضرار بها بان كان الزوج كفوا لم يصح فسخه ولكن القاضي يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه في العقد اذا عضلها ومحمد رح يقول انما توقف العقد على اجازة الولي لتمام الاحتياط فكما ينفذ باجازته ينفذ بفسخه وبعدما انفسخ فليس للقاضي ان يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولي وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفو ثم مات احدهما قبل المرافعة الى القاضي توارثا ٭ واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فظاهر وعلى قول ابي يوسف رح لان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقيف لدفع الضرر عن الولي ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث وعلى قول محمد رح لا يتوارثان لان اصل العقد كان موقوفا وفي العقد الموقوف لا يجري التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها او الى منها صح عند ابي يوسف وابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح وان كانت قصرت في مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للاولياء حق الاعتراض حتى يبلغ تمام مهر مثلها او يفرق بينهما في قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد لا يثبت للاولياء حق الاعتراض الا ان قول محمد رح لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه اذا اكرهت المراة والولي على ان يزوجها باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المراة وابى الولي ان يرضى فليس له ذلك في قول ابي يوسف ومحمد رح لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها ٭ الا ترى ان الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للاولياء حق الاعتراض فابو حنيفة رح يقول انها الحقت الضرر بالاوليا فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفو ٭ وبيان ذلك ان الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصانها فان ذلك من المومنات عادة ٭ وفيه

يقول القايل **شعر** احبا نصدق قد مهور غاليه

ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة ايضا فان من تزوج منهن بعد هذا بغير مهر فانما يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا ان في ذلك ضررا عليهن وانما يسد عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض واما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفى وبقا المهر خالص لها فان شاءت استوفت وان شاءت ابرات وهو نظير حق الشرع في تسمية اصل المهر في الابتداء وان كان البقا خالص لها وان طلقها قبل ان يدخل بها كان لها نصف ما سمى لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل لولا اوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شي عليه لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق فلا شي لها وان وكلت المراة امرها رجلا فزوجها كفوا فهو بمنزلة تزويجها نفسها ٭ وفي قول محمد لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ ابي حفص رح فقال الا ان لا يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شي رواه ابو رجا عن محمد رح انه قال سالته عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي ترفع امرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت في موضع لا حاكم في ذلك الموضع قال تفعل ما قال سفين رح قلت وما قال سفين قال تولي امرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول ابي حنيفة رح في النكاح بغير ولي وعلى ذلك تبتنى مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلثا قبل ان يجيز الحاكم او الولي عقدها يكون هذا ردا للنكاح وهو قول محمد رح فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح تقع التطليقات الثلث ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعند محمد لا يقع الطلاق ولكن هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها قبل ان تتزوج بزوج اخر لاختلاف العلماء رح واشتباه الاخبار في جواز النكاح بغير ولي ولان ترك النكاح امراة تحل له خير من ان يتزوج امراة لا تحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعا عليها

باب الوكالة في النكاح

قال واذا خطب الرجل امراة على رجل غايب لم يامره فزوجت نفسها او زوجها ابوها برضاها فقدم الغايب وبلغه ذلك فاجاز النكاح

فهو جايز

فهو جايز عندنا ٭ وقال الشافعي رح هو باطل بناء على اصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وهي مسئلة في البيوع معروفة وعندنا العقود تتوقف على الاجازة وكل عقد لو سبق الاذن ممن يملكه كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فاذا الاجازة في الانتهاء تجعل كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنها في الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الانتها وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد اضافاه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لا ضرر على الغايب في انعقاد العقد وانما الضرر عليه في الزام العقد وقد تاخر الالزام عن اصل العقد فيثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين فيتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغايب وكل هذا الحاضر بكتاب يكتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحا ٭ والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام كتب الى النجاشي يخطب ام حبيبة فزوجها النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروي انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز ذلك رسول الله عليه السلام بكتابه وكلاهما حجة لنا على ان النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن ناى كالخطاب ممن دنا فان الكتاب له حروف ومفهوم يودي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن رحمه الله يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر امر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مامورا بتبليغ الرسالة بقوله تعالى بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الافاق يدعوهم الى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما في حق الحاضر فان النبي عليه السلام قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت بين يدي الشهود زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح ايضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين من شرط جواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كان حين بلغها الكتاب قراته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح لانهم سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم اما بقراة الكتاب او العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث اوجبت العقد بين ايديهم فهذا تم النكاح وهو خلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال بعت هذا العين من فلان بكذا فاجازوا ان لم يكن بحضرة الشهود وكان بحضرتهم ولم يقرا الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما في الحاضرين الا انه ذكر في الكتاب في البيع انه اذا كتب اليه ان بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا في هذا فقالوا ان البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك مني بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لا بد في البيع من لفظين هما عبارة عن الماضي بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين احدهما عبارة عن الماضي والاخر عبارة عن المستقبل ٭ والشافعي رح سوى بينهما والفرق لعلمائنا رح ان البيع يقع بغتة وقلما فقوله بعني يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فاما النكاح فينعقد بعد خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقوله زوجني احد شطري العقد يوضح الفرق ان قوله زوجني نفسك تفويض للعقد عليها وكلام الواحد في باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضا من الجانبين اليه فيمكن ان يجعل قولها زوجت نفسي عقدا تاما ٭ وفي باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضا اليه من الجانبين فكان قوله بعت احد شطري العقد فلا بد ان ينضم اليه الشطر الثاني ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رح هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود دون اللفظ الذي ينعقد به البيع او يقول بعني من الحاضر يكون استياما عادة اذا كتب اليه فقوله بعني يكون احد شطري العقد فاذا انضم اليه الشطر الثاني تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى يعلم الشهود ما في الكتاب واصل الخلاف في كتاب القاضي الى القاضي عند ابي يوسف رحمه الله تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما في الكتاب وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يجوز لان المشهود به ما في الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسن ابو يوسف رحمه الله فقال قد يشتمل الكتاب على سر لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان الكتاب مختوما يومن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحا ثم في هذا الكتاب قال يجوز عند ابي يوسف مختوما كان او غير مختوم وذكر في الامالي ان الكتاب اذا كان غير مختوم لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح اصلا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يعلم الشهود ما فيه فحصل عن ابي يوسف فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وساير التصرفات واذا كان مختوما فحينئذ يشترط اعلام الشهود ما فيه للمعنى الذي قلنا ٭ قال ويجوز للواحد ان ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا عنهما وعلى قول زفر لا يجوز اصلا وقال الشافعي ان كان وليهما جاز وان كان وكيلا لا يجوز اما زفر فيقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الاثر وهو ما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل والشافعي رح بهذا يستدل في التوكيل من الجانبين
انه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة في توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان وليا من الجانبين لان في تنفيذ العقد بعبارته
ضرورة لان اكثر ما في الباب انه مأمور من الجانبين فيكون مأموره قايما مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد
وهو نظير ما قلتم في الاب اذا باع مال الولد من نفسه بمثل قيمته ولا يجوز بيعه من غيره ، ووجه قول علمائنا رح قوله تعالى
وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى اي في نكاح اليتامى فهو دليل على ان للمولى ان يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون
ان تنكحوهن دليل على ان الولي ان يزوج وليته من نفسه ، وفي الحديث ان [illegible] ابوه يتسبح مع جارية فسأله عن قصتها فقال
انها ابنة عمي واني خشيت لها ان بلغت ترغب عني فتزوجتها فقال احسنت والمعنى فيه ان العاقد في باب النكاح سفير
ومعبر والواحد كما يصلح معبرا عن الواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين ودليل الوصف انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوج
وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فانه يستغني عن اضافة العقد الى غيره فكان مباشرا للعقد لا معبرا ، يوضحه ان حقوق العقد
في باب البيع يتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام لانه يكون مطالبا مطالبا مسلما متسلما
مخاصما ، وفي باب النكاح لا يتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدي الى تضاد الاحكام ولهذا قلنا يبيع الاب مال الولد من نفسه
لانه في جانب الصغير يكون مثلها اباه حقوق العقد بولاية عليه حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك اليه دون الاب بخلاف بيعه
من غيره فلا يؤدي الى تضاد الاحكام ، يوضحه ان البيع لا يصح الا بتسمية الثمن فاذا تولاه من الجانبين كان مستزيدا مستنقصا
وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدي الى هذا المعنى اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى ابن سماعة
عن محمد رح في الكتابة ان الواحد لا يباشر من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل واما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد
في الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر في النكاح ولا حجة لهم في هذا الحديث لان هذا النكاح قد حضره اربعة معنى فالذي جمع
وصفين في واحد كان بمنزلة المثنى من حيث المعنى لاعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد اذا كان وليا او وكيلا من الجانبين دون
الاخر او فضوليا من الجانب الاخر ولم يكن وليا ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضوليا باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين
فاجازاه لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي قول ابي يوسف رح اولا وجاز في قوله الاخر وكذلك لو قال الزوج بين يدي الشهود
اشهدوا اني تزوجت فلانة ولم يخطب عنها احد فبلغها فاجازت وقالت المراة اشهدوا اني قد زوجت نفسي من فلان ولم يخاطب عنه احد
فبلغه فاجاز فهو على الخلاف ولو قبل فضولي من جهة الغايب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو اجاز يجوز ابو يوسف يقول الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء واذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقدا تاما باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة
في الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كان كلام الواحد فيه لما كان عقدا تاما عند الاذن كان عقدا موقوفا
على اجازة الغايب عند عدم الاذن وابو حنيفة ومحمد قالا النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد
لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه اصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت
فلانة بكذا او اعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعليقا للطلاق والعتاق بالقبول لان تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلا
وقع لوجود الشرط وفي النكاح قوله زوجت فلانة لا يمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد
ولا يدخل على هذا ما لو قال الزوج بحضرتها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقا بالشرط
لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يقتصر على وجود الشرط في المجلس وهذا مثله وهذا بخلاف ما اذا كان مأمورا من الجانبين
لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قايما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعنى وهنا لا ينتقل عبارته الى الغير
لانه مأمور به فاذا بقي مقصورا عليه كان شطر العقد ، والدليل عليه انه لو قال تزوجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد
ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب احدهما على الرجل والاخر عن المراة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا
ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقدا تاما فكذلك اذا كانا فضوليين يكون كلامهما موقوفا ايضا ، قال وليس الى العاقد في باب النكاح
وليا كان او وكيلا حق قبض مهرها بدون امرها ايضا لما بينا انه معبر لا يتعلق به شي من حقوق العقد ايضا وكما لا يتوجه
عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون اليه قبض البدل ، وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه من المهر شي
كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه ايضا ، واليه اشار علي رضي الله تعالى عنه في قوله الصداق على من اخذ الساق
الا الاب في حق ابنته البالغة الا الاب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها ايضا فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه

قال

قال واذا ارسل الى المراة رسولا حرا كان او عبدا صغيرا او كبيرا فان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل اليه ولكل واحد
من هولاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا حرا كان الا ترى ان سليمن عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس
فالادمي المميز اولى ان يصلح لذلك واذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سالك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها قد زوجته كان ذلك
جايزا اذا اقر الزوج بالرسالة واقام عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكانه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي الشهود
وقد سمع الشهود كلامهما ايضا فكانا حاضرين سمعوا كلام المتعاقدين فاذا انكر الرسالة ولم يقم عليه البينة فالقول قوله
ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم يثبت كان المخاطب فضوليا ولم يرض الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها
وضمن لها المهر والضمان لازم للرسول لانه كان من اهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج
ولم يكن له بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمراة على الرسول نصف الصداق من قبل انه مقر بانه قد امره وان النكاح جايز
وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ما ذكرهنا قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاول وما ذكرهناك في قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا
في قول ابي حنيفة وابي يوسف فينفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول ويسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل
ايضا وعلى قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجبا على الزوج ويكون الكفيل هو المطالب به
لاقراره وقيل بل فيه روايتان ، وجه قول تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره اصل النكاح لا يكون طلاقا
فلا يسقط به شي من الصداق بزعم الكفيل ، ووجه هذه الرواية انه انكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط
نصف الصداق عن نفسه بسبب تكيسه فيجعل مسقطا فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف الصداق عن الاصيل
سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامنا نصف الصداق فقال فان كان الرسول قال لم تامرني ولكن زوجه واضمن عنه
المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتدا وان ابى الزوج
ان يجيز النكاح لم يكن على الرسول شي من الضمان لان اصل السبب انتفى برد الزوج فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل
حقيقة توجب براءة الكفيل ، قال وان امره ان يزوجه امراة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر
فان شاء الزوج اجازه وان شاء رده لانه اتى بخلاف ما امر به فكان مبتديا فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك
حتى دخل بها فهو بالخيار ايضا لان دخوله بها كان باعتبار انه امتثل الوكيل امره فلا يصير به راضيا بما خالف فيه الوكيل
فان الرضى بالشي لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء اقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من المسمى
ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل
من المسمى ومن مهر المثل لان الوطي في غير الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامة ، قال فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل
الزوج واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر ولم يدخل بها فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره بنفسه
انه امره به وهذا لان انكار الزوج الامر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد اصلا كما بيناه في الفصل الاول
قال فان قال الرسول انا اغرم المهر والزمك النكاح لم يكن له ذلك الا ان يشا الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممتثل امره
فكان بمنزلة الفضولي والفضولي لا يملك ان يلزمه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من ان يجب
على الزوج اولا لان المسمى في العقد صداق والصداق مطلقا يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج على ذلك وانعدم
منها الرضا بدونه ، قال واذا وكل الرجل الرجل ان يزوجه امراة فزوجها وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به
الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير امره فان امره اياه بالنكاح لا يكون امرا بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير
ومعبر لا ملتزم ومن ضمن عن غيره دينه بغير امره لم يرجع عليه به لانه متبرع بالضمان فكذلك الاداء فان كان امره بذلك رجع عليه
كما لو امره بالاداء ، قال وان كان احد من التوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود
مختصة بشرايط النكاح وانما شرط الشهود في النكاح لانه يملك به البضع فلخطرها خص باشتراط الشهود وذلك لا يوجد
في التوكيل فان البضع لا يملك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بساير العقود ، قال واذا ادخل على الرجل غير امراته فدخل بها فعلى
الزوج مهر المثل لما دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امراته وخبر الواحد في المعاملات حجة فيصير شبهة في اسقاط
الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة فيثبت بسببه نسب ولدها منه ولا ينبغي في عدتها ما ينفي العدة ونحوه نصا على رض

في الوطي بالشبهة والحداد اظهارا للحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لا يوجد في الشبهة الوطي لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة عليها
باعتبار الملك اليد الثابتة بالنكاح وذلك غير موجود في الوطي بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتا من النفقة باصل النكاح ولم
يكن لها عليه نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي دخلها عليه لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذي
بال الذي بالاستيفا فلا يرجع بالعوض على غيره كمن اخبر غيره بامن الطريق فسلك فيه حتى اخذ اللصوص متاعه قال فان كانت هذه
ام امراته حرمت عليه امراته بالمصاهرة ولها عليه الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به
على احد ايضا لما قلنا وان كانت بنت امراته حرمت امراته بالمصاهرة وله ان يتزوج التي دخل بها لان مجرد العقد على الام لا يوجب
حرمة الربيبة وليس له ان يتزوج ام التي دخل بها لان الدخول بالبنت يحرم الام على التابيد خلافا للفصل الاول
فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على الابنة والدخول بالام ولو كانت هذه اخت امراته او ذات محرم
لم تقرب امراته حتى تنقضي عدتها لان اختها معتدة منه فلو قربها كان جامعا ماءه في رحم اختين وذلك لا يجوز • والله اعلم

باب الاكفا

قال اعلم بان الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتواضع ورأى الموالي اكفاء له وابو حنيفة رحمه الله
كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفوا للعرب • وحجته في ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط
لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال عليه السلام كلكم
بنو ادم طف لم يملاو وقال الناس كابل مائة لا يكاد يجد فيها راحلة فهذه الاثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل
ومن بطا به عمله لم يسرع به نسبه وخطب ابو طيبة امراة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال عليه السلام زوجوا ابا طيبة
الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رض الى قوم من العرب فقال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامركم ان تزوجوني وان سلمان رض خطب ابنة عمر رض فهم ان يزوجه
ثم لم يتفق ذلك • وحجتنا في ذلك قوله عم قريش بعضهم اكفا لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفا لبعض حي بحي وفي حديث
علي رض ان النبي عم قال الا لا تزوج النسا الا الاوليا ولا يزوجن الا من الاكفا وما زالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب
حتى في القتال • بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلثة من فتيان الانصار
فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا انا قوم كرام ولكن نريد اكفانا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخبروه بذلك فقال عم صدقوا وامر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث رض بان يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة
في القتال ففي النكاح اولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتاسيس
القرابات وذلك لا يتم الا بين الاكفا في اصل الملك على المراة نوع ذل واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال عم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ما جوز منه لاجل الضرورة
وفي استفراش من لا يكافيها زيادة الذل ولا ضرورة في هذه الزيادة فلهذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الاثار التي رواه في احكام الا
وبه نقول ان التفاضل في احكام الاخرة بالتقوى • وتاويل الاحاديث الاخر الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لا الالزام
وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكى عن الكرخي رح انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر في النكاح اولى ولكن هذا ليس بصحيح
فان الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل على انه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول
الكفاءة في خمسة اشيا • احدها النسب وهو على ما قال قريش اكفا بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وافضلهم
بنو هاشم ومع التفاضل هم اكفا • الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رض وكانت تيمية وتزوج حفصة
وكانت عدوية وزوج ابنته من عثمان رض وكان عبشميا فعرفنا ان بعضهم اكفا لبعض وروي عن محمد رح انه قال الا ان يكون نسبا مشهورا
نحو بيت الخلافة لا لانعدام اصل الكفاءة والعرب بعضهم اكفا لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم
ونزول القرآن بلغتهم وقال عم حب العرب من الايمان وقال عم لسلمان لا تبغضني قال وكيف ابغضك وبك هداني الله قال
تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب اكفا لقريش والموالي لا يكونوا اكفا للعرب كما قال عم والموالي بعضهم اكفا لبعض
وهذا لان الموالي ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رض حين تفاخر جماعة

من الصحابه

من الصحابة رض بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رض قال سلمان بن الاسلام ومن اسلم ابوه لا يكون كفوا فبلغ ذلك عمر
فبكى وقال عمر ابن الاسلام فمن كان من الموالي له ابوان في الاسلام فهو كفو لمن له عشرة ابا لان النسبة تتم بالانتساب
الى الاب والجد فمن كان له ابوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له ابا في الاسلام
ومن اسلم ابوه لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان هذا في النسبة يحتاج الى الابا الكافر وذلك منهي عنه لما روي
ان رجلا انتسب الى تسعة ابائه في الجاهلية فقال عم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر
دون التعريف والثاني الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون كفوا لامراة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا
لامراة حرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون كفوا لامراة لها ابوان في الحرية وهذا لان الرق اثر من اثار الكفر وفيه معنى الذل
فكان هو بمنزلة اصل الدين من الوجه الذي قلنا • وقد روي عن ابي يوسف رح ان الذي اسلم بنفسه او اعتق واحرز من الفضائل
ما يقابل نسب الاخر كان كفوا له • والثالث الكفاءة من حيث المال فان من لا يقدر على مهر امراة ونفقتها لا يكون كفوا لها لان المهر
عوض بضعها والنفقة تندفع به حاجتها وهي في ذلك احوج منها الى نسب الزوج فاذا كان تنعدم الكفاءة بصفة نسب الزوج
فبالعجز عن المهر والنفقة اولى • وعن ابي يوسف رح قال اذا كان يقدر عليهما بحيله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفوا لها
وان كانت المراة صاحبة مال عظيم وبعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة في كثرة المال لحديث عائشة رضي الله عنها رايت ذا المال
مهيبا وذي الفقر مهينا وقالت ان احساب ذوي الدنيا المال والاصح ان ذلك لا يعتبر لان كثرة المال في الاصل مذموم قال عم هلك
المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعني يتصدق به • والرابع الكفاءة في الحرفة والمروي عن ابي حنيفة ان ذلك غير معتبر اصلا وعن ابي يوسف
قال اذا كان نفعهما بحيله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم انه معتبر حتى ان الدباغ والحجام والحايك والكناس لا يكون كفوا لبنت
البزاز والعطار وكانه اعتبر العادة في ذلك • وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الناس اكفا الا الحايك والحجام
ولكن ابو حنيفة رح قال الحديث شاذ لا يوخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشي لازم فالمرء تارة يتجر بحرفة نفيسة
وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لا زوال له وذل الفقر كذلك فانه لا يفارقه والخامس الكفاءة في الحسب
وهو مروي عن محمد رح قال هو معتبر حتى ان الذي يسكر ويخرج فيستهزي منه الصبيان لا يكون كفوا لامراة صالحة من اهل
البيوتات وكذلك الاعوان الظلمة من يستخف منهم لا يكون كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات الا ان يكون غنيا يعظم في الناس
وعن ابي يوسف رح قال ان الذي يشرب المنكر فان كان يستر ذلك ولا يخرج سكران كان كفوا وان كان يعلن ذلك لم يكن كفوا الامراة
لامراة صالحة من اهل البيوتات ولم ينقل عن ابي حنيفة رح شي من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم
حتى لا يمكن تركه قال واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما لانها الحقت العار بالاولياء لانهم يتعيرون
ان ينتسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافيها فكان لهم ان يخاصموا لدفع ذلك عن انفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي
لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه
بين العلماء وكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فلا يكون التفريق الا بقضاء القاضي فما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء
والتوارث قايم لان اصل النكاح انعقد صحيحا في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الاولياء في صحة العقد فاما الضرر عليهم في اللزوم
فيتوفر عليهم احكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لاصل النكاح
والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخا لاصل النكاح عندنا لا يكون تصرفا فيه ولان الطلاق الى الزوج فيفرق القاضي بينهما كان
على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقا قلنا لا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها او خلا بها فلها ما سمى من المهر وعليها العدة
لان اصل النكاح كان صحيحا فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول او بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد في انه لا يكون كفوا
للحرة لان الرق فيهما قايم قال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم قال واذا تزوجت المراة غير كفوء فرضي به احد الاولياء جاز ذلك
ولا يكون لمن هو مثله في الولاية او ابعد منه ان ينقضه الا ان يكون قريبا منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال ابو يوسف في نوادر هشام
اذا رضي به احد الوليين فللولي الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول الشافعي وزفر وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي
زوجها والخلاف مع الشافعي فيما يتحقق هنا • وجه قولهما ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فاذا رضي منهم واحد فقد اسقط
حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا ابرا احدهم او ان قتل رجلان عبدا ثم رده احدهما
او اسلم احد الشفيعين الشفعة او عفا احد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف جماعة وصدقه احدهم

كان للباقين المطالبة بالحد. والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفوء كان للاولياء ان يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا
حق الاولياء فكذلك هنا. وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزي ثبت بسبب لا يحتمل التجزي فيجعل كل واحد كالمنفرد به
كما في الامان فان فيه ابطال حق الاستغنام به والاسترقاق فيصح من واحد من المسلمين في حق جماعتهم للمعنى الذي قلنا وهذا لان
الاسقاط صحيح في حق المسقط بالاتفاق واذا كان الحق واحدا وقد سقط في حق المسقط فمن ضرورته سقوطه في حق غيره لانه
لو لم يسقط في حق غيره لكان ذلك استيفاؤه بعد سقوطه في بعضها وذلك لا يجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لا يتمكن الآخر
من المطالبة به بخلاف الدين فانه يتجزى في نفسه وبخلاف الرهن فانه لو بقي باعتبار حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين
ان الحق يتعدد هنالك وكذلك الشفعة وفي القصاص مما لا يحتمل التجزي لا يبقى بعد عفو احدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزي وهو الدية
وبخلاف حد القذف فان ذلك لا يحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشيء
لا يكون اسقاطا له فورا انه مما يحق فيه ان لو ادعى احد الاولياء ان الزوج كفو وانكر الآخر انه ليس بكفو فيكون له ان يطالب بالتفريق
واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء
صيانة نسبهم ان ينتسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم واحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط احدهما موجبا سقوط الآخر. الا ترى انه
قد يثبت الخيار لها في موضع لا يثبت للاولياء على ما نبينه في آخر الباب. ومتى فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت
عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في اصل النكاح فيبقى ذلك لبقاء العدة. وسكوت الولي عن المطالبة
بالتفريق ليس رضا منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد ولدا لان الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت
بصفة التاكيد ولانه يحتاج الى الخصومة في المطالبة وقد لا يرغب الانسان في الخصومة في كل وقت فتاخيره الى ان يتمكن منه لا يكون
مبطلا لحقه. قال واذا زوجها الولي غير كفوء ثم فارقها ثم تزوجته بغير ولي كان للولي ان يفرق بينهما لان العقد الثاني غير الاول
ورضاه بالعقد الاول بينهما لا يكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لا يكافيها لا يكون رضى برجل آخر اذا زوجت نفسها منه
بعد ذلك. قال واذا تزوجت المراة غير كفوء ثم جاء الولي فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضى بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد
فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا. الا ترى ان مثل هذا الفعل ان
يكون اجازة للعقد فلان يكون رضا بالعقد اولى فكذا ان وان لم يفعل هذا ولكنه خاصم زوجها في نفقتها او في بقية مهرها عليه
لو كان منها ففي القياس هذا لا يكون رضى لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد اسباب عدم الكفاءة واشتغاله
باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا لحقه لا اسقاطا. وفي الاستحسان يكون هذا رضى بالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة
ليستوفي والاستيفاء ينبني على تمام العقد فتكون خصومته في ذلك رضى منه بتمام النكاح بينهما. قال واذا تزوجت المراة غير كفوء ودخل بها
وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي والزمه المهر والزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولي وفرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها
كان عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا مهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى
لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها. وفي النكاح الثاني
الطلاق قبل المسيس لان العقد الثاني غير مبني على الاول والدخول في النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثاني. الا ترى
ان صريح الطلاق بينهما صار في حق العقد الثاني كان لم يوجد اصلا الا ان محمدا رح اوجب بقية العدة الاولى احتياطا لان تلك العدة
كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثاني كالمعدوم وزفر يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثاني والساقط من العدة
لا يعود وتجدد وجوب العدة يستدعي تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني تاكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعدما تاكد العقد
تجب كمال العدة والمهر. وبيان التاكد ان اليد الفراش بقيت ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه في يده حكما فيصير قابضا
بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه تاكد حكم النكاح سواء وجد الدخول او لم يوجد كما تاكد في حكم المهر
بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول الثيبوبة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق بينهما ويكون النكاح متاكدا في حكم
والعدة ولان وجوب العدة لاشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تاثير لتجديد العقد في براءة الرحم
وقد كان يتوهم الشغل ثانيا حين وجبت العدة عند الفرقة الاولى وهذا على قول محمد رح الزم لانه يلزمها نفقة العدة الاولى باعتبار
توهم الشغل والعدة لا تتجزى في الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان او خيار البلوغ او خيار العتق
كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان

النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق لانه صار قابضا باعتبار تمكنه من القبض شرعا
وذلك بالعقد الفاسد لا يكون. الا ترى ان الخلوة في النكاح الفاسد لا يوجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم يسقط
بمجرد العقد الفاسد فبقيت محترمة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثاني صحيحا فارتدت
ووقعت الفرقة فيما بينهما فهو على الخلاف الذي قلنا لها كمال المهر في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا مهر لها لان
الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ولو كان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد
وزفر في الفصول المتقدمة لانه لم يبق عليها في تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية اخرى سواء. قال
واذا تزوجت المراة رجلا خيرا منها فليس للولي ان يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جهة النساء فان الولي لا يتعير
بان يكون تحت الرجل من لا يكافيه ولان النسب الولد يكون الى ابيه. الا ترى ان اسمعيل عم كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه
لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطيا واولاد الخلفاء من الاماء يصلحون
للخلافة. قال واذا سمى الرجل للمراة بغير اسمه وانتسب الى غير نسبه فتزوجته فالمسألة على ثلثة اوجه. احدها ان يكون النسب
المكتوم افضل مما اظهر بان اخبرها انه من العرب ثم تبين انه من قريش ففي هذا لا خيار لها ولا للاولياء لانها وجدته خيرا مما شرط لها
فهو كمن اشترى شيئا على انه معيب فاذا هو سليم. والثاني اذا كان نسبه المكتوم دون ما اظهر ولكنه في النسب المكتوم غير كفو لها
بان تزوج قرشية على انه من قريش ثم تبين انه من العرب او من الموالي ففي هذا لها الخيار وان رضيت هي فللاولياء ان يفرقوا
بينهما لعدم الكفاءة. والثالث اذا كان النسب المكتوم دون ما اظهر ولكنه في النسب المكتوم كفو لها بان تزوج عربية
على انه من قريش ثم تبين انه من العرب ففي هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار
عن انفسهم حتى لا ينتسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافيهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت
فارقته عندنا. وقال زفر لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق في المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكنا نقول شرطت لها زيادة
منفعة وهو ان يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبدا على انه كاتب وخباز
فوجده لا يحسنه وهذا لان ذل الافتراش لا في جانبها والمراة قد ترضى باستفراش من هو افضل منها ولا ترضى باستفراش
من هو مثلها فاذا ظهر انه غيرها ضد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة
فقط وللشافعي في هذه المسألة ثلثة اقاويل قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر وقول آخر ان النكاح باطل لانها زوجت نفسها
من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل. ولكنا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة
ابلغ وهذا وجوه يستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يخرج عنه غير الفقيه ومن سبيل عن طريق الفقه قال لنا ليس هذا الجانب
ولمن ليس هذا الجانب فيسير الى الجواب الاربعة فعلم انه لا علم له بالطريق اصلا. قال وان كانت المراة هي التي غرت الزوج وانتسبت
الى غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امراته ان شاء امسكها وان شاء طلقها لما بينا انه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح
بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله اعلم

باب النكاح بغير شهود

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وكان مالك وابن ابي ليلى
وعثمان البتي رح يقولون الشهود ليس بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو امر
الشاهدين بان لا يظهرا العقد لا يصح. وحجتهم في ذلك قوله عم اعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ملاك رجل من الانصار فقال اين شاهدكم فاتي بالدف فامر بان يضرب على راس الرجل وكانت لعايشة رض ف تعريم للانكحة وهذا
لان حرام هذا الفعل لا يكون الا سرا فالحلال لا يكون الا ضده وذلك بالاعلان لينتفي التهم. وحجتنا الحديث الذي روينا والحديث
ابن عباس رض ان النبي عم قال كل نكاح لم تحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان وقال عمر رض لا اوتي برجل تزوج امراة
بشهادة رجل واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ما كان هو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه
مع شهادتهما لا يبقى سرا قال القايل. وسر الثلاثة غير خفي. ولان اشتراط زيادة شيء في هذا العقد لاظهار خطر
البضع فهو نظير اشتراط زيادة شيء في اثبات املاك ما يملك بالنكاح والحرمة لك من بين ساير نظايره زيادة شاهدين فكذلك

وكذلك هذا التعليل يختص بمن يشترط زيادة شاهدين والاصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون وليا في النكاح يصلح ان يكون شاهدا في ذلك النكاح وعلى هذا الاصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولا ينعقد عند الشافعي لقوله عم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل • ولكنا نقول ذكر العدالة في هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعا مع انه ذكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضي عدالة ما وراء ذلك من حيث الاعتقاد وفي الحقيقة المسئلة مبنية على ان الفاسق من اهل الشهادة عندنا وانما لا تقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب • وفي الحضور والسماع لا تتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعي ليس من اهل الشهادة اصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو يبتني ايضا على اصل ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لا يزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لا من نفسه وعند الشافعي من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينقص بالمعصية فيجعل نقصان الدين بسبب الفسق كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطريق الاداء فان المقصود اظهار النكاح عند الجحود والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق • ولكنا نقول الفسق لا يخرجه من ان يكون اهلا للامامة والسلطنة فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين رض قل ما يخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من ان يكون اماما بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه اهلا للولاية ثمة كونه اهلا للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه اهلا لولاية القضاء ان يكون اهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بين نقصان الحال بسبب الرق والاداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لا يدل على انعدام الشيء من اصله • الا ترى ان بشهادة المستور الذي ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح ولا يظهر بمقالته وكذلك بشهادة ابنيه منها وكذلك ينعقد بشهادة الاعميين بالاتفاق واما عندنا فلان الاعمى انما لا تقبل شهادته لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل يشبه وهو الصوت والنغمة وذلك لا يكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعي لان الاعمى اهل اداء الشهادة ولهذا قالوا لو تحمل وهو بصير ثم عمي تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم يظهر توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق وعند الشافعي لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لا تقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب وفيما يستدعي من جهتها وذلك لا يكون في الحضور والسماع فاما شهادة العبدين والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بانفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية في هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلا حضورهما • وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامراتين عندنا وعند الشافعي لا ينعقد بناء على اصله ان شهادة النساء مع الرجال انما تكون حجة في الاموال وفيما يكون تبعا للاموال باعتبار ان المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة فكانت حجة ضرورية في هذا المعنى ولا ضرورة في النكاح والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحدود والقصاص وكذلك يثبت هذا على اصله ان المراة لا تصلح ان تكون موجبة للنكاح ولا قابلة فكذلك لا يصلح شاهدة في النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة اصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث انه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما اشار اليه في قوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وبانضمام احدى المراتين الى الاخرى يقل تهمة النسيان ولا ينعدم لبقاء سببه وهي الانوثة فلا يجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فاما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان في شهادة الحضور لا يتحقق فكان ينبغي ان ينعقد النكاح بشهادة رجل وامراة ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المراتين شاهد واحد فكانت المراة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لا يثبت شيء ولهذا لو شهد رجلان وامراة ثم رجعوا لم تضمن المراة شيئا وسنقرر هذه الاصول في موضعها من كتاب الشهادات واعتمادنا على حديث عمر حيث اجاز شهادة رجل وامراتين في النكاح والفرقة قال ولو تزوجها بشهادة ابنيه او ابنيها او ابنيه منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو اهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد للوالد لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا يتمكن هذه التهمة في انعقاد العقد بشهادتهما • قال ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولم يجز في قول محمد وزفر لان هذا نكاح لا يصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافر كالعقد بين المسلمين بخلاف انكحة الكفار فانها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر

على المسلم

فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلا شطري العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المراة دون كلام الزوج ولهما طريقان احدهما ان الكافر يصلح ان يكون وليا في العقد ويصلح ان يكون قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهدا فيه ايضا كالمسلم وهذا استدلال بطريق الاولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلان يقوم بشرطه كان اولى بخلاف ما يجري بين المسلمين ولان المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه يتملك البضع ولا يتملك الا بشهادة الشهود فالمراة تملك المال والشهود ليس بشرط لتملك المال الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كانت المراة لا تحتاج الى الاشهاد عليه اذا فقبول الرجل انما يشهد عليها من يصلح ان يكون شاهدا عليها بخلاف ما اذا كانت مسلمة وبخلاف ما اذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لا يكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح • الا ترى انه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة الى هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها والعقد لا يكون الا اذا جحدت وعلى الزوج لو كانا لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لا يجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه • قال واذا زوج ابنته بشهادة ابنيه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمراة فشهد الابنان بذلك فشهادتهما لا تقبل في قول ابي يوسف وعند محمد تقبل ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمراة كذلك فشهادة الابنين فيه تكون مقبولة على ابيهما فيما يجحد الاب مقبولة فاما اذا شهدا لابيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة يجوز ان يشهد العقد يتعلق الحقوق لا تقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لا تقبل الشهادة عند ابي يوسف رح وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان اباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعي ذلك لا تقبل الشهادة عند ابي يوسف وعند محمد تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه وايثاره بالمنفعة على غيره وهذا لا يتحقق فيما لا منفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها او ادعاها وابو يوسف يقول شهادة الولد لوالده لا تكون مقبولة بالنص وهو قوله عم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعيا لشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان عند جحوده الشهادة تقبل وان كان له فيه منفعة بان شهدا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بالف درهم مع ان المنفعة هنا تتحقق فان ظهور صدقه عند القاضي والناس من جملة المنفعة والعاقل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الكتاب وقال محمد رح كل شيء للاب فيه منفعة جحد او ادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذلك كل شيء ولاه مما يكون خصما فيه كالبيع وما اشبهه والمراد بهذا ان عند الاب لا تقبل شهادة لعدم الدعوى فاما اذا كان الاخر مدعيا كانت الشهادة مقبولة وان كان للاب فيها منفعة كما اذا شهدا ببيع ما يساوي مائة بالف والمشتري يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التي هي غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة • قال واما شهادة الشاهد على فعل تولاه بنفسه او لغيره مما يكون خصما فيه ومما لا يكون فيه خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل ابو يوسف رح فقال الابن جزء من ابيه فشهادته كشهادة الاب بنفسه فكما ان شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للاب • ولكنا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهدا فاما الابن فيما باشره ابوه يكون شاهدا فيعتبر تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا يتحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة • قال واذا زوج الرجل ابنته فانكرت الرضا فشهد عليها اخوها وابوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تتميم ما باشره ولو شهد عليها اخوها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها • قال ولو تزوج امراة بغير شهود او بشاهد واحد ثم اشهد لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد انما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد فالاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحا قال ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين او كافرين او صبيين او معتوهين او نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان واسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط اداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملها كان صحيحا حين تحمل لان التحمل يعتبر بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ يعتبر في الشهادة فلهذا جازت شهادتهما قال واذا شهد شاهدان انه تزوجها امس وشهد آخران انه تزوجها اليوم فشهادتهم باطلة لان النكاح وان كان قولا الا ان من شرائطه ما هو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة

بوضعه ان كل واحد منهما نشهد بعقد حقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد قال واذا جحد الزوج النكاح فاقامت المراة البينة جاز
ولم يكن جحوده طلاقا ولا فرقة لان الطلاق تصرف في النكاح وهو منكر لاصل النكاح فلا يكون انكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع
الا ترى ان بالطلاق ينتقص العدد وبانتفاء اصل النكاح لا ينتقص فان اقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز ايضا لان الثابت
بالبينة كالثابت بالمعاينة قال ولو زوج عبده امته بغير شهود لم يجز لانه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود في نكاح المسلمين
لاظهار خطر البضع وذلك لان المعنى لا يختلف في الاحرار والعبيد وهذا خلاف المهر لان في طريق بعض مشايخنا رح
يجب المهر بهذا العقد لاظهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقي كان للمولى ولا دين للمولى على عبده
وان قلنا لا يجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافي له ولو كان غير مفيد لانه لا يتاتى الوجوب للاستيفاء وهذا لا يوجد
في الشهود فان ملكه رقبتهما لا ينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ما هو مقصود الاشهاد قال وان طلقها الزوج في النكاح
ويحصل به ما هو مقصود الاشهاد قال وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح
لان وقوع الطلاق يستدعي ملكا له على المحل اما ملك العين او ملك اليد وذلك لا يحصل بالنكاح الفاسد فان العقد وان تاكد
بالدخول لا يثبت ملك اليد باعتباره ولهذا لا يستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق في النكاح الصحيح
يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت احد الحكمين هنا فبقي عاملا في الاخر ورفع الشبهة لان رفع الشبهة
دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول في النكاح الفاسد وما لو تزوجها في العدة ثابتة بشهود ثم طلقها قبل الدخول
وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق قال واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هي تزوجتني بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا
على اصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرطه لان شرط الشيء يتبعه بالاتفاق على الاصل يكون اتفاقا على الشرط ثم المنكر
منهما للشرط في معنى الراجع فان كانت هي التي انكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقراره
بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فيجعل اقراره مقبولا في اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الحرمة من جهته فلها نصف المهر
ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما اذا انكر الزوج اصل النكاح لان القاضي كذبه
في انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضي لا يبقى زعمه عبرة وهنا القاضي ما كذبه في زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها بالمعنى
الذي قلنا فبقي زعمه معتبرا في حقه فلهذا فرق بينهما قال وكذلك لو قال تزوجتها ولها زوج او هي معتدة من غيري او هي مجوسية
او اختها عندي او هي امة تزوجتها بغير اذن مولاها لان هذه الموانع كلها معنى في محل العقد والحال في حكم الشروط فكان هذا
والاختلاف في الشهود سواء على ما بينا وهذا خلاف ما اذا ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر اصل العقد
فان الصغير هنا ليس باهل لمباشرة النكاح بنفسه فاضافة العقد الى حالة معهودة بنافي الاهلية يكون انكارا لاصل العقد
كما لو قال تزوجتك قبل ان تخلقي او قبل ان اخلق واذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل الادراك
وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير متوقف
على اجازة وليه اذا كان الولي يملك مباشرته وان كان الدخول قبل الادراك فهذا رضي بزوال النكاح وبعد الادراك لو اجاز
وليه قبل ادراكه فكذلك بدخوله بها يصير مجيزا له قال واذا زوج الرجل الرجل امراة بامره ثم اختلفا فقال الوكيل اشهدت فيه
على النكاح وقال الزوج لم يشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقراره وعليه نصف الصداق لاقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه
وان اختلفت المراة ووكيلها في مثل ذلك فالقول قول الزوج لانها اقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقرارا منها بشرط النكاح فلا
ولو قالت لم تزوجني لا يلزمها اقرار الوكيل وهو قول ابي حنيفة خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف
الذي بينا هكذا ذكر المسالة هنا واعاد المسالة في كتاب الطلاق وذكر ان ابا حنيفة قال هما سواء النكاح والخلع والبيع والشرا
ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الامر مقرا انه امره بفعله ففي رواية كتاب الطلاق الخلاف في اقرار الولي على الصغير في النكاح لان اقرار
الوكيل على الموكل لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فاما الولي مسلط شرعا والشرع
اعتبر الشهود في النكاح فلا يصح اقرار الولي بغير شهود والاصح ان الخلاف في الكل كما ذكرنا

باب نكاح اهل الذمة

قال اعلم ان كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين اهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك في حقهم ايضا فان النبي عم

قال

مال بعث الى الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما هو اهسا في اعتقاده يكون ثابتا في حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين
فهو انواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز بين اهل الذمة يقرون عليه اذا اسلموا عندنا وقال زفر لا يتعرض لهم في ذلك
الا ان يسلموا او يترافعوا فحينئذ يفرق القاضي بينهم لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولانهم بعقد الذمة
صاروا منا دارا والتزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا الا ترى
ان حرمة الربوا ثابت في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكنا نعرض عنهم في عقد الزنا لان ذلك مستثنى
عن عقد الذمة الا انا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والاوثان على سبيل الاعراض لان ذلك مستثنى عن عقد الذمة
قال عم الامر في فليس بيننا وبينه عقد وكتب الى نجر ان اما ان تدعوا الزنا او فاذنوا بحرب من الله ورسوله
وحجتنا في ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو اهم من هذا ولان النكاح بغير شهود
جوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم يلتزموا احكام الاسلام بجميع الاختلاف نترك منزلة ان نترك اهل الذمة وما يعتقدو
الاما استثني عليهم وان نحكم خطاب الشرع في حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا ترى ان الخمر والخنزير
يكونا لا متقوما في حقهم بينفذ تصرفهم فيها بهذا الطريق فكذا ما نحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط واذا انعقد العقد
فيما بينهم صحيحا بهذا الطريق فما بعد المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقا
فاما اذا تزوج ذمية في عدة ذمي جاز النكاح في قول ابي حنيفة حتى لا يفرق بينهما وان اسلما او ترافعا وعند ابي يوسف
يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم ايضا ولكن لا يتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا
ترافعوا او اسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما في نكاح المحارم فاما عند ابي حنيفة رح من اصحابنا من يقول
العدة لا تجب من الذمي لان وجوبها لحق الشرع او لحق الزوج ولا يمكن ايجابه لحق الشرع هنا لانهم لا يخاطبون بذلك
ولا لحق الزوج لانه لا يعتقده لذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة
لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبرا فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء
وبعد المرافعة والاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لا يمنع بقاء النكاح كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة
وهذا بخلاف ما اذا كانت من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات محرم منه من ام او
اخت لا يتعرض له في ذلك وان علمه القاضي ما لم يترافعوا اليه الا في قول ابي يوسف الاخر ذكره في كتاب الطلاق
انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لما روي ان عمر رض كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم وامنعوهم من الزمزمة اذا اكلوا
ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتبه عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري رح ما بال الخلفاء الراشدين تركوا
اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما
متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم انهم
يباشرون ذلك ثم قال ابو حنيفة رح لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضي لها بنفقة النكاح اذا طلبت
ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى اذا اسلم يحد قاذفه وقال ابو يوسف ومحمد رح هو باطل في حقهم ولكن لا يتعرض لهم
في ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شايع في دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتا في حقهم لانه
ليس في وسع المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شايعا فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ اليهم
ولكن لا يتعرض لهم لمكان عقد الذمة الا ترى انهم لا يتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها واما
الخمر والخنزير فقيل الحرمة خطاب في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون
وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون حلالا وانما تنتفي المالية على المتمول
وهم يتمولون لذلك فاما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم لما بينا وابو حنيفة رح يقول
لو تزوج مجوسية صح بالاتفاق والمجوسية محرمة بخطاب الشرع لذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم
كانه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون انه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف وباعطاء الجزية لمكان عقد الذمة
فصار حكم الخطاب قاصرا عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بان اسلموا
ثبت حكم الخطاب في حقهم فاما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقي حكم المنسوخ في حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقي حكم جواز الصلاة

الى بيت المقدس في حق اهل قبا لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان نحو اما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث باسباب كالرق واختلاف الدين مع ان التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا انه قد تيقن بذلك لما اشار الله تعالى اليه في قوله وان من اهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد التوارث معتبرا في الاستحقاق وعليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة في حالة الحيوة وبقاء الاحصان اذا ثبت هذا فنقول عند ابي حنيفة رح اذا رفع احدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الاخر يابى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان اصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فاذا رفع احدهما وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو اسلم احدهما ولو اسلم احدهما فرق القاضي بينهما فكان اسلامه كاسلامهما فكذلك اذا رفع احدهما كمرافعتهما وابو حنيفة رح اصل النكاح كان صحيحا فرفع احدهما الى القاضي ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الاخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضا لاعتقاد الاخر فيبقى حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا اسلم احدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الاخر معارضا لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقهما بانقيادهما له واليه اشار الله تعالى في قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم فكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافي ابتدا النكاح تنافي البقا بعد ما انعقد صحيحا كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة قال واذا تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير بعينه او بغير عينه فهو جايز ولا مهر لها غير ما سمي لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا وان تزوجها على ميتة او دم او بغير شي فالنكاح جايز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولها المسلم ولو كان المسلم هو الذي تزوج امراة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة رح لا شي لها اذا كانوا يدينون النكاح بغير مهر الى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لا مهر لها عند ابي حنيفة رح لا يجب المهر وان اسلما وعندهما لها مهر مثلها بناء على ما ذكرنا من الاصل فان تقييد الاسما بالمال لثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق اهل الذمة بشيوع الخطاب في دار الاسلام وكونهم من اهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لا يتعرض لهم ما لم يسلموا او يرفع احدهم الامر الى القاضي بخلاف اهل الحرب فان الخطاب غير شايع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وابو حنيفة رح يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا في الشرب ووجب الوفاء به ما لم يسلما او بعد الاسلام او المرافعة الحال حال البقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سوا واما اذا سكتا عن ذكر المهر فهكذا في احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين ولا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الاخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال والتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقا لها وكذلك عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار انه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سوا • قال واذا طلق الذمي امراته ثلثا ثم اقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق يزيل الملك وان كانوا لا يعتقدونه محصورا بالعدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم ارايت لو اخلعت بمال كان يدعها ليقوم عليها وقد استوفيتها وامسكها اذا تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالان هذا ونكاح المحارم سوا لان الثلث توجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لا يعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقا النكاح كما يمنع الابتدا فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات قال واذا تزوج الذمي ذمية على خمر بعينها او خنزير بعينه ثم اسلما او اسلم احدهما فليس لها غير ذلك المعين في قول ابي حنيفة فان كان الخمر بعينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه في القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد رحمه الله لها القيمة على كل حال • وفي قول ابي يوسف الاخر لها مهر مثلها على كل حال لم يذكر قوله الاول وقيل هو كقول محمد • اما حجتهما في العين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المسترى اذا اسلم احدهما قبل القبض وهذا لان القبض يوكد الملك الثابت بالعقد • الا ترى ان الصداق ينتصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شي الى ملك الزوج الا عضا او رضا وكذلك الزوايد تنتصف قبل القبض ولا تنتصف بعده وكذلك لو من يوم الفطر

والصداق

والصداق عند عبد الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض وبه فارق الخمر المغصوب فانه ليس في الاسترداد تاكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وابو حنيفة رح يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالمغصوب لا يمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل او بغير بدل فليس القبض هنا بموجب لها التصرف ولا ملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض هنا لا يستفاد ملك التصرف والاسلام قاطع لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا اوجبنا القيمة فلا يكون الاسلام مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب وهذا بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هنا لموجب ملك العين والاسلام يمنع ذلك واذا عرفنا هذا فمحمد رح يقول في الفصول كلها يتعذر بالاسلام تسليم المسمى بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل كما لو تزوجها على عبد فاستحق او هلك قبل التسليم وابو يوسف رح يقول الاسلام الطاري بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فكذا مثله وابو حنيفة يقول القياس ما قاله محمد رح لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان اصل السبب هنا لا يفسد بالاسلام الطاري وهنا اصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير اني استقبح قيمة الخنزير فاوجب لها مهر مثلها قبل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى اهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير لنقضي به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان مسلما اذا اتلف خنزيرا للذمي ضمن قيمته كما اذا اتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه • الا ترى ان قبل الاسلام لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول كما اذا اتاها بالعين فكما لو تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر نعني ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر مثلي وان لا امثال فلهذا يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول ابي حنيفة رح وفي غير العين لها في الخمر نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور وعند محمد رح لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل قال مسلم تزوج مسلمة على خمر او خنزير او شي مما لا يحل كان النكاح جايزا لان صحة التسمية ليس من شرايط اصل النكاح فالنكاح صحيح بعد تسمية المهر وكذلك مع فساد التسمية لان ما كان وفاسدا شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وبعد اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رح النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر مثلها لان البضع لا يتملك الا بالعوض وقد تعذر ايجاب المسمى فصار الى العوض الاصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه في باب المهور • قال ويجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد بنا على جواز اصل المناكحة فيما بينهم ثم هم اهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فيجوز المناكحة فيما بينهم كاهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا اجوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الابوين عندنا يحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولاجل ذلك عند الشافعي لان المعارضة تحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والاخر يوجب الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شي الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان احدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام على ما بينا • ولكنا نستدل بقوله عم كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة نا قله عن اصل الفطرة فيثبت ذلك فيما اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه بقي على اصل الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد احد الابوين جعل الولد تبعا له في ذلك كما في نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر لانه فلا تنفع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب اليهودية للكتابي لانه يعتقد التوحيد ويظهره فكان في جعل الولد تبعا له نوع نظر للولد وذلك في قال واذا زوج صبية من صبي وهما من اهل الذمة جاز كما يجوز بين المسلمين لان الولاية تثبت للاولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ثم اذا كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما اذا ادركا لشفقة الابوة فان ذلك

لا تختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان كان المزوج غير الاب والجد فلهما الخيار في قول ابي حنيفة ومحمد رح على ما بينا فيما بين المسلمين واذا تزوجت الذمية ذميا فقال وليها هذا ليس بكفو لم يلتفت الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يعمهم فلا يظهر مع ذلك بعضها النسب بل هم اكفاء بعضهم لبعض ٭ الا ترى انهم لو استرقوا كانوا اكفاء عرفنا انه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي ان يخاصم قال الا ان يكون شيئا مشهورا يعني كانت بنت ملك منهم خدعها حايك او سايس ونحوه فهنا يفرق بينهما لا لانعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضي مامور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مامور بذلك بين المسلمين ٭ قال واذا تزوج الذمي مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله عم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستقر الحكم في الشرع على ان المسلمة لا تحل للكافر وان نكاحه لا يحل لا في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولا يبلغ به اربعين سوطا ويعزر المراة والذي يسعى فيما بينهما وفي حق الذمي لم يذكر لفظ التعزير لانه ينبئ عن معنى التطهير والتوقير ٭ قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة واصيلا فلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه اساء الادب فيما يصنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعا عنه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن انس يقول يقتل لانه صار ناقضا للعهد حين باشر ما ضمن في العهد ان لا يفعله فهو نظير الذمي اذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ٭ ولكنا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لا يصير ناقضا لايمانه فالذمي لا يصير ناقضا لامانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعزر الذي يسعى بينهما لانه اعان على ما لا يحل ٭ والاصل فيه قوله عم لعن الله الراشي والمرتشي والرايش وهو الذي يسعى بينهما وان اسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان اصل النكاح كان باطلا فبالاسلام لا ينقلب صحيحا قال ولو اسلم الزوج وامراته من اهل الكتاب بقي النكاح بينهما وكذلك ان كانت المراة هي التي اسلمت والزوج ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلان يبقى اولى وان كانت من غير اهل الكتاب فهي امراته حتى يعرض عليها الاسلام فان اسلمت والزوج من اهل الكتاب او من غير اهل الكتاب فهي امراته حتى يعرض عليه الاسلام فان اسلم والا فرق بينهما ويستوي ان كان دخل بها او لم يدخل بها عندنا ٭ وقال الشافعي رح تقع الفرقة باسلام احدهما وان كان بعد الدخول تتوقف الفرقة بينهما على انقضاء ثلث حيض ولا يعرض الاسلام على الاخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا يتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عند اباء الاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه ما يؤثر في الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة ٭ وحجتنا في ذلك ما روي ان دهقانة نهر الملك اسلمت فامر عمر رض ان يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم والا فرق القاضي بينهما وان دهقانا اسلم في عهد علي رض فعرض الاسلام على امراته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحا بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سببا لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتاكيد الملك وكذلك كفر من اصر منهما على الكفر لانه كان موجودا قبل هذا وما كان منافيا لابتداء النكاح ولا لبقائه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لو كان الزوج مسلما والمراة كتابية فلا بد من ان يتقرر السبب الموجب للفرقة ولما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب في عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف والتسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف ان يساعدها على الاسلام فاذا ابى ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضي منابه في التفريق بينهما ثم ان كانت المراة هي التي ابت الاسلام حتى فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فلها المهر وتكون الفرقة طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة بردة المراة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد يكون طلاقا وحجة ابي يوسف في الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك احد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شيء فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها نعلم انه ليس بسبب للطلاق وهذا لانه تفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق ٭ الا ترى ان الفرقة بين العنين وامراته تجعل طلاقا بهذا الطريق وابو حنيفة رح يفرق بينهما من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك ينافي النكاح ٭ الا ترى الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضي فانه ينافي النكاح ابتداء فيكون نظير المحرمية والملك فاما اباء الاسلام غير مناف للنكاح الا ترى

ان الفرقة

ان الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافا الى الزوج يكون طلاقا يوضح الفرق ان في فصل الاباء كما ان الفرقة لا تقع الا بالقضاء اشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك ٭ الا ترى انه يتم بالمراة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت في العدة اما في الاباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متابدة الا ترى انه يرتفع بالاسلام فيتوقف على الطلاق بما هو موجبه وهو حرمة المحل الى غاية اصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها في العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معه ما هو موجب للطلاق قال واذا عقد النكاح على صبيين من اهل الذمة ثم اسلم احدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الاخر الاسلام ان كان يعقل فان اسلم فهما على نكاحهما وان ابى ان يسلم فان كان الزوج هو الذي اسلم والمراة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما ايضا لان الاباء انما يتحقق موجبا للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا اتى به يصح منه الاباء اذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوي بالبالغ كما لو وجدته امراته مجبوبا وقيل هذا على قول ابي حنيفة ومحمد رح فاما ابو يوسف رح ياخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم في ردة الصبي عند ابي حنيفة ومحمد يوجب الفرقة خلافا لابي يوسف رح والاصح انه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف ان الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا فاما الردة انشاء ما لم يكن موجودا وهو ضرر فلا يصح منه ٭ الا ترى ان ردة الصبي بعد ما نقض لا يصح وامتناعه من القبول في الابتداء صحيح ثم اذا فرق بينهما بابا الزوج فكان بعض مشايخنا رح يقولون لا يكون هذا طلاقا لان الصبي ليس من اهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق ولان السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهذا لان الصبي ليس باهل لايقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بان ورث قريبه فكذلك الطلاق ٭ والنصراني تزوج نصرانية ثم تمجست فهما على نكاحهما لانها لو كانت مجوسية في الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على اصلنا انه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لان الكفر كله ملة واحدة وللشافعي ثلثة اقوال في قول مثل قولنا وفي قول اخر انه يقتل ان لم يسلم لان الامان له كان على ما اعتقده فاذا بدله بغيره لم يبق امان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما تركنا الكفر واذا كان ما اعتقد لا ينافي ابتداء عقد الذمة له لا يكون منافيا للبقاء ايضا وفي قول اخر يقول هو يجبر على العود الى ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد ايضا فان ما كان عليه كفر فكيف يجبر على العود الى السلب بعد ما اعتقد التوحيد فان اسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الاسلام كما لو كانت مجوسية في الاصل فان اسلمت والا فرق بينهما وان تهودت او تنصرت كانا على النكاح كما لو كانت يهودية او نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما اسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما تتعجل الفرقة بسبب ردة المراة فكذلك بتمجسها بعد اسلام الزوج قال نصراني تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان نكاحا جائزا اذا كان في دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز فشهادة العبدين اولى

باب نكاح المرتد

قال ولا يجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة اصلية لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين احدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرتد مستحق القتل فما كان سبب البقاء لا يكون مشروعا في حقه والثاني ان مهله بنفس الردة صار مستحقا وانما يمهل ثلثة ايام ليتامل فيما عرض له من الشبهة فيما وراء ذلك الاجل كان لا حيوة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لاجله حيوته وهو التامل وكذلك لا يجوز نكاح المرتدة مع احد لانها مامورة بالتامل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بغيره ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح يختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لا يجوز نكاحها مع احد ٭ قال واذا ارتد المسلم بانت منه امراته مسلمة كانت او كتابية دخل بها او لم يدخل بها عندنا ٭ وقال الشافعي ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلث حيض بناء على اصله في الفرق بين تاكد النكاح بالدخول وعدم تاكده قبل ما بينا

في الاسلام فانه بالردة يقصد ما يدين بالملة الحنيفية فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعدما كره ما لم ينضم اليه سبب اخر
كما لو اسلم احدهما وابن ابي ليلى رح يقول لا تقع الفرقة بردة احدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب
فهي امراته وان مات او قتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام احد الزوجين على ما بينا ● ولكنا نقول الردة تنافي النكاح
واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية فاما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز
ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة والاسلام نضير النعم بحرمة له
فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي بعد اباء الاخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها
ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول
والكلام في هذه الفرقة انها طلاق او بغير طلاق كما بينا ● قال واذا ارتد الزوجان معا فهما على نكاحهما استحسانا وفي القياس
تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر لان في ردتهما ردة احدهما وزيادة فان كان ردتهما تنافي ابتداء النكاح ينافي البقاء ايضا ولكنا
تركنا القياس لاتفاق الصحابة رض فان بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكوة فاستتابهم ابو بكر رض ولم يامرهم بتجديد الانكحة
بعد التوبة ولا احد من الصحابة سواه ولا نقل العلم بالارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتغل بذلك ايضا لان كل امرين
لا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة احدهما لظهور خبثه عند المقابلة
بطيب المسلم فاذا ارتدا والعياذ بالله معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبيث بالخبيث والمعنى فيه انه لم يختلف
لهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا اسلم الكافران معا واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع الابتداء
ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة المحل ولكنها غير منافية فان اسلم احدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الاخر على الردة
فان اصرارهم بعد اسلام لظهور خبثه الان عند المقابلة بطيب الاخر حتى ان كانت المراة هي التي اسلمت قبل الدخول
فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي اسلم فلا شيء لها لان الفرقة من جانب من اصر على الردة فان اصراره بعد اسلام
الاخر كانشاء الردة ● قال وان اسلم النصراني وامراته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهي امراته كما لو كانت يهودية
في الابتداء وان اسلم وهي مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق ما لم يفرق القاضي بينهما
الا ترى انها لو اسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا اسلمت المراة
المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هي حتى مات الزوج كان لها المهر
كاملا دخل بها او لم يدخل بها لان النكاح ينتهي بالموت حتى يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله اعلم

باب نكاح اهل الحرب

قال بلغنا عن علي بن ابي طالب رض انه سئل عن مناكحة اهل الحرب من اهل الكتاب فكره ذلك وبه ناخذ فنقول
يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية في دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثم ربما يختار المقام فيهم وقال عم انا بريء من كل مسلم
مع مشرك لا تراءى ناراهما ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبى فيصير ما في بطنها رقيقا وان كان مسلما
واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما
بتباين الدارين حقيقة وحكما فانها من اهل دار الحرب والزوج من اهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة
عندنا وعند الشافعي لا يكون موجبا للفرقة حتى اذا اسلم احد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المراة هي التي خرجت
مراغمة وقعت الفرقة بالاتفاق اما بتباين الدارين وعنده بالقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة
لزوجها او خرج الزوج مسلما او ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا يقع عند الشافعي واستدل بحديث ابي سفيان رض
فانه اسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله عم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امراته هند
ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن ابي جهل وحكيم بن حزام حتى اسلمت امراة كل واحد منهما واخذت
الامان لزوجها وذهبت فجاءت زوجها به فلم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها زوجها ابو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعنى فيه ان اختلاف
الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولاية في دار الاسلام ● الا ترى ان الحربي

وخرج

لو خرج الينا مستامنا او المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امراته واصحابنا رح استدلوا بقوله
تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الاية وليس في هذه الاية بيان قصد
المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص وقال تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا تعتدوا من خلفتموه
في دار الحرب ولما اراد عمر رض ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة الا من اراد ان يبين امراته منه او ييتم ولده فليصحبني
فالحقهم بذا والمعنى فيه ان من بقي في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت قال الله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا
فرزقناه الهدى ● الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتى يقسم ماله بين ورثته فكما لا تتحقق عصمة النكاح
بين الحي والميت فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما لانه من اهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليه وكذلك
اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من اهل دار الاسلام حكما ومنعة اهل البغي من جملة دار الاسلام ومن وقعت لا جعل
بمنزلة الميت حكما ● والدليل عليه انه ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا تعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة
ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة بالاتفاق واما حديث زينب فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح
الجديد وما روي انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روي انه ردها عليه بالنكاح الاول اي بحرمة النكاح الاول
الا ترى انه ردها عليه بعد سنين والعدة تنقضي في مثل هذه المدة عادة وقد روي ان الكفار تبعوها واضربوها حتى اسقطت
فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة واما اسلام ابي سفيان
فالصحيح انه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما اجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رض وعكرمة وحكيم
بن حزام انما هربا الى الساحل وكانت من حدود مكة فتباين الدارين وقد قال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب
بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما فاما اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق
عندنا لتباين الدارين وعند الشافعي للسبي حتى اذا سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما عندنا وعند الشافعي تقع الفرقة
بينهما عندنا وعند الشافعي تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الاية معناه ذوات الازواج من النساء
الا ما ملكت ايمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الاية في سبايا اوطاس وقد نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا لا توطا الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وانما سبي ازواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضي
صفاء المسبي للسابي وهذا لا يبقى الدين الذي كان واجبا على المسبي وانما يصفو اذا لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبي
لملك ما يحتمل التملك ومحل النكاح يحتمل التملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس
بذي حق محترم ● الا ترى انه سقط به ما يجب عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم
او ذمي لا يبطل النكاح لحق محترم ولا يدخل عليه القصاص لانه لا يسقط بالسبي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل
للتملك ولان القصاص لا يجب الا لمحترم ● وحجتنا في ذلك ان السبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء
وهذا لان المملوك في النكاح ليس بمال فلا يثبت به التملك بالسبي مقصودا لان تملك البضع مقصودا بسببه يختص بشرائط
من الشهود والولي وذلك لا يوجد في السبي فانما يثبت الملك هنا تبعا لملك الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير
ونفس السبي ليس بمناف للنكاح ● الا ترى انه ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحترم
وغير المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع ولان السبي لا ينافي ابتداء النكاح فلان لا ينافي البقاء اولى واما الدين
ان كان على عبد فسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في الماذون وان كان على حر فسبي سقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب
على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا لمالية وحين كان واجبا على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة اذ لا مالية
في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي ● الا ترى ان الدين لو كان للحربي لا يبقى كذلك
وبه يبطل قولهم ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي فانه ملك النكاح اذا كان محترما يبقى النكاح ولا صفاء وكذلك اذا سبي الزوج
وقعت الفرقة وهناك الملك لا عليه ● واما الحديث فالمروي ان الرجال هربوا الى الحصون وانما السبي النساء وحدهن فتحققت بعد
الفرقة بتباين الدارين والاية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي
بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج الزوج مسلما وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بتباين الدارين فالاية دليلنا
فان الله حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول

اذا خرج الزوج مسلما وتركها فى دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم تقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا الى عدة
فان بقاها فى دار الحرب كما بينا فى اصل النكاح بينهما وبين الزوج بيانا فى العدة فلهذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المراة قبل الزوج
مسلمة او ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من اهل دار الاسلام ايضا فلم يتباين بهم الدار فالحربية كتابية دخلت
دار الاسلام بامان فتزوجت مسلما او ذميا جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها فى المقام فتزوجها نفسها ممن هو
من اهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام فى دارنا على التابيد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمى فكذلك
وان تزوجها مسلم لم يجز نكاحه وصيرورتها ذمية يكون حكما لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا خلاف المستامن فى دارنا
اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذميا لان الرجل ليس بتبع المراة فى المقام الا ترى انه لا يصير مقيما باقامة المراة والمراة تصير مقيمة
باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلهذا افترقا • قال حربى اسلم وتحته خمس نسوة واسلمن معه فان كان تزوجهن فى عقدة واحدة
يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن فى عقد متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد فى قول ابى حنيفة
وابى يوسف رح وقال محمد رح سواء تزوجهن فى عقدة واحدة او فى عقد متفرقة يخير فيختار اى اربع منهن شاء ويفارق الخامسة
وهو قول الشافعى رح وكذلك لو كان تحته اختان فاسلمتا معه فان تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ولو كان تزوجهما
فى عقدتين جاز نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعى يختار ايتهما شاء ويفارق الاخرى واستدل بحديث غيلان
ابن سلمة انه اسلم وتحته عشر نسوة واسلمن معه فقال عم اختر منهن اربعا وفارق سايرهن وقيس بن الحارث رض اسلم
وتحته ثمان نسوة واسلمن معه فامر النبى صلى الله عليه وسلم ان يختار اربعا منهن والضحاك بن فيروز الديلمى اسلم وتحته اختان
فقال عم اختر ايتهما شيت والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت فى بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فيوجب التخيير كما لو طلق
احدى نسايه لا بعينها ثلثا وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة فى الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم الخطاب منهم
قاصر عنهم لاعتقادهم بخلاف ذلك ما لم يسلموا • الا ترى انه لو ماتت واحدة منهن وبانت ثم اسلم وليس عنده الا اربع
جاز نكاحهن سواء بانت الاولى او الاخيرة واذا ثبت ان الانكحة صحيحة كان العقد الواحد والعقود المتفرقة سواء بمنزلة الحربى
تحته اربع نسوة فسبى وسبين معه فان العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفا فى التفريق
او التخيير وفرق محمد رح فى السير الكبير بين اهل الحرب واهل الذمة قال لو كانت هذه العقود فيما بين اهل الذمة كان الجواب
كما قال ابو حنيفة رح لان خطاب الشرع بحكم الشيوع فى دار الاسلام يجعل نابيا فى حق اهل الذمة وان كنا لا نتعرض لهم
ما لم يسلموا فاما ابو حنيفة وابو يوسف استدلا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والجمع بين الاختين نكاحا حرام اما بهذا النص
وبنكاح الاولى ما حصل الجمع فيكون نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ لا
هنا فوى الجمع فتعين الفساد فى نكاح من حصل بنكاحها الجمع فكان نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وان تزوجهما فى عقدة واحدة
فالجمع حصل بهما ولم يكن ابطال النكاح احداهما باولى من الاخرى فبطل نكاحهما بمنزلة الحربية تحت حربيين اذا اسلمت واسلما معا
وكذلك فى نكاح الخمس الحرمة بسبب الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فتصرف الفساد اليها اولى
وان كان تزوجهن فى عقدة واحدة فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف ما لو ماتت احداهن وبانت لان الاعتراض بسبب الجمع
بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احداهما او بانت وهو نظير
ما لو تزوج رضيعتين فجاءت امراة فارضعتهما بانتا منه ولو ارضعت احداهما فماتت ثم ارضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية
لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى فى نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت او بانت لم يتحقق الجمع
بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هنا لم يقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حرا
وللحر ان يتزوج اربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى
العقد الواحد والعقود المتفرقة فيه سوا بمنزلة الرضيعتين ارضعتهما امراة بانتا منه وان تزوجهما فى عقدين لان الاعتراض
وجب بعد صحة النكاح بالاجنبية العارضة فيهما وهما مستويان فى ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث فلئن ثبتت
فقد قال مكحول ان ذلك كان قبل نزول الفرايض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع بتجديد العقد عليهن ولما كانت الانكحة صحيحة فى الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
ذلك مستثنى منه وسمى ما زاد على الاربع وعلى هذا لو اسلم وتحته ابنة وام فاسلمتا معه فان كان تزوجهما فى عقدة واحدة

بطل

بطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله ان يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له ان يتزوج واحدة منهما لان الدخول
بكل واحدة منهما يوجب حرمة المصاهرة الاخرى على التابيد وان كان دخل بالام فليس له ان يتزوج واحدة منهما لان الام
حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وان كان دخل بالبنت دون الام فله ان يتزوج البنت دون الام لان مجرد
العقد على الام لا يوجب حرمة البنت فان تزوجهما فى عقدتين فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما
وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على البنت والبنت
حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى اما فنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لا يحرم البنت
فاما على قول محمد رح سواء تزوجهما فى عقدة او عقدتين فكان نكاح البنت صحيح لان العقد على الام لا يوجب حرمة البنت
والعقد على البنت يوجب حرمة الام الا ان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينها وهذا اذا كان دخوله بالام بعد ما تزوج
بالبنت فان كان قبل ان يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لا يحرم
الام بذلك الا ان يكون دخل بالبنت ايضا فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة وليس له ان يتزوج واحدة منهما
قال وان اسلم الحربى وامراته وقد كان نكحها بعد ان طلقها ثلثا قبل ان تنكح زوجا غيره فرق بينهما لان التطليقات الثلث
تقع فى دار الحرب كما فى دار الاسلام فانهم يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل الى وقت اصابة الزوج الثانى بمنزلة
الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام كذلك هنا وكذلك لو جامع امها او ابنتها او قبل واحدة
منها بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق فى دار الحرب كما يتحقق فى دار الاسلام
فهذا مثله قال واذا اسلم احد الزوجين فى دار الحرب ولم يكونا من اهل الكتاب وكانا والمراة هى التى اسلمت فانه يتوقف
انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلث حيض عندنا سواء دخل بها او لم يدخل بها • وقال الشافعى ان كان قبل الدخول
تقع الفرقة باسلام احدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء ثلث حيض عندنا سواء دخل بها او لم وعنده لا يختلف
هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه يبتنى على تاكد النكاح بالدخول وعدم تاكده كما ذكرنا فاما عندنا نفس الاسلام
احدهما غير موجب للفرقة ولا كفر من اصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين بنفسه كما بينا فى دار الاسلام الا ان فى دار الاسلام
يمكن تقرير السبب للفرقة بعرض الاسلام على الاخر منهما حتى اذا ابى يصير مفوتا الامساك بالمعروف وفى دار الحرب لا يتاتى ذلك
لان يد امام المسلمين لا يصل الى المصر منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند ابايه فيقام ثلث حيض مقام
ثلث عرضات فى تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مرتد بها حين لم يتبعها عندها على الاسلام وبعدما صار غير مرتد لها
تقع الفرقة بانقضاء ثلث حيض كما لو طلقها الا ان هنا لا اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة قبل الدخول
بدون انقضاء ثلث حيض لان الزوج ما باشر شيئا بل هو مستديم لما كان عليه فلهذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء
ثلث حيض فى الوجهين جميعا واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول
والمراة حربية فكذلك الجواب لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها وان كانت المراة هى المسلمة فكذلك عند ابى حنيفة رح
لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربى • واصل المسئلة فى المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة
او ذمية لم يلزمها العدة فى قول ابى حنيفة رح الا ان تكون حاملا فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت حايلا فلها
ان تتزوج فى الحال وعلى قول ابى يوسف ومحمد رح تلزمها العدة وحجتهما فى ذلك حديث سبيعة انها لما هاجرت امرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد والمعنى فيه ان هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة كالمطلقة فى دارنا
وهذا لان وجوب العدة لحق الشرع عليها كيلا يجتمع ماء رجلين فى رحمها وهى مسلمة مخاطبة لحق الشرع وهذا بخلاف المسبية
فانها ليست بحرة وتاثيره انها حلت للثانى ومن ضرورة الحكم بحلها للسابى لانا نقول كما يجب الاستبراء على السابى اذا كانت
ثيبا او منكوحة فكذلك اذا كانت بكرا او لم تكن منكوحة فكان هذا مع ان هذا دليلنا لان بالاستبراء هنا لم يحصل المقصود
فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف المهاجرة وابو حنيفة رح استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن
اجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة يكون زيادة • وقال تعالى ولا تمسكوا
بعصم الكوافر وفى ايجاب العدة تمسك بعصمة الكوافر والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة
كالمسبية وهذا لان تباين الدارين حقيقة وحكما منافى للنكاح فيكون منافيا لاثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع ○

مع وجود المنافي لا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امراة لا تجب العدة عليها لحقه لان الحل الثابت بالملك حقيقة ولا يجب لحق الشرع لوجود المنافي فاما اذا كانت حاملا فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لا تتزوج حتى تضع لان في بطنها ولدا ثابت النسب من الغير وذلك مانع للنكاح كام الولد اذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجها حتى تضع • وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها ان تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها الزوج حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربي فهو بمنزلة ماء الزاني والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عنده ولكن الاول اصح لان الحبل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربي وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لا يصح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مستامنا ثم اسلم او صار ذميا لانه صار من اهل دارنا حقيقة وحكما في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج اربعا سواها واختها ان كانت في دار الاسلام لانه لا عدة على التي في دار الحرب عندهم جميعا فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا اسلمت المراة ثم خرج الزوج مستامنا فهما على النكاح ما لم تحض ثلث حيض لان المستامن وان كان في دارنا صورة فهو من اهل دار الحرب حكما فكانه باق في دار الحرب حتى اذا اسلم الزوج قبل ان تحيض ثلث حيضات فهما على النكاح وان صار الزوج من اهل الذمة فهما على النكاح ايضا حتى اذا اخرجت المراة فهي امراته حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فاما اذا خرجا مستامنين ثم اسلمت المراة ففي رواية يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلث حيض لان الزوج من اهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كانا في دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان على الزوج الاسلام فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلث حيض تقع الفرقة ايضا ففي حق الذمي يتوقف على عرض الاسلام وفي حق الحربي في دار الحرب يتعين انقضا ثلث حيض وفي حق المستامن اي الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستامن من وجه يشبه الذمي فانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربي لانه يتمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو مترخط على الشبهين فلشبهه بالذمي اذا وجد عرض الاسلام تقع الفرقة ولشبهه بالحربي اذا وجد انقضا ثلث حيض تقع به الفرقة

باب الهبة في النكاح

قال النكاح بلفظ الهبة والصدقة والتمليك صحيح في قول علمائنا رحمهم الله وعلى قول الشافعي لا يصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها للنبي الاية فقد جعل النكاح بلفظ الهبة خالصا للرسول صلى الله عليه وسلم دون غيره من المومنين • وقال عم اوصيكم بالنسا خيرا فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة الله تعالى واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التي امرنا بالاستحلال بها الانكاح والتزويج • وفي قوله اخذتموهن بامانة الله اشارة الى ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك وهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما لا يدلان على الملك • الا ترى انه لا ينعقد بهما شي من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح ما لا يحصى من مصالح الدين والدنيا والفاظ التمليك لا تدل على شي من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص شرع بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما اشار الله تعالى في قوله شهد الله انه لا اله الا هو لم يقم لفظ اخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لا يصح ادا الشهادة به • والدليل عليه ان التزويج هو التعليق والنكاح هو الضم وليس فيه ما يدل على الملك وليس في التمليك معنى التعليق والضم فلا ينعقد هذا العقد بالفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ يقع به اذا قال لامراته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظة الطلاق ومع النكاح لا يصح الا بشهود وعند ذكر لفظة الهبة الشهود لا يعرفون انهما ارادا النكاح • وحجتنا في ذلك قوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها للنبي الاية معناه ان اراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالى الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح واما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المراة يعني انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في اية اخرى وما كان لكم ان توذوا رسول الله ولا ان تنكحوا ازواجه من بعده ابدا والاصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضي هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لا يلزمك مهرها وهذا لك دون المومنين • الا ترى انه قال قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم يعني من الابتغاء بالمال والدليل عليه انه قابل الموهوبة نفسها بالموتى مهورها بقوله تعالى انا احللنا لك ازواجك الاية • وكذلك قال في اخر الاية لكيلا يكون عليك حرج وهو نص على ان الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ اذ لا حرج عليه في ذكر لفظة النكاح انما الحرج في ابقاء المهر مع ان المذكور لفظة الهبة في جانب المراة لا في جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر واما مانا في المسئلة على رضى فان رجلا وهب ابنته

لعبيد الله

لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فاجاز ذلك علي رضي الله عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطي فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لا على سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره ليس بعلم لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى اني اراني اعصر خمرا اي عنبا بالعصير يصير خمرا ويسمى المطر سما لانه ينزل من السما وما يكون من علو تسميه العرب سما • وكذلك النبات تسمى سما لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطا السما حتى اتيناكم واذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة في محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فلاتصال بينهما سببا يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد • الا ترى انه يختص به الزوج حتى يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق والرفع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا ان المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما لفظان جعلا علما لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فاما في المنصوص لا يعتبر المعنى مع انهما لفظان للايجاب ما ليس بمال فلهذا لا تاثير لهما في اثبات ملك المال • ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذي جعل كناية عنه واشتراط اسماع الشاهدين اللفظ الذي ينعقد به النكاح فاما فيما وقع على مقصود المتعا فذلك ليس بشرط مع انه اذا قال وهبت ابنتي منك بصداق كذا فالشهود يعلمون انه اراد النكاح كما ان الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل الزوجية اذا قال لامراته تزوجي ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على انه لا ينعقد به النكاح فاما لفظ البيع فالصحيح انه ينعقد به واليه اشار في كتاب الحدود • قال اذا زنا بامراة ثم قال تزوجتها او اشتريتها وعند الفقيه الذي بينا ان البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة في محله وكان ابو بكر الاعمش رحمه الله يقول لا ينعقد النكاح بلفظ البيع لانه خاص لتمليك ما له واما لفظ الاجارة لا ينعقد به النكاح لانه غير موجب ملكا يستفاد به ملك المتعة فانه يوجب ملك المنفعة وملك المنفعة لا يستفاد ملك المتعة • ويحكى عن الكرخي رحمه الله انه كان يقول ينعقد به لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله تعالى فاتوهن اجورهن • وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ولكن هذا فاسد ايضا فان الاجارة شرعا لا تنعقد الا موقتا والنكاح لا ينعقد الا موبدا فبينهما مغايرة على سبيل المنافاة • فاما لفظة الوصية لا ينعقد النكاح لانه لا يوجب الملك بنفسه بل يوجبه الخلافة مضافا الى ما بعد الموت لا يصح ايضا فان قيل الهبة ايضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليه القبض • قلنا الهبة لا توجب اضافة الملك ولكن لضعف في السبب لتعريه عن العوض يتاخر الملك الى ان يتقوى بانضمام القبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا جاز استعماله في حق الكبيرة والصغيرة فلهذا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض • ولهذا لو مات عقيب العقد يتقوم البدل فكان هذا بمنزلة هبة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه • واما لفظة الاحلال والتمتيع لا توجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اذن له ان يتمتع به لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك واما الاعارة فكذلك فانه لا يوجب ملكا يستفاد به ملك المنفعة والاقراض في معنى الاعارة مع ان الاقراض في محل ملك المتعة لا يصح لان محل ملك المتعة الادمي • والاستقراض في الحيوان لا يصح فلهذا لا ينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن باعتبار هذه الالفاظ ينعقد للشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول • قال ولو قال تزوجتك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك لانها اخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولا يحتاج الى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على ما بيناه فيما سبق • وذكر في النوادر انه اذا قال جئتك خاطبا فقالت قد فعلت ازوجتك نفسي كان نكاحا تاما • وفي الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت قد زوجتك نفسي فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه ان لفظة الخطبة لا ينعقد به النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسن فقال المراد به في عادة الناس العقد فلاجل العرف الظاهر جعلناه بمنزلة النكاح استحسانا

باب المهور

قال وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط ان دخل بها او مات عنها وهذا مذهبنا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو احد قولي الشافعي وفي القول الاخر لا يجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضي او بقضاء القاضي حتى اذا مات احدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم مختلفون فيما اذا دخل بها واكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول

واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضي الله عنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه انها ردت بضعها وهي من اهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئا من مالها وهذا لان المستوفى بالنكاح اما ان يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبنا او في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان في حكم العين فبدله بمنزلة ارش الطرف يخلص حقا لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه انها تملك الابراء عن المهر والشراء به شيئا وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض واكثرهم على ان فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع الا ترى ان ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذي يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا اشار الله تعالى في قوله فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن ولان المعاوضة في النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فاما المهر ليس بعوض اصلي ولكنه زائد يوجب لها بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر الى ان يتأكد بالدخول او الفرض بالتراضي او بالقضاء ◦ الا ترى ان ملك اليمين يثبت بعوض واجب بشرط التعويض واذا لم يكن واجبا بنفس السبب ◦ والدليل عليه ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولو كان واجبا بنفس العقد يتنصف كالمسمى ◦ وحجتنا في ذلك ما روي ان ناسا سألوا ابن مسعود رضي الله عنه عن هذا فجعل يردده شهرا ثم قال اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمني ومن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان ومعقل بن يسار وابو الجراح صاحب راية الاشجعيين رضي الله عنهم فقالوا نشهد ان رسول الله قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضيتك هذه ففرح ابن مسعود رضي بذلك سرورا لم يسر قط مثله بعد اسلامه لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي روي ان عليا رضي رد هذا الحديث وقال ماذا نصنع بقول اعرابي بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو انه كان يحلف الراوي ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحا كان موجبا للعوض كالبيع وكما لو زوج الامة ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم يعني تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل ان العوض الاصلي هو المهر ◦ والدليل عليه انه يثبت لها حق المطالبة بالتقدير كما في اليمين بطريق الهبة فعرفنا ان اصل الوجوب بالعقد شرعا واليه اشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم اضاف الى نفسه وبين خصوصية النبي عم بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه في غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه اشار ابو سعيد الخدري رضي والمطالبة بالتقدير تبتني على وجوب الاصل ففي كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير لا نكاح الا بشهود ومهر الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ◦ والدليل انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا بالبدل واجب وان بعد الدخول لها لا وجه لانكاره لانه منصوص عليه في القرآن والدخول تصرف في الملك فاذا ثبت الملك بغير عوض لا يجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لا ينعقد الا معاوضة المال لاظهار خطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر اذا وجب البدل بنفس الملك فكما ان الملك لا يحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل الا في حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم اهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلا على انه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمى بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه ان المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لا يسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لا تجب بالتسمية ولا بنفس العقد تسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من وجه لانه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لانه وجب بنفس العقد فلقوته من وجه لا يسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول اذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتي تعتبر بمهورهن عشيرتها من قبل ابيها كاخواتها وعماتها وبنات عمها عندنا ◦ وقال ابن ابي ليلى امها وقوم امها كالخالات وذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة والبنت تكون قرشية تبعا لابيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل ابيها ولا يعتبر مهرها بمهر امها الا اذا كانت امها ابنة عم ابيها وانما يعتبر عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف

قال

قال عم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر ان تكون تلك المرأة من بلدها ولا يعتبر بمهر عشيرتها في بلدة اخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفي الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهرا فرضيت به او رافعته الى القاضي ففرض لها مهرا فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل ان يدخل بها ففي قول ابي يوسف الاول لها نصف المفروض بعد العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول ابي حنيفة ومحمد لان المفروض بعد العقد تقدير لمهر المثل ◦ وقد بينا ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى في العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس في معناه الا انه وان استند حكمه الى وقت العقد لا يصير كالمسمى في العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها في المهر بعد العقد ففي قول ابي يوسف الاول تتنصف الزيادة ◦ والاصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى في العقد ◦ قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي من بعد الفريضة ◦ وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى في العقد خاصة لقوله تعالى فنصف ما فرضتم اي سميتم في العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط بالطلاق وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح قال واذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج الف وقالت المرأة الفان ففي قول ابي حنيفة ومحمد رح يحكم مهر مثلها وفي قول ابي يوسف وابن ابي ليلى القول قول الزوج الا ان يأتي بشيء مستنكر جدا ◦ وجه قولهما انهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق ولا معنى للمصير الى تحكيم مهر المثل لان وجوب مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على اصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ◦ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ولا يصار الى تحكيم المتعة وكذا في حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق نوعان نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله واما ابو حنيفة ومحمد رح قالا بصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع الرغبة الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير الى الموجب الاصلي كالصباغ ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر لانه يتبين بعمل الفصاد موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد يحتمل الفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف بخلاف الطلاق بمال والعتق على مال واذا طلقها قبل الدخول يصار الى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسألة فيما اذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين واما في كتاب النكاح وضع المسألة فيما اذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلهذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على انه يجوز ان يصار الى مهر المثل قبل الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق فاذا لم يبق ما سقط من الكرامة وفي معنى قول ابي يوسف الا ان يأتي بشيء مستنكر جدا قولان لمشايخنا رح احدهما ان يدعي ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول المشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر جدا وليس في الثمن تقدير شرعا ◦ واما بيان قول ابي حنيفة ومحمد رح فقد كان الكرخي رح يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك فكان ابو بكر الرازي رح يقول يحكم مهر المثل اولا فان كان مهر مثلها الفا او اكثر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد للزوج وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لان المصير الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول احدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضع والاصح ما ذكره الكرخي رح لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف فانهما بدعوى كل واحد منهما من المسمى ينفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا انه لا بد من المصير الى التحالف في الابتداء واصل النكاح فان كان لا يحتمل الفسخ فالتسمية تحتمل الفسخ فان تحالفا نظر الى مهر مثلها فان كان الفين او اكثر فلها الفان وان كان الفا او اقل فلها الالف لاقرار الزوج به وان كان الفا وخمسمائة فلها مهر المثل وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة وجب قبول بينته لانه نور دعواه بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وكذلك لو مات احدهما ثم وقع الاختلاف بين الحي وورثة الميت فهو على ما ذكرنا لان الوارث يقوم مقام المورث فاما اذا ماتا معا فهنا فصلان احدهما ان تتفق الورثة انه لم يكن في العقد تسمية والثاني ان تختلف الورثة في المسمى اما في الاول فيقضى لورثتها في تركة الزوج بمهر المثل في القياس وهو قول ابي يو

لان مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لا يسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ۔ الا ترى ان بعد موت احدهما لا يسقط المسمى ومهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه في ذلك بعد موتهما واستحسن ابو حنيفة رح فقال لا يقضى بشيء واستدل في الكتاب فقال ارايت لو ادعى ورثته على رضي من ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد وانقراض اهل ذلك العصر يتعذر على الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما يقضى بمهر مثلها والطريق الاخر ان المستحق بالنكاح ثلثة اشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ما قررنا فالمسمى لقوته لا يسقط بموتهما ولا بموت احدهما لان ما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما ۔ الا ترى ان الصحابة رض اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت احدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم انه يسقط بموتهما فاما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد رح يصار الى تحكيم مهر المثل لان من اصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج ايضا لان مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير الى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج الا ان يقوم لورثة المراة بينة على ما ادعوا من المسمى فحينئذ يقضى لها بينة ويستوي في هذا كله ان دخل بها او لم يدخل بها لان ما قبل الدخول عند الطلاق اما عند الموت لا فرق لان النكاح ينتهي بالموت

قال واذا تزوجها على بيت وخادم فلها خادم وسط وبيت وسط والكلام هنا في فصول ۔ احدها ان تسمية الخادم في النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي لا يصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلقا او على امة فلها عبد وسط او امة وسط وان اتاها بالقيمة اجبرت على القبول وان اتاها بالقيمة اجبرت على القبول ۔ وعند الشافعي لا يصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لا يستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا اصل للشافعي رح ان كل ما لا يصلح مسمى عوضا في البيع لا يصح في النكاح لان المقصود بالمسمى هو المالية ومجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه ۔ الا ترى انه لو سمى ثوبا او دابة او دارا لم يصح التسمية فكذا اذا سمى عبدا وحجتنا في ذلك ان المهر انما يستحق عوضا عما ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة مطلقا في معاوضة ما ليس بمال ۔ الا ترى ان الشرع اوجب في الدية مائة من الابل واوجب في الجنين غرة عبدا او امة فاذا جاز ان يثبت الحيوان مطلقا دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذا يثبت شرطا وهذا لان معنى المالية هذا ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا يمنع صحته كما في الاقرار فان من اقر لانسان بعبد صح اقراره الا ان هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رح لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضا صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما اوجب الشرع في الزكوات الوسط نظرا للفقراء وارباب الاموال ولكونه ما ملتزم ابتداء لا يمنع صحته كما في الاقرار فان من اقر لانسان صح اقراره الا ان هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رح لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضا صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما اوجب الشرع في الزكوات الوسط نظرا للفقراء وارباب الاموال ولكونه ما ملتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام وهذا لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما اوجبه الشرع من الدية فان ذلك يتردد بين الابل والدنانير والدراهم ومن اصحابنا رح من يقول لو لم يصح التسمية احتجنا الى ايجاب مهر المثل لانه بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية لان بعض الجهالة يمنع هذه التسمية وكل جهالة مثل جهالة مهر المثل وفوق جهالة مهر المثل يمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شيء من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس واما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية لتحصل بها التحرز عن بعض الجهالة فاما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول اجناسا مختلفة من القطن والكتان والابريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول اجناسا مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم يصح التسمية ووجب المصير الى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لو لم نصحح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا يحتاج الى ايجاب مجهول اخر لانه لا يفسد بالبيع ويعود اليه عوضه وهو معلوم فاما اذا سمى في المهر بيتا فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المبني وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت وبيتين فيريدون متاع البيت ما يجهز به تلك المراة عادة وينصرف الى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ما قلنا ثم قال ابو حنيفة رح قيمة العبد اربعون دينارا وقيمة الخادم اربعون

وقال ابو يوسف ومحمد هو على قدر الغلاء والرخص وله الوسط من الخادم السندية وليس هذا باختلاف في الحقيقة ولكن ابو حنيفة ضر فتواه على ما شاهد في زمانه وهما زادا على ذلك وبينا انه يتقوى في الاوقات والامكنة كلها والامر على ما قالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص ۔ قالوا والوسط من الخادم السندية وهذا لان ارفع الخدم الاتراك وادنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط من الخدم فيما بين ذلك ويكون في بلادنا قل ما يوجد السندي فالوسط ادنى الاتراك واعلى الهنود قال وان تزوجها على وصيف ابيض فلها خمسون دينارا في قول ابي حنيفة رح وهذا بناء على ما شاهد في زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكنه في زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفا ابيض لا يساوي ذلك فهو جائز وفي هذا شرط اعتبار واعتبار القيمة عند اختيار اداء القيمة فاما اذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة ۔ قال وان كانا من اهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت اهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هنالك لان المعتبر في التسمية العرف ۔ الا ترى لو اشترى بدراهم مطلقا ينصرف الى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف ايضا والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين اهل البادية من الشعر وفيما بين اهل الامصار البيت متاع البيت فصرفنا التسمية الى ذلك في كل موضع قال وان تزوجها على شيء بعينه ولم يره فليس لها فيه خيار الرؤية لان عدم الرؤية لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهي المنكوحة فكذلك في عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة في اثبات خيار الرؤية وليس تجب قيمته والقيمة غير مرتبة كالعين فعرفنا انه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لا يرد الصداق بالعيب الا ان يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعي في كل عيب ترده في المبيع يرد به في الصداق وهو بناء على اصل بينا وبينه ان عنده بالرد تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لا تبطل التسمية ولكن يجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيرا لا يستدرك بالرد فائدة اذ لا فرق بين عين الشيء وبه عيب يسير وبين قيمته واذا كان العيب فاحشا فيستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحا وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار ما لا يدخل تحت تقويم المقومين في الاسواق فهو عيب فاحش واذا كان ينقص بقدر ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب يسير ۔ وحجته لاثبات اصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن اصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن بطلان التسمية في النكاح لا يبطل النكاح كانعدام التسمية في الابتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فيجب قيمته كالمغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لا تبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله اذا كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعي تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض اصحابه تقول لا تبطل التسمية ٥ بالهلاك عندنا ولكن يجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فاما الرد بالعيب لا يكون الا لرفع تلك التسمية فيبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لا تبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله اذا كان من ذوات الامثال وعنده لا صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لا تنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك في انه يجب قيمته على الزوج ۔ قال وان كان اجر الصداق فالاجر له لان الصداق في يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب اذا اجر المغصوب فالاجرة له ولكن يتصدق لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي الاجرة بناء على اصله ان المنافع عنده مال فالاجر بدل ما هو مال لها فيكون بمنزلة العقر وارش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ما ليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزا من تراب غيره وباعه يكون له الثمن ۔ قال وان ولدت او اكتسبت مالا قبل التسليم فكذلك كله للمراة معها ۔ والحاصل ان الزيادة في الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض من العين والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار واما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمراة اذا دخل بها الزوج او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة واما اذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت او متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل البيع فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير مقابلها شيء من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة

لا تنتصف بالطلاق قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق ويسلم لها الكسب في قول ابي حنيفة وعندهما يرد الاصل مع الكسب
وكذلك المبيع قبل القبض اذا اكتسب ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند ابي حنيفة يسلم الكسب للمشتري وعندهما
هو للبائع ٠ وجه قولهما في ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون بمنزلة الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعدما بطل ملكها عن الاصل
فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او غير متولدة
فبعد ما انفسخ سبب الملك لها في الاصل لا يبقى سبب الملك الزيادة لها وابو حنيفة رح يقول السبب الذي به ملكت الكسب لم ينفسخ
فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق ٠ وبيان ذلك ان سبب ملك الكسب اما قبول الهبة العبد واجارته نفسه او اكتسابه من حيث
الاحتطاب او الاحتشاش وشيء من هذه الاسباب لا ينفسخ بالطلاق وتاثيره ان الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن اذا لم يكن المكتسب
من اهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه في الاصل
بعد ذلك لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل
الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ٠ الا ترى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مستحقا يقابله
حصته من الثمن عند القبض وكسب المبيع لا يكون مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المراة
الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها يتنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق يثبت في الكل حين كانت
الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة في يدها ثم طلقها
قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وترد نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام
ملكها وبيدها فيكون سالما لها وان ازداد ذلك رد الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالما له
وهذا لقوله عم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما اذا كانت الزيادة متولدة
من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار تمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف
قيمة الاصل وجميع قيمته يوم دفع اليها وعلى قول زفر رح يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة
من قبلها لان بقبضها لا يتاكد ملكها ما لم يدخل بها بل يتوهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت
فيسري ذلك الحق الى الزيادة بمنزلة المشتراة شراء فاسدا اذا قبضها المشتري فازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح ٠ قال يرجع الزوج في الطلاق عليها بنصف قيمة الاصل وعند الردة يسترد منها الاصل مع الزيادة
لان الردة تفسخ السبب من الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهنا يثبت حكم الرد في الاصل وفي الزيادة
فاما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم يكن في ملكه ولا في يده وبعد تنصف الزيادة يتعذر تنصف
الاصل ٠ ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق في العقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق
انما يثبت في المفروض في العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لا حقيقة ولا حكما اذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها
وهي جزء من العين فيتعذر بتعذره تنصف العين كالزيادة المنفصلة في الموهوب فانه لا يمنع الواهب من الرجوع في الاصل لان الهبة عقد تبرع
فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الاصل سالما له بغير عوض فيجوز ان يسلم له الزيادة ايضا بغير عوض
فاما البيع والنكاح معاوضة فيتعذر رد الزيادة لو اثبتنا حكم الرد في الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض بعد فسخ عقد المعاوضة
بينهما فاذا تعذر تنصف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها
بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فاما اذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل ان يدخل بها عند ابي حنيفة
وابي يوسف الزيادة المتصلة سوا وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند زفر ومحمد يتنصف الاصل بزيادته ٠ وجه قولهما
في ذلك ان الزيادة في عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا معتبر بها في عقود المعاوضات كما في البيع ولو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية
فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم ورده المشتري يجب بنسبة الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة
ثم هذه الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة السعر ٠ الا ترى انها لا توجد شيئا قبل القبض لا يقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذلك
في الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين
على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري الى الزيادة واذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الاصل لان الاصل لا ينفصل
عن الزيادة فاما قبضها الصداق فقبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فيه يتبين ان حق الزوج فيه في الاصل فيسري الى الزيادة كما في البيع

وابو حنيفة وابو يوسف رح قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها فيكون سالما لها بكل حال كالزيادة المنفصلة
واذا تعذر تنصيف الزيادة يتعذر تنصيف الاصل لما قال محمد رح والدليل عليه ان الصداق في حكم الصلة من وجه لا يملكه عوضا
عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة في الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتاثير الزيادة المتصلة في الصلات اكثر من تاثير
الزيادة المنفصلة حتى ان الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل
فالمتصلة اولى فاما البيع فالصحيح ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة
وما ذكر في المأذون وهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع ان الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكره في المأذون هو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع ٥
على ان الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها
في يدها بعد ما طلقها الزوج يتنصف قبل الدخول الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار نصف الاصل مستحقا عليها فيسري
ذلك الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا يرد بزيادتها المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق واما حكم النقصان فان
الصداق في يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمراة لان العيب اليسير لو كان موجودا وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه
فكذلك اذا حدث بعد العقد قبل القبض ٠ وعن زفر رح انه يثبت لها الخيار بسببه فكذلك اذا حدث بعد العقد قبل القبض
استحقت الصداق بصفة السلامة وبالعيب قد تغير ولكن هذا ينبغي على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان
لها الخيار ايضا اذ لا فرق بينهما فاما اذا احدث بالصداق عيب فاحش في يد الزوج فهو على خمسة اوجه ٠ احدها ان يكون
العيب بافة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت وان شاءت رجعت بالقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت اخذت
المعيب فلا شيء لها من الاصل بنقصان الضمان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما اوجبه العقد فيثبت لها الخيار
واذا اردت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فاذا اختارت الاخذ فلا شيء لها من ضمان النقصان
على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاوصاف لا تكون مضمونة بالعقد ٠ وعن زفر رح ان لها ان تضمن الزوج النقصان
لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب اذا تعيب في يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع استرداد
العين ٠ ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض ٠ والثاني ان يكون التعيب بفعل الزوج فيكون لها الخيار
للتغير وان اختارت الاخذ ضمنت الزوج النقصان ٠ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح انه ليس لها تضمين النقصان لانه مضمون
على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع اذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشتري فهذا مثله ٠ ووجه ظاهر
الرواية ان الزوج اتلف جزءا من الصداق ولو اتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذا اذا اتلف الجزء ثم المعنى فيه البيع فان البائع هناك
لو اتلف الكل لم يضمن فكذا اذا اتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة
سماوية حتى اذا تعيب بفعل البائع سقط حصته من الثمن عن المشتري بخلاف ما اذا تعيب بآفة سماوية فهنا ايضا يفصل بينهما
فيما اذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج تناول الاوصاف كما يتحقق في الاصل
بخلاف ما اذا تعيب بغير فعله فان الضمان هنا بالعقد لا يتناول الاوصاف مقصودا ٠ والثالث ان يكون التعيب بفعل
الصداق بنفسه ففي ظاهر الرواية هذا كالعيب السماوي لان فعله بنفسه هدر وقد روي عن ابي حنيفة ان هذا بمنزلة تعيب
الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن في استحقاق توجه عليه كما في المغصوب ٠ والرابع ان يحصل التعيب
بفعل الاجنبي يجب ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فاذا اختارت
الاخذ رجعت على الجاني بضمان النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو ارادت
ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج في التعيب ٠ والخامس ان يكون التعيب
بفعل المراة فتصير به قابضة للصداق لانها اتلفت جزءا منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي
ولا خيار لها في ذلك ٠ والذي بينا في هذه الفصول اذا دخل بها الزوج او مات عنها فاما اذا لم يدخل بها فهي في حق النصف
اذا طلقها قبل الدخول كما في الكل اذا طلقها بعد الدخول فاما اذا تعيب في يد المراة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة
اوجه ايضا اما اذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل ان يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت
لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء اخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شيء لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما

متعيبة في يدها لا يلزمها شيا من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل المراة لان فعلها صادف ملكا صحيحا فلا يكون موجبا
ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكا فيصلح ان يكون موجبا للضمان عليه فاما اذا كان التعيب
في يدها بفعل اجنبي فان الاجنبي ضامن للنقصان ووجوب الضمان بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل الجزء من عينها فيمنع
تنصيف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج
بمنزلة الاجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم اليها فكان فعله كفعل اجنبي آخر في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق في
بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق فكان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب قد تقرر في نصف
بالطلاق وصار مستحقا للرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان
اذا تعيب بآفة سماوية او بفعله بنفسه او بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب
وان كان التعيب بفعل الاجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر ان العيب في يدها قبل الطلاق
وبعده في الحكم سوا وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا ❁ قال وان كان المهر جارية فلم يقبضها المراة حتى وطيها
الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق في ذلك لانها مملوكة للمراة والاستيلاد في ملكها غير صحيح لان الحد سقط عن الزوج
لان الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البايع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد لزمه العقر فكان
مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطي في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فاذا طلقها قبل الدخول
نصفا لكل الجارية ولا تصير ام ولد للزوج لان حق امية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا
فكذلك لا يثبت لها حق امية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمراة
في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عنده الولد ولا يصير الزوج ضامنا ما صنع في الولد شيا انما صنعه في الطلاق وذلك ليس بمانع
لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما لملكه ❁ ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر بينهما نصفان
فان قتلت الخادم او ماتت عند المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق
بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كان الخادم ملكا للمراة فلهذا لم يكن
للزوج ان يضمن القاتل شيا ❁ قال وان كانت ازدادت في يدها زيادة منفصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمتها
قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكت لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شي ولكنها بالقبض صارت ضامنة للزوج نصف
حين قبضت ❁ قال ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت في يدها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فبنصف الاصل لا انه ان كان
الزيادة ولدا وقد نقصتها الولادة يثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث في يدها في الصداق فان لم يتمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له
الا ان تكون المراة هي التي استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة اذا ولدت فاتلف المشتري ولدها ثم اراد رد الاصل
بالعيب ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيا لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة
ولكن ان تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذي اتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمراة
لان الزيادة امانة في يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة ❁ قال وان كانت الجارية في يد
عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجز عتقه لانه اعتق ما لا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت
المراة هي التي اعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم اذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمته يوم اعتقته لانها بالاعتاق بنفسها
قابضة متلفة ❁ قال وان كانت المراة قبضت الصداق لم ينفذ عتقه في شي منها وعند زفر رح ينفذ عتقه في نصفها لان من اصله
ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها الى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه في نصيبه ❁ ولكنا نقول
سبب ملكها في النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها في شي الا بالرد بقضاء او رضا لان فساد السبب
في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض فلان لا يمنع بقاء الملك اولى فاذا لم يعد شي من العين الى الزوج لا ينفذ عتقه قال ولو قضى القاضي
له بنصفها بعد ذلك لا ينفذ العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتري شراء فاسدا وقد قبضها المشتري واعتقها البايع
ثم ردت عليه لم ينفذ عتقه وان كان اعتقها بعدما قضى القاضي له بنصفها او ردت المراة عليه الصداق بالتراضي نفذ عتقه وان كان
بعدما قضى القاضي له فيكون حكمه حكم جارية بين رجلين اعتقها احدهما ولو كانت هي التي اعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها في الكل
وكذلك ان باعت او وهبت لان الملك في الكل باق لها قبل قضاء القاضي واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له

فيضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطيت الجارية بالشبهة حتى غرم الواطي عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة
المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل الجزء من عينها فان المستوفى بالوطي في حكم العين دون المنفعة ❁ قال ولا شفعة في الدار
التي تزوج عليها المراة وهو مذهب الشافعي رح ايضا لان الشفعة في الدار لو وجبت انما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار اصلا
وعلى قول ابن ابي ليلى تجب الشفعة قال ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا ❁ وعند ابن ابي ليلى والشافعي رحمهما الله
تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته
مهر المثل وهو كمن اشترى دارا بعبد ياخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة تختص بمعاوضة مال بمال
مطلق والبضع ليس بمال فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع انما يتملك بمثل السبب
الذي ملك المشتري فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا في انشاء سبب آخر
ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لانه لو اخذ بعوض كان سببا آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المراة انما ملكت الدار
بالنكاح صداقا فلو اخذها الشفيع كان شراء فكان سببا آخر بخلاف ما اذا اشتراها بعبد فان الشفيع ياخذها بمثل ذلك السبب
لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد فانه شراء مطلق ❁ قال وان تزوجها على دار على ان ردت المراة عليه الف درهم
لم يجب للشفيع شفعة من الدار في قول ابي حنيفة رح وعندهما يقسم الدار على الالف وعلى مهر مثلها فما يخص الالف يجب الشفعة فيه للشفيع
فان العقد فيما يخص الالف شرى وفيما يخص البضع نكاح ❁ الا ترى انه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره
من احكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على ان ترد عليه الف درهم يجب التقابض في حصة الصرف
ويجوز ان يستحق الشفعة في بعض ما يتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى دارا او عبدا صفقة واحدة تجب الشفعة
في الدار دون العبد ولابي حنيفة رح ان البيع هنا تبع النكاح لان البيع هنا لم يكن مقصودا بهذه الصفقة وانما كان المقصود
النكاح ❁ الا ترى انه يتوقف صحة البيع على قبول المراة واذا حصل العقد من فضولي والشراء مقصودا لا يتوقف
وكذلك ينعقد بلفظ الرد ولا يحتاج فيه الى القبول حتى اذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على ان تردي علي الفا
فقالت فعلت تم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع لم يصح واذا ثبت ان الشراء تبع للنكاح فنقول
اذا لم تجب الشفعة باعتبار الاصل لا تجب باعتبار البيع كالعرصة الموهوبة اذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة ايضا
في ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود اذا لم تجب الشفعة
فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب في الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف
يثبت فيما هو تبع كالصفايح من الذهب في الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف ❁ قال ولو تزوج امراة على كذا
من الابل والبقر والغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان اتى بقيمة ذلك اجبرت على القبول بمنزلة ما لو تزوجها
على عبد وقد بينا ❁ قال والاثواب الهروية وغيرها من اجناس الثياب كذلك وهذه المسلة على ثلثة اوجه ❁ احدها ان يتزوجها
على ثوب هروي بعينه فلها الثوب ان كان هرويا وان لم يكن هرويا فعلى قول ابي يوسف رح لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول زفر
لها الخيار ان شات اخذت ذلك الثوب وان شات طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لان العقد اضيف الى عين ذلك الثوب
ولكنه وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيبا ❁ ولكنا نقول المشار اليه وهو اصل معروف فتقررت في موضعه
ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان اتاها بالثوب اجبرت على القبول وان اتاها بالقيمة اجبرت ايضا
بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو مطلق موصوف لا يثبت عينه في الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار
المالية والثوب في ذلك وقيمته سوا وان بين صفة هذا الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على قبول القيمة اذا اتاها وعلى قول ابي يوسف
اذا ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل اجبرت عليه لان الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا اذا كان
موجلا ❁ الا ترى انه لا يجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لا يكون الا موجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب دينا
ثبوتا صحيحا فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لا يثبت ثبوتا صحيحا وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا وزفر رح
يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه
واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فيستوي في هذا ذكر الاجل ولم يذكر
ولكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا موجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا

ثبوتا صحيحا الا كانا وموجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففي ظاهر الرواية اجبرت على القبول
لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا • وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انها لا تجبر على قبول القيمة
لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما في العبد والثوب الهروي فما تعين من الوصف شرعا يكون
كالمذكور نصا فلا تجبر على قبول القيمة • قال فان تزوجها على اقل من عشرة دراهم او شي من العروض لا تبلغ قيمته عشرة دراهم
فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعي لها ما سمى • والاصل عنده ان كل ما يصلح ثمنا في البيع يصلح صداقا
في النكاح وعندنا ادنى المهر عشرة دراهم من الفضة او ما تكون الفضة فيه غالبة على الغش • واستدل بقوله عليه السلام
المهر جائز قليله وكثيره وفي رواية المهر ما يراضى عليه الاهلون وفي رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروي ان امراة
عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال ما لي حاجة الى النسا فقال لتزوجني من شئت
فقام رجل فقال زوجها مني فقال ما ذا تصدقها فقال ازاري هذا فقال اذا قعدت ولا ازار لك التمس ولو بفلس التمس
ولو خاتما من حديد فقال لا اجد فقال هل تحسن شيئا من القران فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القران
فهذه الاثار تدل على ان المهر لا يتقدر بشي من القران وكذلك في الكتاب الشرط هو المال المطلق • قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم
فيتقيد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص • وحجتنا في ذلك حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عم قال لا لا تزوج النسا
الا الاولياء ولا تزوج الا من الاكفا ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي الكتاب قال بلغنا ذلك عن علي وابن عمر رض وعايشة
وعامر وابراهيم رض والمعنى فيه انه بدل في عقد لم يجعل ايجابه اصله الى المتعاقدين فيكون مقدرا شرعا كالجزية وبيان ذلك
ان النكاح لا ينعقد صحيحا الا موجبا للعوض اما في الحال والثاني على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعا لاظهار
خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود باصل المالية فاسم المال يتناول الحقير والخطير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر
واليه اشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم والبضع من وجه في حكم النفوس حتى لا يستقط حكم
الفعل فيه بالبدل ولان الوطي فيه سبب لاعلام النفس واذا كان يغير ملك يصنع لانعدام من ينفق عليه فكان في معنى الخطر
كمعنى الخطر في النفوس والمال والمال هو الذي يدل عن النفس مقدارا شرعا وهو الدية وهذا لان كل مال اوجبه الشرع
تولى بيان مقدارها كالزكوات وغيرها فكذا الصداق فانما اوجبه الشرع فيكون مقدرا شرعا • واليه اشار الله تعالى في قوله
قد علمنا ما فرضنا عليهم الاية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق
لانه يستباح به ما لا يستباح بالبدل فكذلك الصداق • وتاويل الاثار المروية فيما يعجله لها بالبدل الا ترى انه امر ذلك
بالالتماس والصداق يمكن اثباته في الذمة فعرفنا ان المراد ما يعجله لها باليد وذلك مقدر شرعا عندنا اذا ثبت هذا فنقول
اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علمائنا الثلثة ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
فلها خمسة • وفي القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر وجه القياس انه سمى ما لا يصلح
ان يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة ما لو سمى لها خمرا او خنزيرا وللاستحسان وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا
وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا • والثاني ان الاكمال الى تمام العشرة حق الشرع
وما زاد على ذلك حقها فاذا رضيت بالخمسة فقد اسقطت بعض ما هو حقها وبعض ما هو حق الشرع فيعمل اسقاطها فيما هو حقها
وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل في حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها
قبل الدخول بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما يعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمى مكيلا او موزونا
لان تقدير المهر واعتباره عند العقد • وروى الحسن عن ابي حنيفة رح في الثوب يعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون
يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة
فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض قال واذا تزوجها على غير مهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم
ان طلقتم النسا الى قوله تعالى ومتعوهن وادنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روي عن ابن عباس وعايشة رض ان المتعة
ثلثة اثواب وتخرج في مثله اثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تتكسى من الزوج اذا فارقها قبل ان يدخل بها وعند الشافعي
شي نفيس من ثوب او خادم او فرس ونحو ذلك الا ان يكون نصف مهر مثلها لا ينقص من خمسة دراهم عندنا • وعند الشافعي
لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك • ولكنا نقول النكاح الذي
تسمية

تسمية في حكم الصداق اقوى مما لا تسمية فيه فاذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجب لها بالطلاق اكثر من النصف
ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه ومكان الواجب قبل الطلاق مهر المثل وان كانا استويا فالواجب
هو المتعة لانها فريضة بكتاب الله تعالى بعد المساواة ترجح المتعة قال ولو تزوجها على ما في بطن جاريته او على ما في بطن غنمه
لم تصح التسمية لاشتراط صحة التسمية كون المسمى مالا وما في البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعها
على ما في بطن جاريتها صحت التسمية لان ما في البطن يعرض ان يصير مالا الا ان الانفصال لاحد العوضين في الخلع يحتمل الاضافة وهو
الطلاق فالعوض الاخر كذلك يحتمل الاضافة فاذا سمى ما في البطن فكانه اضاف التسمية الى ما بعد الانفصال وفي النكاح احد
العوضين لا يحتمل الاضافة فالعوض الاخر كذلك والمسمى في الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ما تحمل نخله او تخرج
ارضه العام او على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتاثير العدم ابلغ من تاثير الجهالة فاذا كان لا تصح تسمية مجهول الجنس كالثوب
والدابة فتسمية المعدوم اولى ان لا تصح قال ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حرا فلها مهر مثلها في قول ابي حنيفة ومحمد رح
وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر قيمته ذلك الشخص ان لو كان عبدا وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فاذا هي ميتة
ولو تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هي خمر عند ابي حنيفة لها مهر مثلها وعند ابي يوسف ومحمد لها مثل ذلك الدن من خل وسط
ابو يوسف يقول لها في العقد ما لا وهو العبد والذكية والخل وصحة التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات
الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك في يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حرا فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق العين لغيره
ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك اذا استحق نفسه بالحرية وابو حنيفة ومحمد رح قالا الاصل ان الاشارة والتسمية
اذا اجتمعا فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى • الا ترى
انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار اليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى
معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت احمر فاذا هو ياقوت اصفر جاز البيع لان المشار اليه من جنس المسمى
فيتعلق العقد بالمشار اليه لان الاشارة ابلغ في التعريف لانه يقطع الشركة من كل وجه اذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد
جنس واحد فان الادمي باعتبار الاصل حر ثم يعرض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض فلا يوجب تبديل الجنس
اما باختلاف الاصل او الهيئة او المقصود وذلك لا يوجد بين الاحرار والعبيد فاذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار اليه
وهو الحر دون المسمى والمشار اليه ليس بمال فلا تصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لا يقدر على تسليمه
وعلى هذا الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه فاما محمد رح في الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان
لان المقصود منهما يختلف وكذلك الخل فقط لا يصيبه في مثل حال الخمر والخمر اسم لمطعوم حلال وكانا جنسين فيتعلق العقد
بالمسمى والمسمى هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وابو حنيفة يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل والهيئة واحد
وهذه اوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر في الادمي فان الحلاوة في العصير بمنزلة الحلاوة التي
تكون في العصير ثم الشدة في الخمر بمنزلة الحدة والقوة التي تكون في الشاب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حالة الشيخوخة فكما ان تبدل
الاحوال لا يختلف جنس الادمي فكذلك تبدل الاحوال في العصير فاذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار اليه والمشار اليه
ليس بمال فلهذا كان لها مهر مثلها • قال فان تزوجها على امة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الولد في الزوج ضمان لانه لم يصنع
في الولد شيئا ولا يكون حاله اعلى من حال ولد المغصوبة ولكنها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا كما
لو تعيبت في يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شات اخذت الجارية ولا تضمن
الزوج شيئا من النقصان وان شات اخذت قيمتها يوم تزوجها عليه لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا
لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة
وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان امانة في يده فيضمنها بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن
نقصان الولادة لان قيمة الولد تقوم مقام الولد فيكون جابرا للنقصان وان لم يكن فيها وفا فعليه تمام ذلك به اجاب في الكتاب
وهو غلط فقد بينا في الابتدا ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لا يضمن ما زاد على قيمة الولد
من قدر النقصان ولكن اذا كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما بينا • قال واذا اخذت المراة رهنا بصداقها
وقيمته مثل الصداق فهلك عندها صارت مستوفية لان دين الصداق ونحوه في كتاب الديون والرهن يثبت يد الاستيفا ويتم الا

عند هلاك الرهن قال ثم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة ما لو استوفت حقيقته فان طلقها
قبل ان يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو استوفت حقيقته وان كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لان بالطلاق
قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض عن ذمة الزوج ولو سقطت الكل بان ارتدت خرج الرهن من ان يكون مضمونا في الكل فكذلك
اذا سقط في النصف وانما يبقى ضمان الرهن بما بقي وعند هلاكه انما صارت مستوفية لما بقي فلهذا لا يغرم له شيئا بخلاف الاول
فان عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجبا هناك فصارت مستوفية للكل فيلزمها رد النصف بعد الطلاق قال ولو لم يكن سمى في النكاح
ورهن عندها بمهر المثل صح الرهن لان مهر المثل كالمسمى في كونه دينا واجبا الا استيفا فان هلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل
صارت مستوفية وان طلقها قبل ان يدخل بها فعليها ان ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر المتعة هنا كنصف المسمى هناك
فعليها ان ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول والرهن قائم فليس لها ان تحبس الرهن بالمتعة في قول ابي يوسف الاخر
وهو القياس وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رح لها ان تحبس الرهن بالمتعة لوجهين احدهما ان المتعة بمنزلة جزء
من اجزاء مهر المثل الا ترى ان في النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه
وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح ان يكون موجبا فعرفنا انه بقي بعض ما كان واجبا قبل الطلاق والرهن بالدين محبوس بكل جزء منه
والثاني ان المتعة خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل الذي كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الاصل
والخلف ثم الرهن بالشيء يكون محبوسا بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوب تكون محبوسة بقيمته ووجه قوله الاخر ان المتعة
دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوسا بدين اخر سواه والدليل عليه انه من خلاف جنس مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر
المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة بتكرمها ولا يجتمعان بحال فان مهر المثل يجب في حال قيام النكاح والدليل عليه
ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة فاذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن باحدهما محبوسا بالاخر فاذا هلك الرهن في يدها
لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله الاخر يصير مستوفيا المتعة وفي قوله الاخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق
فصارت غاصبة منه قال وان تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد دارا فلا شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد
تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة
وان كان سمى في العقد مهرا ثم باعها دارا به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل ان يدخل بها
كانت الدار سالمة لها لان الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشرا
قال ولو تزوجها على ان يشتري لها هذه الدار ويعطيها اياها مهرها وقال اتزوجك على هذه الدار على ان اشتريها فاسلمها اليك
كان لها ان يأخذ بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول
فلها نصف القيمة لان التسليم صحيح فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزا عن تسليمه وقت العقد لان القدرة عن تسليم الصداق
لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على التسليم فيما يقابله الصداق ليس بشرط صحة العقد ولكن شرط صحة العقد في صفة المحل
فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجدنا فاذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى يلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب
عبده على عبد الغير لا يجوز على الرواية التي تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث انه يحتمل الفسخ ولا يصح الا بتسمية
البدل ثم ان العجز عن التسليم يمنع صحة العقد فكذا في الكتابة قال ولو ان تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لان التبعيض
في الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان نصف الدار لا يشترى بنصف ما يشترى به جميع الدار عادة وقد بينا ان ما لا يدخل تحت
تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف الباقي بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت
بنصف قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها لان حقها بعد الطلاق في نصف الدار ونصف الدار يسلم لها
فلا يرجع بشيء اخر عليه قال ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها فيه جازت الزيادة ان دخل بها او مات عنها الا على قول زفر رح اصله الزيادة
في الثمن بعد العقد وهي مسألة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا في قول ابي يوسف الاول وقد بيناه قال واذا تزوجها
على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يوخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كان تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية
باكثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ما عاقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها الا ان يكون
اشهد عليها او على وليها الذي زوجها منه ان المهر الذي في السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر الذي سمى لها في السر لانه بالاشهاد اظهر

ان

ان مراده مما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول كما لا يعمل الهزل في جانب
المنكوحة فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية فاما اذا تعاقدا في السر بالف واشهدا انهما تجددان العقد بالفين
سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصدا الهزل بما سميا فيه وان لم يشهدا على ذلك
فالذي اشار اليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا وهذا عند ابي حنيفة رح فاما عند
ابي يوسف ومحمد المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة ايضا يلغو وعند ابي حنيفة اصل العقد الثاني
وان صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق
العبد وعند ابي حنيفة وان لغي صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبرا في حق العتق قال واذا تزوجها على الف درهم على ان ردت
عليه عبدا فهو جائز لانها بذلت شيئين بازاء الالف وهو البضع والعبد فتنقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما اصاب العبد
يكون شرى حتى اذا مات العبد قبل التسليم او وجد الزوج به عيبا فرده بطل ذلك القدر وما اصاب مهر المثل فهو صداقها
حتى اذا طلقها قبل الدخول كان لها نصفه لذلك قال وان تزوجها على ابنها وقيمته الف درهم على ان ردت عليه امة قيمتها الفا
جاز ذلك وعتق الابن قبضته او لم يقبضه لان الابن مقسوم على مهر مثلها وقيمة الامة فما يخص قيمة الامة يكون مشتريا له
بالامة وما يخص مهر المثل يكون صداقا لها وكلا الشيئين يوجب الملك بنفسه فاذا ملكت الابن عتق عليها ثم اذا طلقها قبل الدخول
فعليها رد نصف ما يخص مهر المثل من قيمة ابنها لانها صارت قابضة للابن بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت
عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك قال واذا تزوجها على الف درهم على ان ترد عليه الف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة ما لم يسم لها
مهرا لان الالف المذكور بمقابلة الالف المشروط عليها فان الاموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون المثل بمقابلة المثل لان
باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فاذا صارت الالف بمقابلة الالف بقي النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها
قال وان تزوجها على الف درهم صرفا يشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقا فاذا طلقها قبل الدخول
ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقابلة هنا لاختلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المعتبر
المقابلة باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة في هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة باعتبار القيمة في حكم المقابلة كالعروض
ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف في هذه الوجوه ان كان
حصة مهر المثل من الالف من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على الف درهم وعلى ان يطلق امرأته
فلانة وعلى ان ردت عليه عبدا فقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق في ضمنها فتنقسم
الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صارت نصف الالف ثمنا للعبد ونصف الالف صداقا لها فاذا طلقها قبل
ان يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر فان كان مهر مثلها خمسمائة او اقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها اكثر من ذلك
فان وفى بالشرط بان يطلق امرأته فلانة فليس لها الا الخمسمائة وان ابى ان يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق
لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولكن لها كمال مهر مثلها لانها في الطلاق ضررتها منفعة وانما رضيت بدون
مهر مثلها بشرط ان يسلم لها هذه المنفعة فاذا لم تسلم لها كان لها كمال مهر مثلها قال ولو كان تزوجها على الف درهم وعلى
طلاق فلانة على ان ردت عليه عبدا فهنا يقع الطلاق بنفس العقد بخلاف الاول لان هناك شرط ان يطلق فما لم يطلق لا يقع وهنا
اوجب الطلاق بالعقد عوضا والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة
بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الاخرين فان كان مهر مثلها وقيمة العبد سواء كان
نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمن ونصف الالف ونصف الطلاق صداق لها فاذا طلقها قبل الدخول بها
كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة باين لان بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل
فيكون باينا وان لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق
الجعل وهلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا ترجع بقيمة ذلك النصف قال ولو تزوجها على الف درهم
وعلى ان يطلق فلانة فابى ان يطلقها فلها كمال مهر مثلها عند علمائنا لانها انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فاذا لم يسلم
لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على الف وكرامتها او يهدي اليها هدية وعلى قول زفر ان شرط لها مع الالف ما هو مال
كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كالطلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك

لا يتقوم بمنع التسليم . ولكنا نقول لا توجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرطها ولكن لانعدام رضاها بالالف بدون المنفعة المشروطة . قال ولو تزوجها على خمر او خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبدا بخمر . ولكنا نقول هما شرط قبول الخمر وهو شرط فاسد الا ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا فاذا لم يكن بطلت التسمية فكانه لم يسم لها عوضا فلهذا كان لها مهر مثلها وهذا نقول في البيع انه يصير كانه لم يسم ثمنا والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن قال ولو تزوجها على الف وعلى رطال معلومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل فيصير كانه سمى لها الخمر مع العشرة . وفي رواية اخرى ان لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والمظروف ليس بمال . قال ولو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو خل او على هذا الحر فاذا هو عبد ففي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة لها المشار اليه وعن محمد رحمه الله عن ابي حنيفة ان لها مهر مثلها لانه صرح بالتسمية ما ليس بمال والاصح رواية ابي يوسف رحمه الله لما بينا فيما سبق ان عنده اذا كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار اليه والمشار مال متقوم . قال ولو تزوجها على الف درهم ان لم يكن له امراة او على الف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى الفين ان اخرجها او قدم شرط الالفين في الفصلين فعند ابي حنيفة رحمه الله المذكور اولا صحيح في الوجهين والثاني فاسد حتى اذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور اولا واذا دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم تف لها الشرط فلها مهر مثلها لا يجاوز بها الفا درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فاذا لم يسلم كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين فلهذا لا يجاوز به الفين وانما جوز الشرط الاول دون الثاني لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستغنى بذلك فذكر شرط باي قصد تغيير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا . وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين . واصل المسئلة في كتاب الاجارات اذا دفع الى خياط ثوبا وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها ثم مع نظايرها قال ولو اذا تزوجها على الف او كرامتها بعينها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف كما لو لم يشترط تلك الزيادة اصلا . قال وان اذا تزوجها على الف درهم او الفين فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها الفا او اقل فلها الالف وان كان الفين او اكثر فلها الالفان وان كان اكثر من الف واقل من الفين فلها مهر مثلها وعند ابي يوسف ومحمد لها الالف في الاحوال كلها . وحجتهما في ذلك ان تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل انه لا يتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن اقر لانسان بالف او الفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخيير بين الالف والالفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق والعتق بمال وههنا لما اذا سمى الالف او الالفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه الى الرجوع الى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وابو حنيفة يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم فالتخيير فيه بين الاقل والاكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم الا ان في البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل او اقوى منه فانه متردد بين اجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فاذا لم تصح التسمية صار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق فانه لا موجب لذلك العقد في الاصل حتى لا يجب شيء عند عدم ذكر البدل فلهذا اوجبنا الاقل بخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الاقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفي تعيين الاقل بخس بحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا قال وكذا ان تزوجها على هذا العبد الحبشي او على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند ابي حنيفة ووجوب الاوكس لها عندهما الا ان يعطي الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة ما لو قال على ان اعطيك ايهما شئت وعلى ان اعطيك ايهما شئت ولو صرح بهذا كان له ان يعطيها ايهما شاء ان شرط المشية لنفسه وكان لها ان تاخذ ايهما شاءت ان شرط المشية لها ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينهما وتتنزل منزلة الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع الى قول احدهما باولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع واذا باع احد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفي الفصل الاول لها نصف الالف لان الزيادة على ذلك باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل

بالطلاق

بالطلاق فلهذا كان لها نصف الاقل . قال فان تزوجها على حكمه او على حكمها او على حكم رجل اجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة المثل الا انه ان اضاف الحكم الى نفسه فان حكم لها بمهر المثل او اكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم باقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط حقها وليس له هذه الولاية عليها وان اضاف الحكم اليها فان حكمت بمهر المثل او اقل فلها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت باكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضى الزوج بالزيادة وليس له عليها هذه الولاية وان اضاف الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم باقل من مهر المثل لم يجز بدون رضى الزوج . قال ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة او ولاية على صغير او على عبد او على مكاتبه ما لم يضمنه ولها المهر على الزوج لان هذا على رضى الصداق على من اخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه الى الزوج فوجب البدل عليه ايضا والعاقد معبر عنه حتى لا يستغني عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملتزما للبدل الا ان يضمنه فيؤخذ بالضمان حينئذ . قال فاذا تزوج الحربي الحربية على غير مهر او على ميتة ثم اسلما فلا مهر لها اما عند ابي حنيفة ظاهر كما في الذميين على ما بينا وعندهما في الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع في دار الاسلام واهل الذمة ملتزمون لاحكامنا فلهذا لا شيء لها واذا اسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح . قال ولو تزوجها على مهر مسمى ثم اسلما او صارا ذمة فلها ذلك المسمى لانه صار دينا لها عليه بالتسمية في عقد صحيح فلا يرده الاسلام الا وكاده فان طلقها قبل ان يدخل بها ثم اسلما فلها ان تاخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالبا بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمى لها شيئا فلا متعة لها عليه لانه في حال قيام النكاح ما كان لها عليه شيء وان اسلما فبعد الطلاق اولى . قال رجل تزوج امراتين على الف درهم فالالف بينهما لان المال الواحد اذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بالف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق واحدة قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الالف فان طلقهما كان لها نصف الالف بينهما على قدر مهرهما وان كانت احداهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج او معتدة من زوج او محرمة عليه برضاع او صهرية فعند ابي حنيفة رحمه الله الالف كلها مهر التي تحل له وعند ابي يوسف ومحمد ينقسم الالف على قدر مهريهما فمهر التي تحل حصتها من ذلك . وحجتهما ان الالف مسمى بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الالف كما لو خاطب امراتين بالنكاح بالف فاجابت احداهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر . والدليل عليه ان الانقسام جعل معتبرا في حق التي تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من الالف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على ابي حنيفة في هذا وكذلك يدخل في العقد عند ابي حنيفة حتى لا يلزمه الحد بوطيها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فاما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو اجابت احدى الامراتين دون الاخرى . واحتج ابو حنيفة في ذلك وقال ضم التي لا تحل له في عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار او اسطوانة الى المراة في النكاح وهناك البدل المسمى كله بمقابلتها دون ضمه اليها فكذا هنا وبيان ذلك ان النكاح يختص بمحل الحل لان موجبه ملك الحل وبين الحل والحرمة في المحل منافاة ففي حق الحرمة العقد مضاف الى غير محله وانقسام البدل حكم المعاوضة والمساواة في الدخول في العقد فاذا انعدم ذلك لا يثبت الانقسام . الا ترى انه لو طلق امراته ثلثا بالف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلثا كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا في الايجاب حتى لو اجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البدل بالمساواة في الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فاما اذا دخل بالتي لا تحل له ففي هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول ابي حنيفة وما ذكر في الزيادات فهو قولهما وبعد التسليم يقول المنع من المجاوزة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد وذلك موجود في حق التي لا تحل له فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد والتي تحل له هي المختصة بذلك فكان جميع البدل لها وكذلك سقوط الحد على قول ابي حنيفة من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده وقد وجد ذلك في حق التي لا تحل له فاما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد . قال رجل تزوج امراة على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جناية فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من اخس العيوب فانه شبيه بالاستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان اخذ نصفه دفعاه او فدياه لانه لا يملكه

ابتداء بالطلاق ولكن يعود اليه هذا النصف الى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختيارا او استهلاكا فلهذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف او الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية بشيء لانه رضي باخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل اليه ذلك وان شاء ترك واحد منهما نصف قيمته يوم دفعه اليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية في يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل ان يدخل بها كان لها الخيار بين ان تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها وبين ان تأخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع او الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد في يده فان شاءت اخذت قيمته صحيحا يوم تزوجها عليه وان شاءت اخذت العبد ثم تخاطب بالدفع او الفداء ولا ترجع على الزوج بشيء لما قلنا

باب الخيار في النكاح

قال واذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لاحدهما او لهما الخيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا • وعند الشافعي النكاح باطل فمنهم من جعل هذا بناء على مسألة نكاح المكره فان اشتراط الخيار يعدم الرضى كالاكراه ومن اصلنا ان انعدام الرضى بسبب الاكراه لا يمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على اصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لا يفسد ولهذا لم يصحح الطلاق والعتاق من المكره وصححهما مع اشتراط الخيار • ووجهه في المسألة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت • الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك الى ما بعد مضي المدة ويصير العقد في حق حكمه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا واضافة النكاح الى وقت في المستقبل لا يجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهرا • وحجتنا في ذلك قوله عم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واشتراط الخيار سواء الا ان الهازل قاصد الى مباشرة السبب غير راض بحكمه وانما يقصد به اللعب دون الرضا بالحكم والذي شرط الخيار في العقد قاصد الى السبب غير راض بحكمه بل اولى فان الهازل غير راض بالحكم ابدا وشارط الخيار غير راض بالحكم في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار اولى والمعنى فيه انه عقد لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يحتمل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه يكون شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضى الا ترى ان تمام الرضى انما يكون بعد الرؤية بخلاف الاضافة الى وقت فانه يمنع انعقاد السبب في الحال • الا ترى ان مثله لا يصح في البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لا يحتمل الانعقاد في وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت • قال ولا يرد الرجل امرأته من عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء امسكها وعند الشافعي يثبت له حق الرد بعيوب خمسة الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فاذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه • وحجته في ذلك ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد في كشحها بياضا فردها وقال دلستموني وقال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ • وقال عم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رض انه اثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ باسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع والمقصود بالنكاح طبعا قضاء الشهوة وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود اما الرتق والقرن فتفوته اصلا والجنون والجذام والبرص من حيث ان الطبع ينفر عن صحبة مثلها وربما يتعدى الى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين في هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة اذا وجدت زوجها عنينا او مجبوبا يثبت لها الخيار دون التي لا تخل بالمقصود فكذلك في جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج الى اثبات الخيار له ليسقط به المهر عن نفسه كما قلتم في الصغير اذا بلغ وقد زوجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق • وحجتنا في ذلك قول ابن مسعود رض لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رض قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء امسك وما روي عن عمر رض انه اثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق ٥ وكذلك ما روي انه عليه السلام ردها اي ردها بالطلاق • الا ترى انه قال الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق والذي قال فر من المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق والمعنى فيه ان الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل في ولاية المحل والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ • الا ترى انه لا يحتمل الفسخ بالاقالة وهذا لان ملك النكاح

ضروري لا يظهر في حق النقل الى الغير ولا في الانتقال الى الورثة وانما اظهره الشرع في حق الطلاق ليتقصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذا لا يقتضي ظهوره في حق الفسخ بعد تمامه لانه لا ضرورة فيه فكان في هذا الفسخ بمنزلة الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة او بخيار البلوغ فانه فسخ قبل تمامه لخلل في ولاية المحل فيكون في معنى الامتناع من تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على ما نبينه ولان هذه العيوب لا تخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى والشلل والزمانة فاما استيفاء ثمرة وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح • الا ترى ان الاستيفاء يفوت بموت احد الزوجين ولا يوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لا يسقط شيء من المهر وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فلذلك وجود العيب وكذلك ايضا هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب باثره في انعدام تمام الرضى والنكاح ولزومه لا يعتمد تمام الرضى كما لا ينافي الهزل وعدم الرؤية بخلاف البيع وهذا بخلاف ما اذا وجدت المرأة زوجها مجنونا او عنينا لان هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا وانما يثبت لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف وذلك في ان يوفيها حقها في الجماع فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هناك له ان يطلقها ثم المعنى فيه ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لا تتوصل الى ذلك من جهة غيره ما دامت تحته وهو غير محتاج اليها فلو لم يثبت الخيار لها بقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فيثبت لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لا يوجد في جانبه لانه يتمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك يمين او بملك النكاح ويتمكن من التخلص عنها بالطلاق ولا معتبر بحاجته الى التخلص عن المهر كما لو مات قبل الدخول لا ينفسخ العقد مع قيام حاجته الى التخلص عن المهر • يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا الى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك اذا تعذر عليها استيفاؤها بالجب والعنة والمرأة لو منعت حقه على قصد الاضرار به لم يكن له الخيار بذلك السبب فكذلك اذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق والقرن فاما المرأة اذا وجدت بالزوج عيب الجنون والجذام او البرص فليس لها ان ترده في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد رح لها الخيار اذا كان بحال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا او عنينا ولكنا نقول هذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل رغبتها فيه او تتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيء الخلق او مقطوع اليدين او الرجلين بخلاف الجب والعنة على ما قررنا يوضح الفرق ان هناك الزوج ظالم في امساكها من غير حاجة اليها وللقاضي ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في امساكها مع صدق حاجته اليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين انه لا معتبر لتمام الرضى في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة • قال واذا قال الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت فعلت جاز النكاح ولو قال بعني هذا الثوب بكذا فقال فعلت لا يتم البيع ما لم يقل المشتري اشتريت او قبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما اعاده لايضاح الفرق بين البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس سواء وهكذا ذكر ابو يوسف في الامالي قال انما تركنا القياس في النكاح للسنة وهو ما حدثني ابو اسحق الشيباني عن الحكم ان بلالا رض خطب الى قوم فأبوا ان يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرني ان اخطب اليكم لما فعلت فقالوا والله ملكت فدل ان هذه اللفظة بعد الخطبة تنعقد النكاح ثم ذكر بعض حكم توقف النكاح على الاجازة ليتبين ان ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف العقد على حقه غير راض باصل السبب فكان اصل السبب في حقه كالمعدوم ما لم يجز فاما عند اشتراط الخيار او وجود العيب فقد ظهر السبب في حقه وهو غير راض باصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم يتميز الموقوف ان المزوج اذا كان هو الولي ففي حق الزوج يتوقف على قبوله او رده بكلام او فعل يدل عليه وفي حق المرأة اذا كانت ثيبا كذلك واذا كانت بكرا فسكوتها رضاها لعلة الحياء وقد بينا وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد ان البكر اذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان اجازت احدهما جاز ذلك وان اجازتهما معا بطلا للمساواة بينهما ولو سكتت لم يكن سكوتها رضى بواحد منهما • وروى علي بن صالح عن محمد رح ان سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعا والاصح رواية ابن سماعة

لانه لا يمكن ان يجعل سكوتها رضى باحد العقدين اذ ليس احدهما باولى من الاخر ولا رضى منهما لان السكوت انما اقيم مقام الرضا لتصحيح
العقد وفي الرضا هنا ابطالهما فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضى ● قال واذا اعتقت الامة ولها زوج قد كان زوجها المولى
او تزوجته باذن المولى فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته لما روي ان عائشة رض لما اعتقت بريرة قال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تاباه فقال عم لاصحابه الا تعجبون من شدة
حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقي الله فانه زوجك وابو ولدك فقالت اتامرني يا رسول الله فقال لا انما انا شافع فقالت اذا لا حاجة لي اليه
فاختارت نفسها وكان المعنى فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها
في قرئين وعدتها حيضتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل الى دفع هذه الزيادة الا برفع اصل العقد فاثبت الشرع لها
الخيار بهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع العقد وفي حق من توقف على اجازته لا يكون طلاقا
ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها امر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المراة لا يكون طلاقا ويستوي ان كان
الزوج حرا او عبدا عندنا ● وعلى قول الشافعي ان كان زوجها عبدا فلها الخيار وان كان زوجها حرا فلا خيار لها والرواة اختلفوا
في زوج بريرة فروي انه كان عبدا وروي انه كان حرا فلا خيار لها والرواة اختلفوا في ذلك فاصحابنا رجحوا او لوا ما روي انه كان عبدا
لي عند اصل العقد ولكنه كان حرا عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها جعل كانه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على
قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري وفي هذا التعليل لا فرق بين ان يكون الزوج حرا او عبدا والشافعي استدل
بما روي انه كان لعائشة زوجان مملوكان فارادت عتقهما وسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداية بالغلام قال
وانما امرها بذلك لكيلا يثبت لها الخيار ● ولكنا نقول امرها بذلك لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما معا عندك
لا يثبت لها الخيار ايضا ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم اذا اسلمت
او المعسرة اذا ايسرت والزوج موسر والمعيبة اذا ثبت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما اذا كان الزوج عبدا فان
هناك من حريتها يظهر التفاوت وتنعدم الكفاءة ● ولكنا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة تشترط لابتداء النكاح لا في البقاء
الا ترى انه لو اعتق الزوج او انتفى نسبه لا يثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لا فرق عندنا بين ان يكون الزوج
حرا او عبدا وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فيتزوج العبد امراتين
والحر اربعا واذا انتصف الحل برقها فاذا اعتقت ازداد الحل وبحسبه يزداد الملك على ما نبينه في بابه وعلى هذا لو كانت مكاتبة زوجها نفسها
باذن مولاها ثم ادت فعتقت يثبت لها الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر لا يثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد
عليها بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود هنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها وكان ابن ابي ليلى يقول
ان اعانها على اداء بدل الكتابة لا خيار لها وان لم يعنها فلها الخيار ولكنا نعتبر المعنى الموافق لتعليل صاحب الشرع ما بينا قال ولو كانت
حرة في اصل العقد ثم صارت امة ثم اعتقت بان ارتدت امراة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سبيا معا فلها الخيار
عند ابي يوسف ولا خيار لها عند محمد لان باصل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك فاذا اعتقت عاد الملك
الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وابو يوسف يقول بالعتق ملكت امر نفسها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها
شرعا ولما صارت امة حقيقة التحقت بالتي كانت امة في الاصل في حكم النكاح فيثبت لها الخيار

باب العنين

قال بلغنا عن عمر بن الخطاب رض قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امراته فهي امراته وان لم يصل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة
وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا اخذ علماؤنا رحمهم الله بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لا خيار لامراة العنين اصلا لحديث
امراة رفاعة فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رض فلم يصل اليها فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقني فابت طلاقي
وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم اجد معه الا مثل هدبة ثوبي تحكي ضعف حاله في باب النساء فلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وجاءت امراة الى علي رض فذكرت ان زوجها لا يصل اليها فقال ولا وقت السحر فقالت لا فقال هلكت واهلكت ما انا بمفرق بينكما
ولانه عاجز معذور فيكون منظرا بانظار الله تعالى ولكنا نستدل بحديث عمر رض وقد روي مثله عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
وعن علي رض انه فرق بين العنين وبين امراته واوجب عليه المهر كاملا ● والصحيح من الحديث الذي رووا عن علي رض ان تلك المراة

قالت

قالت لم يكن للمنة الامرة وفي هذا لا يفرق بينهما عندنا وامراة رفاعة انما ذكرت حكمة صغر متاعه لا العنة وفي مثل هذا
عندنا لا تخير هو معذور ولكنه في مسالة لها يستحق عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة بها اليها يوجد منع الظلم عنها
ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد
اصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهي تحتاج الى التفريق بينهما ايضا وتمام ذلك بالانفاق ويحصل بالدخول فاذا انسد عليها
هذا الباب يثبت لها الخيار الا ان العجز قد يكون لآفة في اصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين احدهما عن الاخر بالمدة
فلهذا يؤجل والاجل في هذا سنة كما اتفق عليه الصحابة رض الا شيء قد روي عن عبد الله بن نوفل قال الاجل عشرة اشهر وانما قدر
بالسنة لان السنة تحتمل لابلاء العذر والحول حسن في ذلك قال القائل ● ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر
ولان العجز عن الوصول قد يكون لعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج
ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج له في فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه بموافقة العلاج
في فصل من فصول السنة فيبرا فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم ان الآفة في اصل الخلقة ولهذا قالوا تقدر بسنة شمسية
اخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وابتداء التاجيل
من وقت الخصومة حتى اذا صبرت مدة ثم خاصمت فان ادعى الزوج انه قد وصل اليها سالها القاضي ابكر هي ام ثيب
فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حاله انه لا يحل ذاخلا بالتي عليها ● وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر
وان كانت بكرا اراها النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمراة الواحدة تكفي لذلك والمثنى احوط لانه بينة القلب الى قول المثنى
اكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان اقر الزوج انه لم يصل اليها ويؤجله القاضي سنة فيها من ان يعالج نفسه في
المدة هكذا قال علي رض امضوا عليه الدهر والعسل لكي يراجع نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج انه وصل اليها فهو على ما بينا
من البكارة والثيابة فان اريها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضي لان البكارة لا تبقى مع الوصول اليها فاذا خيرها القاضي
فاختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة
تخيير الزوج امراته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار
الى ان قامت واتمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء وان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها فان ابى فرق
القاضي بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون فسخا بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه فاما عندنا المستحق
على الزوج احد الشيئين الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان فاذا عجز عن احدهما تعين الاخر فاذا امتنع منه ناب القاضي
منابه في التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رض انه جعلها تطليقة بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل وانما
ازالة الظلم بالتطليق وفي الرجعي يستبد الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة يختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول
وذلك غير موجود هنا ● وعن ابي يوسف ومحمد في غير الاصول انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة
بتخيير الزوج او بتخيير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفى
كمال المهر به قضى عمر وعلي رض وقالا ما ذنبهن اذ جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة زمانا فكذلك لا يسقط
حقها بتاخير الخصومة بعد مضي الاجل فان ذلك للاختبار منها لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت
خصوصا في هذه الحالة الا انه لا يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الامر لم يكن مضيقا قبل التاجيل وربما
كان امتناعه من صحبتها لعرض له في ذلك سوى العجز ولكن بعد التاجيل يتزايل ذلك العرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه
فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التاجيل ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رض قدروا الاجل بسنة مع علمهم
انه لا يخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج في المدة او مرضت مرضا لا يستطاع جماعها فعن ابي يوسف روايتان في احدى
الروايتين اذا كان المرض اكثر من نصف الشهر لا يحتسب مدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على ايام
رمضان فانه في الشهر يمتنع عليه غشيانها في النهار ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو ● وفي الرواية الاخرى
قال اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم واحد يحتسب عليه زمان المرض وعلى قول محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب
عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض وان احرمت بحجة الاسلام لا يحتسب على الزوج بتلك
المدة لانه لا يقدر ان يحللها ● الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضي حتى يفرغ من الحج ولو خاصمت الزوج مظاهر

فان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عنه لم يؤجله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها ما لم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهرين فان ظاهر منها بعد التاجيل لم يلتفت القاضي الى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا ان لا يظاهر منها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من النساء او جواريه ولا يصل اليها اخبرها القاضي لان التخيير لدفع الضرر عنها ولا يحصل ذلك بوصوله الى غيرها بل يزداد به غيظها ولو كان غشيها مرة واحدة ثم بعد ذلك فلا خيار لها لانها هو مقصودها من اكمال البدل وثبوت صفة الاحصان ضد حصل لها بالمرة ۝ قال ولو وجدته مجبوبا خيرها القاضي في الحال لان التاجيل في العنين لرجاء الوصول اليها وذلك في المجبوب لا يوجد فالمقطوع من الاله لا ينبت فلهذا لا يؤجله ويفرق بينهما في الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا في قول ابي حنيفة رح ولها نصف المهر في قولهما لان عدم الوصول موجود هنا وعذر الجب في الزوج ابين من عذر المرض فاذا كان المرض يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوبا اولى بخلاف العنين فان ذلك لا يوقف على حقيقته وهذا ظاهر بينا هو يجب اعتباره في الحكم وابو حنيفة رح يقول هي اتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد في البدل فيتقرر بذلك وهذا لان العقد ما انعقد لاستحقاق المجامعة فانه لا يكون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد اتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند ابي حنيفة لا يشكل لانه قد تقرر جميع المهر ۝ واما عندهما تجب العدة استحسانا ۝ واشار في كتاب الطلاق الى انه لا تجب العدة عندهما ۝ وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع بحيث قال لا تجب العدة اراد في مجبوب قد جف ماؤه فيكون هذا بمنزلة الصبي لا تعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة اراد في مجبوب له ما يستحق فتجب العدة احتياطا وان لم يكن دخل بها ابدا فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضع الذي وجب عليها العدة اذا جاءت بولد الى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العنين اذا فرق القاضي بينهما وهو يدعي الوصول اليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله اليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول اليها بعد التفريق بطل تفريق القاضي كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما اذا اقرت بعد التفريق انه كان وصل اليها فان قولها في ابطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العنين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الالة ولو تزوجت واحدا من هولاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانها صارت راضية به حين اقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بان قالت رضيت سقط خيارها فكذلك اذا كانت عالمة به ۝ ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه وبين ان تكون عند السلطان او غيره لانه اسقاط لحقها ۝ قال وليس يكون اجل العنين الا عند قاضي مصر او مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هولاء ومراده بهذا الاشارة الى الفرق بين خيار المعتقة والعنين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقا وهذا يختص بمجلس الحكم وهو بمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقا وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غيره هذا على خلاف الصحيح فليتنبه له في المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر ولو تزوج امراة فوصل اليها ثم فارقها ثم تزوجها بنكاح جديد فلم يصل اليها كان لها ان يؤجل كما يؤجل العنين لان النكاح الثاني غير الاول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني ۝ قال والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امراة فان لم يصل اليها اجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهي امراة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعد فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقا والقرناء ۝ قال ولو كانت المراة رتقا والزوج عنينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لا حق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها ۝ وذكر في اختلاف زفر ويعقوب اذا زوج امته فوجدته عنينا ان الخصومة في ذلك الى المولى في قول ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة لان المهر واجب لها فهو محتاج الى تاكيده ولان النسل يكون ملكا له ويكون عنينا يفوت ذلك عليه وفي قول زفر رح الخيار لها لان المقصود بالوطي قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة اليها

باب نكاح الشغار

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن نكاح الشغار ۝ واصل الحديث قوله عم لا حلبة ولا جنبة ولا شغار في الاسلام والشغار ان يقول الرجل للرجل ازوجك اختي على ان تزوجني اختك على ان يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى وقال لا ذلك في ابنتيهما او امتيهما فان النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعي النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولانه شرط الاشتراك في بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف صداقا والنصف منكوحة وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك وا الاشتراك فيه يكون مبطلا كما اذا زوجت المراة نفسها من رجلين ۝ وحجتنا في ذلك انه اذا سمى مقابله بضع كل واحدة

ما لا يصلح ان يكون صداقا فكانه تزوجها على خمر او خنزير وهذا لانه لما لم يكن في البضع صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشتراك فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط ان يهبها لغيره او نحوه بخلاف ما اذا زوجت المراة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشتراك واستدلاله بالنهي باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رض نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المراة من غير مهر عنده وهذا لان الشغار هو الخلو في اللغة يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وبلدة شاغرة اذا كانت خالية من السلطان وانما اراد به ان لا يخلو المراة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمى لكل واحدة منهما ما سمى من المهر واشترط احد العقدين في الاخر فهو ثرهينا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله ۝ قال واذا جعل مهرا امراته طلاق اخرى كان النكاح جائزا بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهرا وكذلك ان جعل القصاص مهرا فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا ۝ وقال الشافعي كل ما يجوز اخذ العوض عنه بالشرط يصلح ان يكون مهرا لان المقصود تحقيق المعاوضة واصل المسلة في تعليم القران فان عنده تعليم القران يصلح ان يكون صداقا للحديث الذي روينا زوجتكها بما معك من القران ولكنا نقول اشتراط صفة المالية ثابت بالنص وهو قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك تعليم القران وتاويل الحديث نحو ما معك من القران وعلى هذا الاصل قلنا اذا اعتق امته على ان تزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها فلها مهر مثلها لان الاعتاق ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي وقد روي عن ابي يوسف انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتق صفية بنت حيي وجعل عتقها صداقها ولكنا نقول قد روي انه تزوجها بمهر جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله عليه السلام مخصوصا بالنكاح بغير مهر وعلى هذا لو تزوجها على ان يخدمها سنة صحت التسمية ان كان الزوج عبدا لتضمنها تسليم المال اليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر في الجامع الصغير ونحوه ۝ وروى ابن سماعة عن محمد رح انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن اصحابنا من فرق بينهما فقال هي مامورة بان تعظمه ورعي غنمها وذلك يتعدم باستخدامها اياه فلهذا لم يجز ان تكون خدمتها صداقها وذلك لا يوجد في عمل الرعي ۝ الا ترى ان الابن لا يستاجر اباه للخدمة ويستاجره لعمل اخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا يصح التسمية لان المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال اليها ۝ وفي الرواية الاخرى تصح التسمية لان المنفعة باخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلتها فاذا لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لها مهر مثلها لانه سمى ما لا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله لها قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وانه لم يكن ما لا فاذا تعذر تسليمها لها تجب قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينما اذا تزوجها على عتق ابيها عنها لان الاب يعتق بنفس العقد بخلاف ما اذا تزوجها على ان تعتق اباها ولها مهر مثلها لان ما سمى صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ما اذا تزوجها على عتق ابيها عنها لانه يتضمن تمليك رقبة الاب منها فان العتق لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب مال يصلح ان يكون صداقا لها ۝ واذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمى على ان يزوجه الاخر ابنته على مهر مسمى فان زوجه فلكل واحدة منهما ما سمى لها من المهر وان لم يزوجه الاخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها ومنفعتها كمنفعة ابيها ايضا ۝ ولو شرطها مع المسمى منفعة كان لها مهر مثلها ايضا كما هنا

والله اعلم بالصواب واليه المنتهى والماب

باب نكاح الاكفاء

وقد قدمنا بيان ما هو المقصود من هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة في النكاح وصحة عقد النكاح من غير كفو بمهر مثلها بمباشرتها او بمباشرة غيرها برضاها بغير ولي ۝ واستدل على ذلك باثار رويت فمنه حديث جعفر رض ان النبي عم تزوج ام حبيبة رضي الله عنها بنت ابي سفيان وكان الذي ولي عقد النكاح النجاشي ومهرها عنه اربعماية دينار ومنه حديث عايشة رضي الله تعالى عنها انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن ابي بكر من المنذر بن الزبير رضي الله عنه وعبد الرحمن رضي الله عنه كان غايبا فقال امثلي يفتات عليه في بناته فقالت عايشة رضي الله عنها اوترغب عن المنذر ليملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال ما كنت لارد امرا قضيتيه فاجاز النكاح ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان ان قال زوجت امراة معنا في الدار ابنتها فجا اوليا وها فخاصموها الى علي رض فاجاز النكاح ۝ ومنه حديث بحريه بنت هاني قال زوجت نفسي من القعقاع بن شور فخاصم ابي الى علي رض فاجاز النكاح وذكر هذه الاثار على الشافعي حيث يقول لا ينعقد النكاح بعبارة النسا فاما محمد لا يقوى الحجة بهذه الاثار فانه يقول النجاشي كان هو الولي لانها كانت مسلمة

فان ام حبيبة رض كان حمله من هاجر الى الحبشة ولان عائشة رض عقدت موقوفا على اجازة عبد الرحمن وكذلك انما اجازه على رض انما الحاقه
بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد في جواز تزويج المراة نفسها من كفو فمن ذلك ان الولي لو عضلها فخاصمته الى السلطان
فانه يحق على السلطان ان يامر الولي بذلك فان ابى ان يزوجها السلطان فاذا صنعت هي بنفسها كيف يحكم ببطلان ما صنعت
وكذلك لو ان رجلا مااحوال ولم يولد له ثم تزوجها من غير ان يعلم ولدها منه اما كان يجوز هذا النكاح باعتبار ان الولي هذا
الولد ارايت لو ان امراة اعتقت اباها وهو معتوه فزوجته اما كان يجوز هذا فاذا كانت تملك ان تزوج اباها فكيف لا تملك
ان تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر في اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى رحمهما الله ان ابن ابي ليلى
قال لا يجوز ذلك وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا لا يجوز ذلك حتى يجيزه القاضي او الولي وقد تقدم بيان ما فيه
من اختلاف الروايات عنهما

باب نكاح العبيد والاما

قال وللرجل الحر ان لم يكن تحته حرة ان يتزوج اربعا من الاما . وقال الشافعي ليس للحر ان يتزوج الا امة واحدة والخلاف
بيننا وبينه في فصول . احدها ان الحر اذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرة عندنا له ان يتزوج الامة والاولى ان لا يفعله
وعنده ليس له ان يتزوج امة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الاية الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم
فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرة والتعلق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم ثم بين ان نكاح الامة
للحر لضرورة خوف الزنا على نفسه وذلك انما يكون عند عدم طول الحرة والمعنى فيه ان في تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق
لا يجوز له ان يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهذا لا يجوز نكاح الامة ان كان تحته حرة فكذلك اذا كان قادرا على طول الحرة
ولا يبعد ان يمنع النكاح عليه لحق الولد . الا ترى انه لا يتزوج المعتدة لما فيه من اشتباه نسب الولد ولان نكاح الامة بدل
في حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو ينبني على المساواة في الاصل ولا مساواة بين الحرة والامة فكان نكاح الامة
في معنى البدل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيمم فان وجود الماء يمنع التيمم والقدرة على تحصيله بالشراء تمنع . وحجتنا في ذلك
قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فاذا استطاب نكاح الامة جاز له ذلك بظاهر الاية والمعنى ان النكاح يختص بمحل الحل
والامة من جملة المحللات في حق الحر كالحرة فيكون جواز نكاحها اصلا لا بدلا ولا ضرورة . والدليل على انها محللة له انه يملك
اليمين محلله ولا يحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محللة للعبد اصلا بالاتفاق فكذلك للحر بل اولى لان الحل في حق الحر اوسع منه
في حق العبد حتى لا يثبت الحل بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الاناث من بنات ادم في اصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل
وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعان في نص عليه الشرع من الامية والاجنبية ونحوهما فاذا انعدمت هذه المعاني
كان الحل ثابتا باعتبار الاصل ولا معنى لاعتبار تعريض الولد للرق ايضا فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل اصلا
فلان لا يجوز نكاح الامة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل اولى وكذلك ان تزوج امة ثم قدر على طول الحرة او تزوج
حرة كان له ان يطا الامة بالنكاح بعد ذلك وفي هذا تعريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لا يصح وكذلك
دعواه ان الامة في حكم البدل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الاصل كما لا يبقى حكم التيمم
بعد وجود الماء فاما اذا كانت تحته حرة فمن اصحابنا من يقول حرمة نكاح الامة في هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال
عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة . الا ترى ان الحرة لو كانت صغيرة او غائبة لم يجز له ان يتزوج الامة وان كان هو
لا يستغني بنكاحها عن الامة ويخاف الوقوع في الزنا فعرفنا ان المانع هنا لعين نكاح الحرة لا الاستغناء بنكاحها وكان
الكرخي رحمه الله يقول بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الامة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لا يجوز ابطاله
بعد ثبوته فاما بطول الحرة لا يثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الامة ليست من جملة المحللات بالنكاح مضمومة الى الحرة
وهي من جملة المحللات منفردة عن الحرة لان الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء فكما ينتصف ذلك الحل
برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك ينتصف برق المراة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد
لان المراة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان يقول الاحوال ثلثة حالة ما قبل نكاح الحرة وحالة
ما بعده وحالة المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة

ومتاخرة عنها او تخالي بان تجعل في الجنبية حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة محرمة مضمومة
الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لا يجوز نكاحها فاما الاية فقد نقل عن ابن عباس رض ان المراد
حل وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من اصلنا ان التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لا يوجب انعدام
الحكم عند عدم الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعلة اخرى وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رح يجوز للحر ان يتزوج
اربعا من الاما كما يجوز له ان يتزوج اربعا من الحراير وعلى قول الشافعي ليس للحر ان يتزوج الا امة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده
لاجل الضرورة والضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له ان يتزوج اكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يحل الا بقدر ما يسد
رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح كنكاح الحرة فيجوز ان يتزوج اربعا من الحراير وعلى هذا يستوي عندنا ان تكن مسلمات او كتابيات
وعند الشافعي لا يجوز نكاح الامة الكتابية اصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعرض ولده لرق المسلم اهون من تعريضه
لرق الكافر . واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب معناه من الحراير فانما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة
فاما اذا كانت امة لم تدخل تحت النص فانما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان الكفر فيها تغلظ ببعض اثاره وهو الرق
فلا يجوز نكاحها اصلا كالمجوسية . وحجتنا في ذلك ما بينا ان الامة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة
وهذا لان ما لا يحل بملك النكاح لا يحل بملك اليمين كالمجوسية . والدليل عليه ان الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة
الكتابية والمسلمة امة كانت او حرة فكذلك في حكم النكاح واما الاية فقد قيل من قوله تعالى المحصنات العفايف من اهل الكتاب
فيتناول الامة كالحرة ولئن كان المراد الحراير فهو اباحة نكاح الحراير من اهل الكتاب لا يكون دليلا على حرمة نكاح الامة ولكن هذا
البيان اولى واسم المشركة لا تتناول الكتابية لاختصاصها باسم اخر . الا ترى ان الله عطف المشركين على اهل الكتاب بقوله
لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين الاية قال ولو تزوج امة بغير اذن مولاها ثم تزوج حرة ثم اجاز مولى الامة لم يجز
لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته فبهذه الاجازة يحصل ضم الامة الى الحرة وليست من المحللات مضمومة
الى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة ما يمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امراة نكاحا موقوفا ثم تزوج اختها
ثم ان الاولى اجازت لم يجز ارايت لو تزوج ام هذه الامة او ابنتها وهي حرة قبل اجازة مولاها ثم اجاز المولى كان يجوز لا يجوز شي
من ذلك لما ذكرنا . قال فان تزوج امة بغير اذن مولاها ثم اعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فان هذا العتق امضاء للنكاح ولما
لان الامة مخاطبة وانما امتنع نفوذ عقدها لحق المولى وما قال انه امضاء للنكاح واجازة له لان الامة مخاطبة وانما امتنع
نفوذ عقدها لحق المولى فاذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال انه امضاء
واجازة توسع في الكلام فاما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق لان خيار العتق انما يثبت اذا ازداد الملك عليها
بالعتق ولا يتحقق ذلك اذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق لان الملك انما يثبت
عليها فيما يقابله من البدل يكون لها . وعن زفر رح انه قال يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره
ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته لسقوطه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير من انسان ثم ان المالك باعه
من انسان اخر يبطل به البيع الاول . ولكنا نقول هذا العقد انما توقف على اجازة المولى وانما امتنع نفوذه لقيام حق المولى
وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد وزال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما اذا اذن لها المولى في النكاح فانه لا ينفذ ذلك العقد
ما لم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى فلا بد من اجازة المولى واجازة من قام مقامه فاما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا
بخلاف ما اذا اشترى شيئا ثم اعتقها المولى فانه يبطل الشرى لان ذلك الشرى انعقد موجبا الحل لها وبعد العتق انما ينفذ
بهذه الصفة ولم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فان كانت تحل للابن بان لم يمسها الاب بطل النكاح وليس للابن ان يجيزه لانه طرا
حل نافذ على الحل الموقوف فيكون مبطلا لذلك الموقوف كما اذا طرا ملك نافذ على ملك موقوف بان باع مال الغير ثم اشتراه من المالك
بطل ذلك العقد ولا يملك الاجازة بعده وهذا لان بين الملكين والحلين في المحل منافاة فنفوذ احدهما في المحل يكون مبطلا للاخر
وان كانت ممن لا تحل للابن فاجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لانه قايم مقام الاب في هذه الاجازة ولم يوجد المنافي وهو طريان
الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر رح لانه انما توقف على اجازة الاب فلم ينفذ باجازة غيره وكذلك لو باعها المولى
او وهبها وسلمها فان كانت تحل للمشتري والموهوب له لم ينفذ العقد باجازتهما وان كانت لا تحل لهما نفذ العقد باجازتهما عندنا
خلافا لزفر ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج بعدما ملكها وقد اجاز من ملكها النكاح ولم يجز كان عليه الاقل من مهر مثلها

وبما سمى لها في النكاح قبل انتقال الملك لان الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ووجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك
لمالكها يوم وطيها لانه انما وجب بدلا عن المستوفى بالوطي والمستوفى بالوطي مملوك للثاني فكان البدل له ولو كان تزوجها وجامعها في ملك الاول
ثم اجاز الاخر النكاح فانه يجعل عليه مهرا واحدا للاول لان الدخول بها في الملك الاول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى
منها وذلك المستوفى مملوك للاول فكان المهر له ثم ذكر ان النكاح لا ينفذ باجازة الثاني هنا لانه قد فسد حين ملكها ومن اصحابنا من يقول
هذا غلط لانه لما دخل بها الزوج في ملك الاول وجب عليها العدة والمعتدة لا تحل لغير المعتد منه فهو لم تصر محللة لملك الثاني فلا يفسد النكاح
الموقوف فاذا اجازه كان صحيحا ولكنا نقول ما ذكر في الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق بينهما فاما قبل التفريق فهي ليست
معتدة فاعتراض الملك الثاني يبطل الملك الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك لا يمنع
بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله قال وان كان دخل بها في ملك الاول ثم اعتقها اجاز النكاح وفي القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول
بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق فلا يجوز اثباته بغير عوض ولكنه استحسن فقال
لا يجب الا مهر واحد للمولى لان وجوب المهر انما يكون باعتبار العقد الا ترى انه لو لم يسبق العقد لا يجب المهر والعقد الواحد لا يوجب
الا مهرا واحدا واذا وجب المهر للمولى لا يجب لها به مهر اخر يوضحه ان الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند الى اصل العقد
الا ترى ان الشهود تشترط عند العقد لا عند الاجازة وشرط الشهود اختص به ملك الحل كشرط المهر فكما ان وجود الشهود عند العقد
يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذلك وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر اخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه اجاز النكاح
جعل اجازته في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو كان اذن لها في النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاذن
فكذلك اذا اجازه في الاذن انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة قال وللمولى ان يكره عبده او امته على النكاح اما
الامة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه
ان البدل يجب للمولى فهو فيما صنع عمل لنفسه واما العبد فللمولى ان يزوجه من غير رضاه عندنا وليس ذلك عند الشافعي لان ما ثبت له
النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو في تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كاجنبي اخر
الا ترى انه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك ان يطلق امراة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لا يملك
تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له يوضحه ان تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته
ولكنا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فانعقد المولى على شيء لا يعتقد العبد عليه ولانه مملوكه
على الاطلاق فيملك نكاحه كالامة وهذا لان الامة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبتها لا لملكه ما يملك بالنكاح ولا يثبت
باعتباره الا ترى ان الولي يزوج الصغيرة وهو لا يملك عليها ما يملك بالنكاح فيثبت ان في حق الامة انما يملك تزويجها لملكه رقبتها
لا لملكه عليها ما يملك بالنكاح فيثبت ان في حق الامة انما يملك تزويجها لملكه رقبتها لا لملكه عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود
في جانب العبد بل اولى لان في تزويج الامة تنظر لنفسها وفي تزويج العبد انما ينظر للعبد ولان الانهاء احد شطري العقد فيملكه
المولى بملك الرقبة كتمليك البضع في جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح
بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على اصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته
وهنا العبد لما كان لا يستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح الى ان يرفع بالطلاق
والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق فان قيل لو اقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند ابي حنيفة رح بخلاف
ما لو اقر على امته بالنكاح وقد بينا هذا فيما سبق وذكر شعيب بن ابي قاسم عن ابي يوسف عن ابي حنيفة على عكس هذا ان اقرار المولى
على عبده صحيح وعلى امته لا يصح لانها فرج فلا يحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود قال واذا اعتقت الامة المنكوحة فلها
الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى
وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من اصله فيسقط به جميع المهر كما اذا فرق بينهما
لعدم الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها او لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ما ملكه الزوج
وانما ملك ذلك على المولى فكان البدل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفي الصداق من زوجها وليس للزوج ان يمنع من ذلك
حتى يسلمها اليه لان المولى في استحقاق الصداق كالحرة في استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء
صداقها وهنا للمولى ان يحبسها اذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له ان يحبسها ولا للحرة ان تحبس نفسها في قول ابي حنيفة ومحمد

على قياس البيع لا يحبس بالثمن المؤجل وفي قول ابي يوسف الاخر وان كان الصداق مؤجلا فللمراة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع
لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقيب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن
في ذلك الوقت اذا كان مؤجلا فان استوفى المولى صداقها فامر المولى ان يدخلها على زوجها ولكن لا يلزمه ان يبوئها معه بيتا لان الخدمة منها
حق المولى فلا ينقطع بالحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى في بيته كما كانت تفعله قبل ومتى وجد الزوج منها خلوة او فراغا
قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاها فعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول ابي حنيفة وان كان لم يقبض الصداق سقط
جميعه عن الزوج وعندهما لا يسقط شيء منه وكذلك لو باعها المولى في مكان لا يقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل
موت باجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت ينتهي مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته
ينتهي العقد وانتهاء العقد موجب تقرر البدل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث صاحبه حتى لو زوجها المولى ثم اعتقها فاكتسبت
مالا ثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته ايضا والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت
وهذا يتبين انه لم ينفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح بينهما وابو حنيفة رح يقول من له الحق في البدل
اكتسب فوات المعقود عليه قبل التسليم فيسقط حقه في المطالبة بالبدل كما لو اعتقها فاختارت نفسها قبل الدخول
وهذا لان القتل موت كما قالا ولكن يتضمن فوات المعقود عليه فان المولى هو الذي اكتسب سببه فيجعل التفويت محالا به اليه
الا ترى ان البائع لو اتلف جزءا من المبيع قبل القبض يسقط حقه في حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا
لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل في احكام الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص او الكفارة والدية
ان كان خطا ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامنا له وباعتبار موته هو محسن الى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه
شيئا يوضحه ان المولى لو غيبها منه لم يكن له ان يطالب الزوج بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما اذا باعها في مكان لا يقدر عليه الزوج
فانه لا فرق بين هذا وبينها اذا اعتقها من غير بيع اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكنا جعلناه اتلافا في حق القاتل
والميراث ليس في حق القاتل بل ذلك شيء بينه وبينها وبين الزوج وفيما بينهما هذا موت منهي للنكاح ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها
قبل ان يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعي يسقط لان الحق في المهر لها وقد فوتت المعقود عليه قبل التسليم
فصار كما لو ارتدت قبل الدخول او قتل المولى امته ولكنا نقول قتلها نفسها في الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها
وانما قلنا ذلك لان قتلها نفسها هدر في احكام الدنيا انما تؤاخذ به في الاخرة فاما في الدنيا لا يتعلق به شيء من الاحكام فهو كموتها
بخلاف قتل المولى امته فانه معتبر في الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين يوضحه ان بعد قتلها نفسها
المهر في احكام الدنيا المهر لورثتها لا لها ولم يوجد من الورثة ما كان تفويتا للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق القاتل فاما المهر
للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ما تقول فيما اذا كان الوارث هو الذي قتلها قلنا الوارث اذا قتلها صار محروما
عن الميراث ولا حق لها في الميراث هنا فلهذا لا يعتبر فعله في اسقاط مهرها وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر في احكام الدنيا
ولان المهر لها بعد الردة وتفويت المعقود عليه كان منها فاما الامة اذا قتلت نفسها ففيه روايتان عن ابي حنيفة رح في احدى الروايتين
لا يسقط مهرها كالحرة اذا قتلت نفسها لان المهر هنا للمولى لا لها وفي الاخرى يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل
المملوك مضاف الى المالك في موجبه الا ترى انها لو قتلت غيرها كان المولى فيها فلهذا يسقط مهرها قال واذا اراد الرجل ان يتزوج
امراة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على انها حرة فاذا هي امة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور
وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله عنهما وهذا لانه لم يرض برقهم وانما يعتبر حقه بحق المولى فيكون الولد حرا بالقيمة
نظرا من الجانبين ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم له شيئا فانما اخبره بخبر كان كاذبا فيه وذلك لا يثبت حق الزوج عليه
كما لو اخبره ان الطريق امن فسلك فيه فاخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة اذا اعتقت لانها غرته حين زوجته نفسها
على انها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية في العقد وضمان الكفالة يجب على الامة
بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولا يرجع به على احد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذي نال
اللذة باستيفائه قال واذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم ادت السعاية فعتقت خيرت في قول ابي حنيفة لان المستسعاة
كالمكاتبة عنده وقد بينا ان المكاتبة اذا اعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت قال ولا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من فرقة
او طلاق باين او ثلث في قول ابي حنيفة رح ويجوز في قول ابي يوسف ومحمد وابن ابي ليلى رح ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجز نكاح الامة

يثبت بنكاح الحرة وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح
وحق الشيء كنفسه في ذلك الشيء في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرة لانها محرمة في هذه الحالة فتبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها
ولانها محرمة مضمومة الى الحرة وفي هذا نوع ضم في فراش النكاح فاما اذا كانت تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما
عند ابي حنيفة لا يجوز وبعد التسليم يقول هنا المنع لم يكن ثابتا بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة واما مسئلة اليمين
قلنا في الايمان العرف وفي العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لا يطلق فاما الفاظ الشرع المعتبر المعنى ومعنى الحرمة
باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة او مكاتبة او ام ولد في عدة حرة لان الرق في هؤلاء باق وحكمهن في النكاح حكم الامة القنة
قال رجل تزوج خمس حرائر واربع اماء في عقدة واحدة جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء
لم يصح هنا فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن باولى من البعض فلغوا ضمهن الى الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن اربع
يجوز نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء وكذلك ان تزوج امة وحرة في عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل
وهذا هو الاصل انه متى كان لا يصح نكاح الحرة وحدها فضمها الى الامة وجودا وعدما سواء فاما اذا كان يصح نكاح الحرة
وحدها يتحقق ضم الحرة الى الامة فيبطل نكاح الامة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يجوز لان العقد واحد
فاذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ● ولكنا نقول نكاح الحرة اقوى من نكاح الامة ● الا ترى انه يصح بتقدم او تأخر
والضعيف لا يدفع القوي ولكنه يندفع به بخلاف الاختين فانهما مستويان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخرى
يوضحه ان الامة من المحرمات مضمومة الى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعا بين محرمة ومحللة فيصح العقد في المحللة
دون المحرمة ● قال واذا زوج مدبرته او امته او ام ولده وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له ان يردها الى الخدمة كان له ذلك
لان حق منافعها حق المولى وهو بالتبوئة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له ان يستردها متى شاء وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج
كان الشرط باطلا لا يمنعه من ان يستخدم امته لان المستحق بالنكاح ملك الحل لا غير فاشتراطه شيئا اخر عليه يلزمه اياه لانه
لا يمكن الزامه بطريق الاستئجار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم ● قال ولو تزوجها
على انها حرة ثم علم بعد ذلك انها امة قد اذن المولى لها في النكاح فهي امرأته ان شاء امسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب
وقد بينا ان العيب لا يثبت الخيار للزوج غير ان ما ولدت له من ولد فيما مضى وما كان في بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى الاب
قيمة الولد يوم يختصمون لان الولد في يده بصفة الامانة ما لم يخاصم فانه لا يكون اعلى حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة
امانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى اذا مات قبل الخصومة وهذا اذا تبين انها امة او مدبرة وكذلك ان تبين انها ام ولد
في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لا يجب قيمة الولد هنا لان ولد ام الولد كامه لا قيمة لرقه حتى لا يضمن بالغصب
عند ابي حنيفة رح فكذلك بالمنع بعد الطلب ● وجه ظاهر الرواية ان الولد انما يصير كامه اذا ثبت فيه حق امية الولد وذلك
بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق امية الولد ليسقط رقه باعتباره ولو تبين انها مكاتبة ففي ظاهر
الرواية الجواب كذلك ● وروى الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لو ضمن انما يضمن لها وهي انما تسعى
لتحصيل الحرية لنفسها وولدها ففي حرية ولدها يحصل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع عليها بما ضمن لان الغرور منها
فلا يكون مفيدا شيئا ● وجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب لضمان قيمة الولد قد تقرر هنا ورجوعه عليها بعد العتق وهي تستوجب
الضمان عليه في الحال فكان مفيدا بما يرجع على الامة والمدبرة وام الولد والمكاتبة بقيمة الولد بعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور
كضمان الكفالة وضمان الكفالة في حق هؤلاء مؤخر الى ما بعد العتق ● قال ولو مات الولد وترك مالا فانما هو لابيه بحكم الارث
ولا ضمان على الاب في قيمته لما بينا ان المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد فاخذ الاب ديته كان عليه قيمته لانه سلم له
بدل نفسه وحكم البدل حكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه وكذلك لو ضرب انسان بطنها فالقت جنينا ميتا
كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكرا او عشر قيمتها ان كانت انثى
لان حق المستحق في جنين الامة فلا يغرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحر كما لو قتل بعد الانفصال
قال ولو مات الاب وبقي الولد اخذ المولى قيمته من تركة الاب ولا يرجع بها بقية الورثة في حصة الولد لان المنع قد تحقق
وذلك موجب ضمان القيمة على الاب فيستوفى من تركته بعد موته وقضاء دين الاب لا يكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا
لا يرجعون في حصته وان لم يترك الاب شيئا لم يؤاخذ الولد بشيء كما لا يؤاخذ بسائر ديون الاب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية

عما للولد

مما للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصل والعتق بالقرابة انما يكون بعد ثبوت الملك
للعم فلهذا كان العم فيه وغيره في هذا سواء قال وان كانت تزوجت بغير اذن المولى اخذها المولى وعقرها والجواب في قيمة الولد
على ما بينا وان كان الذي غره غير الامة بان زوجها منه حر على انها حرة فهذا وما تقدم سواء الا ان الاب يرجع بقيمة الولد
على المزوج في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والحر يؤاخذ بضمان الكفالة في الحال وان كان الذي غره بها عبدا او مدبرا
او مكاتبا فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذونا او لم يكن لان المأذون انما يؤاخذ بضمان التجارة في الحال
لا بضمان الكفالة فيتأخر الى عتقهم الا ان يكون المولى امر العبد والمدبر بذلك فحينئذ يؤاخذان به في الحال لان كفالة العبد
باذن المولى موجب للضمان عليه في الحال فاما المكاتب لا يؤاخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى وبغير اذنه لان المولى
ليس له حق التصرف في كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان المتزوج المغرور عبدا او مدبرا او مكاتبا بان يزوج احد من هؤلاء
باذن المولى امرأة على انها حرة فولدت له ثم ظهر انها امة فالولد رقيق في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر نص عليه في قول ابي يوسف
في كتاب الدعوى وهو في قوله الاول وهو قول محمد الولد حر بقيمته على الاب اذا اعتق ويرجع بذلك على الذي غره ● وجه
قول محمد رح ان السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر
وكما يحتاج الحر الى حرية الولد فالمملوك محتاج الى ذلك بل حاجته اظهر لانه ربما يتطرق به الى الحرية نفسه ● يوضحه
انه لا معتبر برق الزوج وحريته في رق الولد بل المعتبر فيه جانب الام ● الا ترى ان الحر اذا تزوج امة وهو يعلم بحالها
كان ولدها رقيقا فاذا كان المعتبر رق الام وقد سقط اعتبار رقها في حق الولد عند اشتراط الحرية اذا كان الزوج حرا
فكذلك اذا كان الزوج عبدا لانه انما شرط من الحرية يجعل كالمتحقق في حرية الولد فاما ابو حنيفة وابو يوسف قالا هذا الولد
مخلوق من ماء رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الاصل فاذا كان الاصلان رقيقين
لا تثبت الحرية للولد من غير عتق فاما اذا كان الزوج حرا فقد ثبتت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة بخلاف القياس وهذا
ليس في معنى ذلك لان ماء الرجل هناك حر بصفته فانه جزء منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فتأثير الغرور في المنع
من ثبوت الرق فيه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق بنفسه فالحاجة الى اثبات الحرية ابتداء وما يصلح للابقاء ما كان
على ما كان لا يصلح للايجاب ما لم يكن يوضحه ان الحاجة هناك الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانبه يوجب حرية الولد
بضمان قيمته بعد العتق فيتضرر به المستحق في المال فاذا ثبت ان هذا ليس في معنى المنصوص وجب الرجوع فيه الى الاصل
فكان الولد رقيقا بمنزلة امه ثم على قول محمد رح ان كان التزوج من هؤلاء باذن المولى فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال
وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب غير مأذون فيه فانما يؤاخذ به
بعد العتق ● قال واذا تزوجها وهو يعلم انها امة او تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره منها احد فاولاده رقيق
لان هذا ظن منه والظن لا يغني من الحق شيئا ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور هنا ولو كانت الامة
بين رجلين زوجها احدهما من رجل والزوج دخل بها فللاخر ان يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك النصف
ليس بسبب الولاية للتزويج فلم ينفذ عقده عليها وفي تنفيذ عقده نصيب الشريك وكان له ان يفسخ عقده دفعا للضرر
عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا ان في نصيب المزوج يجب الاقل من نصف المسمى
ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه صحيح في نصيب نفسه واما في نصيب الشريك يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لانه
لم يرض بسقوط شيء من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلا مهر لواحد منهما سواء خلا بها الزوج او لم يخل لان الخلوة
انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا تعتبر الخلوة فيه ● قال واذا زوج امة ابنه الصغير فذلك جائز
وكذلك اذا زوج امة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج امته وكذلك المفاوض اذا زوج امة من الشركة لان تزويج الامة
من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب لانه يكتسب به المهر
اما المكاتب فهو منفك الحجر عنه في اكتساب المال واما الاب والوصي فانهما امرا بالنظر للصغير وعند اكتساب المال
من النظر واما المفاوض فلانهما انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه اكتساب المال
بل فيه تعييب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم في ذلك ● قال ولو زوج الاب او الوصي امة الصبي
من عبده لا يجوز ذلك لما بينا نص عليه في المأذون ● وعن ابي يوسف انه يجوز لانه لا ضرر فيه على الصبي فان المهر لا يجب

هذا العقد ونفقتها عليه بعد النكاح كما كان قبله وفيه منفعة الصبي من حيث النسل فيجوز ذلك من الاب او الوصي كما ان الحمل
من مال الصبي على ابائه ● وجه ظاهر الرواية ان في هذا تعييب لهما لان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ومنفعة
النسل موهومة والمنفعة الموهومة لا تكون جابرة للضرر المتحقق فلا يصح هذا العقد منهما واما العبد المأذون والمضارب
او الشريك شركة عنان اذا زوج واحد منهم الامة لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي قول ابي يوسف رح يجوز
لانه عقد اكتساب المال وهم لا يملكون الاجارة فكذلك يملكون التزويج وابو حنيفة ومحمد رحهما الله يقولان المأذون انما كان منفك الحجر عنه
في التجارة والتزويج ليس من جملة التجارة فان التجار لا يعتادون اكتساب المال بتزويج الاماء ● والدليل عليه ان المرأة لو زوجت
نفسها من رجل بعبد او ثوب بنية التجارة عند العقد لا يصير العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة
فان نية التجارة متى اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة واذا لم يكن النكاح من التجارة لا يملكه هؤلاء كالكتابة وبه فارق الاربعة
التي تقدمت فان اولئك يملكون الكتابة فعرفنا ان تصرفهم غير مقصور على التجارة ولا اشكال ان هؤلاء الثلثة لا يزوجون العبد لان
تزويج العبد ليس من الاكتساب ولا من التجارة ● قال واذا تزوج امة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعي ○
وقيل هذا بناء على الاصل الذي تقدم ان عنده لا يجوز للحر نكاح الامة الا عند عدم طول الحرة وعلى الابن ان يعف اباه
فيستغني به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج امة غيره صح النكاح اذا لم يكن في ملكه ما يتزوج به الحرة
والاصح ان هذه مسئلة مبتداة ● توجيه قوله ان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها
لا يلزمه الحد فلا يجوز له ان يتزوجها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه بل اولى لان حق الملك في مال ولده اظهر الا ترى
ان استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه لا يصح ● يوضحه ان الولد كسبه قال عم ان اطيب ما ياكل الرجل
من كسبه فجارية الابن كسب كسبه فلا يملك ان يتزوج كامة عبده ● ولكنا نقول ليس له في جارية ابنه ملك ولا حق ملك فيجوز له
ان يتزوجها كامة ابنه واخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان للاب فيها حق الملك
فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له في الجارية ولكن الظاهر الاضافة في قوله عم انت ومالك لابيك وهذا الظاهر
وان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك وحق ملك له فيها يصير شبهة في اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لا يوجب الملك
ولا حق الملك للمشتري ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح او بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له
فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك في كسبه بمنزلة مال المعتق لا حق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما ثبوت
الاستيلاد ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة ولقد تحققت الحاجة الى صيانة مائه لكيلا يضيع نسله
فان تزوجها فولدت له ولدا فان كان الولد حرا لان الولد يتبع الام في الملك ومولى الجارية هنا مالك اخاه فيعتق عليه بالقرابة
ولا تصير الجارية ام ولد له عندنا وعند زفر تصير ام ولد له خلافا لزفر ● وحجته انه استولدها بفجور صارت ام ولده
فاذا استولدها بنكاح او بشبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ● ولكنا نقول اذا استولدها بغير شبهة فهناك
يصير متملكا للحاجة الى ذلك كيلا يضيع ماؤه فان اثبات النسب غير ممكن بدون التمليك لانه ليس له فيها ملك ولا حق ملك
فاذا تملكها سابقا على الاستيلاد كان الاستيلاد في ملك نفسه فلهذا صارت ام ولده وهنا غير محتاج الى تملكها لاثبات
النسب بل النكاح او شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلهذا لا تصير ام ولد له ● قال ولو كان الابن هو الذي
تزوج امة ابيه بتزويج الاب اياها منه جاز النكاح فاذا ولدت فالولد حر لان الاب ملك ابن ابنه ولا تصير الجارية
ام ولد له لانه لا ملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح او شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لانه ليس له
حق التملك في جارية ابيه ولكن لا حد عليه ان قال ظننت انها تحل لي وان قال علمت انها علي حرام فعليه الحد لان عند الظن
اشتبه عليه ما يشتبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لا شبهة له في المحل حقيقة ولا صورة ولم يشتبه عليه امرها
ويلزمه الحد فان صدقه الاب في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لانه اذا ملك ابنه من الزنا عتق عليه فكذلك
اذا ملك ابن ابنه من الزنا ولكن لا يثبت النسب لما بينا بخلاف الاب اذا كان هو الذي استولد جارية ابنه فانه لا حاجة الى تصديق
الولد لان الاب له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولدا لها في ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن
هذه الولاية في جارية ابيه فلهذا لا يعتق الولد الا اذا صدقه الاب فيه ● قال ولا يتزوج العبد اكثر من ثنتين وقال
مالك رح له ان يتزوج اربعا لان الرق لا يؤثر في مالكية النكاح حتى لا يخرج من ان يكون اهلا لملك النكاح وما لا يؤثر فيه

الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم في الاقرار بالحدود ومذهبنا مروي عن علي رض ● قال لا يتزوج
العبد اكثر من ثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ما كان متعددا في نفسه كالجلدات في الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا
لان ملك النكاح ينبني على الحل الذي يصير به اهلا للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال
الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التي اختص بها فكان الحل في حقه
متسعا لتسع نسوة ولا يجوز لاحد غيره اكثر من اربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج اربعا ولا يتزوج العبد الا
يوضحه ان الرق ينصف الحل ● الا ترى ان في جانبها لما لم يتنصف حلها بالرق حتى ان ما ينبني على الحل يكون حالها فيه على النصف
من حال الحرة وكذلك ما يجب على المستوفي في هذا الحل بغير طريقه وهو الحد يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة
وعلى الحرة مائة جلدة واذا ثبت ان الحل يتنصف بالرق وعليه ينبني عدد المنكوحات قلنا حال العبد فيه على النصف
من حال الحر فيتزوج ثنتين ان الحر تزوج الامتان ان في ذلك سواء والشافعي هنا لا يخالفنا لان في حق العبد نكاح الامة اصل
وليس ببدل اذ ليس فيه تعريض شيء للرق فانه رقيق بجميع اجزائه فلهذا جوز له نكاح الامتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي
للعبد ان يتزوج امة على حرة ● ولكنا نقول لا يجوز لان الامة ليست من المحللات مضمومة الى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد
والمكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل فيهم قائم ● قال ولا يجوز للعبد ان يتزوج بغير اذن مولاه
عندنا ● وعلى قول مالك رح يجوز لان الرق لم يؤثر في مالكية النكاح فيستبد به كالطلاق واصحابنا رح استدلوا بظاهر
قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والنكاح شيء فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبنا مروي عن عمر رض
قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان في النكاح تعييبه ● وفيه شغل ماليته بالمهر والنفقة
وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى ● يوضحه انه لو باع رقبته او رهنه بمال لم يجز
وان كان منفعة ذلك ترجع الى المولى فاذا تزوج ولا منفعة في عقده للمولى اولى ان لا يجوز وكذلك المدبر وابن ام الولد
والمكاتب لا يتزوج احد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم قائم فان اذن لهم المولى في ذلك جاز العقد
لان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك اذا اذن لهم فيه الا ان في المكاتب يحتاج الى رضاه اذا باشر المولى فان اذن لها المولى
فباشر المكاتب يجوز ايضا وهذا بخلاف تزويج الامة فان تزوج المكاتب امته بغير رضى المولى لان امته غير مملوكة للمولى حقيقة
من عقود الاكتساب ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو ان المكاتبة زوجت امتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها لم يجز
الا باذن المولى لقيام ملك المولى في رقبتها ● قال ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه فاجازه جاز لان الاجازة في الانتهاء
كالاذن في الابتداء فان طلقها العبد ثلثا بعد اجازة المولى طلقت ثلثا ولم يجز للعبد ان يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح
لما صح كان العبد في ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع الطلاق ولكن يكون هذا
متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع
الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل وايقاع الفرقة اذا كان صحيحا فاذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا لا يؤثر في هذين
الحكمين ولكن يؤثر في رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لا يلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحد فان لم يجز
المولى ذلك العقد ولكن اذن له ان يتزوجها ابتداء فلا باس بان يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل
ولم يقع هنا فلا باس بان يتزوجها كالصبي والمجنون اذا طلق امراته ثلثا لا يثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح
كان هذا باطلا قبل النكاح ● وقال عم لا طلاق قبل النكاح ولو اجاز المولى ذلك النكاح فاجازته باطلة لان الاجازة
انما تعمل في حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما اوقعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو اوقعه في نكاح صحيح ارتفع
ارتفع النكاح فاذا اوقعه في العقد الموقوف اولى ان يرتفع العقد به فان اذن له ان يتزوجها ابتداء فلا باس بان يتزوجها
ولو فعل لم يفرق بينهما في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف لا يجيز ذلك ● وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع
على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولو لم يجز العقد كان له
ان يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته ● وجه قولهما ان الطلاق تصرف ينبني على النكاح واجازة العقد تتضمن ما ينبني
عليه فاعتبار هذا المعنى يوجب نفوذ الطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبرا في الكراهة وان لم يكن معتبرا في حقيقة
حرمة المحل ولكن هذا على اصل محمد رح غير صحيح فان المشتري من الغاصب اذا اعتق ثم اجاز المولى لا ينفذ عتقه ○

وعلى اصل ابي حنيفة انما يصح هذا ان لو كان الطلاق يتوقف على اجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لا يتوقف على اجازة المولى
لكن الوجه فيه ان نقول انما الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو كان موجودًا في الابتداء لو كان موجودًا تثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك
بوجود صورة الاجازة في الانتهاء تثبت الكراهة ● يوضحه ان العبد اهل للنكاح في حق نفسه ولهذا لو اعتق قبل اجازة المولى يمنع
نفوذ طلاقه فلتعارض الادلة قلنا لا تثبت الحرمة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطا لانه ترك نكاح امراة تحل له كان تحرزا له
من ان يتزوج امراة لا تحل ● قال واذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاه ثم اعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع
نفوذ نكاحه لحق مولاه وقد اسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لو باعه فاجاز المشتري لان المشتري
قام مقام البائع في ملكه رقبته فكذلك في اجازة عقده وهذا لانه ما طرى بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لا يحل للمشتري
فلهذا كان اجازته كاجازة البائع وعند زفر رح لا ينفذ باجازة المشتري وقد بينا هذا وكذلك لو اجازه وارثه بعد موته
قال ولو اذن لعبده في النكاح لم يملك ان يتزوج الا امراة واحدة عندنا ● وعند الشافعي له ان يتزوج بنتين وهذا بنا على الاصل
الذي تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه من غير رضاه فيكون العبد فيه نائبا عن مولاه فهو كالحر
يامر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امراة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له
الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لضررته تتعدى الى حق المولى فاذا اذن له المولى في ذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر
واسقط حق نفسه فكان للعبد ان يتزوج امراتين في عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا ان في قول ابي يوسف الاول رح
فانه يقول يجوز نكاح احديهما والبيان فيه الى العبد بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امراة فزوجه امراتين في عقدة يصح نكاح احدا
والخيار الى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسئلة فان قال المولى عنيت نكاح امراتين جاز نكاحهما لانه لو اجاز نكاح المراتين
فكذلك اذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوي من محتملات لفظه وهو غير مستفهم في هذا البيان ● قال واذا اذن له ان يتزوج
واحدة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها اخذ بالمهر في حالة الرقبة في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يؤاخذ به
حتى يعتق واصل المسئلة ان عندهما اذن المولى لعبده في النكاح ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد لان تحصيل العفة به للعبد
وكذلك انما يكون بالعقد الصحيح دون الفاسد فاستدلا بما لو حلف لا يتزوج ينصرف يمينه الى العقد الصحيح دون الفاسد
فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى وابو حنيفة رح يقول لفظ الاذن مطلق والصحة صفة العقد والاذن من المولى
في اصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشرا للوكيل وللعبد يتناول الفاسد والصحيح جميعا وهذا لان
بعض المقاصد تثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول ولهذا لو حلف انه ما يزوج في الماضي وقد كان
تزوج فاسدا او صحيحا كان حانثا في يمينه وفي المستقبل انما جعلناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تبتنى على
العرف فان الايمان تبتنى على العرف فاما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفاسد اذا عرفنا
هذا فنقول عند ابي حنيفة رح اذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به
في الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانه لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتاخر الى ما بعد العتق
وعلى هذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعد هذا يجوز عندهما لان حكم اذن المولى بعد ما انتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشرا
العقد الثاني باذنه وعند ابي حنيفة لا يصح العقد الثاني لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثاني
اذن جديد ● قال واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم اجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سمى
لها استحسانا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وفي القياس عليه مهران مهر المثل بالدخول والمسمى بنفوذ العقد
بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الامة فهو كذلك في العبد وعلى هذا لو اعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه ●
قال واذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد والعبد والمدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليه حتى يعتق لان النكاح
في حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من الاكتساب بالمال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فاذا لم يكن عقد
الكتابة متناولا لذلك العقد يتاخر المال الواجب بسببه الى ما بعد العتق وهذا بخلاف جناية المكاتب فان موجبه
في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لا يؤثر في الحجر عن الافعال فاما وجوب المهر هنا باعتبار
العقد لان الدخول بدون العقد لا يوجب المهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتاخر الواجب الى ما بعد العتق بمنزلة
المال الواجب عليه بسبب الكفالة ● قال واذا تزوج الرجل عبده امته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليه لان المهر لو وجب

كان

كان للمولى وانما يجب في مالية العبد ومالية مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه اصلا وقد بينا ان على طريق بعض اصحابنا يجب
ابتدا لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج فاذا كان العبد نصرانيا اذن له مولاه في التزوج فاقامت عليه
امراة نصرانية شاهدين من النصارى انه تزوجها وهو جاحد اجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد ● الا ترى انه لو اقر بهذا النكاح
ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصارى عليه لان الخصم هو العبد وهو نصراني ● الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع او شرى
وهو ماذون له في التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولى على العبد فهذه الشهادة مقبولة .
فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولى على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم ● قلنا اصل العقد مملوك
للمولى على العبد لكن بحكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد فالشهود انما يشهدون بذلك على العبد فلهذا اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا
لو كان المولى كافرا والعبد مسلم لم تجز شهادتهم لانها تقوم على العبد وهو مسلم وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم قال ولا يحل
للعبد ان يتسرى وان اذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رح يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقين اما عقد النكاح او التسري فاذا كان
العبد اهلا لملك المتعة باحد الطريقين وهو النكاح فكذلك بالطريق الاخر بل اولى لان ملك المتعة الذي يثبت بالنكاح اقوى
مما يثبت باليمين ● وحجتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وهذه ليست
بزوجة له ولا مملوكة وعن ابن عمر رض ● قال لا يحل الفرج مملوكه الا لمن اذا اعتق او وهب جاز والعبد لا يجوز عتقه ولا هبته
فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المنافاة
وملك المتعة لا يثبت الا بسببه فاذا كان سببه وهو ملك الرقبة لا يثبت في حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد
ليس باهل للملك المال قبل اذن المولى ولا تاثير للاذن في جعل من ليس باهل اهلا للملك المتعة اصلا لان بين المالكية والمملوكية منافاة
ولكن الشرع جعله اهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع
بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة بنا الى ان نجعله اهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدبر والمكاتب والمستسعى في
قول ابي حنيفة رح كالمكاتب قال ولو ان عبدين زوجه احدهما بغير اذن الاخر لم يجز لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد
بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبدا ● قال ولا يحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا لامراة لها في رقبته شقص
عندنا وعلى قول نفاة القياس يجوز وكذلك اذا تزوج امته او امة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف ● واستدلوا بظاهر قوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا وبقوله فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات ● وحجتنا قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم الاية
فانما خاطب الله تعالى الموالى بالنكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد اذا تزوج بمولاته فهي تستوجب عليه النفقة بملك اليمين
فيتقاصان ويموتان جوعا وفي هذا من الفساد ما لا يخفى والحر اذا تزوج امته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك
الحل وملك الحل ثابت له تبعا للملك الرقبة ولان النكاح انما شرع في الاصل لضرورة الحاجة اليه وعند ملكه رقبتها لا حاجة فلم يكن
مشروعا اصلا ثم قيام الملك في بعضها بمنزلة قيام الملك في جميعها في حرمة النكاح احتياطا وان كان لا يثبت
بمنزلة ذلك في حل الوطى وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك في رقبتها وان كان هو ممنوعا من وطيها بسبب الكتابة
فان وطيها كان لها المهر بمنزلة ما لو وطيها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط بالشبهة فيجب المهر وهي بعقد الكتابة صارت
احق بنفسها ومكاسبها والمستوفى بالوطى في حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك اذا وطيها ● الا ترى
ان الواطى لو كان غير المولى كان لها المهر فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان بملكه رقبتها
فلا ينقلب صحيحا وان زال الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح لما قلنا
وان تزوج المكاتب والعبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها في ملك رقبته ولا حق ملك ما دام الاب حيا فان مات
المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فاذا طرى على النكاح
يرتفع النكاح ايضا لان المنافي يوثر سواء كان طاريا او مقارنا فاما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعي يفسد
اصل المسئلة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب ايضا مشغول بحاجته
وعند الشافعي رح كل ما كان مملوكا للمورث فاذا لم يخرج بموته من ان يكون مملوكا للمورث نصيبه ملكا لوارثه ● وحجته على سبيل
في هذه المسئلة انها لو تزوجته ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما في العبد ان الورثة خلافه ورقبة المكاتب
كان مملوكا للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ● الا ترى انه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس بموجب ملك الرقبة للورثة ابتدا

نعرفنا انه كان زمنا لكان قبل ذلك • وحجتنا في ذلك ان المكاتب لا يملك كساير اسباب الملك وكذلك لا يملك بالارث كالمدبر والدليل عليه انه لو ادى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا انه باق على ملك المولى لحاجته الى ذلك واستيفاء ولاء بعقد الكتابة ولهذا يملكه بعد العجز لان المولى احق بالمولود فيكون ذلك السبب عاملا في ايجاب الملك بعد زوال المانع • واما اذا تزوجت به ابتداء بعد موت المولى انما لا يجوز ذلك لانه ثبت لها حق ان يملك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء ابتداء النكاح فلا يمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امراة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج امة مكاتبه لا يجوز وكذلك لو اشترى امراة نفسه لا تفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جايز ان مات ابوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت ابيه لم يجز ومن هذا الباب العدة يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء والاتفاق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء والقياس في هذا كثير واذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان عتق المكاتب فهي امراته لان بالعتق ازداد بعدا فان عجز ورد في الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح بتقرر المنافي وذلك اذا وجد قبل الدخول ابطل النكاح من الاصل فهذا لا يوجب شيا من المهر كالمحرمية وان كان دخل بها فلها المهر في رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لا يستوجب على مملوكه شيا • قال رجل تزوج امة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها او ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافي وهو ملكه جزا من رقبتها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر لمولاها وما انتقض النكاح لملكه جزا من رقبتها وان ابى العبد المراة الحرة واخبرها انه حر فتزوجها على ذلك ثم علمت انه عبد بعد اذن له مولاه في التزوج فهي بالخيار ان شات اقامت معه وان شات فارقته لانه غرها ولانها ما رضيت ان تستفرشها مملوك لانه ليس بكفو لها وقد بينا انه اذا انتسب ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما اظهر يكون لها الخيار فاذا اظهر الحرية وبين الرق لان يثبت لها الخيار كان اولى فان اختارت الفرقة لا تكون هذه الفرقة الا عند القاضي بمنزلة الرد بالعيب في الفسخ بعدم الكفاءة لا يثبت الا بقضاء القاضي ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل لانه فسخ لاصل النكاح بينهما قال عبد تزوج امراة باذن مولاه ولم يخبرها انه حر وعبد ثم علمت انه عبد فان كان اولياء المراة زوجوها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان الاولياء العقد يكون مسقطا حقهم في طلب الكفاءة والزوج ما شرط لها من نفسه شيا فان عليها ذلك انما ظننت انه حر وظنها لا يلزم الزوج شيا فلهذا لا خيار لها وان كانت مخلية بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كفو والمراة اذا زوجت نفسها من غير كفو فللاولياء حق الاعتراض دفعا للعار عن نفسهم والله اعلم

باب الرضاع

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وذكر عروة عن عايشة رض هذا الحديث قال يحرم بالرضاع ما يحرم بالولادة • وفيه دليل على ان الرضاع من اسباب التحريم وانه بمنزلة النسب في ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية او شبهة البعضية • وفي الرضاع شبهة البعضية بما يحصل باللبن الذي هو جزء الادمية في انبات اللحم وانشار العظم واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم • وفيه دليل على ان الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الامهات تثبت من جانب الاباء وهو الزوج الذي نزل لبنها بالوطي وان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب في التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف ما يقوله بعض العلماء ان لبن الفحل لا يحرم وهو احد قولي الشافعي رح احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب لان الحرمة في حق الرجل لا تثبت حقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثندوة الرجل وارضع به صبيا لا تثبت فلان لا تثبت في جانبه بارضاع زوجته اولى • وحجتنا في ذلك حديث عمرة عن عايشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيتي فسمعت صوت رجل يستاذن على حفصة رض فقلت هذا رجل استاذن في بيتك يا رسول الله عليه السلام فقال عم ما اراه الا فلانا عم حفصة من الرضاع قلت لو كان فلانا عمي من الرضاع حيا اكان يدخل علي فقال نعم الرضاع يحرم ما يحرم الولادة • وفي حديث اخر عن عايشة رض قالت يا رسول الله ان افلح بن ابي قعيس يدخل علي وانا في ثياب فضل فقال عم ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة قلت انما ارضعتني المراة لا الرجل فقال عم ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لا يكون الا باعتبار الفحل والمعنى فيه ان سبب نزول هذا اللبن فعل الوطي فالحرمة التي تبتنى عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاما ما قالوا ان الله تعالى بين حرمة الرضاع في جانب النساء قلنا من الاحكام ما يثبت بالقران • ومنها ما يثبت بالسنة

بحرمة الرضاع في جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في رضاع الرجل فانما نزل في ثديه لا تغذي الصبي ولا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطي الميتة في انه لا يوجب الحرمة • قال ولا ينبغي للرجل ان يتزوج امراة ابنه من الرضاعة وان كان زوجهما مختلفا عندنا لا رضاعين فهما اختان لام وان كان اما اذا ارضعت امراة واحدة صبيين فهما اختان فان كان زوجهما واحدا فهما اختان لاب وام من الرضاعة تحت الرجل امراتان لكل واحدة لبن منه فارضعت كل واحد منهما صبيه فهما اختان لاب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد عموم قوله تعالى واخواتكم من الرضاعة بينا ولذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع كبنات الاخت من النسب • الا ترى انه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت ابي سلمة رض قال لو لم تكن ربيبتي في حجري لما كانت تحل لي ارضعتني واباها ثويبة فقال علي رض يا رسول الله عليه السلام انك ترغب في قريش وترغب عنا فقال هل فيكم شي قال نعم ابنة حمزة رض فقال عم انها ابنة اخي من الرضاعة قال واذا كان للمراة لبن فطلقها زوجها وتزوجت اخر وحبلت من الاخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد في قول ابي حنيفة اذا عرفنا ان هذا اللبن من الحبل الثاني فهو من الاخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه في رواية اذا حبلت من الثاني انقطع حكم لبن الاول • وقال محمد رح استحسن ان يكون منهما جميعا حتى تضع من الاخر • وجه قوله ان ما كان لها من اللبن فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثاني وباب الحرمة مبني على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعا كما اذا احلب لبن امراتين في قارورة واوجر صبيا فاذا وضعت من الثاني فقد انفسخ سبب لبن الاول باعتراض مثله عليه فلهذا كان من الثاني بعد وابو يوسف يقول اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فاذا عرف نزول اللبن من الثاني ينسخ به حكم اللبن من الاول كما ينسخ بالولادة من الثاني وعلى الرواية الاخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثاني باطن فيقام السبب مقام المعنى الباطن تيسيرا فينسخ به حكم لبن الاول وابو حنيفة رح يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص اخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة يحتمل ان يكون من قوة الغذاء لا من الحبل الثاني فلا ينسخ به حكم اللبن من الاول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك بكونها لولادة قال ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امراة واحدة في حالة واحدة لان سببهما لا يجتمع حلا لانتشرها فكذلك ما ينبني عليه النسب ولكن ما بقي الاول لا يثبت الثاني واذا ثبت الثاني لا يبقى الاول قال ولا يجوز له ان يتزوج امراة ارضعته رضاعا قليلا او كثيرا عندنا • وقال الشافعي لا تثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منهما • ومن اصحاب الظواهر من اعتبر ثلث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله عم لا يحرم من الرضاع المصة والمصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان • وفي حديث عمرة عن عايشة رض قالت كان فيما انزل في القران عشر رضعات معلومات تحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم اثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد • وفي حديث علي رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سوا يعني في ايجاب الحرمة ولان هذا سبب من اسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطي واما حديث عايشة رض فضعيف جدا لانه اذا كان متلوا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخ التلاوة بعد الرسول لا يجوز فلماذا لا يتلى الان وذكر في الحديث فدخل داجن البيت فاكله وهذا يقوي قول الروافض الذين يقولون كثير من القران ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تثبته الصحابة في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت ان هذا كان في وقت من الاوقات فانما كان في الوقت الذي كان رضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثاني فان انبات اللحم وانشار العظم في حق الكبير لا يحصل الا بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ حكم ارضاع الكبير على ما نبينه قال والسعوط والوجور يثبت الحرمة لان ما يغذي الصبي فان السعوط يصل الى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل الى الجوف فيثبت به انبات اللحم وانشار العظم فاما الاقطار في الاذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر انه لا يصل الى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان اكثر ما فيه انه يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية الا في نوادر عن محمد رح قال اذا احتقن صبي بلبن امراة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل الى الجوف • الا ترى انه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول الى الجوف بل حصول معنى الغذاء الذي تثبت به البعضية وذلك انما يحصل من الاعالي لا من الاسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة • والحاصل فيه ما بينا انه بمنزلة النسب فكما ان الحرمة الثابتة بالنسب في حق الامهات والبنات تتعدى الى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع قال ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود

وهكذا رواه جابر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم الى الليل ولا وصال في صيام
ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين في قطيعة رحم ولا تعرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام
في فصول احدها ان الحرمة لا تثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امراة ابي حذيفة رض فانها جاءت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما انتسخ حكم التبني بقوله تعالى ادعوهم لابائهم فقالت يا رسول الله ان ابا حذيفة تبنى سالما
فكنا نعده ولدا له وان لنا بيتا واحدا في ذات يده في شانه وفي رواية وانه يدخل علي واني ارى الكراهة في وجه ابي حذيفة فقال عم
ارضعيه خمسا تحرمين بها عليه وبهذا الحديث اخذت عايشة رض حتى كانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال
امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا ان غيرها من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله عم الرضاع
ما انبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل • وقال عم الرضاعة من المجاعة يعني ما يرد من الجوع وذلك بارضاع الكبير لا يحصل
وفي حديث ابي هريرة قال الرضاع ما فتق الامعا وكان قبل الطعام والصحابة رض اتفقوا على هذا فقد ذكر في الكتاب عن علي وابن مسعود
رض اتفقوا على هذا فقد ذكر قال لا لا رضاع بعد الفصال وروي ان اعرابيا ولدت له امراته ومات ولدها فانتفخ ثديها من اللبن
فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن في حلقه فجاء الى ابي موسى الاشعري وساله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء الى ابن مسعود رض
فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى ابي موسى الاشعري رض فقام معه الى ابي موسى ثم اخذ باذنه وقال رضيع فيكم هذا اللحيا
فقال ابو موسى لا تسالوني عن شيء ما دام هذا الحبر فيكم وبين اظهركم وجاء رجل الى عمر رض فقال ان لي جارية فارضعتها امراتي فدخلت
البيت فقالت خذها دونك فقد والله ارضعتها فقال عمر رض عزمت عليك ان تاتي امراتك فتضربها ثم تاتي جاريتك فتطاها وروي
نحو هذا عن ابن عمر فثبت بهذه الاخبار انتساخ حكم ارضاع الكبير ثم اختلف العلماء رض في المدة التي تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر
ابو حنيفة رح بثلاثين شهرا وابو يوسف ومحمد رح قدرا بحولين وزفر رح قدر ذلك بثلاث سنين فاذا وجد الارضاع في هذه المدة
تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ولا زيادة
بعد التمام والكمال • وقال الله تعالى وفصاله في عامين ولا رضاع بعد الفصال ولان الظاهر ان الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن
وبعد الحولين لا يكتفي به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وابو حنيفة رح استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
وظاهر هذه الاضافة يقتضي ان يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا ان الدليل قد قام على ان مدة الحبل لا تكون اكثر من سنتين
فبقي مدة الفصال على ظاهره • وقال الله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور الاية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصال
بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين • وقال تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم من غير فصل
اذا اتيتم الامهات ولان اللبن كما يغذي الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لا يحصل في ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة
حتى ينسى اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين واذا وجبت الزيادة بادنى مدة الحبل وذلك ستة اشهر اعتبارا
للانتهاء بالابتداء ولهذا يحتج زفر رح ايضا الا انه يقول لما وجب اعتبار بعضه كله ويقدر مدة الفطام بحول لانه حسن للاختبار
والتحول به من حال الى حال • فان فطم الصبي قبل الحولين ثم ارضع في مدة ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة او في مدة الحولين عندهما
فالظاهر من مذهبهما وهو قول ابي حنيفة انه تثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة فصار الفطام كان لم يكن • وروى الحسن
عن ابي حنيفة قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فاذا صار بحيث يكتفي بعد هذا الفطام فاما اذا صار
يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه فلا يحصل به معنى البعضية • بيانه في حديث ابي هريرة رض قال وكان قبل الطعام اي قبل ان يكتفي
بالطعام • قال ولا باس بان يتزوج الرجل بام ابنه التي ارضعته لانه لا باس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة ولا باس
بان يتزوج بابنتها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج اخت ابنه لا من النسب لانها ربيبته لانه وطي امها وهذا لا يوجد
في الرضاع فلهذا جاز ان يتزوجها وكذلك ان يتزوج اخت اخته من الرضاع ومثله في النسب يحل لانه اذا تزوج اخت اخته من النسب
يحل ذلك بان كان له اخت لاب واخ لام فلاخته لابيه ان يتزوج اخته لام لانه لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع
وكذلك لا باس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة وابنة عمته او ابنة خاله او ابنة خالته كما لا باس به من النسب وكذلك لا باس
بان يتزوج بالتي ارضعت اخاه او ما بدا له من ولدها لانه لا رضاع بينه وبينهم • قال ولا يجمع الرجل بين اختين من الرضاعة
ولا بين المراة وابنة اختها او ابنة اخيها وكذلك كل امراتين ذواتي محرم منها من الرضاعة للاصل الذي بينا ان كل امراتين لو كانت

احدهما

اجداهما ذكرا والاخرى انثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاع
وسر هذا ان حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فانه لا ليس بين الرضيعين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة • قال واذا ولدت
المراة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج اخر وارضعت بلبن الاول ولدا وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول
دون الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الاول • قال ولا يجوز شهادة امراة واحدة
على الرضاع اجنبية كانت او ام احد الزوجين ولا يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان او رجل
وامراتان عدول وهذا عندنا • وقال الشافعي يثبت الرضاع بشهادة اربع نسوة بناء على مذهبه ان ما لا يطلع عليه الرجال
يعتبر فيه شهادة اربع نسوة ليقوم كل امراتين مقام رجل وزعم ان الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لانه يكون بالثدي ولا يحل النظر
للاجانب • ولكنا نقول الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لانه ذي الرحم المحرم ينظر الى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك
ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء
وحدهن وكان ابن ابي ليلى رح يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امراة واحدة اذا كانت عدلا وهكذا روي عن عثمان رض واستدل
بحديث عقبة بن الحارث انه تزوج امراة ابي اهاب فجاءت امراة سوداء واخبرت انها ارضعتهما فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
فاعرض عنه ثم ذكرت ثانيا فاعرض عنه ثم ثالثا فقال فارقها فقال انها سوداء يا رسول الله قال كيف وقد قيل • وحجتنا في ذلك
حديث عمر رض قال لا تقبل في الرضاع الا شهادة رجلين او رجل وامراتين كالحرمة بالطلاق • وحديث عقبة بن الحارث
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعرض عنه في المرة الاولى والثانية فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما راى منه طمانينة
القلب الى قولها حيث كرر السؤال امره ان يفارقها احتياطا • والدليل عليه ان تلك الشهادة كانت عن ضغن فانه قال
جاءت امراة سوداء تستطعمنا فابينا ان نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع بمثل هذه الشهادة لا تثبت الحرمة فعرفنا
ان ذلك كان احتياطا على وجه التنزه واليه اشار عم بقوله كيف وقد قيل وعندنا اذا وقع في قلبه انها صادقة فالاحوط
ان يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء اخبرت بذلك قبل عقد النكاح او بعد عقد النكاح وسواء شهد به رجل وامراة فاما القاضي
لا يفرق بينهما ما لم يشهد به رجلان او رجل وامراتان لان خبر الواحد اذا كان حجة في امور الدين وليس بحجة في الحكم والقاضي
لا يفرق بينهما الا بالحجة الحكمية فاما اذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بان ياخذ بالاحتياط لانه ان ترك النكاح امراة تحل له خير من ان يتزوج
امراة لا تحل له • قال واذا نزل للمراة لبن وهي بكر لم تتزوج فارضعت فهو رضاع لان المعنى الذي تثبت به حرمة الرضاع حصول
شبهة الجزئية بينهما والذي نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج او لم تكن ولبنها يغذي الرضيع فيثبت به شبهة الحرمة
قال واذا حلب اللبن من ثدي المراة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها
في الارضاع • الا ترى انها لو كانت نائمة فارتضع الصبي من ثديها تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة
فكذلك بعد موتها وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فاوجر الصبي تثبت الحرمة وعند الشافعي لا يثبت وهو بناء على اصلين
احدهما ان اللبن لا يموت عندنا لانه لا حيوة فيه • الا ترى انه يحلب في حالة الحيوة من الحيوان فيكون طاهرا وما فيه من الحيوة
اذا بان من الحي يكون ميتا فاذا لم يكن في اللبن حيوة لا يتنجس بالموت بل عند ابي حنيفة رح يبقى طاهرا وعندهما يتنجس بنجاسة
الوعاء كما في نفحة الميتة وكانه حلب لبن امراة في قارورة نجسة فاوجر الصبي به فتثبت به الحرمة وعند الشافعي رح ان اللبن
يموت فيكون نجس العين • والاصل الثاني ان عنده الفعل الذي هو حرام لعينه وهو الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها تبتنى
بطريق الكرامة فكذلك ايجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطي الميتة ولكن الفعل وان كان حراما عندنا
تثبت به الحرمة اذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا اثبتنا الحرمة بالزنا لان معنى البعضية لا ينعدم به حقيقة فكذا هنا
ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن يغذي الصبي فيتقوى به ولو سلمنا له ان حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لا يخرج من ان يكون مغذيا
الا ترى ان لحم الميتة مغذي فكذلك لبنها وبه فارق وطي الميتة لان معنى البعضية ينعدم منه اصلا وهو معنى ما قال في الكتاب
الجماع بعد الموت ليس بجماع وايجار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبعضية فانها بالموت لا تخرج البيضة من ان تكون مغذية فكذلك
اللبن وبه قال قالوا لو ارضع صبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعا وكان بمنزلة طعام اكلاه من اناء واحد ومحمد بن اسمعيل صاحب الاخبار
رحمه الله يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا في زمن الشيخ الامام ابي حفص رح وجعل يفتي فقال الشيخ رح لا تفعل
فلست هنالك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه اذا ارضع صبيا من شاة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا

يسبب هذا الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بطريق الكرامة وذلك مختص بلبن الادمية دون لبن الانعام وشبهة الحرمة لا تثبت بلبن الادمي
والانعام تشرب لبنها فكذلك لا يثبت بين الادميين شربا من لبن بهيمة او هذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطي وذلك لا يثبت
بوطي البهايم فكذلك هنا قال ولو صنع لبن امراة في طعام فاكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وانضجت الطعام حتى تغير
فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم فيها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه
فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت الحرمة ايضا لان المغلوب في حكم المستهلك ولان هذا اكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون
وان كان اللبن هو الغالب فكذلك في قول ابي حنيفة لا تثبت به الحرمة وعلى قول ابي يوسف ومحمد تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب
والغالب هو اللبن ولم يغيره شي عن حاله وابو حنيفة رح يقول القاء الطعام في اللبن يغيره • الا ترى انه يرقه وربما يتغير لونه
فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا اذا كان لا يتقاطر من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة
عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والصحيح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي كان
بالطعام دون اللبن قال واذا جعل لبن امراة في دواء فاوجر منه صبيا او استعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل في الدوا
ليصل بقوة الدواء الى ما لا يصل اليه وحده فكان هذا ابلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة وان كان الما غالبا لا تثبت به
الحرمة وكذلك ان خلط لبن الادمية بلبن الانعام وعند الشافعي قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه
الصبي تثبت به الحرمة فاما اذا خلط لبن امراة بلبن امراة اخرى ثم اوجر منه صبيا فعلى قول محمد تثبت به الحرمة منهما جميعا لان الشي
يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند ابي يوسف تثبت به الحرمة منهما جميعا وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لا يظهر حكمه
لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب وعن ابي حنيفة فيه روايتان في احداهما اعتبر الاغلب كما هو قول ابي يوسف • وفي الاخرى قال تثبت
الحرمة منهما وهو قول زفر رح اصل المسئلة فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه فهو على هذا الخلاف
قال الرضاع في دار الحرب وفي دار الاسلام • قال واذا جامع الرجل امراة او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لم تحل لابنه
ولا لابيه من الرضاعة ولا تحل له امها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابيه وابنه نسبا فان هذه الحرمة تتعلق بالاسامي تثبت
تلك الاسامي بالرضاعة وهي الابوة والامومة وكذلك لا يتزوج على المعتدة منه اختها من الرضاعة ولا ذات محرم منها لان حرمة
الجمع تتعلق باسم الاجنبية وكذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب فالعدة تعمل عمل صلب النكاح في المنع من النكاح • قال
واذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها امه من الرضاعة او ابنته التي ولدته او اخته من نسب او رضاع حرمت عليه لان المحرمية
تمنع النكاح بعلة المنافاة فان بين الحل والحرمة في المحل منافاة والمنافاة كما تؤثر اذا اقترن بالسبب تؤثر في البقاء اذا طرى عليه فاذا حرمت
لزمه بذلك نصف المهر لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لا لمعنى من جهتها او حصلت بمعنى من جهة الزوج وهي المحرمية فيجب
نصف المهر لها ويرجع بذلك على التي ارضعتها ان كانت ارادت الفساد او تعمدت ذلك وان كانت اخطات وارادت به الخير بان خافت
على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها انه لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شي في باطنها لا يقف عليه غيرها
فلابد من قبول قولها وانما يختلف الجواب في الرجوع بين ما اذا ارادت الفساد او لم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها مباشرة نفسه
للارضاع وهو ليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب اذا كان متعديا في تسببه يكون ضامنا فان لم يكن متعديا لا يضمن كما في البير في ملكه
لا يضمن ما سقط فيه بخلاف الحافر في ملك الغير فاذا ارادت الفساد كانت متعدية في التسبب واذا لم ترد الفساد لم تكن متعدية في التسبيب
وقد روي عن محمد رح انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل
وحل قيد الابق موجبا للضمان وفي المباشر المتعدي وغير المتعدي سوا فكذلك في التسبيب وعلى قول الشافعي يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة
لانها اتلفت ملك نكاحه فيها وملك النكاح فيها عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا
مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه • ولكنا نقول ان ملك النكاح
ليس بمتقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك ضروري لا يظهر الا في حق الاستيفاء الا ترى انه لا يظهر في حق النقل
الى الغير والانتقال الى الورثة فكذلك في حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال في نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف
مقدر بالمثل بالنص ويقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه
الضرورة لا توجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لا تمليك منها وابطال الملك لا يستدعي التقوم والدليل على الفرق ان الاب
تزوج امة الصغير بمال الصغير وليس له ان يخلع ابنته الصغيرة بمالها بيانا انه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها

بالاتلاف

بالاتلاف البضع ولكنها اقرت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق قد وجب بالعقد فهو على عرض السقوط ما لم يدخل بها
اذا جاءت الفرقة من قبلها فهي قررت النصف عليه بما فعلته وهي مسببة في ذلك متعدية الا اذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها به
قال واذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهي فان ارضعت ام العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لان الصبية
وان كانت اختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقي نكاح الصبية • قال واذا تزوج صبيتين
رضيعتين فارضعتهما امراة معا او احداهما بعد الاخرى بانتا جميعا لانهما صارتا اختين حين ارضعت الثانية منهما فتقرر الجمع
المنافي وليست احداهما ببطلان نكاحها باولى من الاخرى فاذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة
ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثنتين معا بان حلبت لبنها في قارورة والقمت ثديها
احداهن والاخرى الاخرى واوجرت الثالثة معا بن جميعا منه لانهن صرن اخوات معا وان ارضعتهن واحدة بعد الاخرى
بانت الاوليان والثالثة امراته لانها حين ارضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما
ثم ارضعت الثالثة وليس في نكاحه غيرها وان كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلاث معا بن جميعا وكذلك ان ارضعتهن
واحدة بعد الاخرى لانه حين ارضعت الرابعة بانت الاخريان ايضا الاجنبية وان ارضعت الثلاث اولا معا ثم الرابعة جاز
نكاح الرابعة لانها حين ارضعتها فليس في نكاحه غيرها • قال واذا تزوج امراة وصبيتين فارضعتهما المراة احداهما
قبل الاخرى ولم يدخل بالمراة حرمت المراة والصبية الاولى لانها حين ارضعت احداهما فقد صارتا اما وبنتا فتقع الفرقة بينه
وبينهما ثم ارضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقي نكاحها لان مجرد العقد على الام وذلك لا يوجب حرمة البنت
ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة
حين ارضعتها فان اللبن يصل الى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا
ولا تحل له هذه الكبيرة ابدا لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام واما الصبية فانها تحل له اذا فارقته التي عنده لان العقد
على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان بعدما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتيها من الرضاعة والدخول بالام يحرم
البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا تحل له واحدة منهن ابدا لوجود الدخول بالام وصحة العقد
على البنت قال ولو تزوج كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة
صارت بنتا لمن ارضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعت الكبيرة
الاخرى الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فاما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد بانتا لما قلنا والصغيرة الثانية
لم تبن بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدات بارضاعها بانت منه وان بدات بارضاع الاولى فالصغيرة
امراته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وقبل نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم ارضعت الثانية
وليس في نكاحه غيرها فلهذا لا تقع الفرقة بينه وبينها • قال واذا اقر الرجل ان هذه المراة اخته او ابنته من الرضاعة ثم اراد بعد ذلك
ان يتزوجها وقال اوهمت او اخطات او نسيت وصدقته المراة فهما مصدقان على ذلك وله ان يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال
هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سوا لانه اقر
بانها محرمة عليه على التابيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة او بالمعاينة والرجوع عن الاقرار باطل لانه ملزم بنفسه
فسواء رجع او ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان ولكنه استحسن فقال
هذا شي يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل ان بينه وبين امراته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين انه غلط في ذلك
وفيما يقع الاشتباه فقد يقع عند الرجل ان بينه وبين امراته اذا اخبر انه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين احدهما ان الحل والحرمة
من حقوق الشرع فاذا تصادقا على انهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما في خبرهما • والثاني ان اقراره في الابتدا لم يكن على نفسه انما
كان عليها بالحرمة عليها والحل والحرمة صفة المحل واقرار الانسان على الغير لا يكون لازما فاذا ذكر غلط فيه فهو لا يريد بهذا ابطال شي
لزمه فلهذا قبل قوله في ذلك واذا اقرت المراة بذلك وانكر الزوج ثم اكذبت المراة نفسها وقالت اخطات فالنكاح جايز ولا تصدق
المراة على قولها لان حقيقة المحرمية لا تثبت بالاقرار لانه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له
بعد العقد واقرارها بالمحرمية بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة
فكذلك اذا اقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل كان ينبغي ان يجب لها نصف المهر كما لو اقر ابتداء بعد النكاح قلنا

انما لا يجب لوجود التصديق منهما على بطلان اصل النكاح او لانه غير متهم بالقصد الى اسقاط المهر اذا سبق الاقرار منه ووجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح اذا كان موثرا في الملك اما بالمنافاة او بالازالة واقرار الرجل موثر في ذلك فكان معتبرا في المنع من صحة النكاح اذا ثبت عليه واقرار المراة غير موثر في ذلك فلا يمنع صحة النكاح • قال واذا اقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها واشهد الشهود ثم تزوجت المراة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرقت بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته في الابتدا وزعم انه حق لا غلط فيه فقد لزمه ولا ينفعه جحوده ولو اقر بذلك جميعا ثم اكذبا انفسهما وقالا اخطانا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزمه من هذا الا ما بينا عليه لان الغلط والاشتباه فيه اظهر فان سبب النسب اخفى من سبب الرضاع فكما ان هنالك الاقرار بدون الثبات عليه لا يوجب الحرمة فكذلك هنا • قال ولو تزوج امراة ثم قال لها بعد النكاح هي اختي وامي وابنتي من الرضاعة ثم قال اخطات واوهمت فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هذا المنطق وقال هو حق فشهد الشهود بذلك فرقت بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه اختي وهذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال وهمت يصدق في ذلك بخلاف ما اذا قال العبد او لامته هذا ابني او هذه ابنتي ثم قال اوهمت فانه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين • احدهما ان اقراره بالنسب في عبده او امته ملزم بنفسه لان ما اقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فان من اشترى ابنه يصح الشرى ويعتق عليه فاذا كان ما اقر به موجبا في ملكه كان هو مقرا به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه يثبت عليه او لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لا موجب له في ملكه لان من تزوج ابنته لا يصح النكاح اصلا لا ان يثبت النكاح ثم يزول وانما لا يصح النكاح لحرمة المحل ولا حق له في المحل لان الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن اقراره مثبتا ولا ملكه ابتدا فلا يكون ملزما اذا ثبت عليه فحينئذ يحكم الثبات عليه يتعدى ضرورة الى ملكه فلزمه من هذا الوجه • والثاني ان الاشتباه لا يقع بين العبد والابن بل عنده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فاذا كان الاشتباه يندر فيه لا يعتبر فاما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر اذا قال اوهمت قال ولو قال لامراته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي امي وله ام معروفة لانه مكذب شرعا فيما اقر به وتكذيب الشرع اياه اقوى من تكذيبه نفسه ولو اكذب نفسه وقال اوهمت لم يفرق بينهما فكذلك اذا اكذبه الشرع وبه فارق العبد لان هناك لو اكذب نفسه كان حرا فكذلك اذا اكذبه الشرع بان كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا ان اقراره بنسب العبد يصادف ملكه وهو مصدق فيما يقر به في ملك نفسه فيثبت به العتق وان امتنع ثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكن لا يثبت النسب حقيقة الا بتصديق المراة اياه بذلك لان المقر يعامل في حقه كان ما اقر به حق ولكن لا يصدق في حق الغير فيجعل النسب في حقه كالثابت حتى ينتفي ملكه عنها ولكن لا يثبت في حقها الا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب اليه الا ان تصدقه في ذلك واذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب فلم يفرق بينهما لان تكذيب الحقيقة اياه اقوى من تكذيبه نفسه والفرق لابي حنيفة رح بين هذا وبين العتق ما قلنا ان الاقرار بالنسب في ملكه موجب فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجبه مجازا وليس للاقرار بالنسب في ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز ولكنا في الباب نقول موجبه نفي اصل النكاح فيجعل كانه صرح بذلك وجحوده لاصل النكاح لا يكون موجبا للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال ارضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب في ذلك حقيقة فينزل في ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله اعلم •

باب الاحصان

قال لا احصان للرجل المسلم الا بالمراة الحرة المسلمة اذا دخل بها هكذا نقل عن الشعبي والنخعي رح ومعنى هذا انه اذا تزوج امة ودخل بها لا يصير محصنا لقوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة الامة ولا الحرة العبد ولان المعنى فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطي بالنكاح حتى لا يثبت بملك اليمين وفي معنى قضاء الشهوة لا فرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطي بين مستوين في الحال في صفة الكمال فان النكاح في العادة يكون بين مستوين في الحال ولا مساواة بين المالك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى اذا وجد الدخول بالامة بالنكاح لانه لا مساواة بين الحرة والامة فاما اذا دخل بالكتابية بالنكاح

لم يصر محصنا في قول ابي حنيفة ومحمد رح وعلى قول ابي يوسف يصير محصنا قيل هذا بناء على الرواية التي تروى عن ابي يوسف ان الكتابية محصنة وانما ترجم اذا زنت وقيل بل هي مسئلة مبتداه فوجه قول ابي يوسف ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما في القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الامة فانه لا مساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لا مساواة بينها وبين البالغة العاقلة في ولاية المباشرة وفي معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة • وحجتهما ما روينا وذلك لما اراد حذيفة بن اليمان رض ان يتزوج يهودية قال له عمر رض دعها فانها لا تحصنك ولما اراد كعب بن مالك ان يتزوج يهودية قال له عمر دعها فانها لا تحصنك ولان الرق اثر من اثار الكفر فاذا كان الاحصان لا يثبت بوطي الامة لما فيه من الرق فلان لا يثبت بوطي الكافرة اولى وهذا لان معنى الازدواج لا يتم مع اختلاف في الدين فصل كل بائن كل واحد منهما الى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة • يوضحه ان الزوجين اذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما اظهر فاذا لم يثبت الاحصان هنالك بالوطي فلان لا يثبت هنا كان اولى وكذلك المسلمة لا يحصنها الزوج اذا كان كافرا بان اسلمت المراة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر بهذا الدخول محصنة في قول ابي حنيفة ومحمد بناء على ما قلنا وكذلك لا يحصنها العبد والمجنون وغير البالغ اعتبارا الجانبين بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطي موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين قال وجماع هو لا يحلها للزوج الذي قد طلقها ثلثا فلا يثبت الا بوطي صحيح قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذميا ثم اسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يعرض عليه الاسلام حلت للزوج الاول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضي حتى لو اسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الاول وكذلك ان كان الزوج عبدا تزوجها باذن مولاه ودخل بها حلت للزوج الاول لانه اصابة الزوج الثاني انما كان مشروعا لرفع الطلقات مغايظة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معنى المغايظة في هذا اكثر بخلاف الاحصان فانه انما يثبت بالوطي بالنكاح لاعتبار معنى كمال النكاح والعبد والكافر في هذا نظير الحر المسلم وعلى هذا دخول الصبي الذي يجامع مثله بالمراة يحلها للزوج الاول عندنا • وعند الشافعي لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للاول يستدعي كمال الفعل • الا ترى انه لا يحصل بالجماع فيما دون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال لا يثبت به الحل للزوج الاول • ولكنا نستدل بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره واسم الزوج يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هذا حكم مختص بالوطي بالنكاح فيتعلق بوطي الصبي كتقرير المسمى والعدة وما هو المعنى فيه وهو مغايظة الزوج الاول حاصل ايضا فان استدلوا بقوله عم لا حتى يذوق عسيلتك قلنا المراد بذوق العسيلة الانزال بل يعني اللذة وفي ذلك بوطي الصبي الذي يجامع وهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج وبه يتبين كمال فعل الصبي في الوطي قال وذلك الفعل هو لا يوجب من التحريم ما يوجبه جماع البالغ المحض حتى ان الصبي الذي يجامع مثله يتعلق بوطيه حرمة المصاهرة وكذلك الصبية التي يجامع مثلها فعلى قول ابي حنيفة ومحمد لا تثبت به حرمة المصاهرة وعند ابي يوسف يثبت لوجود فعل الوطي حقيقة وهو كامل في نفسه حتى يتعلق به الاغتسال بالايلاج من غير انزال وتثبت به سائر الاحكام بالوطي ايضا واعتبارا للعقد بالوطي فكما ان العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطي وابو حنيفة ومحمد رح قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطي الا ترى انه لا يثبت بالوطي في غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معنى البعضية ولا تصور لذلك اذا كانت لا يجامع مثلها بخلاف ما اذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كان باعتبار الماء فهو باطن لا يمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فاذا كانت ممن تشتهي نزلت منزلة البالغة في ثبوت الحرمة بوطيها بخلاف ما اذا كانت لا تشتهي الا ترى ان اباحة هذا الفعل شرعا المقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه يتعلق باستطلاق وكاء المني وذلك لمعنى الحرارة واللين فهذا يستوي فيه التي يجامع مثلها والتي لا يجامع فكما يستوي فيه الفعل في المأتى وغير المأتى • قال والخلوة بين الزوجين البالغين المسلمين وثبات ستر وباب يوجب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي لا يوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن لا ابيه والمراد بالمس الجماع هكذا قال ابن عباس رض ان الله تعالى حيي يكني عن القبيح بالحسن كنى بالمس عن الجماع ولان هذه خلوة خلت عن الاصابة فلا يوجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البدل في عقود المعاوضات بقبض المعقود عليه والمعقود عليه

معنى في باطنها لا يبصر مستوفى الآلة الجارحة فلم يكن فيه قبضا . والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطي فإن الخلوة في هذه الحكم لا يجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة . وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة فإن الإفضاء عبارة عن الخلوة . ومنه يسمى المكان الخالي فضاء ومنه قول القائل أفضيت إليه بسري أي خلوت به وذكرت له سري وتبين بهذا أن المراد به ما يلي المسيس وما يقوم مقامه وهو الخلوة . وعن عبد الرحمن ابن ثوبان رضي أن النبي عم قال من كشف قناع امرأة وجب لها المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل ولما فرق عمر رضي بين العنين وامرأته ألزمه كمال المهر وقال ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم . وعن زرارة بن أبي أوفى أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضي أن من أغلق بابا على امرأة أو أرخى حجابا فعليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل ولأنها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها بالبدل كما إذا وطئها الزوج وهذا لأن البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لا باستيفاء من عليه كما في البيع والإجارة إذا خلى البائع بين المبيع والمشتري وخلى الآجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل وإن لم يستوف وهذا لأنا لو علقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك من قصد منه الإضرار بمنزلة البدل فإذا ثبت أن المعتبر التسليم بالمستحق بالعقد عليها ما في وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لا حقيقة استيفاء الوطي فإذا أتت بما هو المستحق تقرر حقها في البدل على أن تقام نفسها حقيقة المعقود عليه كما أن في جواز العقد أقيم نفسها مقام المعقود عليه كما أن في جواز العقد أقيم نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لأن تقرر البدل بالتسليم ما باعتباره يجوز العقد وهذا بخلاف حق الرجعة فإن ذلك من حقوق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فإذا لم يفعل فهو الذي أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب العدة ثبوت الرجعة . ألا ترى أن بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطي لتستعف به وتحصل لنفسها صفة الإحصان بسببه وذلك لا يحصل بالخلوة إذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لا يكون هناك مانع من وطئها شرعا ولا طبعا حتى إذا كان أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو صائما في رمضان أو محرما أو كانت هي حائضا لا تصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا وفي صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة اعتبارا للقضاء بالأداء وفي صوم النفل رواية شاذة أيضا أنه يمنع صحة الخلوة بمنزلة حج النفل . وكذلك إن كانت رتقا أو قرنا لا يحصل التسليم لقيام المانع حسا بخلاف ما إذا كان الزوج مجبوبا أو عنينا وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع إلا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك . وإن خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رح يقول أولا لا تصح الخلوة بخلاف ما إذا كان هناك أمتها لأنه يحل له وطي أمته دون أمتها ثم رجع وقال لا تصح الخلوة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رح لأنه يمتنع من غشيانها بين يدي أمته طبعا وعلى هذا لو خلا بزوجتين لم تصح الخلوة لما قلنا . والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير إذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لا تصح الخلوة في المسجد والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة إذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لا يكونان محصنين لأن الخلوة إنما تجعل كالاستيفاء فيما هو في حكم العقد والإحصان ليس في شيء فإن أقرا بالجماع لزمهما حكم الإحصان وإن أقر به أحدهما صدق في نفسه دون صاحبه ولا يحصن إلا إذا جامع وكذلك المجبوب والعنين فإن جاءت بولد حتى يثبت نسبه من الزوج في الخصي والعنين لأن الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفي المجبوب ذكر الخلاف في زفر ويعقوب بن علي قول زفر هي تصير محصنة لما حكمنا بثبوت النسب من الزوج . وعند أبي يوسف لا تصير محصنة لأنه لا تصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت بطريق الإنزال بالسحق وليس ذلك من الجماع في شيء وثبوت حكم الإحصان يتعلق بعين الجماع . والرتقاء لا تحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرتق ولا إحصان بالجماع في النكاح الفاسد لأن الإحصان عبارة عن كمال الحال فإنما يحصل بوطي هو نعمة بل نهاية في النعمة حتى لا يحصل بالوطي بملك اليمين والوطي بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الإحصان . قال وإذا دخل الخنثى بامرأته ودخل بالخنثى زوجها فهما محصنان لأنه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فثبت به حكم الإحصان قال ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا بطل إحصانهما لأن الردة محبطة للعمل ويلتحق المرتد بمن لم يزل كافرا فكما أن الكافر الأصلي لا يكون محصنا فالمرتد كذلك فإن أسلما جميعا لم يكونا محصنين إلا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما . وكذلك العبد يتزوج الأمة إذا أعتقا لا يكونان محصنين حتى يجامعها بعد العتق فإن جامعها فهما محصنان علما بالعتق أو لم يعلما علمت المرأة أن لها الخيار أو لم تعلم فإذا جامعها قبل أن تختار نفسها ثم جامعها بعد ما كمل حالها بالعتق فكانا محصنين . قال وإذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لأنا لو شهد على الدخول بينهما وهذا أقوى من شهادة شاهدين فإذا كان الإحصان يثبت بشهادة شاهدين فثبوت النسب أولى وهذا لأنهما يكذبان في إنكارهما الدخول شرعا والكذب شرعا لا يعتبر إنكاره . قال وإذا أقرت المرأة أن زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقها وانقضت عدتها أحل لزوجها الأول الذي كان طلقها ثلاثا أن يصدقها ويتزوجها لأنها أخبرت عن أمر

وبينهما

وبينهما وهو حلها للزوج الأول ولا حق للزوج الثاني في ذلك فإنكاره في ذلك الحكم وجودا وعدما بمنزلة وكذلك إن أخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد إقرارها وقد تزوجها الزوج الأول لم تصدق في ذلك لأنها مناقضة ولو كان زوجها الذي فارقها هو الذي أقر بالجماع ولم تقر هي لم تحل للزوج الأول أن يتزوجها ولا يصدق الزوج الثاني عليها لأنه لا قول له في حلها وحرمتها للزوج الأول ولا قول له في ذلك ويستوي إن كان خلا بها أو لم يخل بها . ألا ترى أنها لا تصير محصنة بإقرار الزوج الثاني أنه قد جامعها إذا أنكرت هي فكذلك لا تصير محللة للزوج الأول . قال وإذا قالت طلقني زوجي ومات عني فانقضت عدتي حل لخاطبها أن يتزوجها ويصدقها لأن الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع إنما هو لا يقبل قوله في حق الغير إذا كذبه من له الحق ولا حق لأحدهما هنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها والله أعلم

باب نكاح المتعة

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزوة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا بكذا من البدل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولأنا اتفقنا على أنه كان مباحا . والحكم الثابت يبقى حتى يظهر نسخه ولكنه قد ثبت نسخ هذه الإباحة بالآثار المشهورة فمن ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي أن منادي رسول الله عم نادى يوم خيبر ألا إن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة . ومنه حديث الربيع بن سبرة قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجئت مع عم لي إلى باب امرأة ومع كل واحد منا برده وكانت برده عمي أحسن من بردي فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر إلى شبابي وإلى برده وقالت هل إلا برده كبرده هذا أو شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على برده فبت عندها إلى الصباح فإذا منادي رسول الله عليه السلم ينادي أن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها . ثم الإباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط إنما تثبت الإباحة موقتة بثلاثة أيام فلا يبقى بعد مضي الأيام الثلاثة حتى يحتاج إلى دليل النسخ . وكان ابن مسعود يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضي يقول لو كنت تقدمت في المتعة لرجمت . وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة ولما سألت عائشة رضي عن ذلك قالت بيني وبينكم كتاب الله تعالى وتلت والذين هم لفروجهم حافظون الآية . وهذه ليست بزوجة له ولا ملك يمين له . وبيان أنها ليست بزوجة ولا يقع عليها الطلاق والظهار والإيلاء واستكثر من الشواهد لذلك في الكتاب . والمراد بقوله فما استمتعتم به منهن الزوجات فإنه بناء على قوله أن تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح . قال فإن قال تزوجتك شهرا فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا . وقال زفر هو نكاح صحيح لأن التوقيت شرط فاسد فإن النكاح لا يحتمل التوقيت فالشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخمر وغيره . يوضحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح وبطل الشرط فكذا إذا تزوجها شهرا . وحجتنا ما روي عن عمر رضي أنه قال لا أوتى برجل تزوج امرأة إلى أجل إلا رجمته ولو أدركته ميتا لرجمت قبره . والمعنى أن النكاح لا يحتمل التوقيت في المتعة فإذا وقتا فقد وجد بينهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد به النكاح وإن ذكر لفظ النكاح وهذا لأنه لا يخلو إما أن ينعقد مؤبدا أو في المدة الأولى باطل فإنهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المدة المذكورة . ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد في زمان لم يعقدا فيه العقد . ألا ترى أنهما لو أضافا النكاح إلى ما بعد الشهر لم ينعقد في الحال لأنهما لم يعقداه في الحال فكذلك هنا . ولا يجوز أن ينعقد في المدة لأن النكاح لا يحتمل ذلك وبهذا تبين أن التوقيت ليس بمنزلة الشرط ولكن ينعدم بالتوقيت أصل العقد في الزمان الذي لم يعقداه فيه . وهذا بخلاف ما إذا اشترط أن يطلقها بعد شهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبدا . ألا ترى أنه لو صح الشرط النكاح بعد مضي شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضي الوقت كما في الإجارة . وقال الحسن ابن زياد إن ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون صحيحا لأن في هذا تأكيد معنى التأبيد فإن النكاح يعقد للعمر بخلاف ما إذا ذكر مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة . وعندنا الكل سواء لأن التأبيد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت

باب الدعوى في النكاح

وإذا ادعى الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أختها عليه البينة أنها امرأته وأنه إياها تزوج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أو لم تصدقه لأن ملك النكاح للزوج على المرأة ولهذا كان البدل عليه لها فالزوج يثبت ببينته ما هو حقه والأخت الأخرى

يثبت بينهما حق الزوج وهو ملك النكاح له عليها وسه المراو على حق نفسه اولى بالقبول لان عند تعارض البينتين لا وجه للعمل ببينته الا
في اثبات نكاحها فلو قبلناها انما يقبلها في نفي النكاح على امراة اثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لا للنفي • ومعنى هذا
ان دعوى النكاح نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في الحال واقراره موجب للفرقة فعرفنا انه لا وجه للقضاء
بنكاح الاخرى فيثبت لما البينة قايمة على النفي ولا يمين للاخرى ان لم يكن دخل بها لان اصل نكاحها لم يثبت ولو كان الزوج اقام
البينة انه تزوج احداهما ولا يعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته فهي امراته لتصادقهما فان تصادقهما في حقهما
اقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شي بعينه والشهادة بالمجهول
لا تكون حجة ولانه اما ان تزوج احداهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا او تزوج احداهما بعينها ثم نسيها الشهود فقد ضيعوا
شهادتهم فاذا بطلت الشهادة بقي دعوى الزوج ولا يثبت النكاح بدعوته ولا يمين له على التي يدعي النكاح عليها عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يرى الاستحلاف في النكاح ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامراة بعينها ان احد هذين
الرجلين تزوجها ولا يعرفون ايهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو باطل ولا مهر لها على واحد منهما فان ادعت المراة ذلك على احدهما
فلا يمين عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله لان دعواها دعوى النكاح وان ادعت انه طلقها قبل الدخول وان لها عليه نصف المهر
استحلفه على نصف المهر لان دعوى المال والاستحلاف مشروع في دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح لان
الاستحلاف كان في المال لا في النكاح وانما يقضي عند النكول بما استحلفه خاصة فيه كما في دعوى السرقة اذا استحلف
فنكل يقضي بالمال دون القطع • قال وان ادعت اختان انه تزوجهما وكل واحدة منهما يقيم البينة انه تزوجها اولا كان ذلك الى الزوج
فايهما قال هي الاولى فهي امراته لان المعارضة بين الشيئين قد تحققت والعمل بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا
وقد علمنا ان السابق احدهما وهو الثابت منهما فاما ان يكون بيان السابق الى الزوج لانه اعرف الناس بها ولانه صاحب الملك
واما ان يقال احداهما تصديقه ترجيح بينهما فاذا ظهر الرجحان في بينة احديهما قضي بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولا مهر لها عليه
ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله وقال لم اتزوج واحدة منهما او قال تزوجتهما جميعا • ولا ادري ايتهما اولى فهي سوا
ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحدهما فتعين التفريق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما
من قبل انه كان يقدر على ان يبين فاذا جاهل ذلك لم يبرا من المهر ومعنى هذا الكلام ان نكاح احديهما صحيح بدليل انه لو بين ان الزوج
ان هذه الاولى حكم بصحة نكاحها فاذا ابى ان يبين كان ذلك منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها
قبل الدخول فيلزمه نصف المهر ايضا وليست احداهما باولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما من اصحابنا رحمهم الله ○
من قال جمع في السوال بين فصلين واجاب عن احدهما فان هذا الجواب ايضا عما اذا قال تزوجتهما جميعا ولا ادري ايتهما اولى ○
اما اذا قال لم اتزوج واحدة منهما ينبغي ان لا يجب عليه شي من المهر لان العمل بالبينتين يتعذر للتعارض وهو منكر ولا يجب المهر الا بحجة
والاصح ان هذا جواب الفصلين ايضا لان المعارضة بين البينتين في حكم الحل دون المهر ايضا • الا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت
بعد موت الزوج عمل بهما في حق المهر والميراث جميعا فاذا لم يكن بد من العمل والمعارضة في حكم المهر وجب نصف المهر في حق الزوج وليست
احداهما باولى من الاخرى فكان بينهما • وعن ابي يوسف رحمه الله في الامالي قال لا شي عليه ايضا لان المقضي له بالمهر منهما مجهول
وجهالة المقضي له تمنع صحة القضا • وعن محمد رحمه الله قال يقضي بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بجحوده فيقضي بمهر كامل للتي صح نكاحها
قال وان كان دخل باحديهما كان لها المهر وهي امراته لترجح جانبها بالدخول فان البينتين اذا تعارضتا على العقد يترجح احداهما بالقبض
كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين بالشرى واحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى
ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن والامكان ثابت هنا بان يجعل نكاح التي دخل بها سابقا • فان قال الزوج هي الاخرى
وتلك الاولى ايضا فرق بينها وبينه لاقراره بحرمتها عليه ايضا فكان ذلك عليه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بعد الدخول
بالنكاح الصحيح ايضا حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على ان ينقصها عن ذلك • وكانت الاخرى امراته ايضا لتصادقهما
على النكاح باقرار الزوج انها هي الاولى • قال ولو ادعى رجلان في امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته ويقيم البينة على ذلك
فان كانت في بيت احدهما او كان قد دخل بها فهي امراته ايضا لما بينا ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البينتين على العقد
البينتين على العقد ايضا ولان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده • ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ
الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق ايضا فان لم يكن في يد احدهما

فان لم يكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة
كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المراة انه تزوجها قبله وانه تزوجها دون الاخر فهي امراته
اما الان فيترجح باقرارها كما بينا في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الرجلين مع المراة
على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشي من ذلك فرق بينهما وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل
بالبينتين غير ممكن لان ملك الحل لا يحتمل الشركة وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل
محل العمل بالبينتين هناك بحسب الامكان وهذا لان مقصود الملك هو التصرف وذلك يثبت مع الشركة وهنا المقصود
استباحة الوطي والنسل وهذا يفوت بالشركة فاذا تعذر العمل بهما وليس احدهما باولى من الاخر يتعين الطلاق فيهما
فان كان لم يدخلا بها فلا مهر لها لان نكاح كل واحد منهما لم تثبت ولان الفرقة بمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول
وان كانا قد دخلا جميعا بها ولا يدرى ايهما اول فعلى كل واحد منهما الاقل مما سمى ومن مهر المثل لان كل واحد منهما ان تقدم نكاحه
تاكد المسمى بالدخول وان تاخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير ان المال بالشك لا يجب وانما يجب
القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل • قال فان جات بولد لزمهما
جميعا وكان ولدهما يعقل لا عند منا على قولنا ان النسب يثبت من رجلين خلافا للشافعي رحمه الله وهي مسئلة كتاب الدعوى ويرث
ميراث واحد بينهما نصفين لان الاب في الحقيقة احدهما وهو مخلوق الولد من ماءه فيجب ميراث اب واحد وليس احدهما
باولى من الاخر فيكون بينهما نصفان ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا • وقال زفر رحمه الله يرث من كل واحد منهما ميراث
ابن لانه ابن احدهما فكما ان في جانبهما يرثان ميراث اب واحد فكذلك في جانبه يرث منهما ميراث ابن واحد • ولكنا نقول
هو ابن لكل واحد منهما كما قال عمر وعلي رضي الله عنهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهذا لان البنوة لا تحتمل التجزي الا ان في جانبهما تخيف المزاحمة
فتثبت المناصفة وفي جانبه لا مزاحم فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو تعدمت المزاحمة في جانبهما بان مات
احدهما قبل الغلام احرز الثاني من مال الغلام ميراث اب كامل وهو معنى عمر وعلي رضي الله عنهما وهو للباقي منهما ولو كانت المراة اقرت
ان احد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارها وثبوت نسب الولد باعتبار الفراش ولا معارضة
بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا يثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل منهما نصف ما سمى لها من المهر
وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفان لان نكاح احدهما صحيح منتهي بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس احدهما
باولى من الاخر فلذلك ينصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف بمعنى الحل وذلك
يزول بموتها • الا ترى انه لو كان اقام البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك اذا ماتت بعد اقامة البينتين
لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مما يحتمل الشركة • وفي حالة الحيوة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة
قال ولو لم تمت هي ولكن مات احد الرجلين فان قالت المراة هذا الميت هو الاول فلها في ماله المهر والميراث فان تصديقها
كتصديقها في حيوته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت • الا ترى ان رجلا لو اقر بنكاح امراة فصدقته بعد الموت
كان تصديقا صحيحا لان النكاح بموت الزوج يرتفع الى خلف وهو العدة • قال واذا تزوجت المراة زوجين في عقدة واحدة
كان النكاح باطلا لان النكاح لا يحتمل الاشتراك وليس احدهما باولى من الاخر ولا خيار لها في ذلك لان ثبوت الخيار يبتني على صحة
التسبب فلم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المنافي به • وكذلك لو كانت ذمية او حربية لان هذه لا يسعه احد
ممن يعتقد ملكه فحكم اهل الملك في ذلك سوا • قال ولو كان احد الزوجين له اربع كان نكاح الذي ليس له نسوة منهما جايز
لانه لو انفرد نكاح الذي له اربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الاخر كان صحيحا فاذا اجتمعا صح من يصح نكاحه عند الانفراد
وهذا لان المعارضة لا تتحقق بين ما له صحة وبين ما لا صحة له واذا صح نكاح احدهما فعليه جميع ما سمى لها ان كانا سميا
القدر بمهر وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله ظاهر بمنزلة ما لو تزوج امراتين • واحدهما لا تحل له بمهر واحد ابو يوسف ومحمد يفرقان
بين هذه وبين تلك فيقولان ان الالف هنا بمقابلة بضعها وقد سلم ذلك للذي صح نكاحه بكماله • فاما هناك الالف مسمى
بمقابلة بضعين فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المسمى وان كان سمى كل واحد منهما لنفسه خمس ماية
لم يلزم هذا الزوج الا خمس ماية لانه ما التزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر الا قدر ما التزمه خلافا لاول
فان هناك كل واحد منهما قد سمى جميع الالف بمقابلة بضعها فاذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر • قال والنكاح الفاسد

اذا لم يكن فيه مس بشهوة ونظر لا تثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطي في اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به الى الوطي شرعا • وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لا يثبت به الحرمة • ولان النكاح الفاسد اصله غير منعقد فالسبب الفاسد لا يثبت الا الملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فاذا انعدم اثبات الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلفا عن السبب الحكم • والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا • واذا اقامت المراة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بجحوده ايضا لان النكاح الثابت لا يرتفع الا بالطلاق وجحوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفي للنكاح اصلا فلا يصير به قاطعا فلهذا قضي بالنكاح بينهما والله اعلم

باب الغرور في المملوكة

قال رجل تزوج امراة على انها حرة فولدت له اولادا فاذا هي مكاتبة قد اذن لها مولاها في التزوج اخذت عقرها وقيمة ولدها الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة قال لا تجب قيمة الولد اصلا لانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها • وفي هذا تحصيل بعض مقصودها • وفي ظاهر الرواية يقول هذا الولد دخل في كتابتها ولم يدخل لانه علق حرا فوجب العقر وقيمة الولد كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت احق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذي غره ان كان رجلا حرا غيرها بان زوجها منه على انها حرة فان كانت المكاتبة التي غرته بان زوجت نفسها منه على انها حرة فلا شي لها عليه من قيمة الولد في قول ابي يوسف الاول لانها رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيدا ثم رجع فقال لها ان تاخذ قيمة الولد وهو قول محمد لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتاخر الى ما بعد عتقها • والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيدا وان مات مولاها وهي مكاتبة على حالها فورثة ابا الولد خيرت بين ان تبطل الكتابة وبين ان تمضي عليها لانها اذا بطلت الكتابة صارت مملوكة لان الولد الميراث ولها منه ولد ثابت النسب فصيرت ام ولده فقد تلقاها جهتا حرية احدهما مؤجل بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجل ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول فكان ولاؤها له وان مات ابو الولد قبل ان يؤدي عتقت وبطل عنها المكاتبة لانها بمنزلة ام الولد فعتق بموت السيد • فان قيل هو لم يملك رقبتها اذا اختارت المضي على الكتابة قلنا نعم ولكنه صار احق الناس بها حتى لو اعتقها نفذ عتقه فكذلك اذا مات لان عتق ام الولد متعلق بموت المولى شرعا على ان المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما في العتق بجهة الاستيلاد من التاخير فاذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر انها تختار هذه الجهة فاذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة اما بانفساخ العقد برضاها او لوقوع الاستغناء لها عن اداء بدل الكتابة وهذا بمنزلة ما لو وهب لها المكاتبة ومعنى هذا انه حق المستولد فيها الى موته فبالموت يصير مسقطا حقه فكانه ابراها عن بدل الكتابة • والوارث اذا كان واحدا فابرا المكاتب عن المكاتبة يصح ابراؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك في الميراث فابرا المكاتب سعت في مكاتبتها على حالها لان ابراء احد الوارثين لا يوجب عتق شي منها • وانما جعلناه كالمبري لتعتق فاذا كانت لا تعتق هنا لم يكن ميراثا ولانه لم يسلم لها العتق مجانا في الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضي على الكتابة فلهذا سعت في مكاتبتها وكان الولاء للاول اذا ادت • الا ترى ان المكاتب اذا ورثه رجلان فاعتقه احدهما كان عتقه باطلا ولو كانت المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون ام ولد بطلت الكتابة ويضمن ابو الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاد لما ثبت في نصيبه ثبت في نصيب شريكه ايضا لانه لا يحتمل التجزي صار هو متملكا نصيب شريكه بضمان القيمة وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار • قال امة غرت رجلين من نفسها فتزوجها على انها حرة فولدت لهما اولادا ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت ام ولدهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب وان ملكها احدهما فهي ام ولده لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاد بعد الملك لان ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك ثبوت حقها في امية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى اولادا بعد ذلك فملكها احدهما مع اولادها كان اولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق امية الولد فيها بعد ما يملكها المستولد فان حق الحرية لحقيقة الحرية في اسندعاية ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسري ذلك الحق اليهم • قال

واذا غرت الامة رجلا من نفسها واخبرته انها امة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له اولادا ثم استحقها رجل اخر فاخذها وعقرها وقيمة ولدها كان للاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذي باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومتى ملكها المغرور بعد ذلك فهي ام ولده لثبوت نسب الولد منه

باب النكاح في العقد المتفرقة

قال ولا يحل للرجل ان يجمع بين اكثر من اربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فاذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسعة وهو قدوة الامة فما يجوز له يجوز لامته • وحجتنا في ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد احد هذه الاعداد بالا ترى الا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام • والدليل عليه قوله تعالى اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع والمراد احد هذه الاعداد وقد بينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو انساع حله بفضيلة النبوة فان زيادة الفضيلة تزداد الحل كما في الاحرار والمماليك ولم ينقل عن احد في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا • وفي قوله عليه السلام يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على ان الحر يتزوج اكثر من اربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله ان يشتري على الاربع ما بدا له من السراري ما خلا امراة ذات محرم منها من نسب او رضاع لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه ما حرم الله من الحرائر شيئا الا وقد حرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد اذا اشترى غير محصور بعدد لان النكاح انما كان محصورا بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك وفي الاماء لا يلزمه التسوية بينهن في القسم فلهذا لا يكون محصورا بالعدد • واليه اشار الله تعالى في قوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فاما اسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لا تختلف بالمنكوحة والمملوكة • قال رجل تزوج باربع نسوة ثم طلق واحدة منهن بغير عينها ثم تزوج مكية ثم طلق احدى نسائه ثم تزوج بالطائفية اخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صح منه لانه انما تزوج المكية بعد ما طلق احدى الكوفيات قبل الدخول حين تزوجها لم يكن في نكاحه الا ثلاث نسوة فان قيل اليس ان الطلاق المبهم جعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغي ان لا يصح نكاح المكية • قلنا هذا في حق المحل لوجود التنكير في المحل فاما في جانب المطلق لا ابهام لانه متعين في نفسه وحكم العدد تبتني على الحل في جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية وليس في نكاحه الا ثلاث نسوة ثم المسالة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة اما بيان حكم المهر فان للطائفية مهرا كاملا لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة اثمان المهر لانه بعد ما تزوجها طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر مترددا بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن ارباعا فنصيبها نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق فبقي لها سبعة اثمان صداق واما الكوفيات فلهن ثلاثة اصدقة وثمن صداق فيما بينهن سواء لانه حين طلق احداهن ولا بعينها سقط بهذا الطلاق نصف مهر ومن الطلاق اصابهن ايضا نقصان ثلثه ارباع نصف مهر وذلك ثلاثة اثمان مهر وفي الاصل لهن اربعة اصدقة فاذا انتقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة ثلثة اثمان صداق بقي ثلثة اصدقة وثمن صداق وحالهن في ذلك سواء فيقسم بينهن بالسوية ارباعا • واما الميراث فللطائفية ربع ميراث النساء ثمنا كان او ربعا لانها احدى نسائه بيقين وللمكية ربع ما بقي وهو ثلثة ارباع ميراث النساء لان حالها مثل الثلث من الكوفيات وحالهن فيه سواء فلها ربع ذلك بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن في ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها اما في حق الطائفية فللتيقن ببقاء نكاحها بالموت وفي حق البواقي لاحتمال ذلك والعدة تحتاط لايجابها • قال ولو كان بعد ما تزوج الطائفية طلق احدى نسائه ثم مات فنقول اما بيان حكم المهر فللطائفية هنا سبعة اثمان مهرها لانه طلق احدى نسائه بعد ما تزوجها فانتقص به نصف صداق فانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فبقي لها سبعة اثمان صداق وللمكية ستة اثمان مهر وربع ثمن مهر لان من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما نصيبها ربع ثلاثة ارباع نصف صداق وانما نصيبها من ذلك النقصان الربع فبقي لها سبعة اثمان صداق وللمكية ستة اثمان مهر وربع ثمن مهر لان من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما نصيبها ربع ثلاثة ارباع نصف صداق فان هذا النقصان

يدور بينها وبين ثلث من الكوفيات وربع ثلثة اربع النصف لكون ثلثه ارباع ثمن الصداق فقد اصابها بالتطليقة الثانية نقصان
ثمن صداق كما قلنا وبالتطليقة الثالثة ثلثة ارباع ثمن صداق لانه انتقض من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق
الثاني صداق وبالطلاق الثالث ثمنا ن وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهرا وربع ثمن مهر فاذا انتقصت ذلك من اربعة مهور بقي
مهران وستة اثمان وثلثة ارباع ثمن وفي حكم الميراث والعدة هذا والاول في التخريج سوا . قال وان تزوج امراة في عقدة
وثلثا في عقدة ولا يعلم ايتهن اول فاما الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لانا نتيقن من العقدين الاخرين احدهما ونكاح الواحدة
معهما صحيح تقدم او تاخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين ايتهن قال هي الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح وهو السابق
والزوج هو الذي يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتاخر ولانه صاحب ملك واليه بيان محل ملكه ولان حقوق
النكاح تجب عليه فالقول قوله بيان من تستوجب الحق عليه واي الفريقين مات والزوج حي فقال هي الاولى ورثهن واعطى مهورهن وفرق
بينه وبين الاواخر لان حق البيان لا يبطل بموتهن فان الموت منهي للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال
في صحته او عند موته لاحد الفريقين هو لا الاول ففوا الاول ويفرق بينه وبين الاواخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومما سمي
لدخوله بها بحكم نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لا يوثر في البيان اذا لم يعلم من دخل بها اولا لان حال الفريقين
في ذلك سوا . وان قال الزوج لا ادري ايتهن الاول لحجب عنهن لا عن الواحدة لانه انما يحال بينه وبين من صح نكاحها منهن ونكاح
الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح نكاحه من الفريقين الاخرين فيكون محجوبا عنهن لحجرا بين الاول من الاخر
فان مات قبل ان يبين ففي المسئلة بيان حكم الميراث والمهر والعدة اما بيان حكم المهر فان للواحدة ما سمي لها من المهر بكماله لان نكاحها
صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر واحد بينهما على الخلاف الاصلي فان اصل ابي يوسف في جنس هذه المسائل
اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول اكثر ما لهن ثلث مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث واقل ما لهن مهران بان يكون السابق نكاح
المثنى فالتردد في مهر واحد يثبت في حال دون حال فينتصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا خصومة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك
للثلاث وهي نصف مهر يبقى مهران استوت فيه منازعة الفريقين فكان بينهما نصفان فحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر وهذا قول ابي يوسف
واصل محمد رحمه الله في ذلك اعتبار الاحوال في حق كل فريق على حدة فنقول اما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا
شي لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف واما المثنى فان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلا شي لهما فلهما نصف ذلك ونكاحهما يصح
في حال فلهما مهر واحد . واما حكم الميراث فنقول للواحدة سبعة اسهم من اربعة وعشرين من ميراث النسا ربعا كان او ثمنا
لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع ميراث النسا وان صح مع الثنتين فلها الربع والثلث بيقين
وما زاد الى تمام الثلث يثبت في حال دون حال فينتصف فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثني عشر ثم بنصف السهم الزائد
على الربع الى تمام الثلث فينكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون اربعة وعشرين فان صح نكاحها مع الثلث فلها ستة من اربعة
وعشرين وان صح نكاحها مع المثنى فلها ثمانية والتردد في سهمين فيثبت احدهما ويسقط الاخر فكان لها سبعة من اربعة وعشرين
وما بقي وهو سبعة عشر سهما بين الفريقين الاخرين نصفين في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد للمثنى من ذلك ثمانية اسهم
وللثلاث تسعة اسهم . ووجه قولهما ان السهم الزائد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثنى لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث
ستة عشر من اربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر من اربعة وعشرين
فكان بينهما نصفين ويعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلثة ارباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شي فلهن
نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثنى فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شي لهما فكان نصف ذلك ثمانيه وابو حنيفة
يقول ما بقي من ميراث النسا بعد ما اخذت الواحدة نصيبها بمنزلة جميع ميراث النسا ان لو لم تكن الواحدة اصلا ولو لم تكن الواحدة
اصلا كان جميع ميراث النسا بين الفريقين نصفين فكذلك ما بقي وهذا لان غلبة الاستحقاق في حق الفريقين سوا وان كل واحد منهما
مستحق اذا كان سابقا محروم اذا كان مسبوقا وقولهما ان المثنى لا يدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار
الواحدة لذلك السهم فاما بدون استحقاقها فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من ان يكون مستحقا للواحدة
فكان دعواهما ودعوى الثلث في استحقاقه ما فرغ من استحقاق الواحدة سوا فلهذا يقسم بين الفريقين نصفين . قال
وعليهن عدة المتوفى عنهن ازواجهن احتياطا كما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والاخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة
والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعتد اربعة اشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلث حيض لان من وجد عليهن عدة الوفاة وهو ما اذا صح نكا

ومن وجه الحيض وهو ما اذا فسد نكاحهن فيجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فاما على الواحدة عدة المتوفى عنها زوجها
لا حيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر كل واحدة من الثلاث والثنتين اقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل الى تمام ربع
المسمى لان وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد او بالدخول بيقين وما زاد عليه الى تمام المسمى يستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها
في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا فجامع امراة منهن وطلقها او ظاهر منها كان هذا اقرارا منه
بانها ومن معها الاولى لان البيان تارة يحصل بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على وطيها او الطلاق في احديهن بيان منه ان نكاحها صحيح
لان ما باشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة . والحامل ما امكن وانما يكون وطيه
اياها حلالا اذا صح نكاحها فلهذا كان بمنزلة البيان منه انها السابق عقدها . قال وان كانت احدى الثلاث ام احدى الثنتين ولم يدخل
بشي منهن فالجواب على ما تقدم ايضا لانا نتيقن بصحة نكاح احد الفريقين وهو السابق منهما . وفي هذا لا يفرق الحال بين ان يكون محرمية
او لم تكن . قال ولو جامع الثلاث كان نكاح الامة فاسدا على كل حال . قال وكذلك لو كانت احدى الثنتين امة فنكاحها فاسد بيقين
لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يتبين الاولى منهن واحدى الثلاث امة واحدى الثنتين امة فنكاح الامتين فاسد
ونكاح الحراير كلهن جائز اما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحهما الحراير اربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتاخر منهن سوا
وان كانت احدى الثلاث امة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة بعلمه بذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا انه تزوجها
على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد للحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النسا لان نكاحها صحيح بيقين فانما يزاحمها في الميراث امراتان
اما المنفردتان او اللتان كانتا مع الامة فلها ثلث ميراث النسا ولكل حرتين نصف ما بقي من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك
فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تاخر فلا ويكون للفريقين مهر بينهما لاستواء حال الفريقين في استحقاق المهر على ما قلنا
قال وان كانت احدى الثنتين امة والثلاث حراير ولم يعلم اي النسا تزوج اولا فنكاح الامة فاسد لتيقن ضمها الى الحرة والميراث
بين الحراير الخمس على اربعة اسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا في الحكم كرجل تزوج ثلثا في عقدة و
وواحدة في عقدة واحدة ولا يدرى ايتهن اول بل هي تلك المسئلة بعينها . ووجه التخريج ان الثلاث ان صح نكاحهن بعد نكاح المنفردتين
فلهن نصف ثلثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من اربعة وما بقي بين المنفردتين لاستواء حالهما اولانهما يستحقان جميع الميراث
في حال وهو ان يكون نكاحهما سابقا والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلث سابقا والربع لهما بيقين وهو سهم من اربعة وثلثة في حال
دون حال فينتصف مهرها وليس لاحدهما باولى من الاخرى بشي مما اجتمع فلهذا كان لهما سهمان ونصف من اربعة وحالهما في استحقاق
ذلك سوا فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شي لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف
وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح احديهما صحيح بيقين تقدم او تاخر فيحصل لها مهر وللاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شي
فينتصف مهرها وليس لاحدهما باولى من الاخرى بشي مما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان . قال واذا تزوج واحدة في عقدة
وثنتين في عقدة وثلثا في عقدة واربعا في عقدة وماتوا ولا يعرف ايتهن اول فنقول ميراث النسا ربعا كان او ثمنا بين الثنتين والثلاث
والاربع اثلاثا لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلثة بيقين اما ان يصح نكاح الاربع او نكاح الثلث مع الواحدة وليس هنا
رابعة وباعتبار الاحوال لكل فريق في استحقاق الميراث مثبتا ولكن يقتل الاخرين على معنى انه يتقدم نكاحه استحق الميراث وما لا فلا
فلهذا كان الميراث بينهن اثلاثا ثم لا مزاحمة للواحدة مع الاربع في الثلث الذي صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما اخذنا اخذن
باعتبار نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن لا الا في نكاح الواحدة تردد فانه اما ان يجوز مع الثلث ومع الثنتين فان جاز مع الثلث
كان لهما ربع ما في يد الثلث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شي مما في يدي الثلث فيا خذ بما في يد الثلث ثمن وهو الربع والباقي بين الثلاث
اثلاثا ثم يدخل مع الثنتين فيا خذ سدس ما في يديهما لانا اخذنا باعتبار جواز نكاحهما ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فان كان
جواز نكاحهما معهما كان لها ثلث ما في ايديهما وان كان مع الثلث لم يكن لها شي مما في ايديهما فلهذا يا خذ منهما نصف الثلث وهو سدس
ما في ايديهما والباقي بينهما نصفان . واما حكم المهر فنقول على قول ابي يوسف رحمه الله لهن ثلثة مهور ونصف لانه ان جاز نكاح الاربع
فلهن اربعة مهور وان جاز نكاح الثلث مع الواحدة كذلك وان جاز نكاح الواحدة مع الثنتين فلهن ثلثة مهور فثلثة مهور لهن بيقين
والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت في حال ولكن احوال الاصابة حالة واحدة فكانه ثبت في حال دون حال فينتصف
فلهذا كان لهن ثلثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع ثلثة ارباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين
في هذا النصف فالاربع يدعين ذلك لانفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن في حال دون حال فباعتبار الحال

فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف هذا وهو الربع وللرابع ثلثة ارباع فاما مهر واحد فللاربع منه سدسان ونصف
وللثنتين سدس لان الثلث والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتين لايدعان ذلك الا بانضمام الواحدة اليهما وانضمام الواحدة
اليهما في حال دون حال ففي حالة الانضمام لهما ثلث ذلك وفي غير حالة الانضمام لاشي لهما فنصف الثلث وهو السدس والباقي
وهو خمسة اسداس استوت فيه منازعة الثلث والاربع وكان بينهن نصفين لكل فريق سدسان ونصف واما المهران فقد استوت
في ذلك منازعة الفريق الثلث فكان بينهم اثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فاما الاربع فقد اصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف
ومرة ثلثة ارباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهن بالسوية اذ لامزاحمة للواحدة معهن واما الثلث فقد اصابهن مرة ثلثا مهر ومرة
سدسان ونصف ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله وان لم يصح فلاشي فياخذ من ذلك والباقي بين الثلث بالسوية واما الثنتان فاصابهما
مرة ثلث مهر ومرة سدس مهر فيدخل الواحدة معهما وياخذ سدس ما في ايديهما لانه انجاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك وان لا فلا
فياخذ نصف الثلث وهو السدس ثم الباقي بينهما نصفان وان اردت تصحيح الحساب فالطريق فيه ضرب مخارج بعضها في بعض
وهو واضح لا يشتغل به للتحرز عن التطويل ۞ وعلى قول محمد رح للاربع مهر ونصف وللثلاث مهر وللاثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف
جملة ذلك ايضا ثلثة مهور ونصف كما هو قول ابي يوسف ۞ ووجه التخريج ان الاحوط ثلثة فيجب اعتبار كل حال له فنقول
نكاح الاربع يصح في حال ولا يصح في حالين فان صح نكاحهن فلهن اربعة مهور وان لم يصح فلاشي واحوال الحرمان احوال فلهن ثلث ذلك
وهو مهر وثلث بينهن بالسوية وللثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلاشي ونكاحهن يصح في حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك
وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهران ونكاحهما يصح في حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها
اما مع الثلث ومع الثنتين ولا يصح في حال وهو اذا تقدم نكاح الاربع لكن احوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح في حال
دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا ۞ قال فان كانت احدى الاربع امة والمسئلة بحالها
فنكاح الامة فاسد بيقين لانضمامها الى الحرائر ولاحظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال
لان الباقي في احد الفريقين من الحلال الحاصل ثلث وثلثة واثنان وواحدة فيتيقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين او مع احد الفريقين
من الثلاث ثم بيان حكم الميراث على قول ابي يوسف لهن ثلثة مهور ونصف لما بينا ان اكثر ما لهن اربعة مهور واقل ما لهن ثلثة مهور ۞
فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقي مهران ونصف فاما نصف مهر من ذلك
لامنازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفان بقي مهران استوت فيهما منازعة الفرق الثلثة
فيكون بينهن اثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فاما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق
يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهن ثلثة مهور واحوال الجول لان احوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ۞
ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح في حالين وفي حالة الصحة لهما مهران فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء للواحدة
من ذلك السبعة من اربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من اربعة وعشرين وان صح
مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من اربعة وعشرين فقدر ستة تعين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة
ولا يقال ستة لها في حالين بان يصح نكاحها مع هؤلاء الثلث ومع الفريق الاخر فكان ينبغي ان تصير الحالتان في حقها لانها حالتان
حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق في حقها بين ان تكون صحة نكاحها مع الفريق او مع الفريق الاخر واعتبار الاحوال للتفاوت
في هذين الحالين فهما حالة واحدة ۞ قال وسهم واحد من الباقي وهو سبعة من الثلاث نصفين لان الثنتين لايدعيان اكثر من ثلث الميراث
وما بقي ستة عشر اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هذا الجواب على قول ابي يوسف ومحمد اما على قول ابي حنيفة رح
الباقي بعد نصيب الواحدة كله مقسوم بين الفرق اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاقه وما يفرغ من حق الواحدة وقد تقدم بيان نظائره
قال ولو كان طلق ثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسئلة بحالها كان لهن مهران ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول
مهر واحد وقد كان الثابت لهن قبل ذلك الطلاق ثلثة مهور ونصف فاذا سقط مهر كان الباقي مهران ونصف فاما الواحدة فاكثر
ما يكون لها ربع ذلك واقل ما يكون لها ثلث مهر بان يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلث مهور سقط مهر بالطلاق وبقي
مهران فلها ثلث ذلك ثلثا مهر فقدر ثلثي مهر لها بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلثة ارباع مهر وذلك نصف سدس يثبت في حال
دون حال فيتنصف فيكون لها ثلثا مهر وربع سدس مهر وما بقي يكون بين الفرق الثلثة اثلاثا لاستواء حالهن في دعوى ذلك المهر
على ما وصفنا في المسئلة الاولى ۞ قال الحاكم رح وهذا الجواب يتبين بنيه في حكم المهر على مذهب ابي يوسف ولكن يا ان ذلك

على مذهبه ان يقول لما كان الواجب لهن مهران ونصف فاما نصف مهر من ذلك فالواحدة لان الثنتين لا يدعيان ذلك اصلا
والثلاث انما يدعين ذلك بالواحدة فاما بدون الواحدة لا يدعين شيا من ذلك فكانت الواحدة بذلك اولى ممن يدعي الاستحقاق بها
فلا تاخذ الواحدة نصف مهر بقي مهران فاما نصف مهر من ذلك فالثلاث يدعين ذلك بانفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة
مضموما اليهما في حال دون حال فكان سدس هذا النصف للمثنى ولكل فريق من الثلاث سدسان ونصف بقي مهر ونصف
استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهن اثلاثا فقد اصاب الثنتين نصف مهر ومرة سدس النصف فكذلك سبعة
من اثنى عشر واصاب كل فريق من الثلاث مرة نصف مهر ومرة سهمين من النصف من ستة من النصف الاخر فذلك ثمانية ونصف
ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقي الى تمام حقها سدس مهر ونكاحها
مع الثنتين صحيح في حال دون حالين فياخذ منهما نصف سدس مهر ثم يجي الى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق
فلها ثلثة ارباع مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقي الى تمام حقها سدس ونصف سدس فياخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها
مهر وثلث سدس مهر وما بقي في يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية ۞ قال واذا تزوج الرجل امراة وابنتيها في عقد متفرقة
ثم مات ولا يعلم ايتهن اول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة هي السابقة منهن ايتهن كانت ثم عند ابي حنيفة نصف
هذا المهر للام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للام ونصفه للثنتين بينهما نصفان وعلى قول ابي يوسف
المهر والميراث بينهن اثلاثا وطريقهما واضح فان حجة كل واحدة منهما مثل حجة صاحبتها على معنى انه ان تقدم نكاحهما
استحقت ذلك وان تاخر فلا شي لها فالمساواة في سبب الاستحقاق ۞ الا ترى انه لو كن امراة وامها وابنتها او امراة
وامها واختها كان الميراث والمهر بينهن اثلاثا فاما ابو حنيفة رح له في المسئلة طريقان اشار في الكتاب الى احدهما
فقال من قبل انه لا يثبت نكاح احدى الاثنتين بيقين ومعنى هذا انا تيقنا ببطلان نكاح احدى الاثنتين وان الام لا تزاحم
الا احدى الاثنتين فلهذا كان نصف المهر ونصف الميراث ۞ وقد استوى في النصف الاخر حال الاثنتين لانه ليس احدهما
بتعين جهة بطلان النكاح في حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من الاثنتين او الصغرى فقد حرمت الام
بالمصاهرة فالسبب في حق كل واحد من الاثنتين يختلف لان فساد نكاحها مرة في الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والاخت
واحد غير الاخر فوجب اعتبار الشيئين في حق كل واحدة منهما والتوزيع على اسباب الحرمة فاذا كان سبب الحرمة في حق الام
واحد وفي حق الاثنتين متعدد لم يكن بينهما وبين كل واحدة منهما مساواة في الحرمان بل حالها احسن فكان لها ضعف ما لكل واحدة
منهما فاما ما استشهد به فقد قيل الكل على الخلاف وقد يستشهد محمد رح بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يتعين
في بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة النافلة سواء ۞ وكذلك السبب المتعدد في حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف
الاسم كالام والجدة والام والخالة او ام الام والبنت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهن اثلاثا بالسوية وان متن جميعا
والزوج حي فالقول قول الاولى منهن ۞ قوله كما في حال حيوته القول في بيان الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول
في بيان الاولى قوله واذا مات الزوج بعدهن قبل ان يتبين فله ميراث زوج من كل واحدة منهن ۞ قال فان كان تزوج الاثنتين في عقدة
نكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع سواء تقدم او تاخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهي امراته
تقدم نكاحها او تاخر ۞ قال وان كان دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدرى ايتهن دخل بها اولا فنقول اما لكل واحدة من الاثنتين الاقل
مما سمي لها ومن مهر المثل لانه دخل بها بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للام لان نكاحها قد بطل
في حال حيوته بالدخول بالاثنتين سابقا او متاخرا فان الدخول بالابنة يحرم الام على التابيد اما المهر ففي القياس للام
مهر وربع وفي الاستحسان لها مهر واحد ۞ وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين وان كان دخل باحدى البنتين قبل الام
فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها
بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام اولا فلها مهر واحد هو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول
بالدخول بالبنت بعد ذلك فاذا كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت في حال دون حال
فيتنصف ولكنه استحسن فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالام اولا فان فعله محمول على الحل ما امكن واول فعله
يمكن ان يحمل على الوطي الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كانه وطي الام اولا حتى يعلم غير ذلك ۞ والثاني ان المهر
والنصف وجوبهما باعتبار شيئين احدهما العقد الصحيح والاخر الوطي بالشبهة ولم يظهر النسبان وانما الظاهر

سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطي يتصرف في الملك بعدة وباعتبار العقد الصحيح لا يجب الا مهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد
وعلى كل واحد منهن ثلث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالام ودخل بالابنتين او باحدهما فللام نصف المسمى لوقوع الفرقة بسبب
من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من الابنتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض
قال وان كان تزوجهن في عقد متفرقة ولم يدخل بشي منهن حتى قال احداكن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امرأته
والاخريان اجنبيتان ومن جمع بين امرأة واجنبيتين وقال احداكن طالق لم يقع شي فان قال لاحدى نسائه طالق وقع على امرأته
لانه اضاف الطلاق الى امرأته فان في نكاحه امرأة واحدة اذا قال احدى نسائه طالق وقع الطلاق وتعين لذلك اللفظ على امرأته
بخلاف الاول فان هنا لا وقع الطلاق على احدى المحبيات بغير عينها وفيهن من ليست منكوحة له فلا تتعين امرأته بذكر الطلاق
واذا وقع الطلاق على امرأته فلها نصف المهر والخلاف في نصف المهر هنا كالخلاف في جميع المهر في المسألة الاولى والميراث
لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق وقبل الدخول ● قال وان كان تزوج الابنتين في عقدة ثم قال احداكن طالق طلقت الام
لانه لا يصح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بينه وبينها فلهذا طلقت الام ولها نصف المهر
ولا عدة عليها ولا ميراث لها ● وان قال احداكن طالق لم يقع الطلاق على الام الا ان يثبتوها لانه جمع بين امرأته واجنبيتين
واوقع الطلاق على احدهن فلا تتعين لذلك امرأته الا ان يثبتوها عليه وان كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد
لعلة الجمع فان كان منهن امة جاز نكاح الامة لان نكاح الحرتين باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا اختين بطل نكاحهما للجمع بين الا
وان كانتا اما وبنتا بطل نكاحهما للجمع ايضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لا يبطل به نكاح الامة بضمها الى الحرة وذلك
عند صحة نكاح الحرة لا عند بطلان نكاحها ● قال وان كان فيهن امتان جاز نكاح الحرة لان نكاح الامتين باطل بيقين
فانهما اختان وابنتا واذا بطل نكاحهما كان ضمهما الى الحرة لغوا فجاز نكاح الحرة بمنزلة ما لو كانتا اثنتان منهما ذات زوج او في عدة
من زوج لما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن ● قال واذا تزوج خمس حرائر واربع اماء في عقدة واحدة جاز نكاح الاماء
وبطل نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحا فعند الجمع صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد
وبمثله لو تزوج اربع اماء واربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع به نكاحهن نكاح
الاماء كما لو تزوج حرة وامة في عقدة واحدة ● والاصل الذي تدور عليه المسائل انه متى جمع في العقد بين الحرائر
والاماء نظر فان كان نكاح الحرة يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامة لانه يتحقق ضمها الى الحرة في النكاح فان كان نكاح الحرة
لا يجوز عند الانفراد صح نكاح الامة لانه لم يتحقق انضمامها الى الحرة في النكاح ● الا ترى ان الحرة لو كانت ذات محرم
تجمع بينها وبين امة في النكاح جاز نكاح الامة لانه لم يتحقق ضمها الى الحرة لانه لا وجه لتصحيح نكاح الحرة فان كان تزوج حرة
وامة في عقدة واحدة واحدهما ابنة الاخرى جاز نكاح الحرة لان كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة الى
فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة ● قال واذا كان للرجل اربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها
وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم تقربا الاربع حتى تنقضي عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه
في رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة الاخت لو واحدة تمنع نكاح الاربع اذا اقترن بنكاحهن فيمتنع الوطي اذا طرى على نكاحهن كعدة الا
لما منع نكاح الاخت اذا اقترن به منع الوطي اذا طرى عليه اخت امرأته بشبهة فليس له ان يطأ امرأته حتى
تنقضي عدتها ● قال ولا باس بان يتزوج اخت ام ولده لان فراش ام الولد ضعيف ● الا ترى انه يجوز النسب فيه ويلزم حتى ينفى المولى
ولده انتفى بمجرد نفيه والنكاح قوي ملزم بنفسه والضعيف لا يكون دافعا للقوي والدليل عليه ان المولى لو زوج ام ولده كان
النكاح صحيحا فكما ان فراشها لضعفه لا يمنع تزوجها فكذلك لا يمنع المولى نكاح اختها اعتبارا للمنع في احد الجانبين بالمنع
في الجانب الاخر وكذلك لو تزوج اخت مدبرته او اخت امة له قد كان يطأها وهذا اظهر فانه لا فراش لهما غير انه لا ينبغي ان يطأ
التي تزوج حتى يحرم المدبرة او الامة على نفسه لانه لو وطيها صار جامعا ماءه في رحم اختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقي
حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل ان يستفرش الثانية ما لم ينقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج
والبيع في محل البيع فان لم يكن وطي امته ولا مدبرته فلا باس ان يطأ امرأته وليس له ان يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة
بالعقد صارت فراشا فليس له ان يستفرش الامة بعد ذلك وله ان يطأ المنكوحة لانه لا فراش له على المملوكة حقيقة وحكما
قال ولو تزوج ام ولده ثم وطي امرأته ثم مات زوج ام الولد وفارقها فله ان يطأ امرأته ما دامت ام ولده تعتد من زوجها

لان فرجها حرام عليه في حال العدة كما هو حرام عليه في حال نكاحها فاذا انقضت عدتها فلا ينبغي له ان يطأ امرأته حتى يحرم فرج ام الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع فعاد الحكم الذي كان قبله وكذلك الامة اذا كان وطيها قبل ان يتزوج الاخت فحكمها وحكم ام الولد سوا ● قال فان اعتق ام ولده فعليها ان تعتد بثلث حيض عندنا ● وعلى قول الشافعي رحمه الله عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروي عن عمر وعلي وابن مسعود رض ومذهبه مروي عن ابن عمر رض وسوى ان اعتقها او مات عنها الا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رض فانه كان يقول لا تلبسوا علينا سنة نبينا عم عدة ام الولد اذا مات عنها سيدها اربعة اشهر وعشرا وهذا دليلنا فانه الزمها عدة الحراير لا توجب الحيض لان هذه لا تجب الا باعتبار الدخول دون توهم اشتغال الرحم فتقدر بالحيض في الحيوة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد وشبهه احتج الشافعي فقال العدة انما تجب ههنا اثر ملك اليمين فتقدر بحيضة واحدة كالاستبرا ودليل صحة اعتباره انه لا يختلف بالحيوة والوفاة وتاثيره ان المقصود تبين فراغ الرحم لا غير وذلك يحصل بالقرء الواحد ● ولكنا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفى فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح فلا تجب على الامة وهذه العدة لا تجب الا على الحرة وتاثيره ان الحرة كاملة الحال كالوظيفة التي لا تجب الا على الحرة يجب بصفة الكمال لان المعتبر حال وجوب العدة لا ما كان قبله وبه تبين الفرق بينه وبين الاستبرا الا تجب عليها ولكن على المولى ان يستبرئها قال عم الا لا توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الامة فان قول القايل لا يضرب فلان خطاب للضارب دون المضروب يوضحه ان سبب وجوب الاستبرا حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ● الا ترى انه لو اشتراها من صبي او امرأة يجب وههنا سبب وجوب العدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لا يكتفى فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى اختها في عدتها لم يجز عند ابي حنيفة وزفر وجاز في قول ابي يوسف ومحمد رح غير انه لا يقربها حتى تنقضي عدة اختها ولو تزوج اربعا سواها في عدتها جاز عندنا وله ان يقربهن وقال زفر رح يقول انها معتدة فلا يتزوج اختها ولا اربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد او وطي بشبهة او نكاح صحيح بل اولى لان اصل فراشه في النكاح الفاسد والوطي بالشبهة ما كان يوجب الحل عليها ● واصل الفراش ههنا موجب الحل ثم العدة التي هي اثر الفراش هناك يمنع نكاح الاخت والاربع فههنا اولى ● وابو يوسف ومحمد قالا عدة ام الولد اثر فراشها ● واصل الفراش بالنكاح الصحيح والفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الاخت والاربع فكذلك اثره وهذه لانه تبقى ببقاء العدة من البيع ما كان ثابتا الا ان سببه ما لم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان اصل فراشها يمنع من التزويج اذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له ان يزوجها من غيره فكذلك اثر فراشها يمنع لها انها اذا كانت حاملا فله ان يقطع فراشها بالتزويج وليس له ان يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رح بينهما من وجهين احدهما ان سبب بقاء العدة بقاء الفراش حتى اذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب الا باعتبار الفراش فلو تزوج اختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام واذا تزوج اربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بشيئين مختلفين وذلك جائز ● الا ترى ان من عنده اربع نسوة له ان يستولد من الجواري ما شا ● والثاني ان فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفيه بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان بعد العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتا في اصل فراشها يتقوى ذلك بالعتق والمنع من استفراش الاخت كان ثابتا في اصل فراشها حتى لا يحل له ان يطأ اختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بمنع عقد النكاح اصلا ولم يكن هو في اصل فراشها ممنوعا من استفراش الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدا لا اظهار القوة فيما كان ثابتا ● يوضحه ان المقصود بالنكاح الوطي ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطي الاربع بالنكاح بان يعتقها وتحته اربع نسوة كان له ان يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها بمنزلة المعتدة بالنكاح قال واذا تزوج الرجل اربع نسوة كان له ان يطأهن في عقدة وثلثا في عقدة ثم طلق احدى نسائه ثم مات قبل ان يبين فلهن ثلثة مهور اما على قول ابي يوسف فلان اكثر ما لهن ثلثة مهور ونصف بان صح نكاح الاربع وقد سقط بطلاق احدهن نصف مهر واقل ما لهن مهران ونصف بان صح نكاح الثلث وقد سقط نصف مهر بطلاق احدهن فقد تيقن مهرين ونصف بيقين ومهر اخر يثبت في حال دون حال فينتصف فكان لهن ثلثة مهور نصف مهر من ذلك للاربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستوت منازعة الفريقين في المهرين ونصف فكان بينهما نصفين لكل فريق مهر وربع والميراث بين الفريقين نصفين لاستواء حالهما في استحقاقه وعند محمد كذلك لان للاربع ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف وان لم يصح فلا شي فلهن نصف ذلك وهو مهر وربع ● قال ولو تزوج ثلث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق احدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل ان يبين فللمدخول بها مهر تام لتاكد

مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع في قول ابي يوسف لان اكثر ما يكون لها مهر ونصف بان يكون احد الطلاقين واقعا
على المدخول بها والاخرى على احديهما واقل ما لهما مهر واحد بان يكون الطلاق واقعا عليهما ثم لواحدة منهما بيقين نصف مهر
يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع بينهما نصفان وعلى قول محمد للتين لم يدخل بهما مهر وثلث مهر هكذا ذكر في الكتاب
وفي الزيادات نقول لهما مهر وربع كما هو قول ابي يوسف لكن بطريق وهو ان احديهما مطلقة بيقين فمهرها بنصف مهر والاخرى
ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهرها وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهرها بيقين والنصف الاخر يثبت في حال دون حال
فيتنصف فكان لها ثلثة ارباع مهر اذا ضممت ذلك الى النصف يكون مهرا وربع بينهما . ووجه رواية هذا الكتاب انه لو لم يدخل
بشي منهن لكان الواجب عليه مهرين بينهن اثلاثا لكل واحدة منهن ثلثا مهر لانه قد سقط بالطلاقين مهر واحد بان دخل بواحدة منهن
لم ينتقص من مهرها شي لم يوجد ذلك في حق الاخريين بل يجعل في حقهما كانه لم يدخل بشي منهن فيكون لهما مهر وثلث بينهما نصفان
لكل واحدة منهما ثلثا مهر واما الميراث فعلى قولهما اي يوسف للمدخول بها خمسة اسهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء
وللاخريين سبعة اسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث ما نحا لهن من على الشيوع على معنى ابينهن وفي حق حرمتها بقيت التطليقه
الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ميراث ثلث ميراث النسا اربعة من اثني عشر سهما وان وقعت على احدى اللتين
لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فمقدار اربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وذلك سهمان يثبت في حال دون حال
فيتنصف فيكون لها خمسة من اثني عشر والباقي للتين لم يدخل بهما فلهما نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلهما ثلثا الميراث
فمقدار ستة لهما بيقين وسهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما سبعة . وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب
ان قول محمد في الميراث كقول ابي يوسف وفي بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة اثمان ميراث النسا وللتين لم يدخل بهما ثلثة اثمان
ميراث النسا . ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن الميراث بيقين فيعتبرها بالحرمان ما كانت مجهولة بوقوع الوا
عليها بقي الثلاث على ابينهما وبعث حرمتها فيكون الميراث في هذه الحالة نصفين نصف للتي دخل بها ونصفه للتين لم يدخل بهما
وان كانت المجهولة للحرمان معزولة بوقوع الثلاث عليها فان وقعت الواحدة على غير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقع
على المدخول بها فالميراث كله نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلثة ارباع الميراث ستة من ثمانية باعتبار ان لها
النصف في حال والكل في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لها خمسة من ثمانية وما بقي للتين لم يدخل بهما اولانهما في الحالة
الثانية الربع وفي الحالة الاولى النصف فيتنصف الربع باعتبار الاحوال فلهذا كان لهما ثلثة اثمان الميراث . وروى
عن محمد عن ابي حنيفة رح ان للمدخول بها ثلثة ارباع الميراث . ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث
فيعتبرها بايقاع الثلث عليها لانا نتيقن ان ايقاع الثلث موجب حرمانها عن الميراث ولا نتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة
للحرمان ان الثلث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها
فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلثة ارباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتين لم يدخل بهما
ولو كان دخل بثنتين منهن والمسألة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرها بالدخول بالنكاح الصحيح
وللتي لم يدخل بها ثلثة ارباع المهر في قول ابي يوسف فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شي فلها مهر كامل
فنصف مهرها بيقين والنصف الاخر يثبت في حال دون حال فيتنصف . قال وكذلك الجواب عند محمد وينبغي على قول محمد
ان يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذي قلنا انه لو لم يدخل بشي منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل في حق التي لم يدخل بها سدس
الميراث لانه ان لم يقع عليها شي فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شي لها فلها سدس الميراث به علل محمد رح في الكتاب
وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شي كان لها نصف الميراث لانه لا يزاحمها الا واحدة فان وقع عليها الطلاق الثلث من المدخولتين
محرومة عن الميراث ولكن بطريق التخريج ان التي لم يدخل بها في هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لا محالة وان كانت المعزولة
للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها وان وقع الثلث على الاخرى فللتي لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلث على التي لم يدخل بها
فلا شي لها من الميراث فاذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لا شي كان لها الربع ثم هذا الربع لها في هذه الحالة ولا شي لها في الحالة
الاولى فلها نصف الربع وهو الثمن والباقي للتين لم يدخل بهما . قال واذا تزوج امرأتين في عقدة ثم قال قد دخلت باحدى الفريقين
ثم قال قبل ان يبين فللثنتين مهر واحد وللثلاث مهر ونصف لان الثلث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخل بهن فلهن ثلثة مهور وان لم يصح
فلا شي لهن فلهن مهر ونصف والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهما مهران وان لم يصح فلا شي لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين

ضعفين

نصفين لاستوائهما فيه ووضع هذه المسألة انه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول صح نكاحه حملا لفعله وقوله
على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه الى الاقدام على الوطي الحلال ويمنعانه عن الاقدام على الوطي الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه
ثلثا لان الايقاع بهذا اللفظ يتناول من صح نكاحها فان لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثلث بعد الدخول لا يسقط
شيئا من الصداق فكان هذا والاول سواء وان لم يدخل بشي منهن وطلق احدى نسائه ثلثا فللثلاث مهر وربع لانه ان صح نكاحهن
فلا شي لهن فلهذا كان لهن مهر وربع وللثنتين ثلثة ارباع مهر لانه ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف لوقوع الطلاق على احداهما
قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما فلا شي لهما فكان لهما ثلثة ارباع مهر بينهما نصفان . قال ولو تزوج ثلث نسوة فدخل باحداهن
ولا يعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلثا والاخرى واحدة ثم مات قبل ان يبين فلهن مهران وربع لانه ان وقع احد الطلاقين على المدخولة
فلهن مهران ونصف فانه قد طلق احداهن قبل الدخول وان لم يصح وان وقع الطلاقان على اللتين لم يدخل بهما فلهن مهران لسقوط مهر
بايقاع طلاقين على غير المدخولتين فقدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهران وربع
بينهن اثلاثا لهذا المعنى وعلى كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفنا المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها
بالدخول واللتين لم يدخل بهما مهر وربع في قول ابي يوسف لان المدخولة بها غير معينة نجاهلهن في استحقاق ذلك سواء والميراث
بينهن اثلاثا لهذا المعنى وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها تستكمل في ذلك ثلث حيض لان كل واحدة منهن يجوز ان تكون هي التي
دخل بها ثم وقع الثلاث عليها فلزمها العدة بالحيض ولم يقع عليها شي فيلزمها عدة الوفاة والعدة توخذ فيها بالاحتياط فلهذا
كان على كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفنا المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول واللتين لم يدخل بهما
مهر وربع في قول ابي يوسف وفي قول محمد لهما مهر وثلث وقد بينا تخريج القولين وبينا حكم تخريج الميراث ايضا على القولين وان عرفت
المدخول بها وقد وقع تطليقة بائنة على احديهن فالميراث بينهن اثلاثا لان نجاهلهن في استحقاق الميراث سوا فان الطلقة الثانية
على ابينهن وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء في ذلك . قال واذا تزوج العبد امرأتين في عقدة وثلثا في عقدة
ثم مات فنكاح الثلث باطل لان العبد لا يتزوج اكثر من ثنتين فقد تيقنا ببطلان نكاح الثلث تقدم نكاحهن او تاخر ونكاح الثنتين
صحيح تقدم او تاخر فان كانت احدى الثلاث امة فنكاح الامة فاسد لانضمام نكاحها الى نكاح الحرة ولامهر لها لبطلان عقدها
وللمرأتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران وان تاخر نكاحهما فلا شي وللاخريين مهر واحد ايضا لهذا المعنى
وان كان المولى قد اعتق العبد ثم مات فالميراث بين الفريقين نصفين لاستوائهما في استحقاق الميراث ويستوي ان كان العبد
تزوج باذن مولاه او بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى ينفذ بالعتق فان المانع حق المولى فقد زال ذلك بالعتق . قال
ولو ان رجلا امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقدة فنكاحهما باطل وقد بينا هذه المسألة وقول ابي يوسف
الاول فيها ان نكاح احديهما بغير عينها صحيح والبيان الى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه واخرى
في عقدة جاز نكاح التي امره بها لانه في العقد عليها ممتثل لامر الزوج وفي العقد على الاخرى ممتثل غير ممتثل لامر
من الزوج فينفذ عقده ايضا على التي ممتثل بها امر الزوج في العقد عليها ويتوقف في الاخرى على اجازة الزوج والله اعلم

باب النفقة

اعلم ان نفقة الغير على الغير تجب باسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لنفقة الزوجات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وقال تعالى وبما انفقوا من اموالهم . وقال تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم . وقال عم
اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله سبحانه واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن
ان لا يوطين فرشكم احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم
نفقتهن وكسوتهن بالمعروف . وقال عم لهند خذي من مال ابي سفين ما يكفيك وولدك بالمعروف ولانها محبوسة لحق الزوج
ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته
في مالهم والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم اذا عرفنا هذا فنقول ايضا في النفقة اليها سببان
التمكين والتمليك حتى اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن من تناول كفايتها فليس لها ان تطالب الزوج بفرض النفقة

فان لم تكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر ما يكفيها بالمعروف لان النفقة مشروعة للكفاية فانما تفرض
مقدار ما يعلم انه يقع به الكفاية وبعتبر المعروف في ذلك وهو فوق التقتير ودون الاسراف لانه مامور بالنظر من الجانبين
وذلك في المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة ما يصلح لها للشتا والصيف فان بقا النفس بهما وكما لا تبقى النفس بدون الماكول
عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف في ذلك فان كان لها خادم
فرض لها ايضا لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها والى نفقة الاصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك
فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها ادنى ما يفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض
الا لخادم واحد في قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف يفرض لخادمين لانها تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت
والاخرى بما هو من خارج البيت مما تحتاج اليه وهما قالا لا حاجة ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل
والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا تزيد على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها ولو فرض لخادمين
يفرض لاكثر من ذلك فيؤدي الى ما لا نهاية. ثم في ظاهر الرواية المعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار • قال الله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره • وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الاية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة
على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف في كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت
معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ما تستوجب عليه اذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها واذا كانت
موسرة والزوج معسر تستوجب عليه فوق ما تستوجب اذا كانت معسرة ليحصل لها كفايتها بذلك • وفي ظاهر الرواية
يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس في النفقة
تقدير عندنا • وقال الشافعي يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال وبمد على المعسر وهذا ليس بقوي
فان المقصود الكفاية وذلك مما يختلف فيه طباع الناس واحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الاوقات ايضا
ففي التقدير بمقدار اضرار باحدهما والذي ذكر في الكتاب ان كان معسرا يفرض لها من النفقة كل شهر اربعة دراهم او خمسة
ولخادمها عليه ثلثة دراهم او اقل من ذلك او اكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار في الغلا
والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلا معتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما هذا بنا على ما شاهد في ذلك
الوقت فالذي يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها في كل وقت ومكان وكما يفرض لها قدر الكفاية
من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الا مادوما عادة • وجا في تاويل قوله تعالى من اوسط ما تطعمون
اهليكم ان اعلا ما يطعم الرجل اهله الخبز واللحم واوسط ما يطعم الرجل الخبز والزيت وادنى ما يطعم الرجل اهله الخبز واللبن
واما الدهن فلانه لا يستغنى عنه خصوصا في ديار الحر فهو من اصل الحوايج كالحر وان لم يكن لها خادم لم يفرض نفقة الخادم
عليه وعن محمد يفرض لخادم واحد لان على الزوج ان يقوم بمصالحها وحوايجها فاذا لم يفعل ذلك اعطاها نفقة خادم ثم هي تقوم
بنفسها او تتخذ خادما • واما في ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فان لم يكن لها خادم لا تستوجب
نفقة الخادم كالغازي اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان اظهر عنا الفارس في القتال • قال والكسوة على المعسر
في الشتا درع وملحفة وطي وخمار سابري وكسا كارخص ما يكون لكفايتها مما يدفيها ولخادمها قميص كرابيس وازار وكسا كارخص
ما يكون لكفايتها مما يدفيها وللخادم في الصيف قميص مثل ذلك وازار وللمراة درع وملحفة وخمار وان كان موسرا فالنفقة عليه
للمراة ثمانية دراهم او تسعة ولخادمها ثلثة دراهم او اربعة والكسوة للمراة في الشتا درع يهودي وهروي وملحفة
دروية وخمار ابريسم وكسا انجاني ولخادمها قميص زطي وازار كرابيس وكسا رخيص وفي الصيف للمراة درع سابري وملحفة
كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار فالحاصل ان ما ذكر من التقدير مثل ذلك بالدراهم لا معتبر به لما قلنا
وما ذكر من الثياب فهو بنا على عادتهم ايضا وذلك يختلف باختلاف الاماكن في شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس
في كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر في كسوة المراة الازار والخف في شي من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم
ولم يذكر الخف فان كانت تخرج للحوايج فلها الخف والمكعب بحسب ما يكفيها واما المراة فمامورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج
فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مامورة بان تكون مخباة نفسها لبساط الزوج فليس
على الزوج ان يتخذ ما يحول بينه وبينها فلهذا لم يذكر الازار في كسوتها ثم النفقة للكفاية في كل يوم فاما الكسوة فانما تفرض في السنة مرتين

في كل ستة اشهر مرة فان فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة ولكن ان اخرقت الكسوة وضمنته حتى جا الوقت وقد بقيت تلك الكسوة
عندها يفرض لها كسوة اخرى لانها لو لبست لتخرق ذلك فيما لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف
كسوة الاقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة فاذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة فانها وان كانت
صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما • قال وان كان الرجل من اهل الغنا المشهورين بذلك فلامراته خمسة
عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة في الشتا درع يهودي وملحفة هروي وجبة فروها ودرع خز وخمار ابريسم
ولحاف ولخادمها قميص يهودي وازار وجبة وكسا وخفين • ثم قال محمد رح لا ينبغي ان يوقت النفقة على الدراهم لان السعر
يغلو ويرخص ولكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان فينظر الى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا شهرا وقد بينا
هذا الفصل والذي قال يفرض شهرا شهرا انما بناه على عادتهم ايضا • وبعض المتاخرين من مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل
بان كان محترفا تفرض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه ادا النفقة شهرا شهرا دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض
الادا شهرا شهرا وان كان من الدهاقين يفرض لها عليه النفقة سنة سنة لان تيسير الادا عليه عند ادراك الغلات في كل سنة
وتيسير الادا على التاجر عند اتخاذ اجر غلات الحوانيت وغيرها في كل شهر وتيسير الادا على المحترف بالاكتساب في كل يوم
ولا يوخذ من الزوج كفيل بشي من النفقة اما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لا يجبر على اعطاء الكفيل بما لم يجب عليه
واما الماضي فانه بمنزلة سائر الديون يومر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولو خاصمته امراته في نفقة ما مضى من الزمان
قبل ان يفرض القاضي عليه النفقة لها لم يكن لها شي من ذلك عندنا • وعلى قول الشافعي يقضى لها بما لم تستوف من النفقات
الماضية واصل المسئلة ان النفقة لا تصير دينا الا ان وجوبها بالعقد فلا يحتاج الى القضا او الى التراضي في صيرورتها
دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار تمام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير دينا بدون القضا
كالاجرة يصير دينا باستيفا المنفعة بعد العقد • وحجتنا في ذلك ان النفقة صلة والصلات لا تتاكد بنفس العقد ما لم
ينضم اليها ما يوكدها كالهبة والصدقة لا يتم الا بالقبض • وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع بجملة لان ملك
البضع يحصل بالموضع جملة لا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا
فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتاكدها بالقضا او التراضي ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا يصير دينا بمجرد مضي الزمان
فكذا هنا وكذلك لو استدانت عليه قبل قضا القاضي او التراضي لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها
فما استدانت يكون دينا عليها في ذمتها وابقاؤها ما استدانت كانفاقها من سائر املاكها فلا ترجع بشي من ذلك على الزوج
الا ان يكون القاضي فرض لها نفقة كل شهر او صالحها على نفقة كل شهر ثم غاب او حبس النفقة عليها فاستدانت عليه او لم تستدن
اخذته بنفقة ما مضى لان حقها تاكد بقضا القاضي او بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي
في الالزام وذكر عن شريح رح انه قال ايما امراة استدانت على زوجها وهو غايب فانما استدانت على نفسها وانما اراد اذا
لم يفرض القاضي لها النفقة او فرضها ولم يامرها بالاستدانة على زوجها فاذا امرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج
لان للقاضي عليه ولاية فامرها بالاستدانة عليه كامر الزوج بنفسه • قال وقال ابو حنيفة رح لا احب ان افرض عليه
اذا كان غايبا لان الفرض عليه اذا كان غايبا الزام وليس للقاضي ولاية الالزام على الغايب وان كان لها منه ولد فطلبت
ان يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنسا والرجال الزمنى فاما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه
بل يومرون بالاكتساب والانفاق على انفسهم فاما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب في امرها بالاكتساب
فان المراة اذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فاذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها في صغرها على الوالد
فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان ببلوغها ازدادت حاجتها • والاصل في ذلك ما روينا من قوله ع م خذي من مال ابي سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مونة الرضاع على الوالد بالنص • قال الله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
المولود له وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وذلك لحاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على ان كفاية الولد
على الوالد ما دامت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد اليهم لان النفقة حقهم وهم اهل لاستيفا حقوقهم
ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار الى المراة لان الصغير في حجرها وهي التي تصلح له طعامه فيدفع نفقته اليها
ثم بين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهو نظير ما ذكرنا في نفقة الزوجة ان المعتبر ما يقع به الكفاية

وهذا اظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغر فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر ان يوسع عليه في النفقة
والكسوة على حسب ما يرى الحاكم فيه ويعتبر المعروف في ذلك كما يعتبر في نفقة الزوجة • قال واذا صالحت المراة زوجها
على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيا فشيا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها
لحقها قبل الوجوب وذلك لا يجوز • الا ترى انها لو ابرات عن النفقة لا تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان الحط عن الاجرة
بعد العقد قبل استيفا المنفعة يجوز بلا خلاف لان سبب الوجوب هناك وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب
في صحة الاسقاط وهنا السبب ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها لخدمة الزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود
السبب باطل يوضحه ان النفقة مشروعة للكفاية ففي التراضي على ما لا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا
وكذلك ان كان قضى القاضي بذلك لانه تبين انه اخطا في قضايه حين قضى بما لا يكفيها فعليه ان يتدارك الخطا بالقضا لها بما يكفيها • قال
واذا فرض على المعسر نفقة المعسر ثم ايسر فخاصمته فعليه نفقة الموسر لما بينا ان النفقة تجب شيا فشيا فيعتبر حاله في كل وقت
فكما لا يستانف القضا بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لا يستديم ذلك القضا وقد كان القضا عليه بنفقة المعسر لعجزه العسرة
فاذا زال العجز بطل ذلك كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم ايسر كان عليه الكفير بالمال • قال واذا تغيبت المراة عن زوجها
او ابت ان تتحول معه الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد اوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولا نفقة للناشزة فان الله تعالى
امر في حق الناشزة بمنع حظها في الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه يمنع كفايتها في النفقة بطريق الاولى
لان الحظ في الصحبة لهما وفي النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه
فاذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يوجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها • وقيل للشيخ رحمه الله هل للناشزة
نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لا نفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة
لانها انما احتبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة ما بها تستوجب النفقة حكما بل الزوج هو المفوت بمنعه حقها ولان النفقة
والمهر حقها فمطالبتها احد الحقين لا يسقط حقها الاخر وكذلك لو لم يدخل بها في ظاهر الرواية الا في رواية عن ابي يوسف فانها
قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفا مهرها فلا نفقة لها فكانه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيت الزوج
فاذا لم يوجد لا تستوجب النفقة ابتداء فاما بعدما انتقلت الى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها
بغير حق في ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت زوجها • الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها
الى بيته فكان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك اذا حبست نفسها لاستيفا المهر وان رجعت الناشزة الى بيت الزوج فنفقتها عليه
لان المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك • والاصل فيه قوله تعالى فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا • قال
ولا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها وعلى قول الشافعي لها النفقة لانها مال يجب بالعقد والصغيرة والكبيرة فيه سوا
كالمهر وهذا لان الواجب لحاجتها والصغيرة محتاجة الى ذلك كالكبيرة • الا ترى ان بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير
كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح • وحجتنا في ذلك انها غير مسلمة نفسها الى زوجها في مثله فلا تستوجب النفقة عليه
كالناشزة وهذا لان الصغيرة جدا لا تنتقل الى بيت الزوج بل ينتقل اليه ولا تنتقل اليه للقرار في بيته ايضا فيكون كالمكرهه
اذا حملت الى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فاذا كانت لا تصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك
بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك ولا تختلف بالصغر والكبر وان كانت
قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان او كبيرا لانها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته
وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفا لمعنى فيه فلا يسقط به حقها في النفقة وان كان الزوج صغيرا لا مال له لم يوجد الاب
بنفقة زوجته الا ان يكون ضمنها لانه استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لا يوخذ ابوه بشي من المهر الا بطريق الضمان
فكذلك لا يوخذ بالنفقة • قال وكل امراة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير او كبير معسر لا يقدر على شي فانها تومر
بان تستدين ثم ترجع عليه ولا يحبسه القاضي اذا علم عجزه وعسرته لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم
وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بان يامرها بالاستدانة فاذا استدانت بامر القاضي كان كاستدانتها
بامر الزوج فترجع عليه بذلك اذا ايسر وان كان القاضي لا يعلم من الزوج عسره فسالت المراة حبسه بالنفقة لم يحبسه في اول مره
لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه في اول مره فلا يحبسه ولكن يامره بان ينفق عليها ويخبره
انه يحبسه

انه يحبسه ان لم يفعل ذلك فاذا عادت اليه مرتين او ثلاثة حبسه لظهور ظلمه بالامتناع عن ايفا ما هو مستحق عليه فان علم انه محتاج
حلى سبيله لانه مستحق للنظرة الى ميسرة بالنص وليس بظالم في الامتناع من الايفا مع العجز • قال وينبغي للقاضي اذا حبس
الرجل شهرين او ثلثة في نفقة او دين ان يسال عنه • وفي بعض المواضع ذكر اربعة اشهر وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح قدر ذلك
بستة اشهر وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة ان ادنى المدة فيه شهر • والحاصل انه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار وذلك
وذلك مما يختلف فيه احوال الناس فالراي فيه الى القاضي حتى اذا وقع في اكبر رايه انه يضجر بهذه المدة ويظهر ما لا ان كان له
يسال عن حاله بعد ذلك • وذكر هشام في نوادره عن محمد رح انه ان يسال عن حاله بعدما حبسه ولم يعتبر في ذلك المدة
فاذا سال عنه فاخبر انه معسر خلى سبيله لان اعساره صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول
بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسمعيل بن حماد رح يقول ليس للطالب ان يلازمه وبه اخذ الشافعي لانه منظر بانظار الله تعالى
فهو بمنزلة ما لو اجله الخصم او ابراه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا • ولكن نستدل بما روي ان النبي عم اشترى
من اعرابي بعيرا بثمن موجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ليس عندنا شي فقال الاعرابي واغدراه فهم به الصحابة رض
فقال عم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة ولان قضا الدين مستحق على
المديون من ماله وكسبه كما انه اذا كان له مال كان للطالب ان يطالبه بقضا الدين منه فكذلك اذا كان له كسب كان له ان يطالبه
بقضا الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى اذا فضل شي من كسبه من نفقته اخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة
ان يقعده في موضع فان كان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه ما دار وان كان غنيا لم يخرجه من السجن ابدا
حتى يودي النفقة والدين لقوله عم اليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ايفائه
فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه ونفقته حتى يوفي ما عليه وان كان له مال حاضر اخذ القاضي الدراهم والدنانير
من ماله وادى منها النفقة والدين لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فللقاضي ان يعينه على ذلك ايضا
وكذلك اذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ما عليه من الحق فالمراة تتمكن من اخذه اذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع
القاضي عروضه في النفقة والدين في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد يبيع ذلك كله وهو بنا على مسئلة الحجر فان
عند ابي حنيفة رح القاضي لا يحجر على المديون بسبب الدين ويبيع ماله عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه
بسبب الدين فيبيع ماله عليه واستدلا في ذلك بما روي ان النبي عم حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه
على غرمايه بالحصص • وقال عمر رضي الله عنه في خطبته اياكم والدين فان اوله هم واخره حرب وان اسيفع جهينة قد رضي من دينه
وامانته ان يقال قد سبق الحاج فادان معرضا فاصبح وقد رين به الا اني بايع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمايه بالحصص فمن
كان له عليه دين فليغد والمعنى فيه ان قضا الدين مستحق عليه بدليل انه يحبس لاجله فان امتنع من ذلك وهو مما تجري النيابة فيه
ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامراته وبالاتفاق فيما ذكرنا من احد النقدين بالاخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض
ولابي حنيفة ما روي ان رجلا من جهينة اعتق شقصا من عبد بينه وبين اخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له
وادى نصيب شريكه ومعلوم انه عم كان يعلم بيساره حين الزمه ضمان العتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك
جايزا لاشتغل به لان فيه نظرا من الجانبين والمعنى فيه انه المستحق عليه قضا الدين ولقضا الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي
عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضا الدين • الا ترى انه لا يزوج المديونة ليقضي الدين من صداقها ولا يواجر المديون ليقضي
الدين من اجرته لان تعين قضا الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لانه تعين طريق قضا الدين عليه وما ذكر من احد النقدين بالاخر
لا نفعله في القياس ايضا ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلا جنسا واحدا فان المقصود منهما واحد فكان ذلك
بمنزلة قضا الدين ان تعينه عليه • واما حديث معاذ رض فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسواله لانه
لم يكن في ماله وفا بديونه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيصير فيه وفا بدينه والمشهور من حديث عمر اي فاسم ماله بين غرمايه فانما يحمل ذلك على ان ماله كان من النقود • والدليل عليه
ان عندهما ليس للقاضي ان يبيع المال الا بطلب الخصم ولم يكن منه طلب فعرفنا انه كان من جنس الحق وكان فيه نوع مصلحة
راها لا سيفع جهينة • قال واذا كان للرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ما قلنا فان كانت احداهن كتابية
او امة قد بواها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن ما يكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على الامة والذمية شيئا

لان النفقة مشروعة للكفاية وذلك لا يختلف بالدين ولا باختلاف الحال في الرق والحرية فان فضل ذلك وهو معسر وعلم القاضي ذلك منه امرها بالاستدانة عليه اذا كان يعلم النكاح بينه وبينها وهو قول زفر كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع وقال لا تأمرها بذلك وهو قولهما لانه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان امرها بالاستدانة فلم يحضر لم يفرق بينه وبينها اذا طلبت ذلك لقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والمعروف في الامساك ان يوفيها حقها من المهر والنفقة فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو المعنى في ذلك فان المستحق عليه احد الشيئين فاذا تعذر احدهما تعين الاخر الا ترى انه اذا عجز عن الوصول اليها بسبب الجب او العنة فرق بينهما لفوات الامساك بالمعروف بل اولى لان حاجتها الظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لا يتصل لها الى حقها من جهة غيره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لا يتصل لها الى حقها من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لا يتصل لها الى ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت يصل اليها بعد التفريق من جهة زوج اخر وقاس بنفقة العبد والامة فانه يستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه اجبره القاضي على ازالة الملك بالبيع فهنا كذلك. واستدل بحديث عمر وعلي رضي الله عنهما كتبا الى امراء الاجناد ان مروا من قبلكم ان يبعثوا بنفقة اهاليكم او تطلقوهن. وقيل لسعيد بن المسيب رضي الله عنه تفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة اذا اطلقت يفهم منه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة هذا تنصيص على المعسر منظر ولو احلنا بذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك اذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به ما يكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوكة يكون ابطالا لانه لا يكون للمملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا ابطالا وبهذا تبين انه غير عاجز عن معروف يليق به وهو الالتزام في الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام في الذمة مع ان التسريح طلاق. وعند الشافعي المستحق هنا هو الفسخ بسبب الغيبة حتى اذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه يحتج عن حديث عمر وعلي رضي الله عنهما مع انهم كانوا غير عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك اليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة ازواجهن فامرهم ان يبعثوا اليهن ما يطيب به قلوبهن والمعنى فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل اولى لان الدين مستقر ونفقة لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال فيه زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لدفع الاصل وكما ان بالفرقة لا يتوصل الى مهرها الذي على الزوج الاول وانما يتوصل الى مثله من جهة اخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ما هو المقصود فكان ظالما وهنا ممسكها مع حاجته اليها مع انا عندنا هناك لا يفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتى يكون ذلك طلاقا لان الظلم التعليق عنها وهذا ليس في معنى ذلك من وجوه. احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بان تستدين وينفق. والثاني ان هناك الزوج ممسكها من غير حاجة به اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها فيما هو المقصود فلا يكون ظالما ولان هناك لو تركنا التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لا يصير دينا على الزوج بمضي المدة فلو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان في صورة الابطال في حانبها رجحنا لصدق حاجتها وفي التفريق ابطال الملك على الزوج وضررا التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال فان النفقة هناك لا تصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هذا الضرر اهون حتى ان في الموضع الذي يكون ابطالا لا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو انه اذا عجز عن نفقة ام ولده لم يعتقها القاضي عليه. قال فان بوأها في الامة ان يخلي بين الامة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لمصالح الزوج وانما ذلك بهذا النوع من التبوئة وان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه زال ما به كان يجب عليه نفقتها فهي كالناشزة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلماذا لا يجعل هذا كالحرة اذا حبست نفسها لصداقها قلنا كما في الابتداء فان الحرة اذا حبست نفسها بالصداق فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه ليستقل الى بيته فاما هنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمته نفسها فلهذا لم يكن لها نفقة عليه فان كانت هي تخدمه من غير ان يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهة التسليم فان جاءت في وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع الى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام اهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا ان هذه تفويت للتبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة. قال

ونفقة

ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبل انها مسلمة نفسها الى الزوج في بيته ولا يخل منها في المرض تحصنه به فيفوته مع انه ما هو المقصود من الاستيناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع في النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على الزوج اذا لم يرض الزوج بها ويكون له ان يردها الى اهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت الى بيته وهي مريضة فله ان يردها الى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعدما تحولت اليه فليس له ان يردها بل ينفق عليها الا ان يتطاول مرضها. قال وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة ان يمتنع عن الانفاق ويردها بقليل مرض فاذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك المعنى من جهتها فتسقط نفقتها كما اذا كانت صغيرة لا تجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق بينهما من حيث ان الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت واصابها بلاء يمنعه الجماع او هرمت حتى لا يستطيع جماعها. وذكر في الكتاب انه لو اصابها هذه العوارض من بعدما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها الى منزله وسواء انتقلت او لم تنتقل اذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة النفقة على ما قلنا. قال ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه لان ما به يستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها الى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ولهذا لم يجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذلك لا يستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد. قال واذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج انا فقير وقالت المرأة هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر في الناس اصل واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله يولد كل مولود احمر ليس عليه شيء ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعي غنا عارضا فعليها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه اجاب في كتاب العتاق اذا ادعى المعتق انه فقير فالقول قوله فاما اسار في سائر الديون ان كان وجوب الدين عليه ببيع او قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل في ملكه من المال فلا يقبل قوله في دعوى الفقر بعد تيقننا بزوال ذلك الاصل وكذلك قالوا في كل دين التزمه بالعقد اختيارا كالمهر ودين الكفالة فاقدامه على الالتزام بمنزلة اقراره منه انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر على ادائه اختيارا فاما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة. وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم في ذلك زيه فان كان عليه زي الاغنياء لم يقبل قوله انه معسر لان الزي دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم. وقال تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة. وقال جل وعلا وان كان قميصه قد من قبل ففي هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما الا في الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزي حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه. قال وان لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضي ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي لانه وجه لا يعتمد لفصل الحكم وهو متمسك بالاصل فليس عليه ان يطلب دليلا اخر وان فعله فأتاه من اخبر عنه انه موسر لا يعتمد ذلك ايضا الا ان يخبر بذلك عدلان فيكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قد علما ذلك منه وان لم يؤخذ بقولهما لانهما لم يخبراه عن علم وانما اخبراه عن ظن وعن خبر من لا يعتمد خبره فالخبر اذا تداولته الالسنة تمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد هذا الخبر. قال وان اقامت المرأة بينة انه موسر واقام الزوج البينة انه محتاج اخذ ببينة المرأة لانها قامت على الاثبات بينة ولان شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ما هو الاصل وشهود المرأة عرفوا المعنى العارض فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين. قال فاذا كان للزوج عليها دين فقال احتسبوا لها نفقتها منه كان له ذلك لان الثابت في الباب ان يكون النفقة لها دينا عليه فاذا التقى الدينان تساويا وتقاصا. الا ترى ان له ان يقاصها بمهرها فالنفقة اولى. قال واذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شيء من مهرها فاعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو من النفقة فالقول قول الزوج وكذلك هذا في جميع قضاء الديون اذا كان هذا من وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله في بيان جهة التمليك وهو المحتاج الى تفريغ ذمته فالقول قوله انه يفرغ ذمته من هذا الاداء من كذا دون كذا. قال وان اختلفا فيما وقع الصلح عليه والحكم به من النفقة في الحبس او الفقد فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لانها مدعية الزيادة محتاجة الى الاثبات بالبينة والزوج منكر اذلك فالقول قوله مع يمينه فان كان الذي اقر به الزوج وحلف لا يكفيها بلغ لها الكفاية في الموسف لان النفقة للكفاية وقد تبين ان ما قضى به القاضي او وقع الصلح عليه لا يكفيها فلها ان تطالب بما يكفيها في المستقبل وكذلك ما اقر به الزوج وحلف لا يكفيها بلغ. قال ولو اخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه اضاف كلمة كل الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان علي كل درهم واصله في الاجارة اذا استأجر دارا كل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن ابي يوسف انه قال ههنا ما عاش وبقي النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولان المقصود التوثق بهذا الجنس

من جهتها فكانه صرح لها بما هو مقصودها في كفالته ابدا او ما عاشت وهنا ان يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من جهتها عليه عاما فكذلك هنا
ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزا وان لم يكن واجبا ولكن اضافة الكفالة الى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين
ان الزوج هل يجبر على اعطاء الكفيل النفقة ام لا فظاهر المذهب لا يجبر على ذلك كما لا يجبر على اعطاء الكفيل بدين آخر . وعن ابي يوسف
انه قال اذا قالت المراة انه يغيب ولا يترك لي نفقة امر القاضي ان يعجل لها نفقة شهر او يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحسانا لانها طلبت
من القاضي ان ينظر لها فيجيبها الى ذلك لان الحال حال النظر . قال فاذا فرضها القاضي على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت اشهر
لم يعطها حتى ماتا او مات لم يوخذ شي منها لان النفقة تستحق استحقاق الصلات لا استحقاق المعاوضات على ما قررناه والصلات
لا تتم الا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه في الكتاب بمن وجب عليه الجزية اذا مات لم يستوف من تركته هذا ولان
السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما اذا زال العيب قبل رد المشتري
لم يكن له ان يرد بعد ذلك . قال ولو كانت المراة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضي تلك المدة لم يكن للزوج ان يسترد من تركتها
شيا من ذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لما قلنا انه صلة وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت كالرجوع في الهبة
وعند محمد يترك منها حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لانها اخذت ذلك عوضا له المقصود ولم يحصل ذلك المقصود له
فكان له ان يسترد منها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل ان يتزوجها . وروى ابن رستم عن محمد رح قال ان كان الباقي من المدة شهرا
او دونه لم يرجع بشي في تركتها وان كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحسانا ويرد ما زاد على ذلك لانه انما يعطيها النفقة
شهرا فشهرا عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة . قال ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضى
من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق التاريخ في القضاء والبينة بينة المراة لاثباتها ذلك
قال واذا بعث اليها بثوب فقالت هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لانه هو المملك للثوب منها
فالقول قوله في بيان جهته الا ان تقيم المراة البينة انه بعث به هدية وان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت ببينته
فراغ ذمته عن حقها من الكسوة او المهر وكذلك ان اقام كل واحد منهما البينة على اقرار الاخر بما ادعاه لان الزوج هو المدعي للقضاء
فيما عليه من الحق فمعنى الاثبات في بينته اظهر . وكذلك ان بعث بدراهم فقال هي نفقة وقالت المراة هي هدية فالقول قوله لما بينا
قال واذا اعطاها كسوة فجعلت تمزيقها او هلكت منها لم يكن عليه ان يكسوها حتى ياتي الوقت لما بينا ان احوال الناس تختلف
في صيانة الثياب وفي تمزيقها فتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيرا فما لم ياتي الوقت لا يتجدد الحاجة
فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها ان تطالبه بشي . قال وكذلك ان اخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثاني وهو معها فلها
ان تطالبه بنفقة الشهر الثاني . قال وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فاذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضي في الابتدا
يوقت من المدة ما يتمزق فيه الثوب من اللبس المعتاد فما لم يتبين خطاؤه في ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر الى تعجيلها التمزيق
ولا اصابتها فوق المعتاد وهو معها بخلاف نفقة ذي الرحم المحرم فان هنا المعتبر تحقق الحاجة . الا ترى انه لو كان له مال
لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء الماخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة . قال واذا فرض القاضي النفقة على زوجها
فانفقت من مالها ولم تاخذ منه شيا فلها ان تاخذ بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضي والصلح عن التراضي
وقد بينا . قال وان كان هذا في ذي الرحم المحرم فانفق على نفسه من مال الاخر بعد فرض القاضي لم يكن له ان يرجع على الذي فرض له عليه بشي
لما بينا ان المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي الوقت فلا تصير النفقة دينا . واورد في باب الزكوة من الجامع ان نفقة
ذي الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضي وانما اختلف لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة هناك فيما اذا استدان المنفق عليه
وانفق فيكون الحاجة قائمة كقيام الدين عليه . وهنا وضع المسئلة فيما اذا انفق من مال له او من صدقة تصدق بها عليه والحاجة
لا تبقى بعد مضي المدة وقد قررنا هذا فيما امليناه من شرح الجامع . قال وان كان الرجل غايبا وله مال حاضر فطلبت المراة النفقة
فان كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب . الا ترى ان من اقر بدين ثم غاب
قضى القاضي عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغايب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها النفقة لجواز ان يكون
اعطاها النفقة قبل ان يغيب فهي تلبس على القاضي لتاخذ ثانيا فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يجي الزوج
فيقيم البينة انه كان نقدها في نفقتها وهذا لان القاضي مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه . قال واذا حضر الزوج واثبت بالبينة
انه كان اوفاها او ارسل اليها بشي في حال غيبته امرها برد ما اخذت لانه ظهر عند القاضي انها اخذت بغير حق فللزوج الخيار

ان شا اخذها بذلك وان شا اتبع الكفيل فان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فارادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها
عندنا لما فيه من القضاء على الغايب بالبينة . وعن زفر انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال
يامرها بالاستدانة فان حضر الزوج واقر بالنكاح امره القاضي بقضاء الدين وان انكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد امرها
برد ما اخذت ولم يقض لها بشي مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب فيجيبها القاضي الى ذلك
ولكنا نقول قضا على الغايب لان دفع ماله اليها لتنفق على نفسها لا يكون فيما بعد القضاء عليه بالزوجية . قال وان احضرت غريما للزوج او مودعا
في يده مال الزوج وهو مقر بالمال والزوجية امره القاضي باداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغايب فان صاحب الدين اذا احضر غريما
او مودعا للغايب لم يامره بقضاء دينه منه وان كان مقرا بالمال والدين به لان القاضي انما يامر في حق الغايب بما يكون نظرا له وحفظ الملك بالانفاق
على زوجته من ماله حفظ ملكه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فيقع الفرق بينهما لهذا المعنى . قال وان جحد
المديون والمودع الزوجية بينهما او كون المال في يده لم تقبل بينتها على شي من ذلك اما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغايب حتى
اذا ثبت لها ترتب عليه حقها فيه . وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في امواله . واما الزوجية فقد كان ابو حنيفة رح يقول لا تقبل
على الزوجية لانها تدعي حقها فيما في يده من المال بسبب فكانت خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغايب
ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول ابي يوسف ومحمد رح لانها تثبت النكاح على الغايب والمودع والمديون ليس بخصم في اثبات النكاح عليه بالبينة
والاستعجال من القاضي بالنظر يكون له مال حاضر لم تفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لزفر رح لان هذا في قضاء على الغايب وقد بينا
وان كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا . قال ولا يبيع العروض في نفقتها اما عند ابي حنيفة رح فظاهر لان الزوج لو كان حاضرا
لم يبع القاضي عروضه في ذلك فاذا كان غايبا اولى . واما على قولهما انما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء
على الغايب . قال وينفق عليها من غلة الدار والعبد لان ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من ثياب ان كان له والنفقة من طعامه ان كان لانه من جنس حقها
ولها ان تاخذ من غير قضاء كما قال عم لهند خذي من مال ابي سفين ما يكفيك وولدك بالمعروف فلان يقضي لها القاضي بذلك كان اولى وياخذ منها
كفيلا بجميع ذلك نظرا منه للغايب فاذا رجع الزوج واقام البينة على وصول النفقة اليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما اخذت لانه التزم
بالكفالة وان لم يكن له بينة وحلفت على ذلك فلا شي على الكفيل وان نكلت عن اليمين لزمها وللزوج الخيار بين ان ياخذها بذلك وياخذ الكفيل لانه كفيل
بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها فلهذا الزم كفيلها والله اعلم

باب نفقة العبد

قال واذا كان للعبد او للمدبر او المكاتب امراة حرة قد بويت معه بيتا فانه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لان سبب وجوب النفقة الزوجية
وهي تتحقق في المملوك وهو تسليمها الى الزوج في منزله والحكم ينبني على السبب . الا ترى ان المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب
على الحر وما يجب على العبد من الديون اذا ظهر في حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه الا ان يفديه المولى ودين النفقة ظاهر في حق المولى لان سببه
وهو النكاح كان برضاه فاذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن ادائه بيع فيه ثم اذا اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع فيه ايضا وليس في شي
من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث . واما المدبر لا يمكن بيعه
في النفقة ولكن يومر بالسعاية فيه . وكذلك المكاتب لا يمكن بيعه مع قيام عقد المكاتبة فيه وانما يقضي بالنفقة في كسبه كما يقضي بساير ديونه من كسبه
واذا كان للعبد والمدبر ولد من امراته لم يكن عليهما نفقة الولد لانها ان كانت امة فالولد ملك لمولاها . ونفقة المملوك على المالك دون الاب
وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا يجب نفقة حر على المملوك بحال لان كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليس على المولى وكذلك لا يكون
في كسبهما . وكذلك المكاتب لا يجب في كسبه نفقة ولده ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وان كانت امراته مكاتبة معه لمولى واحد كاتبهما كتابة واحدة
فنفقة الولد على الام دون الاب لان الولد تابع للام في كتابتها . الا ترى ان كسب الولد يكون لها ولو جني عليه كان ارش الجناية لها وان مات الولد
وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها . وهذا بخلاف ما اذا وطي المكاتب امته فولدت فان نفقة ذلك الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته
حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه ايضا ليس للام من ذلك شي لانها امة ولو كان للام فالام له ايضا فلهذا كانت نفقته عليه ولانه جزء منه
فاذا تبعه في العقد كانت نفقته بمنزلة نفقة نفسه . قال ولو تزوج العبد والمكاتب والمدبر بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لان وجوب
النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير اذن المولى غير صحيح وان اعتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب عليه المهر
والنفقة في المستقبل . والمستسعى في بعض القيمة عند ابي حنيفة كالمكاتب . قال واذا كانت المدبرة والامة وام الولد تحت حر او عبد

فلا يجب عليها ما لم يبوئها بيتا لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوي ان كان دخل بها او لم يدخل بها لان بالدخول ما يوجد تسليم المعقود عليه معترض للبدل والنفقة ليست ببدل الا ترى انها تستحق النفقة وقد انعدم منها التسليم للمعقود عليه فعرفنا ان المعتبر في النفقة تفريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وان استخدمها مولاها واحتاج الى خدمتها فلا نفقة على الزوج ما دامت عند مولاها وان عادت اليها وبوأها معه بيتا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت اليه • يوضحه ان الامة محبوسة عند مولاها لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة في الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين اذا كان الزوج ممنوعا عنها فاذا قضت الدين وعادت الى بيت الزوج كان لها النفقة وان كان لها منه ولد فلا نفقة عليه للولد لان الولد لا امة مملوك لمولاها فنفقته تكون على مالكه وان كانت المراة مكاتبة وقد بوأها معه او لم يبوئها فهو سواء ولها النفقة لان المكاتبة في يد نفسها كالحرة وليس لمولاها ان يستخدمها فكانت هي كالحرة في استحقاق النفقة على الزوج اذا لم تحبس نفسها منه ظالمة

باب نفقة أهل الذمة

قال ويفرض على الذمي نفقة امراته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كفاية مشروعة للحاجة وسببها وهو الزوجية يتحقق فيما بين اهل الذمة كما يتحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نكاح فطلبت نفقتها منه من قبل النكاح فرض لها من ذلك عليه كما في النكاح الصحيح في قول ابي حنيفة على ما بينا من اصله ان لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ويرفع احدهما الامر اليه يفرق القاضي بينهما فلا يقضي لها بالنفقة ولا خلاف في النكاح بغير شهود ان القاضي يقضي لها بالنفقة لان النكاح بغير شهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حقوق الشرع وهم لا يخاطبون بذلك • الا ترى انهم يقرون عليه بعد الاسلام • قال واذا اسلم الذمي وامراته من غير اهل الكتاب فابت الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وهي عاصية في ذلك وهو اباء الاسلام بعدما عرض عليها ولهذا لا مهر لها اذا كان قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق او بغير حق فليس لها نفقة العدة اذا كان بعد الدخول ايضا الا ان في المهر اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق او بغير حق لان سقوط المهر بفوتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين • فاما سقوط النفقة باعتبار حبسها نفسها بغير حق تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها بمنزلة النفقة حال قيام النكاح • وهنا لو حبست نفسها ظالمة كانت ناشزة لم يكن لها النفقة وان حبست نفسها لاستيفاء صداقها فكذلك في نفقة العدة اذا كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تكن عاصية في ذلك فلها نفقة العدة • قال وان كانت المراة هي التي اسلمت وابى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى ما دامت في العدة اذا جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباء الاسلام وذلك منه تفويت للامساك بالمعروف فيتعين التسريح بالاحسان • والاحسان في التسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها قال واذا خرج احد الحربيين مسلما ثم خرج الاخر بعده فلا نفقة عليه لها • قال لان العصمة انقطعت فيما بينهما بخروج احدهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة • ولهذا لا تجب العدة من نكاح فاسد او وطء بشبهة ولا في عدة ام الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح • ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية • وان كانت المراة هي التي خرجت فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه

باب النفقة في الطلاق

قال ولكل مطلقة بواحدة او بثلاث السكنى والنفقة ما دامت في العدة • اما المطلقة الرجعية فلانها منكوحة له كما كانت من قبل • وانما اشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة ايضا وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها او علق طلاقها بمضي شهر واما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا • وعلى قول الشافعي رحمه الله لها السكنى ولا نفقة لها ايضا الا ان تكون حاملا • وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله لا نفقة للمبتوتة ايضا • واستدلوا في ذلك بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى الا ان في صحة هذا الحديث كلام كثير فان زوج فاطمة اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه كان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء كان في يده • وعن عايشة

وعن عايشة رض قالت تلك امراة فتنت العالم تريد روايتها هذا الحديث • وقال عمر بن الخطاب رض لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امراة لا ندري اصدقت ام كذبت احفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة • وتاويله ان ثبت من وجهين • احدهما ان زوجها كان غائبا فانه خرج الى اليمن ووكل اخاه بان ينفق عليها عشر لشعير فابت هي ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشيء اخر • والثاني انها كانت بذية اللسان على ما روي انها كانت تؤذي احماءها حتى اخرجوها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ابن ام مكتوم رض فظنت انه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى فكذلك النفقة فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية وقال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم فعلماؤنا رحمهم الله قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح وهذه العدة حق من حقوق النكاح فكما بقي باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك العين يثبت بسبب ملك اليد • الا ترى ان نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لما فيه ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فاما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن اصل الشافعي ان تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط • وعندنا تعليق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعلة اخرى • الا ترى ان من قال لعبده انت حر اذا جاء راس الشهر ثم قال انت حر غدا يبقى ذلك التعليق صحيحا حتى لو ازاله من ملكه اليوم بعد مضي الغد ثم اعاده ثم جاء راس الشهر يعتق ولو بقي في ملكه الى الغد يعتق ايضا وقد قال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لا بد ان تكون مسموعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على ان النفقة تكون مستحقة لها بسبب العدة وان قوله وان كن اولات حمل لازالة الاشكال كان يعني فان مدة الحمل تطول عادة وكان يشكل انها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طالت فازال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل انه لا يجب على مال الولد وان كان له مال او وصي له به وان كان لا يتعدد بتعدد الولد وانها اذا كانت امة فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وان المنكوحة اذا حبلت لا يتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة اذا حبلت فاذا ثبت ان النفقة لها قلنا لا بد من استحقاق النفقة بينها وبين الزوج ولا سبب لذلك سوى العدة • والحائل والحامل في هذا السبب سواء ولا تخرج من بيتها ليلا ولا نهارا لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة • قال ابراهيم رح خروجها من بيتها فاحشة ولانها مكفية المؤنة لا حاجة لها الى الخروج ليلا ولا نهارا بخلاف المتوفى عنها زوجها فانه لا نفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج الى ان تخرج بالنهار في حوائجها • والثابتة بالخلع والايلاء واللعان وردة الزوج ان كانت مستحقة للنفقة في اصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة فان اشترط الزوج في الخلع ان لا سكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكنى ولا نفقة عليه لان خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل ولان النفقة حقها واسقاط حق نفسها صحيح فاما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو من حق الشرع باطل • الا ترى ان اسقاطها لما زاد على العشرة عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو ابرأت زوجها عن مؤنة السكنى ورضيت ان تكون في بيت نفسها او يلزمها مؤنة السكنى من مالها كان صحيحا لان ذلك حقها • قال واذا طلق امراته طلاقا بائنا وهي امة وقد كان بوأها معه بيتا فعلى الزوج النفقة لانها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح اذا شغلها بخدمته فان اعادها الى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام النكاح فاما اذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت الى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عندنا • وعلى قول زفر لها النفقة كما لو كان استخدامها اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة لعارض فاذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن الا ترى ان الحرة اذا كانت ناشزة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت الى بيته كان لها نفقة العدة لهذا المعنى • وحجتنا في ذلك ان العدة يبقى ما كان ثابتا فلا يثبت ما لم يكن ثابتا لان الثبوت ابتداء يستدعي قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فاذا كانت في بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة وان عرض بعد ذلك مسقط ثم زال صار كان لم مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة في العدة كان هذا اثبات النفقة لها ابتداء في العدة وذلك لا يكون وهذا المعنى وهو ان المقصود من التبوئة ان تتفرغ للقيام بمصالح الزوج والقياس في الناشزة هكذا • ولكنا استحسنا هنا لان الحرة مستحقة في اصل النكاح

والعارض المسقط عند الفرقة وبعدها في حقها سواء اذا زال صار كأن لم يكن بخلاف الامة وان جاءت الفرقة من قبل المعصية كالردة ومطاوعة ابن الزوج على الجماع وما اشبه ذلك لا نفقة لها ان اصرت على ذلك وان رجعت وتابت من الردة اما السكنى فوجب لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فيسقط بمجئ الفرقة من قبلها بمعصية . قال وان كانت امة بوأها المولى بيتا فعتقت فاختارت نفسها فلها النفقة في العدة لان اختيارها كان بسبب حق مستحق لها . قال واذا لم تخاصم المعتقة في نفقتها حتى انقضت عدتها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح اذا حبست نفسها بحق فكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها فلا نفقة لها وكذلك التي طلقها زوجها لان نفقة العدة لا تكون اوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير دينا بمضي المدة قبل الفرض ولا يكون لها ان تطالبه بعد زوال النكاح فنفقة العدة اولى . وهذا لان السبب مال لا يبدو المستحق هنا الا بسبب في حكم العلة فلا بد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة . الا ترى ان الذمي اذا اسلم وعليه خراج راسه لم يطالب به بعد زوال السبب فقبل الاستيفاء هنا مثله . قال وان كان الزوج غائبا واستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح سواء وقد بينا هناك ان على قول ابي حنيفة الاول استدانتها على الزوج صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شيء فكذلك في حكم نفقة العدة . قال واذا تطاولت العدة بالمراة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي العدة بالحيض او بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق ببقاء السبب طالت المدة او قصرت . الا ترى انه في الطلاق الرجعي يستوي بين ان تطول مدة الحيض او تقصر . والاصل فيه حديث علقمة رضي الله عنه انه طلق امراته فارتفع حيضها سبعة عشر شهرا ثم ماتت فورثه منها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك . قال وان اختلفا في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما في رحمها لا يعلمه غيرها فيكون امينة فيه مقبولة القول هكذا قال ابي بن كعب رضي الله عنه من الامانة ان تؤتمن المراة على ما في رحمها ولانها متمسكة بالاصل والاصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتا لها فيبقى ما لم يظهر انقضاء العدة ويقول الزوج ذلك لا نطلع في حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان اقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان الثابت باقرارها بالبينة كالثابت بالمعاينة . قال واذا جامعت ابن زوجها مطاوعة في عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول يجب شيئا فشيئا فكما انها لو طاوعت ابن الزوج في حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك اذا فعلت ذلك في العدة . ولكنا نقول لا اثر لفعلها هنا في الفرقة فان الفرقة هنا وقعت قبل فعلها ولا تاثير لهذا الفعل في اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما اذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هنالك وقعت بفعلها وهي عاصية في ذلك فاما اذا ارتدت في العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة في حال قيام النكاح فكذلك اذا ارتدت سقطت لا تستوجب النفقة في العدة وان تابت رجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بردتها فانه هنالك لا نفقة لها وان تابت لان اصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى اذا جاءت مسلمة او تائبة او سبيت فاعتقت او لم تعتق فلا نفقة لها لان استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة . قال ولو ان مستامنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمية العدة . وقد بينا فيه سنة الروايتين على قول ابي حنيفة رحمه الله في وجوب العدة عليها بقول النفقة لما كانت مستحقة في حال قيام النكاح لها فيبقى ببقاء العدة ولا يشبه هذا الذمي اذا له ابوان حربيان دخلا بامان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا في دارنا صورة فهما من اهل الحرب متمكنان من الرجوع الى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة فلا يثبت استحقاق الصلة للحربي على من هو في دارنا لان هذه الصلة للابقاء وهو من اهل دار الحرب فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لا تجب نفقتها على الذمي لا تجب على المسلم بطريق الاولى . قال وان كان للمسلم ابن ذمي معسر فعلى القياس لا نفقة له عليه لاختلاف الدينين . الا ترى ان التوارث بينهما منقطع فكذلك استحقاق النفقة وهو نظير سائر الاقارب حيث لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين . ولكنا نستحسن في حق الاب الذمي والام لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين لقوله وان جاهداك على ان تشرك بي وليس من المصاحبة بالمعروف ان يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة في الوالدين والمولودين بسبب الولادة متحقق مع اختلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هناك بسبب الوراثة . قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه . الا ترى ان حكم العتق عند دخوله في ملكه وحرمة الرجوع في الهبة لما تعلق بالرحم مع المحرمية شرعا لم يختلف ذلك باختلاف الدين . قال رجل اعتق ام ولده فلا نفقة لها في العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق منافي للملك وما عليها من العدة نظير العدة من نكاح فاسد او وطء بشبهة الا انه لا يختلف بالحيوة والوفاة وبمثل هذه العدة لا تستحق النفقة

قال واذا اقر الرجل ان نكاح امراته عليه حرام وقد دخل بها فرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة . قال والتي زوجها عمها اذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة ما دامت في العدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك اذا فرق القاضي بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة لان اصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به اذا مات احدهما والفرقة اذا جاءت بسبب حق مستحق لا تسقط به نفقتها . قال واذا فرض القاضي للمراة على زوجها النفقة فاعطاها فسرقت منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة اخرى ما لم يمض الوقت لانها قد استوفت حق نفسها فدخل المستوفى في ضمانها كما اذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعد ذلك عليها دون الزوج ولو ارسل بها اليها فقال الرسول قد اعطيتها اياها وجحدت هي كان القول قولها مع يمينها لان رسول الزوج امينه فدعواه انه اعطاها كدعوى الزوج ولو قال الزوج اعطيتها نفقتها وانكرت هي الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك اذا ادعى الرسول انه اعطاها ولو اقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضي المدة ففي حق الزوج من الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولا فرق بين ان تكون المقبوض عينه قائما او مستهلكا على القولين جميعا والله اعلم

باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

اعلم بان الصغار لما بهم من العجز عن النظر لانفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رايهم مع الشفقة والتصرف يستدعي قوة الراي وجعل حق الحضانة الى الامهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر ان الام احنى واشفق من الاب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحمله الاب . وفي تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد . والاصل فيه حديث عمرو رضي الله عنه عن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وان هذا يريد ان ينتزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تتزوجي ولما خاصم عمر ام عاصم بين يدي ابي بكر رضي الله عنه لينتزع عاصما منها قال ابو بكر رضي الله عنه ريحها خير له من شهد وعسل عندك . وفي رواية ريقها خير له يا عمر فدعه عندها حتى يشب وفي رواية دعه فريح لعابها خير له من شهد وعسل عندك . اذا عرفنا هذا فنقول اذا فارق الرجل امراته ولهما ولد فالام احق بالولد ان يكون عندها حتى يستغني عنها ان كان غلاما حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده . وفي نوادر داود بن رشيد ويستنجي وحده وان كانت جارية فهي احق بها حتى تحيض وكان القياس ان يستوي الغلام والجارية في ذلك وانا استحسنا يكون الاب احق بها لان للام حق الحضانة وذلك ينتهي اذا استغنيا عن ذلك . والحاجة الى الحفظ بعد ذلك والاب اقدر على الحفظ فان المراة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج الى من يحفظها عليها فالنساء لحم على وضم الا ما ذب عنه فكيف تقدر على حفظ غيرها . ولكنا تركنا القياس وقلنا الجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت الى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك اقدر فاذا دفعت الى الاب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحياء في النساء زينة وانما يبقى ذلك اذا كانت لديها فكانت احق بها حتى تحيض فاذا بلغت احتاجت الى التزويج وولاية التزويج الى الاب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس من النساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك . وفي رواية هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها للمعنى الذي اشرنا اليه وهو قوة غيرة الرجال فان الام ربما تخدع فتقع في فتنة ولا تشعر الام بذلك ويؤمن ذلك على الاب فاما الغلام فاذا استغنى فقد احتاج الى ان يتعلم اعمال الرجال والاب على ذلك اقدر واحتاج الى من يثقفه ويؤدبه والاب هو الذي يقوى على ذلك وصحبة الرجال مفسدة للنساء فاذا ترك عندها يتكسر لسانه ويميل طبعه الى طبع النساء فربما يجيء مخنثا فلهذا يدفع اليه بعد ذلك وهذا مذهبنا فاما عند الشافعي رحمه الله يخير بين الابوين فيدفع الى من اختار الغلام صحبته لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عم خير غلاما بين الابوين . لكنا نقول في هذا بناء الالزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي في العادة يختار من لا يضره لانه يختار من لا يؤذيه ولا يمنعه شهوته والذي روي من الاثر فقد دعا رسول الله عم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فببركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو الانفع له ولا يوجد مثله في غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح فانه لا يستوجب الاجر على الرضاع للولد ان استاجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها دينا وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها دينا ولا دينا وكان النفقة بعد الفطام على الاب لا يشاركه احد فيها باعتبار ان الولد جزؤه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بالقليل ترضعه المراة ولم تاخذ المراة بذلك استاجر لغيرها يرضعه . قال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج بالتحكم عليه وطلب الزيادة الا ان ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهي احق به لانها

اشفق على الولد من الظئر ولبنها اوفق به والاب في هذا الموضع قاصد الى الاحتراز والتخيير عن رضى بدفع مقدار الى الظئر ولا يرضى بدفع مثل ذلك الى الام فان لم يكن وقعت بينهما فرقة فلا اجر لها على الرضاع وان ابت ان ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس الى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به تدينا ولا تجبر عليه في الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز وكذلك ارضاع الولد قال وان لم يكن للصبي اب وكان له عم وام فالرضاع عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك هذا اعتبر صفة الوراثة في حق غير الاب فدل ذلك على ان يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن بعد ان يكون ذي الرحم المحرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رض وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تتخلف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رح قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وذلك فيما يحتاج اليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الام لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن قال في ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسرا فلهذا كان عليهما اثلاثا والام احق ان يكون عندها حتى يبلغ ما وصفنا فان كان العم فقيرا والام غنية فالرضاع والنفقة على الام لان النفقة على العم مستحق في ماله لا في كسبه على ما لا نبينه في نفقة ذوي الارحام والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شيء من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له ام واخ لاب وام وعم وهم اغنياء فالرضاع على الام والاخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شيء من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الاخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق ان يكون الغنم له اذا مات الولد ◦ والحاصل ان بعد الاب النفقة على كل ذي رحم محرم اذا كانوا اغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم فقيرا لم يجبر على النفقة فان تطوع بشيء فهو فضل احدثه فان كانت الام فقيرة وللولد عمة وخالة غنيتان فالنفقة عليهما اثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمة والخالة اثلاثا فكذلك النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان كان ابن العم ليس بذي الرحم المحرم فلا شيء عليه من النفقة بل يجعل هو في حق النفقة كالمعدوم فتكون النفقة على العمة والخالة اثلاثا وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذي رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له ◦ الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب ◦ قال ويؤمر الموسر والوسط لو لزم اذا كانوا اكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم خادم ما يقومان في خدمتهم لان هذا من جملة حاجتهم فيكون على الاب كالنفقة والكسوة الا ان المعتبر عاجز عن التكليف بحسب الوسع فاما الموسر والوسط الحال نقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية ◦ قال فان تزوجت الام فللاب ان ياخذ الولد منها لقوله عم ما لم تتزوجي فانما جعل الحق لها الى ان تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفا والمذلة من زوج الام فكذلك لا يرضى بذلك فياخذه منها ◦ قال والام الام في ذلك بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهي ام بعد الام فهي اولى من ام الاب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ويستوي ان كانت الام مسلمة او كافرة او مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى قال مشايخنا من يقول اذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت او غلاما لانه مسلم باسلام الابوين فانها تعلمه الكفر فلا يؤمن الفتنة اذا تركت عندها فلهذا يؤخذ منها فان كان لام الام زوج اجنبي نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهي احق به لان حق الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الاذى والجفا من جهته وان كان اجنبيا فلا حق لها في الولد كالام اذا تزوجت اجنبيا ◦ قال وام الاب بعدها احق بهم عندنا وقال زفر الاخت من الاب والام او الخالة احق من الجدة ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب ومن ثمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ◦ ولكنا نقول ام في نفسها كام الام والام مقدمة على غيرها في الحضانة ثم اصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت ام الاب احق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها اجنبيا او كانت هي ميتة فحق الحضانة الى الاخوات والاخت لاب وام اولى من الاخت لام وعلى قول زفر هما مستويان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء في ذلك ◦ ولكنا نقول قرابة الاخت لاب وام من جهتين والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون اشفق وكان به احق ويجوز ان يقع الترجيح بما لا يكون عليه الاستحقاق ◦ الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة ثم الاخت لام لا تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضانة بقرابة الام وهي تدلي بقرابة الام والاخرى انما تدلي بقرابة الاب ثم بعدها الاخت لام ◦ قال في كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة اولى من الاخت لاب فهي رواية كتاب النكاح اعتبر القرابة والاخت لاب اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد ◦ وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به فقال الخالة تدلي بالام والاخت لاب تدلي بالاب والام في حق الحضانة يقدم على الاب

فكذلك من يدلي بقرابة الام يدلي على من يكون مقدما على من يدلي بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بنات الاخوات على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوات وبنات الاخوات في الحضانة احق من بنات الاخوة لم يكن له حق في الحضانة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة لاب وام ثم بعدها الخالة لام ثم بعدها الخالة لاب ◦ والدليل على ثبوت حق الحضانة للخالات ما روي ان عليا رض وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم اختصموا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابنة حمزة فقال علي رض بنت عمي فانا احق بها ◦ وقال جعفر ابنة عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة ابنة اخي آخيت بيني وبينه يا رسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر رض فقال الخالة ام والترتيب في الخالات على قياس الترتيب في الاخوات وهن احق بالحضانة من العمات لان الخالة تدلي بالام والعمة تدلي بالاب واستحقاق الحضانة بقرابة الام فلهذا قدمنا الخالة في ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات والتي من الاب والام تقدم ثم التي بعدها من الام ثم التي من الاب على قياس الخالات وابنة الاخ اولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلي بمن لا حق له في الحضانة ولكن ابنة الاخ اقرب والخالة اولى من ابنة الاخ لان الخالة تدلي بمن لها حق الحضانة ولكن ابنة الاخ اقرب والخالة اولى من ابنة الاخ لان الخالة تدلي بمن لها حق في الحضانة وهي الام وابنة الاخ تدلي بمن ليس له حق في الحضانة فكانت الخالة احق ◦ قال وليس لمن سوى الام والجدتين حق في الولد اذا اكل وشرب وحده ولبس وحده جارية كانت او غلاما لان ترك الجارية عند الام والجدتين لتعليم اعمال داخل البيت وانما يتاتى بالاستخدام وللام والجدتين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا حق الاستخدام ولا يحصل مقصود تعليم الاعمال الا بذلك فلهذا اخذ منهن ثم بعدما استغنى وحاضت الجارية عند الام والجدتين واستغنت عند غيرهن فالاب احق بالولد ثم بعده الجد لاب ثم الاخ من الاب والام ثم الاخ من الاب لان ولاية الضم الى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن كان مقدما في العصوبة من ذي الرحم المحرم اولى بذلك فلهذا لا يكون له ان يضمها وان كان له ولاية التزويج له بالعصوبة ◦ قال واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى اعينهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه فان كانوا في ذلك سواء فاكبرهم احق لقوله عم الكبر الكبر ولان حق الكبير استرجح ثبوتا عند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد الاخوة ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس له ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة او لدفع العار عن نفسه فانه يتعير بفساد ولده فاما الجارية اذا كانت بكرا فللاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فيكون سرعة الانخداع فاما اذا كانت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى لانها قد اختبرت وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقي حق الضم في البكر لانها عرضة للفتنة والانخداع وذلك غير موجود في الثيب ◦ والاصل فيه ما روي عن النبي عم ليس للولي مع الثيب امر وقال عم الثيب احق بنفسها من وليها يعني في التفرد بالسكنى ولكن هذا اذا كانت مامونة عليها ◦ وقد ذكر في كتاب الطلاق ان الثيب اذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق فللاب ان يضمها الى نفسه لنفي الخوف وقد بينا ان ولاية الضم في البكر لكونها مخوفا عليها فاذا وجد ذلك في حق الثيب كان له ان يضمها الى نفسه ◦ واما البكر اذا لم يكن لها اب ولا جد وكان لها اخ او عم فله ان يضمها اليه ايضا لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبلغ شفقته شفقة الاب فهو بمنزلته في ولاية التزويج بنت العم والاخ بعد الاب والجد وان كان اخوها او عمها لم يخل بينها ولان ضمها اليه لدفع الفتنة فاذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها اليه بل يجعل هو كالمعدوم فيكون ولاية النظر بعد ذلك للقاضي ينظر امراة من المسلمين ثقة فيضعها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر فيما لها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رايها وعقلها واخوها او عمها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث شاءت في مكان لا تخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رايها وعقلها قال وام الولد اذا اعتقها مولاها فالولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق باعتبار شفقتها على الولد وذلك موجود في حق ام الولد بل شفقتهن على اولادهن اظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا ان قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلي نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك حق الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق وكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصلية ◦ قال والامة اذا فارقها زوجها فان الولد يدفع لمولى الامة باجماع المولى فهو اولى بهم من الاب لان الولد يتبع الام في الملك والمملوك مالكه احق به من غيره وكذلك اذا كان الزوج حرا لم يبق رقابه فالمولى اولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي ان يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة

باب متاع البيت

وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والفرش والسنور فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله إن كانا حيين أو أحدهما وإن وقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان • وقال محمد ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا • وقال أبو يوسف يعطى للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحسن ذلك • وقال ابن أبي ليلى ما يصلح للرجال فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها • وقال زفر رحمه الله المتاع بينهما نصفان إذا لم يقم لواحد منهما بينة وعلى قول مالك والليث وأحد قولي الشافعي رحمه الله في قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الرجل فالمتاع له لأن يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره ولأن المرأة ساكنة البيت • ألا ترى أنه صاحب البيت فإن المنزل يضاف إليه ولهذا لو تنازع رجلان في امرأة وهي في بيت أحدهما فإن أقاما البينة كان بينة صاحب اليد أولى ويكون هذا بمنزلة الأجير مع المستأجر إذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للأجير إلا ما عليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان استويا في سبب الاستحقاق لأنهما ساكنان في البيت فالبيت مع ما فيه يكون في أيديهما ولا معتبر في الدعوى والخصومات بالبينة • ألا ترى أن إسكافا وعطارا لو تنازعا في آلات الأساكفة وآلات العطارين وهو في أيديهما قضي بينهما نصفين ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لأن الإنسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول المشكل بينهما نقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث إن الظاهر هو الذي اتخذ لاستعماله فيترجح به كما تنازع صاحب الدار مع ساكن في لوح مصوغ في الدار ونقشه مشبه نقش الألواح التي في السقف وموضعه في السقف ظاهر فإن القول قول صاحب الدار لأجل شهادة الظاهر له فإن لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الأمتعة فأما في المشكل فلا ترجيح لواحد منهما فيجب التسوية في الاستحقاق فيكون بينهما نصفين • وأما أبو يوسف رحمه الله يقول القياس أن يكون الكل للزوج لأنها في يده وفي يد الزوج إلا أن الظاهر أنها لا تزف إلى بيت زوجها إلا مع جهاز مثلها ترك القياس للعرف الظاهر وجعل ذلك لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذي قلنا وأبو حنيفة يقول ما يصلح للرجال فهو في يده من حيث الاستعمال للرجل وما يصلح للنساء فهو في يده من حيث الاستعمال لها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل وكان يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فلا يترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فهذا كان نهي مع المتاع في يده • وأما بعد موت أحدهما قال محمد رحمه الله ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته • وقال أبو حنيفة رحمه الله يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذلك يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد بنفسه ويد الوارث قائم مقام مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والجبة المحشوة وجبة الخز والخز والبرد فهو للرجل إذا كانت ذات لبنة لأن هذا مما يستعمله الرجال دون النساء والمستقة والتكة المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وإن كان أحد الزوجين حرا والآخر مملوكا أو مكاتبا فالمتاع للحر منهما أيهما كان في قول أبي حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد هذا وما لو كانا حرين على ما بينا في الفصل الأول من قول كل واحد منهما وإنما نص على هذا الخلاف في الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لأن له يدا معتبرة • ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك في متاع في أيديهما كان بينهما نصفان ولا يترجح يد الحر بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول يد الحر أقوى فإنه يد ملك ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية يوضحه أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنه يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وإن كان أحدهما كافرا والآخر مسلما فالمسلم والكافر في ذلك سواء لأنهما يستويان في أن يد كل واحد منهما يد نفسه وهو يد ملك فيستويان في الاستحقاق ويستوي إن وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأي وجه وقعت بينهما سواء

كانت

كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة فإن كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرفنا أنه كان في البيت قبل أن يعتق فهو للرجل عند أبي حنيفة ما لو وقعت المنازعة في ذلك قبل عتقها وما أخذنا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لأن بعد العتق يستويان فيستوي يد الرجل بما أخذ بعد العتق • قال فإن كانت له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فإن كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن في سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وهو اليد بسببه وإن كان كل واحدة منهن في بيت فما في بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لأنه لكل واحدة منهن فيما في بيتها ولا تستحق شيئا من ذلك إلا بحجة • قال وإذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لأن الشراء موجب الملك وقد أقرت له بسبب الملك هذا السبب ولأنها أقرت به كالمعاين ولو علمناه اشترى شيئا كان ذلك مملوكا له فكذلك إذا أقرت هي بشرائه • قال وإذا مات الرجل فقال الورثة للمرأة قد كان طلقك في حياته ثلاثا ولو أرادوا أن يأخذوا منه المشكل لم يصدقوا على ذلك وهذا التفريع عند أبي حنيفة فإنه يقول إذا وقعت الفرقة بالطلاق ففي المشكل القول قول الباقي منهما ثم هنا الورثة يدعون طلاقا لم يظهر سببه فلا يقبل قولهم في ذلك إلا بحجة • ألا ترى أنهم لو أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم يقبل قولهم في ذلك وكان القول قولها بعدما تحلف بالله أنه ما تعلم أنه طلقها لأنها لو أقرت بالطلاق لزمها فإذا أنكرت حلفت عليه • ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فإن علم أنه طلقها في صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد انقضاء العدة ففي المشكل القول قول ورثة الزوج لأنها صارت أجنبية بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما في المشكل بعد الطلاق كان القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وإن مات قبل أن تنقضي العدة فهو للمرأة لأن الطلاق في المرض لا يجعلها أجنبية ما لم تنقض عدتها • ألا ترى أنها ترثه بالزوجية إذا مات وكان هذا وما لو وقعت الفرقة بينهما بالموت سواء فلهذا كان القول في المشكل قولها وإن كانا مملوكين أو مكاتبين وكافرين فالقول في المتاع على ما وصفنا في الحرين المسلمين لأن هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك يستوي بالأحرار المسلمين كما في سائر الخصومات

باب القسمة بين النساء

اعلم بأن الزوج مأمور بالعدل في القسمة فيما بين الزوجات وذلك ثابت بالكتاب والسنة • أما الكتاب فقوله تعالى فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة إلى قوله ذلك أدنى ألا تعولوا معناه أن لا تجوروا • وذكر الشافعي رحمه الله في أحكام القرآن أن معناه أن لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف رحمهم الله فالمنقول منهم أن لا تميلوا وقع خطأ من حيث اللغة فإنه لو كان المراد كثرة العيال لكان يقول أن لا تعيلوا يقال عال الرجل إذا مال وأعال إذا صار معيلا ومن حيث المعنى كذلك أيضا غلط فإنه أمر بالاكتفاء بالواحدة واتخاذ ما من ملك اليمين عند خوف الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل في ملك اليمين كما يحصل في ملك النكاح وإنما ينعدم في ملك اليمين استحقاق التسوية في القسمة • وأما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يعدل بين نسائه ويقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة المحبة لبعضهن • وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال من كانت له زوجتان فمال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولأن النساء رعايا • ألا ترى أنه يحفظهن وينفق عليهن وكل راع مأمور عن رعيته وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته • إذا عرفنا هذا فنقول إذا كان للرجل الحر والمملوك امرأتان فإنه يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة وإن شاء أن يجعل لكل واحدة منهما ثلاثا فعل لأن المستحق عليه التسوية فأما في مقدار الدور فالاختيار إليه ومعنى التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لأن ذلك يبتني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة بالقلب وروي عن الأشعث بن الحكم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأم سلمة رضي الله عنها حين دخل بها إن شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد في بعض الروايات إن شئت ثلثت لك ودرت لهن ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا رحمهم الله فقالوا الجديدة والقديمة في ذلك سواء بكرا كانت الجديدة أم ثيبا • وقال الشافعي إن كانت بكرا يفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيبا فثلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال تفضل البكر بسبع ليال وإن كانت ثيبا فثلاث ليال ولأن القديمة قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن تزيل عنها ذلك بتخصيص الصحبة لتستوي بالقديمة في الألف ثم المساواة بعد ذلك فإذا كانت بكرا ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال وإن كانت ثيبا فقد صحبت الرجال وإنما تحتاج إلى صحبة خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية اجتماعهما في نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحديهما لكانت القديمة أولى بذلك لأن الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فإن ذلك يغيظها عادة • ولأن للقديمة زيادة حرمة

بسبب الجديدة كما بينا الكل حديثان ولكل قديم حرمة. واما الحديث المراد بالتفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة
ان شئت سبعت لك وسبعت لهن. وقوله ان سبعت لك ثم ردت اي حرمة مثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج ان يبدأ
بالجديدة لما له في ذلك من اللذة ولكن بعد ان يستوي بينهما. قال والمسلمة والكافرة والمجنونة والبالغة في استحقاق القسم سواء لمساواتهن
في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا ينبغي ان يقيم عند احديهن اكثر مما يقيم عند الاخرى الا ان ياذن له في ذلك لما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم استاذن نسائه في مرضه ان يكون في بيت عائشة رض فاذن له في ذلك فكان في بيتها حتى قبض صلى الله عليه وسلم ففي هذا دليل
ان الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبي عم في اول مرضه كان يكون عند كل واحدة منهن ثم لما شق ذلك عليه استاذنهن في ان يكون
عند عائشة رض فدل ذلك على ان الصحيح والمريض سواء وان عند الاذن له ان يقيم عند احديهن فاما الامة والمكاتبة والمدبرة وام الولد
تكون زوجة الرجل فيتزوج عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم لحديث علي رض على ما روينا. قال وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتبة والمدبرة وام الولد قائم. قال وان سافر الرجل
مع احدى امراتيه بحج او غيره فلما قدم طالبته الثانية بان يكون عندها مثل المدة التي كانت الاخرى التي كان بها في السفر لم يكن لها ذلك فلم يحتسب
عليه بايام سفره مع التي كانت معه ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين. احدهما انه ان سافر باحديهما من غير
اقراع بينهما عندنا وعند الشافعي ليس له ذلك الا ان يقرع بينهما لحديث عائشة رض ان النبي عم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه
قالت عائشة رض واصابتني القرعة في السفرة التي اصابني فيها ما اصابني. وحجتنا في ذلك انه لا حق للمراة من القسم عند سفر الزوج
الا ترى ان له ان يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن في حال السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه
تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك يستحب للزوج ثم اذا اراد ان يسافر ببعضهن ليس للباقين بعد الرجوع الا
عليه بتلك المدة عندنا. وقال الشافعي ان سافر بغير الاقراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على اصله ان الاقراع مستحق عليه
فاذا لم يفعل ذلك كان زمان سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل. ولكنا نقول وجوب التسوية
وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا انه لا حق للمراة في القسم في حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما انه
الا ترى انه في حال الحضر لا فرق بين ان تكون البداية باقراع او بغير اقراع فكذلك في السفر. قال ولو اقام عند احديهما شهرا ثم خاصمته
الاخرى في ذلك قضي عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه هو فيه اثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما
فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شيء وانما الواجب عليه العدل في القسمة. الا ترى ان ما مضى قبل نكاح احديهما لا يعتبر في حق التي
حدث نكاحها فكذلك ما مضى قبل طلبها قال فان عاد الى الجور بعد ما نهاه القاضي اوجعه عقوبة لانه اساء الادب فيما صنع وارتكب ما هو محرم
عليه وهو الجور فيعزر في ذلك ويؤمر بالعدل. قال عند الرجل امراة قد خلت في سنها اي كبرت فاراد ان يستبدل بها شابة فطلبت
ان يمسكها ويتزوج بالاخرى ويقيم عند التي تزوج اياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزا لا باس به لقوله تعالى
وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما الاية. قال علي رض نزلت هذه الاية في هذا وبلغنا عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة حين طعنت في السن اعتدي فسالته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة
رض فجعل يخص يوم القسمة مع ازواجه صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن. قال ولا باس بان يقيم الرجل عند احدى امراتيه اكثر
مما يقيم عند الاخرى اذا اذنت له لما روينا من الحديث في مقامه عم في بيت عائشة رض باذنهن ولقول ابن عباس في قوله تعالى
ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الاية قال هذا في الحب فاما في القسم فينبغي ان يعدل ولا يفضل احديهما الا باذن الاخرى
وعن ابن عباس رض في قوله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا مثل قول علي رض وكان المعنى فيه ان التي وهبت اسقطت حق نفسها
وهي اهل ان تسقط حقها الا ان هذا الرضى ليس بلازم اياها شيئا حتى اذا ارادت ان ترجع وتطالب بالعدل في القسم فلها ذلك
قال واذا اقام عند امراته الامة يوما ثم اعتقت لم يقم عند الاخرى الا يوما واحدا لان المعتقة استوت بالحرة في السبب
فعليه مراعاة التسوية بينهما في القسم ويجعل حريتها قبل انتهاء النوبة بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو اقام عند الحرة
يوما ثم اعتقت تحول عنها الى المعتقة لانها قد استوت بها فلا يسع له ان يفضل الحرة بشيء بعد ما استوت المعتقة بها. قال
وبلغنا عن عمر رض انه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال ارى لها احدى نسائه الاربع لهن ثلثة ايام ولياليها ولها يوم وليلة
وقصة هذا الحديث ان امراة جاءت الى عمر رض وقالت زوجي يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فاعادت كلامها
مرارا في كل ذلك يجيبها عمر رض بهذا فقال كعب بن سور يا امير المؤمنين انها تشكو من زوجها هجره من صحبتها فتعجب عمر رض من فطنته

وقال

وقال اقض بينهما فقضى رض بما ذكرنا فولاه عمر رض قضاء البصرة ثم في ظاهر الرواية لا يتعين حقها في يوم وليلة من كل اربع ليال
ولكن يؤمر الزوج ان يراعي حقها ويبيت معها احيانا. وروى الحسن عن ابي حنيفة قال اذا كان للرجل امراة واحدة فاشتغل
عنها بالصيام او بالقيام او بصحبة الاماء فخاصمته في ذلك قضى القاضي بليلة من كل اربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج
ان يسقط حقها عن ثلث ليال بان يتزوج ثلثا سواها وليس له ان يسقط حقها اكثر من ذلك. ووجه ظاهر الرواية ان القسمة
والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن في نكاحه الا واحدة ارايت لو كان تحته اربع نسوة اكان يستحق عليه
يوم وليلة من اربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام ابدا حتى لا يصوم رمضان ولا غيرها هذا ليس بشيء ولكن الصحيح
انه يؤمر بان يؤنسها بصحبته احيانا من غير ان يكون في ذلك شيء موقت وهذا لان عند المزاحمة حق كل واحدة منهما المغايظة لمقامه
عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولا يوجد ذلك عند عدم المزاحمة. قال واذا تزوج امراتين على ان يقيم عند احدهما يوما
وعند الاخرى يومين ثم طلبت التي لها اليوم ان يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا انها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها
في المستقبل شيئا ولان هذا مخالف لحكم الشرع وهو قوله عم كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل. قال والمجبوب والخصي
والعنين في القسم سواء لما بينا ان وجوب القسمة والعدل للصحبة والمؤانسة دون الجماع وحال هؤلاء في هذا كحال الفحل
وكذلك الغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بامراتين له فانه يسوي بينهما في القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد تتوجه
على الصبيان عند تقرر السبب كما تتوجه على البالغين. قال واذا جعلت المراة لزوجها جعلا على ان يزيدها في القسم يوما لم يجز
ويرجع في ماله لانها رشته على ان يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهذا من السحت فلهذا تسترد ما اعطت
وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئا من المهر على هذا الشرط او زادها الزوج في مهرها او جعل لها جعلا على ان تجعل
نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها بهذا لا تملك الزوج شيئا فلا يستوجب عليه المال بمقابلته ولانها اخذته رشوة على ان ترضى بالجور
وذلك حرام فكان الجعل مردودا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب نفقة ذوي الارحام

قال ويجبر الرجل الموسر على نفقة ابيه وامه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما اف نهى عن التافيف لمعنى الاذى ومعنى الاذى
في منع النفقة عند حاجتهما اكثر ولهذا لا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في التافيف
وقال عم ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب اولادكم واذا كان الاولاد ذكورا واناثا فنفقة الابوين
عليهم بالسوية في ظاهر الروايتين. وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على
قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام. ووجه الرواية الاخرى ان استحقاق الابوين باعتبار التاويل وحق الملك
في مال الولد كما قال عم انت ومالك لابيك. وفي هذا الذكور والاناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الدين
وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة. قال وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال
لم يكن احدهما بايجاب نفقته على صاحبه باولى من الاخر الا انه روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته
فعليه ان يضم الاب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الاب ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه قال
وكذلك الاجداد بالاب والجدة ام الام وام الاب لانهم من الوالدين وحالهم في استحقاق النفقة كحال الابوين. الا ترى ان التاويل في مال
النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب. قال ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن
اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لا يشارك
الاب في النفقة احد. وقد روي عن ابي حنيفة رح ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فاما في ظاهر الرواية
كما لا يشارك الاب في مؤنة الرضاع احد فكذلك في النفقة وهذا اذا كان الاب موسرا فان كان معسرا والام موسرة امرت بان تنفق من مالها
على الولد ويكون دينا على الاب اذا ايسر وكذلك الاب اذا كان معسرا وله اخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطي نفقة الولد ويكون دينا
على الاب اذا ايسر لان استحقاق النفقة على الاب ولكن الانفاق لا يحتمل التاخير فيقام مال الغير مقام ماله في ادامة مقدار الحاجة منه على ان يكون
ذلك دينا عليه اذا ايسر والذي قلنا في الصغار من الاولاد وكذلك في الكبار اذا كن اناثا لان النساء عاجزات عن الكسب فاستحقاق النفقة
لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكورا بالغين لم يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زمنا او اعمى او مقعدا

او اشل اليدين لا ينتفع بهما او مفلوجا او معتوها فحينئذ تجب النفقة على الولد لعجز المنفق عليه من كسبه وهذا اذا لم يكن للولد مال
فان كان للولد مال فنفقته في ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغني للمعسر باعتبار الحاجة اذ ليس لاحد
الموسرين ايجاب نفقته على صاحبه باولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاقها ذلك باعتبار العقد لتفرغها نفسها له فيستحق
موسرة كانت او معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا يثبت عند عدم الحاجة قال فان كان مال الولد غائبا امر الاب
بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع في مال الولد اذا حضر بها لكنه ان اشهد فله ان يرجع في الحكم وان انفق بغير اشهاد لكن على نية الرجوع
فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضي يتبع الظاهر فاما فيما
بينه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بما في ضميره قال وكذلك يجبر على نفقة كل ذي رحم محرم منه الصغار والنساء واهل الزمانة اذا كانوا
من الرجال اذا كانوا ذوي حاجة عندنا • وقال الشافعي لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين • وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة على كل
وارث محرما كان او غير محرم • واستدل بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك • ولكنا نقول قد ثبت انه في قراءة ابن مسعود رض وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك والشافعي يبني على اصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدين
والمولودين عنده ويجعل قرابة الاخوة في ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك في حق استحقاق النفقة وفيما بين الآباء والاولاد استحقاقه بعلة الجزئية
دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفي المضارة دون النفقة وذلك مروي عن ابن عباس رض • ولكنا نستدل بقول عمر
وزيد فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من ترك المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث على ان الكناية في قوله ذلك
يكون عن الابعد واذا اريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا انه منصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
والمعنى فيه ان القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها • قال عم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة والرحم يقول النعمة
كفرت ولم اشكر ويقول الامانة خونت ولم اود ويقول الرحم قطعت ولم اوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى
اولئك الذين لعنهم الله ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه تؤدي الى قطيعة الرحم ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم
لان القرابة اذا بعدت لا يفترض وصلها ولهذا لا تثبت المحرمية بها وكذلك المراة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب
لان هذا في الاستحقاق بطريق الصلة فيستوي فيه الرجال والنساء كالعتق عند الدخول في الملك • قال ولا يجبر المعسر على نفقة احد الا على
نفقة الزوجة والولد الصغير اما استحقاق نفقة الزوجة فباعتبار العقد • واما الاولاد الصغار فاجزاؤه فكما لا يسقط عنه نفقة نفسه
لعسرته فكذلك نفقة اولاده • والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فاما نفقة الاقارب استحقاقها بطريق الصلة
فتكون على المتياسرين دون المعسرين كالزكوة وعلى هذا قال ابو يوسف من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب الزكوة لا تلزمه نفقة الاقارب
الا انه روى هشام عن محمد رح قال اذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله اربعة دوانيق فيرد الفضل الى الاقارب
لان الاستحقاق باعتبار الحاجة معتبر في جانب المؤدي بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته • قال
واذا امتنع الاب من الانفاق على اولاده الصغار يحبس في ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد لا يحبس فيه لوجهين • احدهما ان النفقة
لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصدا الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده الاتلاف لولده كما لو عدى عليه بالسيف
كان له ان يقتله دفعا له بخلاف سائر الديون ولان سائر الديون لا تسقط بتاخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضي الوقت
فتستوجب الحبس اذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا ان من جار في القسم يوجع عقوبة واذا امتنع من ايفاء حق يحبس لان ذلك الحق
لا يسقط بتاخير الاداء وما جار فيه من القسم لا يصير دينا فيوجع عقوبة لتمتنع من الجور • قال ومن كان له مسكن وخادم ليس له غيرهم
وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذوي الرحم المحرم نفقته • وقال الخصاف في كتابه بعدما روى هذا عن محمد رح • وقال غيره
ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك فانفق على نفسك لانه يمكنه ان يكتفي بمنزل الكرى واما في ظاهر الرواية المنزل
والخادم من اصول الحوائج فانه لا بد له من ذلك فلا يكلف بيعها لحاجته • قال ولا يقضى بالنفقة في مال احد ممن ذكرنا اذا كان المال غائبا
او مفقودا ما خلا الوالدين والولد والزوجة فاذا قضى لهم في مال الغائب فاما اذا كان مستحقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق
ان ياخذه فياخذ ذلك من غير قضاء القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغائب وللقاضي رخصة على ذلك اذا كان المال حاضرا
او السبب معلوما للقاضي • الا ترى ان النبي عم قال لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال
في كتاب المفقود وان استوثقت منه بكفيل وولدك بالمعروف وهو كان غائبا • وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز
ان يكون اخذ النفقة لجواز ان يكون اخذ النفقة او بعث الغائب بنفقة مقصدا لا اخذ ثانيا والقاضي مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر

لنفسه

فاذا كان الغائب عاجزا عن النظر لنفسه نظر القاضي له باخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم ياخذ منهم كفيلا وهو مستقيم
ايضا لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضي اخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضي عند طلب الخصم • قال فان كان له عندهم امانة ولا
مال فانفقه على نفسه اجزاه ولم اضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان ياخذ بغير قضاء وان كان عند غيرهم فاعطاهم بغير امر القاضي
حتى صرفوا كان ضامنا وهو نظير ما لو اراد المودع ان يقضي بالوديعة دين المودع ليس له ذلك وكان ضامنا ان فعله وان كان صاحب الدين
اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه • قال وان باع احد منهم متاع الغائب للنفقة ابطلت بيعه ما خلا الاب المحتاج فاني اجيز بيعه
على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على نفسه ولا يجوز في العقار الا ان يكون الولد صغيرا • وهذا قول ابي حنيفة
وفي كتاب المفقود • قال وكذلك القياس قوله في المفقود وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيع الاب ايضا على ابنه الكبير الغائب في العقار
وغيره كما لا يجوز بيع غيره وهو القياس لما قال لان ولاية الاب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقل فيكون هو في بيع امواله كغيره يوضحه
على النفقة لا تكون اوجب من سائر الديون وليس للاب بيع شيء من مال الولد في دين له عليه ولا يقضي القاضي بذلك ايضا لما فيه
من القضاء على الغائب فكذلك في النفقة ولاستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا تبيع عروض الولد في استحقاق النفقة عليه
فكذلك الاب • استحسن ابو حنيفة وقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقي اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد في جارية الابن
فلبقاء اثر ولايته كان له بيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين مما يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن ايسر عنه ولاية الحفظ
وبيع العروض يثبت لمن له ولاية التصرف كالوصي في حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك
وبيع العروض وكذلك ذلك للاب وبيع الثمن من جنس حقه فله ان ياخذ منه مقدار النفقة فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانها
محصنة بنفسها فلا يملك ذلك الا بمطلق الولاية وهو عند صغر الولد وجنونه واذا باع عند ذلك الاجد من النفقة النفقة
لانه من جنس حقه بخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم يكن لهم ولاية التصرف في حالة الصغر فينتفي اثر تلك الولاية بعد البلوغ
وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلهذا لا يجوز منهم بيع العروض • قال ولا يجبر المسلم على نفقة الكافر من قرابته ولا الكافر
على نفقة المسلمين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بعلة الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين لا توارث الا الوالدين
والولد والزوجة اما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك يتحقق مع اختلاف الدين فاما في حق الوالدين والولد
القياس ان لا تثبت النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم
نفقة ابويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف ان يتقلب في نعم الله تعالى ويدعهما
يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين في ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة
الابوين في ذلك لان استحقاقهم • قال واذا مات الاب وللولد الصغير ام وجد ابو الاب فنفقته عليهما على مقدار ميراثهما
اثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه في النفقة احد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد في حق الجد
فان نظاما الى نافلة بواسطة الاب كان نظير الاخ كان في الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث اذا كانوا موسرين
فكذلك في الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث • فان كان في الولد خال موسر وابن عم معسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان
الميراث لابن العم لان النفقة على ذوي الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه اذا كان موسرا
قال واذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن صغير معسر او كبير زمن وللرجل ثلثة اخوة متفرقين اهل يسار فنفقة الرجل تكون على اخيه
لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثهما منه • واما نفقة الاولاد فعلى الاخ خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب
ولا العم لام • والحاصل ان يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه واذا كان الولد بنتا
كانت نفقة الاب والابنة على الاخ لاب وام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا • واما نفقة الاب فلان الوارث هنا الاخ لاب
وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع البنت والاخ لام لا يرث مع البنت والاخ لام لا يرث مع البنت فلا حاجة الى ان يجعل
الابنة كالمعدومة ولكن صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل الابنة كالمعدومة
ولكن صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث
الاب بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا والنفقة عليهما بحسب ذلك • قال فان كان الاخوة اخوات متفرقات
فان كان الولد ذكرا فنفقة الاب على اخواته اخماسا لان احدا من الاخوات لا يرث مع البنت فلا حاجة الى ان يجعل الابنة كالمعدومة
ولكن صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب

بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا والنفقة عليهما بحسب ذلك ٭ قال وان كان مكان الاخوة اخوات متفرقات فان كان الولد ذكرا
فنفقة الاب على اخواته اخماسا لان احدا من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من ان يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن
اخماسا لان احدا من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد ان يجعل كالمعدوم ثلثة اخماسه للاخت لاب وام وخمسه للاخت لاب وخمسه
للاخت لام بطريق الفرض والرد والنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا بناء على
ان ميراثه اذا مات عند الولد للعمة لاب وام خاصة دون العمة لاب والعمة لام اما على قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات
وهو قول اهل التنزيل فنفقة الولد عليهن ايضا اخماسا بحسب الميراث ومن قال عبد الله بن مسعود رض في الميراث قال
نفقة الاب تكون على الاخت لاب السدس من ذلك والباقي ارباع على الاخت لاب وام ثلثة ارباعه وعلى الاخت لام ربعه بحسب
الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لام مع الاخت لاب وام فان كان الولد انثى فنفقة الاب على الاخت
لاب وام خاصة لانها وارثة مع البنت فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب
كان نصف ميراثه للبنت والباقي للاخت لاب وام فكذلك نفقته على الاخت لاب وام ٭ وكذلك نفقة الابنة في قولهم جميعا الا في قول
اهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات اخماسا ايضا ثم اشار الى الاصل الذي قلنا انه ينظر الى وارث الاب فان كان يحوز
الميراث كله وهو معسر جعله كالميت ثم نظرنا الى من يرثه فجعلنا النفقة عليهم على قدر مواريثهم فان كان الذي يرثه لا يحوز الميراث
كله جعلنا النفقة على من يرثه معه ٭ قال امراة معسرة ولها ولد موسر وام موسرة فنفقتها على الولد دون الام وكذلك الاب
نفقته على ابنه دون ابيه للتاويل الثابت له في قوله ولده لقوله عم انت ومالك لابيك ولا يوجد ذلك في حق الولد ولا في حق الام
كما لا يشارك الولد في النفقة على الوالد احد فكذلك لا يشارك الولد في النفقة على الوالدين احد من ام ولا اب ولا احد ٭ قال ويجبر اهل الذمة
فيما بينهم على النفقة كما يجبر اهل الاسلام وان اختلفت مللهم في الكفر لانهم اهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت
حكم استحقاق النفقة فيما بينهم ايضا ٭ ولا يجبر الموسر على نفقة المحتاج من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب
لان الصحيح الذي لا زمانة به لا يعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا في الوالد خاصة او في الجد
الاب اذا مات الاب والولد فانه يجبر الاب على نفقته وان كان صحيحا لدفع الاذى الذي يلحقه للكد والتعب على ما بينا قال ولا يجبر
المملوك لمولاه والمكاتب ليس له في كسبه ملك في الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة احد من قرابته الا ولده المولود ٥
في الكتابة من امته فانه داخل في كتابته وكسبه فتكون نفقته عليه ٭ قال ولا يجبر المسلم ولا الذمي على نفقة والديه وولده ٥
من اهل الحرب وان كانا مستامنين في دار الاسلام لانا لا نستحق بطريق الصلة ولا يثبت للحربي استحقاق الصلة على من هو
من اهل دار الاسلام ٭ الا ترى انهما لا يتوارثان وان كانا على ملة واحدة من الكفر فكذلك النفقة لبعضهم على البعض ٭ قال ابن
ونفقة المعتوه على ابنه دون ابيه لتاويل الملك في مال ابنه دون مال ابيه ٭ الا ترى انه لو كان صحيحا معسرا كانت نفقته على الابن
دون الاب فكذلك اذا كان معتوها والله اعلم ٭ قال رح هذا اخر شرح كتاب النكاح ٭ بالموثر من المعاني والاثار الصحاح
املاه المنتظر للفرج والفلاح ٭ مصليا على المبعوث بالسيوف والرماح ٭ واله وصحبه اهل الفتوى والصلاح ٭ والله
سبحنه وتعالى الموفق للسداد ٥

كتاب الطلاق

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رح املاء ٭ الطلاق في اللغة
عبارة عن ازالة القيد وهو ماخوذ من الاطلاق تقول الرجل اطلقت اسيري وطلقت امراتي فالكل من الاطلاق وانما اختلف اللفظ
لاختلاف المعنى ففي المراة يتكرر الطلاق وانما تم رفع القيد بتكرر الطلاق ٭ بيانا في تقييد ما بينا في الحال ففي التفعيل معنى المبالغة
ولهذا يقال في المراة طلقت وهو قولهم احصان وحصان لكن يقال في الفرس حصان اي بين الحصن وفي المراة حصان اي بينة الحصن
وكذلك يقال عدل وعديل وكلاهما مشتق من العدالة والمعادلة ولكن يخص احد اللفظين بادمي لمعنى اختص به وموجب
الطلاق في الشريعة رفع الحل الذي صارت المراة به محلا للنكاح اذا تم العدد ثلثا كما قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره ويوجب زوال الملك باعتبار سقوط اليد عند انقضاء العدة في المدخول بها ولانعدام العدة عند عدم
والاعتياض عند الخلع فالاسم شرعي فيه معنى اللغة وايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضا في الاصل عند عامة العلما رحمهم الله

ومن الناس من يقول لا يباح الايقاع الطلاق الا عند الضرورة لقوله عم لعن الله كل ذواق مطلاق وقال عم ايما امراة اختلعت
من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملايكة والناس اجمعين وقد روي مثله في الرجل يخلع امراته ولان فيه كفران النعمة فان النكاح
نعمة من الله بها على عباده بقوله ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا ٭ وقال تعالى زين للناس حب الشهوات الاية وكفران النعمة
حرام وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل الا عند الضرورة وذلك اما كبر السن لما روي ان سودة لما طعنت في السن طلقها
رسول الله صلى الله عليه وسلم واما الريبة لما روي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان امراتي لا ترد يد لامس ٥
فقال عم طلقها فقال اني احبها فقال امسكها اذا واما قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا وقوله اذا طلقتم النساء
فطلقوهن لعدتهن وذلك كله يقتضي اباحة الايقاع وطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة رض حين نزل عليه الوحي فامر
بان يراجعها فانها صوامة قوامة ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة وكذلك الصحابة رضي الله عنهم فان عمر رض طلق ام عاصم وعبد الرحمن
طلق تماضر ومغيرة بن شعبة كان له اربع نسوة فاقامهن بين يديه صفا وقال انتن حسان الاخلاق ناعمات الارداف طويلات
الاعناق اذهبن فانتن طلاق ٭ وان الحسن بن علي رض استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال علي رض على المنبر ان ابني هذا
مطلاق فلا تزوجوه فقالوا انا نزوجه ثم نزوجه ولان هذا ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا في الاصل كالاعتاق
وفيه معنى كفران النعمة من وجه ومعنى ازالة الرق من وجه فالنكاح رق قال عم النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته
وروي ان يرق كريمته ولهذا صار الشرع القرابة القريبة عن الرق حيث حرم نكاح الامهات والبنات والاخوات والى هذا المعنى
اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وان ابغض المباحات عند الله الطلاق فقد نص على انه مباح لما فيه من ازالة الرق ومبغض
لما فيه من كفران النعمة ثم معنى النعمة انما يتحقق عند موافقة الاخلاق فاما عند عدم موافقة الاخلاق ثم هو نوعان استدامة النكاح
سبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعا مباحا للتفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق ثم هو نوعان
طلاق سنة وطلاق بدعة ٭ والسنة في الطلاق نوعان سنة من حيث العدد وسنة من حيث الوقت فالسنة من حيث العدد ٥
ما بينه في الكتاب وهو نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها واحدة في وقت السنة ويدعها الى ان تنقضي عدتها هكذا نقل
عن ابراهيم رح ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحسنون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي عدتها
وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه مبغض شرعا لكنه مباح للمقصود التفصي عن عهدة النكاح
وذلك يحصل بالواحدة لانه يبقى بها الحل الذي هو نعمة فالاقتصار عليها احسن والحسن ان يطلقها ثلثا في ثلثة اطهار عند كل طهر
واحدة ٭ وقال مالك لا اعرف المباح من الطلاق الا واحدة ٭ والدليل على صحة ما قلنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن عمر
انما السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التي امر الله بها ان تطلق النساء بها لاشارة الى قوله
تعالى فطلقوهن لعدتهن ولما قابل الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد ينقسم احادهما على الاخر
كقول القايل اعط هذا الرجال الثلثة ثلثة دراهم ٭ ولان عدم موافقة الاخلاق امر باطن لا يوقف على حقيقته فاقام الشرع
السبب الظاهر الدال عليه وهو الطهر الذي لم يجامعها فيه مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الاخلاق لانه زمان الرغبة فيها طبعا
وشرعا فلا يختار فراقها الا لحاجة ٭ ومتى قام السبب الظاهر مقام المعنى الباطن دار الحكم معه وجودا وعدما وهذا السبب الظاهر
متكرر فتكون اباحة الطلاق متكررة ويجعل ذلك قايما مقام تجدد الحاجة حكما ٭ والى هذا اشار ابن مسعود رض قال اذا اراد الرجل
ان يطلق امراته للسنة طلقها تطليقة وهي طاهرة من غير جماع فاذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها ثلاثا بعد ما تحيض وتطهر ويدعها
حتى تحيض وتطهر فكانت قد بانت منه بثلاث تطليقات وبقي عليها من عدتها حيضة ٭ وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رح ايقاع الثلث جملة
سنة حتى اذا قال لامراته انت طالق ثلثا للسنة وقع الكل في الحال عنده قال ولو قال لا ينوي ولو نوى وقوع الثلث جملة يقع جملة
ولم يكن ذلك سنة لما علمت نيته لان الانية خلافا للفظ باطل ٭ واستدل في ذلك بحديث العجلاني فانه لما لاعن امراته قال كذبت عليها
يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة ٭ وقالت فاطمة بنت قيس طلقني
زوجي ثلثا الحديث الى ان قالت فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا كسوة وعبد الرحمن بن عوف رض طلق امراته
تماضر ثلثا في مرض موته ٭ والحسن بن علي رض طلق امراته شهباء ثلثا حين هنته بالخلافة بعد موت علي رض والمعنى فيه ان ازالة الملك
بطريق الاسقاط فيكون مباحا مطلقا جمع او فرق ٭ والدليل عليه انه لو طلق اربع نسوة له كان مباحا جامعا بينهما او فرق فكذلك الثلث
في حق الواحدة بل اولى لان هذا يزيل الملك عن امراة واحدة وهناك يزيل الايقاع الملك عن اربع نسوة ولان الطلاق تصرف مملوك

بالنكاح فيكون مباحا في الأصل وإنما يحرم فيه لمعنى عارض كالطهارة الذي انضم إليه معنى محرم وهو الإضرار بتطويل العدة عليها إذا طلقها في حالة الحيض ولتلبيس أمر العدة عليها إذا طلقها في طهر قد جامعها فيه لأنها لا تدري أنها حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء وذلك منعدم إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه سواء أوقع الثلاث أو الواحدة وهو معنى قوله هذا طلاق وصادف زمان الاحتساب مع زوال الارتياب. وحجتنا في ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان معناه دفعتان كقوله أعطيته مرتين وضربته ضربتين والألف واللام للجنس فيقتضي أن يكون كل الطلاق المباح في دفعتين ودفعة ثالثة في قوله أو تطليقها أو في قوله أو تسريح بإحسان على حسب ما اختلف أهل التفسير. وفي حديث محمود بن لبيد أن رجلا طلق امرأته ثلاثا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله عم مغضبا أتلعبون بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم واللعب بكتاب الله ترك العمل به فدل أن موقع الثلاث جملة مخالف للعمل بما في كتاب الله وأما المراد من قوله فطلقوهن لعدتهن تفريق الطلاق على عدد أقراء العدة. ألا ترى أنه خاطب الزوج بالأمر بإحصاء العدة وفائدته التفريق فإنه قال لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي يبدو له فيراجعها وذلك عند التفريق لا عند الجمع. وفي حديث عبادة بن الصامت أن قوما جاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا إن أبانا طلق امرأته ألفا فقال عم بانت امرأته ثلاثا في معصية الله وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون وزرا في عنقه إلى يوم القيمة. وابن عمر لما طلق امرأته في حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فقال أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان تحل لي فقال عم لا بانت منك وهي معصية وهذه الآثار تبين أنما نزل الإنكار على العجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه لعلمه أنه لشدة الغضب ربما لا يقبل قوله فيكفر فأخر الإنكار إلى وقت آخر وأنكر عليه في قوله اذهب فلا سبيل لك عليها أو كراهة إيقاع الثلث لما فيه من سد باب التلافي من غير حاجة وذلك غير موجود في العجلاني لأن باب التلافي بين المتلاعنين منسد ما داما مصرين على اللعان والعجلاني كان مصرا على اللعان. ولنا إجماع الصحابة فقد روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعمران بن الحصين رض أجمعين كراهية إيقاع الطلاق الثلاث بألفاظ مختلفة. وعن أبي قتادة الأنصاري قال لو أن الناس طلقوا نساءهم كما أمروا لما فارق رجل امرأته وله إليها حاجة وأن أحدكم يذهب فيطلق امرأته ثم يقعد يعصر عينيه مهلا مهلا بارك الله عليكم بكتاب الله وسنة رسوله فماذا بعد كتاب الله وسنة رسوله إلا الضلال ورب الكعبة. وقال الكرخي لا أعرف بين أهل العلم خلافا أن إيقاع الثلث جملة مكروه إلا قول ابن سيرين وإن قوله ليس بحجة وتبين هذا أن عبد الرحمن بن عوف إنما طلق امرأته ثلاثا في ثلاثة أطهار وأن الحسن بن علي رض إنما قال لشهباء اذهبي فأنت طالق ثلاثا للسنة وعندنا لا بأس به والمعنى فيه أن تحريم البضع بمجرد قوله من غير إزالة الملك وفي إيقاع الثلث تحريم البضع مع إزالة الملك والفقه فيه ما بينا أن إباحة الإيقاع للحاجة إلى التفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق. وذلك يحصل بالواحدة ولا يحصل لها تحريم البضع فلا يتحقق الحاجة إلى ما يكون محرما للبضع فكان ينبغي أن لا يباح أصلا. ولكن عند اختلاف الأطهار يتجدد الحاجة حكما على ما قررنا ولأن إيقاع الثلاث قطع باب التلافي وتفويت التدارك عند الندم وفيه معنى معارضة الشرع لأن الإسقاطات في الأصل لا تتعدد كالعتاق وغيره وإنما جعل الشرع الطلاق متعددا لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى على نفسه بعدما نظر الشرع له كما لا يباح له الإيقاع حالة الحيض لأنه حالة نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا فالظاهر أنه يندم إذا جاء زمان الطهر فيكره إيقاع الطلاق لمعنى خوف الندم فهذا مثله والدليل عليه أنه لو طلقها واحدة في الطهر ثم أخرى في الحيض يكون مكروها وليس في إيقاع الثانية في الحيض معنى تطويل العدة ولا معنى اشتباه أمر العدة عليها فدل أن معنى كراهة الإيقاع لمعنى خوف الندم إذا جاء زمان الطهر وهذا في إيقاع الثلاث أظهر فكان مكروها ويستوي في هذا المدخول بها وغير المدخول بها لأن معنى تحريم البضع بإيقاع الثلاث يحصل في الحالين بصفة واحدة وكذلك يستوي في الكراهة إيقاع الثلث جملة وإيقاع الثنتين لأن الكراهة بمعنى عدم الحاجة حقيقة وحكما وهو موجود في الثانية كوجوده في الثالثة ولأن إيقاع الثنتين وإن كان لا يحصل به تحريم البضع فإنه يقرب منه وهذا القرب معتبر في حق الحكم. ألا ترى أن المرأة لو قالت لزوجها طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة يجب ثلث الألف ولو طلقها ثنتين يجب ثلثا الألف وكما أن سد باب التلافي حرام من غير حاجة فيه فكذلك ما يقرب منه يكون حراما. وأما السنة من حيث الوقت معتبر في حق المدخول بها وذلك أن يطلقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها قال في الكتاب بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمراد منه حديث ابن عمر رض فإنه لما طلق امرأته في حالة الحيض قال عم ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث. وفي رواية قال لعمر رض إن ابنك أخطأ السنة مره فليراجعها فإذا حاضت وطهرت فليطلقها إن شاء طاهرا من غير جماع أو حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وجاء عن ابن مسعود وابن عمر رض في تفسير قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أي يطلقها طاهرة من غير جماع والمعنى فيه أن إباحة الإيقاع للتفصي

عن عهدة

عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق وذلك لا يظهر بالإيقاع حالة الحيض لأنه حال نفرة طبعه عنها وكونه ممنوعا شرعا عن قربانها فيحمله ذلك على الطلاق وكذلك في الطهر الذي جامعها فيه لأنه حصل مقصوده منها فتقل رغبته فيها فلا يتقدم على الطلاق إلا لعدم الموافقة الأخلاق فلهذا اختص إباحة الإيقاع به ولهذا المعنى قال زفر أنه يكره إيقاع الطلاق في حالة الحيض على غير المدخول بها لأن معنى نفرة الطبع والمنع شرعا لا يختلف بين كونها مدخولا بها أو غير مدخول بها ومعنى آخر فيه أن في الإيقاع في حالة الحيض إضرارا بها من حيث تطويل العدة عليها لأن هذه الحيضة لا تكون محسوبة من العدة وتطويل العدة من الإضرار بها. قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وفي الإيقاع في طهر قد جامعها فيه إضرار بها من حيث اشتباه العدة عليها ولهذا قلنا لا بأس بإيقاع الطلاق في الحيض على غير المدخول بها لأنه ليس فيه معنى تطويل العدة عليها ولأن رغبته فيها كان لأن بالنكاح فلا يقل ذلك بالحيضة ما لم يحصل مقصوده منها فكان الإيقاع دليل عدم موافقة الأخلاق بخلاف المدخول بها فإن مقصوده بالنكاح قد حصل منها وإنما رغبته فيها بالطهر بعد ذلك لتمكنه من غشيانها وينعدم ذلك بالحيض. يوضحه أن إباحة الإيقاع بشرط أن يأمن الندم كما قال الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا. وفي الإيقاع في حالة الحيض على المدخول بها لا يأمن الندم إذا جاء زمان الطهر حال الرغبة فيها وكذلك في الإيقاع في طهر قد جامعها لا يأمن الندم لأنها ربما علقت بما جامعها فيحمله شفقته على الولد على نكاحها لسوء خلقها وإلى نحوه أشار ابن مسعود رض فقال لعل شفقته الولد تبلغه فلهذا كره الإيقاع في هذين الوقتين وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض واختار بعض مشايخنا رح تأخير الإيقاع إلى آخر الطهر فيكون أبعد من تطويل العدة وظاهر ما يقول في الكتاب يدل على أنه طلقها حين تطهر من الحيض لأنه لو أخر الإيقاع ربما يجامعها ومن قصده أن يطلقها فيبتلى بالإيقاع عقيب الجماع وذلك مكروه فلهذا طلقها حين تطهر فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى واجتنبت من عدتها بحيضة أخرى وللشافعي قول أن ابتداء العدة من آخر التطليقات إذا تكرر الإيقاع لأن الطلاق بعد الدخول موجب العدة كالحدث بعد الطهارة موجب للوضوء فكما أنه إذا أحدث بعد غسل بعض الأعضاء يلزمه استئناف الوضوء فكذلك إذا تكرر وقوع الطلاق عليها يلزمها استئناف العدة. ولكنا نقول السبب الموجب للعدة الدخول وإنما تصير شارعة في العدة حين يصير الزوج غير مريد لها وقد حصل ذلك بالتطليقة الأولى ثم الثانية والثالثة بتقرر ذلك المعنى فلا يبطل بخلاف ما لو راجعها ثم طلقها لأن بالرجعة ينعدم ذلك المعنى فإنه يصير مريدا لها. يوضحه أن المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لا يتغير بتكرار الطلاق وعدم التكرار ولهذا كانت عدتها من التطليقة الأولى وعلى هذا اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولا تحل له المرأة بعدما وقع عليها ثلاث تطليقات حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها والطلاق بعدد الثلاث ولا خلاف بين العلماء أن بيان التطليقتين في قوله مرتان. وإنما اختلفوا في الثالثة فقيل هي في قوله أو تسريح بإحسان وهكذا روى أن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفنا التطليقتين في القرآن فأين الثالثة منهم فقال عم في قوله تعالى أو تسريح بإحسان وأكثرهم على أن بيان الثالثة في قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لأنه عنده ذكرها ذكر ما هو حكم الثالثة وهو حرمة المحل إلى غاية ومعناه فإن طلقها الثالثة ولا خلاف بين العلماء رح أن النكاح الصحيح شرط الحل للزوج الأول بعد وقوع الثلث عليها. والمذهب عند جمهور الفقهاء أن الدخول بها شرط أيضا. وقال سعيد بن المسيب رض ليس بشرط لأن في القرآن شرط العقد فقط ولا زيادة بالتأني ولكن هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه فإن شرط الدخول ثابت بالآثار المشهورة فمن ذلك حديث ابن عمر رض أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت غيره لم تحل للأول حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها. ومنه حديث عائشة رض أن رفاعة القرظي طلق امرأته فأبت طلاقها فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ثم جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إنما وجدت معه مثل هذه وأشارت إلى هدبة ثوبها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ضبط نفسه وقال أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة فقالت نعم فقال لا حتى يذوق من عسيلتك وتذوقي من عسيلته. وعن عائشة رض أن عمرو بن حزم طلق امرأته الغميصاء ثلاثا فتزوجت برجل فلما خلا بها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو ضعف حاله في باب النساء فقال عم هل أصابك فقالت لا فقال عم لا تحلين لعمرو حتى يذوق من عسيلتك وتذوقي من عسيلته. وقيل في القرآن ذكر الدخول إشارة فإنه أضاف فعل النكاح إلى الزوج وإليها فيقتضي ذلك فعل النكاح بعد الزوجية وذلك الوطء ولأن المقصود منع الأزواج من الاستكثار من الطلاق وذلك لا يحصل بمجرد العقد إنما يحصل بالدخول فيه مغايظة الزوج الأول ودخول الثاني بها بالنكاح مباح مبغض عند الزوج الأول كما أن الاستكثار من الطلاق مبغض شرعا ليكون الجزاء بحسب العمل. قال فإن تزوجها الثاني على قصد أن يحلها للزوج الأول من غير أن يشترط ذلك في العقد صح النكاح وثبت الحل

لو تم الحمل وهذا لا يوجد هنا فكان ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع مباحا فان اراد ان يطلقها ثلثا طلقها بعد شهر اخرى ثم بعد شهر اخرى وعدتها بثلثة اشهر من التطليقة الاولى وذلك بين في القران قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن والمراد الصغيرة ولا خلاف ان الايقاع اذا كان في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة ناقصة كانت او كاملة فان كان الايقاع في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وكذلك في حق انقضاء العدة عند ابي حنيفة يعتبر ثلثة اشهر بالايام وعندهما يعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة لان الاهلة هي الاصل قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عنها ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار ما هو الاصل فاعتبر البدل وفي الشهرين لم يتعذر اعتبار ما هو الاصل ولكن ابو حنيفة رح يقول لما لم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني فدخول الشهر الثاني في وسط الشهر ايضا وكذلك في الشهر الثالث فتعذر اعتبار الكل بالاهلة فوجب اعتبارها بالايام ولا يحكم بانقضاء عدتها الا بتمام تسعين يوما من حين طلقها وقد ظن بعض مشايخنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق من تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق من تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات القرء الحيض لكن لا يتصور الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهر يتعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر واذا طلقها واحدة او ثنتين فهو يملك الرجعة ما لم تنقض العدة وهذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص فان زوال الملك بالطلاق اسقاط والاسقاط يتم بنفسه كالعتق ولكن الشرع للزوج حق الرجعة في العدة بعد التطليقة والتطليقتين للتدارك عند الندم قال الله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف معناه قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن بالمراجعة وقال الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف والمراد بالامساك المراجعة بعد التطليقتين ما دامت في العدة ثبت ذلك بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وعدة التي تحيض ثلث حيض كما قال الله تعالى في كتابه ثلثة قروء وهو حكم مقطوع ثابت بالنص ثم عطف عليه ما هو مجتهد فيه فقال القرء هو الحيض وهذا عندنا وعند الشافعي الاطهار حتى ان على مذهبه كما طعنت في الحيضة الثالثة يحكم بانقضاء عدتها وعندنا ما لم تطهر من الحيضة الثالثة لا يحكم بانقضاء العدة واصل الخلاف بين الصحابة رض فقد روى الشعبي عن بضعة عشر من الصحابة الخير فالخير منهم ابو بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابو الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس قالوا الزوج احق برجعتها ما لم تحل لها الصلاة وعن ابن عمر وعائشة وزيد بن ثابت رض قالوا الاقراء الاطهار وعن ابن عباس رض كما طعنت في الحيضة الثالثة تبين من زوجها ولا تحل لها ان تتزوج حتى تطهر وكذا اهل اللغة يطلقون اسم القرء على الطهر جميعا والحيض قال القايل

لو قروء كقرء الحائض ... وقال اخر

مورثة مالا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

شعر

والمراد الاطهار ولان زمان الحيض فما كان حاضرا واصله في اللغة الوقت كما قال القايل

اذا ذهبت لقارئها الرياح

فمنهم من يقول وقت الطهر اشبه لانه عبارة عن الاجتماع يقال ما قرأت الناقة سلاقط اي ما جمعت في رحمها ولدا قط واجتماع الدم في الرحم في حالة الطهر لا يعلم حقيقة ولو ثبت ذلك انما يسمى ذلك الوقت قرءا باعتبار الدم المجتمع ثم ان عند اختلاف اهل اللغة يجب المصير الى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ان الصحابة رض لما اختلفوا في التابوت والتابوه رجعوا الى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا اكتبوا بالتاء والقرء في لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيض قال عم لفاطمة بنت قيس اذا اتاك قرؤك فدعي الصلاة وقال عم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها والاقراء والقروء كلاهما كما يقال فليس وفلوس وزنل وزنال ثم الشافعي رح رجح الاطهار باعتبار حرف الهاء المذكور في قوله ثلثة قروء فان الجمع المذكر يؤنث والطهر هو المذكر لكنا نقول الاعراب يتبع اللفظ دون المعنى يقال ثلثة افراس وثلث دواب وقال ايضا القرء عبارة عن الانتقال يقال قرا النجم اذا انتقل وكما طعنت في الحيضة الثالثة فقد وجد ثلث انتقالات من الطهر ولكن هذا لا معنى له فالانتقال من الحيض الى الطهر ايضا قرء فكان ينبغي على هذا ان تنقضي العدة اذا طعنت في الحيضة الثالثة واحد لم يقل بهذا ولكن الصحيح ما قاله علماؤنا رح ان الله تعالى لما ذكر جمعا مقرونا بالعدد اقتضى الكوامل منه والطلاق هو المباح في حالة الطهر فلو جعلنا القروء في الاطهار لكان انقضاء العدة بقرءين وبعض الثالث وهذا يستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله الحج اشهر معلومات فاما في جمع مقرون بالعدد فلا بد من الكوامل وانما يحصل ذلك اذا حمل القروء على الحيض فيكون انقضاء العدة

للاول اذا دخل بها الثاني وفارقها فان شرط ان يحلها للاول فعند ابي حنيفة الجواب كذلك ويكره هذا الشرط وعند ابي يوسف النكاح جائز ولكن لا يحلها للاول وعند محمد النكاح فاسد لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له وعقد النكاح سنة ونعمة فما يستحق المرء اللعن لا يكون نكاحا صحيحا ولان هذا في معنى التوقيت وشرط التوقيت مبطل للنكاح ولكن ابو يوسف يقول هذا ليس بتوقيت في النكاح ولكنه استعجال لما هو مؤخر شرعا فيعاقب بالحرمان كمن قتل مورثه يحرم عن الميراث وابو حنيفة يقول هذا الشرط وراء ما يتم به العقد فاكثر ما فيه انه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ثم النهي عن هذا الشرط لمعنى في غير النكاح فان هذا النكاح شرعا موجب حلها للاول فعرفنا ان النهي لمعنى في غير المنهي عنه وذلك لا يؤثر في النكاح فلهذا يثبت الحل للاول اذا دخل بها الثاني بحكم هذا النكاح الصحيح قال واذا اراد ان يطلق امراته وهي حامل طلقها واحدة متى شاء حتى انه لا باس بان يطلقها عقيب الجماع لان كراهة الجماع عقيب الجماع لاشتباه امر العدة عليها وخوف الندم اذا ظهر بها حبل وذلك غير موجود هنا ولان الحبل يزيد في رغبته فيكون ايقاع الطلاق بعد ظهوره دليل عدم موافقة الاخلاق قال فان كان جامعها ثم اراد ان يطلقها ثلثا فله ذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويفصل بين التطليقتين بشهر وعند محمد وزفر لا يطلق الحامل للسنة اكثر من واحدة وفي الكتاب قال بلغنا عن ابن مسعود وجابر والحسن البصري رح وقول الصحابي اذا كان فقيها مقدم على القياس والمعنى فيه ان الاصل في طلاق السنة ان يفصل بين التطليقتين بفصل محسوب من فصول العدة كما في حق ذوات الاقراء والايسة والشهر في حق الحامل ليس بفصل محسوب من فصول العدة فلا يفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان الطلاق يقابل بفصول العدة الا ترى ان عدة الامة لما تقدرت بحيضتين ملك عليها تطليقتين وان قبل عدم الدخول لما انعدم فصول العدة انعدم ملك التفريق الا ان النكاح بعد الدخول فلا يؤثر في ملك اصل الطلاق ولهذا فعرفنا ان التفريق باعتبار فصول العدة ومدة الحبل طالت او قصرت بمنزلة فصل واحد الا ترى ان الاستبراء يتقدر بها وفي الفصل الواحد لا يملك تفريق الطلقات على الوجه المسنون ولان هذا شهر في حق ذوات الاقراء فلا يصلح للفصل بين طلاقي السنة كما في الممتدة طهرها بخلاف الايسة والصغيرة وحجتنا في ذلك ان هذا نوع عدة فيكون مباحا محلا للتفريق للطلقات المملوكة على وجه السنة كالاقراء والاشهر وهذا لان الله تعالى جعل ايقاع الطلقات العدة بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وعدة الحامل نوع من انواع العدة بل هي الاصل فيما هو المقصود لان المقصود بالعدة فراغ الرحم وذلك يحصل بوضع الحمل على اكمل الوجوه فيستحيل ان يقال لا يملك تفريق الطلقات على ما هو الاصل في العدة وفي حق ذوات الاقراء فصول العدة انما تقع اتفاقا لا قصدا فاما المعنى المعتبر تجدد زمان الرغبة ولا يحصل ذلك الا بمضي حيضة وفي حق الايسة والصغيرة لا يوجد هذا المعنى لان الاوقات في حقهما سواء ولا بد من اباحة التفريق في عدتهما فاقمنا الشهر في حقهما مقام الحيض في حق ذوات الاقراء باعتبار انه في فصل من فصول العدة ثم ينعدم هذا المعنى في حق الحامل فلا بد من اباحة التفريق في عدتها فاقمنا الشهر في حق الايسة باعتبار انه شهر في عدة لا حيض فيها والدليل انه معتبر بفصول العدة انه لو قال لامراته الصغيرة انت طالق ثلثا للسنة يقع عليها في الحال واحدة فاذا مضى شهر وقعت اخرى واذا مضى شهر وقعت اخرى ثم اذا حاضت لزمها استيناف العدة والتطليقات الثلاث وقعت على وجه السنة فعرفنا انه لا معتبر بفصول العدة ثم الحامل لا تحيض والشهر في حق من لا تحيض فصل من فصول العدة في حق تفريق الطلاق وان لم يكن في حق انقضاء العدة وتفريق الطلاق ولكن في حق انقضاء العدة وجدنا ما هو اقوى من الشهر وهو وضع الحمل وفي حق التفريق بالطلاق لم نجد ما هو اقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة في حق تفريق الطلاق وان لم يكن في حق انقضاء العدة كما في الصغيرة اذا حاضت تقرره ان الحبل يؤثر في اباحة ايقاع كان محرما قبله وهو الطلاق عقيب الجماع فيستحيل ان يؤثر في المنع مما كان مباحا قبله ولا يدخل على ما قلنا اذا بقي من مدة حملها يوم لان التحليل لمدة الحبل ولا يتصور ان يكون ذلك يوما الا ان التفريط جاء من قبله حين اخر الايقاع حتى لم يبق من قبله فلا يخرج به من ان يكون اصل المدة قابلا لتفريق الثلاث كالكافر اذا اسلم وقد بقي من الوقت مقدار ما لا يمكنه ان يصلي فيه يلزمه الصلاة لان التفريط جاء من قبله حين اخر الاسلام ولا معنى لما قال ان مدة الحبل كحيضة واحدة بل هي بمنزلة ثلث حيض حتى تنقضي بها العدة ولكن الاستبراء انما لا يتقدر ببعض مدة الحبل لان المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لا يحصل قبل الوضع فزيد في مدة الاستبراء اذا كان محتاجا الى هذا المعنى الا ان يجعل مدة الحبل كحيضة واحدة بل هي بمنزلة ثلث حيض ولا نسلم له ذلك ان الحامل من ذوات الاقراء على الاطلاق فان لزمها صفة منافية للحيض حتى انها وان رأت الدم لا يكون حيضا بخلاف الممتد طهرها قال واذا اراد ان يطلقها وهي لا تحيض من صغر او كبر طلقها واحدة متى شاء عندنا وقال زفر ليس له ان يطلقها عقيب الجماع حتى يمضي الشهر لانه يفصل بين الطلاق والجماع بما يفصل به بين الطلاقين في عدة هي ذات فصول كما في حق ذوات الاقراء ثم هنا يفصل بين طلاقها بشهر فكذلك يفصل بين طلاقها وجماعها بشهر لكنا نقول انها بمنزلة الحامل لانه لا حيض في عدتها فيباح ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع كما يباح الايقاع على الحامل وكان المعنى فيه ان في حق ذوات الاقراء انما كره ايقاع الطلاق عقيب الجماع

ثم

بثلاث حيضات كوامل • واستدل الشافعي رح بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في عدتهن والطلاق المباح في حالة الطهر فعرفنا ان العدة
بالطهر وقد فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رض انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة فتلك العدة
التي امر الله ان تطلق لها • واستدل علماؤنا رح بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن • قال ابن عباس من الحيض والحبل
فهو بيان المراد بالقروء لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الاية وانما نقل الى الاشهر عند عدم الحيض والنقل الى البدل يكون عند عدم
الاصل فهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض • وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي قبل عدتهن كما يقال زينت الدار لقدوم الحاج وتوضأ
للصلاة اي قبلها • وفي رواية ابن مسعود رض لقبل عدتهن ان المراد عدة الايقاع ونحن نقول ان عدة الايقاع بالاطهار فاما عدة الاعتداد
بالحيض • بيانه في حديث عائشة وابن عمر رض ان النبي عم قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان • ومن حيث المعنى هو يقول
الطلاق السني هو يستعقب جزءا محسوبا من العدة كما في حق الايسة والصغيرة • وانما يكون ذلك اذا كان الاعتداد بالاطهار ونحن نقول
المقصود من هذه العدة تبين فراغ الرحم وهذا لا يجب لاعتداد توهم اشتغال الرحم ولهذا يعتبر بوضع الحمل اذا كانت حاملا والحيض هو الذي
على تبين فراغ الرحم دون الطهر فكان الاعتداد بالحيض اولى • ثم الاصل في العبادات التي تشتمل على اركان ينفصل بعضها عن بعض ان الاداء
لا يتصل بالشروع فيها كما في الحج وفيما يكون متصل الاركان يتصل الاداء بالشروع كالصلاة والعدة بالاشهر متصلة الاركان فيتصل
الاداء بالشروع فيها • والدليل على ما قلنا الاستبراء فانه معتبر بالحيض والمقصود تبين فراغ الرحم فكذلك العدة • قال وعدة الحامل
ان تضع حملها ولو وضعت حملها بعد الطلاق بيوم لقوله تعالى • واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولان الوضع ادل على ما هو المقصود
وهو معرفة براءة الرحم من الاقراء وعدة الايسة والصغيرة ثلثة اشهر بالنص • وتكلموا في معنى قوله تعالى ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر فقال
مالك رح المراد ارتيابها في حال نفسها انها هل تحيض بعد هذا او لا حتى قال اذا ارتابت تربصت سنة ثم اعتدت بثلاثة اشهر ولكنا نقول
لما نزل قوله تعالى ثلثة قروء قالت الصحابة رض فان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فارتابوا في ذلك • فنزل قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم • وفي قول الصحابة رض فان كانت ممن لا تحيض دليل على انهم فهموا من القرء الحيض • قال والكتابية تحت المسلم في الطلاق
والعدة بمنزلة المسلمة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وهو مسلم وفي العدة الواجب عليها حق الزوج وهو مسلم • قال والامة
بمنزلة الحرة في وقت السنة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وذلك لا يختلف بكونها حرة او امة • وعدتها حيضتان اذا كانت
ممن تحيض لان الاقراء الحديث الذي روينا • ولقول عمر رض عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا بين ان التنصف
بسبب الرق ثابت في العدة ولكن بالقدر الممكن والحيضة الواحدة لا تحتمل التنصيف • وان كانت ايسة او صغيرة فعدتها شهر ونصف
لقول عمر رض ولان الشهر يحتمل التنصيف • وعلى قول مالك عدتها بالشهور ثلثة اشهر لظاهر الاية • ولكنا نقول الرق منصف ذوات الاعداد
بمنزلة الجلدات في الحدود وعدتها اذا كانت حاملا بوضع الحمل لان تبين فراغ الرحم لا يحصل قبل ذلك • واذا كان الرجل غائبا عن امراته
فاراد ان يطلقها للسنة كتب اليها اذا جاءك كتابي هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق لجواز ان يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه فلو كتب
اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق يقع الطلاق عليها في طهر جامعها فيه وهو خلاف السنة فلهذا قيد بهذه الصفة • وفي الزيادات عن محمد رح قال
وعلمنا فيه جواز ان لا يعلم الكتاب زوجها فيقع الطلاق عليها وهي لا تشعر بذلك • ولكن في ظاهر الرواية لم تذكر هذه الزيادة لان المحنة لا تكون
احرص على شيء منها على قراءة كتاب زوجها فالظاهر انه لا يؤخر ذلك • قال فان اراد ان يطلقها ثلثا كتب ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق • وان شاء
اوجز فكتب اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق للسنة فيقع بهذه الصفة لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا • وان كانت لا تحيض كتب اذا جاءك
كتابي ثم اهل شهر فانت طالق • وان شاء كتب اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق للسنة لما بينا ان له ان يطلقها للسنة اذا كانت ممن لا تحيض في اي وقت شاء
قال وان كان لم يدخل بها ولم يخل بها فله ان يطلقها متى شاء خلافا لزفر رح وقد بينا وليس عليها عدة لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
فما لكم عليهن من عدة تعتدونها • قال مشايخنا رح وفي كتاب الله تعالى المتلو لا بهذه الصيغة بل المتلو • يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات
الاية ولكن هذا غلط وقع من الكاتب وترك كذلك • وان كان قد خلا بها طلقها وعدتها مثل الذي دخل بها لان الخلوة الصحيحة في حق حكم العدة
بمنزلة الدخول ومراعاة السنة في الطلاق لاجل العدة فتقام الخلوة فيه ايضا مقام الدخول • قال واذا طلق امراته وهي حائض فقد اخطأ السنة
والطلاق واقع عليها وعلى قول الروافض لا يقع • وفي الكتاب ذكر ردا عليهم فنؤخر الكلام فيه الى ذلك الموضع والقدر الذي نذكره هنا
حديث ابن عمر رض ان النبي عم قال لعمر رض مر ابنك فليراجعها والمراجعة تكون بعد وقوع الطلاق ولكنهم يدعون ان المروي فليرجعها وقد كان
اخرجها من بيته فانما امره ان يردها الى بيته وهذا باطل من الكلام فقد قيل لابن عمر رض هل احتسبت بتلك الطلقة فقال وما لي لا احتسب بها
وان عجزت واستحمقت اكان لا يقع طلاقي ولما ذكر لعمر رض في الشورى ابنه فقال سبحان الله اقلد امور المسلمين من لا يحسن طلاق امراته

فطلقها

طلقها في حالة الحيض فهو اشارة الى ان ذلك كان طلاقا كان رواه • وانه ينبغي للمرء ان يصون نفسه عن ذلك • قال ثم ينبغي ان يراجعها كما امر به رسول الله
صلى الله عليه وسلم • ولانه لو راجعها لم يبن منه بطلاق محظور ويندفع عنها ضرر تطويل العدة فاذا لم يراجعها كما امر به رسول الله صلى الله عليه وسلم
بانت منه بطلاق محظور ويتحقق معنى تطويل العدة فلهذا ينبغي له ان يراجعها • قال فاذا طهرت من حيضة اخرى ان شاء طلقها وهذا اشارة الى انها اذا طهرت
من هذه الحيضة لا يباح ايقاع الطلاق عليها • وذكر الطحاوي رح انه اذا طلقها في الحيض ثم طهرت من تلك الحيضة يباح ايقاع الطلاق عليها
وقيل ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة لان ذلك وقت السنة الطهر الذي لا جماع فيه وقد وجد • وما ذكر في الكتاب قولهما لان الفصل بين الطلاقين بحيضة
كاملة وذلك لا يكون اذا طهرت من هذه الحيضة • وحديث ابن [illegible] روي بروايتين من طريق مشهورة مر ابنك فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ليطلقها ان شاء فهو دليل قولهما • ومن طريق اخر مر ابنك فليراجعها فاذا حاضت وطهرت فليطلقها ان شاء • وهذا يحتمل بقية هذه الحيضة
كما هو قول ابي حنيفة • وكذلك ان طلقها في طهر قد جامعها فيه الكلام فيه كالكلام فيما اذا طلقها في حالة الحيض • قال ولو طلقها في طهر لم يجامعها فيه
واحدة وراجعها بالقول فاراد ان يطلقها اخرى في ذلك الطهر للسنة فله ذلك عند ابي حنيفة وزفر رح وليس له ذلك عند ابي يوسف وعن محمد رح
فيه روايتان فابو يوسف يقول شرط الفصل بين طلاقي السنة الحيضة الكاملة • كما قال عم فليطلقها في كل قرء تطليقة ولان ايقاع الطلاق في طهر
في المنع من تطليقة اخرى في ذلك الطهر كالجماع فكما لا يجوز له ان يطلقها بعد الجماع في طهر واحد فكذلك بعد الطلاق • وابو حنيفة يقول الفصل
بالحيض انما يعتبر اذا كانت الثانية تقع في العدة • وبالمراجعة قد ارتفعت العدة فكانت الثانية بمنزلة ابتداء الايقاع وقد حصل في طهر خال
لا جماع فيه ثم الرجعة تسقط جميع العدة ولو تخلل بين التطليقتين ما تسقط بعض العدة كانت الثانية واقعة على وجه السنة فاذا
ما يسقط جميع العدة اولى • وكذلك لو راجعها بالتقبيل والمس من شهوة حتى روي عن ابي حنيفة اذا كان لا حد امراته عن شهوة فقال لها
انت طالق ثلثا للسنة يقع عليها ثلاث تطليقات في الحال يتبع بعضها بعضا لان كل ما وقع عليها تطليقة صار مراجعا لها فيقع اخرى
فاذا راجعها بالجماع فان لم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر قد جامعها فيه • وان راجعها بالجماع فحبلت
عند ابي يوسف ليس له ان يطلقها اخرى لانه قد طلقها في هذا الطهر مرة • والطهر الواحد لا يكون محلا لاكثر من تطليقة واحدة على وجه السنة وعند
ابي حنيفة ومحمد وزفر رح له ان يطلقها اخرى لان العدة الاولى قد سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه امر العدة عليها
وذلك لا يوجد اذا حبلت وطهر الحبل بها • قال واذا طلق امراته واحدة بائنة فقد اخطأ السنة والطلاق واقع عليها • وفي زيادات الزيادات
قال التطليقة الثانية تقع بصفة السنة كالرجعية لان ابن ركانة رض طلق امراته البتة ولم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الطلاق
عليه بهذا اللفظ فلو كان خلاف السنة لانكر عليه كما انكر على ابن عمر رض • ولو اوقع بهذا اللفظ يكون بائنا • والدليل عليه ان الطلاق قبل الدخول
والخلع [illegible] يقع بائنا ولا يكون مكروها • فاما وجه ظاهر الرواية ان الابانة [illegible] الحاجة الى التقصي عن عهدة النكاح ولا حاجة الى الزيادة
صفة البينونة [illegible] كالزيادة [illegible] في العدد [illegible]
على نفسه عند الندم • وهذا بخلاف الخلع فانه يحتاج في ذلك [illegible] ان الخلع لا يكون
الا عند تحقق الحاجة • ولهذا روي عن ابي حنيفة انه لا يكره في حالة الحيض • والطلاق قبل الدخول لا يكون الا بائنا • والاولى ان [illegible]
[illegible] في حالة الحيض • [illegible] قبل الدخول بها • وقيل الدخول [illegible]
[illegible]

باب الرجعة

قال واذا طلقها واحدة في الطهر او في الحيض او بعد الجماع فهو بالخيار ان شاء راجعها ما دامت في العدة [illegible] ثم راجعها
وطلق حفصة رض ثم راجعها بالوطء • ويستوي ان طالت مدة العدة او قصرت لان النكاح بينهما باق ما بقيت العدة • وقد روي
ان علقمة رح طلق امراته فارتفع حيضها سبعة عشر شهرا ثم ماتت فورثه ابن مسعود رضي الله عنه منها • وقال الله تعالى [illegible]
[illegible] فاذا انقضت العدة قبل الرجعة فهو خاطب من الخطاب [illegible]
ان اتفقا على ذلك • واذا اراد ان يراجعها قبل انقضاء العدة [illegible] على رجعتها شاهدين [illegible]
على الرجعة مستحب عندنا • وفي احد قولي الشافعي رض [illegible] شرط [illegible]
من مذهبه فانه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا • ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
والامر للوجوب • ومذهبنا مروي عن ابن مسعود وعمار بن ياسر رضي الله عنهما ولان الرجعة استدامة النكاح والاشهاد ليس بشرط في استدامة النكاح

وبيانه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا وهو منع للمزيل من ان يعمل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون الاشهاد عليه شرطا كالفيء في الايلاء
والمراد بالاية الاستحباب ٭ الا ترى انه جمع بين الرجعة والفرقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد على الفرقة مستحب لا واجب
فكذلك على الرجعة وهو نظير قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم ثم البيع صحيح من غير اشهاد وليس في الرجعة عوض قليل ولا كثير
لانه استدامة للملك فلا يستدعي عوضا ولهذا لا يعتبر فيه رضاها ولا رضى المولى لان الله تعالى جعل الزوج احق بذلك
بقوله تعالى ٭ وبعولتهن احق بردهن في ذلك وانما يكون احق اذا استبد به والبعل هو الزوج ٭ وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعي
دليل بقاء الزوجية بينهما فالمفاعلة هي المجامعة ففيه اشارة الى ان وطيها حلال له وهو قول علمائنا رح ان الطلاق الرجعي
لا يحرم الوطي ولكن لا يستحب له ان يطاها قبل الاشهاد على الرجعة لانه سبب لاستباحة الوطي ٭ واستدل بقوله تعالى
ان ارادوا اصلاحا ٭ والاصلاح يكون بعد تمكن الفساد ولم يتمكن الفساد هنا بزوال اصل الملك عرفنا انه يمكن الفساد بحرمة
الوطي ٭ ويجوز ان تثبت حرمة الوطي مع قيام اصل الملك كمن كانت امته محرم عليه وطيها ٭ وان نفى الملك بعد الكتابة ولهذا قال
يلزمه مهر جديد بالوطي كما في المكاتبة ولانه هذا طلاق فوقع محرما الوطي كالبائن بقوله انت باين ٭ وتقريره ان الاقراء يحتسب بها
من العدة بعد الطلاق ومع بقاء ملك النكاح مطلقا لا يحتسب بالاقراء من العدة لان العدة لصيانة الماء وصون الماء بالنكاح
ابلغ منه بالعدة ٭ ولان العدة لتبين فراغ الرحم فيستحيل ان تكون هي مشغولة انما تبين فراغ رحمها ويكون الزوج مسلطا على شغل
رحمها ٭ والدليل عليه انها اذا جاءت بالولد لسنتين يجعل هذا من علوق الزوج قبل الطلاق ولو بقي الحل بينهما لكان نسند العلوق
الى اقرب الاوقات وهي ستة اشهر ٭ وحجتنا في ذلك ان الله تعالى سمى المراجعة امساكا وذلك استدامة للملك فدل ان الملك باق
على الاطلاق ٭ فملك النكاح ليس الا ملك الحل فانه لا يملك عينها ولا منافعها ومتى ملك النكاح مطلقا يكون دليل بقاء حل الوطي
الا بعارض يحرم به الوطي في ملك اليمين كالحيض والظهار واختلاف الدين وبكونها مطلقة لا يحرم الوطي بملك اليمين لانها لو كانت امة
فاشتراها بعد الطلاق كان له ان يطاها فكذلك لا يحرم الوطي في ملك النكاح ٭ والدليل على بقاء الملك مطلقا انه يملك التصرفات
كالظهار والايلاء واللعان فانهما يتوارثان وانه يملك الاعتياض بالخلع وملك الاعتياض لا يكون الا مع بقاء اصل الملك وانه بعد الرجعة
يحل له وطيها ٭ والرجعة ليست بسبب لحل الوطي مقصودا حتى لا يعتبر فيها المهر ولا رضاها ٭ والدليل عليه ان الطلاق يقع بعد الطلاق
فلو كان حكم الطلاق زوال الملك به معلقا بانقضاء العدة قبل الرجعة ٭ والمعلق بالشرط معدوم قبله فكذلك الاول لان الحكم الاصلي للطلاق
رفع الحل عن المحل اذا تم ثلثا واما زوال الملك بها ٭ وانما سمي الرجعة ردا واصلاحا لانه يعيدها بالرجعة الى الحالة الاولى لانها لا تبين
بانقضاء المدة لا لانه يعيدها الى الملك وملك النكاح ليس نظير ملك اليمين فان صفة الحل هناك تنفصل عن اصل الملك ابتداء وبقاء
مع ان المكاتبة صارت احق بنفسها بما التزمت من العوض وهنا الزوج احق بها دونها فهذا من المكاتبة ان لو طلقها بعوض ويكون الطلاق فيها
والوطي الحلال لا يكون دليل حرمة الوطي مع قيام الملك كما بعد الرجعة ٭ وان الطلاق يبقى واما الوطي حلال ٭ وهذا لان هذه
الازالة بطريق الاسقاط والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور اعادته ٭ والاحتساب بالاقراء من العدة لانه صار غير مرتدها
بالطلاق كمن وطي امته ثم اراد ان يبيعها يستبرئها مع قيام الملك والحل ٭ واسناد العلوق ايضا الى اقرب الاوقات جعلناه
مراجعا لها بالشك ٭ وهو بناء على مذهبنا ان جماعه اياها في العدة رجعة ٭ وعند الشافعي لا يكون رجعة واعتبر الرجعة
باصل النكاح بالفعل فكما لا يثبت اصل النكاح بالفعل فكذلك لا تثبت الرجعة ٭ وفي الحقيقة هذا ايضا بناء على ما تقدم
فان عنده الرجعة ايضا سبب لاستباحة الوطي ٭ ورفع الحل الواقع في الملك فلا يكون الا بالقول والجماع قبل الرجعة حرام
فلا يكون سببا للحل ٭ وعندنا الرجعة استدامة للملك ٭ فالفعل المختص بالملك يكون دليلا على استدامة الملك من القول
وهو نظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل ايضا من ان يعمل بعد انقضاء العدة ٭ وذلك يحصل بالجماع ٭ او نقول اكثر ما في الباب
انه ثبت ان الطلاق مزيل للملك ٭ ولكن المزيل متى ظهر واعقب خيارا للاستيفاء في مدة معلومة يصير مستنفيا للملك بالوطي
على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطيها صار بالوطي مستنفيا للملك بل اولى لان هناك ايضا يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهنا
لا يحتاج الى دفع الطلاق الواقع ٭ وكذلك لو قبلها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة او لمسها بشهوة لان هذه الافعال تختص بالملك
الموجب للحل كالوطي فكذلك في حكم الرجعة ايضا ٭ والاحسن ان يشهد شاهدين بعد ذلك ايضا ٭ هكذا قال ابن مسعود رض
حين سئل رضي الله عنه عن من طلق امراته ولم يعلمها حتى غشيها ٭ فقال رضي الله تعالى عنه طلقها لغير السنة وراجعها
على غير السنة وليشهد على ذلك شاهدين ٭ قال ولا يكون النظر الى شيء من جسدها سوى الفرج رجعة لان ذلك لا يختص بالملك

ولانه لا يثبت به حرمة المصاهرة ٭ ولان النظر الى الفرج نوع استمتاع فان النظر الى   اما لحسنه او للاستمتاع
وليس في الفرج معنى الحسن فكان النظر اليه استمتاعا بخلاف ساير الاعضاء ٭ والنظر الى الفرج بغير شهوة لا يكون رجعة لانه غير مختص
بالملك فان القابلة تنظر والخافضة كذلك فاما اذا قبلته بشهوة او نظرت الى فرجه بشهوة تثبت به الرجعة عند ابي حنيفة ومحمد رح
ولا يثبت عند ابي يوسف لان هذا الفعل من الزوج دليل استيفاء الملك وليس لها ولاية استيفاء الملك فلا يكون فعلها رجعة وابو حنيفة
قالا فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله بها فكذلك في الرجعة ثم فرق ابو يوسف رح في ظاهر
الرواية بين هذا وبين الخيار فقال الامة اذا فعلت ذلك بالبايع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وهنا لا يكون رجعة منها لان اسقاط الخيار
قد يحصل بفعلها وهو ما اذا جنت على نفسها او قبلت نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط ٭ وقد روى بشر عن ابي يوسف التسوية بين الفصلين
فقال لا يسقط هنا الخيار بفعلها ومحمد رح فرق فقال هناك لا يسقط الخيار بفعلها لما فيه من فسخ البيع اذا كان الخيار للبايع واثبات
الملك ان كان الخيار للمشتري وهنا ليس في الرجعة فسخ السبب ولا اثبات الملك ٭ ولكن انما تثبت الرجعة بفعلها اذا اقر الزوج انها فعلت
ذلك بشهوة ٭ فاما اذا ادعت هي وانكر الزوج لا تثبت به الرجعة ٭ وكذلك ان شهد شاهدان انها فعلت ذلك بشهوة لان الشهود
لا يعرفون ذلك الا بقولها وقولها غير مقبول اذا انكرها الزوج قال وتعليق الرجعة بالشرط باطل ٭ وكذلك الاضافة الى وقت حتى اذا قال
راجعتك غدا او اذا جاء غد فهو باطل لانه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كاصل النكاح وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز
ان يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق وهو نظير الاذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لانه اطلاق ورفع القيد والحجر عن العبد
وعن التوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لانه تقييد ٭ قال وان قال كنت راجعتك امس صدق ان كانت في العدة بعد لانه اخبر عما يملك استينافه
وهذا لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فاذا كان يملك مباشرته في الحال تنتفي تهمة الكذب عن خبره واذا كان لا يملك مباشرته
يتمكن تهمة الكذب في خبره وهو كالوكيل بالبيع اذا قال قبل العزل كنت بعته من فلان يصدق بخلاف ما لو قال بعد العزل فان صدقته المراة
في اخباره بعد انقضاء العدة كان مصدقا لان الحق لا يعدوهما وتصادقهما على الرجعة كتصادقهما على اصل النكاح ٭ قال
واذا طهرت من الحيضة الثالثة غير انها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها ٭ وهذا اذا كان ايامها دون العشرة فاما اذا كان ايامها عشرة
فقد تيقنا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم فاذا كان ايامها دون العشرة لم يتيقن به لجواز ان يعاودها الدم فيكون ذلك حيضا
اذا لم يجاوز العشرة ٭ وقد قال الصحابة رض الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل وما لم تحل لها الصلاة وحل الصلاة يكون بالاغتسال
واذا اخرت الغسل حتى ذهب وقت صلاة من الصلوات انقطع حق الرجعة عندنا ولا ينقطع عند زفر عملا بقول الصحابة رض ما لم تحل لها
الصلاة وحل الصلاة ولبقاء توهم معاودة الدم وكونه حيضا ٭ ولكنا نقول بذهاب الوقت صارت الصلاة دينا في ذمتها وذلك
من خواص احكام الطاهرات فاذا انضم الى ذلك الانقطاع يقوى به الاغتسال ولا يعتبر توهم معاودة الدم بعد ذلك كما لا يعتبر بعد الاغتسال
وقيل في معنى قول الصحابة رض حتى تحل لها الصلاة اي تجب عليها الصلاة بان يلزمها بذهاب الوقت وهو نظير قوله اولئك لهم اللعنة
اي عليهم اللعنة اذا ابتلوا اخرت الصلاة شهرا طمعا في ان يراجعها الزوج اكان يبقى للرجعة الى هذه المدة هذا قبيح فاذا انقضت عدتها
ثم اقام الزوج البينة انه قال في عدتها قد راجعتها او انه قال قد جامعتها كانت له الرجعة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ومن
اعجب المسايل فانه يثبت اقراره بنفسه بالبينة بما لو اقر به في الحال لم يكن مقبولا منه وان لم يكن له بينة وكذبته المراة فاراد ان يستحلفها
فلا يمين عليها في قول ابي حنيفة ٭ وقال ابو يوسف ومحمد رح عليها اليمين لان هذا استحلاف في الرجعة وابو حنيفة رح لا يرى ذلك
على ما بيناه في النكاح فان قيل اليس انها لو ادعت انقضاء عدتها تستحلف في ذلك ثم لو نكلت كان للزوج ان يراجعها ٭ قلنا ذلك
استحلاف في العدة فاذا نكلت ثبت بقاء العدة وهي محل الرجعة وهذا استحلاف في نفس الرجعة والخلوة بالمعتدة ليست برجعة لانها لا تختص
بالملك فانه يحل للرجل ان يخلو بذوات محارمه فلا يكون ذلك دليل استدامة الملك ٭ قال ولو كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهي امراته
لانه في ايقاع مستبد به وكذلك في الرجعة فانه استدامة لملكه ولا يلزمها به شيء فلا معتبر بعلمها فيه ٭ ولكنه اساء فيما صنع حين ترك
الاشهاد على الرجعة وهو مستحب ٭ قال بلغنا عن ابن عمر رض انه كان اذا اراد ان يراجع امراته لم يدخل عليها حتى يشهد ٭ قال
واذا قال زوج المعتدة لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فالقول قولها عند ابي حنيفة ولا تثبت الرجعة وعندهما القول
قول الزوج والرجعة صحيحة لانها صادفت العدة لان عدتها باقية بالعدة ما لم تخبر بالانقضاء ٭ وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء
فصحت الرجعة وسقطت العدة فانما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة كما لو سكتت
ساعة ثم اخبرت ولانها متهمة صارت في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك

قال الوكيل كنت بعته وابو حنيفة يقول الرجعة تصادفت حال انقضاء العدة فلا تصح لان انقضاء العدة ليس بعدة مطلقة
وشرط الرجعة ان تكون في عدة مطلقة ❁ وبيانه انها امينة في الاخبار ولا يمكنها ان تخبر الا بعد الانقضاء فاذا اخبرت مجيبة للزوج عرفنا
ضرورة ان الانقضاء سابق فيصير كانه قال الزوج راجعتك بخلاف ما اذا سكتت ساعة فان اقرب الاحوال للانقضاء حال سكوتها
ولا يقال التصادف الرجعة حال انقضاء العدة نادر لان انقضاء العدة لا بد ان يوافق حاله فتارة يوافق كلها وتارة يوافق قول الزوج
راجعتك وان يكن ما هو نادر وهو رجعة الزوج في هذه الحالة ❁ وانما يصير متهمة اذا فرطت في الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها هنا
لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط في الاخبار لان بيعه كان قبل العزل لا مع العزل ولم يذكر في الكتاب
اذا قال لها فطلقتك حال مجيبة له قد انقضت عدتي قيل هو على الاختلاف ولا يقع الطلاق عند ابي حنيفة كما لو قال لها انت طالق
مع انقضاء عدتك ❁ والاصح انه يقع لاقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتك في العدة كان مصدقا في ذلك
بخلاف الرجعة ❁ قال واذا قال التوارث قائم بين الزوج والمعتدة من طلاق رجعي لان الزوجية بينهما قائمة ❁ وانما انتهى بالموت وهو سبب
التوارث ويستوي فيه التطليقة والتطليقتان ويملك مراجعة المرأة الكتابية والمملوكة من عدتها مثل ما يملكه على الحرة المسلمة لانها
استدامة للملك كما قلنا ❁ والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة في الطلاق والعدة لبقاء الرق المنصف ❁ قال واذا قال
زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد القول قول الزوج لان بضعها مملوك للمولى وبين المولى فيها بمنزلة الحرة من نفسها حتى يصح تزويجه اياها واقراره بالنكاح عليها
فكذلك اقراره بالرجعة بمنزلة اقرار الحرة على نفسها به ❁ وابو حنيفة يقول الرجعة ينبني على سبب لا قول للمولى فيه وهو قيام العدة ❁
فان القول في العدة قولها في البقاء والانقضاء دون المولى فكذلك فيما ينبني عليه ❁ يوضحه ان صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى
عند ذلك في البضع ولا تصرف فكان القول فيه قولها بخلاف التزويج والاقرار به عليها ولو كانت هي التي صدقت الزوج وكذبه المولى
لا تثبت الرجعة ❁ اما عندهما فظاهر وعند ابي حنيفة لان بضعها في الحال خالص حق المولى فان عدتها منقضية فلهذا لا يقبل قولها
في ذلك قال والمعتدة من طلاق رجعي تتشوف وتتزين له لان الزوجية بينهما وهو مندوب الى ان يراجعها والتشوف له يرغبه في ذلك
فلما كان من شانه ان لا يراجعها فاحسن له ان يعلمها بدخوله عليها بالتنحنح وخفق النعل كي تتأهب لدخوله الا ان الدخول عليها
بغير الاستيذان حرام ولكن المرأة في بيتها في ثياب مهنتها فربما يقع بصره على فرجها وتقترن به الشهوة فيصير مراجعا بغير شهود وذلك مكروه
واذا صار مراجعا ولبس من قصده امساكها احتاج الى ان يطلقها وبيتها تطاول العدة فيكون اضرارا بها من حيث العدة ولهذا قال
اكره ان يراها متجردة اذا كان لا يريد رجعتها ❁ وان رآها لم يكن عليه شيء لان ما فوق الرؤية وهو المس ان حلال له ❁ قال واذا كانت معتدة
من طليقة بائنة او فرقة بخلع او ايلاء او لعان او اختيارها امر نفسها او بالامر باليد مع المزيل من يجعل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون
الاشهاد عليه شرطا كما في الايلاء والمراد بالاية الاستحباب ❁ الا ترى انه جمع بين الرجعة والفرقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد
على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة وهو نظير قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم ثم البيع صحيح من غير اشهاد وليس في الرجعة
عوض لا قليل ولا كثير لانه استدامة الملك فلا يستدعي عوضا ولهذا لا يعتبر فيه رضاها ولا رضى الولي لان الله تعالى جعل الزوج
احق بذلك ❁ بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وانما يكون احق اذا استبد به والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق
الرجعي ❁ دليل بقاء الزوجية بينهما والمفاعلة هي المجامعة فيه اشارة الى ان وطئها حلال له وهو قول علمائنا رحمهم الله ان الطلاق الرجعي
لا يحرم الوطئ ولكن لا يستحب له ان يطأها قبل الاشهاد على الرجعة لانه سبب لاستباحة الوطئ ❁ واستدل بقوله تعالى ان ارادوا
اصلاحا ❁ والاصلاح يكون بعد تمكن الفساد بحرمة الوطئ ويجوز ان تثبت حرمة الوطئ مع قيام اصل الملك كمن كاتب امته يحرم عليه
وطئها وان بقي الملك بعد الكتابة ولهذا قال يلزمه مهر جديد بالوطئ كما في المكاتبة ولان هذا طلاق واقع فيحرم الوطئ كما لو وقع بقوله
انت بائن وتقرير انا لا نقر رجعيتين بقاء من العدة بعد الطلاق وبقاء ملك النكاح مطلقا لا يحتسب بالاقراء من العدة بعد الطلاق ❁
لان العدة لصيانة الماء المصون بالنكاح ابلغ منه بالعدة ولان العدة لتبيين فراغ الرحم فيستحيل ان تكون هي مشغولة انما تبين فراغ
رحمها ويكون الزوج مسلطا على شغل رحمها ❁ والدليل عليه انها اذا جاءت بالولد الى سنتين يحمل هذا من علوق قبل الطلاق ولو بقي
الحل بينهما لكان يستند العلوق منها الى اقرب الاوقات وهي ستة اشهر ❁ وحجتنا في ذلك ان الله تعالى سمى المراجعة امساكا وذلك
استدامة للملك فدل ان الملك باق على الاطلاق فيدل على بقاء الحل لان ملك النكاح ليس الا ملك الحل فلانه لا يملك عينها ولا منافعها فبقاء ملك النكاح مطلقا
يكون دليل بقاء حل الوطئ لا محالة ضرورة ان حرمة الوطئ في ملك اليمين كالحيض والظهار واختلاف الدين وكونها مطلقة لا يحرم الوطئ بحكم الملك

غلط من غير عمد

لانها

او ما اشبه ذلك فلا رجعة له عليها لان حكم الرجعة عرفناه بالنص بخلاف القياس والنص ورد في مطلق الطلاق ففي الطلاق المقيد بصفة
البينونة على اصل القياس وهذا لان كونها ثابتا في ملك النكاح والمتنافيان لا يجتمعان فاذا اثبتنا البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها
وفي الخلع انما التزمت العوض للتخلص عن الزوج وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة ❁ قال واذا كان الطلاق بعد الخلوة
وهو يقول لم ادخل بها فلا رجعة له لانه مقر بالبينونة وسقوط حقه في الرجعة واقراره على نفسه صحيح ولان الخلوة انما تجعل
تسليما في حق المهر لدفع الضرر عنها وذلك المعنى لا يوجد في الرجعة لانها حق الزوج وهو متمكن من غشيانها ❁ قال وان كانت
حين خلا بها حائضا او صائما في رمضان او محرمة او رتقاء فلا رجعة له عليها لان الخلوة فاسدة في هذه الاحوال فاذا كان حق الرجعة
لا تثبت به الخلوة الصحيحة فبالفاسدة اولى وعليه نصف المهر الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول جميع المهر لان عليها العدة بالاتفاق ○
ولكنا نقول في العدة معنى حق الشرع ومما منعنا من ذلك فاما المهر حقها فيفصل فيه بين الخلوة الصحيحة والفاسدة ❁ وقد بينا
فصول الخلوة في كتاب النكاح ❁ قال وان كان عنينا او مجنونا او خصيا فخلا بها ولم يدخل بها فلا رجعة له عليها لانه لو كان فحلا ولم يدخل بها
فلا رجعة له عليها لانه لو كان فحلا ولم يدخل بها لم يكن له حق المراجعة في العدة فاذا كان المانع من الدخول ظاهرا فيه اولى ان لا يكون له حق المراجعة
في العدة ❁ قال واذا ادعى الزوج الدخول بها وانكرته المرأة فلا رجعة لان الظاهر شاهد له لان الظاهر من حال العاقل انه متى خلا بالحلال
التي يحل له ترى عليها فان قيل الظاهر حجة لدفع الاستحقاق والزوج انما يريد استحقاق الرجعة بقوله قلنا لا كذلك بل الزوج انما يستبقي
ملكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفي لذلك قال وان لم يخل بها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها لانه يدعي عارضا
لا يعرف سببه ولانه لا عدة له عليها في هذه الحالة فان انكارها سبب العدة كانكارها والرجعة لا تكون الا في العدة ❁ قال
واذا قالت ان عدتي قد انقضت وذلك في الوقت لا تحيض فيه ثلاث حيض لم تصدق على ذلك لان الامين انما يقبل خبره اذا لم يكن مستحيلا
او مستنكرا فاذا اخبرت بما هو مستحيل او مستنكر لم تصدق في خبرها ثم بين ادنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران في قول ابي حنيفة وتسعة
وثلثون يوما في قولهما وقد بينا هذه المسألة بفروعها في آخر كتاب الحيض ❁ قال واذا قالت قد سقطت سقطا مستبين الخلق وبعض الخلق
صدقت على ذلك لانها مسلطة امينة في الاخبار بما في رحمها ❁ قال الله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن والنهي عن الكتمان
امر بالاظهار ❁ وقال ابي بن كعب رضي الله عنه من الامانة ان تؤتمن المرأة على ما في رحمها فاذا اخبرت بذلك وكان محتملا قبول خبرها من غير بينة
وان اتهمها الزوج حلفها قال وكل سقط لم يستبين خلقه لا تنقضي به العدة لانه ليس له حكم الولد بل هو كالدم المتجمد وعند الشافعي يمتحن
بالماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد ولكن هذا من باب الطب لا من باب الفقه وقد بيناه في كتاب الحيض قال واذا قالت بعد مضي
شهرين قد انقضت عدتي وقال الزوج قد اخبرتني امس انها لم تحض شيئا فان كذبته المرأة فالقول قولها مع يمينها لانه يدعي عليها ما لا يعرف
سببه وهي تنكر ذلك وقد ظهر انقضاء العدة بخبرها وان صدقته في ذلك فله ان يراجعها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة ○
وبعدما اخبرت امس انها لم تحض شيئا اخبارها في اليوم بانقضاء العدة مستحيل ولان الحق لهما لا يعدوهما وقد تصادقا على قيام الرجعة
بينهما ❁ قال وان كانت تعتد بالشهور لصغر او اياس فحاضت تنقض ما مضى من عدتها بالشهور وكان عليها ثلاث حيض ❁ اما الآيسة
فظاهر لانها لما حاضت تبين انها لم تكن آيسة وانما كانت ممتدا طهرها ❁ واما في الصغيرة اذا حاضت فلانها قدرت على الاصل قبل ○
حصول المقصود بالبدل والقدرة على الاصل تمنع اعتبار البدل ولا يكمل مع الاصل لانهما لا يلتفتان فلا بد من الاستيناف
وعلى هذا قالوا لو طلقها تطليقة فحاضت وطهرت قبل مضي الشهر له ان يطلقها اخرى لان الفصل بالشهر بين الطلاقين كان بعد ظهور الحيض
قال وكذلك لو حاضت ثم ايست عن الحيض اعتدت بالشهور ثلاثة اشهر بعد الحيضة لانه لا كمال الاصل بالبدل غير ممكن فلا بد من اعتبار البدل
الطاهر فيه واذا بلغت من السن ما لا يحيض مثلها وهي لا ترى الدم فالظاهر انها آيسة ولم يقدر السن في الكتاب وقد روي عن محمد
التقدير بخمسين سنة ❁ وفي رواية بستين سنة وفصل بين الروميات والخراسانيات ففي الروميات التقدير بخمسين سنة لان الهرم
يسرع اليهن ❁ وفي الخراسانيات بستين سنة واكثر مشايخنا على التقدير بالزيادة على خمسين سنة فقد قالت عائشة رضي الله عنها اذا جاوزت
المرأة خمسين سنة لم تر في بطنها قرة عين ❁ قال واذا طلق الرجل امرأته طلقة واحدة ثم راجعها في الحيضة الثانية ثم طلقها بعد الطهر
بعد الطهر وتركها حتى حاضت الثالثة ثم راجعها ثم طلقها بعد الطهر فعليها العدة بعد التطليقة الثالثة ثلاث حيض لان الرجعة قد صحت
لمصادفتها العدة فاذا طلقها كان عليها عدة مستقبلة وقد اساء فيما صنع لانه طول العدة عليها ❁ وجاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في تأويل قوله تعالى
ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا انه نزل فيهن كما ذكرنا ❁ واما قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن انما نزلت فيما اذا خطبها الزوج
بعد انقضاء عدتها وابى اولياؤها ان يزوجوها ❁ قال واذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة غير انه بقي منها عضو لم يصبها الماء

فالزوج يملك الرجعة ولو بقي ما دون العضو لم يكن للزوج عليها رجعة • قال هذا والاول سواء غير اني استحسن ولم يذكر في الكتاب ايضا موضع القياس والاستحسان وقيل عند ابي يوسف القياس والاستحسان في العضو الكامل وفي اللمعة القياس ينقطع لانها مغتسلة وقد اكثر البدن وللاكثر حكم الكل • وفي الاستحسان لا ينقطع لان العضو الكامل ورد الخطاب بتطهيره شرعا فبقاؤه كبقاء جميع البدن ولان العضو الكامل لا يقع الاغفال عنه عادة ولا يسرع اليه الجفاف عادة بخلاف ما دونه وعند محمد القياس والاستحسان فيما دون العضو في القياس تبقى الرجعة لبقاء حكم الحدث كما قال عم تحت كل شعرة جنابة ولانه لم تحل لها الصلاة فكان بمنزلة ما لو بقي عضو كامل سواء وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لان ما دون العضو لقلته فيتسرع اليه الجفاف فلا يتيقن بعدم اصابة الماء فلهذا يؤخذ فيه بالاحتياط فتنقطع به الرجعة ولكن لا يحل لها ان تتزوج حتى تغتسل ذلك الموضع احتياطا لان الماء لم يصل الى ذلك الموضع من حيث الظاهر قال ولو تركت المضمضة والاستنشاق في الاغتسال لا ينقطع عند ابي يوسف لبقاء عضو كامل وينقطع عند محمد احتياطا لشبهة اختلاف العلماء رح فان من الناس من يقول المضمضة والاستنشاق في الاغتسال سنة فكان الاحتياط في قطع الرجعة قال واذا لم تجد الماء بعد ما طهرت وايامها دون العشرة فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعا فقد انقطعت الرجعة لانا حكمنا بطهارتها حين جوزنا صلوتها بالتيمم فهو بمنزلة ما لو مضى عليها وقت صلوة وهناك تنقطع الرجعة فهنا كذلك • واذا وجدت الماء بعد هذا اغتسلت ولم يعد حق الرجعة لان صلوتها تلك بقيت مجزية • وهذا بخلاف ما اذا عاودها الدم لان بمعاودة الدم تبين ان الانقطاع لم يكن طهرا وبوجود الماء لا يتبين ذلك فاذا تيممت ولم تصل فللزوج عليها حق الرجعة في قول ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا • وفي قول محمد قد انقطعت الرجعة وهو القياس لان عدم الماء يجعل بمنزلة الاغتسال عند وجود الماء فيما بني منه على الاحتياط بدليل حل اداء الصلاة لها وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة تنقطع الرجعة منها احتياطا وان لم تحل لها اداء الصلاة ففي هذين الموضعين فهنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلاة • وهذا لان التيمم طهارة عند عدم الماء • قال الله تعالى ولكن يريد ليطهركم فاذا اتت به لم تبق مخاطبة بالتطهير فتنقطع الرجعة كالنصرانية تحت مسلم اذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة انقطعت الرجعة بنفس الانقطاع • وبيانه انه لا يرتفع الحدث بيقين حتى ان المتيمم اذا وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق ولانه في الحقيقة تلويث وتغبير وهو ضد التطهير وانما جعل طهارة حكما لضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها موقتة • والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة فكان طهارة في حكم الصلاة وفيما هو من توابع الصلاة خاصة كدخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حق الرجعة عند عدم الماء كهو عند وجود الماء • يوضحه ان التيمم مشروع لمقصود وهو اداء الصلاة لا لدفع الحدث ولهذا لا يؤمر به قبل دخول الوقت وفي الوقت ايضا ينتظر اخر الوقت وما كان مشروعا لمقصود فقبل انضمام ذلك المقصود اليه كان ضعيفا فلا يزول به الملك كشهادة الشاهدين على الطلاق لما كان لمقصود وهو قضاء القاضي به فما لم ينضم اليه القضاء لا يكون مزيلا للملك وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة قوية في نفسها • والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانها طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكن يؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلاة احتياطا لاشتباه الادلة في طهارة الماء واذا ثبت ان الطهارة قوية جاء موضع الاحتياط فقلنا بانه تنقطع الرجعة احتياطا ولا تحل للازواج حتى تغتسل بماء اخر وتتيمم وتصلي لاحتمال النجاسة في ذلك الماء احتياطا • وهذا بخلاف النصرانية فانه ليس عليها الاغتسال اصلا فكان نفس الانقطاع طهارة قوية في نفسها • وهنا الاغتسال واجب عليها بعد التيمم وانما تعذر للعجز ولم يذكر في الكتاب اذا تيممت وشرعت في الصلاة والصحيح عند ابي حنيفة وابي يوسف ان الرجعة لا تنقطع ما لم تفرغ من الصلاة لان الحال بعد شروعها في الصلوة كالحال قبله • الا ترى انها اذا رأت الماء لا يبقى لتيممها اثر بخلاف ما بعد الفراغ فانها وان رأت الماء تبقى صلوتها مجزية • وتأويل حديث ابن مسعود رض الزوج احق برجعتها ما لم تحل الصلاة لها وحل الصلاة بالاغتسال فانه صح من مذهبه انه كان لا يرى التيمم للجنب والحائض وان لم يجد الماء شهرا

باب العدة

قد بينا عدة ذات القروء والآيسة والصغيرة اذا كانت حرة او امة فاما عدة الوفاة فانها لا تجب الا عن نكاح صحيح ويستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها صغيرة كانت او كبيرة حرة اذا كانت حرة مسلمة او كتابية تحت مسلم فعدتها ما قال الله تعالى

والذين

والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا • وقوله ويذرون ازواجا بيان انها لا تجب الا بنكاح صحيح لان اسم الزوجية مطلقا لا يكون الا بعد صحة النكاح ويستوي في هذا الاسم المدخول بها وغير المدخول بها وهذا لان العدة محض حق النكاح لان النكاح بالموت ينتهي فانه يعقد للعمر ومضي مدة العمر ينهيه فتجب العدة حقا من حقوقه وبين السلف رح فيه خلاف في اربعة فصول احدها ان منهم من يقول لها عدتان الاطول وهو الحول والاقصر وهو اربعة اشهر وعشر • كما قال الله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن بعد اربعة اشهر وعشر فلا جناح عليكم ففي هذا بيان ان العدة الكاملة هي الحول وان اكتفت باربعة اشهر وعشر فلا جناح عليكم رخصة لها • ولكنا نقول هذه الاية منسوخة وهذا حكم كان في الابتداء ان على الزوج ان يوصي لها بالنفقة والسكنى الى الحول وقد نسخ ذلك بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا • والدليل عليه ما روي ان المتوفى عنها زوجها لما جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال قال عم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها حولا ثم خرجت فرمت كلبا ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا • والثاني ان المعتبر عشرة ايام وعشر ليال فلما قال هنا وعشرا عرفنا ان المراد الليالي • ولكنا نقول هو كذلك الا ان ذكر احد العددين من الايام والليالي بعبارة الجمع تقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وقد بينا هذا في باب الاعتكاف • والثالث ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها عندنا وهو قول ابن عمر وابن مسعود رض وكان علي رض يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع او باربعة اشهر وعشر لان قوله واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن يوجب عليها العدة بوضع الحمل • وقوله يتربصن بانفسهن يوجب عليها الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا ولو وضعت قبل اربعة اشهر وعشر فليس لها ان تتزوج لان امر العدة مبني على الاحتياط ولكن صح عن ابن عمر وابن مسعود رض ان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن قاضية على قوله يتربصن بانفسهن حتى قال ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى واولات الاحمال اجلهن نزلت بعد قوله اربعة اشهر وعشرا فليس لها ان تتزوج لان امر العدة مبني على الاحتياط التي في سورة البقرة • وقال عمر رض لو وضعت ما في بطنها وزوجها على سريره لانقضت عدتها • والدليل عليه حديث سبيعة بنت الحارث الاسلمية فانها وضعت ما في بطنها بعد موت زوجها ببضعة ايام فسألت ابا السنابل ايحل لها ان تتزوج فقال لا حتى يبلغ الكتاب اجله فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بما قال ابو السنابل فقال عم كذب ابو السنابل قد بلغ الكتاب اجله اذا اردت النكاح فاذنيني وانما اشتبه على علي رض لان الوضع تبين فراغ الرحم • وفي التربص باربعة اشهر وعشر لا عبرة لشغل الرحم حتى يستوي فيها الصغيرة والكبيرة بخلاف عدة الطلاق • ولكنا نقول اصل العدة مشروع لبراءة الرحم وتمام ذلك بوضع الحمل فيخرج الحامل لا يعتبر شيء اخر باي سبب وجبت عليها • والرابع ان عدة الوفاة تعتبر من وقت موت الزوج عندنا • وهو قول ابن مسعود وابن عباس رض وكان علي رض يقول من حين تعلم بموته حتى اذا مات الزوج في السفر فاتاها الخبر بعد مضي مدة العدة عند علي يلزمها عدة مستأنفة لان عليها الحداد في عدة الوفاة ولا يمكنها اقامة سنة الحداد الا بعد العلم بموته ولان العدة تجب بطريق العبادة فلا بد من علمها بالسبب لتكون مؤدية للعبادة • ولكنا نقول العدة مجرد مضي المدة وذلك يتحقق بدون علمها فهو وعدة الطلاق سواء واكثر ما في الباب انها لم تقم سنة الحداد ولكن ذلك لا يمنع من انقضاء العدة كما لو كانت عالمة بموت الزوج ومعنى العبادة في العدة تبع مقصود • الا ترى انها تجب على الكتابية تحت مسلم وهي لا تخاطب بالعبادات • قال والمتوفى عنها زوجها ان كانت امة او مكاتبة او ام ولد فان كانت حائلا فعدتها شهران وخمسة لان الرق منصف للعدة كما بينا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لان مدة الحبل لا تحتمل التنصيف فان شيئا من المقصود وهو براءة الرحم لا يحصل قبل وضع الحمل • قال ولا ينبغي للمطلقة ثلثا او واحدة بائنة او رجعية ان تخرج من بيتها ليلا او نهارا حتى تنقضي عدتها لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة قال ابراهيم رح الفاحشة خروجها من بيتها وبه اخذ ابو حنيفة رح • وقال ابن مسعود رض الفاحشة ان تزني فتخرج لاقامة الحد وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس رض الفاحشة نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وما قاله ابن مسعود هو الاصح فانه جعل الفاحشة غاية والشيء لا يجعل غاية لنفسه وما ذكره ابراهيم يحتمل ايضا • والمعنى انه لا يكون خروجها فاحشة كما يقال لا تسب النبي عم الا ان تكون كافرا ولا تزن الا ان تكون فاسقا وعلى هذا لا تخرج لسفر ولا لغيره لان الامتناع من الخروج مؤقت بالعدة تفوت بمضيها • والخروج للحج لا يفوتها فتقدم ما يفوت على ما لا يفوت • واما المتوفى عنها زوجها فلها ان تخرج بالنهار لحوائجها • ولكنها لا تبيت في غير منزلها لما روي ان فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري رض جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة زوجها تستأذنه ان تعتد في بني خدرة فقال عم امكثي في بيتك حتى تنقضي عدتك

ولم ينكر عليها خروجها الا استفتا ، وعن علقمة رضي الله عنه ان اللاتي توفي عنهن ازواجهن شكون الى ابن مسعود الوحشة فرخص لهن ان يتزاورن
ولا يبتن في غير منازلهن والمعنى فيه انه لا نفقة في هذه العدة على زوجها فهي تحتاج الى الخروج لحوائجها بالنهار وتحصل ما تنفق على نفسها
بخلاف المطلقة فانها مكفية المونة ونفقتها على زوجها على اي وجه وقعت الفرقة بالطلاق فلا حاجة لها الى الخروج وان كانت
ابرات زوجها في الخلع فهي التي اضرت بنفسها فلا تعتبر ذلك ، وذكر ابن سماعة عن محمد رح ان المتوفى عنها زوجها لها ان تبيت في غير منزلها
اقل من نصف الليل وهذا صحيح لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها ، والبيتوتة في جميعها لانها ما كانت ممنوعة عن الخروج
في حال النكاح والمنع في العدة على ذلك يبتني وهذا لان خدمتها حق مولاها والمنع عن الخروج اما لحق الشرع او لحق الزوج وحق المولى
في الخدمة مقدم على ذلك كله ، والمكاتبة تخرج للاكتساب وفي كسبها حق المولى اما ان تستوفي منه بدل الكتابة او تخلص له اذا عجزت
والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة وكذلك الكتابية تحت مسلم اما في الطلاق الرجعي للزوج ان يمنعها من الخروج لقيام النكاح
واما في الطلاق البائن فان منعها الزوج عن الخروج فله ذلك تحصينا لمائه ، ولكيلا يلحق به نسب ليس منه وهي معنى قوله لا تدري
لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي ولدا ، واما اذا كان لا يمنعها الزوج فلها ان تخرج وكذلك في عدة الوفاة لها ان تبيت في غير منزلها
لان المنع لحق الشرع وهي لا تخاطب بذلك ، واليه اشار فقال لان ما فيها من الشرك اعظم من الخروج في العدة فان كانت صبية فلها
ان تخرج لانها لا تخاطب بما هو اعظم من هذا من حقوق الشرع كالصلوات والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن لانه لم يبق
له عليها ملك ولا يتوهم الحبل قالوا الا ان تكون مراهقة يتوهم ان تحبل فحينئذ هي كالكتابية ، واما الطلاق الرجعي فهي لا تخرج
الا باذن الزوج لبقاء ملك النكاح عليها ، قال واذا كانت المراة في بيت مع زوجها بكراء فطلقها فيه فالكراء على زوجها حتى تنقضي
عدتها لان السكنى عليه والكراء مونة السكنى فيكون عليه كما في حال قيام النكاح فان اخرجها اهل الميراث فهي في سعة من التحول
لان الحق لهم في منزلهم وهي لا تقدر على القيام مع الاخراج فيكون لها ذلك عذرا في التحول كما اذا انهدم المنزل فاما في عدة الوفاة اجر
المنزل عليها لانها لا تستوجب على زوجها السكنى كما لا تستوجب النفقة فان مكنها اهل المنزل بالمقام بالكراء وهي تقدر على ذلك
فعليها ان تسكن في نصيبها من العدة ولا تخلوا بها من ليس بمحرم لها من ورثة الزوج وان كان نصيبها مما لا يكفيها فان رضي ورثة الزوج
ان تسكن فيه سكنت وان ابوا كانت في سعة من التحول للعذر وان كانت في منزل تخوف على نفسها او مالها وليس معها رجل كانت في سعة
من الرحلة لان المقام مع الخوف لا يمكن وفي المقام ضرر عليها في نفسها وما لها وذلك عذر في سقاط حق الشرع كما لو كان بينه وبين المال
سبع او عدو ولو كانت بالسواد فدخل عليها الخوف من سلطان او غيره كانت في سعة من التحول لانها تتمكن من ازالة الخوف
وهنا بالتحول الى المصر ولو كان زال الخوف بالتحول من منزل الى منزل كان لها ان تتحول فكذلك اذا كان بالتحول الى المصر ، قال واذا طلقها
وهي في بيت اهلها او غيرهم زايرة كان عليها ان تعود الى منزل زوجها حتى تعتد فيه سوا كان زوجها معها او لم يكن لان الواجب عليها
المقام في منزل مضاف اليها ، قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والاضافة اليها بكونها ساكنة فيه الى وقت الفرقة
وهذا المنزل الذي هي فيه زايرة ليس بمضاف اليها فعليها ان تعود الى المنزل الذي كانت ساكنة فيه لتتمكن من اقامة حق الشرع
ولو سافر بها ثم طلقها فان كان الطلاق رجعيا فهي لا تفارق زوجها لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح فاما اذا طلقها
طلاقا رجعيا في منزلها فليس له ان يسافر بها قبل الرجعة عندنا وله ذلك عند زفر رح قيل هذا بنا على ان السفر بها رجعة
عند زفر لانه دليل استدامة الملك كالتقبيل والمس بشهوة ، وعندنا لا يكون السفر بها رجعة لانه غير مختص بالملك
كالخلوة فهي مسئلة مبتداة فهو يقول الحل والنكاح بينهما قايم فله ان يسافر بها ، ولكنا نقول هي معتدة والمعتدة ممنوعة من انشاء
السفر مع زوجها كما يمنع من انشاء السفر مع المحرم وربما تنقضي عدتها في الطريق فتبقى بغير محرم ولا زوج واما في الطلاق البائن
فان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبينها وبين منزلها كذلك فعليها ان ترجع الى منزلها لانها كما رجعت تصير مقيمة
واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين لها ذلك
وان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبين منزلها مسيرة سفر مضت الى مقصدها ولم ترجع لانها اذا مضت
لا تكون منشية سفرا ولا سايرة في العدة مسيرة سفر واذا رجعت تكون منشية سفرا فلهذا مضت الى مقصدها وان كان كل واحد
من الجانبين مسيرة سفر فان كان الطلاق وموت الزوج في موضع لا تقدر على المقام فيه كالمفازة توجهت الى اي الجانبين شاءت
سوا كان معها محرم او لم تكن وينبغي لها ان تختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر
الى دارنا من غير محرم لانها خايفة على نفسها ودينها في هذه المفازة كذلك ، فاما اذا كانت في مصر او قرية تقدر على المقام

فيه

فيه كالمفازة توجهت الى اي الجانبين شاءت سوا كان معها محرم او لم تكن وينبغي لها ان تختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي اسلمت
في دار الحرب لها ان تهاجر الى دارنا من غير محرم لانها خايفة على نفسها ودينها فهي في المفازة كذلك ، واما اذا كانت في مصر او قرية
تقدر على المقام فيه فليس لها ان تخرج عند ابي حنيفة حتى تنقضي عدتها ، وعند ابي يوسف ومحمد ان لم يكن معها محرم فكذلك
وان كان معها محرم فلها ان تخرج الى اي جانب شاءت لانها غريبة في هذا الموضع والغربة تودي وتقصد الى اهلها ومن يصحبها
على الاذى فكانت مضطرة الى الخروج فلها ان تخرج الى اي جانب شاءت كما لو كانت في المفازة الا ان هذا من وجه انشا سفر
فيعتبر فيه المحرم بخلاف تلك المسئلة ولابي حنيفة رح طريقان ، احدهما انها الى الان كانت تابعة للزوج في السفر ، الا ترى
ان المعتبر نية الزوج في السفر والاقامة لا نيتها وقد زال ذلك فتكون هي منشية سفرا من موضع انس وعذاب والعدة
تمنعها من ذلك كما لو كانت في منزلها بخلاف المفازة فانه ليس في موضع الاقامة فلا تكون هي بالتحول منشية سفرا ، وقالوا
على هذا الطريق اذا كانت سافرت مع المحرم بغير زوج فاتاها خبر الزوج بموت او طلاق لا يكون عليها عند ابي حنيفة المقام فيه
لانها ماضية على سفرها لا منشية ، والطريق الاخر ان تاثير العدة في المنع اكثر من عدم المحرم ، الا ترى ان للمراة ان تخرج
من غير المحرم ما دون السفر وليس لها ان تخرج من منزلها في عدتها دون مدة السفر ثم فقد المحرم هنا يمنعها من الخروج بالاتفاق
فلان يمنعها العدة من الخروج وانها ليست في موضع مخوف اولى بخلاف ما اذا كانت في المفازة فان فقد المحرم هناك لا يمنعها من الخروج
لانها ليست في موضع القرار فكذلك العدة حتى لو وصلت الى مصر او قرية لم يكن لها ان تخرج بعد ذلك عند ابي حنيفة رح ، قال
وللمعتدة ان تخرج من بيتها الى الدار وتبيت في اي بيوت الدار شاءت لان جميع الدار منزلها الواحد عليها ان تبيت في منزلها
وذلك موجود في اي بيت باتت وبالخروج الى صحن الدار هنا بمنزلة السكة وبالوصول اليه تصير خارجة من منزلها وهي ممنوعة
من ذلك في العدة ، قال واذا طلقها طلاقا باينا وليس له الا بيت واحد فينبغي ان يجعل بينه وبينها سترا وحجابا لانه ممنوع
من الخلوة بها بعد ارتفاع النكاح فيجعل بينه وبينها سترة حتى يكون في حكم بيتين وكذلك في الوفاة اذا كان له اولاد رجال
من غيرها فاذا وسعوا عليها وخرجوا عنها او ستروا بينهم وبينها حجابا فلتقم حتى تنقضي عدتها وان ابوا ان يفعلوا كذلك فلتنتقل
معناه اذا اخرجوها وكان نصيبها لا يكفيها او كانت تخاف على نفسها منهم فان لم تكن بهذه الصفة فلا باس بان تقيم معهم لانهم اولاده
محرم لها الا ان يكون من ورثته من ليس بمحرم لها ، قال بلغنا ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه نقل ام كلثوم حين قتل عمر رض لانها كانت
في دار الامارة ، وروي ان عايشة رض نقلت اختها ام كلثوم حين قتل طلحة بن عبيد الله رض ، قال واذا انهدم منزل المطلقة
او المتوفى عنها زوجها فهي في سعة من التحول الى اي موضع شاءت لان المقام في المنزل المهدوم غير ممكن فكان ذلك عذرا في التحول
والنية في اختيار المنزل اليها بعد زوال الملك عنها الا في الطلاق الرجعي فان النية الى الزوج في اختيار المنزل لها لقيام سببها
الحل بعينها وكذلك في الطلاق البائن اذا كان الزوج حاضرا واراد ان ينقلها الى منزل بعد العذر فالخيار في ذلك الى الزوج لان ملك اليد
عليها ما دامت في العدة والسكنى والنفقة عليه فكان له ان يحصنها حتى لا يلحقه ما كان يكره ، واما الاختيار اليها اذا كان
الزوج ميتا او غايبا عند تحقق العذر ، قال ولا ينبغي للمعتدة ان تحج ولا تسافر مع محرم وغير محرم على ما مر في الكتاب
قال بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه رد المتوفى عنها زوجها من ذي الحليفة ، وعن ابن مسعود رض انه ردهن من قصر النجف وكن
حاجات فدل ان المعتدة تمنع من ذلك ، قال واذا طلقت الامة تطليقة رجعية ثم اعتقت صارت عدتها عدة حرة وان كان الطلاق
باينا لم تنتقل عدتها من عدة الاماء الى عدة الحراير ، وعند مالك لا تنتقل عدتها الى عدة الحراير في الوجهين جميعا وهو احد قولي
الشافعي ، وفي القول الاخر ما لا تنتقل عدتها في الوجهين ، وجه قول مالك ان ما يختلف بالرق والحرية يكون المعتبر فيه حال
تقرر الوجوب كالحدود وهكذا يقول الشافعي رح في احد القولين بناء على اصله ان الطلاق الرجعي يرفع الحل والعتق بعدم لا يوثر
في الحل فلا تتغير العدة كما بعد البينونة ، وحجتنا في ذلك ان ملك النكاح يختلف بالحرية والرق ليتصف الحل بسببه لرق ايضا
وقد بيناه في كتاب النكاح ثم الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فاذا اعتقت حل ملك النكاح عليها بكمال حالها بعد العتق والعدة
في الملك الكامل تتقدر بثلاث حيض ، فاما بعد البينونة فقد زال الملك فلا يتكامل بالعتق الملك الزايل عن الحل ، يوضحه ان العدة
بعد الطلاق الرجعي بعرض التغير حتى تتغير بموت الزوج من الاقراء الى الشهور بعد موته فكذلك لا يتغير بعتقها الى ثلث حيض ٥
فاما بعد ما بانت في الصحة فلا تتغير من الاقراء الى الشهور بعد موته فكذلك لا يتغير بعتقها ، يوضحه ان زوال الملك بعد الطلاق
الرجعي بانقضاء العدة فلا يزول الملك عن الحرة الا بثلاث حيض بخلاف ما بعد البينونة وبخلاف الحدود فانها مبنية على الندوالا سقاط

والعدة ماخوذ بالاحتياط فيها ۔ وسائر وجوه الفرقة كالطلاق في هذا وكذلك في عدة الوفاة لان الملك هنا يزول بالموت

ومذهبنا في الفصلين مروي عن النخعي والشعبي رح ۔ قال وإذا مات زوج ام الولد عنها ومولاها ولا يعلم ايهما مات اولا وبينهما

اقل من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشرا من اخرهما موتا احتياطا ولا معتبر بالحيض فيها لانا تيقنا انه ليس عليها

العدة بالحيض فان المولى لو مات اولا فقد مات وهي منكوحة الغير فلا عدة عليها منه لان وجوب العدة من المولى بزوال فراشه عنها

ولا فراش للمولى هنا عليها ۔ فان مات المولى اخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج فلم يكن فراشا للمولى ايضا ۔ ولكن من وجه

عليها شهران وخمسة ايام وهو ما اذا مات الزوج اولا ومن وجه عليها اربعة اشهر وعشرا وهو ما اذا مات الزوج اخرا فقلنا

تعتد باربعة اشهر وعشرا احتياطا ۔ وان علم ان بين موتهما شهرين وخمسة ايام او اكثر فعليها اربعة اشهر وعشرا

تستكمل فيها ثلث حيض لانه ان مات الزوج اولا فقد انقضت عدتها بشهرين وخمسة ايام ثم مات المولى فعليها العدة بثلث حيض

لانه مات بعدما صارت فراشا له ۔ وان مات المولى اولا فقد عتقت بموته ثم عليها بموت الزوج اربعة اشهر وعشرا والعدة

توخذ فيها بالاحتياط فلهذا جمعنا بين العدتين فاما اذا لم نعلم كم بين موتهما ولا ايهما مات اولا فعند ابي حنيفة رح عليها اربعة اشهر

وعشرا لا حيض فيها ۔ وعندهما يستكمل فيها ثلث حيض لانه يحتمل ان يكون الزوج مات اولا ثم مات المولى بعد شهرين وخمسة ايام

وفي العدة معنى العبادة فالوجه الواحد يكفي لوجوبها للاحتياط ۔ وهو نظير مسايل العقد اذا تزوج اربعا في عقدة وثلثا

في عقدة واثنتين في عقدة ثم مات قبل البيان وجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة احتياطا انما يكون بعد ظهور السبب

وبيانه اذا مات المولى ولا فقد مات وهي منكوحة الزوج وان مات اخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج ۔ واما قولهما ان مضي

الشهرين وخمسة ايام بين الموتين محتمل قلنا نعم ولكن مضي هذه المدة بين الموتين ليس بعدة حتى يوخذ فيها بالاحتياط ولا سبب لوجوب العدة

فلا تعتد به عند التردد مع كل امر طرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما حصلا معا فيجعل كانهما ماتا معا كالغرقى والحرقى والهدمى

لا يرث بعضهم بعضا ولان هنا احوال ثلثة ان مات المولى اولا فهنا النكاح يمنع وجوب العدة بالحيض وان مات الزوج اولا ثم مات

المولى بعده قبل شهرين وخمسة ايام فكذلك لا تجب العدة بالحيض وفي الحالة الواحدة لا تعارض الحالتين ۔ وهذا بخلاف العقد لان هناك

في حق كل امراة حالتان اما حالة صحة او حالة فساد والتعارض يقع بين الحالتين فلهذا يوخذ بالاحتياط وكذلك اذا علم ان بين الموتين شهرين

وخمسة ايام فهنا الحالتان اما العدة بالاشهر من الزوج او بالحيض من المولى فلتعارض الحالتين اخذنا بالاحتياط وكذلك لو كان الزوج

طلقها تطليقة رجعية في هذه الوجوه لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فهو وما تقدم سواء ولا ميراث لها من الزوج الا ان مات

الزوج اولا فقد مات وهي امة والامة لا ترث من الحر شيا ۔ وان مات المولى ولا يرث والارث بالشك لا يثبت وشرط ارثها منه

ان تكون حرة عند موته فلم تتيقن بوجود الشرط لا ترث منه شيا ۔ قال وإذا طلق الرجل امراته الطلاق الرجعي ثم مات عنها بطلت

عدة الطلاق عنها ولزمها عدة الوفاة لان النكاح قايم بينهما بعد الطلاق الرجعي وكان منتهيا بالموت وانتهاء النكاح بالموت

يلزمها عدة الوفاة ۔ ولان العدة بعد الطلاق الرجعي بالحيض لزوال الملك بها وقد زال بالموت فعليها العدة التي هي من حقوق النكاح

وهي عدة الوفاة وان بانت عنه في الصحة بوجه من الوجوه لم تنتقل عدتها الى عدة الوفاة لان النكاح ما انتهى بالوفاة هنا وهو السبب

الموجب لعدة الوفاة لان الله تعالى قال ويذرون ازواجا وهذه ليست بزوجة له عند وفاته حتى لا ترث منه بالزوجية شيا فلا يلزمها

عدة الوفاة ايضا ۔ قال وإذا اتى المراة خبر وفاة زوجها بعدما مضت العدة فقد انقضت عدتها لما قلنا ان المعتبر وقت موته لا وقت

علمها به وان شكت في وقت وفاته اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته لان العدة يوخذ فيها بالاحتياط والاحتياط في ان تاخذ

باليقين ۔ وفي الوقت المشكوك فيه لا يقين فلهذا لا تعتد الا من الوقت المتيقن ۔ قال وطلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان حرا كان

او تحت عبد وطلاق الحرة ثلث تطليقات وعدتها ثلث حيض حرا كان او تحت عبد وفي العدة اتفاق العدة حالها لا حال الزوج

لانها هي المعتدة ۔ الا ترى انها تختلف بصغرها وكبرها وكونها حاملا او حايلا فكذلك برقها وحريتها فاما الطلاق بالنسا ايضا

عندنا وهو قول علي وابن مسعود رض وعند الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجل في الرق والحرية وهو مذهب زيد رض

وابن عمر رض وعثمان رض حتى لا يملك عليها الزوج ثلث تطليقات الا اذا كانا حرين ۔ وحجتهم في ذلك قوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء

وفي رواية يطلق العبد تطليقتين وتعتد الامة حيضتين والمعنى فيه ان الزوج هو المالك للطلاق والمتصرف فيه وثبوت الملك

باعتبار حال المالك لا حال المملوك ۔ الا ترى انه يمنع ايقاع الطلاق وهو الصغر والجنون يعتبر وجوده في الرجل دون المراة فكذلك

ما يمنع ملك الطلاق ولان في اعتبار عدد الطلاق اعتبار عدد النكاح لان من ملك على امراته ثلث تطليقات يملك عليها ثلث عقد

ومن ملك عليها تطليقتين ملك عليها عقدتين والمعتبر حال الزوج في ملك العقد ۔ الا ترى ان الحر يتزوج اربع نسوة والعبد

لا يتزوج الا اثنتين واصحابنا رح استدلوا بقوله عم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان فقد جمع بين الطلاق وبين العدة

وقيل ان الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد رض لا يثبت مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ۔ وقيل معناه ايقاع الطلاق

بالرجال ۔ وما روي انه يطلق العبد تطليقتين فليس فيه انه لا يطلق الثالثة او معناه اذا كانت تحته امة وانما قاله بناء على ظاهر الحال

واعتبار الكفاءة في النكاح ولانه عم قابل النكاح بالعدة والمقابلة تقتضي التسوية وبالاتفاق في العدة المعتبر حالها

فكذلك في الطلاق ۔ ومن ملك على امراته عددا من الطلاق ملك ايقاعها في اوقات السنة وبهذا الحرف عيسى بن ابان الشافعي رح

فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على امراته الامة ثلث تطليقات كيف يطلقها في اوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت

وطهرت اوقع عليها اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلم يجز رجع فقال

ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ۔ ولان الطلاق تصرف مملوك بالنكاح فيستوي فيه العبد والحر كالظهار والايلاء وهذا

لان العبد يستبد بايقاع الطلاق من غير ان يحتاج الى رضى المولى ويكون فيه مبقى على اصل الحرية كالاقرار بالقصاص وما يوثر

فيه الرق يخرج الرقيق من ان يكون اهلا لملكه كالمال ولما بقي اهلا لملك الطلاق عرفنا ان الرق لا يوثر فيه ولا يدخل عليه النكاح

لان الرق يوثر فيه ولان ملك النكاح باعتبار الحل والحل يتنصف بالرق فلهذا لا يتزوج الا اثنتين وهذا لان الحل نعمة وكرامة

فيكون في حق الحر ازيد منه في حق العبد ۔ الا ترى ان حل رسول الله صلى الله عليه وسلم يتسع حتى تسع نسوة كرامة له بسبب النبوة

واما اعتبار عدد النكاح فلا معنى فيه لان الانسان لا يملك على امراته من العقد ما لا يحصى حتى لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق

مرارا كان له ان يتزوجها مرة بعد اخرى ما لم تحرم عليه ولو كان معتبرا فهذا دليلنا لان جميع ما يملكه الحر على النساء بعقد

فانه يتزوج اربع نسوة ويملك على كل واحدة ثلث عقد فينبغي ان يملك العبد نصف ذلك وذلك ست عقد بان يتزوج حرتين فيملك

على كل واحدة منهما ثلث عقد كما هو مذهبنا فاما الصغر والجنون لا يوثر في ملك النكاح ۔ وانما يوثر في المتصرف

والزوج هو المتصرف ثم هو مقابل بصفة البدعة والسنة في الطلاق فان المعتبر فيه حالها في الحيض والطهر لا حال الرجل ۔ قال

وإذا طلق الرجل امراته حالة الحيض لم تعتد بتلك الحيضة من عدتها هكذا قال ابن عباس رض وشريح وابراهيم وهذا لان الحيضة الواحدة

لا تتجزى وما سبق الطلاق منها لم يكن محسوبا من العدة فيمنع ذلك الاحتساب بما بقي ولو احتسب بما بقي وجب اكمالها بالحيضة الرابعة

ووجب كلها ۔ قال ولو اعتدت المراة بحيضتين ثم ايست فعليها ان تستانف العدة بالشهور وقد بينا هذا وفيه اشكال فان هذا البدل

على الاصل يجوز كالمصلي اذا سبقه الحدث فلم يجد ماء يتيمم ويبني فاذا عجز عن الركوع والسجود يومي ويبني ۔ ولكنا نقول

الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلوة بالركوع والسجود فاما العدة بالاشهر بدل عن العدة بالحيض واكمال البدل بالاصل

غير ممكن ۔ ثم قال اذا ايست من الحيض فاعتدت شهرا او شهرين ثم حاضت استانفت العدة بالحيض وهذا يجوز في العبارة فانها

بعدما ايست لا تحيض فانما كان ذلك معجزة لنبي من الانبياء عم ولكنها حين حاضت تبين انها لم تكن ايسة وانما كانت ممتدة

طهرها فلهذا يعتبر ما مضى من الحيض قبل اياسها اذا حاضت ۔ قال واذا ولدت المعتدة وفي بطنها ولد اخر لم تنقض عدتها

حتى تلد الاخر هكذا نقل عن علي وابن عباس والشعبي رض ۔ وهذا لان الله تعالى ان يضعن حملهن وذلك اسم لجميع ما في بطنها

قال واذا تزوجت المعتدة من طلاق برجل ودخل بها فرق بينهما فعليها عدة واحدة من الاول ومن الاخر ثلث حيض وهو مذهبنا

لان المقصود هو العلم بفراغ الرحم ولا يحصل ذلك ما لم تضع جميع ما في بطنها لان العدتين اذا وجبتا تتداخلان وتنقضيان

بمضي مدة واحدة اذا كانتا من جنس واحد وهو قول معاذ بن جبل رض ۔ وعند الشافعي لا تتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض

من الاول ثم بثلث حيض من الثاني فان كانت العدة من واحد بان وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا انهما ينقضيان

بمدة واحدة وهو احد قولي الشافعي رح لا يتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض من الثاني وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته

يقول لا تجب العدة بسبب الثاني اصلا ۔ وحجته في ذلك انهما حقان واجبان لمستحقين فلا يتداخلان كالمهرين ولان العدة فرض كف

لزمها في المدة ولا يجتمع الكفان في مدة واحدة كصومين في يوم واحد وهذا هو الحرف الذي يدور عليه الكلام فان المعتبر عنده معنى العبادة

في العدة لانه كف عن الازواج والخروج فيكون عبادة كالكف عن اقتضاء الشهوات في الصوم واذا العبادتين في وقت واحد لا يتصور

ولو جاز القول بالتداخل في العدة لكان الاولى قراء عدة واحدة فينبغي ان يكتفى بقرء واحد لان المقصود يحصل وهو العلم بفراغ

الرحم ۔ وحجتنا في ذلك ان العدة مجرد اجل والاجال تنقضي بمدة واحدة وهنا مقصود كل واحد منهما في العدة يحصل بثلث حيض

وهو العلم بفراغ رحمها من مايه ثم معنى العبادة في العدة تبع لا مقصود وانما ركن العدة حرمة الخروج والتزوج • الا ترى ان الله تعالى
ذكر ركن العدة بعبارة النهي فقال تعالى ولا يخرجن • وقال ولا تعزموا عقدة النكاح وموجب النهي التحريم والحرمتان يجتمع كما ان الصيد
حرام على المحرم لحرمة الاحرام والحرم والخمر حرام على الصايم لصومه ولكونه خمرا و اذا حلف لا يشربها
بخلاف ركن الصوم فانه مذكور بعبارة الامر • قال الله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل فعرفنا ان الركن فيه الفعل ثم عدتها
تنقضي وان لم تعلم وتنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج والبروز ولا يتصور ادا العبادة بدون ركنها ولان بوطي الثاني
قبل بها العدة والشروع في العدة لا ابتداء حرمها لتقرر السبب وهذا لانه لو امتنع شروعها فيه انما يمتنع بسبب العدة الاولى
والعدة الاولى اثر النكاح • واصل النكاح لا يمنع شروعها في العدة اذا تقرر سبب وجوبها كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة
فاثرها اولى ان لا يمنع ولان هذه العدة لتبين فراغ الرحم ولا معنى لما ذكر من قراء العدة الواحدة فان الشهور في الاجل الوا
لا تتداخل والجلدات في الحد الواحد لا تتداخل وتداخل الحدان وهذا لان الحيضة الواحدة لتعريف براءة الرحم • والثانية
لحرمة النكاح • والثالثة لفضيلة الحرية فاذا قلنا بالتداخل في اقراء عدة واحدة تفوت هذا المقصود • وفي الكتاب قال
الا ترى انها لو كانت حاملا فوضعت حملها انقضت عدتاها منهما • اما اذا كانت حاملا من الاول فقد وجبت عليها كل واحدة
من العدتين وهي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وان حبلت من الثاني فلا بد من القول بسقوط الاقراء اذا حبلت
والعدة بعدما سقطت لا تعود فان كانت حاضت من الاول حيضة ثم دخل بها الثاني فعليها ثلاث حيض حيضتان تمام العدة
من الاول وابتداء العدة من الثاني والحيضة الثالثة لاكمال عدة الثاني حتى لو تزوجها الثاني في هذه الحيضة جاز لان عدتها منه
لا تمنع نكاحه ولا يجوز ان يتزوجها غيره حتى تمضي هذه الحيضة • وان كان الاول طلقها تطليقة رجعية فله ان يراجعها في الحيضتين
الاوليين لان الرجعة استدامة النكاح وعدة الغير لا تمنعه من استدامة النكاح ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الاخر
وليس له ان يراجعها في الحيضة الثالثة لانها بانت منه بانقضاء عدتها في حقه وليس له ان يتزوجها لانها معتدة من غيره وكذلك
ان طلقها تطليقة باينة فليس له ان يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الاخر كما ليس للاخر ان يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الاول
وعلى هذا لو كانت العدتان بالشهور • قال ولو تزوجت في عدة الوفاة ودخل بها الثاني ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت
تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلث حيض من الاخر ثم تحتسب بما حاضت بعد التفريق في الاربعة اشهر وعشر من عدة الاخر
ولا منافاة بين الشهور والحيض فتكون شارعة في العدتين فتحتسب بالمدة من العدة الاولى وبما يوجد فيها من الحيض من العدة الثانية قال
واذا مات الرجل وله امراتان وقد طلق احديهما طلاقا باينا ولم تعلم ايتهما هي فعلى كل واحدة منهما اربعة وعشر فيها ثلث حيض
احتياطا لان كل واحدة منهما يحتمل ان تكون مطلقة وعليها العدة بالحيض ويحتمل ان تكون منكوحة وعليها عدة الوفاة وهذا بخلاف ما اذا قال
لامراته ان لم ادخل الدار اليوم فانت طالق ثلثا ثم مات بعد مضي اليوم ولا يدري ادخل ام لم يدخل فعليها عدة الوفاة وليس عليها العدة
بالحيض لان سبب وجوب العدة بالحيض احتياطا • قال واذا طلق الرجل امراته في مرضه ثلثا او واحدة باينة ثم مات
قبل انقضاء العدة ورثته بالفرار على ما بينا في بابه وعليها من العدة اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلث حيض في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف ليس عليها عدة الوفاة لانا حكمنا بانقطاع النكاح بينهما بالطلاق وسبب وجوب عدة الوفاة انتهاء
النكاح بالموت فاذا لم يوجد لا يلزمها عدة الوفاة كما لو كان الطلاق في صحته وانما احدثنا الميراث بحكم الفرار وذلك لا يلزمها
عدة الوفاة • الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح كان بردته
لا بموته وابو حنيفة ومحمد قالا اخذت ميراث الزوجات بالوفاة فيلزمها عدة الوفاة كما لو طلقها تطليقة رجعية وهذا لانا
انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القايم بينهما حكما الى وقت موته وباعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما
اذ لا بد من قيام السبب عند الموت لاستحقاق الميراث والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب بالشك فاذا جعل في حكم الميراث
في النكاح كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حكما فالزمناها الجمع بينهما • واما المرتد
فقد اشار الكرخي في كتابه انه لا يلزمها عدة الوفاة ولئن سلمنا فنقول هناك ما استحقت الميراث بالوفاة لان عند الوفاة هي مسلمة
والمسلمة لا ترث من الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة
وهنا استحقاق الميراث عند الموت فعرفنا ان النكاح قايم بينهما الى وقت الوفاة • قال واذا ولدت المراة في طلاق باين لاكثر من سنتين
من يوم طلقها لم يكن الولد للزوج اذا انكره وهذه المسئلة تبتني على معرفة اقل مدة الحمل واكثرها فاقل مدة الحمل ستة اشهر لما روي

ان رجلا

ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فهم عثمان رض ان يرجمها فقال ابن عباس رض اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم
قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا • وقال جل وعلا وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال حولين لم يبق للحمل الا ستة اشهر
فدرا عثمان رض الحد عنها واثبت النسب من الزوج • وهكذا روي عن علي رض ولانه تبين بالفصل ان الولد تنفخ فيه الروح بعد اربعة اشهر
كما ذكر في حديث ابن مسعود رض يجمع خلق احدكم في بطن امه الحديث الى اخره وبعدما ينفخ فيه الروح يتم خلقه الى شهرين فيتحقق
الفصال لستة اشهر يستوي الخلق • فاما اكثر مدة الحبل سنتان عندنا • وقال الشافعي رح اربع سنين لما روي ان رجلا غاب عن امراته
سنتين وهي حامل فهم عمر رض برجمها • فقال معاذ ان يك لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت
ثنيتاه يشبه اباه فلما راه الرجل قال ابني ورب الكعبة فقال عمر رض تعجز النسا ان تلدن مثل معاذ لولا معاذ لهلك عمر فقد صحت
هذا الولد لاكثر من سنتين ثم اثبت نسبه من الزوج • وقيل ان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعدما نبتت ثنيتاه وهو يضحك
فسمي ضحاكا • وعبد العزيز الماجشوني ولدته امه لاربع سنين وهذه عادة معروفة في نسا ماجشون انهن يلدن لاربع سنين
ولنا حديث عايشة رض قالت لا يبقى الولد في رحم امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل • ومثل هذا لا يعرف بالراي فانما قالته سماعا
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الاحكام تبتني على العادة الظاهرة وبقا الولد في بطن امه اكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز
بنا الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى في هذا الباب فان الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من نفسهما فكذلك غيرهما
كان لا يعرف ذلك لان ما في الرحم لا يعلمه الا الله تعالى • وحجته في حديث عمر رض لانه انما اثبت النسب بالفراش القايم بينهما
في الحال وباقرار الزوج وبه نقول ويحتمل ان معنى قوله انه غاب عن امراته سنتين اي قريبا من سنتين اذا عرفنا هذا فنقول
متى كان الحبل قايما بين الزوجين يستند العلوق الى اقرب الاوقات وهي ستة اشهر الا ان يكون فيه اثبات الرجعة بالشك وايقاع الطلاق
بالشك فحينيذ يستند العلوق الى ابعد الاوقات للحاجة الى اثبات النسب وهو مبني على الاحتياط • قال واذا تزوج الرجل امراة
فجات بولد لستة اشهر فصاعدا من وقت النكاح يثبت نسبه من الزوج لانها ولدته على فراشه لمدة حبل تام من وقت النكاح
قال واذا طلق امراته بعدما دخل بها فان كان الطلاق رجعيا فجات بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب منه
ولا يصير مراجعا لها لان حمل امرها على الصلاح واجب ما امكن فلو جعلناه كان الزوج وطيها في العدة فجعلت كان فيه حمل امرها
على الصلاح • ولو جعلنا كان غيره وطيها كان فيه حمل امرها على الفساد • فاما اذا كان الطلاق باينا فان جات بولد لاقل من سنتين
من وقت الطلاق يثبت نسبه منه باعتبار اسناد الطلاق الى ما قبل الطلاق لان ذلك ممكن وفيه حمل امرها على الصلاح وان جات به
لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانا تيقنا ان العلوق كان بعد الطلاق وسوا جعلنا من الزوج او من غيره ففيه حمل امرها
على الفساد فيجعل من غيره لانا اذا جعلنا من الزوج كان فيه حمل امر الزوج على الفساد وهو انه اقدم على الوطي الحرام وذلك لا يجوز
من غير دليل وبدون الما فراشه القايم بسبب العدة لا يثبت نسب الولد كفراش الصبي على امراته ثم يلزمها ان ترد نفقته ستة اشهر
في قول ابي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن ابي يوسف • والظاهر من قول ابي يوسف انه لا يلزمها رد شي من النفقة • وجه
قول ابي يوسف رح انه لم يظهر انقضا عدتها قبل الولادة فلا يلزمها رد شي من النفقة كما لو ولدت لاقل من سنتين وهذا لانها
ما دامت معتدة فهي مستحقة للنفقة بها ولم يظهر سبب الانقضا فهي معتدة ولم يظهر للانقضا هنا سبب سوى الولادة ولو
كانها وطيت بالشبهة في العدة لم يسقط نفقتها وان جعلنا كانها تزوجت فعلى انقضا العدة بزوج اخر كان فيه حمل امرها
على الفساد من وجه وهو انها اخذت ما لا بغير حق من زوجها مع ان فيه حكما بنكاح لم يعرف سببه وابو حنيفة ومحمد رح قالا
حمل امرها على الصلاح واجب ما امكن فلو جعلنا هذا الولد من علوق في العدة كان فيه حمل امرها على الزنا • ولو جعلنا كان
عدتها قد انقضت وتزوجت بزوج اخر كان فيه حمل امرها على الصلاح فتعين هذا الجانب ثم تزويجها نفسها بمنزلة اقرارها
بانقضاء عدتها او اقوى فتبين انها اخذت النفقة بعد انقضاء عدتها فعليها ردها وهذا التعين في مقدار ستة اشهر اقل مدة
الحبل ولا يلزمها الرد الا باليقين ولا معنى لما قال ان في ذلك حمل امرها على الفساد وهو اخذ المال بغير حق لان حرمة المال
دون حرمة الزنا فان المال يبذله يباح بالاذن ولا يسقط احصانها بالاخذ بغير حق وبالزنا يسقط احصانها ومن ابتلي ببليتين
يختار اهونهما • ولئن جعلنا كانها وطيت بشبهة في العدة فكذلك تسقط نفقتها ايضا لانه بمعنى النشوز منها حين جعلت رحمها
مشغولا بما غير الزوج ومقصود الزوج من العدة صيانة مايه في رحمها فاذا فوتت ذلك كان اعظم من نشوزها وخروجها من بيت العدة
واذا سقطت عدتها تبين انها اخذت بغير حق فلزمها الرد • قال رجل قال لامراته كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدين في بطن واحد

كانت طالقا بالولد الاول لوجود شرط الطلاق وهو ولادة الولد ثم تصير معتدة فلما وضعت الولد الثاني حكمنا بانقضا عدتها لانها
وضعت جميع ما في بطنها والولد الذي تنقضي به العدة لا يقع به طلاق لان اوان وقوع الطلاق بعد وجود الشرط وبعد وضع الولد الثاني
هي ليست في نكاحه ولا في عدته ولو ولدت ثلثة اولاد في بطن واحد وقع عليها تطليقتان لان كلمة كلما تقتضي تكرر نزول الجزاء
بتكرر الشرط وبولادة الولد الثاني تكرر الشرط ولا تنقضي به العدة لان في بطنها ولدا اخر فيقع عليها تطليقة اخرى ثم بوضع الولد الثالث
تنقضي عدتها ولا يقع شي ولو كان كل ولد في بطن على حدة بان كان بين ولدين ستة اشهر حتى يعلم انهما ليسا بتوامين تطلق ثلثا وعليها
ثلث حيض لان بولادة الولد الاول وقع عليها تطليقة فلما ولدت الثاني لستة اشهر فصاعدا عرفنا انه من علوق حادث ويجعل ذلك
من الزوج حملا لامرها على الصلاح فصار مراجعا لها ثم وقع عليها تطليقة ثانية لوجود الشرط بعدما صار مراجعا لها فصارت مطلقة
ثلثا وعليها العدة بثلاث حيض ● قال ولو ان رجلا مات عن امراة فجاءت بولد لاقل من سنتين فان كانت اقرت بانقضاء عدتها بمضي
اربعة اشهر وعشرا ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة اشهر فصاعدا لم يثبت نسبه من الزوج لانه من علوق حادث بعد اقرارها بانقضا
العدة وحمل كلامها على الصحة واجب ما امكن وان كانت ادعت حبلا وولدت لاقل من سنتين من موت الزوج يثبت نسبه من الزوج
لان اسناد العلوق الى حال حيوته ممكن وفيه حمل امرها على الصلاح والصحة ولو لم تدع حبلا ولم تقر بانقضا العدة حتى جاءت
بالولد لاقل من سنتين عندنا يثبت النسب منه ● وعلى قول زفر اذا جاءت به لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام من حين مات الزوج
لا يثبت النسب منه لانه لما لم يكن الحبل ظاهرا فقد حكمنا بانقضا عدتها بمضي اربعة اشهر وعشرا بالنص وذلك اقوى من اقرارها بانقضا
العدة ولو اقرت بذلك ثم جاءت بولد لمدة حبل تام لم يثبت النسب منه فكذلك هنا ● ولكنا نقول انقضا عدتها بمضي اربعة اشهر وعشرا
معلق بشرط وهو ان لا تكون حاملا فان اية الحبل قاضية على اية النص على ما بينا ● وهذا الشرط لا يوقف عليه الا من جهتها فما لم تقر
بانقضا العدة لا يحكم بانقضايها ● وانما جاءت بالولد لمدة يتوهم ان يكون العلوق به قبل موت الزوج فيثبت نسبه منه كما لو ادعت
حبلا ثم انما يثبت النسب منه اذا كانت ولادتها معاينة او اقر بها الورثة ● فاما اذا جحدوا ذلك لم يثبت النسب منه الا بشهادة
رجلين ورجل وامراتين في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يثبت النسب بشهادة امراة واحدة وهي القابلة ● وحجتهما في ذلك
ان الولادة مما لا يطلع عليها الرجال وشهادة المراة الواحدة فيما لا يطلع عليها الرجال حجة تامة فكانت شهادة القابلة فيه حجة تامة
الا ترى انه لو كان هنا حبل ظاهر او فراش قايم او اقرار من الزوج بالحبل تثبت الولادة بشهادة امراة واحدة فكذلك هنا
وهذا لان النسب والميراث لا يثبت بهذه الشهادة وانما تثبت ولادتها هذا الولد ثم ثبوت النسب والميراث باعتبار ان العلوق به
كان في حال قيام النكاح ولابي حنيفة طريقان احدهما ما اشار اليه في الكتاب فقال من قبل انه ترث ومعنى هذا الكلام ان ثبوت
الميراث تعلق بالنسب والموت والحكم المعلق بعلة ذات وصفين يحال به على اخر الوصفين وجودا ولهذا لو رجع شهود النسب
وقد شهدوا به بعد الموت ضمنوا الميراث واخر الوصفين هنا النسب فكانت هذه شهادة قايمة على اتمام علة الارث لا تثبت
بشهادة امراة واحدة كما لو لم يكن النكاح بينهما ظاهرا بخلاف ما اذا كان الفراش قايما فان ثبوت النسب هناك باعتبار الفراش ○
وانما تظهر الولادة بالشهادة وكذلك ان اقر الزوج بالحبل فثبوت النسب بظهور الحبل في حال قيام الفراش وانما تظهر الولادة
بالشهادة فقط وهنا لا سبب للنسب سوى الشهادة ولا يثبت النسب بشهادة امراة واحدة فكذلك هنا وهذا لان النسب
والميراث ● يوضحه ان شهادة المراة الواحدة حجة ضعيفة لان المراة الواحدة ليست بشاهدة اصلا ولهذا لو شهد رجلان
وامراة واحدة بالمال ثم رجعوا لم تضمن المراة شيا ● وانما جعلت حجة في الولادة للضرورة فكانت ضعيفة في نفسها والضعيف
ما لم يتايد بمويد لا يجوز فصل الحكم به كشهادة النساء في المال والمويد الفراش والحبل الظاهر واقرار الزوج بالحبل فان تايدت
شهادتها ببعض هذه الاسباب وجب الحكم بها والا فلا ● ولو اقرت بانقضاء العدة بالشهور وقد تبين انها كانت حاملا يوميذ
كان اقرارها باطلا ● قال ولو ان رجلا طلق امراته ثلثا او تطليقة باينة ثم جاءت بالولد بعد الطلاق لاقل وشهدت امراة
على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول ابي حنيفة ما لم يشهد به رجلان او رجل وامراتان ويلزمه النسب
في قولهما بشهادة امراة واحدة ● وهذا والاول سوا لانها في الحال اجنبية منه في الوجهين وسوى ان كانت هذه المعتدة مسلمة
او كافرة او امة في هذا الحكم لان بقا الولد في الحكم لا يختلف بهذه الاوصاف ● قال ولو كانت المراة عند زوجها لم يطلقها فجاءت بولد
وانكر الزوج الحبل قبلت شهادة امراة واحدة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب عندنا ● وعند الشافعي لا تقبل الا شهادة
اربع نسوة لان الاصل في الشهادة ان الحجة لا تتم الا بشهادة رجلين والمراتان تقومان مقام رجل واحد في باب الشهادة بالنص حتى ان لا

لا يثبت

لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقد تعذر اعتبار صفة الذكورة فيما لا يطلع عليه الرجال فسقط للضرورة ويبقى ما سواه على الاصل
فيشترط شهادة الاربع ليكون ذلك في معنى شهادة رجلين ودليل كونه شهادة اعتبار الحرية ولفظة الشهادة فيها ولا معنى
لقول من يقول اباحة النظر لاجل الضرورة فاذا ارتفعت الضرورة بالمراة الواحدة لا يحل للثانية النظر لانكم وان قلتم انه يكتفى بالواحدة
يقولون المثنى احوط ● وعلى قول ابن ابي ليلى لا بد من شهادة امراتين لا بد من شهادة امراتين لان المعتبر في الشهادة العدد والذكورة
وقد سقط اعتبار صفة الذكورة للتعذر هنا فبقي العدد هنا على ظاهره واصحابنا رحمهم الله استدلوا بحديث حذيفة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اجاز شهادة القابلة على الولادة ● وفي حديث اخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع ○
الرجال النظر اليه ● والنسا اسم جنس يتناول الواحدة وما زاد والمعنى فيه ان هذا خبر لا يعتبر فيه صفة الذكورة فلا يعتبر فيه العدد
كرواية الاخبار وهذا لان النظر الى الفرج حرام فلا يحل الا عند تحقق الضرورة وعند الضرورة نظر الجنس اهون من نظر الذكور
ولما سقط صفة الذكورة لهذا المعنى سقط ايضا اعتبار العدد لان نظر الواحدة اهون من نظر الجماعة ولهذا يسقط اعتبار
الحرية لان نظر الامة والحرة سوا ● والذي يقول ان المثنى احوط فذلك لا يوجب حل نظر الجماعة ونظر الواحدة اهون ثم هذا خبر
من وجه شهادة من وجه لاختصاصها بمجلس الحكم وما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما فلاعتباره بالشهادة يعتبر فيه الحرية
ولفظة الشهادة ولاعتباره بالخبر لا يعتبر فيه الذكورة والعدد فاذا ثبت ما قلنا فانما يثبت بشهادتها الولادة وما هو من ضرورة
الولادة وهو تعيين الولد ثم النسب انما يثبت باعتبار الفراش القايم ولا ينتفي الا باللعان ● قال واذا اقرت المطلقة بانقضاء
عدتها في الحيض في مدة تحيض في مثلها ثلث حيض ثم جاءت بالولد فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت اقرارها لم يثبت النسب
يثبت النسب لتيقننا بكذبها فيما قالت وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر ما لم تتزوج ثم اتت به لستة اشهر عندنا ● وقال
الشافعي يثبت النسب لان ثبوت النسب حق الولد وقولها في ابطال حقه غير مقبول فكان وجود اقرارها كعدمه بخلاف
ما اذا تزوجت فان الحق في النسب هنا لك ثبت للزوج الثاني فينتفي من الاول لضرورة ● وحجتنا في ذلك الامينة في الاخبار
بما في رحمها فاذا اخبرت بانقضا عدتها بمدة حبل تام فلا يثبت النسب منه كما لو تزوجت وهذا لان حمل كلامها على الصحة
واجب ما امكن ● قال ولو طلق امراته ولم يدخل بها ولم يخل بها ثم جاءت بولد لاقل من ستة لزمه لانا تيقنا ان العلوق به
كان قبل الطلاق وحمل امرها على الصحة واجب ما امكن فيجعل هذا العلوق من الزوج ● ويتبين لنا انه طلقها بعد الدخول
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يلزمه لان النكاح بالطلاق ارتفع لا الى عدة ● وانما جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده وان كان
الطلاق بعد الخلوة لزمه الولد الى سنتين لان النكاح بالطلاق قد ارتفع الى عدة ولما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول في ايجاب العدة
فكذلك فيما يبتنى عليه وهو ثبوت نسب الولد ● قال واذا طلقها وعدتها من الشهور لاياسها من الحيض فاعتدت بثلاثة اشهر
ثم جاءت بولد لسنتين او اقل من وقت الطلاق فان النسب يثبت من الزوج سوا اقرت بانقضا العدة او لم تقر لانها انما اقرت
بانقضاء العدة بالشهور ولما ولدت فقد تبين انها غلطت فيما قالت لان الايسة لا تلد وانما كانت هي ممتدة طهرها لا ايسة
فلا يكون عدتها منقضية فلهذا يثبت النسب منه ● قال وان كانت صغيرة فطلقها زوجها بعدما دخل بها فان ادعت حبلا
فذلك اقرار منها بانها بالغة ● وقولها في ذلك مقبول فكانت هي كالكبيرة في نسب ولدها ● وان اقرت بانقضا العدة بعد الاشهر الثلاثة
ثم جاءت بولد لستة اشهر واكثر لم يثبت النسب منه لانا حكمنا بانقضا عدتها فان كانت صغيرة تنقضي عدتها بثلاثة
اشهر بالنص ● وان كانت كبيرة تنقضي عدتها باقرارها وانما جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده فاما اذا لم تقر بانقضا العدة
ولم تدع حبلا ففي قول ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر منذ طلقها يثبت النسب والا فلا ● وعند ابي يوسف
ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها يثبت النسب منه في الطلاق البابن ● وفي الطلاق الرجعي ان جاءت به لاقل من سبعة وعشرين شهرا
يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من ذلك لا يثبت النسب ● وحجته في الحبل في المراهقة موهوم والحكم بانقضا عدتها في الشهور
شرطه ان لا يكون حاملا ● وذلك لا يعلم الا بقولها كما قررنا في عدة الوفاة في حق الكبيرة واذا جاءت بالولد لاقل من سنتين ولم تقر
بانقضا العدة يحتمل ان يكون هذا من علوق كان في العدة وهو سبب للنسب من الزوج وموجب الحكم به كان مراجعا لها وهما يقولان
عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال وصفة الصغر هنا في الحبل فاذا بقي فيها صفة الصغر حكم بانقضاء
عدتها بثلثة اشهر بالنص وكان ذلك اقوى من اقرارها بانقضاء العدة فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده لا يثبت النسب بخلاف
المراة الكبيرة فانه ليس فيها ما ينافي الحبل ولا يحكم بانقضاء عدتها بمضي المدة اذا لم تكن حاملا ● ولا يقال الاصل عدم الحبل

لان هذا في غير المنكوحة . فاما النكاح لا ينعقد الا للاحبال وعلى هذا الصغيرة اذا توفي عنها زوجها فان اقرت بانقضاء العدة
بعد انقضاء اشهر وعشر ثم جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه والا فلا . وعند ابي يوسف ان جاءت به لاقل من سنتين
منذ مات الزوج يثبت النسب منه وهذا والاول سواء . قال واذا تزوجت المراة من طلاق باين ودخل بها الزوج فجاءت بولد
لاقل من سنتين من يوم طلقها الاول ولستة اشهر او اكثر منذ تزوجها الثاني فالولد للاول لان النكاح الثاني فاسد والفاسد
من الفراش لا يعارض الصحيح في حكم النسب فكان الولد لصاحب الفراش الصحيح فان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلق الاول
ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الاخر لم يلزم الاول ولا الاخر لانا تيقنا ان العلوق به كان بعد الطلاق فلا يثبت النسب منه
وتيقنا انه كان قبل عقد الثاني لان مدة الحبل ستة اشهر وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول ولستة اشهر منذ تزوجها
الاول ولستة اشهر منذ تزوجها الاخر ودخل بها فهو للاخر لانه لا مزاحم للاول هنا في النسب لانا تيقنا ان العلوق به
كان بعد طلاقه فبقي الحكم للاخر . وقد جاءت به لمدة حبل تام بعدما دخل بها الثاني بالعقد الفاسد فيثبت النسب منه . قال
واذا مات الصبي عن امراته فظهر بها حبل بعد موته فان عدتها اربعة اشهر وعشر اعتد الموت . وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله
ان في امراة الكبير اذا حدث الولد بعد الموت يكون انقضاء العدة بالوضع وليس كذلك بل الجواب في الفصلين واحد . ومتى كان الحبل
حادثا بعد الموت كان بينا فلا يتعين به حكم العدة . وانما الفرق في امراة الكبير اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين تنقضي عدتها به
لانه يستند العلوق الى ما قبل الموت وانما يستند الى اقرب الاوقات لان النسب لا يثبت منه فاذا لم يكن الحبل ظاهرا وقت الموت
وانما ظهر بعد الموت جعل هذا حبلا حادثا . فاما اذا كانت حبلى عند موت الصبي فعدتها ان تضع حملها استحسانا في قول
ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي . ووجهه انا تيقنا ان هذا الحبل
من زنا فلا يتعلق انقضاء العدة به كما لو طرا بعد موته وهذا لان اعتبار وضع الحمل في العدة لحرمة الماء وصيانته ولا حرمة
ولا حرمة لماء الزاني ولانا تيقنا بفراغ رحمها من ماء الزوج عند موته فعليها العدة بالشهور كنكاحه كما لو لم يكن بها حبل
ولكنا استحسنا الظاهر قوله تعالى . واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن . وقد ذكرنا انها قاضية على اية التربص لانها نزلت
بعدها وعموم هذه الاية يوجب ان لا تجب العدة على الحامل الا بوضع الحمل وهو المعنى انه قد لزمها العدة وهي حامل فيتقدر
انقضاء العدة بالوضع كامراة الكبير وهذا لان العدة في الاصل مشروعة لتعرف براءة الرحم وحقيقة ذلك بوضع الحمل وذلك يتحقق
في جانبها هنا وان نعدم اشتغال رحمها بماء الزوج وليس الشرط فيما تنقضي به العدة ان يكون من الزوج كالشهور والحيض وكما لو
حبل امراته وفرق القاضي بينهما باللعان وحكم ان الولد ليس منه تنقضي عدتها بوضعه . والدليل الحكمي كالدليل المتيقن بخلاف
ما اذا لم يكن الحبل ظاهرا عند الموت لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت حملا لامرها على الصلاح والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح
فلا يتغير ذلك بحدوث الحبل من زنا بعده . قال والخصي كالصحيح في الولد والعدة لان فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح ان يكون والدا
والوطء منه يتاتى مع انه لا معتبر بالوطء في حكم النسب حتى لا يسقط التمكن من الوطء لاثبات النسب بخلاف الصبي لانه لا يصلح
ان يكون والدا وبدون الصلاحية لا تعمل العلة . قال وكذلك المجبوب اذا كان ينزل لانه يصلح ان يكون والدا والاعلاق بالسحق يتوهم
منه . وزاد في رواية ابي حفص رح وان كان لم ينزل لم يلزمه الولد لانه اذا جف ماؤه فهو بمنزلة الصبي او دونه لان في حق الصبي
يتعدم الماء في الحال الى توهم ظهوره في الثاني عادة فاذا كان هنا يتعدم الصلاحية فهنا اولى . قال ولا يكون طلاق الصبي طلاقا
حتى يبلغ لقول علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رض كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه . وقد روي ذلك مرفوعا
ثم بلوغه اما ان يكون بالعلامة او بالسن والعلامة في ذلك الانزال بالاحتلام والاحبال وفي حق الجارية تسع عشرة سنة
وفي حق الجارية بالاحتلام والحيض . قالوا وادنى المدة في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وقد بيناها
في كتاب الحيض . واما بلوغهما بالسن فعند ابي حنيفة في الجارية سبع عشرة سنة . وفي كتاب الوكالة ذكر في الغلام ثماني عشرة سنة
في موضع وفي موضع بتسع عشرة سنة من اصحابنا من وفق فقال المراد ان يتم له ثماني عشرة ويطعن في التاسع عشرة ومنهم من يقول ذكر في
رواية ابي سليمان رح في الوكالة حتى تستكمل تسع عشرة سنة ففيه روايتان اذا وعلى قول ابي يوسف ومحمد والشافعي في الغلام
والجارية يتقدر بخمس عشرة سنة لحديث ابن عمر رض . قال عرضت على النبي عم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فردني
ثم عرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فاجازني ولما سمع عمر بن عبد العزيز هذا الحديث . قال هذا هو الفصل
بين البالغ وغير البالغ وكتب به الى امراء الاجناد . والمعنى فيه ان العادة الظاهرة ان البلوغ لا يتاخر عن هذه المدة وقد بينا

ان الحكم على الظاهر دون النادر . وابو حنيفة رح يقول صفة الصغر فيهما معلومة بيقين فلا يحكم بزواله الا بيقين مثله
ولا يقين في موضع الاختلاف ثم ادنى مدة البلوغ للغلام اثنتا عشرة سنة وقد وجب زيادة المدة على ذلك فانما يزاد
سبع سنين اعتبارا باول امره كما اشار صاحب الشرع عليه السلام مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا وبين اهل التفسير اختلاف
في تفسير الاشد ولم يقل احد باقل من ثمان عشرة سنة في قوله تعالى ولما بلغ اشده اتيناه حكما وعلما فوجب تقدير مدة البلوغ به
ولكن الانثى اسرع نشوا عادة فينقص في حقها سنة فيكون التقدير بسبع عشرة سنة ولا حجة في حديث ابن عمر رض لانه ما اجازه
باعتبار انه حكم ببلوغه بل لانه راه قويا صالحا للقتال . وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيز من الصبيان من كان صالحا
للقتال على ما روي انه عرض عليه صبي فرده فقيل انه رامي فاجازه وعرض عليه صبيان فاجاز احدهما ورد الاخر
فقال المردود يا رسول الله اجزته ورددتني ولو صارعته لصرعته فصارعه فصرعه فاجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ولا يجوز طلاق المجنون وان مات عن امراته كان في حكم العدة والولد بمنزلة الصحيح لان المجنون يجامع ويحبل وقد ثبت الفراش له
بحكم النكاح وهو ان يصلح ان يكون والدا . قال واذا مات عن ام ولده او اعتقها فعدتها ثلث حيض فان كانت لا تحيض من اياس
فعدتها ثلثة اشهر وقد بينا هذا في كتاب النكاح . وكذلك ان كانت حرمت عليه قبل موته بوجه من الوجوه فعليها منه العدة
لانها فراشه بعدما حرمت عليه حتى لو ادعى نسب ولدها يثبت منه . وانما لا يثبت بدون الدعوة لما فيه من اساءة الظن به والحكم
باقدامه على الوطء الحرام فيتحقق زوال الفراش اليها بالعتق . وهذا خلاف ما اذا زوجها من غيره ثم مات المولى او اعتقها لان هناك
تعارض على فراشه فراش الزوج . وفراش النكاح اقوى من فراش الملك فينعدم الضعيف بالقوي واذا انعدم لم يتقرر
بالعتق سبب وجوب العدة وهو زوال فراشه اليها وكذلك لو كانت في عدة من زوج . الا ترى ان النسب لا يثبت من المولى
وان ادعاه فعرفنا انه لم يبق له فراش اصلا . قال ولو مات عن ام ولده او اعتقها فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه لتوهم
ان يكون العلوق به قبل الموت وهذا لان الفراش زال بالعتق الى عدة وهو نظير فراش النكاح في انه يستند العلوق الى ابعد الاوقات
ولكن لو نفاه المولى لا ينتفي بخلاف ما قبل العتق لان الفراش بالعتق يتقوى حتى لا يملك نقله الى غيره بالتزويج فيلزمه نسب الولد
على وجه لا يملك نفيه . وقبل العتق كان يملك نقل فراشها الى غيره بالتزويج فكذلك يملك نفي نسب الولد لان ثبوت الحكم بحسب السبب
فان جاءت به لاكثر من سنتين منذ اعتقها لم يلزمه الا ان يدعيه لانا تيقنا ان العلوق كان بعد العتق فان ادعاه ثبت النسب منهما
لانهما تصادقا ان الولد منه ولو الحقهما وما تصادقا عليه محتمل لجواز ان يكون تزوجت نفسها منه في عدتها . قال كل رجل توفي
عن امراته وهي مملوكة فاقرت بانقضاء عدتها بعد شهرين وخمسة ايام ثم جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر منذ يوم اقرت
لم يلزم الزوج لان شهرين وخمسة ايام في حقها كاربعة اشهر وعشر في حق الحرة . واقرارها بانقضاء العدة بعد ذلك معتبر ما لم يتبين
كذبها فكذلك هنا وان لم تقر بانقضاء العدة لزمه الولد الى سنتين لانا نستند العلوق الى ابعد الاوقات لانه لا امكان في حقها لاثبات
ولدها من الزوج كما في الحرة . قال فان اعتق ام ولد وهي حامل او مات عنها فعدتها بوضع الحمل لما بينا ان العدة لزمتها وهي حامل
فيتقدر انقضاؤها بوضعه كما في عدة النكاح بل اولى لان معنى تبين فراغ الرحم هو المعتبر هنا لا غير . قال ولو مات عن امة كان يطؤها
او اعتق مدبرة كان يطؤها فلا عدة عليها . وكذلك ان اعتقها لان الفراش لا يثبت بالوطء في ملك اليمين وهو معروف في كتاب الدعوى
وبدون الفراش لا تجب العدة . وفي الكتاب يقول الا ترى انه لو باعها بعدما وطئها لم يلزمها العدة . والاستبراء الواجب على المشتري
ليس بعدة لان العدة تجب عليها . والاستبراء يجب على المشتري حتى ان المشتري لو زوجها قبل ان يستبرئها جاز ووجوب الاستبراء
عليه هنا كوجوبه اذا اشتراها من صبي او امراة او اشتراها وهي بكر . قال ولو دخل بامراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه
المهر وعليها العدة ثلث حيض ان كانت حرة وحيضتان ان كانت امة وقد بينا هذا في كتاب النكاح ان الفراش يثبت بالدخول بعد فساد
النكاح فيجب العدة بزواله بالتفريق . ويستوي ان مات عنها او فرق بينهما وهو حي لان هذه العدة لا تجب الا لتعرف براءة الرحم
فلا يختلف بالحيوة والممات كعدة ام الولد . وهذا لان النص بالاشهر في عدة الوفاة لقضاء حق النكاح ولهذا يجب من غير توهم الشغل
وهذا لا يوجد في الوطء بالشبهة ولا في النكاح الفاسد فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلثة اشهر وعدة الامة شهر ونصف
اعتبارا للفراش الفاسد بالفراش الصحيح اذا وجبت العدة بالفرقة في حال الحيوة . قال واذا تزوج المكاتب بنت مولاه باذنه ثم مات
المكاتب وترك وفاء فعدتها اربعة اشهر وعشر ولها عليه الصداق والميراث لانها لم تملك شيئا من رقبته بموت المولى لقيام عقد الكتابة
وموت المكاتب عن وفاء لا يوجب فسخ الكتابة عندنا بل يؤدي كتابته ويحكم بحريته في حيوته فيكون النكاح منتهيا بينهما بموت الزوج

فعليها عدة الوفاة ولها جميع الصداق وان لم يدخل بها وترثه بالزوجية لانتهاء النكاح بالموت بعد الحكم بحرية الزوج فان لم تترك وفاء وقد دخل بها فلها الصداق دينا في عنقه ومعنى هذا اذا كان دينا في عنقه ويبطل عنه مقدار نصيبها في رقبته لان بموته عاجزا تنفسخ الكتابة قبل الموت فيتحول بعجز جزء اشرف على الهلاك فملكت جزءا من رقبة زوجها ارثا من ابيها وذلك مفسد للنكاح بينهما الا ان الصداق قد تقرر بالدخول ولكن يفتقد نصيبها يسقط لانها لا تستوجب دينا على عبدها كصاحب الدين اذا وهب له العبد المديون وتقدر نصيب سائر الورثة يعني فيستوفى ذلك مما تركه من كسبه وعليها ثلث حيض لوقوع الفرقة بينهما بعد الدخول قبل الموت حين ملكت جزءا فلا يتغير ذلك بموته ۔ وان كان لم يدخل بها فلا صداق لها ولا عدة عليها لان الفرقة وقعت قبل الدخول بسبب مضاف اليها وهو ملكها جزءا من رقبته وذلك مسقط لجميع الصداق ۔ قال واذا اشترى المكاتب امراته وقد ولدت منه لم يبطل النكاح لان الثابت له في كسبه حق الملك ۔ وقد بينا في كتاب النكاح ان حق الملك لا يمنع بقاء النكاح وان مات وترك وفاء تؤدي كتابته ويحكم بحريته قبل موته اما استنادا للعتق الى ما قبل الموت او ابقاء له حيا الى وقت اداء الكتابة ولما حكم بحريته ثم ملك رقبتها صارت ام ولد فانا نرفع النكاح وعتقت بموته وام الولد اذا اعتقت بموت مولاها اعتدت بثلاث حيض وان لم تترك وفاء فعدتها شهران وخمسة ايام لانه مات عاجزا منتهيا بالموت وعند موت زوجها من العدة شهران وخمسة ايام وان لم تكن ولدت منه وقد ترك وفاء فان كان قد دخل بها فعدتها حيضتان كالحر اذا اشترى امرأته بعدما دخل بها فعليها من العدة حيضتان حتى لا يملك تزويجها الا بعد مضي المدة وان لم تظهر هذه الفرقة في حقه حتى كان له ان يطاها وان لم يدخل بها فلا عدة عليها لان هذه الفرقة في حال الحيوة قبل الدخول وان كان لم يترك وفاء ولم يدخل بها او دخل بها غير انها لم تلد منه لانه مات عاجزا فلم يملك شيئا من رقبتها وانما كان النكاح بينهما منتهيا بالموت فعليها العدة شهران وخمسة ايام وهي امة لمولى المكاتب

باب الرد على زفر

وهذه المسئلة مختلف فيها بيننا وبين الشيعة على فصلين احدهما انه اذا طلقها في حالة الحيض او في طهر قد جامعها فيه يقع الطلاق عند جمهور العلماء ۔ وعندهم لا يقع اما اذا طلقها ثلثا جملة يقع ثلثا والمرتدية من الشيعة يقولون يقع واحدة والامامية يقولون لا يقع شيء ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه وهو افتراء منهم على علي رضي الله عنه فقد ذكر بعد هذا في باب الطلاق عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما ان الثلث جملة يقع بايقاع الزوج والمشهور من قول علي كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وشبههم ان الزوج مامور شرعا بايقاع الطلاق للسنة ۔ والمامور بايقاع الطلاق للسنة وهو الوكيل اذا اوقع لغير السنة لا يقع فكذلك المامور شرعا بل اولى لان امر الشرع ازهر ولان نفوذ تصرفه بالاذن شرعا ۔ والمنهي عنه غير ماذون فيه فلا يكون نافذا كطلاق الصبي والمعتوه ۔ وحجتنا في ذلك حرفان احدهما ان النهي دليل ظاهر على تحقق المنهي عنه ولا يمنع تقرره شرعا كالنهي عن الصلوة في الارض المغصوبة والنهي عن البيع عند النداء يوم الجمعة ۔ وهنا النهي لمعنى في غير الطلاق من تطويل العدة واشتباه امر العدة عليها او سدا لباب التلافي عند الندم فلا يمنع النفاذ ۔ واستكثر من الشواهد في الكتاب وكل ذلك يرجع الى هذين الحرفين ۔ وهذا بخلاف الوكيل فان نفوذ تصرفه بامر الموكل فاذا خالف المامور لا ينفذ ۔ وهنا نفوذ تصرف الزوج بحكم ملكه وهو بعقد النكاح صار مالكا للتطليقات الثلث والملك عليه تام لنفوذ التصرف ممن هو اهل للتصرف وان لم يكن مامورا به ولا ماذونا فيه ۔ وهذا بخلاف الصبي والمعتوه لانه لا اهلية لايقاع الطلاق عند تحقق فيهما ۔ الا ترى انه لا يصح منهما التعليق بالشرط والاضافة الى ما بعد البلوغ ولا تمليك الامر منهما وكل ذلك صحيح من الرجل في حيض المرأة وهذا ونظايره استشهد في الكتاب ه

باب اللبس والطيب

الاصل ان المتوفى عنها زوجها يلزمها الحداد في عدتها وفيه لغتان حداد واحداد يقال احدت المرأة تحد وحدت تحد وكلاهما لغة صحيحة وهذا لما روي ان ام حبيبة رضي الله عنها لما اتاها خبر موت ابي سفيان رضي الله عنه دعت بطيب بعد ثلثة فامسته عارضيها وقالت ما بي حاجة الى الطيب ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا ۔ وقال عم للمرأة التي استاذنته في الاكتحال قد كانت احديكن في الجاهلية الحديث على ما روينا فاما المبتوتة وهي المختلعة والمطلقة ثلثا او تطليقة بائنة فعليها الحداد في عدتها عندنا ۔ وقال الشافعي لا حداد عليها لان هذه العدة واجبة

كثر بيف براة الرحم فلا حداد عليها كالمعتدة عن وطي بشبهة او نكاح فاسد وهذا لان الحداد على المتوفى عنها زوجها لاظهار التاسف على فوت الزوج الذي وفى لها حتى فرق الموت بينهما وذلك غير موجود في المطلقة لان الزوج جفاها واثر غيرها عليها فانما تظهر السرور دون التاسف ۔ ولنا في ذلك حديث ام سلمة ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب وهذا عام في كل معتدة ولانها معتدة عن نكاح صحيح فهي كالمتوفى عنها زوجها ۔ وتاثيره ان الحداد لاظهار التاسف على فوت نعمة النكاح والوطي الحلال بسببه وذلك موجود في المبتوتة كوجوده في المتوفى عنها زوجها ۔ وعين الزوج ما كان مقصودا لها حتى يكون التحزن بفواته بل كان مقصودها ما ذكرنا من النعمة وذلك يفوتها في الطلاق والوفاة بصفة واحدة بخلاف العدة من نكاح فاسد او وطي بشبهة لانه ما فاتها نعمة بل تخلصت من الحرام بالتفريق بينهما ۔ وصفة الحداد ان لا تتطيب ولا تدهن ولا تلبس الحلي ولا الثوب المصبوغ بالعصفر والزعفران لان المقصود من هذا كله التزين وهو ضد اظهار التحزن ولانه من اسباب رغبة الرجال فيها وهي ممنوعة من الرجال ما دامت معتدة ولا ثوب عصب ولا خز لتتزين به ۔ قيل هو البرد اليماني والاصح انه القصب ۔ وفي النوادر عن ابي يوسف رحمه الله لا باس بان تلبس القصب والخز الاحمر ۔ وتاويل ذلك اذا البست ذلك لا على قصد التزين به فهو مكروه كما قال في الكتاب ولا تدهن لزينة فان الدهن اصل الطيب الا ترى ان الرواح تلقى فيه فيصير غالية وان استعملت الدهن على وجه التداوي بان اشتكت راسها فصبت عليه الدهن جاز لان العدة لا تمنع التداوي وانما تمنع الزينة ولا تكتحل للزينة ايضا فان اشتكت عينها فلا باس بان تكتحل بالكحل الاسود ۔ فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغت الباب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للمتوفى عنها زوجها في الاكتحال في الابتداء دعاها فقال وقد كانت احديكن في الجاهلية الحديث ۔ وتاويله انه وقع عنده عم انها لا تقصد الزينة في الاكتحال في الابتداء فاذن لها ثم علم ان قصدها الزينة فمنعها وان لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا باس بان تلبسه من غير ان تريد الزينة بذلك لانها لا تجد بدا من ستر عورتها ۔ واذا لم تجد سوى هذا الثوب فمقصودها الستر لا الزينة والاعمال بالنيات ۔ واما المطلقة طلاقا رجعيا فلا باس بان تتطيب وتتزين بما احبت من الثياب لان نعمة النكاح والحل ما فات بعد لان الزوج مندوب الى ان يراجعها والتزين منها ترغيبه على مراجعتها فتكون مندوبة اليه ايضا ۔ فاما الكتابية تحت المسلم اذا فارقها او توفي عنها فليس عليها ان يتقي في عدتها شيئا من الطيب والزينة لان الحداد في العدة لحق الشرع وهي لا تخاطب بالشرايع وفي الكتاب قال لان الذي فيها من الشرك والذي يترك من فرايض الله تعالى اعظم من هذا ۔ قال وتتقي المملوكة المسلمة في عدتها ما تتقي فيه الحرة الا الخروج لانها مخاطبة بحق الشرع كالحرة ۔ وانما لا تمنع من الخروج لحق مولاها في خدمتها ولا حق للمولى في تطيبها وتزينها في العدة لانها محرمة عليه ما لم تنقض عدتها ۔ قال وليس على الصبية ان تتقي شيئا من ذلك عندنا وقال الشافعي هي كالبالغة وعلى الولي ان يمنعها من التطيب والتزين كما يمنعها من شرب الخمر ۔ وحجتنا لحق الشرع وكما يجب عليها اصل العدة لحق الشرع لا يعلم يقينا فراغ رحمها من ماء الزوج فكذلك الحداد في العدة يجب عليها اذا توفي عنها زوجها ۔ ولكنا نقول هي لا تخاطب بحق الشرع بما هو اعظم من الحداد من الصوم والصلاة ۔ والحداد في معنى شكر النعمة لانه اظهار التحزن على فوت نعمة الزوجية وليس عليها ذلك شرعا بخلاف اصل العدة فقد قال بعض مشايخنا هي لا تخاطب في حقها بالاعتداد ۔ ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه الخطاب الشرعي عليها بخلاف الحداد فيها ۔ قال وليس على ام الولد في عدتها ان تتقي شيئا من ذلك لان عدتها من السيد انما تجب عند العتق ۔ وفيه تخلصها من الرق ووصولها الى نعمة الحرية فلا يفوتها شيء من النعمة لتتاسف على ذلك ولما كان من حل الوطي بينها وبين المولى فقد كان بسبب عقوبة في حقها وهو الرق فلا يعد نعمة وكرامة ۔ ولهذا لا يثبت به الاحصان فعدتها بمنزلة العدة من نكاح فاسد ۔ وقد بينا فيما سبق انهما لا يمنعان من الخروج في عدتهما فكذلك لا يمنعان من التزين ۔ الا ترى ان امرأة رجل لو تزوجت ثم دخل بها الزوج ثم فرق بينهما ثم ردت الى الزوج الاول كان لها ان تتشوف وتتزين لزوجها الاول وعليها عدة الاخر ثلث حيض ۔ قال رجل اشترى امرأته وهي حرة قد ولدت منه فسد النكاح وقد كانت حلالا له بالملك فلا باس بان تتزين له وتتطيب لانها غير معتدة في حقه فان العدة اثر النكاح ۔ وكما ان الملك ينافي اصل النكاح ينافي اثره ولانه حل له وطيها بسبب الملك فلا باس بان تتطيب له وتتزين له لتزداد رغبته فيها ۔ ولو اراد ان يزوجها رجلا لم يجز حتى تحيض حيضتين لانها معتدة في حق غيره فان الفرقة وقعت بينها وبين زوجها بعد الدخول بسبب الملك وذلك لا ينفك عن عدة فجعلناها في حق غيره كالمعتدة ۔ وان لم يكن في حقه فان اعتقها فعليها ثلث حيض لانها صارت ام ولد له حين اشتراها بعدما ولدت منه بالنكاح وعلى ام الولد ثلث حيض بعد العتق ثم تبقي الطيب والزينة في الحيضتين الاولتين كما كانت عليه من قبل النكاح استحسانا ۔ وفي القياس ليس عليها ذلك لان الحداد لا يلزمها عند وقوع الفرقة فكيف يلزمها بعد ذلك

وبالعتق انما يفوتها الحل الذي كان قائما قبله وقد بينا ان ذلك ليس بنعمة • وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة ولكن لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة في حق المولى • والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد وانما تطيب تقدما لحق المولى على حق الشرع حين كانت حلالا له وقد زال ذلك بالعتق • فاما الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانه لم تلزمها بسبب النكاح بل بسبب العتق لكونها ام ولد ولا حداد على ام الولد في عدتها

باب المتعة والمهر

اعلم بان العلماء رح مختلفون في المتعة في فصول احدهما ان المتعة واجبة عندنا • وقال مالك رح هي مستحبة لظاهر قوله تعالى حقا على المتقين • وفي موضع اخر حقا على المحسنين • وفي هذا اشارة الى انها مستحبة فان الواجب يكون حتما على المتقين وغير المتقين ولما امر رح المطلق ان يمتعها قال ليس عندي ما امتعها به فقال ان كنت من المحسنين ومن المتقين فمتعها ولم يجبره ولان المتعة غير واجبة قبل الطلاق فلا تجب بالطلاق لان الطلاق مسقط لا موجب • ولو وجبت انما تجب باعتبار ملك النكاح وبالطلاق قبل الدخول زال الملك لا الى بدل فكيف تجب المتعة باعتبار الملك • ولنا في ذلك قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف فالله تعالى اضاف المتعة اليهن بلام التمليك ثم قال حقا وذلك دليل وجوبه • وقال على المتقين وكلمة على تفيد الوجوب • والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون والمؤمن هو الذي ينقاد لحكم الشرع • وقال تعالى ومتعوهن على الموسع قدره • والامر للوجوب • قال تعالى فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا • ولان الفرقة وقعت بالطلاق بعد صحة النكاح فلا ينفك عن الواجب لها كما اذا كان النكاح مسمى • ثم عندنا لا تجب المتعة الا للمطلقة واحدة • وهي المطلقة قبل المسيس والفرض • وعند الشافعي لا تجب المتعة الا للمطلقة واحدة وهي المطلقة بعد المسيس اذا كان مهرها مسمى فانما يتحقق الاختلاف في المطلقة بعد الدخول عندنا لها المهر المسمى ومهر المثل ان لم يكن في النكاح تسمية • وليس لها متعة واجبة • ولكنها مستحبة • وعند الشافعي لها متعة واجبة لعموم قوله تعالى • وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين الا انا خصصنا المطلقة قبل المسيس بعد الفرض من هذا العموم بالنص • وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فجعل كل الواجب نصف المسمى • ولان وجوب المتعة لمراعاة حق النكاح فاما المسمى او مهر المثل فانما يسلم لها بالدخول فتبقى المتعة لها لحق النكاح خلاف المطلقة قبل المسيس بعد الفرض لان نصف المفروض لها لحق النكاح اذا لم يكن بينهما سبب سوى النكاح • وهنا بينهما سبب سوى النكاح وهو الدخول فلا حاجة الى ايجاب المتعة هنا • ولنا انها انما استحقت جميع المهر على فرضها فلا تستحق المتعة مع ذلك • كالمتوفى عنها زوجها وهذا لان النكاح عقد معاوضة وبعد تقرر العوض لا حاجة الى شيء اخر يوضحه ان المتعة لا تجامع نصف المسمى وهو ما اذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض فلان لا تجامع جميع المسمى اولى • وتحقيق هذا ان المتعة خلف عن مهر المثل فان اوان وجوبها بعد الطلاق • ولا يمكن ايجابها اصلا لانه يتوقف وجوبه على زوال الملك فعرفنا انها وجبت خلفا لانه يبقى ما كان ثابتا من الحكم ولا يجمع بين الخلف والاصل بحال • واذا وجب لها المهر الذي هو الاصل كله او بعضه لا تجب المتعة • فاما المطلقة قبل المسيس والفرض فهي لا تستوجب شيئا من الاصل فيجب لها المتعة • وانما قلنا انها مستحبة لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا وقد كان دخل بهن فدل ان المتعة مستحبة في هذه الحالة • وهو مروي عن ابن عباس وشريح رض • وكذلك في كل فرقة جاءت من قبل الزوج بان اتى وكل فرقة جاءت من قبل المراة فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة لان المتعة بمنزلة المسمى فكما ان في النكاح الذي فيه التسمية لا يجب من المسمى شيء اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها • قال والادنى ما تكون المتعة ثلثة اثواب درع وخمار وملحفة • وللشافعي قولان احدهما انه شيء تعيين يعطيها الزوج بذكره لها • وقد بينا هذا في كتاب النكاح والثاني ان المتعة ثلثون درهما • وهذا ليس بصحيح فان الله تعالى قال وللمطلقات متاع بالمعروف فاسم المتاع لا يتناول الدراهم وتقدير المتعة بالثياب مروي عن سعيد بن المسيب وعطا والحسن والشعبي • وكان ابن عباس رض يقول ارفع المتعة الخادم واوسط المتعة الكسوة وادناها النفقة ثم المعتبر في المتعة حال الرجل لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره • وكان الكرخي رح يقول هذا في المستحبة فاما في المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل • وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في المتعة وهذا الذي قاله ليس بقوي لان الاعتبار بحاله لا بحالها فيما يكون واجبا ويدخل تحت الحكم وفي المستحب هذا لا يكون • ولان الله تعالى قال على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وكلمة على للوجوب فاذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فلها نصف المسمى بالنص والقياس فيه احد الشيئين اما وجوب جميع المسمى لان الزوج هو الذي فوت الملك على نفسه باختياره فلا يسقط حقها في البدل كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض وان لا يجب شيء لان المعقود عليه عاد اليها كما خرج عن ملكها وذلك مسقط للبدل كما اذا فسخ البيع بخيار او اقالة • ولكن تركنا القياس بالنص وفيه طريقان للمشايخ رح • احدهما ان الطلاق يسقط

جميع مهر المثل وانما كان لها نصف المسمى بطريق المتعة • والثاني ان بالطلاق هنا لا يسقط الا نصف المسمى لانه متاكد بالعقد والتسمية جميعا بخلاف مهر المثل وهذا اصح فانه لو تزوجها على ابل سائمة وحال الحول عليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها نصف الزكوة ولو سقط جميع المسمى ثم وجب النصف بطريق المتعة لما لزمها شيء من الزكوة ثم المسمى وان تنصف بالطلاق فكل واحد منهما مندوب الى العفو • قال الله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح والذي بيده عقدة النكاح عندنا الزوج وهو قول ابن عباس وشريح رض • وقال مالك الذي بيده عقدة النكاح وليها حتى ان في مذهبه اذا ابت المراة ان تسقط نصيبها يندب الولي الى اسقاط ذلك وهذا فاسد لانه دين واجب لها او عين مملوك لها فلا يملك الولي اسقاط حقها عنه • ولكن المراد انه يندب الى العفو بان يقول لم يمتنع بي شيئا فلا اخذ منها له شيئا او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وهو الزوج بان يقول اختارت فراقها فلا امنعها شيئا من صداقها فيعطيها جميع المهر وظاهر الاية يدل على ذلك لان الذي بيده عقدة النكاح من بعد النكاح وهو الزوج دون الولي وان طلقها قبل ان يدخل بها وقد تزوجها على مهر فاسد كالخمر والخنزير فلها المتعة عندنا ونصف مهر المثل عند الشافعي لان مهر المثل وجب بنفس العقد هنا بالاتفاق فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى • ولكنا نقول نصف المسمى ثبت بالنص بخلاف القياس والمخصوص من القياس بالنص لا يقاس عليه غيره وقد بينا ان مهر المثل ليس في معنى المسمى من كل وجه فانما لها المتعة بالنص في النكاح الفاسد اذا فرق بينهما قبل الدخول كالخلوة وبعد الخلوة والزوج منكر للدخول فلا شيء عليه لها لان وجوب المتعة اما لمراعاة حق النكاح او ليكون خلفا عن مهر المثل وما هو الاصل لا يجب في النكاح الفاسد قبل الدخول كالخلوة وبعد الخلوة فكذلك ما هو خلف والعبد بمنزلة الحر في وجوب المهر والمتعة عليه اذا كان النكاح باذن المولى لانه مساو للحر في سبب وجوبهما وهو النكاح فكذلك في الواجب بالسبب • قال واذا طلق الرجل احدى امراتيه ثم مات قبل ان يفرض لاحديهما مهرا ولم يفرض للاخرى مهرا والتي سمى لها مهرا لا يعرف بعينها ومهر مثلها سواء فلها مهر وربع مهر بينهما سواء لان اكثر ما يكون لها مهر واحد ونصف وهو ان يكون الطلاق وقع على التي سمى لها المهر فيكون نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وللاخرى مهر كامل لتقرر نكاحها بالموت واقل ما يكون لها مهر واحد وهو ان يكون الطلاق وقع على التي لم يفرض لها مهرا فيسقط جميع مهرها فمهر واحد لها بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان الواجب مهرا وربع مهر وليست احداهما باولى من الاخرى فيكون بينهما نصفين ولا شيء لهما من المتعة لان المتعة لا تجامع شيئا من المهر • قال فان كانت التي سمى لها معروفة فلها ثلثة ارباع المهر لان الطلاق ان كان وقع عليها فلها نصف المهر وان كان وقع على صاحبتها فلها كل المهر فاعطيناها نصف مهر باعتبار الاحوال • وفي القياس لها نصف المتعة لان الطلاق ان وقع عليها فلها جميع المتعة وان لم يقع عليها فلا متعة لها فيكون لها نصف المتعة باعتبار الاحوال الا انه في الاستحسان لا شيء لها من المتعة لما بينا ان المتعة لا تجامع مهر المثل لانها خلف عنه وقد استحقت نصف مهر فلا يكون لها شيء من المتعة • ولان مهر المثل فيه بضعها فلا يجامعها بدل اخر كقيمة المبيع اذا وجبت في البيع الفاسد لا يجب معه بدل اخر كذا هنا • قال واذا وهبت المراة لزوجها مهرها ثم طلقها قبل الدخول بها ولم تكن قبضت منه شيئا لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء • وفي القياس يرجع عليها زوجها بنصفه وهو قول زفر رح • وجه القياس انها بالهبة استهلكت الصداق فكانها قبضت ثم استهلكته فللزوج ان يرجع عليها بنصفه وجه الاستحسان ان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق فلا يستوجب شيئا اخر عند الطلاق كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الاجل شيء وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لمقاصدها فاذا كان ما هو المقصود حاصلا فلا عبرة لاختلاف السبب • وعلى هذا لو كان الصداق عينا فقبضته ثم وهبته من الزوج القياس ان هذا وهبتها من اجنبي سواء فعند الطلاق يرجع الزوج عليها بنصفه • وفي الاستحسان مقصود الزوج قد حصل بعود الصداق اليه بعينه من غير عوض • قال ولو كان الصداق دينا فقبضته ثم وهبته من الزوج رجع الزوج عليها بنصفه عند الطلاق لان حق الزوج عند الطلاق ليس في عين المقبوض ولكن الخيار اليها يعطيها من اي موضع شاءت فهبتها هذا المقبوض كهبتها مالا اخر • وفي الاول حق الزوج عند الطلاق في نصف المقبوض بعينه وقد عاد اليه بالهبة • وحكي عن زفر انه قال اذا تزوجها على الف درهم بعينها فقبضته ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء بناء على اصله ان النقود في العقود تتعين ولكن هذا لا يستقيم الا ان يكون في المسئلة روايتان عن زفر واحدهما مثل جواب الاستحسان فيخرج هذا على ما ذكرنا رواية • قال ولو قبضت منه النصف ووهبت له النصف ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه في قول ابي حنيفة وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض وجه قولهما ان هبة نصف الصداق قبل القبض حط منه والحط يلتحق باصل العقد ويخرج به المحطوط من ان يكون عوضا فكانه تزوجها على ما بقي وقبضت منه ثم طلقها والجزء معتبر بالكل فيما وهبت وفيما قبضت وابو حنيفة يقول لو قبضت النصف ولم تهب منه الباقي حتى طلقها لم يرجع عليها بشيء فلو رجع عليها بعد الهبة انما يرجع بسبب الهبة والهبة تبرع فلا يوجب الضمان عليها ولان ملكها في نصف الصداق قبل الدخول قوي وفي النصف ضعيف يسقط بالطلاق فيجعل المقبوض مما هو ملكها فيه لان القبض مقرر للملك

وانما يتقرر ملكها في المقبوض اذا تعين فيه النصف الذي سلم لها بعد الطلاق فتبين انها وهبت النصف الذي كان يسلم للزوج بالطلاق وقد سلم له قبل الطلاق مجانا وعلى هذا لو قبضت ستمائة ووهبت له اربعمائة ثم طلقها قبل الدخول عند ابي حنيفة يرجع عليها بمائة لان الموهوب من النصف الذي هو حق الزوج بعد الطلاق وانما بقي الى تمام حقه مائة درهم وعندهما يرجع عليها بثلثمائة لان المحطوط صار كان لم يكن فانما يرجع عليها بنصف المقبوض ٥ قال ولو قبضت الصداق كله ووهبت لاجنبي ثم وهبه الاجنبي من الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصفه العين والدين سواء في ذلك لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يسلم له ذلك انما سلم له مال من اجنبي اخر بالهبة وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين كانت مستهلكه للصداق وكذلك لو كانت باعت الصداق من زوجها ثم طلقها رجع عليها بنصفه لان مقصوده لم يحصل فان العين انما وصل اليه بدل عقد ضمان ٥ قال ولو وهبت الصداق لاجنبي قبل القبض فقبضه الاجنبي ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع عليها بنصفه لان مقصوده لم يحصل فان العين انما وصل اليه بدل عقد ضمان ٥ قال ولو وهبت الصداق لاجنبي قبل القبض فقبضه الاجنبي ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع عليها بنصفه لان قبض الاجنبي بتسليطها كقبضها بنفسها قال ولو تزوجها على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فقضى للزوج بنصفه عليها فلم يقبضه حتى اعور احد نصفيه وضمنها نصف العور لان بقضاء القاضي عاد الملك في النصف اليه وهو ملك مضمون له في يدها فكان كالمغصوب وان كان العبد في يد الزوج فطلقها فلم يقبض نصفه حتى حدث به عيب فاحش فهي بالخيار ان شاءت اخذت نصفه ناقصا وان شاءت ضمنت الزوج نصف قيمته صحيحا لان ملكها بعد الطلاق في نصف العبد كملكها في جميعه قبل الطلاق ولو لم يطلقها حتى تعيب في يد الزوج كان لها الخيار ان شاءت اخذته لكل ناقصا وان شاءت ضمنته قيمته صحيحا فكذلك في النصف بعد الطلاق وان اعتقه الزوج بعد الطلاق جاز عتقه في نصفه لان بنفس الطلاق عاد الملك في نصفه الى الزوج اذا لم تكن قبضته فهو كعبد بين اثنين يعتقه احدهما ٥ قال واذا تزوج الرجل ثلث نسوة في عقدة واثنتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل ان يدخل بواحدة منهن ثم مات فلهن ثلثة مهور لان اكثر ما لهن ثلثة مهور ونصف بان صح نكاح الواحدة مع الثلث فيجب اربع مهور ثم يسقط بالطلاق قبل الدخول نصف مهر واقل ما لهن مهران ونصف بان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فيجب ثلثة مهور ثم تسقط بالطلاق نصف مهر ونصف لهن بيقين ومهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهن ثلثة مهور للواحدة من ذلك سبعة اثمان مهر الا سدس ثمن مهر لان نكاح الواحدة صحيح بيقين فان صح مع الثلث فلها سبعة اثمان مهر لان الساقط بالطلاق نصف ربع ذلك وهو ثمن المهر وان صح نكاحها مع الثنتين فلها خمسة اسداس المهر لان الساقط بالطلاق نصف حصتها من ذلك النصف وهو سدس مهر انكسر المهر بالاثمان والاسداس فالسبيل ان تضرب الستة في ثمانية فتكون ثمانية واربعون لها في الحالة الاولى سبعة اثمان وهو اثنان واربعون وفي الحالة الثالثة خمسة اسداس وهو اربعون فمقدار اربعين لها بيقين والسهمان تثبت في حال دون حال فتتنصف فيكون لها احد واربعون من ثمانية واربعين وذلك سبعة اثمان مهر الا سدس ثمن مهر وللثلاث مهر وثمن مهر ونصف ثمن مهر وللثنتين خمسة اسداس مهر لانه ان صح نكاحهما فقد كان لهما مهران وانما يحرمان ثلثي النصف بالطلاق ويبقى لهما مهران وان لم يصح فلا شيء لهما فكان لهما في حال اسداس مهر بينهما نصفان وحكم الميراث قد بيناه في كتاب النكاح ان للواحدة سبعة اسهم من اربعة وعشرين سهما من ميراث النساء والباقي بين الفريقين الاخرين نصفان في قول ابي حنيفة وفي قولهما للثلاث من الباقي تسعة اسهم وللثنتين ثمانية اسهم وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا ٥ قال وان تزوج ثلثا في عقدة واثنتين في عقدة واربعا في عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل الدخول ثم مات فلهن مهران ونصف لان اكثر ما لهن ثلثة مهور ونصف بان كان السابق نكاح الاربع فوجب اربعة مهور ثم سقط بالطلاق نصف مهر واقل ما لهن مهر ونصف بان كان السابق نكاح الثنتين فوجب مهران ثم يسقط نصف مهر ونصف لهن بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلثة مهور ونصف وذلك مهران يجب في حال دون حال فيتنصف فلهن مهران ونصف فاما مهر من ذلك لا دعوى فيه للثنتين والفريقان الاخران يدعيان فيكون بين الفريقين نصفين وقد استوت منازعة الفرق الثلاثة في مهر ونصف فيكون بينهن اثلاثا فيسلم للثنتين نصف مهر وللثلاث مهر وللاربع مهر وهذا قول ابي يوسف ولم يذكر محمد وتخريجه على الاصل الذي بينا في كتاب النكاح انه يعتبر حال كل فريق على حدة فان صح نكاح الاربع فلهن ثلثة مهور ونصف وان لم يصح فلا شيء لهن ونكاحهن يصح في حال دون حال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وسدس والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف ونكاحهن يصح في حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو نصف مهر والميراث بين الفرق الثلث اثلاثا لكل فريق ثلثه وهو خمسة اسداس مهر والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف ونكاحهما صحيح في حال دون حالين فلهما ثلث ذلك ربعا كان او ثمنا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة

قال ولو كان دخل بامرأتين لا يعرفان باعيانهما ثم طلق احدى نسائه واحدة وطلق الاخرى منهن ثلثا ثم تزوج واحدة بعد انقضاء العدة معناه بعد انقضاء مدة العدة فان ابتداء العدة في الطلاق المبهم من وقت البيان ثم مات كان للمرأة الاخيرة التي تزوجها المهر كاملا لان نكاحها صحيح ٥ واقدامه على النكاح يكون اقرارا منه بفساد النكاح للاربع لان المسلم انما باشر العقد الصحيح وبعدما صح نكاح الاربع لا يصح نكاح هذه الواحدة فكان هذا بيانا منه ان نكاح الاربع فاسد ٥ والبيان يكون تارة بالنص وتارة يكون بالدليل فلا مهر للاربع ولا ميراث ولا عدة عليهن وللواحدة جميع مهرها لانه ما انشا طلاقها بعد صحة نكاحها وعليها عدة المتوفى عنها زوجها ولها من الميراث خمسة اسهم من اثني عشر سهما لانه ان صح نكاحها مع الثلث كان لها ربعه وان صح نكاحها مع الثنتين كان لها ستة فلهذا خمسة من اثني عشر للثلاث اربعة من اثني عشر لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا الميراث ثمانية وان لم يصح فلا شيء لهن وللثنتين ثلثة اسهم من اثني عشر لانه ان صح نكاحهما فلهما ستة من اثني عشر نصف الميراث ٥ وان لم يصح فلا شيء لهما وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شيء لهن وللثنتين مهر ونصف وعلى الثلث والثنتين عدة النساء اربعة اشهر وعشر فيها ثلث حيض لتوهم الدخول والطلاق بعده في حق كل واحدة منهن ٥ وهذا الجواب كله غلط فيه صحيح اما في حق الواحدة فجوابه في الميراث غلط لان نكاحها ان صح مع الثنتين فقد وقع الطلاقان على الثنتين وهما متعينتان وقد انقضت عدتهما فالميراث كله للواحدة ٥ وان كان الصحيح نكاح الثلث فلها ثلث الميراث فمقدار الثلث لها بيقين ٥ والثلثان ثابتان في حال دون حال فيتنصفان فينبغي ان يكون لها ثلثا الميراث ٥ وفي الثلث جوابه كذلك في الميراث صحيح وفي المهر غلط لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا الميراث وان لم يصح فلا شيء لهن فلهن ثلثا الميراث اربعة من اثني عشر اما في حق المهر فان صح نكاحهن فقد تقرر مهران بالدخول بثنتين منهن ٥ والثالثة ان وقع الطلاق عليها فلها نصف وان لم يقع فلها مهر كامل فيكون لها ثلثة ارباع المهر فجملة ما لهن ان صح نكاحهن مهران وثلثة ارباع مهر وان لم يصح فيكون لهما مهر وثلثة اثمان مهر ونصف وفي حق الثنتين جوابه في المهر والميراث جميعا غلط لانا تيقنا انه لا ميراث لهما فانه ان صح نكاحهما فقد وقع الطلاق عليهما وانقضت عدتهما ٥ وان لم يصح نكاحهما فلا شيء لهما واما المهر ان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلا شيء فينبغي ان يكون لهما مهر واحد لا مهر ونصف عرفنا ان جواب الكتاب غير سديد ٥ قال وان لم يدخل بشيء منهن ولم تتزوج شيئا وكانت احدى ام الثلاث واحدى الاربع والحال ما وصفت لك فان الام والابنة لا ينقصان من مهر من قبل ان الفريق التي معها نكاحهن ونكاحها جائز او فاسد لا تصور الجواز نكاح الفريقين فلا يتحقق الجمع بين البنت والام فلهذا كان هذا الفصل والاول سواء ٥ قال ولو طلق احدى الثلث كان ذلك اقرارا منه بان الثلث هي الاول لان تصرفه بايقاع الطلاق محمول على الصحة ما امكن وذلك لا يكون الا بعد صحة النكاح وكذلك لو ظاهر من احديهن او دخل باحديهن كان ذلك بيانا منه ان نكاحهن صحيح فهذا والتصريح بالبيان سواء ثم تخريج المسئلة والمهر والميراث قد بيناه في كتاب النكاح ٥ قال ولو كان احدى الاربع امة لم يكن لها من الميراث ولا من المهر شيء لانا تيقنا بفساد نكاحها اما لانعدام العقد او بالضم الى الحراير اذا فسد نكاحها بقي ثلث وثلث واثنتان ثم ان طلق احدى نسائه ثم مات فلهن مهران ونصف فان صح نكاح الثنتين فقد مهر ونصف بيقين ومهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهن مهران فاما نصف مهر من ذلك لا منازعة للثنتين فيه فيكون بين الفريقين الاخرين نصفين ٥ وقد استوت منازعة الفرق الثلاثة في مهر ونصف فيكون بينهن اثلاثا وهو قول ابي يوسف ٥ واما تخريج محمد على ما اشرنا اليه في اعتبار حال كل فريق على حدة وتخريجه عند التامل

باب ما تقع به الفرقة مما يشبه الطلاق بالكنايات

قال واذا قال الرجل لامرأته انت علي حرام فانه يسأل عن نيته لانه تكلم بكلام مبهم محتمل المعاني وكلام المتكلم محمول على مراده ومراده انما يعرف من جهته فيسأل عن نيته فان نوى الطلاق فهو طلاق لانه نوى ما يحتمله كلامه فانه وصفها بالحرمة عليه وحرمتها عليه من موجبات الطلاق ثم ان نوى ثلثا فثلث لان حرمتها عليه عند وقوع الثلث فقد نوى نوعا من انواع الحرمة وان نوى واحدة بائنة فهي واحدة بائنة لانه نوى الحرمة بزوال الملك ولا يحصل ذلك الا بالتطليقة البائنة ٥ ومن اصلنا ان الزوج يملك الابانة وازالة الملك من غير بدل ولا عدد على ما نبينه وان نوى ثنتين فهي واحدة بائنة عندنا وعند زفر هي ثنتان لقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى ولان الثنتين بعض الثلث فاذا كانت الثلث تثبت في هذا اللفظ فنية الثنتين اولى ٥ الا ترى انها لو كانت امة كان يصح نية الثنتين في حقها بهذا اللفظ فكذلك في حق الحرة ٥ ولكنا نقول نية الثنتين نية عدد وهذا اللفظ لا يحتمل العدد لانها كلمة واحدة وليس فيها احتمال التعدد والنية اذا لم تكن من محتملات اللفظ لا تعمل وانما صحت نية الثلث ليس باعتبار العدد

بل باعتبار انه نوى حرمة وهي الحرمة الغليظة فانها لا تثبت فيما دون الثلث فاما الثنتان فلا تتعلق بهما في حق الحرمة حرمة لا تثبت تلك الحرمة بالواحدة بمجرد نية العدد بخلاف الامة فان الثنتين في حقها توجب الحرمة الغليظة كالثلاث في حق الحرة وهذا خلاف ما اذا طلق الحرة واحدة ثم قال لها انت علي حرام ونوى ثنتين حيث لا تعمل نيته لان الحرمة الغليظة لا تحصل بهما بل بهما وبما تقدم فكان هذا مجرد نية العدد وان نوى الطلاق ولم ينو عددا فهي واحدة بائنة لان نية الطلاق قد صح فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة وان لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يمينا فان تحريم الحلال يمين ❊ قال الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم جاء في التفسير انه كان حرم مارية القبطية على نفسه ❊ وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه وروي الضحاك عن ابي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس رض في هذا اللفظ انه لو نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى اليمين فهو يمين ❊ وعن ابن عمر رض قريبا منه وعن زيد رض قال يمين يكفرها والشافعي يقول تحريم الحلال لا يكون يمينا ولكن يجب به الكفارة في الزوجة والامة خاصة وكذلك ان لم يكن له نية لان الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق وعند الاحتمال لا يثبت الا القدر المتيقن وكان يمينا ان قربها كفر للحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالايلاء ❊ وكذلك لو نوى الايلاء فهو وبنية اليمين سواء وان نوى الكذب فهو كذب لا حكم له لان كلامه من الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهي حلال له قالوا هذا فيما بينه وبين الله تعالى ❊ فاما في القضاء فلا يدين لان كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغى مع امكان الاعمال وفي حمله على الكذب الغاؤه ولم يذكر في الكتاب ما لو قال نويت به الظهار ❊ وذكر في النوادر انه يكون ظهارا في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه وعند محمد لا يكون ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرمة التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار وعلى قول ابن ابي ليلى في هذا ونظائره من الكنايات هي ثلث ولا تدين في شيء لانه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لا تثبت صفة المحل الا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد صفة التطليقات فكان وقوع الطلاق موجبا هذا اللفظ حقيقة فلا تدين في شيء اخر ❊ ولكنا نقول وصفها بالحرمة والحرمة انواع ولها اسباب فاذا نوى نوعا او سببا كان المنوي من محتملات كلامه فتصح نيته ❊ قال ولو قال كل حل علي حرام يسال عن نيته فاذا نوى فهو يمين ولا يدخل امراته فيها الا ان ينويها فاذا لم ينو حمل الطعام او الشراب خاصة ❊ وفي القياس وهو قول زفر كما يفرغ عن يمينه يحنث وتلزمه الكفارة فان فتح العين والقعود والقيام حل له في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجودا ❊ ولكنا نقول علمنا يقينا انه لم يرد به العموم لان البر مقصود الحالف ولا تصور للبر اذا حمل على العموم واذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس ولا تدخل امراته فيه الا ان ينويها لان دخالها بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك والعادة ان المراة اذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر فان نواها دخلت فيه لان المنوي من محتملات لفظه ولكن لا يخرج الطعام والشراب حتى اذا اكل او شرب او قربها امراته حنث لان ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ من ظاهره فاذا حنث سقط عنه الايلاء لان الكفارة لزمته وارتفعت اليمين وان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها لان الحرمة باليمين ادنى الحرمات فان نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسلة الاولى وعند نية الطلاق لا يكون يمينا لانه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين فاذا عملت نيته في الطلاق فالقول فيه كالقول في المسلة الاولى ❊ وعند نية الطلاق لا يكون يمينا لانه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين فاذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين وعلى هذا روى عيسى بن ابان عن ابي يوسف ومحمد رح انه لو قال لامراتين له انتما علي حرام ينوي في احداهما الطلاق وفي الاخرى اليمين انه يكون طلاقا فيهما جميعا لانه كلام واحد فلا يحتمل المعنيين مختلفين وان نوى الكذب فهو كذب لما بينا في الفصل الاول ❊ قال واذا قال لامراته قد حرمتك علي وقد حرمتك او انت حرام او انا عليك حرام او حرمت نفسي عليك او انا عليك حرام او انت علي محرمة فالقول في ذلك كالقول في الحرام لان الحرمة تثبت من الجانبين فيصح اضافتها الى نفسه كما يصح اضافتها اليها وذكر الفعل وهو قوله حرمتك بمنزلة ذكر الوصف لانها لا تصير محرمة عليه الا بفعله ولو قال انت علي كمتاع فلان ينوي به الطلاق او الايلاء فهذا ليس بشيء لانه ما وصفها بالحرمة بهذا اللفظ فان متاع فلان ليس عليه بحرام ❊ الا ترى انه يحل له تناوله باذن المالك وعند عدم الاذن لا يحل له تناوله باذن المالك وعند عدم الاذن لا يحل لحق المالك لا لحرمة المحل حتى اذا لم يكن المال محترما بان كان حربيا كان تناوله مباحا ❊ قال واذا قال انت علي كالدم والميتة او لحم الخنزير او الخمر يسال عن نيته لانه شبهها بمحرم العين فان هذه الاعيان محرمة العين شرعا ❊ قال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم

الاية

لانه فكان هذا بمنزلة تحريمها على نفسه بقوله انت علي حرام وقد بينا انه يسال عن نيته والدليل على الفرق فصل الظهار فانه لو شبه امراته باجنبية لا يكون مظاهرا ولو شبهها بامه يكون مظاهرا لان الام تكون محرمة عليه فهذا مثله ❊ قال ولو قال انت مني باين او بتة او خلية او برية فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لانه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل في الصحبة والعشرة وتارة عن النكاح واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية او غلبة الاستعمال ولان بدون النية معنى الطلاق مشكوك فيه في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا يقع وان نوى الطلاق فهو كما نوى ان نوى ثلثا فثلث لانه نوى تمام انواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلث ما لم تتزوج اخر فعملت نيته وان نوى ثنتين فهي واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر وقد بينا في الفصل الاول الكلام في هذا فان قوله باين كلمة واحدة فلا يحتمل العدد وان نوى واحدة او نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا ❊ وعند الشافعي هي واحدة رجعية وكذلك كل لفظ يشبه الفرقة اذا اراد به الطلاق كقوله حبلك على غاربك وقد خليت سبيلك ولا ملك لي عليك والحقي باهلك واخرجي واستبري وتقنعي وقد وهبتك لاهلك ان قبلوها او لم يقبلوها وقد ابنت نفسك مني وابنت نفسي منك فالجواب في هذا كله كما ذكرنا في قوله انت مني باين وقد نقل عن عمر رض في قوله حبلك على غاربك انه طلاق اذا نوى ولان في هذه الالفاظ احتمال معنى زوال الملك ❊ وفي قوله الحقي باهلك الزامها الالتحاق باهلها وذلك بعد ارتفاع النكاح بينهما وفي قوله اخرجي واستبري وتقنعي الزامها ما صرح به ❊ وانما يلزمها ذلك في حقه بعد زوال الملك وكذلك هبتها لاهلها يكون استرا بالالتحاق بهم بازالة ملك نفسه عنها فاذا ثبت هذا كانت هذه الالفاظ كلها كلفظة البينونة ❊ وبعض المتاخرين من مشايخنا يسمون هذه الالفاظ كنايات وهو مجاز لا حقيقة لان عندنا هذه الالفاظ تعمل في حقايق موجباتها ولهذا يقع به التطليقة البائنة والكناية ما يستعار لشيء اخر ❊ وانما يستقيم الاصل على اصل الشافعي فانه يجعل هذه الالفاظ كناية عن لفظ الطلاق ولهذا كان الواقع به رجعيا ❊ وكان محمد رح اشار الى هذا المعنى في قوله وكذلك كل كلام تقع به الفرقة مما يشبه الطلاق ثم الكلام بيننا وبين الشافعي ينبني على اصل وهو ان عنده ازالة الملك بعد الدخول غير مملوك للزوج الا باشتراط البدل وباستيفاء العدد وعندنا هو مملوك له كايقاع اصل الطلاق ولو قال لامراته انت طالق باين عندنا يقع تطليقة بائنة وعنده يقع تطليقة رجعية واستدل بان خيار الرجعة بعد ايقاع الطلاق ثابت شرعا في العدة لا بايجاب الزوج فلا يصرفه في اسقاطه شرعا ❊ وفي وصف التطليقة بالبينونة اسقاط خيار الرجعة ولو صرح به فقال انت طالق ولا رجعة لي عليك لم يسقط حق الرجعة فهنا اولى ولان ازالة الملك النكاح معتبرة بازالة ملك اليمين ثم ازالة ملك اليمين تارة تكون بالمعاوضة فيثبت بنفسه ❊ وتارة يكون بجهة التبرع فيتاخر الى ما بعد القبض ولو اراد تغييره لا يملك حتى لو قال وهبت منك هبة توجب الملك بنفسه كان باطلا فكذلك ازالة ملك النكاح تارة يكون بعوض وهو الخلع فيثبت بنفسه وتارة يكون بغير عوض فيتاخر الحل الى ما بعد انقضاء العدة او استيفاء العدد فلا يملك تغييره بتنصيصه لان هذا التنصيص تصرف منه في حكم الشرع لا في ملك نفسه ولان هذه الالفاظ دون لفظ الصريح حتى انها لا تعمل الا بالنية فاذا كان الصريح الذي هو اقوى لا يزيل الملك بنفسه فهذا اولى ❊ وهذه الالفاظ كناية عن الطلاق غير عاملة حقا في موجباتها فان حقيقة حرمتها عليه ان تكون مؤبدة كحرمة الامهات ولا يثبت ذلك بشيء من هذه الالفاظ فانما يثبت بهذه الالفاظ الحرمة التي تثبت بالطلاق فعرفنا انها كناية عن الطلاق غير عاملة في موجباتها فان حقيقة حرمتها عليه ان تكون مؤبدة كحرمة الامهات ولا يثبت ذلك بشيء من هذه الالفاظ فانما يثبت بهذه الالفاظ الحرمة التي تثبت بالطلاق فعرفنا انها كناية عن الطلاق ❊ وحجتنا في ذلك ان ايقاع صفة البينونة تصرف من الزوج في ملكه فيكون صحيحا كايقاع اصل الطلاق ❊ وبيانه ان الطلاق بالنكاح مملوك للزوج وما صار مملوكا له الا لحاجته الى التقصي عن عهدة النكاح وذلك بازالة ملك النكاح وكذلك قبل الدخول ازالة الملك مملوك للزوج وبالدخول يتاكد ملكه فلا يبطل ما كان ثابتا له بالملك من ولاية الازالة وكذلك يملك الاعتياض عما هو مملوك له فيثبت الابانة مملوكة له فكان وصف الطلاق الذي وقع بالبينونة تصرفا منه في ملك نفسه فيجب اعماله ما امكن وكان ينبغي على هذا الاصل ان يزول الملك بنفس الطلاق الا ان حكم الرجعة بعد صريح الطلاق يثبت شرعا بخلاف القياس وما ثبت شرعا بخلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه ❊ وهذا ليس في معنى صريح لفظ الطلاق لانه يجامع النكاح ❊ الا ترى انها بعد الرجعة توصف بانها مطلقة ومنكوحة ولا توصف بانها مبانة ومنكوحة فاذا لم تكن في معنى المنصوص يؤخذ فيه باصل القياس ولان قوله انت طالق يحتمل الطلاق البين وغير البين وكان قوله باينا لتعيين احد المحتملين كما يقول الناس يكون محتملا للعموم والخصوص فاذا قال

الناس كلهم يزول به هذا الاحتمال وكذلك اذا قال بعت يحتمل البيع بالخيار والبيع البات فاذا قال بيعا باتا يزول هذا الاحتمال
وهذا بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك لضعفها في نفسها حتى تتايد بما يقويها وهو القبض وبشرطه لا ينفوي وهنا قوله
انت طالق لا يزول الملك بنفسه لا لضعفه لانه قوي لازم بل لانه غير منا في للنكاح • واذا قال تطليقة باينة فذلك
ذلك المعنى حين صرح بما هو منا في للنكاح • وهذه الالفاظ تعمل في حقايق موجباتها فان خرج منها عليه تثبت بهذا اللفظ
موبده عند نية الثلث • ولكن الزوج الثاني رافع للحرمة كما ان زوال الملك بالطلاق يثبت موبدا • وان كان العقد بعده
يوجب الملك الا انه لا يمكن اثبات حقيقة موجب هذا اللفظ من جهة الزوج الا بالطلاق فلهذا وجب اعمال نيته وعلى هذا لو قال لها
استتري لان فيه معنى زوال الملك فان النكاح رق فيخرج به عنه يكون بازالته فاما اذا قال لها اعتدي فهذا اللفظ كناية لانه يحتمل
يحتمل ان يكون مراده اعتدي نعم الله او نعمي عليك او اعتدي من النكاح فاذا نوى به الطلاق وقعت تطليقة رجعية لان وقوع الطلاق
ليس بحقيقة اللفظ فان حقيقته في الحساب فلا تاثير له في ازالة الملك والعدة تجامع النكاح ابتداء وبقاء ولكن من ضرورة عدتها
من النكاح تقدم الطلاق فكان وقوع الطلاق بطريق الاضمار في كلامه كانه قال طلقتك فاعتدي فلهذا قلنا انه وان تكلم بهذا اللفظ
قبل الدخول تعمل نيته في الطلاق ولا عدة عليها قبل الدخول فعرفنا ان اللفظ فيه عامل في حقيقته ولكن الطلاق فيه مضمر عند نيته
عرفنا ذلك بالنص وهو قوله عم لسودة حين اراد ان يطلقها اعتدي وكذلك قوله استبري رحمك بمنزلة التفسير لقوله اعتدي
لانه تصريح بما هو المقصود من العدة • وكذلك لو قال لها انت واحدة لانه كلام محتمل لجواز ان يكون قوله واحدة نعتا لها اي واحدة
عند قومها ومنفردة عندي ليس معك غيرك او واحدة لنساء العالم في الجمال ويحتمل ان يكون نعتا للتطليقة اي انت طالق واحدة
فلا يقع الطلاق به الا بالنية فاذا نوى يقع به تطليقة رجعية لانا لو اوقعنا بطريق الاضمار فكانه صرح بما هو المضمر وعند الشافعي
لا يقع بهذا اللفظ شي وان نوى لان قوله واحدة نعت لها وليس فيه احتمال معنى الطلاق اصلا • ولكنا نقول كلام العاقل متى امكن حمله
على ما هو مفيد يحمل عليه • فاما اذا قال لها انت طالق يقع به تطليقة رجعية نوى او لم ينو لان هذا اللفظ صريح في الطلاق عن النكاح
لغلبة الاستعمال فلا حاجة الى النية فيه ولانه مختص بالنساء ولا يذكر لفظ الطلاق الا مضافا الى النساء • وانما يذكر في غيرهن
الاطلاق والمعنى المختص بالنساء النكاح فتعين الطلاق عن النكاح عند الاضافة اليها • وكذلك ما يكون مشتقا من لفظ الطلاق كقوله
طلقتك وانت مطلقة الا انه روي عن محمد رح انه قال انت مطلقة باسكان الطاء وتخفيف اللام لا يكون طلاقا الا بالنية لان هذا اللفظ
غير مختص بالنساء • ولو نوى بقوله انت طالق ثلثا او ثنتين لا تعمل نيته عندنا ولا يقع عليه الا واحدة رجعية • وعلى قول زفر والشافعي
يقع ما نوى وهو قول ابي حنيفة الاول لانه صرح اذا نوى من الكناية فاذا صح نية الثلث في قوله انت باين فلان يصح في قوله انت طالق اولى
ولان لفظ الطلاق يحتمل العدد حتى يفسر به فيقول انت طالق ثلثا وهو نصب على التفسير واذا قيل ان فلانا طلق امراته يصح الاستفسار
عن العدد فيقال كم طلقها ولان قوله انت طالق اي طالق طلاقا فانها لا تكون طالقا الا بالطلاق ولو صرح بهذا ونوى الثلث يصح
ولانه لو قال لها طلقي نفسك ونوى به الثلث صحت نيته فكذلك اذا قال طلقتك لان كل واحد منهما ذكر لفظ الفعل • وحجتنا في ذلك
ان ابن عمر رض طلق امراته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يستفسره انك اردت الثلاث ام لا ولم حلفه على ذلك
ولو كانت نية الثلث تصح في هذا اللفظ لحلفه كما حلف ابن ركانة رض في لفظة البتة • والمعنى فيه انه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته
كما لو قال لها حجي وزوري اباك او اسقني من ما خارج ونوى به الطلاق • وهذا لان المنوي اذا لم يكن من محتملات اللفظ فقد تجردت النية
عن اللفظ ومجرد النية لا يقع شي • وانما قلنا ذلك لان قوله انت طالق نعت فرد فلا يحتمل العدد • الا ترى انه يقال للمثنى طالقتان
وللثلاث طوالق فيكون نعتا للنساء لا للطلاق • وقوله طلقتك فعل وهو لا يحتمل العدد كقوله قمت وقعدت واحد لا يخالف في هذا
وانما تعمل النية عنده بما قال انها لا تكون طالقا الا بالطلاق ولكن هذا ثابت بمقتضى كلامه ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح
الكلام حتى لو صح بدون المقتضى لا يثبت المقتضى ويصح بدون صفة العموم في المقتضى • ولان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا للموصوف
كلامه يكون ثابتا شرعا لا لغة • والطلاق بهذه الصفة لان تقديم كلامه شرعا وكذلك في قوله طلقتك فانه حكاية قوله ولا احتمال فيه
لمعنى العدد ولا لمعنى العموم بخلاف قوله طلقي نفسك فان نية العدد لا تعمل هناك عندنا حتى لو نوى الثنتين لا تصح ونية الثلث انما تصح
باعتبار معنى العموم لانه تفويض والتفويض قد يكون عاما وقد يكون خاصا والمفوض اليها بهذا اللفظ طلاق وذلك ثابت في هذا اللفظ
لغة والطلاق بمنزلة اسماء الاجناس يحتمل العموم والخصوص فتعمل نيته في العموم ولسنا نقول في قوله ثلثا انه نصب على التفسير
بل هو منصوب بنزع حرف الخافض عنه معناه بثلث كقوله ما هذا بشرا وهو منصوب على طريق البدل وهو منصوب على طريق البدل ايضا

عن مصدر محذوف ومعناه طلاقا ثلثا فان صح الاستفسار عن الشرط والبدل • واما اذا قال انت طالق طلاقا فقد روي عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه لا تعمل نية الثلث لان المصدر يذكر لتاكيد الكلام يقال اكلت اكلا وقمت قياما فلا يسع فيه نية الثلث فلا يصح
باعتبار العدد بل باعتبار معنى العموم لان المصدر يحتمل الكثرة • قال الله تعالى وادعوا ثبورا كثيرا ولان المصدر يضارع الاسم
فكان هذا وقوله انت طالق الطلاق سوا ويصح نية الثلاث في قوله الطلاق لانه من اسما الاجناس يحتمل العموم والخصوص ولان
الالف واللام لاستغراق الجنس فيما لا معهود فيه وكذلك قوله انت الطلاق فمعناه انت طالق الطلاق حتى يسع فيه نية الثلث
وقد يذكر المصدر ويراد به الفعل يقال انما هو اقبال وادبار على سبيل النعت للمقبل والمدبر وعلى هذا لو قال انت الطلاق يقع به الطلاق
بمنزلة قوله انت طالق • وذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رح بفتوى فدفعها الى فقراته عليه ما قول القاضي الامام فيمن يقول
لامراته شعرا

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن • وان تخرقي يا هند فالخرق اشام

فانت طالق والطلاق عزيمة • ثلث ومن يخرق اعق واظلم

كم يقع عليها فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة • وان قال ثلث منصوبا يقع ثلثا لانه اذا ذكر مرفوعا كان ابتداء فبقي
قوله انت طالق فيقع واحدة • وان قال ثلثا منصوبا على البدل او على التفسير فيقع به ثلث • قال ولو قال لامراته سرحتك
او فارقتك ولم ينو الطلاق لم يقع شي عندنا • وعند الشافعي يقع الطلاق وهما صريحان عنده لان كتاب الله تعالى ورد بهما في قوله
وسرحوهن سراحا جميلا وفارقوهن • وفي قوله او تسريح باحسان والمراد الطلاق • ولكنا نقول الصريح ما يكون مختصا بالاضافة
الى النسا ولا يستعمل في غير النكاح وهذا لا يوجد في هذين اللفظين فان الرجل يقول سرحت ابلي وفارقت غريمي وصديقي فهما كسائر
الالفاظ المبهمة لا يقع بها الطلاق الا بالنية • قال ولو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يلزمها الا
الابعد وزوال الملك فان قال اذهبي وبيعي ثوبك ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا في قول ابي يوسف وكان طلاقا في قول زفر
ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لان نية الطلاق عملت في قوله اذهبي • وقوله بيعي ثوبك مشورة فلا يتغير به حكم اللفظ الاول
وابو يوسف يقول معنى كلامه اذهبي لتبيعي كان نصا خلاف المنوي فلهذا لا تعمل نيته • قال ولو قال انا منك طالق فليس هذا بشي
وان نوى الطلاق عندنا • وقال الشافعي يقع به الطلاق اذا نوى لو وقع عليها لانه لو قال انا منك باين او انا عليك حرام
ونوى به وقوع الطلاق يقع ولفظ الصريح اقوى من لفظ الكناية • وهذا لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى يتمكن كل منهما من المطالبة
في النكاح بملك كل واحد منهما • وينتهي النكاح بموت كل واحد منهما الا ان اضافة النكاح الى الزوج غير متعارف فيحتاج فيه الى النية
ويحل وقوع الطلاق للمراة فلا بد من نية الوقوع عليها كما في الفاظ الكنايات • وحجتنا في ذلك ما روي ان امراة قالت لزوجها لو كان الي ما اليك
لرايت ماذا اصنع فقال جعلت اليك ما الي فقالت طلقتك نفسي منك • وفي الكتاب علل فقال لان الزوج لا يكون طالقا من امراته ومعنى الطلاق
هو الاطلاق والارسال وهذا الملك في جانبها لا في جانبه • الا ترى انها لا تتزوج بغيره والزوج يتزوج بغيرها فلا يتحقق الارسال
في جانبه ولهذا يكون لو وقع عليها الا عليه فانما هو مطلقها كما يكون المولى معتقا العبد • ولو قال للعبد انا حر منك لم يعتق العبد فكذلك
الطلاق وبه فارق لفظ البينونة فطع الوصلة والوصلة مشترك بينهما • الا ترى انه يقال بانت عنه وبان عنها وكذلك لفظ الحرمة
يقال حرم عليه وحرمت عليه وقد بينا ان هذه الالفاظ لا تعمل لحقايق موجباتها والذي يقول الملك كلام مشترك كلام لا معنى له
بل الملك للزوج عليها خاصة حتى يتزوج المسلم الكتابية • ولا يتزوج الكافر المسلمة وفيه كلام كثير لاصحابنا رح والاولى
ان يقول ما ثبت لها بالنكاح ملك المهر والنفقة وذلك لا يقبل الطلاق وما ثبت له عليها ملك الحل وهو الملك الاصلي الذي يقابله
البدل والطلاق مشروع لرفعه وانما يرفع الشي عن المحل الوارد عليه دون غيره ثم الملك الذي يثبت في جانبها تبع للملك الثابت للزوج
وما يكون تبعا في النكاح لا يكون محلا لاضافة الطلاق اليه عندنا كيدها ورجلها على ما نقرر في قوله يدك طالق او رجلك طالق
ولو قال انت طالق البتة سيل عن نيته فاذا نوى تطليقة واحدة فهي واحدة باينة لان قوله البتة نعت للطلاق اي قاطع للنكاح
كقوله باين ولو نوى ثلثا فثلث وان لم يكن له نية فهي واحدة باينة لان قوله البتة كما في قوله انت طالق باين وان قال عنيت بقولي
واحدة وبقوله البتة اخرى طلقت ثنتين باثنتين لان الرجل لو قال لامراته انت البتة ونوى به الطلاق تعمل نيته فكذلك
اذا نوى بلفظ البتة تطليقة اخرى ولو قال عنيت بقولي طالق واحدة وبقولي البتة ثنتين طلقت ثنتين لان نية العدد لا يسع لفظه
البتة وكذلك كل كلام يشبه الطلاق ضمه الى الطلاق الا قوله اعتدي فانه رجعي لا يسع فيه نية الثلث لان وقوع الطلاق

باضمار لفظ الطلاق فيه فلا يكون ناويا ما صرح به ، ولو قال لها اعتدي فقال لم انو الطلاق به فهي امرأته بعد ان يحلف
وكذلك في جميع الالفاظ المتقدمة اذا قال لم انو الطلاق فعليه اليمين لانه ليس فيما يخبر عن ضميره فالقول قول الامين مع اليمين
لنفي التهمة عنه ، الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ركانة رضي في لفظه البتة لما كان الثلث من محتملات لفظه ولو قال
اعتدي اعتدي وقال اعتدي اعتدي اعتدي ، وقال نويت الطلاق فهي تطليقتان في القضاء ولو قال عنيت واحدة دين فيما بينه وبين الله تعالى
وعن زفر انه تعمل نيته في القضاء ، وعن ابي يوسف في قوله فاعتدي كذلك وفي قوله واعتدي واعتدي تطليقتان كما هو ظاهر الرواية
وزفر يقول كرر اللفظ الاول والتكرار للتاكيد لا للزيادة ، وابو يوسف يقول الفاء للوصل فيكون معناه فاعتدي بذلك
الايقاع لا ايقاعا اخر والواو للعطف وموجب العطف الاشتراك فيكون الثاني ايقاعا كالاول ، ووجه ظاهر الرواية ان هذا
اللفظ عند نية الايقاع كالصريح ولو قال انت طالق وطالق او قال طالق طالق كان تطليقتين فكذلك هنا في القضا ولو قال
اعتدي اعتدي اعتدي وهو ينوي تطليقة واحدة بهن جميعا فهو كذلك فيما بينه وبين الله تعالى فاما في القضا فهو ثلاث لما بينا ان كل كلام ايقاع
في الظاهر والقاضي مامور باتباع الظاهر ولكن يحتمل تكرار الكلام الاول والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى
فاما في القضا فهو ثلث لما بينا ولا يسع المراة اذا سمعت ذلك ان تقيم معه لانها مامورة باتباع الظاهر كالقاضي ولو قال نويت
بالاولى الطلاق وبالاخريين العدة فهو مصدق في القضا لان ظاهر كلامه امر بالاعتداد ، والامر بالاعتداد يستقيم بعد
بعد وقوع التطليقة فكان مصدقا في القضا ، وفي الحاصل هذه المسئلة على اثني عشر وجها بينا ذلك في شرح الجامع الصغير
وان قال لها انت طالق فاعتدي فاراد بقوله فاعتدي العدة فهو مصدق في القضا لان الامر بالاعتداد يستقيم بعد وقوع
التطليقة الواحدة وان اراد تطليقة اخرى ولم ينو شيئا فهي ثانية لانها ذكرت بعد مذاكرة الطلاق ، وان اراد بها ثنتين فهي واحدة
رجعية لان العدد لا يسع في هذا اللفظ وكذلك قوله انت طالق واعتدي ، قال واذا قالت المراة لزوجها طلقني فقال اعتدي
ثم قال لم انو به الطلاق لم يصدق في القضا عندنا ، وقال الشافعي يصدق لانه لو ذكر هذا اللفظ قبل سؤالها او عدم سؤالها
ويجوز ان يكون مراده اعتدي نعمي عليك ولا تشتغلي بسؤال الطلاق فانه كفران النعمة ، ولكنا نقول هذا الكلام بعد سؤال الطلاق
وكذلك بعد سؤالها لان العامل لفظ الزوج ولفظه لا يختلف سؤالها ولا يراد بها الا الطلاق عادة والقاضي مامور باتباع الظاهر
وما هو المعتاد ثم الكلام الواحد قد يكون مدحا وقد يكون ذما ، وانما يتبين احدهما عن الاخر بالمقدمة ودلالة الحال فاذا لم يعتبر
دلالة الحال لا يتميز المدح من الذم اذا عرفنا هذا فنقول الاحوال ثلثة حال مذاكرة الطلاق وحال الغضب وحال الرضى فاما
في حال مذاكرة الطلاق لا يدين في القضا في شيء من الالفاظ التي ذكرناها ما يحمل على الجواب لما تقدم في سؤالها ويكون ما تقدم في السؤال
كالمعاد في الجواب وفي حالة الغضب لا يدين في ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك لان الالفاظ لا تحتمل معنى السب والابعاد
وعند الغضب انما يكون مراده السب والطلاق فاذا لم يكن في اللفظ احتمال معنى السب تعين الطلاق مرادا به وفي خمسة الفاظ
يدين في القضا وهو قوله انت باين حرام خلية برية لان هذه الالفاظ تحتمل معنى السب اي انت باين من الدين برية من الاسلام خلية
من الخير حرام الصحبة والعشرة نية عن الاخلاق الحسنة فلا يتعين الطلاق مرادا به فاذا قال اردت السب كان مدينا في القضاء
وعن ابي يوسف انه الحق بهذه الالفاظ اربعة الفاظ اخر خليت سبيلك فارقتك لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك لانها تحتمل
معنى السب اي لا ملك لي عليك لانك ادون من ان تملك لا سبيل لي عليك لشرك وسوء خلقك وفارقتك بقالة شرك وخليت سبيلك هوانا
على ، واما في حال الرضا فهو مدين في هذه الالفاظ ولا يقع الطلاق بها الا بالنية وكذلك فيما سواها من الالفاظ ، قال واذا قال لها
اعتدي ثلثا وقال نويت تطليقة واحدة يعتد لها ثلث حيض فالقول قوله في القضا لان الثلث عدد الطلاق وعدد الاقرا العدة ايضا
والعدة في لفظه والطلاق في ضميره فاذا صلح قوله ثلثا بيانا لما يصلح في ضميره فلان يصلح بيانا لما يلفظ به اولى فهذا قبل قوله في القضا
قال وان قال لامرأته لست لي بامرأة ينوي الطلاق فهو كما وصفت لك في الخلية والبرية في قول ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد
لا تطلق وليس هذا بشيء لحديث عمر بن الخطاب رضي قال اذا سئل الرجل الك امرأة فقال لا فانما هي كذبة وهو المعنى ان نفي نكاحها ونفي الزوجية
لا يكون طلاقا بل يكون كذبا منه لما كان الزوجية بينهما معلوم كما لو قال لامرأته والله ما انت لي بامرأة او على حجة ان كانت لي امرأة
او ما لي امرأة او قال لم اتزوجك لم يقع الطلاق بهذه الالفاظ وان نوى وابو حنيفة يقول قوله لست لي بامرأة كلام يحتمل اي لست
لي بامرأة لاني فارقتك او لا الطلاق فتعمل نيته لانه من محتملاته كما في قوله خلية برية فاما في قوله والله ما انت لي بامرأة لاني فارقتك او لا الطلاق
فيمينه لا يكون الا على النفي في الماضي وذلك مع احتمال معنى الطلاق فيه وكذلك اذا قال لم اتزوجك فهو جحود للنكاح من الطلاق والطلاق

يصرف في النكاح وجحود اصل الشيء لا يحتمل معنى التصرف فيه واذا قيل للمرأة ، فقال لا فالسائل انما ساله عن نكاح ماضي وكلامه
جواب فيكون نفيا في الماضي وهو كذلك كما قال عمر رض فاما في قوله لست لي بامرأة في المستقبل لا في الماضي فيكون محتملا للطلاق وفي قوله
ما لي امراة تحرمها بالنفي فيما مضى فهو كحرفها ذا للماضي واذا للمستقبل حتى لو قال طلقتك اذ دخلت الدار تطلق في الحال ولو قال
اذا دخلت الدار لا تطلق حتى تدخل فاما اذا قال لا نكاح بيني وبينك ولا سبيل لي فهو نفي في الحال وفي المستقبل لا في الماضي فتعمل
نية الطلاق بالاتفاق وهذا لابي حنيفة ، وان قال انت طالق وقال عنيت طالقا من الوثاق او طالقا من الابل لم يصدق في القضاء
لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل فان الطلاق من الاطلاق والاطلاق يستعمل في الابل والوثاق فيحتمل
ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال انت طالق من وثاق لم يقع عليها شيء لانه بين بكلامه موصولا ان
مراده من قوله طالق والبيان المعتبر صحيح موصولا وقد بيناه في الاقرار ، وان قال عنيت به طالقا من عمل من الاعمال فهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة هذا والاول سوا ، وفي ظاهر الرواية هنا لا يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظ الطلاق لا يستعمل
في العمل حقيقة ولا مجازا الا ان يذكر موصولا فيقول انت طالق من عمل كذا فحينئذ هي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ويقع الطلاق في القضا
لانه ليس بيانا من حيث الظاهر لما لم يكن ذلك اللفظ مستعملا فيه وكلما لا يدينه القاضي فكذلك المرأة اذا سمعت منه او شهد به
شاهد عدل لا يسعها ان تدين الزوج لانها لا تعرف منه الا الظاهر كالقاضي ، قال واذا طلق امرأته تطليقة باينة ثم قال لها في عدتها
انت علي حرام او ما اشبه ذلك وهو يريد بذلك الطلاق لم يقع عليها شيء لانه صادق في قوله علي حرام وهي منه حرام باين فمعنى هذا
ان صيغة كلامه في قوله طالق وباين وصف ولكن يجعل ايقاعا ليتحقق ذلك الوصف بما يقع والوصف هنا متحقق من غير ان يجعل كلامه
ايقاعا ولا وجه ان يقول ان هذه الالفاظ تعمل بحقايقها من ثبوت الحرمة والبينونة بها والثابت لا يمكن اثباته وانما تعمل هذه الالفاظ بارادة
الفرقة او رفع النكاح بها وذلك لا يتحقق بعد وقوع الفرقة ، فاما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت باين ثم طلقها تطليقة باينة ثم دخلت
الدار في عدتها وقع عليها تطليقة اخرى بذلك اللفظ عندنا ، وقال زفر لا يقع عليها شيء لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز
ولو نجز قوله انت باين في هذه الحالة لم يقع شيء فكذلك اذا وجد الشرط كما اذا قال اذا دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم ابانها ثم دخلت الدار
لم يكن مظاهرا منها كما لو نجز الظهار في الحال وكذلك اذا قال اذا جاء غد فاختاري ثم ابانها ثم جاء الغد فاختارت نفسها لم يقع عليها شيء
كما لو نجز التخيير بعد البينونة وعلماونا رح قالوا التعليق بالشرط قد صح ووجد الشرط وهو محل لوقوع الطلاق عليها فيقع لانها تعلق كما لو وجد
الشرط بعد الطلاق الرجعي كما لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان هذه الالفاظ انما تخالف الصريح في الحاجة الى نية الفرقة
او رفع النكاح بها فاذا كان التلفظ بعد البينونة لم يصح هذه النية واذا كان قبل البينونة صحت النية وتعلق الطلاق بالشرط ثم لا حاجة
الى النية عند وجود الشرط في وقوع الطلاق بها كلفظ الصريح وانما الحاجة الى وجود المحل وباعتبار العدة هي محل لوقوع الطلاق عليها
وبه فارق الظهار فانها لم تبق محلا للظهار باعتبار العدة لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وموجبه حرمة موقتة الى التكفير وبعد ثبوت
الحرمة بزوال الملك على الاطلاق لا يكون محلا للحرمة الموقتة وهذا بخلاف التخيير لان الوقوع هناك باختيارها نفسها لا بتخيير الزوج ولهذا
كان الضمان على شاهدي اليمين دون شاهدي الشرط واليمين قد صحت كما قررنا ، قال في الكتاب الا ترى انه لو آلى من امرأته ثم طلقها واحدة باينة
ثم مضت مدة الايلاء وزفر رح يخالف في هذا ايضا ولكن من عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام واذا قال لامرأته
انا باين منك ولم يقل منك فليس هذا بشيء وان عنى به الطلاق وكذلك لو قال انا حرام ولم يقل عليك بخلاف ما اذا قال انت باين وحرام
والفرق ان البينونة قطع الوصلة المشتركة ولا وصلة في حقها الا التي بينه وبينها اذ لا تصور على المرأة نكاحان فعند اضافة البينونة
اليها تتعين الوصلة التي بينه وبينها وان لم يضف الى نفسه واما في جانبه فالوصلة تتحقق بينه وبين غيرها مع قيام الوصلة بينه وبينها
فاذا قال انا باين لا يتعين بهذا اللفظ الوصلة التي بينهما ما لم يقل منك ، وكذلك في لفظة الحرمة فانها لا تحل الا له خاصة فاذا قال
انت حرام يتعين الحل الذي بينهما للرفع بهذا اللفظ واذا قال انا حرام لا يتعين الحل الذي بينهما لجواز الحل الذي بينه وبين غيرها فما لم يقل عليك
لا يتم كلامه ايجابا ، قال ولو قال بعد الخلع او التطليقة الثانية لها في عدتها انت طالق عندنا يقع الطلاق عليها ، وعند الشافعي لا يلحق
البائن الصريح كما لا يلحقه باين حتى لو قال لها بعد الخلع انت باين لا يقع الطلاق وان نوى فكذلك اذا قال انت طالق لان قوله باين يقع بنية الطلاق
بمنزلة الصريح او اقوى منه ، وهذا لان الطلاق مشروع لازالة ملك النكاح وقد زال الملك بالخلع فلا يقع الطلاق بعده كما بعد انقضاء
العدة ولهذا قلنا لا يكون محلا للطلاق باعتبار العدة لان وجوب العدة هنا لحرمة الماء حتى لا تجب قبل الدخول فيكون كالعدة من نكاح فاسد
او وطي بشبهة ولو كانت هذه العدة اثر النكاح فهو اثر يبقى بعد فساد الملك فهو بعد التطليقات الثلث ، ومثل هذا الاثر لا يكون محلا

للطلاق كالنسب فانه اثر للنكاح ولكنها كان يبقى بعد نفاذ ملك الطلاق لا يصير به محلا للطلاق • وحجتنا في ذلك قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال بعده فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره • وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا تنصيصا على وقوع الطلقة الثالثة بالايقاع بعد الخلع • وفي المشاهير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للمختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة رواه ابو سعيد الخدري رض وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني حلفت بثلاث تطليقات ان لا اكلم اخي فقال عم طلقها واحدة واتركها حتى تنقضي عدتها ثم كلم اخاك ثم تزوجها ولو كان الطلاق لا يقع بعد الخلع لا رشده الى الخلع لئلا يقع الهجران بينه وبين اخيه في الحال والمعنى فيه انها معتدة من طلاق فيلحقها التطليقات المملوكات للزوج بايقاعه كالمعتدة من قوله انت طالق او باين وهذا لان موجبه ليس هو زوال الملك • الا ترى ان بعد الطلاق الرجعي الملك يبقى مع لزوم الطلاق وان المطلقة تطلق ثانيا ولو كان موجبه زوال الملك لم يتصور الايقاع بعد الايقاع لان الاول ان كان مزيلا فلا موجب للثاني وان لم يكن الاول مزيلا فكذلك الثاني وكذلك بعد الرجعة يبقى الطلاق واقعا ولا يزول به الملك في الحال ولا في الثاني والاسباب الشرعية اذا خلت عن موجباتها كانت لغوا فاذا ثبت ان موجب الطلاق ليس هو زوال الملك لا يشترط قيام الملك لصحته كما لا يشترط قيام ملك اليمين لصحته ولكن موجبه الاصلي رفع الحل الذي صارت المراة به محلا للنكاح وذلك الحل باق بعد الخلع فكان الايقاع في هذه الحالة نفيد الموجب فان قيل هذا موجود بعد انقضاء العدة قلنا نعم ولكن الايقاع منه تصرف على المحل باثبات صفة الحرمة ورفع الحل فلا بد من نوع ملك له على المحل لينفذ تصرفه وذلك اما ملك النكاح او ملك اليد ببقاء العدة لانها في سكناه وفي نفقته عندنا • وعنده اذا كانت حاملا او ملك اليد في التصرف كملك العين • الا ترى ان المكاتب يتصرف بملك له في كسبه • والمضارب بعد ما صار المال عروضا يتصرف وان نهاه رب المال لملك اليد له فاما بعد انقضاء العدة فليس له عليها ملك اليد وبهذا الحرف فارق العدة النسب لان باعتبار نسب الولد لا يبقى ملك اليد عليها والفرق بين قوله انت طالق وبين قوله باين ما ذكره محمد في الكتاب وقد طوله • وحاصل ما قال ان قوله باين لا يعمل الا بارادة الفرقة او رفع النكاح وبعد البينونة لا يتحقق هذا فاما قوله طالق عامل بنفسه من غير ارادة فرقة او رفع نكاح فيشترط لصحته قيام المحل • يوضح الفرق ان قوله باين عامل في حقيقة موجبه وهو قطع الوصلة ووصلة النكاح بينهما منقطعة ولا اثر لهذا اللفظ في قطع وصلة العدة فخلا عن موجبه فاما موجب الطلاق رفع الحل كما بينا والايقاع بعد البينونة عامل في موجبه لانها تحرم به اذا تم العدد ثلثا • وهذا بخلاف العدة من نكاح فاسد لان بتلك العدة لا يثبت له عليها ملك اليد حتى لا يستحق عليها النفقة والسكنى ولو قال لها بعد الخلع اعتدي ينوي به الطلاق وقع عليها تطليقة اخرى • وعن ابي يوسف رح انه لا يقع عليها شي بهذا لان هذا اللفظ لا يعمل بنفسه بل بنية الطلاق فيكون بمنزلة قوله باين • وفي ظاهر الرواية قال هذا اللفظ عامل من غير ارادة الفرقة او فساد النكاح فان الواقع به رجعي كالصريح وهذا لان عمل هذا اللفظ لا بحقيقة موجبه بل باضمار طلاق فيه ولهذا صح قبل الدخول فكان المضمر كالمصرح وقد بينا انه لو قال لامراته انت باين ينوي الثنتين لا يقع الا واحدة • وفي الكتاب فرق بينه وبين الثلث لما ذكرنا ان نية الثلث تعمل لانه نوى نوعا من انواع البينونة وذلك لا يوجد في الثنتين الا في حق الامة • فاما الحرة اذا كان طلقها واحدة ثم قال لها انت باين فان نوى ثنتين لم يقع الا واحدة بهذا اللفظ لانه نوى العدد واللفظ لا يحتمله وان نوى ثلثا وقع عليها بهذا اللفظ ثنتان لان نيته قد صحت باعتبار انه نوى نوعا من البينونة فيقع ما يثبت به تلك البينونة وذلك بالتطليقتين الباقيتين ○

باب طلاق اهل الحرب

قال واذا سبي احد الزوجين الحربيين واخرج الى دار الاسلام انقطعت العصمة بينهما بغير طلاق لان ايقاع النكاح كان حكما لتباين الدار وهو مناف لعصمة النكاح والفرقة الواقعة بسبب المنافي للنكاح لا يكون طلاقا كالفرقة بالمحرمية وهذا لان السبب يشترك فيه الزوجان وتقع الفرقة بنفسه فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب ملك احد الزوجين صاحبه • وفقهه انه ليس اليهما من الطلاق شي فكل سبب تم بهما لا يكون طلاقا فان طلقها بعد هذا لا يقع ايضا لانها باينة لا الى عدة فانه ان سبي الزوج اولا فلا عدة على الحربية وان سبيت المراة فلا عدة على المسبية لانها تحل للسابي بعد الاستبراء بالنص وان سبي الاخر بعده لم يعد النكاح بينهما لارتفاعه بالسبب المنافي ولا يقع طلاقه ايضا لانها ليست في عدته ولا يجب على الزوج شي من المهر ان كان دخل بها او لم يدخل بها سبيا او سبي احدهما لانها ان سبيت فقد خرجت من ان تكون لاجنبي لاعتبار المالية رقبتها وحين وجب الدم عليه لا يكون مالا فلا يستحق ماليته بعد ذلك بالدين فلهذا سقط وان سبيا ولكن اسلم احدهما وخرج الى دار الاسلام فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لتباين الدارين فان طلقها بعد ذلك لم يقع طلاقه عليها اما اذا كان الزوج هو الذي اسلم فلانه لا عدة على الحربية وان كانت المراة هي التي اسلمت فعند ابي حنيفة لا عدة على المهاجرة ايضا • وعندهما وان كان يلزمها العدة فهذه العدة لا توجب ملك اليد للحربي

عليها

عليها فكان بمنزلة العدة من نكاح فاسد او وطي بشبهة فلا يقع الطلاق عليها باعتبارها وان اسلم الزوج بعدها وخرج لم يقع طلاقه عليها ايضا وقيل هذا على قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رح فاما عند ابي يوسف الاخر يقع طلاقه عليها وهو نظير ما لو اشترى امراته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخر يقع وكذلك اذا اشترت المراة زوجها ثم اعتقته وعلى هذا لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه عليها فان عاد مسلما ثم طلقها فهو على هذا الخلاف • وجه قول ابي يوسف الاول انها صارت بحال لا يقع عليها طلاقه حين لحق بدار الحرب وبقيت في دار الحرب وملكها بالشراء فلذلك على زوال ملك اليد الذي كانت به محلا للطلاق وبعد ما زال الملك الذي لا يعود الا بالتجديد • ووجه قوله الاخر ان المانع من وقوع الطلاق وبعد ما زال الملك الذي لا يعود تباين الدارين حقيقة وحكما او عدم ظهور العدة في حقه حين اشتراها وقد زال حين اعتقها • وحين خرج الى دارنا مسلما وهي في عدته يقع عليها طلاقه كما لو اسلم احد الزوجين في دار الاسلام وفرق بينهما باباء من الاخر ثم طلقها الزوج وهي في العدة فانه يقع الطلاق ثم ان كان دخل بها فلها ان تاخذ بمهرها اذا خرج الى دار الاسلام لان المهر قد تقرر عليه بالدخول فيبقى بعد اسلامهما وان كان لم يدخل بها وكانت هي التي خرجت ولا مسلمة فلها على الزوج نصف المهر لانه انما جاءت الفرقة على جانب الزوج حين اصر على شركه في دار الحرب بعد اسلامها وان كان الزوج هو الذي خرج اولا مسلما فلا مهر لها عليه لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول واذا سبيا معا فهما على النكاح لعدم تباين الدارين وقد بيناه في كتاب النكاح • قال واذا تزوج المسلم كتابية في دار الحرب فتمجست انتقض النكاح بينهما لان تمجسها اذا كانت تحت مسلم بمنزلة ردتها وطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة كما لو ارتدت المراة في دار الاسلام وهذا لانه لم يتباين بهما الدار وهو المنافي للعصمة والحرمة بسبب الردة على شرف الزوال بالاسلام فلا يمتنع ثبوت الحرمة بالتطليقات الثلث فان خرج الزوج الى دار الاسلام وبقيت في دار الحرب لم يقع طلاقه عليها لتباين الدارين حقيقة وحكما وان خرج الزوجان الى دارنا مستامنين ثم اسلم احدهما فهي امراته حتى تحيض ثلث حيض • وقد بيناه في كتاب النكاح اختلاف الروايات في عرض الاسلام على الاخر منهما فاذا حاضت ثلث حيض وقعت الفرقة بغير طلاق بينهما وانقطعت العصمة فلا يقع عليها طلاقه لان المصر منهما على شركه من اهل دار الحرب • الا ترى انه يمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان في دار الحرب حقيقة في المنع من وقوع طلاقه عليها • وكذلك لو صار احدهما ذميا وابى الاخر فالحكم فيما وصفنا من الفرقة في دار الحرب سوا لان الذي صار من اهل دارنا والاخر من اهل دار الحرب وما سوى هذه من مسايل الباب قد بينا شرحها في كتاب النكاح

باب ما لا يقع فيه الطلاق على المراة

قال واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد وملكته كله او بعضه بميراث او غيره فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان ملك اليمين ○ مناف لملك النكاح وتحقق المنافي من كل واحد منهما فتكون الفرقة بغير طلاق وكذلك الحر يملك امراته او بعضها وهذا لان ملك رقبتها مناف لملك النكاح شرعا لان ملك النكاح مشروع لاثبات الحل به وهي تحل له بملك اليمين فينتفي بتقرره ملك النكاح ثم لا يقع طلاقه عليها لان ملكه رقبتها كما ينافي اصل النكاح ينافي ملك اليد بسبب النكاح وبه كانت محلا لوقوع الطلاق عليها فلهذا لا يقع طلاقه عليها بعد هذا • وكذلك المراة يجامعها ابن زوجها او ابوه او جامع الزوج امها او ابنتها فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان الحرمية بالمصاهرة تنافي النكاح ابتداء وبقاء كالمحرمية بالرضاع والنسب وعليها العدة ان كان قد دخل بها ولا يقع طلاقه عليها فلهذا لا يقع في هذه العدة لان موجب الطلاق حرمة ترتفع باصابة الزوج وقد ثبت بينهما حرمة مؤبدة لا ترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التي ترتفع بالزوج الثاني • ومتى خلا السبب عن موجبه كان لغوا • قال واهل الذمة واهل الاسلام فيما ذكرنا من الحرمة سوا الا ان يكون ملة من ملل الكفر يستحل ذلك اهلها في دينهم فيخلى بينهم وما استحلوا من ذلك لمكان عقد الذمة وهو بمنزلة المجوسي يتزوج امه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول ابي يوسف الاول • وفي قوله الاخر لا يتركون على شي من الحرام في النكاح والحكم يجري عليهم في ذلك كما يجري على اهل الاسلام اختصموا او لم يختصموا وهذا القول لابي يوسف ذكره في الكتاب خاصة وقد بينا وجهه في كتاب النكاح مع سايرها في الباب من المسايل والله اعلم

باب من الطلاق قبل الدخول

رجل قال لامراته ولم يدخل بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وهو قول عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة رضوان الله عليهم اجمعين وقال الحسن

وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله طالق قبل ان لا الى العدد وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شي كما لو قال لها انت طالق وطالق وطالق ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد لان الموقع هو العدد فاذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المراة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شي وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلث لا يتاتى بعبارة اوجز من هذا والكلمة الواحدة لا ينفصل بعضها من بعض بخلاف قوله انت طالق وطالق لانها كلمات متفرقة ۰ فاما اذا قال انت طالق انت طالق بانت بالاولى وكانت الثانية فيما لا يملك وهو قول علي وابن مسعود وابراهيم رض ۰ وقال ابن ابي ليلى اذا كان في مجلس واحد يقع ثلث تطليقات لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد ۰ ولكنا نقول كل كلمة ايقاع على حدة فلا تعمل الا في محل قابل له فاذا بانت لا الى عدة لم يبق محلا للوقوع ثم عند ابي يوسف تبين بالاولى قبل ان تفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز ان يلحق باخر كلامه شرطا او استثناء وهذا انما يتحقق عند ذكر حرف العطف موجب فالواو اما بدونه لا يتحقق الخلاف لانه لا يلحق به الشرط والاستثناء ولو قال لها راسك طالق كانت طالقا لاضافة الطلاق الى الراس بعينه فانه لو قال الراس منك طالق او وضع يده على راسها وقال هذا العضو منك طالق لا يقع شي ولكن باعتبار ان الراس يعبر به عن جميع البدن ۰ قال الله تعالى فتحرير رقبة ۰ وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ۰ وكذلك الفرج قال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج وكذلك الزوج يعبر بها عن جميع البدن بقول الرجل امري حسن ما دام راسك اي ما دمت باقيا ۰ وكذلك الوجه يعبر بها عن جميع البدن مذكورة في كتاب الكفالة فصار هو بهذا اللفظ مضيفا الطلاق الى جميعها كانه قال انت طالق ۰ واما اذا قال لها يدك طالق او رجلك طالق او اصبعك طالق لا يقع شي ۰ وقال زفر والشافعي تطلق لانه اضاف الطلاق الى جزء مستمتع به منها بعقد النكاح فيقع الطلاق كالوجه والراس وهذا لان مبنى الطلاق على الغلبة والسراية فاذا اوقعه على جزء منها يسري الى جميعها كالجزء الشائع ۰ وبه فارق النكاح فانه غير مبني على السراية ولهذا لا يصح اضافته عندي الى جزء شائع وهذا لان الحل والحرمة اذا اجتمعا في المحل يترجح جانب الحرمة في الابتداء والانتهاء ۰ والدليل عليه انه لو قال انت طالق شهرا يقع مؤبدا ۰ ولو قال تزوجتك شهرا لم يصح النكاح فيجعل ذكر جزء منها ككل جزء من الزمان في الفصلين ۰ وحجتنا في ذلك ان الاصبع ليس بمحل لاضافة النكاح اليه فكذلك الطلاق لمعنى وهو انه تبع في حكم النكاح والطلاق ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها اصبع ويبقى بعد فوات الاصبع ۰ وهذا لان النكاح والطلاق يرد عليهما فتكون الاطراف تبعا كما في ملك الرقبة بشراء وملك القصاص واذا ثبت انه تبع فبذكر الاصل يصير التبع مذكورا فاما بذكر التبع لا يصير الاصل مذكورا واذا كان تبعا لم يكن محلا لاضافة التصرف اليه مقصودا والسراية انما يتحقق بعد صحة الاضافة الى محله ۰ وقد ذكرنا في الوجه والراس ان الوقوع ليس بطريق السراية بل باعتبار ان ما ذكره عبارة عن جميع البدن حتى لو كان عرف ظاهر القوم انهم يذكرون اليد عبارة عن جميع البدن نقول يقع الطلاق في حقهم ولا يمكن تصحيح الكلام بطريق الاضمار وهو ان تقدم البدن لتصحيح كلامه لانه لو كان مستقيما لصح اضافة النكاح الى اليد بهذا الطريق وهذا لان المقتضى تبع للمقتضي وجعل الاصل تبع للاصبع متعذر فلهذا لا يصح بطريق الاقتضاء ۰ وهذا بخلاف ما لو اضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث والربع لان الجزء الشائع ليس بتبع وهو محل لاضافة سائر التصرفات اليه فاذا صحت الاضافة الى محلها يثبت الحكم في الكل بطريق السراية او بطريق انه لا يحتمل التجزي في حكم الطلاق وذكر ما لا يتجزى كذكر الكل ولهذا صح اضافة النكاح الى جزء شائع عندنا وهو خلاف ما لو قال انت طالق شهرا لان الاضافة صحت الى محلها ۰ والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلا ينعدم بذكر التوقيت فيما وراء المدة بخلاف المدة فانه يحتمل الرفع فبالتوقيت ينعدم فيما وراء الوقت ولا يمكن تصحيحه موقتا وقع في بعض النسخ لو قال ضفك طالق يقع وهذا تصحيف انما هو بضعك طالق او نصفك طالق اما البضع لا يعبر به عن جميع البدن ولم يذكر ما لو قال ظهرك طالق او بطنك ۰ وقد قال بعض مشايخنا انه يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونها ۰ والاصح انه لا يقع على ما ذكر بعد هذا في باب الظهار اذا قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا لان الظهر والبطن لا يعبر بهما عن جميع البدن ۰ قال ولو قال لامراته ولاجنبية احداكما طالق ثم قال عنيت امراتي وقع الطلاق عليها والا لم يقع شي لان اللفظ المذكور يصلح عبارة عن امراته وعن المراة الاخرى وكان هذا كناية من حيث المحل وكما ان الفاظ الكناية لا تعمل الا بالنية فكذلك ما يكون كناية من حيث المحل لا تتعين فيه امراته الا بالنية فكذلك ما يكون حلف ما عنى امراته كما بينا في الكنايات قال ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة تطلق كل واحدة واحدة لانه اوقع على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع تطليقة كاملها فان التطليقة الواحدة لا تتجزى وقوعها ۰ ولو قال بينكن تطليقتان فكذلك الجواب لان كل واحدة منهن نصيبها نصف تطليقة الا ان يقول عنيت ان كل تطليقة بينهن فحينئذ يقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه صار موقعا على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع تطليقة اخرى ولان لو لم ينو لا يجعل على هذا الجنس واحد والقسمة في الجنس الواحد من الاشخاص تكون جملة واحدة ولكن اذا اعنى قسمة كل تطليقة فقد شدد الامر

على نفسه

على نفسه واللفظ يحتمل لذلك وكذلك لو قال بينكن ثلث تطليقات او اربع تطليقات تطلق كل واحدة منهن الا ان يقول عنيت ان كل تطليقة بينهن فحينئذ تطلق كل واحدة منهن ثلثا ۰ ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة ثنتين لان كل واحدة منهن نصيبها تطليقة وربع وكذلك اذا قال ستا وسبعا او ثمان وان قال بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلثا لان كل واحدة منهن نصيبها بالقسمة تطليقتان وربع وكذلك لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فلفظ الاشراك ولفظ البين سواء بخلاف ما لو طلق امراتين له ثم قال لثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه صار مشركا لها في كل تطليقة ۰ قال رجل قال لامراته انت طالق ثلثا الا واحدة فهي طالق ثنتين لان الكلام المقيد بالاستثنا يكون عبارة عما وراء المستثنى ۰ قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ۰ وما وراء المستثنى هنا ثنتان ولو قال انت طالق ثلثا الا ثنتين فهي واحدة الا على قول الفراء فانه يقول استثنا الاكثر لا يصح لانه لم تتكلم به العرب ۰ ولكنا نقول طريق ذلك ما قلنا وهو ان يكون عبارة عما وراء المستثنى فشرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شي حتى يجعل كلامه عبارة عنه وفي هذا لا فرق بين الاقل والاكثر وعلى قول بعض اهل النحو الاستثناء من الكلام يخرج ما لولاه كان الكلام متناولا له فيكون بمنزلة دليل الخصوص في العموم ۰ وفي ذلك لا فرق بين الاقل والاكثر ۰ وبان لم يتكلم به العرب لا يمنع صحته اذا كان موافقا لمذهبهم كاستثناء الكسور ولم يذكر في الكتاب اذا قال انت طالق ثلثا الا نصف تطليقة لم يقع قيل على قول ابي يوسف تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزى في حق الوقوع وذلك لا يوجد في الايقاع فكانه قال الا واحدة ۰ وعند محمد تطلق ثلثا لان في الايقاع يتجزى فيه واذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فيكون ثلثا ۰ واذا قال انت طالق ثلثا الا ثلثا تطلق ثلثا لانه استثنى جميع ما تكلم به وهذا الاستثناء باطل فانه ان جعل عبارة عما وراء المستثنى لا يبقى بعد استثناء الكل ليكون كلامه عبارة عنه وان جعل بمنزلة دليل الخصوص فذلك لا يعم الكل لانه حينئذ يكون نسخا لا تخصيصا ۰ وظن بعض اصحابنا ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل وهذا وهم فقد يبطل استثناء الكل في الوصية ايضا وهو يحتمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ۰ قال واذا قال لها وقد دخل بها انت طالق انت طالق الا واحدة تطلق ثلثا من قبل انه فرق الكلام فيكون هو مستثنى جميع ما تكلم به في اخر كلماته وهو باطل وذلك لو ذكر مع حرف العطف ولو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة عند ابي حنيفة ومحمد تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك ۰ وعند ذلك صار مستثنا للكل فكانه قال الا ثلثا وهو الظاهر من قول ابي يوسف ۰ وقد روي عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر لانه لو قال الا واحدة وواحدة صار مستثنا للثنتين فكان صحيحا وانما استثنا الثالثة فقط ۰ قال ولو قال انت طالق تطليقة الا نصفها فهي طالق واحدة لان ما بقي منها تطليقة تامة وهو اشارة الى مذهب محمد في ان التطليقة تتجزى في الاستثنا وعلى قول من يقول لا تتجزى هذا استثنا لجميع ما تكلم به ۰ وهذا لا يصح وذكر في النوادر اذا قال انت طالق ثنتين وثنتين الا ثنتين ان الاستثنا صحيح عندنا وتطلق ثنتين ۰ وعند زفر تطلق ثلثا لانه استثنى احد الكلامين وهو باطل ۰ ولكنا نقول لتصحيح هذا الاستثنا وجه وهو ان يجعل مستثنا من كل كلام تطليقة وكلام العاقل يجب تصحيحه ما امكن وفي نوادر هشام رح لو قال ثنتين وثنتين الا ثلثا تطلق عند محمد رح لانه استثنى احد الكلامين وبعض الاخر وذلك باطل ولا وجه لتصحيح بعض الاستثناء منه دون البعض ۰ وفيه اشكال على اصل محمد رح لانه يمكن ان يجعل مستثنا من كل كلام تطليقة ونصف فالتطليقة عنده تتجزى في الاستثناء فينبغي ان يقع ثنتان بهذا الطريق ۰ قال واذا طلقها تطليقة رجعية فطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة وكذلك الظهار والايلا وان قذفها لاعنها وان مات احدهما توارثا لبقاء ملك النكاح بعد الطلاق الرجعي وان كان الطلاق بائنا لم يقع عليها ظهار ولا ايلا لان الظهار منكر من القول وزور لما فيه من تشبيه المحرمة بالمحللة والمولي مضار متعنت من حيث انه يمنع حقها في الجماع وبعد البينونة لا حق لها في الجماع ۰ وكذلك لو قذفها لم يلاعنها وكان عليه الحد لان اللعان مشروع لقطع النكاح وقد انقطع النكاح بالبينونة قال رجل قال لامراته انت طالق ثلثا ان دخلت الدار ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر فدخلت الدار لم تطلق عندنا ۰ وقال زفر تطلق ثلثا لان التعليق في الملك قد صح والشرط وجد في الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار وهذا لان المعلق بالشرط ليس بطلاق على ما نبينه ۰ والتنجيز وقع طلاق فكان غير التعليق بالشرط والمعلق بالشرط غيره واصل الحل ولا يعتبر لبقائه متعلقا قيام المحل ۰ وانما يشترط كون المحل محلا عند وجود الشرط لان عند ذلك يصل اليه وهو موجود والدليل عليه انه لو قال لها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر يكون مظاهرا منها اذا دخلت الدار ولو طلقها ثنتين في مسئلة اليمين ثم عادت اليه بعد زوج اخر فدخلت الدار تطلق ثلثا فاذا كان وقوع بعض الطلقات لا يمنع بقاء التعليق في الثلث فكذلك وقوع الكل ۰ وحجتنا ما علل به في الكتاب فقال من قبل انه لما طلقها ثلثا فقد ذهب تطليقات ذلك الملك كله ولمعنى هذا ان انعقاد اليمين باعتبار التطليقات المملوكة فان اليمين بالطلاق لا ينعقد الا في الملك او مضافا الى الملك ولم يوجد الاضافة هنا فكان انعقادها

باعتبار التطليقات المملوكة وهي محصورة بالثلاث وقد اوقع كله والكل من شي لا يتصور بعده فعرفنا انه لم يبق شي من الجزاء
المعلق بالشرط طلاقا كان او غيره وكما لا ينعقد اليمين بدون الجزاء لا يبقى بدون الجزاء ● الا ترى انه لو قال لها انت طالق كل يوم ثلثا
فوقع عليها ثلث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يقع شي ● وكذلك لو قال لها انت طالق في كل سنة ثلثه ثم تزوجها في السنة
الثانية بعد زوج اخر لم يقع شي ● ولكن زفر يخالف في جميع هذا ونقول ما يملك على امراته من الطلقات غير محصور بعدد وانما يقع الا
لان المحل لا يسع الا لذلك حتى ان باعتبار تجدد العقد يقع عليها اكثر من ثلث ● ولو قال لها انت طالق الفا يقع عليها اكثر من ثلث
ولو كان المملوك هو الثلث لم يقع شي عند ابي حنيفة كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شي والمعتمد ان نقول بوقوع
الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لم يبق شي والمعتمد ان يقول بوقوع الثلث عليها لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل
بالتطليقات الثلث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار حماما او بستانا لا يبقى اليمين ●
فهذا مثله بخلاف ما بعد بيع العبد لانه بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع بقيت تلك الصفة حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين وبخلاف
ما لو طلقها ثنتين لان المحل باق وبعد الثنتين فبقي اليمين ثم ما استفاد من جنس ما كان انعقد عليه اليمين فيسري اليه حكم اليمين كما لو هلك
مال المضاربة الا درهما منه بقي عقد المضاربة على الكل حتى لو تصرف وربح يحصل جميع راس المال بخلاف ما لو هلك الكل ● وهذا
بخلاف اليمين بالظهار فان المحلية هناك لا تنعدم بالتطليقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة الى وجود
التكفير وهذه حرمة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الا انها لو دخلت الدار بعد التطليقات الثلث لا يصير مظاهرا لانه لا حل بينهما
في الحال والظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك لا يوجد الا اذا دخلت الدار بعد التزوج بها ● وما قال ان المحل لا يعتبر في المعلق بالشرط
ضعيف لانه ايجاب وان لم يكن واصلا الى المحل فلا يكون كلامه ايجابا الا باعتبار المحل فلا بد لبقائه متعلقا بالشرط من بقاء المحل ولم يبق
بعد التطليقات الثلث ● وعلى هذا لو قال انت طالق كلما حضت حيضة فبانت بثلث ثم عادت اليه بعد زوج لم يقع عليها ان حاضت شي
الا على قول زفر ● وكذلك ان الى منها فبانت بالايلاء ثم تزوجها فبانت ايضا حتى بانت بثلث ثم تزوجها بعد زوج لم يقع عليها بعد الايلاء
الا على قول زفر ● ولكن ان قربها كفر عن يمينه لان اليمين باقية فان انعقادها وبقاوها لا يختص بمحل الحل فاذا قربها تحقق حنثه في اليمين فيلزمه
الكفارة ● قال واذا طلق امراته واحدة او ثنتين ثم تزوجها بعد زوج فدخل بها فهي عنده على ثلث تطليقات مستقبلات في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم واصحاب عبد الله بن مسعود رض وابي هريرة رض واخذ الشبان من الفقهاء رح بقول المشايخ
من الصحابة رض والمشايخ من الفقهاء اخذوا بقول الشبان من الصحابة رض ● وحجة محمد في ذلك ان الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلث
قال الله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وحتى للغاية حقيقة وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شي من تلك الحرمة لانها متعلقة بوقوع الثلث وبعض
ان كان العلة لا يثبت شي من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق كما لو قال اذا جاء راس الشهر فوالله لا اكلم فلانا
حتى استشيره فلانا ثم استشاره قبل مجي الشهر لا يعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين واذا لم تعتبر
كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات فكذلك هنا ● وابو حنيفة
وابو يوسف قالا اصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالاجنبية في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلث وبيان هذا
ان بالتطليقات الثلث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلتحق بالاجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة
الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة ويرتفع ذلك باصابة الزوج الثاني ثم الدليل على ان الزوج الثاني رافع للحرمة لا منهي ان المنهي يكون
متقررا في نفسه ولا حرمة بعد اصابة الزوج الثاني فدل انه رافع للحرمة ولانه موجب للحل فان صاحب الشرع سماه محللا قال عم لعن الله
المحلل والمحلل له وانما كان محللا لكونه موجبا للحل ومن ضرورته انه يكون رافعا للحرمة ولهذا تبين ان جعله غاية مجاز وهو نظير قوله تعالى
ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا والاغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا ان يكون غاية للجنابة ● والدليل عليه ان احكام الطلاق
تثبت متابدة لا الى غاية ● ولكن يرتفع بوجود ما يرفعها كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا ● ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح اذا ثبت
ان الزوج الثاني موجب للحل فانما يوجب حلا لا يرتفع الا بثلث تطليقات وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به ولما كان
رافعا للحرمة اذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلان يرفعها وهو يعترض لثبوتها اولى ولان يمنع ثبوتها اذا اقترن باركانها اولى ومحمد رح يقول
ثبوت الحرمة بسبب ايقاع الطلاق وذلك لا يرتفع بالزوج الثاني حتى لا تعود منكوحة ● وبقاء الحكم ببقاء سببه فعرفنا انه ليس برافع
للحرمة ولا هو موجب للحل لان تاثير النكاح الثاني في حرمتها على غيره فكيف يكون موجبا الحل لغيره وسماه محللا لانه شارط الحل لا لانه موجب
للحل ● الا ترى انه سماه ملعونا باشتراط ما لا يحل له شرعا فعرفنا انه غير موجب للحل ولكن الحرمة تحتمل التوقيت كحرمة المعتدة وحرمة الاصطياد

على المحرم

فجعلنا الزوج الثاني غاية للحرمة عملا بحقيقة حتى المذكورة في الكتاب والسنة حيث قال عم حتى تذوقي من عسيلته ومسئلة يختلف فيها كبار
رضي الله عنهم لغور فقهها ويصعب الخروج منها ● قال ولو كان قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة او ثنتين وعادت
اليه بعد زوج فدخلت الدار عند ابي حنيفة وابي يوسف تطلق بالدخول ثلثا لانها عادت اليه بثلث تطليقات ● وعند محمد وزفر يقع عليها
ما بقي لان عندهما انما عادت اليه بما بقي من الطلقات ● قال ولو قال لامراته كلما تزوجتك فانت طالق ثلثا فهو كما قال
يقع عليها ثلث كلما تزوج لان كلمة كلما تقتضي نزول الجزاء بتكرار الشرط وانعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات التي يملكها عليها بالتزوج
وتلك غير محصورة بعدد فلهذا بقيت اليمين بعد وقوع ثلث تطليقات بخلاف قوله لامراته كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا فان انعقاد
تلك اليمين باعتبار التطليقات المملوكة عليها لانه لم يوجد الا اضافة الى الملك فلا يبقى اليمين بعد وقوع التطليقات المملوكة عليها
وهذه المسئلة تبتنى على اصلنا ان ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز اضافتها الى الملك عم او خص وهو قول عمر
رض روي عنه ذلك في الظهار ● وعند الشافعي لا يصح ذلك وهو قول ابن عباس فانه سيل عمن يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق
فتلا عليه قوله تعالى اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن ● وقال شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله وعلى قول ابن ابي ليلى ان خص
امراة او قبيلة انعقدت اليمين وان عم فقال كل امراة لا ينعقد وهو قول ابن مسعود لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه فالشافعي
استدل بقوله عم لا طلاق قبل النكاح ● وروي ان عمرو بن العاص رض خطب امراة فابى اولياوها ان يزوجوها منه فقال
ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عم لا طلاق قبل النكاح ● والمعنى فيه انه غير مالك للتنجيز
الطلاق فلا يملك تعليقه بالشرط كما لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق ● وهذا لان تاثير الشرط
في تاخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لا طلاقا ولان الطلاق يستدعي اهلية
في الموقع وملكا في المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي يقول لامراته اذا بلغت فانت طالق وكذلك قبل
ملك النكاح لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك واجازه قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير في الهوى ثم اخذه قبل
قبول المشتري وحجتنا في ذلك ان التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله تعالى ● وهذا لان اليمين تصرف
من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب على نفسه البر والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بالوصول الى المراة وما دام يمينا
لا يكون واصلا اليها وانما الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط فعرفنا ان المحلوف به ليس بطلاق وقيام الملك في المحل لاجل الطلاق
ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله اليها ونظيره من الحسيات الرمي فانه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا
عما هو قتل ولا موخرا لها بل يكون مانعا عما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل والتصرف
لا يكون الا بركنه ومحله فكما ان بدون ركنه لا يكون طلاقا فكذلك بدون محله لا يكون طلاقا ● وبه فارق ما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق
انعقدت اليمين وان كان من الجائز ان يكون دخولها بعد زوال الملك فاما كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامراته ان
الدار فانت طالق انعقدت اليمين فان المحلوف به هنا لغير موجود وهو ما يصير طلاقا عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب
لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين ● وان كان من الجائز
ان يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لا يملك التنجيز
لا يدل على انه لا يملك التعليق كمن يقول لجاريته اذا ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك التنجيز في العتق في الولد المعدوم ● واذا قال
لامراته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاقا للسنة وان كان لا يملك التنجيز في الحال وهذا بخلاف الاهلية في المتصرف
لانه لا بد منه في تصرف الطلاق ● فاما الملك في المحل معتبر للطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطري البيع ●
وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب هنا تصرف اخر سوى الطلاق وهي اليمين ● وتاويل الحديث ما روي عن مكحول والزهري
وسالم والشعبي رح انهم كانوا يطلقون في الجاهلية قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك
بقوله لا طلاق قبل النكاح ● وحديث عبد الله بن عمرو رض غير مشهور وان ثبت فمعنى قوله ان نكحتها اي وطيتها لان النكاح حقيقة للوطي
وبهذا لا يحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لامراة ان تزوجتك ومتى تزوجتك فهذا كله
على المراة الواحدة لانه ليس في لفظه ما يدل على التكرار فان كلمة ان للشرط واذا ومتى للوقت بخلاف ما لو قال كلما تزوجتك لان كلمة كلما
تقتضي التكرار فلا ترتفع اليمين بالتزويج مرة ولكن كلما تزوجها تصير عند التزوج كالمنجز للطلاق ● وكذلك في تزوجه ولو قال كلما دخلت الدار
فهذا على كل مرة حتى يطلق ثلثا بخلاف ان واذا ومتى جاز ذلك على المرة الواحدة ● قال ولو قال لامراة لا يملكها انت طالق يوم اكلمك

او يوم تدخلين الدار او يوم اكلمك فهذا باطل بخلاف ما لو قال يوم اتزوجك فانه بهذا اللفظ يصير مضيفا الى التزوج وهو سبب
لملك الطلاق فيصير المحلوف به موجودا بخلاف ما سبق من دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق فانه تزوج بها ثم فعل هذا لم يقع
عليها شيء عندنا وقال ابن ابي ليلى يقع لان المعتبر لوقوع وقت وجود الشرط فان طلقها حينئذ يتصل الى المحل والملك موجود عند
وجود الشرط فيقع الطلاق لكنا نقول هذا بعد انعقاد اليمين ولا ينعقد اليمين بدون المحلوف به فاذا لم يكن مالكا للطلاق في الحال
ولا في الوقت المضاف اليه لم ينعقد اليمين فبعد ذلك وان صار مالكا للطلاق في الوقت المضاف اليه لا يقع شيء لان اليمين ما كانت منعقدة
وكذلك لو قال لها انت طالق غدا ثم تزوجها اليوم لم يقع عليها شيء اذا جاء غد ولو اذا قال لامرأته وقد دخل بها انت طالق انت طالق
وقال عنيت الاولى صدق فيما بينه وبين الله تعالى ● واما في القضاء فهما تطليقتان لان كل واحد من الكلامين ايقاع من حيث الظاهر
فان صيغة الكلام الثاني كصيغة الكلام الاول والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكن ما قاله من قصد تكرار الكلام الاول محتمل لان الكلام
الواحد تكرر للتاكيد والله تعالى مطلع على ضميره وكذلك قوله قد طلقتك قد طلقتك وانت طالق وطالق وانت طالق فاما اذا قال لها
انت طالق فقال له انسان ما ذا قلت فقال قد طلقتها او قال هي طالق فهي طالق واحدة لان كلامه الثاني يجوز ان يكون جوابا لسؤال السائل
انما يسأله عن الكلام الاول لا عن ايقاع اخر فيكون جوابه بيانا لذلك الكلام ● قال واذا قال لها اذا طلقتك فانت طالق ثم طلقها
واحدة وقد دخل بها فهي طالق ثنتين في القضاء احداهما بالايقاع والاخرى بوجود الشرط لان قوله اذا طلقتك شرط ● وقوله فانت طالق
جزاء له واما فيما بينه وبين الله تعالى وان كان نوى بقوله اذا طلقتك فانت طالق تلك التطليقة فهي واحدة لان ما نواه محتمل على ان يكون
قوله فانت طالق بيانا لحكم الايقاع لا جزاء الشرط والله تعالى مطلع على ضميره ● وكذلك اذا قال متى طلقتك او ان طلقتك فانت طالق
ولو قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم طلقها واحدة تطلق ثلثا لان بوقوع الواحدة يوجد الشرط فوقع عليها تطليقة باليمين
ثم بوقوع هذه التطليقة وجد الشرط مرة اخرى واليمين معقودة بكلمة كلما فيقع عليها الثالثة وهذا بخلاف ما لو قال كلما طلقتك
فانت طالق ثم طلقها واحدة يقع عليها اخرى فقط لان وقوع الثانية عليها ليس بايقاع مستقبل منه بعد يمينه فلا يصلح شرطا للحنث
فلهذا لا يقع الا واحدة فاما في الاولى الشرط الوقوع لا الايقاع والوقوع يحصل بالثانية بعد اليمين وعلى هذا لو قال كلما قلت انت طالق فانت طالق
او كلما تكلمت بطلاق يقع عليك فانت طالق ثم طلقها واحدة فهي طالق اخرى باليمين ولا يقع بالثانية طلاق لما بينا انه ما جعله شرط الا ما يصير بطلاق
موجودا بعد اليمين مما وقع باليمين ● والاصل فيما يذكر بعد هذا ان اليمين انما يعرف بالجزاء حتى قال ان دخلت الدار فانت طالق كان يمينا بالطلاق
ولو قال فعبدي حر كان يمينا بالعتق والشرط واحد وهو دخول الدار ثم اختلفت اليمين باختلاف الجزاء ● والاصل الاخر ان الشرط تعتبر وجوده
بعد اليمين ● واما ما سوى اليمين لا يكون شرطا لانه تقصد باليمين منع نفسه عن الشرط وانما يمكنه ان يمنع نفسه عن شيء في المستقبل
لا فيما مضى فعرفنا ان الماضي لم يكن مقصودا واليمين تتقيد بمقصود الحالف اذا عرفنا هذا فنقول رجل له امرأتان عمرة وزينب
فقال لزينب انت طالق اذا طلقت عمرة او كلما طلقت عمرة ثم قال لعمرة انت طالق اذا طلقت زينب ثم قال لزينب انت طالق فانه يقع
على زينب بالايقاع تطليقة ويقع على عمرة تطليقة لان كلامه الاول كان يمينا بطلاق زينب وكلامه الثاني كان يمينا بطلاق عمرة
فان الجزاء فيه طلاق عمرة ● والشرط طلاق زينب وقد وجد الشرط بايقاعه على زينب فلهذا يقع على عمرة تطليقة باليمين ويعود الى زينب
لان عمرة طلقت بيمين بعد يمينه بطلاق زينب فيكون وقوع الطلاق عليها شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب فلهذا يقع عليها تطليقة
اخرى هكذا في نسخ ابي سليمان رح وهو الصحيح وفي نسخ ابي حفص قال ولا يعود على زينب وهو غلط ثم قال ولو لم تطلق زينب
ولكنه طلق عمرة وقعت عليها تطليقة بالايقاع وعلى زينب تطليقة باليمين ثم وقعت اخرى على عمرة باليمين هكذا ذكر في نسخ ابي حفص
وهو غلط والصحيح ما ذكر في نسخ ابي سليمان انه لا يقع على عمرة باليمين لان زينب انما طلقت باليمين السابقة على اليمين بطلاق عمرة
فلا يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق عمرة ● قال الا ترى انه لو قال لزينب اذا طلقت عمرة فانت طالق ثم قال اذا دخلت الدار فانت طالق
فدخلت عمرة الدار طلقت بالدخول وتطلق زينب ايضا لان عمرة انما طلقت قبل اليمين بطلاق زينب فلا يصلح ان يكون ذلك شرطا للحنث
في اليمين بطلاق زينب ● وبهذا الاستشهاد يتبين ان الصواب ما ذكر في نسخ ابي سليمان وان جوابه في نسخ ابي حفص وقع على الغلط
قال واذا احلف بطلاق عمرة لا يحلف بطلاق زينب ثم حلف بطلاق زينب لا يحلف بطلاق عمرة كانت عمرة طالقا لانه بالكلام الاول
حلف بطلاق عمرة وشرط حنثه الحلف بطلاق زينب وبالكلام الثاني صار حالفا بطلاق زينب لان الجزاء فيه طلاق زينب
فوجد فيه شرط الحنث في اليمين الاولى ● الا ترى انه لو قال لزينب انت طالق ان شئت لم تطلق عمرة لان هذا ليس بيمين بل هو تفويض
المشية اليها بمنزلة قوله اختاري او امرك بيدك وذلك لا يكون حالفا بالطلاق ● الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

خير نسائه

خير نسائه مع نهيه عن الحلف بالطلاق ● والدليل على انه بمنزلة التخيير انه يبطل بقيامها عن المجلس قبل المشية والشرط المطلق لا يتوقف
بالمجلس وحقيقة المعنى فيه ان الشرط منفي بان الحالف يقصد منع الشرط بيمينه ● وفي قوله انت طالق ان شئت لا يقصد منعها عن المشية
فعرفنا انه ليس بيمين وكذلك لو قال لزينب انت طالق ان حضت حيضة فهذا ليس بيمين عندنا ولا يحنث به في اليمين بطلاق عمرة لان هذا
تفسير لطلاق السنة فان بهذا اللفظ لا يقع الطلاق عليها ما لم تطهر لان الحيضة اسم للحيضة الكاملة وطلاق السنة يتأخر الى حالة الطهر
فكانه قال لها انت طالق للسنة ● وعن زفر ان هذا يمين لوجود الجزاء والشرط وليس بتفسير لطلاق السنة ● الا ترى انه لو خالعها في هذه
الحيضة ثم طهرت طلقت ولو قال لها انت طالق للسنة ثم جامعها في الحيض فطهرت لم تطلق وكذلك لو قال لها اذا حضت حيضتين او اذا حضت
ثلث حيضات لم يكن شيء من ذلك حلفا بطلاقها بخلاف ما لو قال لها اذا حضت فهذا حلف بطلاقها حتى تطلق عمرة لان بهذا اللفظ يقع الطلاق
في الحيض والطهر فلا يكون تفسيرا لطلاق السنة فان قيل هذا تفسير لطلاق البدعة ● ولو قال انت طالق للبدعة لم يكن حالفا بطلاقها قلنا
ليس كذلك فطلاق البدعة لا يختص بالحيض وهذا الطلاق لا يقع الا في حالة الحيض فعرفنا انه شرط وجزاء ● قال واذا قال لامرأته انت طالق
ثلثا للسنة ولا نية له فكلما حاضت وطهرت طلقت واحدة حتى تستكمل الثلث لان قوله للسنة اي لوقت السنة فان اللام للوقت
قال الله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس وكل طهر محل لوقوع تطليقة واحدة للسنة فلهذا طلقت في كل طهر واحدة ولا تحتسب
بالحيضة الاولى من عدتها لانها سبقت وقوع الطلاق عليها وان نوى ان تطلق ثلثا في الحال فهو كما نوى عندنا ● وعند زفر لا تعمل نيته
لان وقوع الثلث جملة خلاف السنة ووقوع الطلاق في الحيض وفي الطهر بعد الجماع بخلاف السنة والسنة انما تعمل اذا كانت من محتملات
اللفظ لا فيما كان من ضده ولان معنى قوله انت طالق للسنة اذا حضت وطهرت فكانه صرح بذلك ونوى الوقوع في الحال فلا تعمل نيته فيه
ولكنا نقول المنوي من محتملات لفظه على معنى ان وقوع الثلث جملة من مذهب اهل السنة ووقوع الثلث في الحيض كذلك اذ كون الطلاق
ثلثا عرف بالسنة فقد كانوا في الجاهلية يطلقون اكثر من ذلك فعرفنا ان المنوي من محتملات لفظه وفيه تغليظ عليه فتعمل نيته
ولو قال انت طالق للسنة اذا حضت وطهرت ولم ينو ثلثا ولم يكن له نية فهي طالق واحدة اذا طهرت من الحيضة لما بينا ان اللام للوقت
وان نوى ثلثا فهي ثلث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة ● وقد بينا ان نية التعميم صحيح في كلامه فلهذا طلقت في كل طهر تطليقة واحدة
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر طلقت ساعة تكلم به واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الثلث للسنة هكذا يقع عليها
والشهر في حقها كالحيض في حق ذات القرء وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا ● قال رجل قال لامرأته وقد دخل بها
انت طالق كلما حضت حيضتين فهو كما قال فاذا حاضت حيضتين طلقت لوجود الشرط ثم اذا حاضت اخريين طلقت اخرى لوجود
الشرط لان اليمين معقود بكلمة كلما ويحتسب بها بين الحيضتين من عدتها فاذا حاضت اخريين انقضت عدتها ● قال واذا قال
اذا حضت حيضة فانت طالق وقال لها ايضا كلما حضت فانت طالق فرأت الدم فهي طالق واحدة باليمين الثانية لانها عقدت
بكلمة كلما وكلمة كلما توجب تكرار الشرط وقد وجد الشرط فيها مرة اخرى ● ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق ● وقال ايضا
اذا حضت حيضتين فانت طالق فحاضت حيضة وطهرت فهي طالق باليمين الاولى واحدة ونصف الشرط في اليمين الثانية والشيء لا
يصلح شرطا للحنث في يمين ذكره ويحتسب بالحيضة الثانية من عدتها لانها حاضتها بعد وقوع الطلاق عليها ولو كان قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق ثم اذا حضت حيضتين فانت طالق فاذا حاضت حيضة طلقت واحدة ثم لا تطلق اخرى ما لم تحض حيضتين
سواها لانه جعل الشرط في اليمين الثانية حيضتين سوى الحيضة الاولى فان ثم للتعقيب مع التراخي وعلى هذا لو قال
اذا دخلت فانت طالق فدخلت دخلة واحدة وقعت عليها تطليقتان لان الشرط في اليمينين الدخول مطلقا وقد وجد ذلك
بدخلة واحدة ● وفي الاولى الشرط دخلتان بعد الدخلة الاولى في اليمين الثانية ولو قال اذا حضت حيضة فانت طالق واذا حضت
حيضتين فانت طالق فحاضت حيضتين طلقت ثنتين احديهما حين حاضت الاولى لوجود الشرط في اليمين الاولى والثانية حين
حاضت الاخرى لتمام الشرط بها في اليمين الثانية ولو قال كلما حضت حيضة فانت طالق فحاضت اربع حيض طلقت ثلثا
كل حيضة واحدة لتكرار الشرط في يمين معقودة بكلمة كلما وانقضت العدة بالحيضة الرابعة لان الحيضة الاولى لا تكون محسوبة
من عدتها فانها سبقت وقوع الطلاق عليها ● قال واذا قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق فانما يقع عليها بعد ما ينقطع
عنها الدم وتغتسل لان الشرط مضي حيضة كاملة ولا يستيقن به الا بعد الحكم بطهرها فان كان ايامها عشرا فبنفس الانقطاع
تتيقن بطهرها وان كان ايامها دون العشرة فانما يحكم بطهرها اذا اغتسلت او ذهب وقت صلوة بعد انقطاع الدم ولهذا توقف
الوقوع عليها ● ولو قال اذا حضت حيضة فانت طالق فقالت قد حضت حيضة لم تصدق في القياس اذا كذبها الزوج لانها

تدعي وجود شرط الطلاق فبمجرد قولها في ذلك ليس بحجة في حق الزوج كما لو كان الشرط دخولها الدار لا هذا لان دعواها شرط الطلاق كدعواها نفس الطلاق وفي الاستحسان القول قولها لان حيضها لا يعلمه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه كما لو قال لها ان كنت تحبيني او تبغضيني وجب قبول قولها في ذلك ما دامت في المجلس وكذلك لو قال لها ان شئت الا ان هناك يتقيد على الاخبار في المجلس فبالتاخير عنه يتضمن تفريطه وهنا لا يتقيد على الاخبار بالحيض ما لم تر الدم فوجب قبول قولها متى اخبرت ❊ قال ويدخل في هذا الاستحسان بعض القياس معناه ان الزوج لما علق وقوع الطلاق بالحيض صار ذلك من احكام الحيض بجعله وقولها حجة ثابتة في احكام الحيض كحرمة وطيها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطي اذا اخبرت بانقطاع الدم وكذلك في حكم انقضاء العدة بالحيض يقبل قولها لان الشرع سلطها على الاخبار واذا قال اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت فبالقياس استحسانا ان الاولى يقع الطلاق على فلانة كما يقع عليها لان قولها حجة تامة فيما لا يعلمه غيرها فيكون ثبوت هذا الشرط بقولها كثبوت شرط اخر بالبينة او بتصديق الزوج ❊ ولكنا نقول ندع القياس فيه ونقول لا يقع على الاخرى شيء حتى تعلم انها قد حاضت لان في ذلك الحق الضرة وهي ما سلطها ولا رضيت بخبرها في حق نفسها ثم قبول قولها فيما لا يعلمه غيرها لاجل الضرورة وذلك في حق نفسها خاصة كما في حل الوطي وانقضاء العدة والحكم يثبت بحسب الحجة ❊ الا ترى ان المالك للمستحق اذا ثبت باقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن وان شهادة امرأتين والرجل بالسرقة حجة في حق المال دون القطع فهذا مثله ولو قال لها ان ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية فان علم ايهما ولدت الجارية اولا طلقت ثنتين بولادتها الجارية ثم انقضت عدتها بولادة الغلام وان علم انقضاء عدتها بولادة الجارية فان لم يعلم ايهما اولا لم يقع في القضاء الا تطليقة واحدة لان التيقن فيها وفي الثانية شك والطلاق بالشك لا يقع ❊ وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغي ان ياخذ بتطليقتين حتى اذا كان طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغي ان يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلثا ولان يترك امرأة تحل له وطيها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادة الغلام وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية الاولى وثالثة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الاخرى وان لم تعلم كيف كانت الولادة فنقول في وجه هي طالق ثنتين وفي وجه هي طالق ثلثا ففي القضاء لا تطلق الا ثنتين لان اليقين فيها وفي التنزه ينبغي ان ياخذ بثلث تطليقات احتياطا وقد انقضت عدتها بولادة الاخيرة منهم واذا قال كلما ولدت ولدا فانت طالق وقال اذا ولدت غلاما فانت طالق فولدت جارية فهي طالق واحدة لان الجارية ولد فيقع تطليقة بحكم الكلام الاول فان ولدت غلاما بعدها في ذلك البطن انقضت عدتها بولادة الغلام لانها معتدة وضعت جميع ما في بطنها ولا يقع عليها بولادة الغلام شيء لانا وان الوقوع بعد وجود الشرط وهي ليست في عدته بعد ولادة الغلام لانها معتدة فهي بمنزلة ما لو قال لها اذا انقضت عدتك فانت طالق وان ولدت الغلام اولا وقع به تطليقتان احدهما بالكلام الاول لان الغلام ولد والثانية بالكلام الثاني لانه غلام وكذلك لو قال لها اذا ولدت غلاما فانت طالق ثم قال اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت غلاما طلقت ثنتين لانه ولد وغلام وكذلك لو قال اذا كلمت فلانا فانت طالق ثم قال اذا كلمت انسانا فانت طالق فكلمت فلانا تطلق ثنتين لانه انسان وفلان وكذلك اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوج فلانة تطلق ثنتين لانها انسان وفلان وكذلك اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثم قال كل امرأة تزوجتها فهي طالق فتزوج فلانة تطلق ثنتين لانها فلانة وامرأة والشيء الواحد يصلح شرطا للحنث في ايمان كثيرة ولو قال لامرأته كلما ولدت غلاما فانت طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد فان علموا انها ولدت الغلام اولا وقع عليها تطليقة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية وان علموا انها ولدت الجارية اولا وقعت عليها تطليقة بولادة الغلام وعليها العدة بثلاث حيض وله ان يراجعها في العدة اذا علموا الغلام ولد اخرا واذا لم يعلم ايهما اول فعليها الاخذ بالاحتياط في كل حكم فتلزمها العدة بثلاث حيض لجواز ان تكون ولدت الجارية اولا وليس للزوج ان يراجعها في هذه العدة لجواز ان تكون ولدت الغلام اولا ولو مات احدهما لم يتوارثا لجواز ان تكون ولدت الغلام اولا وانها انقضت عدتها بولادة الجارية والميراث لا يثبت بالشك ❊ قال واذا قال اذا ولدت ولدا فانت طالق فاسقطت سقطا مستبين الخلق او بعض الخلق طلقت لان مثل هذا السقط ولد ❊ الا ترى ان العدة تنقضي به وتصير الجارية به ام ولد ولو لم يستبين من خلقه شيء لم يقع به طلاق لانه ليس بولد في حكم العدة وثبوت امية الولد فكذلك في حكم الطلاق قال ولو قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت وكذبها الزوج لم يقع الطلاق بقولها ما لم تشهد القابلة والحيض لا يقف عليه غيرها فان شهدت القابلة بالولادة ثبت نسب الولد بشهادتها ولا يقع الطلاق وعند ابي حنيفة ما لم يشهد به رجلان او رجل وامرأتان وعند ابي يوسف ومحمد

يقع الطلاق عليها بشهادة القابلة لان شرط وقوع الطلاق عليها ولادتها وقد صار محكوما به بشهادة القابلة في حال قيام الفراش حجة تامة في حق النسب وغيره ❊ الا ترى انه لو قال لجاريته ان كان بها حبل فهو مني فشهدت القابلة على ولادتها صارت ام ولد له وكذلك ان ولدت امرأته ولدا ثم قال الزوج هو ليس مني ولا ادري ولدته ام لا فشهدت القابلة حكم باللعان بينهما ولو كان الزوج عبدا او محدودا في قذف وجب عليه الحد فاذا جعلت شهادة القابلة حجة في حكم اللعان والحد فلان تجعل حجة في حكم الطلاق اولى وابو حنيفة يقول شرط الطلاق اذا كان لا يثبت الا بالشهادة فلا بد فيه من شهادة رجلين او رجل وامرأتين كسائر الشروط وهذا لان شرط الطلاق كنفس الطلاق وتاثيره ان شهادة المرأة الواحدة ليست بحجة اصلية وانما اكتفي بها فيما لا يطلع عليه الرجال لاجل الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها والضرورة في نفس الولادة وما هو من الاحكام المختصة بالولادة لان ثبوت الحكم بثبوت سببه والولادة لا يطلع عليها الرجال والحكم المختص بالولادة امية الولد للام واللعان عند نفي الولد فاما وقوع الطلاق والعتاق فليس من الحكم المختص بالولادة والاثر للولادة فيه بل انما يقع بايقاعه عند وجود الشرط ونسب الولد من الاحكام المختصة بالولادة مع ان النسب عند ابي حنيفة لا يثبت بشهادة القابلة وانما يثبت بتعين الولد فان ثبوت النسب بالفراش القائم وبان جعل شهادة القابلة حجة في وقوع الطلاق كما بينا في ثبوت النسب فذلك لا يدل على انها تكون حجة في قوله اذا حضت فانت طالق وفلانة معك ولو كان الزوج اقر انها حبلى ثم قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت فعند ابي حنيفة يقع الطلاق بمجرد قولها ❊ وعندهما لا يقع الا ان تشهد القابلة لان شرط الطلاق ولادتها وذلك مما يقف عليه غيرها فلا يقبل فيه مجرد قولها كما في الفصل الاول الا ترى ان نسب الولد لا يثبت الا بشهادة القابلة وان اقر الزوج بالحبل الطلاق وابو حنيفة رحمه الله يقول علق الطلاق بامر موجود في باطنها فيقع الطلاق بمجرد خبرها كما لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا لان وجود الحبل بها يثبت باقرار الزوج فلما جاءت الان وهي فارغة نقول قد ولدت فالظاهر يشهد لها او يتيقن بولادتها ❊ وهذا بخلاف النسب لان بقولها يثبت مجرد الولادة وليس من ضرورته تعين هذا الولد لجواز ان تكون ولدت غير هذا من ولد ميت ثم تريد حمل نسب هذا الولد عليه فلهذا لا يقبل قولها في تعيين الولد الا بشهادة القابلة فاما وقوع الطلاق بنفس الولادة اي ولد كان من حي وميت وبعد اقرار الزوج بالحبل يتيقن بالولادة اذا جاءت وهي فارغة قال واذا قال الرجل لامرأته اذا ولدت ولدين فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة ثم ولدت بعد ذلك لستة اشهر ولدا فقد وقعت عليها تطليقة بولادة الولدين الاولين لتمام الشرط بهما وانقضت عدتها بالولد الثالث لانها معتدة وضعت جميع ما في بطنها فان الولد الرابع من حبل حادث بيقين لان التوأم لا يكون بينهما مدة حبل تام ولهذا لا يثبت نسب الولد الرابع من الزوج لانها علقت به بعد انقضاء عدتها ❊ قال ولو قال اول ولد تلدينه غلاما فانت طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد لا تعلم ايهما اول لم يقع عليها شيء في الحكم لجواز ان تكون ولدت الجارية اولا ولا الغلام وفي التنزه وقع عليها تطليقة لجواز ان تكون ولدت الغلام اولا وقع عليها تطليقة ثم انقضت عدتها بولادة الجارية في هذا الوجه غير انها لا تحل للازواج حتى يوقع عليها طلاقا مستقبلا ويعيد مستقبله لانها في الحكم امرأته فان الطلاق بالشك لا يقع في الحكم فلهذا يحتاج في حلها للازواج الى ايقاع مستقبل وعدة مستقبله قال واذا قال لها كلما ولدت ولدين فانت طالق فولدتهما في بطن واحد او في بطنين فهو سواء ويقع عليها الطلاق بالولد الاخير لان تمام الشرط به ولا فرق في الشرط بين ان يوجدا معا او متفرقا ولو ولدت الثاني وهي ليست في نكاحه ولا في عدته لم يقع ❊ الا ترى انه لو صح ملكها وعلى قول زفر رحمه الله لا يقع لان المعتبر عنده ان الطلاق يقع عند وجود الشرط بالتعليق السابق وقد صح في ملكه ❊ ولكنا نقول اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن ثم دخلت الدار تطلق باعتبار وقت التعليق لا وقت وجود الشرط اما نقول وقوع الطلاق عليها عند وجود الشرط وعند ذلك ليست بمحل لوقوع طلاقه عليها لانها ليست في عدته ولا في نكاحه وبدون المحل لا يثبت الحكم بخلاف جنون الزوج فانه لا يعدم المحلية انما يعدم الاهلية للايقاع والايقاع بكلام الزوج وذلك عند التعليق لا عند وجود الشرط فلهذا لا يعتبر قيام الاهلية عند وجود الشرط ولو ابانها فولدت الاول في غير نكاحه وعدته ثم تزوجها فولدت عنده يقع الطلاق عليها ❊ وعند زفر لا يقع لان ولادة الولد الاول شرط للطلاق كولادة الولد الثاني وكما يعتبر قيام الملك للوقوع عند ولادة الثاني فكذلك عند ولادة الاول ❊ وعلماؤنا رحمهم الله يقولون المحل انما يعتبر عند التعليق لوجود المحلوف به وعند تمام الشرط للوقوع الجزاء فاما في حال ولادة الولد الاول ليس بحال التعليق ولا حال نزول الجزاء انما هو حال بقاء اليمين كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وهذا لان وجود بعض الشرط لا ينزل شيء من الجزاء ❊ الا ترى انه لو قال لامرأته في رجب ولم يدخل بها اذا جاء يوم الاضحى فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها يوم عرفة فجاء يوم الاضحى طلقت

ومالم يمض الشهر لا يتحقق وجود الشرط بمجي يوم الاضحى ثم لا يعتبر قيام الحل في تلك الشهر وعلى هذا الخلاف لو قال اذا حضت حيضتين
فحاضت الاولى في غير ملك والثانية في ملك وكذلك ان تزوجها قبل ان تطهر من الحيضة الثانية بساعة او بعد ما انقطع عنها الدم قبل ان
وايامها دون العشرة فاذا اغتسلت ومضى عليها وقت صلوة طلقت لان الشرط قد تم وهي في نكاحه وكذلك لو قال ان اكلت هذا الرغيف
فانت طالق فاكلت عامة الرغيف في ملكه ثم تزوجها فاكلت ما بقي منه طلقت لان الشرط تم في ملكه والحنث به يحصل وقد قال في الاصل
اذا قال كلما حضت حيضتين فانت طالق فحاضت لا حرم منهما في غير ملكه ثم تزوجها فحاضت بعد ذلك حيضتين في ملكه لم يقع عليها شي
قال الحاكم رح وهذا الجواب غير سديد في قوله كلما حضت وانما يصح اذا كان السوال بقوله اذا حضت لان كلمة كلما تقتضي التكرار قال الشيخ
الامام رح والاصح عندي ان في المسئلة روايتان في رواية هذا الكتاب لا تطلق • وفي رواية الجامع تطلق واصل الاختلاف في كيفية التكرار
بكلمة كلما في هذه الرواية يتكرر انعقاد اليمين وكلما وجد الشرط مرة ارتفعت اليمين الاخرى وارتفعت يمين اخرى فاذا لم يكن عند تمام الشرط
في نكاحه ولا في عدته لا ينعقد اليمين الاخرى لان ملك الحل شرط عند انعقاد اليمين فلهذا لا يقع شي وان حاضت حيضتين في ملكه وعلى رواية
الجامع انما يتكرر بكلمة كلما نزول الجزاء بتكرار الشرط ولا يتكرر انعقاد اليمين فكلما وجد الشرط في ملكه طلقت والاصح رواية الجامع وقد بينا
تمام هذا الكلام فيما امليناه من شرح الجامع قال وان قال اذا حضت فانت طالق فولدت لم تطلق لان حيضها شرط الطلاق والنفاس ليس
الا ترى انه لا يحتسب به من اقراء العدة • وان قال اذا حبلت فانت طالق ثلثا فوطيها مرة فالافضل له ان لا يقربها بانه حتى يستبرئها بحيضة
لجواز ان يكون حبلت وطلقت ثلثا واذا حاضت وطهرت عرفنا انها لم تحبل فان تبين فراغ رحمها بحصول حيضة واحدة بدليل الاستبراء فله ان يطاها
مرة اخرى • وهذه حالة زوجها ما دامت عنده وهو جواب السرم فاما في الحكم لا يمنع من وطيها ما لم يظهر بها حبل لان قيام النكاح فيما بينهما
تيقن وفي وقوع الطلاق شك فاذا ولدت بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر لم تطلق لانا تيقنا ان هذا الولد من حبل حادث بعد اليمين وانما
الطلاق وقد انقضت العدة بالولد لانا تيقنا ان هذا الولد من حبل حادث قبل اليمين وشرط الحنث حبل حادث بعد اليمين وان جاءت به لاكثر من سنتين
الطلاق عند وجود الشرط وهو اذا حبلت فتنقضي عدتها بالولد لو جاءت به لستة اشهر فاكثر ولكن لاقل من سنتين لم تطلق ايضا لجواز ان يكون
هذا الولد من حبل قبل اليمين فان الولد يبقى في البطن الى سنتين وما لم يتيقن بوجود الشرط بعد اليمين لا يترك الجزاء والحل وان كان قائما بينهما
يستند العلوق الى اقرب الاوقات تحرزا عن ايقاع الطلاق بالشك • قال واذا قال لها اذا وضعت ما في بطنك فانت طالق فولدت ولدين
في بطن واحد وقع الطلاق باخرهما وعليها العدة لان حرف ما يوجب العموم فشرط وقوع الطلاق ان تضع ما في بطنها وذلك لا يحصل الا بالولد الثاني
وعلى هذا لو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان كان غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية لم يقع عليها شي لان الحمل اسم
لجميع ما في بطنها • قال الله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن ولا تنقضي عدتها الا بوضع جميع ما في بطنها فالشرط ان يكون جميع حملها غلاما او جارية
ولم يوجد ذلك حين ولدت غلاما وجارية في بطن واحد • الا ترى انه لو كان قال ان كان ما في هذا الجوالق حنطة فامراته طالق وان كان ما فيه
شعير فاذا فيه شعير وحنطة لم يلزمه الطلاق ولا عتق ونظير هذه المسئلة امتحن ابو حنيفة رح فطنة الحسن بن زياد فقال ما هو في غير
ولدت ولدين لا ذكرين ولا انثيين ولا ابيضين ولا اسودين كيف يكون هذا فتامل ساعة ثم قال احدهما ذكر والاخر انثى واحدهما اسود والاخر ابيض
فتعجب من فطنته • وان قال لها كلما حبلت فانت طالق فولدت بعد هذا القول من حبل حادث فقد وقعت عليها تطليقة كما حبلت لوجود الشرط
وانقضت عدتها بالولادة ولو كان جامعها بعد الحبل قبل ان تلد منه كان ذلك منه رجعة لان الواقع بهذا اللفظ كان رجعيا والوطي في العدة
من طلاق رجعي يكون رجعة فان حبلت مرة اخرى طلقت لانه عقد يمينه بكلمة كلما وكذلك الحكم في الثالث وان قال لها انت طالق ما لم تلدي فهي طالق
حين سكت لانه جعلها طالقا في وقت لا تلد فيه بعد اليمين وكما سكت فقد وجد ذلك الوقت وكذلك في قوله ما لم تحبلي وفي قوله ما لم تحيضي
الا ان يكون ذلك منها مع سكوته فحينئذ لا يقع • وهذا لان وقوع الطلاق يختص بزمان هو ما بعد كلامه وقد جعلها طالقا الى غاية وهو ان تحيض
او تحبل او تلد فاذا وجدت الغاية متصلا بسكوته فقد انعدم الزمان الذي وقع فيه الطلاق لان الشي لا يكون غاية لنفسه فلا تطلق فاما اذا لم يوجد
مع سكوته فقد وجد الزمان الذي وقع فيه الطلاق فتطلق ولو قال انت طالق ما لم تحبلي وهي حبلى وما لم تحيضي وهي حائض فهي طالق كما سكت
لان صفة كلامه حبل وحيض حادث يقال حبلت المراة وحاضت عند ابتداء ذلك ولم يوجد ذلك متصلا بسكوته فلهذا تطلق فان كان يعني
ما في بطنها من الحبل والحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى لان استدامة الحيض بخروج الدم ساعة فساعة وما يمر منها حادث من وجه فيجوز
ان يطلق عليه اسم ابتداء الحيض مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى فاما في الحبل فلا يدين في القضاء ولا فيما
بينه وبين الله تعالى لانه لا يتجدد الحبل في مدته ساعة فساعة فلا يكون لاستدامة اسم الابتداء لا حقيقة ولا مجازا • الا ترى انه قد حاضت عشرة ايام
ولا يقال حبلت تسعة اشهر انما يقال حبلت ووضعت لتسعة اشهر وان قال لامراته قد طلقتك قبل ان اتزوجك فهذا باطل لانه انما اثبت باقراره

كالثابت

كالثابت بالمعاينة ولانه اضاف الطلاق الى وقت لم يكن ما كا للايقاع عليها في ذلك الوقت فكان كلامه باقيا للوقوع عليها الا ان يثبتها
كما لو قال انت طالق قبل ان تلدي وتخلقي وقبل ان ولدا واخلق وكذلك لو قال طلقتك امس وانما تزوجها اليوم لانه اضاف الى وقت
كان ما لكا للايقاع في ذلك الوقت فكان كلامه معتبرا في الايقاع ثم انه وصفها بالطلاق في الحال مستندا الى امس وهو يملك الايقاع
في الحال ولكن لا يملك الاستناد فلهذا تطلق في الحال ولو قال طلقتك وانا صغير او قال وانا نائم لم يقع بهذا شي لانه اضاف الى حالة
معهودة بنا في صحة الايقاع فكان منكرا للايقاع لا مقرا به • ولو قال وانا مجنون فان عرف بالجنون قبل هذا لم تطلق لانه اضافه
الى حالة معهودة بناء في صحة الايقاع وان لم يعرف بالجنون طلقت لانه اقر بطلاقها واضافه الى حالة لم تعرف تلك الحالة منه فلا يعتبر
قوله في الاضافة فلهذا تطلق في الحال وان قال لها ان كنت قلت انت طالق ان كلمت فلانا وقالت هي قد طلقتني فالقول قول الزوج لان تعليق الطلاق
بالشرط يمين واليمين غير الطلاق • الا ترى انه لا يقع الطلاق بها ما لم يوجد الحنث فهي تدعي عليه ايقاع الطلاق والزوج منكر لذلك
فالقول قوله وان قال انت طالق ثلثا ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت احدهما قبل ان يطلقها لان الشرط قد جعل عدم ايقاع الطلاق عليها
شرطا ولا نتيقن بوجود هذا الشرط ما بقيا حيين فهو كقوله ان لم ات البصرة فانت طالق فان مات الزوج وقع عليها قبل موته بقليل
وليس لذلك القليل حد معروف ولكن قبل موته يتحقق عجزه عن ايقاع الطلاق عليها فيتحقق شرط الحنث فان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها
وان كان قد دخل بها فلها الميراث بحكم الفرار حين وقع الثلث بايقاعه قبل موته بلا فصل وان ماتت المراة وقع الطلاق ايضا
قبل موتها • وفي النوادر يقول لا يقع لانه قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير مسئلة
ان لم ات البصرة • ووجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبل موتها لانه يعقبه الوقوع كما لو
انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بايقاع الطلاق عليها • وان قال انت طالق متى لم اطلقك طلقت كما سكت لان متى
تستعمل للوقت فقد اضاف الطلاق الى وقت بعد يمينه لا يطلقها فيه وقد وجد ذلك الوقت كما سكت • وكذلك ان قال متى ما لم
واما اذا قال اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فان قال عنيت بذلك الشرط فهو بمنزلة ان لا يقع الطلاق حتى يموت احدهما وان قال
متى وقع الطلاق كما اذا سكت لان اذا تستعمل لكل واحد منهما واذا لم يكن له نية فعلى قول ابي حنيفة لا تطلق حتى يموت احدهما
وعند ابي يوسف ومحمد كما سكت يقع • واصل الخلاف بين اهل اللغة والنحو فالكوفيون منهم يقولون اذا قد تستعمل للوقت وقد تستعمل
للشرط على السواء فيجازى به مرة ولا يجازى به اخرى • واذا كان بمعنى الشرط سقط فيه معنى الوقت اصلا كحرف ان وهو مذهب
ابي حنيفة رح والبصريون يقولون اذا للوقت ولكن قد تستعمل للشرط مجازا ولا يسقط به معنى الوقت اذا اريد به الشرط بمنزلة متى وهو
ابي يوسف ومحمد رح فهما يقولان اذا تستعمل فيما هو كائن لا محالة وليس فيه معنى الخطر • قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء
ويقال الرطب اذا اشتد الحر والبرد اذا جاء الشتاء والشرط ما هو على خطر الوجود فعرفنا انه للوقت حقيقة فعند عدم النية يحمل اللفظ على حقيقته
الا ترى انه لو قال لامراته اذا شئت فانت طالق لم يخرج الامر من يدها بقيامها عن المجلس بمنزلة قوله متى شئت بخلاف قوله ان شئت
وابو حنيفة يقول اذا قد تكون للشرط حقيقة يقول الرجل اذا زرتني زرتك واذا اكرمتني اكرمتك • والمراد الشرط دل عليه قول القائل

استغن ما اغناك ربك بالغنى • واذا تصبك خصاصة فتجمل

معناه وان تصبك فعند عدم النية هنا ان حمل على معنى الشرط لم يقع الطلاق حتى يموت احدهما وان حمل بمعنى متى طلقت في الحال وقد عرفنا
ان الطلاق غير واقع فلا يوقعه بالشك ولهذا قلنا في مسئلة المشية لا يخرج الامر من يدها بقيامها عن المجلس لانا جعلنا اذا بمعنى الشرط يخرج الامر
من يدها وان جعلناها بمعنى متى لم يخرج من يدها وقد عرفنا كون الامر في يدها بيقين فلا يخرجه من يدها بالشك • وفي الكتاب قال الا ترى
انه لو قال اذا سكت عن طلاقك فانت طالق فطلقت كما سكت وهذا حجة فيه لانه لو قال ان سكت عن طلاقك تطلق كما سكت وان قال كلما لم اطلقك
فانت طالق وقد دخل بها ثم سكت فهي طالق ثلثا يتبع بعضها بعضا لانه اضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه بكلمة كلما وعقيب سكوته يوجد
ثلاثة اوقات بهذه الصفة بعضها على اثر البعض فتطلق ثلثا بطريق الاتباع ولا يقعن معا حتى اذا لم يكن دخل بها لا يقع الا واحدة وان قال متى لم اطلقك
فانت طالق ثلثا ثم قال موصولا بكلامه انت طالق واحدة فقد بر في يمينه استحسانا ولا يقع الا واحدة • وفي القياس تطلق ثلثا وهو قول زفر
لانه الى ان يفرغ من قوله انت طالق واحدة يوجد وقت موصوف بانه لم يطلقها فيه وان لطف وذلك يكفي شرطا للحنث ولكنه استحسن فقال البر
مراد الحالف ولا يتاتى له البر الا بعد ان يجعل هذا القدر مستثنى وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوا • واصل المسئلة فيما اذا حلف
ان ركبت هذه الدابة وهو راكبها فاخذ في النزول في الحال ولو سكت ساعة ثم قال انت طالق واحدة فقد طلقت ثلثا مثل قوله واحدة وهذا
لان السكوت فيما بين الكلامين يستطاع الامتناع منه وعلى هذا لو قال ان لم اقم من مقعدي هذا فانت طالق ان قام كما سكت لم تطلق استحسانا

ولو قال انت طالق حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق كما سكت وكذلك لو قال زمان لم اطلقك لانه عبارة عن الماضي وقد مضى حين لم يطلقها فيه
وكان الوقت المضاف اليه الطلاق موجودا كما سكت وكذلك لو قال زمان لم اطلقك او حيث لم اطلقك لان حيث عبارة عن المكان
وكم من مكان لم يطلقها فيه ٠ ولو قال حين لا اطلقك لا تطلق في الحال لان حرف لا للاستقبال وان نوى بحين وقتا يسيرا او طويلا
تعمل نيته وان لم يكن له نية فهو على ستة اشهر فما لم تمض ستة اشهر بعد يمينه لا تطلق لان حين يستعمل بمعنى ساعة ٠ قال الله تعالى
حين تمسون وحين تصبحون اي وقت الصباح والمساء ويستعمل بمعنى قيام الساعة ٠ قال الله تعالى تمتعوا حتى حين ويستعمل بمعنى
اربعين سنة ٠ قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر ويستعمل بمعنى ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين فاذا نوى شيئا
كان المنوي من محتملات لفظه وان لم ينو كان على ستة اشهر هكذا قال ابن عباس رضي الله عنه حين سئل عمن حلف لا يكلم فلانا حينا قال هو على ستة اشهر
فان النخلة يدرك ثمرها في ستة اشهر ٠ وقال تعالى تؤتي اكلها كل حين ولانه متى اراد به ساعة لا يستعمل فيه لفظ الحين عادة ومتى
اراد اربعين سنة او قيام الساعة استعمل فيه لفظ الابد فتعين ستة اشهر من الثانية وكذلك لو قال زمان لا اطلقك
لان لفظة حين وزمان يستعملان استعمالا واحدا يقول الرجل لغيره لم القك منذ حين ولم القك منذ زمان ولو قال يوم لا اطلقك
فاذا مضى بعد يمينه يوم لا يطلقها فيه طلقت حتى اذا قال هذا قبل طلوع الفجر فكما غربت الشمس تطلق لان اليوم من طلوع الفجر
الى غروب الشمس حتى يتقدر الصوم بالامساك فيه ٠ قال واذا قال يوم ادخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له فدخلها ليلا
او نهارا يحنث هذا الوعيد الرجل يقول انتظر يوم فلان اي وقت اقباله وادباره فاذا قرن بما لا يختص باحد الوقتين ولا يكون
ممتدا كان بمعنى الوقت كالطلاق واذا قرن بما يختص باحد الوقتين كالصوم كان بمعنى بياض النهار وكذلك اذا قرن بما يكون ممتدا كقوله
لامرأته امرك بيدك يوم يقدم فلان على ما نبينه وان قال عنيت في الطلاق النهار دون الليل فهو مصدق في القضاء لانه نوى
حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة فيجب تصديقه في ذلك وان قال ليلة ادخلها فهي طالق فدخلها نهارا لم تطلق لان الليل اسم خاص
لسواد الليل وهو ضد النهار ولا يصح ان ينوي بالشيء ضده وان قال انت طالق الى حين او الى زمان او الى قريب فان نوى شيئا
فهو على ما نوى من الاجل لان الدنيا كلها قريب فالمنوي من محتملات لفظه وان لم يكن له نية ففي الحين والزمان هي الى ستة اشهر ٥
وفي القريب الى مضي ما دون الشهر حتى اذا مضى من وقت يمينه شهر الا يوم طلقت لان القريب عاجل والشهر فما فوقه اجل وما دون الشهر
عاجل حتى اذا حلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه والعاجل ما يكون قريبا ٠ ولو قال انت طالق الى شهر
فان نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ويلغى قوله الى شهر لان الواقع من الطلاق لا يحتمل الاجل وان لم ينو ذلك لم تطلق الا بعد
مضي شهر عندنا ٠ وقال زفر تطلق في الحال وهو رواية عن ابي يوسف لان قوله الى شهر لبيان الاجل والاجل في الشيء لا ينفي ثبوت اصله
بل لا يكون الا بعد اصله كالاجل في الدين لا يكون الا بعد وجوب الدين فكذلك اذا ذكر الاجل هنا فيما اوقعه لا ينفي الوقوع في الحال
ولكن يلغو الاجل لان الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك واصحابنا رحمهم الله يقولون الواقع لا يحتمل الاجل ولكن الايقاع يحتمل ذلك
لان عمله في التاخير والايقاع يحتمل التاخير فلو جعلنا حرف الى داخلا على اصل الايقاع كان عاملا في تاخير الوقوع ولو جعلنا
داخلا على الحكم كان لغوا وكلام العاقل مهما امكن تصحيحه لا يجوز الغاؤه فجعلناه داخلا على الايقاع وقلنا بتاخير الوقوع الى ما بعد الشهر
كانه قال انت طالق بعد مضي شهر ولو قال انت طالق غدا تطلق كما طلع الفجر من الغد لوجود الوقت المضاف اليه وان قال عنيت به اخر النهار
لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في لفظ العموم فانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وانما يكون ذلك
اذا وقعت في اول جزء منه فاذا نوى الوقوع في اخر جزء من الغد فنيته التخصيص في العموم صحيح فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال
لا اكل الطعام ونوى طعاما دون طعام وان قال انت طالق في غد طلقت كما طلع الفجر ايضا فان قال عنيت اخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة
ولم يصدق عندهما ذكر الخلاف في الجامع الصغير فهما سويا بين قوله غدا وبين قوله في غد لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فاذا ذكر
جزءا خاصا منه كان هذا نية التخصيص في لفظ العموم وابو حنيفة يفرق بينهما فيقول حرف في للظروف والظرف قد يشغل جميعه
وقد يشغل جزءا منه لانه اذا قيل في الجوالق حنطة لا يفهم منه ان يكون مملوءا من الحنطة فاذا ذكر بين الوصف والوقت حرف الظرف كان كلاما
محتملا بين ان تكون موصوفة بالطلاق في جميع الغد او في جزء منه والنية في الكلام المحتمل صحيح في القضاء والوقت انما يكون ظرفا للطلاق
على ان يكون فاعليه لا ان يكون شاغلا له والوقوع يكون في جزء من الوقت فكان هذا اقرب الى حقيقة معنى الظرف ٠ فاذا قال غدا
فلم يدخل بين الوصف والوقت حرف الظرف فكان حقيقة الوصف هنا فلهذا لا تعمل نيته في التخصيص في القضاء ٠ ولو قال انت طالق
في رمضان ولا نية له فهي طالق حين تغيب الشمس من اخر يوم من شعبان لانه كما رأوا الهلال فقد وجد جزء من رمضان فيكفي للوقوع

ولو قال

ولو قال نويت اخر رمضان فهو على الخلاف الذي بينا وان قال انت طالق اليوم غدا فهي طالق اليوم لانه ذكر وقتين بغير عطف احدهما
على الاخر وفي مثله الوقوع في اول الوقتين ذكرا وهو اليوم ولو قال غدا اليوم طلقت غدا وهذا لان قوله انت طالق اليوم تنجيز
وقوله غدا اضافة الى وقت منتظر والمنجز لا يحتمل الاضافة فكان قوله غدا لغوا واذا قال ولا غدا كان هذا اضافة الطلاق الى وقت منتظر
فلو تنجز بذكر اليوم لم يبق مضافا ٠ وقوله اليوم ليس بناسخ للحكم اول الكلام فكان لغوا وان قال اليوم وغدا طلقت للحال واحدة
لا تطلق غيرها لان العطف للاشتراك فقد وصفها بالطلاق في الوقتين وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعا
وان قال غدا واليوم تطلق واحدة اليوم عندنا والاخرى غدا لانه عطف الجملة الناقصة على الجملة الكاملة فالخبر المذكور في الجملة
الكاملة يصير معادا في الجملة الناقصة فان العطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فكانه قال وانت طالق اليوم ٥
وعن زفر رحمه الله انها لا تطلق الا واحدة لان صيغة كلامه وصف وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بانها طالق في الوقتين جميعا ولو قال
انت طالق الساعة غدا طلقت للحال وكان قوله غدا حشوا لما قلنا فان قال عنيت تلك الساعة من الغد لم يصدق في القضاء
لان ظاهر كلامه تنجيز وهو يريد تعليقه صرف الكلام عن ظاهره فلا يدين في القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال الكلام
المنوي وان كان بخلاف الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره ٠ وان قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر
لان قوله اذا جاء غد تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيزا كما لو قال انت طالق اليوم اذا كلمت فلانا
وان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام ويتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع بخلاف قوله غدا فان هناك
ليس بذكر الشرط معنى قوله بيانا لوقت الوقوع وان قال انت طالق رمضان سنوا كانت طالقا اول ليلة من رمضان لانه اضاف الطلاق الى
فيقع عند اول الوقتين ذكرا وان قال انت طالق في رمضان فهو على اول رمضان لانه هو الظاهر المعلوم بالعادة من كلامه كما لو ذكر الاجل
في اليمين الى رمضان فان قال عنيت الثاني لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ولانه نوى تخصيص العموم لان موجب كلامه ان تكون
موصوفة بالطلاق في كل رمضان حتى اذا عنى البعض دون البعض كان هذا تخصيص العموم وتخصيص العموم بالنية صحيح فيما بينه وبين الله تعالى
دون القضاء ٠ وان قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال لانه وصفها بالطلاق في مكان موجود والطلاق لا يختص بمكان دون مكان
ولكن اذا وقع عليها في مكان تتصف به في الاماكن كلها فان قال عنيت به اذا اتيت مكة لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه ذكر المكان وعبر به عن الفعل الموجود فيه وذلك نوع من المجاز مخالف للحقيقة والظاهر فلا يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله
تعالى وكذلك قوله انت طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت لان وصفه اياها بالطلاق في مكان موجود لا يختص بثوب دون ثوب
فان قال عنيت به اذا لبست ذلك الثوب دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه جعل ذكر الثوب كناية عن فعل اللبس فيه وهو نوع من المجاز
وكذلك قوله في الدار او في البيت او في الظل او في الشمس وان قال في ذهابك الى مكة او في دخولك الدار او في لبسك ثوب كذا
لم تطلق حتى تفعل ذلك لان حرف في للظرف والفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على معنى الشرط لان الظرف
يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق الجزاء ويجعل حرف في بمعنى مع قال الله فادخلي في عبادي اي مع عبادي ويقال دخل الامير ٥
البلد في جنده اي معهم ولو قال انت طالق مع دخولك الدار لم تطلق حتى تدخل فهذا مثله بخلاف قوله في الدار لانه لو قال
مع الدار طلقت لانه قرن الطلاق بما هو موجود ولو قال انت طالق وانت تصلين طلقت للحال لان قوله وانت تصلين ابتداء فان قال
عنيت اذا صليت لم يصدق في القضاء لان الشرط لا يعطف على الجزاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يذكر
بمعنى الحال يقول دخلت على فلان وهو يفعل كذا اي في تلك الحالة فيكون معنى هذا انت طالق في حال اشتغالك بالصلوة
فدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال لفظه ما نوى وكذلك لو قال انت طالق مصلية في القضاء تطلق في الحال وان قال عنيت
اذا صليت دين فيما بينه وبين الله تعالى فان قال مصلية بالنصب حينئذ يدين في القضاء ايضا وهو نصب على الحال
وهذا ظاهر عند اهل النحو ٠ وكذلك قوله انت طالق مريضة او وجعة ان قال عنيت اذا مرضت صدق في القضاء عند اهل النحو
وكذلك قوله انت طالق وهو نصب على الحال وعند الفقهاء يدين فيما بينه وبين الله تعالى ٠ ولو قال انت طالق في مرضك
او في وجعك او في صلوتك لم تطلق حتى يكون منها ذلك الفعل اما لان حرف في بمعنى مع او لان المرض والوجع لما لم يصلح ظرفا
حمل على معنى الشرط مجازا لتصحيح كلام العاقل واذا قال انت طالق قبل قدوم فلان بشهر فقدم فلان قبل تمام الشهر لم تطلق
لانه اضاف الطلاق الى وقت منتظر وهو الشهر المتصل باخره قدوم فلان فبان عدم وجود هذا الوقت بعد اليمين ولم يوجد
وكذلك لو قال انت طالق قبل موت فلان بشهر فمات فلان قبل تمام الشهر لم تطلق بخلاف ما لو قال لها في النصف من شعبان

انت طالق قبل رمضان بشهر تطلق في الحال لانه اضاف الطلاق الى وقت متصف بمضيه فيكون ذلك تنجيزا منه كقوله انت طالق امس
فاما اذا قدم فلان او مات لتمام الشهر فعلى قول زفر رح في الفصلين جميعا يقع الطلاق من اول الشهر حتى تعتبر العدة من ذلك الوقت
ولو كان وطئها في الشهر صار مراجعا في الطلاق الرجعي وفي البائن يلزمه مهرها بالوطء وعند ابي يوسف ومحمد يقع الطلاق مقصورا
على حالة القدوم والموت حتى تعتبر العدة من ذلك الوقت في الحال ولا يصير مراجعا بالوطء في الشهر ولا يلزمه به مهر وقال ابو حنيفة
في القدوم الجواب كما قالا وفي الموت الجواب كما قال زفر ووجه قول زفر رح ان وقوع الطلاق بايقاعه انما يقع في الوقت
الذي اوقعه وانما اوقعه في اول شهر يتصل باخره قدوم فلان وموته في ذلك الوقت وقد وجد ذلك الوقت بعد اليمين ولكن
لم يكن معلوما لنا ما لم يوجد القدوم والموت فاذا صار معلوما لنا تبين انه كان واقعا كما لو قال لها اذا حضت فانت طالق
فرات الدم لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يستمر بها ثلثة ايام ثم يتبين انه كان واقعا عند رؤية الدم وكذلك اذا قال
ان كان في بطنك غلام فانت طالق لا يحكم بالوقوع حتى اذا ولدت غلاما تبين ان الطلاق كان واقعا والدليل انه لو وقع
عند مضي الشهر بعد القدوم او الموت لا يقع الا في ذلك الوقت فكذلك اذا وقع قبله بشهر ولو قال لاجنبية انت طالق قبل
ان اتزوجك بشهر ثم تزوجها بعد شهر لم تطلق ولو انتصب التزوج شرطا وكان اوان الوقوع بعده لطلقت وابو يوسف ومحمد
وقوع الطلاق توقف بكلامه على وجود القدوم والموت وانما توقف على وجود الشرط فعرفنا انه شرط معنى والجزاء يتاخر عن الشرط
ثم هذا في القدوم واضح لانه على خطر الوجود وفي الشرط معنى الخطر والموت وان كان كائنا لا محالة لكن مضي الشهر بعد كلامه
قبل الموت لم يكن كائنا عند يمينه لا محالة ولهذا قال لو مات قبل تمام الشهر لم تطلق ولان الموت قد يتقدم وقد يتاخر
فكل شهر يمضي بعد يمينه لا يعلم انه الوقت المضاف اليه الطلاق فما لم يتصل الموت باخره لجواز ان يتاخر عنه كما في القدوم لا يعلم
ذلك لجواز ان لا يتقدم اصلا وكان في معنى الشرط ايضا بخلاف قوله انت طالق قبل ان اتزوجك بشهر فان الاضافة هنا لغو اصلا
لانه ضرب الطلاق في الوقت الذي اضاف اليه واعتبار معنى الشرط بعد صحة الاضافة وفي مسئلة الحيض الشرط يوجد برؤية
قطرة من الدم ولكن لا يحكم بالطلاق لجواز ان ينقطع قبل تمام الثلث فلم يكن وقوع الطلاق هنا موقوفا على وجود امر منتظر وكذا
لا يحكم به قبل الولادة لعدم علمنا به فلم يكن في معنى الشرط والفرق لابي حنيفة ما اشار اليه في الكتاب فقال ان موت فلان حتم كائن
وقدومه لا يدري ايكون او لا يكون وتقريره من وجهين احدهما ان الشيء انما يتصف بكونه شرطا بذكر حرف الشرط فيه او وجود معنى الشرط
في مسئلة القدوم لان وجوده على خطر ومما يصح الامر به والنهي عنه وهذا معنى الشرط فان الحالف يقصد بيمينه منع الشرط
فاذا توقف وقوع الطلاق على وجوده وفيه معنى الشرط انتصب شرطا فاما الموت فلا خطر في وجوده بل كائن لا محالة ولا يصح
الامر به والنهي عنه فلم يكن قصده بهذا الكلام منع الموت فاذا لم يكن فيه معنى الشرط كان معرفا للوقت المضاف اليه فانما يقع الطلاق
من اول ذلك الوقت كما في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر يقع في اول شعبان الا ان هناك الوقت يصير معلوما قبل دخول رمضان
وهنا يصير معلوما ما لم يمت فاذا صار معلوما لنا تبين ان الطلاق كان واقعا من اوله والثاني انه اوقع الطلاق في اول شهر
يتصل اخره قدوم فلان وموته وفي مسئلة القدوم هذا الاتصال لا يكون الا بعد القدوم لجواز ان لا يقدم اصلا وبدون
هذا الاتصال لا يقع الطلاق اصلا اما في مسئلة هذا الاتصال ثابت قبل الموت لان الموت كائن نعلم يقينا ان في الشهور
التي تاتي شهر موصوف بهذه الصفة ولكن لا ندري اي شهر ذلك فلا نحكم بالطلاق ما لم يصر معلوما لنا فاذا صار معلوما تبين انه
كان واقعا من اول ذلك الوقت وتقريره ان في المسئلة الموت الوقت المضاف اليه يصير معلوما قبل حقيقة الموت لانه لما اشرف
على الهلاك صار الوقت المضاف اليه معلوما ولم يوجد حقيقة القدوم لجواز ان لا يقدم فلهذا تاخر الطلاق عنه وان قال لها
انت طالق ثلثا قبل موتك بشهر فماتت قبل مضي الشهر لم تطلق لانه لم يوجد الوقت المضاف اليه بعد اليمين فان ماتت بعد تمام الشهر
فعند ابي يوسف ومحمد رح لا يقع الطلاق لانه لو وقع وقع بعد موتها والطلاق لا يقع عليها بعد الموت وعند ابي حنيفة يقع من اول الشهر
فلا ميراث له منها وان كان جامعها في الشهر فعليه مهر اخر لانه تبين انه جامعها بعد وقوع التطليقات الثلث عليها وكذلك
لو قتلت وعرف هذا موتها ان كان بسبب مخصوص وكذلك لو قال انت طالق ثلثا قبل موتي بشهر ثم مات لتمام الشهر عندهما لا تطلق
لانه لو وقع وقع بعد موته وعند ابي حنيفة يتبين وقوع الطلاق من اول الشهر حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت فلا ميراث لها منه
وعليها العدة من ثلاث حيض وان قال انت طالق قبل الاضحى بتسعة ايام فهي طالق حين ينسلخ ذو القعدة لعلمنا بوجود الوقت المضاف اليه
الطلاق وان قال انت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات احدهما قبل تمام الشهر لم تطلق لان الوقت المضاف اليه بعد يمينه

لم يوجد

لم يوجد وان مات احدهما بعد تمام الشهر طلقت عند ابي حنيفة رح مستندا الى اول الشهر وعندهما طلقت في الحال
بخلاف ما لو قال لها انت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر فقدم احدهما بعد تمام الشهر لم تطلق حتى يقدم الاخر وبهذا يتضح
فرق ابي حنيفة ان القدوم ينتصب شرطا والموت لا ينتصب ووجه الفرق انه اوقع الطلاق في وقت موصوف
بانه قبل قدومهما بشهر وذلك لا يصير معلوما بقدوم احدهما لجواز ان لا يقدم الاخر اصلا فاما في الموت يصير ذلك الوقت
معلوما بموت احدهما لان موت الاخر كائن لا محالة وقد طعن مشايخنا رح في هذا وقالوا ينبغي ان لا يقع الطلاق بموت احدهما
فان الوقت انما يصير موصوفا بانه قبل موتهما بشهر اذا ماتا معا فاما اذا مات احدهما وبقي الاخر زمانا فاول هذا الشهر موصوف
بانه قبل موت احدهما بشهر وقبل موت الاخر بسنة ولكنا نقول موتهما معا نادر والظاهر ان المتكلم لا يقصد ذلك واذا مات
احدهما بعد تمام الشهر فاول هذا الشهر موصوف بانه قبل موتهما بشهر في عرف اللسان كما يقال رمضان قبل الفطر والاضحى صح
بشهر وان كان قبل الاضحى بثلاثة اشهر واكثر قال ولو قال انت طالق الساعة ان كان في علم الله تعالى ان فلانا يقدم الى شهر فقدم
فلان لتمام الشهر طلقت بعد القدوم وهو قولهما على ابي حنيفة لان علم الله تعالى محيط بالاشياء كلها كما ان الموت كائن لا محالة
ولكنا نقول معنى هذا الكلام ان قدم فلان الى شهر لان علم الله تعالى لا طريق للحالف الى معرفته وانما تبنى الاحكام على ما يكون لنا
طريق الى معرفته وكانه قال ان قدم فلان الى شهر فلهذا تاخر الوقوع الى القدوم ولو قال لامرأتيه اطولكما حياة طالق الساعة
لم يقع الطلاق حتى يموت احدهما لان المراد طول الحيوة في المستقبل لا في الماضي حتى اذا كانت احداهما بنت عشرين سنة لم تطلق
فعرفنا ان طول الحيوة في المستقبل مراد وذلك غير معلوم لجواز ان يموتا معا فان ماتت احداهما طلقت الاخرى في الحال عندنا وعند زفر
طلقت من حين تكلم الزوج لانه تبين انها كانت اطولهما حيوة وان الزوج علق الطلاق بشرط موجود ولكنا نقول معنى كلام الزوج التي
تبقى منكما بعد موت الاخرى طالق وذلك غير معلوم قبل موت احدهما بل هو على خطر الوجود لجواز ان يموتا معا فلهذا انتصب شرطا
قال ولو قال يا زينب فاجابته عمرة فقال انت طالق ثلثا طلقت التي اجابته لانه اتبع الايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيبة وان قال
اردت زينب قلنا تطلق زينب بقصده ولكنه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره فتطلق عمرة ايضا بالظاهر كما لو قال زينب وله امرأة
معروفة بهذا الاسم تطلق فان قال لي امرأة اخرى بهذا الاسم تزوجتها سرا واياها عنيت قلنا تطلق تلك بنيته والمعروفة
بالظاهر ولو قال يا زينب انت طالق ولم يجبه احد طلقت زينب لانه اتبع الايقاع النداء فيكون مخاطبا للمنادى وهي زينب
وان قال يا زينب لامرأته يشير اليها انت طالق فاذا هي عمرة طلقت عمرة ان كانت امرأته وان لم تكن امرأته لم تطلق زينب لان التعريف
بالاشارة ابلغ من التعريف بالاسم فان التعريف بالاشارة يقطع الشركة من كل وجه وبالاسم لا فكان هذا اقوى ولا يظهر الضعيف
في مقابلة القوي فكان هذا اقوى ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فكان هو مخاطبا بالايقاع لمن اشار اليها خاصة وان قال يا زينب انت
طالق ولم يشر الى شيء فهي امرأة شخصا يظنها زينب وهي غيرها طلقت زينب في القضاء لانه بنى الايقاع على التعريف بالاسم
فانما يقع على المسماة ولا معتبر بظنه لان التعريف لا يحصل به في الظاهر والقاضي مامور باتباع الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى
لا تطلق هي ولا الاخرى لانه عناها بقلبه والله تعالى مطلع على ما في ضميره فيمتنع ذلك الايقاع على زينب التي لم يعنها بقلبه وعلى التي
عناها بقلبه لانه لم يخاطبها بلسانه حين اتبع الخطاب النداء وان قال انت طالق هكذا واشار باصبع واحدة فهي طالق واحدة
وان اشار باصبعين فهي طالق ثنتين وان اشار بثلثة اصابع فهي طالق ثلثا لان الاشارة بالاصابع بمنزلة التصريح بالعدد بدليل قوله عم
الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في الثالثة فيكون ذلك بيانا ان الشهر تسعة وعشرون يوما ثم الاصل في هذه الاشارة ان
انها تقع بالاصابع المنشورة لا بالاصابع المعقودة والعرف دليل عليه وكذلك الشرع فان النبي عم لما خنس ابهامه في الثالثة
كان الاعتبار بما نشر من الاصابع دون ما عقد حتى لو قال عنيت الاشارة بالاصبعين اللتين عقدت لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه
وبين الله تعالى لكونه محتملا ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر فتطلق ثلثا وبعض المتاخرين يقولون ان جعل ظهر الكف اليها والاصابع
المنشورة الى نفسه دين في القضاء وان جعل الاصابع المنشورة اليها لم يدين في القضاء واذا اشار باصابعه فقال انت ولم يقل هكذا
فهي واحدة لان كلمة لا تبطل باشارته الا بقوله هكذا فاذا لم يقل كان وجود الاشارة كعدمها فتطلق واحدة بقوله انت طالق وان قال
انت طالق وهو يريد ان يقول ثلثا فامسك رجل على فيه فلم يقل شيئا بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة لانا لو وقع بلفظه لا بقصده وهو ما يلفظ
الا بقوله انت طالق وكذلك لو مات الرجل بعد قوله انت طالق قبل قوله ثلثا فهي طالق واحدة بخلاف ما اذا ماتت المرأة بعد قوله انت طالق
قبل قوله ثلثا فانها لا تطلق شيئا لان الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فمتى قوله انت طالق ولو قال انت طالق فماتت المرأة

قبل ذكر الثانية طلقت واحدة لما قلنا ان الكلام هنا ايقاع عامل في الوقوع فانما يقع ما صادفها وهي جنبية دون ما صادفها بعد الموت
وان قال لها انت طالق وانت طالق ان دخلت الدار فماتت قبل فراغه من الكلام لم يقع عليها شي لان الكلام المعطوف بعضه على بعض
اذا اتصل الشرط باخره يخرج من ان يكون ايقاعا كما اذا اتصل الاستثناء به وقد تحقق اتصال الشرط بالكلام بعد موتها
وان قال لاحدى امراتي طالق ثلثا ولا نية له فذلك اليه يوقعها على ايتهما شاء فان ايجاب الطلاق في المجهول يصح فيما يحتمل ما يقوله علماء القيا
وحجتنا عليهم الحديث كل طلاق جائز ٭ ثم الاصل ان الايجاب في المجهول يصح فيما يحتمل التعليق بالشرط لانه كالمعلق بخطر البيان في حق العين
ولان ما هو مبني على الضيق وهو البيع يصح ايجابه في المجهول اذا كان لا يؤدي الى المنازعة وهو اذا باع قفيزا من صبرة فما يكون مبنيا
على السعة لان يصح ايجابه في المجهول لكان اولى وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة هنا لان الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالايقاع
فان قال اردت هذه حين تكلمت فالقول قوله لانه ما لك الايقاع عليها فيصح بيانه ايضا وما في ضميره لا يوقف عليه الا من جهته
فيقبل قوله فيه وان قال ما نويت واحدة بعينها يقال له اوقع الان على ايتهما شئت لان الايقاع الاول كان على منكر واحكام الطلاق
يتقرر في المنكر فلا بد من تعيينه فلهذا يقال له اوقع على ايتهما شئت لان الابقاع وان ماتت احديهما قبل ان تبين طلقت الباقية لانه
انما كان لا يتعين قبل الموت في احداهما المزاحمة الاخرى معها وقد زالت بالموت فان التي ماتت خرجت من ان تكون محلا للطلاق وتعيين الطلا
المبهم في حق العين كابتداء الايقاع فاذا اخرجت احداهما من ان تكون محلا له تعينت الاخرى وان قال عنيت الميتة حين تكلمت صدق في حق
حتى يبطل ميراثه عنها ولا يصدق في ابطال الطلاق على الحية لان الطلاق تعين فيها شرعا فلا يعمل النص في الطلاق عنها بقوله قال
وان كان له اربع نسوة فطلقت احديهن فمات الزوج التي طلقت طالق ثلثا ثم لم يعلم ايتهن هي وقد علم الزوج انها كانت احديهن فليس له
ان يقرب واحدة منهن حتى يعلم المطلقة منهن لان الوقوع هنا على المعينة ابتداء فتثبت به الحرمة ولا طريق له الى التحري في هذا الباب
لان التحري انما يجوز فيما يحل تناوله بالضرورة وذلك لا يوجد في الفرج وليس له البيان بالايقاع ابتداء لان الايقاع على المعينة
قد تم بخلاف الاولى لان الابهام ليس من جهته بل باختلاط المطلقة بغيرها بخلاف الاولى فان الابهام هنا كان منه فكان البيان اليه
ولكن ينبغي له فيما بينه وبين الله تعالى ان يطلق كل واحدة منهن واحدة ويتركهن حتى يتزوج ولا يتزوج منهن شيا حتى يعلم ايتهن صاحبة
الثلث لان الاخذ بالاحتياط في باب الفرج واجب شرعا والاحتياط في هذا ٭ قال فان تزوج واحدة منهن قبل ان يعلم ايتهن صاحبة
تخاصمنه في الطلاق ويحلف لها لانها تزعم انها المطلقة ثلثا والزوج منكر لذلك ولو كانت الخصومة منها قبل ان يطلقها كان يحلف لها
فكذلك بعده فان حلف امسكها لانا عرفنا ها في الاصل غير مطلقة ثلثا فحين حلف بقي الامر في الحكم على ما كان نعلمه لنا قبل هذا وكذلك
ان تزوج ثنتين وثلثا فان لم تعلم وتزوجن بازواج غيره ودخلن بهن ازواجهن ثم فارقوهن نكح ايتهن شا لانا تيقنا ان المطلقة ثلثا
قد حلت له باصابة الزوج الثاني فكان له ان ينكحهن وينكح من شاء منهن وان ادعت كل واحدة منهن انها المطلقة ولا بينة لها وجحد
الزوج يحلف لكل واحدة منهما بالله تعالى ما هي المطلقة ثلثا لان كل واحدة منهما تدعي عليه ما لو اقر به لزمه فان حلف لهن جميعا بقي الامر
على ما كان لانا تيقنا بحارقه في هذه الايمان فان المطلقة فيهن وباليمين الكاذبة لا يرتفع الحرمة ٭ وعن محمد رح انه قال اذا حلف
لثلاث منهن تعينت الطلاق للرابعة ولا يحلف لها وان ابى ان يحلف لهن فرق بينه وبينهن بثلاث تطليقات لان نكوله في حق كل واحدة
بمنزلة اقراره انها المطلقة ثلثا ٭ واذا قال لنسوة لهن ايتكن اكلت من هذا الطعام فهي طالق فاكلنه طلقن جميعا لان كلمة اي تتناول
كل واحدة من المخاطبين على الانفراد ٭ قال الله تعالى ليبلوكم ايكم احسن عملا وقال ايكم يأتيني بعرشها قبل ان يأتوني مسلمين ومن
للتبعيض فصار معلقا طلاق كل واحدة منهن بتناولها شيا من الطعام وقد وجد في حقهن جميعا وكذلك لو قال ايتكن دخلت الدار فهي طالق
لوجود الشرط من كل واحدة منهن وان بشره واحدة بعد اخرى طلقت الاولى وحدها لانها هي المبشرة فان البشارة اسم لخبر صدق
غاب عن المخبر علمه ٭ وفي الحقيقة كل خبر غاب عن المخبر علمه اذا كان صدقا فهو بشارة ٭ قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم وانما سمي هذا
بشارة لتغير بشرة الوجه عند سماعه الا انه اذا كان خبرا يتغير الى الصفرة وان كان سارا الى الحمرة ولكن في العرف انما يطلق هذا الاسم
على الخبر السار وانما يوجد هذا في الاولى لانها اخبرته بما غاب عنه علمه فاما الثانية اخبرته بما كان معلوما له فكانت مخبرة لا مبشرة الا ترى
ان النبي عم لما قال من اراد ان يقرا القران غضا طريا كما انزل فليقرا على قراءة ابن ام عبد فاستبق ابو بكر وعمر رض ليخبراه فسبق ابو بكر رض
فكان ابن مسعود يقول بعد ذلك بشرني به ابو بكر رض واخبرني عمر قال رجل قال لامراته انت طالق ملا الدار او ملا الحب فان نوى
ثلثا فثلث والا فهي واحدة باينة لان الشي يملا الوعا لعظمه في نفسه تارة ولكثرة عدده اخرى فاذا نوى الثلث علمنا انه اراد به كثرة العدد
فكانه قال انت طالق كثيرا لعدد وان نوى واحدة فهي واحدة باينة لانه انما اراد به الوصف بعظم التطليقة وذلك يستند حكمها وكذلك

انه لم يكن له نية لان وقوع الواحدة متيقن وفيما زاد عليه شك وان نوى ثنتين فهي واحدة بملا الدار فهي واحدة باينة ولا يسع نية الثلث
لانه صرح بالواحدة فيبقى معنى الوصف بالعظم فتكون باينة ٭ وعن ابي يوسف انها تكون رجعية لانه وصف الطلاق بما لا يوصف
به فكان لاغيا في وصفه كما لو قال تطليقة تصح او كان هذا الوصف لغوا ثم المذهب عند ابي يوسف انه متى صرح بلفظ العظم يكون
الواقع باينا سواء شبهها بعظم او صغير حتى لو قال عظم الجبل وعظم راس الابرة او الخردلة تكون باينة وان لم يصف بالعظم
ولكن قال مثل الجبل ومثل راس الابرة تكون رجعية ٭ وعند ابي حنيفة ومحمد تكون باينا وقال زفر اذا شبه التطليقة بما يكون
عند الناس كالجبل تقع باينة واذا شبهها بما يكون حقيرا كالخردلة تكون رجعية واذا قال انت طالق واحدة او عظيمة او كبيرة او
او طويلة او عريضة فوصفها بشي يتشدد ها به فهي باينة في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لما بينا ان مراده معنى الشدة عليه
في حكمها وذلك في الباين لانه لا ينفرد بالتدارك بخلاف الرجعي وان قال انت طالق الى الصين فهي واحدة رجعية لانه لم يصفها
انما مدها الى مكان والطلاق لا يحتمل ذلك نفسه ولا حكمه ولانه بهذا اللفظ يصير حكم الطلاق لانها اذا وقعت تكون واقعة
في المشرق والمغرب ولا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة ولو قال انت طالق الى الشتا فهي طالق واحدة رجعية بعد الاجل كما في قوله
الى شهر وكذلك لو قال الى الصيف ومعرفته دخول الشتاء بلبس اكثر الناس الفرو والثوب المحشو في ذلك الموضع ودخول الصيف
بالقاء اكثر الناس ذلك حتى يتعجب ممن يرى عليه ذلك والربيع في اخر الشتاء قبل دخول الصيف اذا كان الناس بين لابس للمحشو وغيره
لا يعيب بعضهم على بعض وكذلك الخريف في اخر الصيف قبل الشتاء بهذه الصفة وقبل الربيع اذا نبت العشب والصيف اذا احترق
العشب وجف والخريف اذا اخذ الناس اهب الشتاء ٭ والشتا اذا اشتد البرد في كل موضع قال ولو قال انت طالق واحدة لا بل ثنتين
فهي طالق ثلثا ان كان دخل بها لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول والرجوع عن الاول وهو لا يملك الرجوع
عما وقعه ولكنه يتمكن من ايقاع اخريين اذا كان قد دخل بها فتطلق ثلثا لهذا وان لم يكن دخل بها فهي واحدة لانها بانت بالاولى لا الى عدة
فلا يقدر على الرجوع عنه ولا على اقامة الثنتين مقامها بايقاعه لانها ليست بمحل فلغى اخر كلامه ٭ وان قال لها قبل الدخول بها نويت
بالثنتين تلك الواحدة واخرى معها لم يدين في القضاء لان الثنتين غير الواحدة من حيث الظاهر ولان كلامه ايقاع مبتدا فيما نص عليه
ولكن فيما بينه وبين الله تعالى هو مدين لانه قال محتمل ٭ قال وان قال كنت طلقتك امس واحدة لا بل ثنتين فهي طالق ثنتين استحسانا
وفي القياس تطلق ثلثا وهو قول زفر كما في الايقاع لان الثنتين غير الواحدة فرجوعه عن الاقرار بالواحدة باطل واقراره بالثنتين صحيح
وفي الاستحسان نقول الاقرار اخبار وهو مما يتكرر بخلاف الايقاع والعادة الظاهرة ان في الاخبار بهذا اللفظ يراد تدارك الغلط
باثبات الزيادة على العدد الاول مع اعادته فان الرجل يقول حججت حجة لا بل حجتين فهم من هذا الاخبار بحجتين واذا قال سني ستون
سنة لا بل سبعون يفهم من هذا الاخبار بحجتين لا غير ٭ ومطلق الكلام محمول على المتعارف فلهذا تطلق ثنتين وان قال فلانة طالق لا بل فلانة
طلقتا لانه ذكر الثانية ولم يذكر لها خبرا فيكون خبر الاول خبرا لها فكانه قال لا بل فلانة طالق وكذلك لو قال فلانة طالق ثلثا لا بل فلانة
تطلق كل واحدة ثلثا وان قال فلانة طالق ثلثا لا بل فلانة طالق فطلقت الاولى ثلثا والثانية واحدة لانه ذكر للثانية خبرا فوقع الاستغنا
بذلك عن جعل الخبر الاول خبرا لها ٭ وان قال فلانة طالق او فلانة طلقت احديهما لان موجبه واذا دخل بين اسمين اثبات احد المذكورين
بيانه في اية الكفارة فكانه قال احديهما طالق ومن يقول ان حرف التشكيك فهو مخطي في ذلك لان التشكيك لا يكون مقصودا بالوضع
حرف ٭ ولكن حقيقة ما بينا ان موجبه اثبات احد المذكورين وكذلك لو قال انت طالق واحدة او ثنتين فالخيار اليه لانه ادخل حرف او
بين عددين فيكون المراد احدهما والبيان اليه ٭ ولو قال كلما حبلت فانت طالق وكلما ولدت فانت طالق فحبلت بعد هذا القول وولدت
لاكثر من سنتين بعد وقع الطلاق عليها حين حبلت بالكلام الاول وانقضت العدة بالولادة فلا يقع عليها شي فان كان وطيها وهي حبلى
فذلك منه رجعة ثم تطلق بالولادة تطليقة اخرى بالكلام الثاني وعليها العدة وهو املك برجعتها فان حبلت وقعت الثالثة عليها
بالكلام الاول لان كلمة كلما تقتضي التكرار ثم تنقضي العدة بالولادة لانها معتدة وضعت جميع ما في بطنها ٭ قال رجل قال
لامراة لا يملكها يوم اتزوجك فانت طالق وانت طالق وانت طالق وقال ان تزوجتك او اذا تزوجتك او متى تزوجتك فانت طالق
وطالق وطالق ثم تزوجها تطلق واحدة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تطلق ثلثا لجمعهما في ذلك انه علق ثلث تطليقات
مجتمعات بشرط التزوج فيقعن عند وجود الشرط معا كما لو اخر الشرط فقال انت طالق وطالق وطالق اذا تزوجتك وانما قلنا ذلك
لان الواو للجمع دون الترتيب ٭ بيانه في اية الوضوء فانه يثبت به فرضية الطهارة في الاعضاء الاربعة من غير ترتيب وان الرجل يقول
جاءني زيد وعمرو فيكون مخبرا بمجيئهما من غير ترتيب بينهما في المجي ولان قوله وطالق جملة ناقصة معطوفة على الجملة التامة فالمذكور في الجملة

يصير معادًا في الجملة الناقصة كما في قوله تعالى واللائي لم يحضن معناه فعدتهن ثلثة اشهر فهنا يصير كانه قال وانت طالق اذا تزوجتك
ولو صرح بهذا ثم تزوجها طلقت ثلثا جملة فهذا مثله وبان كان لم يجز الطلاق بهذا اللفظ متفرقا لوقوع لا يدل على انه اذا علق
يتفرق كما لو قال لامراته ولم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار تطلق ثلثا ولو نجز بهذا اللفظ
قبل الدخول لم يقع الا واحدة ◦ وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق بالشرط ليس بطلاق وانما يصير طلاقا
عند وجود الشرط فما صح تعليقه بالشرط يترك عند وجود الشرط جملة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب وابو حنيفة يقول
تعلق بالشرط ثلث تطليقات متفرقات فيقعن عند وجود الشرط كذلك كما لو قال ان تزوجتك فانت طالق وبعدها اخرى وبعدها
اخرى فاذا وقعن متفرقات بانت بالاولى فلا تقع الثانية والثالثة كما لو نجز وانما قلنا ذلك لان الواو في اللغة للعطف مطلق من غير ان يقتضي
ولا ترتيبا كما في قوله جاني زيد وعمرو لا يقتضي جمعا حتى يستقيم ان يقول وعمرو بعده كما يستقيم ان يصح نكاح الاخرى فهي فرد سابق في نكا
فكانت ولا وكذلك ان تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم تزوج امراة بعدها بنكاح صحيح طلقت هذه لان الاولى لما لم يصح نكاحها
لم تكن داخلة في كلامه وانما دخلت في كلامه الثانية التي صح نكاحها فهي اول امراة تزوجها ◦ وكذلك لو قال لامراته ان لم اتزوج عليك
اليوم فانت طالق فتزوج امراة نكاحا فاسدا لم يبر في يمينه بهذا لان ذكر التزوج في المستقبل ينصرف الى العقد الصحيح سواء ذكر في
موضع الاثبات فان المقصود بالتزوج الحل والعفة وذلك يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد ◦ قال وان قال اول امراة اتزوجها
فهي طالق فتزوج امراة طلقت حين تزوجها ان مات او لم يمت لانها بنفس العقد استحقت الاولوية بصفة الفردية فان دخل بها فلها
مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر بالدخول بها لان الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء رح والوطي في غير الملك
لا ينفك عن حد او مهر فاذا سقط الحد بشبهة وجب المهر وان قال اذا تزوجت امراة فهي طالق فتزوج امراتين في عقدة فاحداهما طالق
والخيار اليه لانا تيقنا بوجود الشرط وهو تزوج امراة فان في المراتين امراة فلهذا طلقت احداهما بغير عينها لان كل واحدة منهما تزاحم
الاخرى في الاسم الذي وقع الطلاق به ولا وجه للايقاع عليهما لانه علق بالتزوج طلاق امراة واحدة لا طلاق امراتين فلهذا
تطلق احداهما والخيار اليه وان كان نوى امراة وحدها لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه ذكر التزوج باسم
مطلقا ثم قيدها بنيته وهو ان تكون وحدها وتقييد المطلق كتخصيص العام وقد بينا ان نية التخصيص في العام صحيح فيما بينه
وبين الله تعالى غير صحيح في القضاء فكذلك التقييد ◦ وان كان قال ان تزوجت امراة وحدها ثم تزوج امراتين في عقدة لم تطلق
واحدة منهما لان التقييد هنا بنص كلامه وواحدة منهما لم تتصف بتلك الصفة التي نص عليها في الشرط لانضمام الاخرى اليها
في العقد وان تزوج اخرى بعدها طلقت لانها موصوفة بالصفة التي نص عليها في الشرط فانها امراة تزوجها وحدها وهو كما قال
اذا تزوجت امراة سوداء فهي طالق فتزوج بيضاء ثم تزوج سوداء تطلق الثالثة بخلاف قوله اول امراة اتزوجها لان هناك نص
في الشرط على وصفين الفردية والسبق وقد انعدم في الثالثة صفة السبق وهنا الشرط صفة واحدة وهي الفردية وقد وجدت
في الثالثة فلهذا تطلق ◦ وان قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق فامر رجلا فزوجها اياه فهي طالق لانه تزوجها بعبارة الوكيل وكانه
تزوجها بعبارة نفسه وهذا لان الوكيل في النكاح معبر حتى لا يتعلق به شي من العهدة ولا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
وبه فارق البيع والشرا اذا حلف لا يفعله فامر غيره حتى باشره لم يحنث في يمينه لان العاقد لغيره في البيع والشرا كالعاقد لنفسه
حتى تتعلق به العهدة ويستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولا يصير الموكل عاقدا بمباشرة الوكيل وان عنى في النكاح ما ولي عقده
بنفسه لا يدين في القضا وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه في معنى نية التخصيص في العام فان مطلق اللفظ يتناول مباشرته بنفسه
ومباشرة الغير له بامره وكذلك ان حلف لا يطلقها فامر غيره فطلقها حنث لان الزوج هو المطلق بعبارة الوكيل فان الوكيل بالطلاق
معبر ◦ الا ترى انه لو قال انت طالق ان شئت وقال اختاري فاختارت نفسها كان الزوج هو المطلق لها فكذلك هنا وان قال نعم
ان طلقها بلساني لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ◦ واذا قال لامراته ولم يدخل بها
انت طالق وانت طالق وانت طالق او قال انت طالق وطالق وطالق بانت بالاولى عندنا وعند مالك رح تطلق ثلثا لان الواو للجمع
فجمعه بين التطليقات بحرف الجمع كجمعه بلفظ الجمع كان يقول لها انت طالق ثلثا ◦ ولكنا نقول الواو للعطف فلا يقتضي جمعا وليس في كلامه
ما يغير موجب اوله ولان موجب اول الكلام وقوع الطلاق وهو واقع او تقع الثانية والثالثة او لم يوقع فتبين بالاولى كما تكلم بها
ثم تكلم بالثانية وهي ليست في عدته ◦ وهذا بخلاف ما لو ذكر شرطا او استثنا في اخر كلامه لان في اخر كلامه ما يغير موجب اوله
فتوقف اوله على اخره فالدان قال لها انت طالق واحدة بعدها اخرى او قبل اخرى فهي طالق واحدة ◦ وهذا الجنس من المسائل

يبنى على اصلين احدهما انه متى ذكر النعت بين اسمين فان الحق به حرف الكناية وهو حرف الها كان نعتا للمذكور اخرا وان لم يكن يلحق به
كان نعتا للمذكور اولا وان لم يكن يلحق كان نعتا للمذكور اولا تقول جاني زيد قبل عمرو فيكون نعتا لمجي زيد واذا قلت قبله عمرو كان نعتا
لمجي عمرو والثاني ان من اقر بطلاق سابق يكون ذلك ايقاعا منه في الحال لان من ضرورة الاسناد الوقوع في الحال وهو مالك
للايقاع غير مالك للاسناد اذا عرفنا هذا نقول اذا قال لامراته ولم يدخل بها انت طالق واحدة قبل اخرى تطلق واحدة لان قبل
نعت للاولى ومعناه قبل اخرى تقع عليك فتبين بالاولى ولو قال قبلها اخرى تطلق ثنتين لان قبل نعت للمذكور اخرا وكانه قال
قبلها اخرى وقعت عليك وهذا منه اسناد للثانية الى وقت ماضي فيكون موقعا لها في الحال مع الاولى ولو قال بعدها اخرى
تطلق ثنتين لان مع للقران فقد قرن احدى التطليقتين بالاخرى فاوقعهما جميعا ◦ وكذلك ان قال ثنتين مع واحدة او معها واحدة
او قبلها واحدة فهي طالق ثلثا لما قلنا قال رضه ولو قال انت طالق واحدة ونصف قبل الدخول كانت طالقا ثنتين عندنا وعند زفر
واحدة لان نصف التطليقة كمالها وكانه قال انت طالق واحدة وواحدة ◦ لكنا نقول هذا كله كلام واحد معنى لانه لا يمكنه
ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة اوجز من هذا فان لواحدة ونصف عبارتان اما هذه واما ثنتان الا النصف وذلك
لا يصير معلوما الا بالاستثنا وهذا معلوم في نفسه فهو اولى بالقياس من قال اذا كان كلاما واحدا معنى لا ينفصل بعض عن بعض
بخلاف قوله واحدة وواحدة فانهما عبارتان لان التثنية عبارة اوجز من هذا فكانا كلامين معنى وعند زفر تطلق واحدة
لانهما كلامان احدهما معطوف على الاخر فتبين بالاولى ◦ وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاتفاق لانه ليس بينهما حرف العطف
فان الكل واحد لو قال واحدة وعشرا عندنا تطلق ثلثا ◦ وعند زفر واحدة لانه لما ذكر حرف العطف كانا كلامين وكذلك
لو قال واحدة ومائة عندنا تطلق ثلثا ◦ وقال زفر تطلق واحدة وعن ابي يوسف رح انه هنا تطلق واحدة لان العادة المعروفة
لهذا العدد مائة وواحدة فاذا غير ذلك المعهود في كلامه فتبين بالاولى ◦ قال ولو قال انت طالق البتة وقال لم انو شيئا
فهي ثلث لان البتة عبارة عن القطع وقد بينا ان القطع نوعان فبنية الثلث ينوي احد نوعي القطع فتعمل نيته وكذلك
لو قال انت حرام ينوي ثلثا فهو كما نوى لانه نوى احد نوعي الحرمة وكذلك لو قال انت طالق الحرام فهذا وقوله حرام سوا وينوي
ان كان دخل بها او لم يدخل بها لان الكلمة واحدة فانما ذكر بعد قوله طالق تفسير هذه الكلمة وقوله انت طالق ثلثا سوا وان قال
انت طالق الطلاق او طلاقا فان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة فواحدة رجعية وان عنى بطالق تطليقة وبالطلاق اخرى فهي ثنتان
رجعيتان ان كان قد دخل بها لان هذه الالفاظ مشتقة من لفظ صريح الطلاق فان لم يدخل بها فواحدة بائنة لانه لما نوى بكل كلمة
تطليقة كان هذا بمنزلة قوله انت طالق انت طالق فتبين بالاولى ◦ وان قال انت طالق الطلاق كله فهي طالق ثلثا كانت له نية
او لم يكن لانه صرح بايقاع كل الطلاق وهو ثلث ومع التصريح لا حاجة الى النية وان قال انت طالق اخبث الطلاق او اشد الطلا
او اعظم الطلاق او اكثر الطلاق فهذا كله باب واحد وان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة او لم يكن له نية فهي واحدة بائنة لما بينا
ان معنى العظم والكبر والشدة تظهر في الحكم فهذا وقوله طالق بائن سوا ◦ وان قال انت طالق اكثر الطلاق فهي ثلث لا يدين فيها اذا قال
نويت واحدة لان الكثرة والقلة في العدد فقد صرح بايقاع اكثر ما يملك عليها من الطلاق ومع التصريح لا حاجة الى النية ولو قال
الطلاق او اشره او افحشه فهو وقوله اخبث الطلاق سوا على ما بينا ◦ وان قال كل الطلاق او اتم الطلاق فهي واحدة رجعية
لانه ليس في لفظه ما ينبي عن العظم والشدة ولو قال انت طالق طول كذا وعرض كذا فهي واحدة بائنة لان الطول والعرض فيه اشارة
الى معنى الشدة فانه الامر اذا اشتد على انسان يقول كان هذا الامر طول وعرض فتكون واحدة بائنة ولا يكون ثلثا وان نواها لان الطو
والعرض للشي الواحد كانه قال انت طالق واحدة طولها وعرضها كذا وهذا لا يسع فيه نية الثلث ولو قال انت طالق احسن الطلاق
او اعدل الطلاق او احسن الطلاق فهذا بمنزلة قوله انت طالق للسنة لان الاعدل والاحسن ما يوافق السنة وانما يوصف
بالخير فيما يوافق السنة حتى يقع هذا تطليقة رجعية في وقت السنة وان نوى ثلثا فثلث بمنزلة قوله انت طالق للسنة ولو قال
انت طالق ان ركبت وهي راكبة فمكثت كذلك ساعة طلقت لان الركوب مستدام حتى تضرب له المدة يقال ركبت يوما والاستدا
كالمستدام ابتدا ◦ قال الله تعالى واما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى اي لا تمكث قاعدا وكذلك لو قال اذا عمرو معه
واذا كان للعطف فالتطليقة الاولى تعلقت بالشرط بلا واسطة ◦ والثانية بواسطة الاولى لانها معطوفة عليها كالقنديل
اذا علق بحبل تعلق بالحلقة الاولى بلا واسطة وبالحلقة الثانية بواسطة الاولى وكذلك لو وانا بترك عند وجود الشرط
كما تعلق وهيئا بانه لم يكن طلاقا يوم تعلقا انما يصير طلاقا ◦ وهذا بخلاف ما لو اعاد الشرط عند ذكر كل تطليقة لان تعلق كل تطليقة هناك

بالشرط بلا واسطة. واما التفرق في ازمنة التعليق وذلك لا يوجب تفرقا في المعلق بالشرط بخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق
وواحدة لا بل ثنتين لان بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول وقد صح ذلك لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثاني
بالشرط بلا واسطة كالاولى وهنا حرف الواو للعطف وبخلاف ما لو صرح بقوله لا بل لانها بانت بالاولى فلم يصح منه التكلم بالثنتين
لعدم المحل فاما اذا اخر الشرط فقبول الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير موجب اوله لان اوله ايقاع وتاخره تبين انه تعليق
فاذا توقف عليه تعلق الكل بالشرط جملة. واما اذا قدم الشرط فليس في اخر الكلام ما يغير موجب اوله فلا يتوقف اوله على اخره
واذا لم يتوقف كان هذا والتنجيز سواء ونظيره ما لو تزوج امتين نكاحا موقوفا فقال المولى اعتقت هذه وهذه بطل نكاح الثانية
لانه ليس في اخره ما يغير موجب اوله لان اوله ايقاع فلم يجعل عتقهما معا ولو زوج اختين من رجل بغير امرهما في عقدتين فقال
الزوج اجزت نكاح هذه وهذه بطل نكاحهما كما لو قال اجزتهما لان في اخره ما يغير موجب اوله وان قال اذا تزوجتك فانت طالق
طالق طالق ثم تزوجها طلقت واحدة لانه ما عطف الثانية والثالثة على الاولى فتعلق الاولى بالشرط ويلغو الثانية والثالثة
ولو قال اذا تزوجتك فانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك ثم تزوجها طلقت وسقط عنه الظهار والايلاء عند ابي حنيفة لان تعلقهما
بالشرط بواسطة الطلاق فيسبق وقوع الطلاق وتبين لا الى عدة فلا يكون مظاهرا ولا موليا بعدما خرجت من ملكه. وعند ابي يوسف ومحمد
هو مطلق مظاهر مول لان الكل تعلق بالتزوج عندهما جملة. ولو قال اذا تزوجتك فوالله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق
ثم تزوجها وقع هذا كله عليها. اما عندهما فلا اشكال وعند ابي حنيفة لم يسبق الايلاء ويكون بعده محلا للظهار فيصير مظاهرا
ثم يكون بعدهما محلا للطلاق فيقع الطلاق ايضا. وعلى هذا لو قال لامراته ولم يدخل بها ان كلمت فلانا فانت طالق وطالق
فكلمته فهي طالق واحدة في قول ابي حنيفة رح وعندهما يقع ثلثا نص على قولهما في رواية ابي سليمن رح. ولو قال انت طالق وطالق
وطالق اذا كلمت فلانا فكلمته تطلق ثلثا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ما ذكرنا ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق
ذكر الطحاوي رح ان هذا على الخلاف ايضا وحرف الفاء للعطف كحرف الواو فتطلق ثلثا عندهما. والاصح انها تطلق واحدة عند
وجود الشرط لان الفاء للتعقيب في اصل الوضع لا للعطف مطلقا فان كل حرف موضوع لمعنى خاص واذا كان للتعقيب ففي كلامه تنصيص
على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة بخلاف الواو. وان قال لها انت طالق طالق ان كلمت فلانا فان كان دخل بها طلقت
في الحال واحدة والثانية تعلقت بالكلام وان لم يكن دخل بها طلقت واحدة في الحال ويلغو ما سواها
لانه ما عطف التطليقات بعضها على بعض. قال ولو قال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق فان كان دخل بها تعلقت الاولى بالكلام
وتقع الثانية في الحال والثالثة تلغو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فان كان مدخولا بها يقع ثنتان في الحال والثالثة
تتعلق بالكلام وان لم يكن دخل بها يقع واحدة في الحال ويلغو ما سوى ذلك واذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق
ثم طالق فان كان لم يدخل بها تعلقت الاولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة تلغو عند ابي حنيفة. وعند ابي يوسف ومحمد سواء قدم الشرط
او اخر تتعلق الثلاث بالشرط الا ان عند وجود الشرط ان كانت مدخولا بها تطلق ثلثا وان كانت غير مدخول بها تطلق واحدة فابو حنيفة
يقول ثم للتعقيب مع التراخي فاذا دخله بين الطلاقين كان بمنزلة سكتة بينهما وهما يقولان ثم للعطف ولكن يفيد التراخي فلوجود معنى العطف
يتعلق الكل بالشرط ولمعنى التراخي يقع مرتبا عند وجود الشرط. ولو قال كلما تزوجت امراة فهي طالق فتزوجها ثلث مرات ودخل بها
في كل مرة لم يذكر هذا في الاصل قال ابو يوسف في الامالي تطلق ثنتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد تطلق ثلثا وعليه لها اربعة مهور ونصف
ذكره في الزيادات. وجه تخريج ابي يوسف انه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول
ثم لما تزوجها وقعت تطليقة اخرى بكلمة كلما. ولكنها تكون رجعية عنده لانه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه وبنفس التزوج وجب اخر
وذلك مهران ونصف ثم يخرج قول محمد بين مراجعا والتزوج في المرة الثانية لغو في عنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف
وتخريج قول محمد ان بالتزوج الاول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول. وكذلك بالتزوج الثاني والثالث
لان عنده وان حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من ان يكون واقعا قبل الدخول فتطلق ثلثا وعليه اربعة مهور ونصف
ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق بائن والمسئلة بحالها فعند محمد هذا والاول سواء. وعند ابي يوسف تطلق ثلثا بكل تزوج تطليقة بائنة
وعليه خمسة مهور ونصف لان العقد الثاني والثالث في العدة كان وقع طلاق بائن وجب مهر تام. وكذلك يجب بكل دخول مهر تام
فاذا اجتمعت ذلك كان خمسة مهور ونصف. واذا قال لكل امراة اتزوجها ابدا فهي طالق فتزوج امراة فطلقت ثم تزوجها ثانية
لان كلمة كل تقتضي تعميم الاسماء لا تكرار الافعال فانما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ولا يوجد ذلك بعقدين على امراة واحدة

خلاف

خلاف كلمة كلما فانها تقتضي تكرار الافعال وانما قلنا ذلك لان مقتضى كلمة كل جمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون
الفعل يقال لكل رجل وكل امراة ولا يستقيم ان يقال كل ضرب وكل دخل ويتعقب كلما الفعل دون الاسم يقال كلما ضرب
وكلما دخل ولا يقال كلما زيد كلما عمرو. قال واذا قال اول امراة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امراتين في عقدة ثم واحدة
في عقدة لم تطلق واحدة منهن لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه فيه غيره ولم يوجد صفة الفردية في الاوليين لان كل واحدة
منهما مزاحمة للاخرى في العقد ولم يوجد صفة السبق في الثالثة لانه تقدمها امراتان فلم تثبت صفة الاولية لواحدة منهن
ولو كان قال مع هذا واخر امراة اتزوجها فهي طالق لم تطلق الثالثة ايضا لان الاخر اسم لفرد متاخر لا يعقبه غيره ونحن
لا ندري ان الثالثة هل هي اخرهن لجواز ان يتزوج بعدها غيرها فان مات قبل ان يتزوج اخرى طلقت الثالثة عند ابي حنيفة
من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة ان لم يدخل بها ولا ميراث لها وان كان دخل بها فلها عليه مهر ونصف بالطلاق قبل الدخول
ومهر بالدخول. وعلى قول ابي يوسف ومحمد انما تطلق الثالثة قبيل الموت حتى لا يكون لها الميراث اذا كان دخل بها ولا مهر
عليه بالدخول سوى مهر النكاح وعليها عدة الوفاة والطلاق جميعا عند محمد. وعند ابي يوسف ليس عليها عدة الوفاة منها
وان ورثته بالفرار وابو حنيفة يقول لما تزوجها بعد الاوليين فقد اتصفت بصفة الاخرية ولكن هذه الصفة تعرض ان تزول
بان يتزوج غيرها فلا يحكم بالطلاق لهذه فان لم يتزوج غيرها حتى مات تقررت صفة الاخرية فيها من حين تزوجها فطلقت من ذلك
الوقت كما لو قال لامراته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بوقوع الطلاق لجواز ان ينقطع فيما دون الثلث وان استمر
كان الطلاق واقعا من اول ما رأت الدم. وهذا خلاف ما لو قال ان لم اتزوج عليك لانه جعل عدم التزوج شرطا
للطلاق ولا يتحقق هذا الشرط الا عند موته ما لم يتحقق الشرط لا ينزل الجزاء. ويجوز ان يفترق الفصلان لاختلاف اللفظ مع اتفاق
في المعنى كما لو قال لامراته ان لم اشأ طلاقك فانت طالق ثم قال لا اشاء لا تطلق ما دام حيا. ولو قال ان ابيت طلاقك فانت طالق
ثم قال قد ابيت طلاقك تطلق وهما في المعنى سواء ثم اختلف الجواب لاختلاف لفظ الشرط من الوجه الذي قلنا. قال ولو قال كل
اخر امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج واحدة لم يتزوج قبلها ولا بعدها حتى مات لم تطلق لانها اول امراة تزوجها فلا تكون اخر امراة
فان صفة الاولية والاخرية لا تجتمع في مخلوق واحد من التضاد في المعنى في المخلوقين فان احدهما بمعنى السبق والاخر بمعنى التاخر
في الزمان. ولو قال اول امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراتين في عقدة واحدة احديهما معتدة وقع الطلاق على التي صح نكاحها
لان الشرط التزوج في المستقبل هنا والعقد الصحيح دون الفاسد ونكاح المعتدة باطل. وانما صح نكاح الاخرى فهي فرد
سابق في نكاحه فكانت اولى. وكذلك لو تزوج امراة نكاحا فاسدا ثم تزوج امراة بعدها بنكاح صحيح طلقت هذه لان الاولى
لما لم يصح نكاحها لم تكن داخلة في كلامه وانما دخلت في كلامه الثانية التي صح نكاحها فهي اول امراة تزوجها. وكذلك لو قال
لامراته ان لم اتزوج عليك اليوم فانت طالق فتزوج امراة نكاحا فاسدا لم يبر في يمينه هذا لانه ذكر التزوج في المستقبل
ينصرف الى العقد الصحيح سواء ذكره في موضع الاثبات فان المقصود بالتزوج الحل والعفة وذلك يحصل بالعقد الصحيح دون
الفاسد. قال وان قال اول امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت حين تزوجها ان ما او لم لانها بنفس العقد
استحقت اسم الاولية بصفة الفردية فان دخل بها فلها مهر ونصف مهر نصفه بالطلاق قبل الدخول ومهر بالدخول ولا حد
لان الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء رح والوطي في غير الملك لا ينفك عن حد او مهر واذا سقط الحد بشبهة وجب المهر
وان قال اذا تزوجت امراة فهي طالق فتزوج امراتين في عقدة فاحداهما طالق والخيار اليه لانا تيقنا بوجود الشرط
وهو تزوج امراة فان في المراتين امراة فلهذا طلقت احداهما في غير عينها لان كل واحدة منهما تزاحم الاخرى في الاسم الذي
اوقع الطلاق به ولا وجه للايقاع عليهما لانه علق بالتزوج طلاق امراة واحدة لا طلاق امراتين فلهذا تطلق احداهما
والخيار اليه لانا تيقنا بوجود الشرط وهو تزوج امراة وان كان نوى امراة وحدها لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله
لانه ذكر التزوج بامراة مطلقا ثم قيدها بنيته وهو ان تكون وحدها وتقييد المطلق كتخصيص العام وقد بينا ان نية التخصيص
في العام صحيح فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيح في القضاء فكذلك التقييد وان كان قال ان تزوجت امراة وحدها ثم تزوج امراتين في عقدة
لم تطلق واحدة منهما لان التقييد هنا بنص كلامه وكل واحدة منهما لم تتصف بتلك الصفة التي نص عليها في الشرط لانضمام الاخرى اليها
في العقد وان تزوج اخرى بعدها طلقت لانها موصوفة بالصفة التي نص عليها في الشرط لانها امراة تزوجها وحدها وهو كما لو
اذا تزوجت امراة سوداء فهي طالق فتزوج بيضاء ثم تزوج سوداء طلقت الثالثة بخلاف قوله اول امراة اتزوجها لان هناك نص

لو قال انت طالق ان قعدت وهي قاعدة او ان قمت وهي قائمة او ان مشيت وهي ماشية او ان ركبت وهي راكبة فمكثت كذلك ساعة بحيث بخلاف ما لو قال انت طالق ان دخلت الدار وهي في الدار فمكثت كذلك لم تحنث حتى تخرج وتدخل لان الدخول ليس بمستدام فانه انفصال من الخارج الى الداخل ❁ الا ترى انه لا يضرب له مدة فلا يقال دخل يوما وانما يقال دخل وسكن يوما والخروج نظير الدخول لانه انفصال من الداخل الى الخارج فلا يكون للاستدامة حكم الابتداء ❁ ولو قال انت طالق ما بين تطليقة الى ثلث او من تطليقة الى ثلث ففي القياس تطلق واحدة وهو قول زفر لانه جعل الاولى والثانية غاية والغاية حد فلا يدخل في المحدود كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط فيكون الواقع ما بين الغايتين وهي الواحدة ❁ وفي الاستحسان وهو قول ابي يوسف ومحمد تطلق لان الحد انما يكون في ذوي المساحات فاما في عرف اللسان فانما يراد بمثل هذا الكلام دخول الكل فان الرجل يقول خذ من مالي من درهم الى عشرة فيكون له اخذ العشرة ويقول كل من الملح الى الحلو فيكون تعميم الاذن ومطلق الكلام محمول على عرف اهل اللسان وابو حنيفة يقول القياس ما قاله زفر ان الحد غير المحدود ولكن في ادخال الاولى ضرورة لانه اوقع الثانية قبل الاولى ولا ثانية قبل الاول ولا بد من ابتداء فاذا لم يوقع الاولى تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ايقاعها ايضا فلاجل الضرورة دخلت الغاية الاولى ولا ضرورة في الغاية الثانية فاخذت فيها بالقياس وقلت تطلق ثنتين وهذا لان الغاية التي ينتهي اليها الكلام قد لا تدخل كالليل في قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وقد تدخل كالمرافق والكعاب في الوضوء والطلاق بالشك لا يقع ❁ فان قال اردت واحدة لا يدين في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال الكلام ما نوى ❁ وان قال انت طالق ما بين واحدة الى اخرى ففي قياس قول زفر لا يقع شيء وفي قول ابي حنيفة تطلق واحدة وعندهما تطلق ثنتين وان قال من واحدة الى واحدة قيل هو على الخلاف وقيل يقع واحدة عندهم جميعا لان الشيء لا يكون غاية نفسه فكان قوله الى واحدة لغوا وان قال انت طالق واحدة او لا شيء فهي طالق تطليقة رجعية في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله ثم رجع ابو يوسف وقال لا يقع شيء وكذلك لو قال انت طالق ثلثا او لا شيء فهو على الخلاف وجه قوله الاول ان حرف او لاثبات احد المذكورين فيما تخللهما وانما تخلل هنا قوله واحدة او لا شيء وقوله ثلثا او لا شيء فيسقط اعتبار هذا اللفظ ويبقى قوله انت طالق فيقع به تطليقة رجعية ❁ وجه قوله الاخر ان حرف او للتخيير لان موجبه اثبات احد المذكورين فقد خيره بين ان يقع عليها واحدة او لا شيء يقع عليها واحدة انما موجود فلا يثبت بهذا الكلام شيء كما لو جمع بين امراته واجنبية وقال هذه طالق او هذه لم يقع شيء ❁ وهذا لان الكلام اذا اقترن به ذكر العدد كان العامل هو العدد لا قوله انت طالق او قد طالق وقال انت طالق ولا او قال انت ولا شيء لم يقع عليها شيء لانه انما ادخل حرف او بين طلاقه في غير طلاق فيخرج به كلمة الايقاع من ان تكون عزيمة فلا يقع شيء كما لو قال لعبده انت حر او عبد وان قال انت طالق واحدة في ثنتين وقد دخل بها فان نوى واحدة او ثنتين فهو ثلث لان حرف في قد يكون بمعنى الواو لان حروف الصلات تتقام بعضها مقام بعض وان نوى واحدة مع ثنتين يقع ثلثا ايضا سواء دخل بها او لم يدخل بها لان حرف في يذكر بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ويقال دخل الامير البلدة في جنده اي مع جنده وان نوى حساب الضرب فهي واحدة عندنا ❁ وعند زفر ثنتان لان هذا شيء معروف عند اهل الحساب ان واحدا اذا ضرب في اثنين يكون اثنين فيحمل كلامه عليه اذا نوى ولكنا نقول الضرب انما يكون في الممسوحات لا في الطلاق ❁ وتاثير الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال والتطليقة الواحدة وان كثرت اجزاؤها لا تصير اكثر من واحدة كما لو قال انت طالق تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة فهذا مثله وعلى هذا لو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب عندنا تطلق ثنتين وعند زفر تطلق ثلثا لان اثنين في اثنين يكون اربعة ولكن الطلاق لا يكون اكثر من ثلث وعلى هذا مسائل الاقرار اذا قال لفلان علي عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعليه عشرة عندنا ❁ وعند زفر مائة وان نوى عشرة فعليه عشرون ❁ وكذلك لو قال درهم في دينار او كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه الا المذكور عندنا اولا الا ان يقول نويت الواو او حرف مع فيلزمه جميع ذلك جميعه وحلفه القاضي بالطلاق ما اردت الاقرار بذلك كله يعني اذا كان الخصم مدعيا لجميع ذلك ❁ قال واذا كان له ثلث نسوة فقال فلانة طالق ثلثا وفلانة او فلانة فالاولى طالق والخيار اليه في الاخريين يوقع على ايتهما شاء لان حرف التخيير انما ذكره بين الاخريين فكان كلامه عزيمة في الاولى فيقع طلاقه عليها ويخير في الاخريين بمنزلة هذه طالق او هذه وذكر الجواب في العتق وقد بينا الفرق بين هذا بين الفصلين وبين قوله والله لا اكلم فلانا وفلانا او فلانا فيما امليناه من شرح الجامع واستوضح في الكتاب هذه المسئلة بما اذا قال لامراته انت طالق ثلثا وقد استقرضت الف درهم من فلان او فلان كان الطلاق واقعا وهو مخير في الالف يعطيها لاحدهما ويحلف للاخر ما استقرض منه شيئا وهذا غير مشكل لان حرف التخيير انما ذكره في الاقرار لا في الايقاع فبقي موقعا للطلاق على امراته عزما ❁ ولو قال فلانة طالق ثلثا او فلانة وفلانة طلقت الثالثة والخيار اليه في الاوليين لانه انما ادخل

حرف

حرف التخيير بين الاوليين والاخيرتين وابن سماعة يروي عن محمد رحمه الله انه يخير بين الايقاع على الاولى وبين الاخريين بمنزلة هذه طالق او هاتان وجعل هذا تلك الرواية كمسئلة النهر والفرق بينهما على ظاهر الرواية قد استقصيناه في شرح الجامع وان قال فلانة تطلق ثلثا وفلانة معها يقع على كل واحدة منهما ثلث تطليقات لانه عطف الثانية على الاولى ولم يذكر لها خبرا فيكون الخبر الاول خبرا للثاني كما هو موجب العطف ولانه ضم الثانية الى الاولى بقوله معها وانما يتحقق هذا الضم اذا وقع عليها مثل ما وقع على الاولى فان قال عنيت ان فلانة معها شاهدة لم تصدق في القضاء وهو مصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه اضمر للثانية خبرا اخر وهو محتمل ولكنه خلاف الظاهر فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء وان قال فلانة طالق ثلثا ثم قال اشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلثا لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث اولاد الام فهم شركاء في الثلث فيستوي فيه الذكور والاناث ولانه قد اشركها في كل واحدة مما وقعت على الاولى وهذا بخلاف ما لو قال لامراتين له بينكما ثلث تطليقات حيث تطلق كل واحدة ثنتين لان هناك لم يسبق وقوع شيء على واحدة منهما فتنقسم الثلث بينهما نصفين فتتمم واحدة وهنا قد وقع الثلث على الاولى ولا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها حتى لو قال لامراتين اشركتكما في ثلث تطليقات لم يقع واحدة الا ثنتان ولانه لما اوقع الثلث على الاولى وكلامه في حق الثانية اشراك في حق كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو ينوي ان كل تطليقة بينهما فلهذا تطلق كل واحدة منهما ثلثا وان قال لامراتين له انتما طالقان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون المنوي من محتملات لفظه ولكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة ثلثا ❁ وكذلك لو قال لاربع نسوة انتن طوالق ثلثا ينوي ان الثلث بينهن كان مدينا فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة ❁ الا ترى انه قد يقال اكلن اربعة ارغفة على معنى ان كل واحدة اكلت رغيفا ولكنه خلاف الظاهر في الوصف فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة ثلثا ❁ وان قال لامراته انت طالق نصف تطليقة فهي تطليقة كاملة عندنا ❁ وعند نفاة القياس لا يقع عليها شيء لان نصف التطليقة غير مشروع وايقاع ما ليس بمشروع من الزوج باطل ❁ ولكنا نقول ما لا يحتمل الوصف بالتجزي فذكر بعضه كذكر كله فكان هو موقعا تطليقة كاملة بهذا اللفظ وايقاع التطليقة مشروع وكذلك كل جزء سماه من نصف وربع ونحو ذلك وان قال انت طالق نصفي تطليقة فهي طالق قال وان قال انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة وقد دخل بها فهي طالق ثلثا لانه اوقع من كل تطليقة من التطليقات الثلث جزءا فانه نكر التطليقة في كل كلمة والمنكر اذا اعيد منكرا فالثاني غير الاول ❁ ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين وان قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم تطلق الا واحدة لانه اضاف الاجزاء المذكورة الى التطليقة واحدة بحرف الكناية ولم يذكرها لو قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها فمن اصحابنا رحمهم الله من قال هنا تطلق ثنتين لانا اذا جمعت هذه الاجزاء المذكورة تكون اكثر من واحدة ❁ والاصح انها لا تطلق الا واحدة لانه اضاف الاجزاء المذكورة الى تطليقة واحدة بحرف الكناية فلا تقع الا واحدة ❁ قال ولو قال انت طالق ان لم تصبغي كذا وكذا لنعلم انها لا تصبغه ابدا نحو ان يقول ان لم تمسي السماء بيدك او ان لم تحولي هذا الحجر ذهبا فهي طالق ساعة تكلم به بخلاف ما لو قال ان لم تدخلي الدار فان هناك لا تطلق حتى تموت لان الشرط فوت الدخول ولا يتحقق ذلك الا عند موتها فان الدخول منها يتاتى ما دامت حية فاما هنا الشرط عدم مس السماء منها او تحويل الحجر ذهبا وذلك متحقق في الحال من حيث الظاهر ولانه لا فائدة في الانتظار هنا لانه لا يحصل به عجز لم يكن قبله ثانيا بخلاف مسئلة الدخول على ما بينا ولو وقت وقتا فقال انت طالق ان لم تمسي اليوم لم تطلق الا بعد مضي اليوم عندنا ❁ وقال بعض العلماء تطلق في الحال لان فوت الشرط متحقق في الحال ولان الوقت في اليمين الوقت كالعمر في الطلاق فكما لا ينتظر موتها لا ينتظر هنا مضي المدة ❁ ولكنا نقول عند ذكر الوقت الشرط عدم الفعل في اخر جزء من اجزاء النهار وذلك لا يتحقق قبل مجيء ذلك الوقت ولانه بذكر الوقت قصد الترفيه على نفسه فكان هذا بمنزلة قوله انت طالق اذا ذهب هذا اليوم فما لم يذهب لا يقع الطلاق ❁ قال رجل قال لامراته يا مطلقة فهي طالق واحدة لانه وصفها بالطلاق حين ناداها به فكان هذا وقوله انت طالق سواء ❁ الا ترى انه لو قال لها يا زانية كان قاذفا لها بمنزلة قوله انت زانية فان قال عنيت انها مطلقة من زوج قبلي فان لم يكن لها زوج لا يلتفت الى كلامه لانه نوى المجاز واذا كان لها زوج قبله فهو مدين في القضاء ولا يقع عليها شيء لانه نوى حقيقة كلامه فان النداء في الحقيقة بوصف موجود وذلك من طلاق زوج كان قبله ولان حقيقة كلامه

الوصف وهو غير الايقاع قال وان قال لها طلقتك امس وهو كاذب كانت طالقا في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فهي امرأته
لان الاخبار اخبار محتمل للصدق والكذب حملنا كلامه في الظاهر على الصدق فاما فيما بينه وبين الله تعالى فالمخبر عنه اذا كان كذبا
لا يصير بالاخبار عنه صدقا فلهذا لا يقع شيء ❁ قال ولو قال لها يا باين او يا حرام او ما اشبه ذلك من الكلام الذي يشبه الفرقة
وهو يريد بذلك ان يسميها تسمية ولا ينوي الطلاق لم تطلق لانا قد بينا في قوله انت باين انه لا يقع الطلاق الا اذا نوى لان اللفظ
يحتمل وكذلك قوله يا باين فاذا قال لم انو الطلاق كان مدينا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان قال يا مطلقة يريد ان يسميها بذلك
ولا يريد ذلك وسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضاء لان اللفظ صريح بوقوع الطلاق به تكون تعيينه لا يسمه خلاف
ما سبق الا ان ما نواه محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى بمنزلة قوله عنيت الطلاق عن الوثاق وكذلك لو قال لعبده يا حر يريد ان يسميه
بذلك فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن يعتق به في القضاء ❁ قال ولو قال لامرأته هذه اختي فهو صادق في ذلك ولا يقع عليها
لان هذا الكلام يحتمل الاخوة في الدين ❁ قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وفي القبيلة ❁ قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا او يحتمل
لاثبات الحرمة وعلى هذا لو قال لمملوكه هذا اخي كان صادقا ولم يعتق وان قال هذه امي او ابنتي من نسب او رضاع او قال
عمتي او خالتي من نسب او رضاع فانه يسال عن ذلك فان ثبت عليه فرق بينهما وان قال كذبت او رجعت فهي امرأته وقد بينا هذا
في كتاب النكاح وذكرنا الفرق بينهما اذا قال لزوجته او لمملوكه وكذلك اذا قال لها يا اماه او يا ابنتاه او يا عمتاه او يا خالتاه
او يا جدتاه كان هذا باطلا ولا تقع به الفرقة لان موضع النداء المراد احضارها لا تحقيق ذلك الوصف فيها ❁ الا ترى انه قد
يناديها بما لا يتحقق فيها في موضع الاهانة كالكلب والحمار وفي موضع الاكرام كحور العين ونحوه فعرفنا انه ليس مراده التحقيق
وبدون التحقيق لا عمل لهذا الكلام في قطع الزوجية فلهذا لا يقع شيء ❁ قال رجل قال لامرأته قد وهبت لك طلاقك ولا نية له
فهي طالق في القضاء لان معنى كلامه هذا طلقتك بغير عوض فان هبة الشيء من غيره جعله مجانا ❁ ولو قال بعتك طلاقك بكذا فقالت
قبلت طلقت فكذلك اذا قال وهبت لك طلاقك تطلق وان لم تقبل لان اشتراط قبولها لاجل البدل فان كان ينوي بذلك
ان يكون الطلاق في يدها لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر فان الهبة تزيل ملك الواهب عن الموهوب ويجعل الطلاق
في يدها لا يزيل ملكه عن الطلاق ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ❁ وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين في القضاء لان هبة الشيء
من غيره تمليك لذلك الشيء منه في الظاهر فيكون هذا تمليكا للامر منها فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي امرأته
قال واذا قال لا اخبر احبر امرأتي بطلاقها فهي طالق سواء اخبرها به او لم يخبرها لان حرف الباء للالصاق فيكون معناه اخبرها
بما وقع عليها من الطلاق موصولا بالايقاع وذلك يقتضي ايقاعا سابقا لا محالة وكذلك لو قال احمل اليها طلاقها او بشرها
بطلاقها فهي طالق بلغها او لم يبلغها لان معناه بشرها بما وقع عليها او احمل اليها ما وقع عليها وكذلك لو قال
اخبرها انها طالق او قل لها انها طالق لان الخبر وان كان محتملا للصدق والكذب فالاصل فيه الصدق وذلك لا يكون الا بعد ايقاع
الطلاق عليها ❁ وكذلك لو قال لعبده وهبت لك عتقك وتصدقت عليك بعتقك او قال لغيره انه حر او بشره بانه حر او قل له
انه حر كان حرا لما بينا ❁ قال واذا اراد ان يطلق امرأته فقالت لا تطلقني هب لي طلاقي فقال لها قد وهبت لك طلاقك
يريد بذلك لا اطلقك فهي امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان كلامه جواب لسؤالها وهي انما سألته
الاعراض عن الايقاع وقد ظهر بكلامه انه اجابها الى ما سألته فلا يكون ذلك ايقاعا منه ❁ ولو قال لامرأته اعرضت
عن طلاقك او صفحت عن طلاقك يريد بذلك الطلاق لم تطلق لانه نوى ضد كلامه فان الاعراض عن الشيء ترك الخوض فيه
وهذا ضد الايقاع ❁ ولو قال قد تركت طلاقك او قد خليت سبيل طلاقك وهو يريد بذلك الطلاق فلان هذا الكلام
يحتمل يجوز ان يكون مراده تركها بطريق الاعراض عن التصرف فيها ويجوز ان يكون المراد تركها بان اخرجها من يده بالايقاع
فينوى فيه فان لم ينو الطلاق فليس بشيء وان نوى الطلاق فهي طالق بمنزلة الكنايات ❁ قال ولو قال لامرأته وقد دخل بها
انت طالق كل يوم فان لم يكن له نية لم تطلق الا واحدة عندنا ❁ وعند زفر تطلق ثلثا في ثلثة ايام لان قوله انت طالق
ايقاع وكلمة كل تجمع الاسماء فقد جعل نفسه موقعا الطلاق عليها في كل يوم وذلك بتجدد الوقوع حتى تطلق ثلثا في كل يوم
واحدة ❁ ولكنا نقول صيغة كلامه وصف فقد وصفها بالطلاق في كل يوم وهي بالتطليقة الواحدة تتصف به في الايام
كلها وانما جعلنا كلامه ايقاعا لضرورة تحقيق الوصف وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة ❁ الا ترى انه لو قال
انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة بخلاف قوله في كل يوم لان حرف في للظرف والزمان ظرف للطلاق من حيث الوقوع فيه

فلا يكون اليوم ظرفا له لا يصلح ظرفا له فتجدد الايقاع لتحقيق ما اقتضاه حرف في وفي قوله كل يوم ان قال اردت انها طالق كل يوم
تطليقة اخرى فهو كما نوى وتطلق ثلثا في ثلثة ايام اما لانه اضمر حرف في او لانه اضمر التطليقة فكانه قال انت طالق كل يوم
تطليقة ❁ قال وكذلك لو قال انت طالق اليوم وغدا وبعد غد فان لم تكن له نية فهي واحدة لان بوقوع الواحدة عليها
تتصف بالطلاق في هذه الايام وان نوى ثلثا فهو كما نوى وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلثا في اليوم الثالث
اما لاضمار حرف في او لاضمار التطليقة ❁ قال وان قال انت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق او ما لا يقع عليك من الطلاق
فهي طالق واحدة رجعية لان اخر كلامه لغو فانه ليس فيه يملكه الزوج عليها طلاق موصوف بما ذكر ❁ وكذلك ان قال
انت طالق ثلثا لا يقعن عليك او ثلثا لا تحرمن عليك فهي طالق ثلثا لما بينا ❁ وفي النوادر قال انت طالق قبيح الطلاق قال عند ابي يوسف
تطلق تطليقة رجعية وعند محمد رحمه الله تطلق تطليقة باينة لانه جعل القبح صفة للطلاق وذلك نحو الطلاق المزيل للملك ❁ وابو يوسف
قد يكون القبح في الايقاع في غير وقت السنة فلا تثبت صفة البينونة بالشك ولو قال انت طالق ثلثا واني بالخيار ثلثة ايام فالخيار
باطل والطلاق واقع لان اشتراط الخيار للفسخ بعد الوقوع لا للمنع عن الوقوع والطلاق لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه فيلغو
اشتراط الخيار فيه والعتق كذلك ❁ قال ولو قال لامرأته اذهبي فتزوجي فان كان نوى طلاقا فهو طلاق وان نوى ثلثا فثلث
وان نوى واحدة فواحدة باينة وان لم يكن له نية فليس بشيء لان كلامه محتمل فلا يتعين معنى الطلاق فيه الا بالنية وهو محتمل للطلاق
لانه الزمها الذهاب من بيته ❁ وروي عن محمد رحمه الله انه لو قال افلحي او استفلحي ينوي به الطلاق فهو بمنزلة قوله اذهبي لان العرب
تقول افلح بخير اي اذهب بخير ❁ وكذلك لو قال استفلحي لان معناه اطلبي الفلاح وكان هذا وقوله تزوجي سواء

باب طلاق الاخرس

قال واذا طلق الاخرس امرأته في كتاب وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه لان الاخرس عاجز عن الكلام
وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء ❁ والاصل ان البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان لان المكتوب حروف منظومة
تدل على معنى مفهوم كالكلام ❁ الا ترى ان النبي عليه السلام كان مأمورا بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب
على ثلثة اوجه ❁ احدها ان يكتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين الخط فيه كالهواء والماء والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوى او لم
ينو لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته وذلك لا يجوز ❁ والثاني ان يكتب طلاق امرأته
على ما يستبين فيه الخط ولكن لا على رسم كتب الرسالة فهذا ينوي فيه لان مثل هذه الكتابة قد تكون للايقاع وقد تكون لتجربة الخط والقلم
والبياض فينوى فيه كما في الالفاظ التي تشبه الطلاق فان كان صحيحا تبين نيته بلسانه وان كان اخرس تبين نيته بكتابه ❁ والثالث
ان يكتب على رسم كتابة الرسالة طلاق امرأته او عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق وهذا في القضاء وان قال عنيت به تجربة الخط
لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وهو نظير ما لو قال انت طالق ثم قال عنيت الطلاق من الوثاق ثم ينظر الى المكتوب
فان كتب امرأته طالق فهي طالق سواء بعث الكتاب اليها او لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي هذا فانت طالق فما لم
يصل اليها لا يقع الطلاق كما لو تكلم بما كتب فان ندم على ذلك فمحى ذكر الطلاق من كتابه وترك ما سوى ذلك وبعث بالكتاب اليها
فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط ومحوه الطلاق كرجوعه عن التعليق فان محى الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها
لم تطلق لان الشرط لم يوجد فان ما وصل اليها ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما
في القضاء لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في طلاقه ونكاحه
وشرائه وبيعه فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يقع شيء من ذلك باشارته لانه لا يستبين باشارته حروف منظومة
فبقي بمجرد قصد الايقاع وبهذا لا يقع شيء ❁ الا ترى ان الصحيح لو اشار لا يقع شيء من التصرفات باشارته ولكنه استحسن
فقال الاشارة من الاخرس كالعبارة من الناطق ❁ الا ترى ان في العبادات جعل هكذا حتى اذا حرك لسانه بالتكبير والقراءة جعل
جعل هذا بمنزلة التكبير من الناطق فكذلك في المعاملات وهذا لاجل الضرورة لانه محتاج الى ما يحتاج اليه الناطق فلو لم
تجعل اشارته كعبارة الناطق ادى الى ان يموت عاجزا ❁ وهذه الضرورة لا تتاتى في حق الناطق ولهذا قلنا المريض وان اعتقل
لسانه لا ينفذ تصرفه باشارته لانه لم ييئس الناس عن نطقه واقامة الاشارة مقام العبارة عند وقوع الياس من
عند النطق لاجل الضرورة وان لم يكن له اشارة معروفة تعرف ذلك منه او يشك منه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل

الاشارة فلا يجوز الحكم بها ولم يذكر في الكتاب حكم الطلاق بالفارسية ۝ وقد روى عن ابي حنيفة رح ان الفارسي اذا قال لامراته هسته او قال اداري هسته سوى في ذلك فان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة فهي واحدة رجعية ويستوى ان كان في حال مذاكرة الطلاق او لم يكن ۝ وعن ابي يوسف ان قال هسته ينوى فيه وان قال اداري فهي تطليقة رجعية الا ان ينوى ثلثا وعن محمد رح في قوله هستمت وارزى هستمت انه طلاق وكانهم جعلوا هذا اللفظ تفسيرا للتخلية ولهذا قال زفر يكون الواقع به بائنا ويحتمل ان يكون هذا معنى لفظ اخر فلا تثبت البينونة بالشك ۝ ولكنا نقول نحن اعرف بلغتنا منهم فالواقع بهذا اللفظ عندنا تطليقة رجعية سواء نوى الطلاق او لم ينو او نوى الثلث او لم ينو لان هذا اللفظ في لساننا صريح بمنزلة الطلاق في لسان العرب وانما معنى تفسير التخلية بله كردم فينوى في ذلك ۝ والحاصل ان كل لفظ لا يستعمل الا مضافا الى النساء فهو صريح وكل ما يستعمل في النساء وغير النساء فهو بمنزلة الكناية ينوى فيه قوله بله كردم يستعمل في غير النساء كما يستعمل في النساء فاما قوله هسته ۝ انفسمت لا يستعمل الا في النساء فيكون صريحا

باب الشهادة

قال واذا شهد شاهدان انه طلق احدى امراتيه بعينها وقالا قد نسيناها فشهادتهما باطلة عندنا ۝ وقال زفر تقبل شهادتهما ويحال بينه وبينهما اذا شهدا بالثلث حتى تبين المطلقة منهما لان الثابت بشهادتهما كالثابت باقرار الزوج ولو اقر انه طلق احداهما بعينها وقال قد نسيتها امرتان لا تقربن واحدة منهما حتى تتذكر وهذا لان الشهادة على الطلاق تقبل من غير دعوى وانما تنعدم الدعوى اذا لم تعرف المطلقة منهما فوجب قبول شهادتهما بقدر ما حفظا من كلام الزوج ولكنا نقول قد اقرا على انفسهما بالغفلة وبانهما ضيعا شهادتهما ولان القاضي اما ان يقضي بطلاق احديهما بغير عينها فيكون هذا قضاء بغير ما شهدا به او يقضي بطلاق احديهما بعينها وليست هذه باولى من الاخرى فاذا تعذر القضاء بها بطلت الشهادة ۝ ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة ويجبر على ان يوقع الطلاق على احديهما لان الجهالة في المشهود له لا تمنع صحة الشهادة لعينها بل لانعدام الدعوى فان الدعوى من المجهول لا يتحقق وهذا لا يوجد في الطلاق فان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى وبما اثبتا بشهادتهما قول الزوج احداهما طالق ولو كان القاضي سمع ذلك من الزوج يجبر على ان يوقع ذلك على احديهما كالو اذا قال فلانة بنت فلان طالق وسمى امراة ونسبها ثم قال عنيت بذلك امراة اجنبية على ذلك الاسم والنسب لم يصدق والطلاق واقع على امراته في القضاء لان كلام العاقل محمول على الصحة ما امكن وله ولاية الايقاع على امراته دون الاجنبية فلا يصدق فيما يدعي من الغاء كلامه في القضاء ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان ما قاله محتمل ويجوز ان يكون مراده ان فلانة طالق من زوجها على سبيل الحكاية او على سبيل الايقاع فيكون موقوفا على اجازة الزوج ولا يسع امراته ان تقيم معه لانها مامورة باتباع الظاهر كالقاضي فان قال هذه المراة التي عنيتها امراتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها لاقرار الزوج بانها هي المطلقة ولم تصدق على ابطال الطلاق على المراة المعروفة بذلك لانها تعينت للطلاق في الحكم وهو متهم في صرف الطلاق عنها فلا يصدق الا ان تشهد الشهود على نكاحها قبل ان يتكلم بطلاقها او على اقرارهما قبل ذلك فحينئذ يقع الطلاق عليها دون المعروفة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو كانت تحته معروفة ان على اسم ونسب واحد يطلق بذلك الاسم والنسب كان له البيان اليه يوقع الطلاق على ايهما شاء فكذلك هنا ۝ وكذلك ان صدقته المراة المعروفة بذلك وفي هذا نوع اشكال فان المعروفة متهمة في هذا التصديق كما ان الزوج متهم في الاقرار ولكنه لم يعتبر هذا لان الحق لهما وقد تصادقا على قيام النكاح بينهما باعتبار انه محتمل ولو تصادقا على النكاح ابتدا ثبت في الحكم فكذلك اذا تصادقا على بقاء النكاح بينهما ۝ قال وان قال فلانة طالق وذلك اسم امراته طلقت امراته ولم يصدق في صرف الطلاق عنها فلا يصدق ايقاع وله ولاية الايقاع على زوجته وقد بينا ان كلام العاقل محمول على الصحة معتدا وحنث لهذا والعتاق في هذا قياس الطلاق وهذا بخلاف الاقرار اذا قال لفلان علي الف درهم ثم جاء رجل عن ذلك الاسم وادعى المال لم يلزمه المال الا ان تشهد الشهود على اقراره انه عناه لان الاقرار من المقر بيقين في ذمته من حيث الالتزام فلا يعين المقر له الا بدليل يوجب التعيين وذلك الاشارة اليه واقراره انه عناه فاما الطلاق والعتاق فتصرف على المحل بالايقاع وزوجته مملوكته متعينة لذلك ۝ يوضحه ان جهالة المقر يمنع صحة الاقرار ومجرد ذكر الاسم لا يرفع الجهالة

وجهالة المطلقة والمعتقة لا تمنع صحة الايقاع ولان المال بالشك لا يستوجب والطلاق والعتاق يؤخذ فيهما بالاحتياط وكذلك في الاقرار لو قال لفلان بن فلان علي الف درهم فالمقر له بهذا القدر لا يصير معلوما كما في الدعوى والشهادة ۝ بذكر اسمه واسم ابيه لا يصير معلوما الا بذكر اسم جده او بنسبه الى فخذه او بنسبته الى قبيلته فحينئذ يصير معلوما ويلزمه المال بالاقرار ۝ قال واذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امراته ثلثا وجحد الزوج والمراة ذلك فرق بينهما لان المشهود به حرمتها عليه والحل والحرمة حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليه من غير دعوى كما لو شهدوا بحرمتها عليه بنسب او رضاع او مصاهرة وهذا لانهم يشهدون ان وطئه اياها بعد هذا زنا والشهادة على الزنا مقبولة من غير دعوى وفي الشهادة على عتق العبد اختلاف عند ابي حنيفة لا يقبل من غير دعوى ۝ وعندهما يقبل على ما نبينه في كتاب العتاق ۝ قال واذا كان له امراتان احداهما نكاحها صحيح والاخرى نكاحها فاسد واسمهما واحد فقال فلانة طالق ثم قال عنيت التي نكاحها فاسد لم يصدق في القضاء لانها بالنكاح الفاسد لم تصر محلا لوقوع طلاقه عليها فهي كالاجنبية والتي نكاحها صحيح محل لوقوع طلاقه عليها فمطلق الاسم ينصرف اليها ولا يصدق في صرفه عنها في القضاء وان كان يصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لنوبت اجنبية وكذلك لو قال لاحدى امراتي طالق لانه اوقع الطلاق بهذا اللفظ على امراته وهي التي صح نكاحها دون الاخرى لان بالنكاح الفاسد لا تصير هي امراته وكانه ليس في نكاحه الا امراة واحدة فقال احدى امراتي طالق ولو قال احداكما طالق لم تطلق امراته الا ان يعنيها لانه اوقع الطلاق على احدى اللتين خاطبهما واشار اليهما واحداهما ليست بمحل للطلاق فلا تتعين امراته الا بظلامه كما لو جمع بين امراته واجنبية وقال احداكما طالق ولو كان في يده عبدان واشترى احدهما شراء صحيحا واشترى الاخر شراء فاسدا فقال احدكما حر لم يعتق الذي اشتراه شراء صحيحا او قال احدكما طالق لم تطلق احدى عبدي حر فهو سوا والقول قوله في البيان لان المشترى شراء فاسدا صار مملوكا بالقبض فصار محلا للعتق كالمشترى شراء فاسدا فكان كلامه ايقاعا سواء ۝ ولو قال احدى عبدي او قال احدكما كان له البيان اليه بخلاف الاول فان التي نكاحها فاسد ليست بمحل الطلاق ۝ قال وان قال فلانة بنت فلان فسمى امراة ونسبها الى غير ابيها لم تطلق امراته لانه ما اوقع الطلاق عليها فانه ما اضافها الى نفسه بالنكاح وما اشار اليها ولا عرفها بذكر نسبها انما ذكر امراة اخرى وقع الطلاق عليها بما ذكر من الاسم والنسب فلا تتعين امراته كما لو اشار الى اجنبية وقال انت طالق لم تطلق امراته ۝ وكذلك لو قال فلانة الهمدانية وامراته تميمية لم تطلق ۝ وكذلك لو قال فلانة التميمية طالق وامراته صحيحة العينين وان نوى امراته بهذا كله طلقت لانه قصد الايقاع عليها بذكر اسمها وما زاد على ذلك فضل من الكلام وفي هذا تشديد عليه فتعمل نيته وان كان اسم امراته زينب فقال فلانة طالق يعني امراته وانما قال فلانة ولم يسمها فالطلاق واقع عليها وان لم يعنها لم تطلق لانه اوقع الطلاق بذكر مطلق الاسم ومطلق الاسم كما يتناولها يتناول غيرها فكان هذا بمنزلة الايقاع بلفظ الكناية فينوى في ذلك لكون اللفظ منهما محتملا واذا شهد شاهدان على تطليقتين وشاهد على ثلث والزوج يجحد لو شهد شاهد بتطليقة والاخر بتطليقتين او شهد بتطليقتين والاخر بثلث لم تقبل هذه الشهادة في قول ابي حنيفة وعندهما وابن ابي ليلى يقبل على الاقل لان المعتبر اتفاق الشاهدين على الاقل لان الاقل موجود في الاكثر فصار كما لو شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الاكثر تقبل شهادتهما على الاقل ۝ وكذلك لو شهد احدهما انه قال انت طالق وطالق او شهد احدهما انه طلقها والاخر انه طلقها وطلقها تقبل شهادتهما على طلاقها لاتفاق الشاهدين عليه ولان الموافقة كما تراعى من الشاهدين تراعى بين الدعوى والشهادة ثم لو ادعى اليقين ينبغي ان تقبل على الاقل ۝ وابو حنيفة رح يقول اختلف الشاهدان في المشهود به لفظا ومعنى فلا تقبل الشهادة كما لو شهد احدهما انه قال انت خلية والاخر انه قال انت برية ۝ وانما قلنا ذلك لان احدهما شهد بالواحدة والاخر بثنتين وبثلث والواحد اصل العدد لا تركيب فيها والثنتان والثلث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ومن حيث اللفظ الواحد غير التثنية والجمع والدليل عليه ان مدعي الاثنين او الثلثة لا يكون مقرا بالواحد لكان هذا بالشك بعد ذلك فينبغي ان تقبل ولان التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزياد ونصر وناصر وكذلك في الالف والالفين واذا ثبتت المغايرة كان على كل واحد من الامر شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضاء بشيء بخلاف الالف مع الالف وخمسماية فانهما اسمان احدهما معطوف على الاخر فيحصل الاتفاق بينهما على الالف لفظا ومعنى وكذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هنا في اللفظ ليس بشرط فاما بين الشاهدين الموافقة في اللفظ شرط ۝ الا ترى انه لو ادعى الغصب والقتل

وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار به لا تقبل وهذا لان الشهادة
بعد اللفظ ، الا ترى انها تقبل ما لم يقل اشهد والذي يبطل مذهبهما ما ذكر في كتاب الرجوع لو شهد شاهدان بتطليقة
وشهد شاهدان بثلث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان نصف الصداق على شاهدي الثلث دون شاهدي
الواحدة ولو اعتبر ما قالا لان الواحدة توجد في الثلث لكان الضمان عليهم جميعا وان شهد احدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها
قد دخلت وشهد الاخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها قد كلمت فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما يوقع الطلاق بغير ما اوقع به صاحبه فانما
كل واحد منهما بتعليق اخر من الزوج وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين فان شهد احدهما بتعليق اخر من الزوج وليس
على ايجابه طلقها ثلثا والاخر انه قال لها انت علي حرام ينوي الثلث فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لفظا وكذلك
ان اختلفا في الفاظ الكنايات كالخلية والبرية لان هذه الالفاظ عندنا تعمل بحقايق موجباتها فيكون احدهما شاهدا بالخلية
والاخر بالبرية وكذلك الاختلاف في مقادير المشروطات التي علق بها الطلاق ، وفي التعليق والارسال وفي مقادير الجعل وصفاتها
وفي استراطها وحذفها كل ذلك اختلاف في المشهود به لفظا ومعنى فيمتنع القضاء بهذه الشهادة لانه ليس على كل واحد منهما الا شا
واحد والشاهد الواحد لا يتمكن القاضي من القضاء ، واذا شهد احدهما انه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها وشهد الاخر
انه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وحدها لانهما اتفقا ان الشرط دخولها واتفقا ان الجزاء طلاقها وانما تفرد احدهما بزيادة
جزاء معطوف على طلاقها فيثبت ما اتفقا عليه ولا يثبت ما تفرد به احدهما ، قال ويجوز شهادة رجل وامراتين على طلاق المراة عندنا
خلافا للشافعي وقد بينا هذا في النكاح ، وفي الكتاب قال روي عن عمر رضي انه اجاز شهادة رجل وامراتين في النكاح ، قال
والطلاق وعندنا بمنزلته ولا يجوز اقل من ذلك حتى اذا اشهد بالطلاق رجل وامراة او شهد اربع نسوة ليس معهن رجل لا تقبل لان الطلاق
مما يطلع عليه الرجال ، قال ولا يجوز شهادة الولد على ابيه ولا على غيره بطلاق امه اذا ادعت ذلك امه لانه شاهد لها والولد
متهم في حق امه فان قيل لا معتبر بدعواها في الشهادة على الطلاق قلنا نعم ولكن اذا وجدت الدعوى منها فهي شهادة لها صدق دعواها
وفيه منفعة لها حتى كانت هي تجحد ذلك مع الاب كانت شهادته مقبولة عليهما وعلى هذا لو شهد الاب على طلاق ابنته لا تقبل
اذا ادعته ويجوز شهادة الاب مع رجل اخر على ابنه بطلاق امراته وكذلك شهادة الابن على ابيه اذا لم يكن لامه ، والحاصل ان الشهادة
على الطلاق بمنزلة الشهادة على ساير الحقوق فتقبل من الولد على الوالدين ولا تقبل لهما وتقبل من المسلمين على اهل الذمة ولا تقبل
من اهل الذمة على المسلمين ، قال واذا زوج رجل اخته ثم شهد هو واخر على الزوج بطلاقها تقبل لان شهادة الاخ للاخت
لساير الحقوق مقبوله فكذلك الطلاق وهذا لان الطلاق حادث بعد النكاح لا صنع للاخ فيه فلا تمتنع شهادته عليه بسبب
مباشرته للنكاح بخلاف ما لو شهد على اصل النكاح ان المراة قد اجازته فان شهادته لا تقبل لانه مزوج وقد قصد بشهادته
تتميم فعله فلا تقبل شهادته لهذا ، قال واذا شهد شاهدان على رجل بالطلاق قبل الدخول فقضى القاضي لها بنصف المهر
ثم رجعا ضمنا للزوج ذلك اما لانهما قررا عليه ما كان على شرف السقوط بمجيء الفرقة من جانبها والمقرر كالموجب ولان وقوع
الفرقة قبل الدخول مسقط لجميع الصداق الا ان يكون مضافا الى الزوج فهما باضافة السبب الى الزوج وهو الطلاق فيقاء
المسقطة منعا ان يعمل عملها في النصف فكان ذلك كالايجاب منهما فيضمنان اذا رجعا وان رجع احدهما ضمن الربع وان كان الشاهد
رجل وامراتين ثم رجعت امراة فعليها ثمن المهر وان رجعوا جميعا فعلى الرجل ربع المهر وعلى المراة ثمن المهر لان الثابت بشهادة
ضعيفه ما يثبت بشهادة المراة فان عند الاختلاط كل امراتين يقومان مقام رجل ثم المعتبر في الرجوع بقاء من بقي على الشهادة
لا رجوع من رجع حتى لو شهد ثلثة نفر ثم رجع احدهم لم يضمن شيئا لانه قد بقي على الشهادة من يثبت جميع الحق بشهادته وان كان
الشاهد بالطلاق رجلين وامراتين ثم رجع رجل وامراة كان عليهما ثمن المهر اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة لانه قد بقي على الشهادة
من يقوم بثلاثة ارباع الحق فانما انعدمت الحجة في قدر الربع فلهذا ضمنا ذلك القدر اثلاثا فان رجعت المراة الاخرى ايضا لزمها
مع الراجعين الاولين ربع المهر لانه قد بقي على الشهادة رجل وهو يقوم بنصف الحق ثم نصف هذا الربع على الرجل الراجع ونصفه
على المراتين لان الثابت بشهادة كل رجل مثل الثابت بشهادة المراتين سدس المهر وعلى الرجلين الثلث وان رجعوا جميعا كان على المراتين
سدس المهر وعلى الرجلين الثلث لان الثابت بشهادة كل رجل مثل الثابت بشهادة المراتين ، قال وان شهد رجلان بالدخول
ورجلان بالطلاق فالزم القاضي الزوج كل المهر ثم رجع شاهدا الطلاق فلا شيء عليهما عندنا ، وعلى قول الشافعي عليهما ضمان مهر المثل
لان شاهدي الدخول ثابتان على الشهادة فصار كان الدخول ثابت باقرار الزوج فمعنى شهادة الاخرين بالطلاق بعد الدخول

وذلك غير موجب للضمان عليهما اذا رجعا عندنا لان البضع متقوم عند دخوله من ملك الزوج بمهر المثل كما انه متقوم عند دخوله
في ملك الزوج وقد بينا الفرق بينهما في كتاب النكاح ثم يقول لما كان جميع المهر يثبت بشهادة شاهدي الدخول فما بقيا على الشهادة
لم يضمن الراجعان شيئا وان رجع شاهدي الدخول ولم يرجع شاهدا الطلاق فعليهما نصف المهر لانه قد بقي على الشهادة من يثبت
بشهادته نصف المهر ، الا ترى انه لو لم يوجد شاهدا الدخول كان القاضي يقضي بنصف المهر بشهادة شاهدي الطلاق فانما
انعدمت الحجة برجوعهما في نصف المهر وقد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلثة ارباع المهر وهو احد شاهدي الدخول
واحد شاهدي الطلاق فلهذا لا يضمن شاهدا الطلاق شيئا ويضمن شاهدا الدخول ربع المهر لان الحجة قد انعدمت في قدر الربع وحقيقة
المعنى فيه ان نصف المهر ثابت بشهادة شاهدي الدخول خاصة والنصف الاخر ثابت بشهادة الاربع فالنصف الذي هو ثابت
بشهادتهم قد بقي كل الحجة فيه اثنين على الشهادة والنصف الذي قد ثبت بشهادة شاهدي الدخول بقي نصفه ببقاء احدهما على الشهادة
وانعدمت الحجة في نصفه فلهذا ضمن شاهدا الدخول ربع المهر وان رجع شاهدا الطلاق مع احد شاهدي الدخول كان عليهم ضمان
نصف المهر لانه قد بقي بشهادته يثبت نصف المهر وهو احد شاهدي الدخول فانما انعدمت الحجة في النصف نصف هذا النصف
على شاهد الدخول والنصف الاخر عليهم اثلاثا لان نصف المهر ثبت بشهادة شاهدي الدخول وقد بقي نصفه ببقاء احدهما
يجب نصفه على الاخر والنصف الاخر ثبت بشهادة الاربعة وقد بقي واحد على الشهادة فيبقى نصف ذلك النصف ببقائه
وتنعدم الحجة في نصفه فيكون عليهم اثلاثا وان رجعوا جميعا كان على شاهدي الدخول ثلثة ارباع المهر وعلى شاهدي الطلاق
ربع المهر لان النصف ثبت بشهادة شاهدي الدخول خاصة فضمان ذلك عليهما اذا رجعا والنصف الاخر يثبت بشهادة الاربعة
فيكون عليهم ارباعا نصفه على شاهدي الدخول ونصفه على شاهدي الطلاق ، قال واذا شهد شاهد واحد على الطلاق
فسالت المراة ان يضعها على يدي عدل حتى ياتي بشاهد اخر لم يفعل ذلك ودفعها الى زوجها حتى تاتي ببقية شهودها لان قيام
النكاح والحل بينهما معلوم وبشهادة الواحد لم تثبت سبب الحرمة لانها شطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم فيمسك
القاضي عما كان معلوما له حتى يثبت عنده العارض فاذا كان الطلاق ثلثا او باينا وادعت ان بقية شهودها في المصر وشاهدها
هنا عدل حال بينها وبين الزوج واجلها ثلثة ايام حتى ينظر ما يصنع في شاهدها الاخر وهذا استحسان ، وفي القياس
لا يحول بينه وبينها لان الحجة لم تتم ولكنه استحسن فقال للشهادة طرفان العدد والعدالة فان شهد رجلان مستوران فكذلك
اذا وجد العدالة وهذا لان الذي يسبق الى وهم كل احد ان العدل صادق في شهادته وباب الفرج مبني على الاحتياط وليس في
الحيلولة كثير ضرر على الزوج ولكن مع هذا لا تكون هذه الحيلولة واجبة على القاضي بل ان فعل فحسن وان لم يفعل ودفعها الى
الزوج فلا باس لان حجة القضاء به لم تتم ، الا ترى انه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه ، قال واذا شهد شاهد على تطليقة
وشهد اخر على تطليقة رجعية لانهما اتفقا على اصل الطلاق وانما انفرد احدهما بزيادة البينونة فلا يثبت ما تفرد به احدهما
وهو دليل لهما على ابي حنيفة في الثلث مع الواحدة يقول لا ينفرد احدهما بالبينونة الغليظة كتفرد احدهما بالبينونة الخفيفة
وعند ابي حنيفة اذا قرن الطلاق بالعدد كان العامل هو العدد فكل واحد منهما شاهد بالوقوع بلفظ اخر فهنا اللفظ صفة البينونة
بالطلاق فوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق وقد اتفق الشاهدان عليه لفظا ، يوضحه ان صفة البينونة لا يتغير اصل الطلاق
الا ترى ان بمضي العدة ينقلب الرجعي باينا فاما بانضمام الثاني والثالث يتغير حكم الطلاق ولو شهد احدهما على تطليقة والاخر
على واحدة وواحدة جازت شهادتهما في الواحدة لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ولو شهد احدهما على انه طلقها واحدة
وشهد الاخر انه طلقها واحدة وعشرين او واحدة ونصف فقد اتفقا على الواحدة في لفظهما وبكلمتها انما تفرد احدهما بزيادة
لفظ اخر معطوف على لفظ الواحدة فيثبت ما اتفقا عليه وفرق ابو حنيفة رح بين هذا وبينما اذا شهد احدهما بواحدة والاخر
باحد عشر قال هناك احد عشر اسم واحد لانعدام حرف العطف فالشاهد بها لا يكون شاهدا بالواحدة لفظا فاما واحدة
وعشرين اسمان بينهما حرف العطف فالشاهد بها شاهد بالواحدة لفظا ، قال وان شهد احدهما انه طلقها واحدة وشهد الاخر
انه طلقها نصف واحدة او شهد احدهما على نصف واحدة والاخر على ثلث واحدة لم تقبل الشهادة عند ابي حنيفة وتقبل عندهما
لان المعتبر عندهما الاتفاق في المعنى وقد وجدنا نصف التطليقة وثلثها كمالها ، وعند ابي حنيفة يعتبر اتفاق الشاهدين
فلهذا قال لا تقبل الشهادة وان شهد احدهما انه طلق فلانة طالق لا بل فلانة وشهد الاخر انه قال فلانة طالق فسمى الاولى فقط
جازت الشهادة على طلاق الاولى لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى ، وما تفرد به احدهما من الزيادة لم يثبت وان شهد

احدهما انه قال انت طالق الطلاق كله وشهد الاخر انه قال انت طالق بعض الطلاق فعندهما يقضى بتطليقة واحدة لاتفاق الشاهدين عليها معنى وعند ابى حنيفة لا تقبل هذه الشهادة لاختلافهما لفظا والمغايرة بين الكل والبعض على سبيل المضادة . قال وان شهد احدهما انه قال لها انت طالق وشهد الاخر انه اقر انه طلقها فالشهادة جايزة لان الطلاق قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحد فاختلاف الشهود في الانشاء والاقرار لا يكون اختلافا في المشهود به . وكذلك ان اختلفا في المكان والزمان لان القول مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول فاختلاف الشاهدين في المكان والزمان لا يختلف المشهود به بخلاف الافعال كالغصب والقتل . قال وان شهد احدهما انه طلقها بمكة يوم النحر وشهد الاخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة كانت شهادتهما باطلة لان المشهود به مختلف ولكن لانا تيقنا بكذب احدهما فان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة فاذا كان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب اولى ولا يقال هذا يتحقق في كرامات الاولياء لان مثل ذلك الولي لا يجحد ما اوقع من الطلاق حتى يحتاج الى اثباته عليه بالبينة ولانا نبني الاحكام على الظاهر . قال ولو شهدا بذلك على يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة تقبل شهادتهما لان تهمة الكذب هنا منتف لظهور عدالتهما وانما تعدد مكان ما شهدا به وباختلاف المكان لا يختلف المشهود به وهو الطلاق . قال ولو شهد شاهدان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة وشهد شاهدان انه طلق زينب يوم النحر بمكة او اعتق عبده فشهادتهما باطلة لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتعذر عليه العمل بشهادتهما . قال وان جاءت احدى البينتين قبل صاحبتها فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لان الاولى تاكدت بقضاء القاضي فتعين الكذب في الاخرى اذ لا يجوز نقض القضاء بالشك وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امراة واقام كل واحد منهما البينة واستويا لم يقض القاضي لواحد منهما ولو سبق احدهما باقامة البينة وقضى له ثم اقام الاخر البينة لم تقبل بينته لهذا المعنى . قال ولو قال لامراتين له انتما ان اكلتما هذا الطعام فهما طالق فجاءت كل واحدة منهما بالبينة انها اكلته فشهادتهم جميعا باطلة لانا تيقنا بكذب احد الفريقين فالشرط اكل جميع الطعام من واحدة ولا يتصور ان ياكل كل واحدة منهما جميع الطعام فان جاءت احدى البينتين قبل الاخرى فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لان بقضائه يتعين معنى الصدق في شهادة الفريق الاول فيتعين معنى الكذب في شهادة الفريق الثاني وان كانتا اكلتاه لم تطلق واحدة منهما لان الشرط اكل الواحدة جميع الطعام فان كلمة اي تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد وعديناها هذا

باب طلاق المريض

قال واذا طلق المريض امراته ثلثا او واحدة باينة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس وهو احد قولي الشافعي وفي الاستحسان ترثه وهو قولنا . وقال ابن ابي ليلى وان مات بعد انقضاء عدتها ترثه ما لم تتزوج بزوج اخر وهو قول الشافعي وقال مالك ترثه بعد ما تزوجت بزوج اخر فلها الميراث منه . وجه القياس ان سبب الارث بينهما النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو كان طلقها قبل الدخول ولان الميراث بالنسب تارة وبالزوجية اخرى ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته او في مرضه فكذلك اذا انقطعت الزوجية . ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد روى ابراهيم قال جاء عروة البارقي الى شريح رحمه الله من عند عمر رضي الله عنه بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امراته ثلثا ورثته اذا مات وهي في العدة وعن الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن الفزاري كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله عنه ففارقها بعد ما حوصر فجاءت الى علي رضي الله عنه بعد ما قتل واخبرته بذلك فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت فارقها وورثها منه وان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر اخر التطليقات الثلث في مرضه فورثها عثمان رضي الله عنه فقال ما اتهمته ولكني اردت السنة . وعن عائشة رضي الله عنها ان امراة الفار ترث ما دامت في العدة . وعن ابي بن كعب رضي الله عنه انها ترث ما دامت في العدة ما لم تتزوج . وقال ابن سيرين كانوا يقولون لا يختلفون من فر من كتاب الله تعالى رد اليه يعني هذا الحكم والقياس يترك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فان قيل لا اجماع هنا فقد قال ابن الزبير رضي الله عنه في حديث تماضر لو كان الامر الي ما ورثتها . وقال عبد الرحمن بن عوف ما طلقتها فرارا ولا اضرارا قلنا معنى قول ابن الزبير رضي الله عنه ما ورثتها الجهل بالاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه ما لم يخف على عثمان رضي الله عنه وفي بعض الروايات انها سالته يعني قوله ما ورثتها لانها سالت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله وقيل ما سالته الطلاق ولكنه قال لها اذا طهرت فاذنيني فلما طهرت اذنته وهذا لا يسقط ميراثها وابن عوف رضي الله عنه لم ينكر التوريث انما نفى عن نفسه تهمة الفرار حتى روي عن عثمان رضي الله عنه انه عاده فقال ان مت ورثتها منك فقال انا اعلم ذلك ما طلقتها ضرارا ولا والمعنى فيه انه قصد ابطال حقها عن الميراث بعوله فيرد عليه قصده كما لو وهب جميع ماله من انسان وانما قلنا ذلك لان بمرض الموت

تعلق الورثة بماله ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث ثم استحقاق السبب في المحل فاذا كان تصرفه في المحل يجعل كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لابقاء حق الوارث فتصرفه في السبب بالرفع يجعل كالمضاف الى ما بعد الموت حكما بل اولى لان الحكم يضاف الى السبب دون المحل واذا صار كالمضاف فكان النكاح بينهما قايما عند الموت حكما ولهذا قال ابن ابي ليلى ان عدتها في حق الميراث لا تنقضي حتى ان لها الميراث ما لم تتزوج فاذا تزوجت فهي التي رضيت بسقوط حقها ولهذا ذلك كما لو سالته الطلاق في الابتدا . ولكنا نقول لما انقضت عدتها فلها ان تتزوج وذلك دليل حكمي منا في النكاح الاول فلا يبقى معه النكاح حكما كما لو تزوجت وهو نظير وجوب الصلوة على التي انقطع دمها فيما دون العشر بمضي الوقت يجعل كاداء الصلاة في الحكم بانقضاء العدة وما قاله مالك من بقاء الميراث بعد التزوج بعيد لان المراة الواحدة لا ترث من زوجين بحكم النكاح . وما قاله مالك من بقاء الميراث بعد يؤدي الى هذا ثم بعد انقضاء العدة يكون مسقطا حقها بعوض فانها تقدر على ان تتزوج اخر فتستغني بميراثه وذلك صحيح من المريض كما لو باع ماله بمثل قيمته فاما قبل انقضاء العدة يكون هذا ابطالا لحقها بغير عوض لانها لا تقدر على التزوج . وهذا بخلاف النسب فانه لا ينقطع بمجرد قوله انما ينقطع بقضاء القاضي باللعان وذلك من حكمي ثم النسب بعد ثبوته لا ينقطع ولكن يتبين بنفيه انه لم يكن ثابتا في الولد الى فيتبين انه لم يكن له حق في ماله . ولكن الكلام من حيث المعنى ليس بقوي فان بعد ثبوت حرمة المحل اما بالتطليقات الثلث وبالمضي يتعذر ابقاء النكاح حكما ولكن يجعل بقاء العدة التي هي من حقوق النكاح كبقاء النكاح في حكم التوريث باتفاق الصحابة رضي الله عنهم ولهذا لو كان الطلاق قبل الدخول لا ترث لانه لا عدة عليها . ولكن هذا في ابقاء ما كان ثابتا لا في اثبات ما لم يكن ثابتا حتى لو كان حين طلقها لم ترثه منه وانما اقمنا العدة مقام النكاح في ابتداء الاستحقاق بعد العتق والاسلام وذلك غير ما اتفق عليه الصحابة فلا يمكن اثباته بالراي . قال ولو طلق المريض امراته تطليقة رجعية ثم مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه لانعدام السبب عند الموت حقيقة وحكما وايهما مات قبل انقضاء العدة ورثه الاخر لان النكاح بينهما باق حتى انتهى بالموت وان طلقها في مرضه تطليقة باينة ثم صح من مرضه ثم مات من غير ذلك المرض وهي في العدة فلا ميراث لها منه عندنا . وقال زفر ترث منه لانه صار متهما بالفرار حين طلقها في مرضه ولان حقها كان متعلقا بماله عند الطلاق وعند الموت فلا يعتبر ما تخلل بينهما فكانه لم يصح حتى مات من مرضه ولكنا نقول حقها انما يتعلق بماله بمرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت ولم يوجد ذلك وكل مرض يعقبه برء فهو بمنزلة حالة الصحة فكانه طلقها وهو صحيح ثم مرض ومات . وان كانت المراة هي التي ماتت في جميع الوجوه منهم لم يرثها الزوج لانه رفع السبب بنفسه باختياره ولم يكن له حق في مالها في حال قيام الزوجية ليبقى ذلك ببقاء العدة ثم جمع بين فصول اربعة . احدها ان تعلق طلاقها بفعل نفسه والثاني ان تعلق بفعل اجنبي . والثالث بمجي الوقت . والرابع بفعلها وكل فصل من ذلك على وجهين . اما ان يكون التعليق والوقوع في المرض فلانه متهم بالفرار والقصد الى ابطال حقها عن ماله وان كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض فكذلك لانه اقدم على الشرط في المرض مع علمه ان التطليقات تقع عنده فقد صار قاصدا الى ابطال حقها عن ماله فيجعل ذلك كتنجيز الطلاق في هذه الحالة ويستوي ان كان الشرط فعلا له منه بد او لا بد له منه كالاكل والصلوة لانه وان لم يكن له من الفعل بد فقد كان له من التعليق الف بد فاذا علق بفعل فان كان التعليق في المرض فلها الميراث لانه صار قاصدا ابطال حقها عن ماله فهذا والتنجيز في حقه سوا . وان كان التعليق في الصحة ففعل ذلك الفعل الاجنبي في مرضه فلا ميراث لها الا على قول زفر فانه يقول المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز من المعلق فيصير عند فعل الاجنبي كان الزوج طلقها ثلثا وهو مريض . ولكنا نقول لم يوجد من الزوج قصد الفرار لانه حين علق لم يكن لها حق في ماله ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك في وجود الشرط ولا كان متمكنا من المنع لانه ما كان يقدر على ابطال التعليق ولا على منع الاجنبي منه من ايجاد الشرط واما اذا كان التعليق بمضي الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق فان كان التعليق في المرض فلها الميراث لوجود قصده ابطال حقها بعد ما تعلق بماله وان كان التعليق في الصحة ثم جاء راس الشهر وهو مريض لم ترثه عندنا . وقال زفر ترثه هذا والاول سواء . وكذلك لو قال انت طالق ثلثا غدا ثم مرض قبل مجي الغد فاما اذا علق بفعلها فان كان التعليق في المرض فلها الميراث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا ميراث لها في قول محمد لانه علق الزوج الطلاق فلم يكن لها في ماله حق فلا يتهم بقصد الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع واكثر ما في الباب انه ينعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون كالتعليق بفعل الاجنبي او بمجي راس الشهر وقد بينا انه هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك هنا وهما يقولان هي مضطرة الى الاقدام على هذا الفعل فانها ان لم تقدم تخاف على نفسها او تخاف العقوبة وان اقدمت سقط حقها فكانت مضطرة ملجاة وهو الذي الجاها الى ذلك والاصل ان الملجا يصير الة للملجي والفعل في الحكم كالموجود من الملجي كالمكره على اتلاف مال الغير فبهذا المعنى يصير كان الفعل وجد

من الزوج حكما فلها الميراث قال واذا بانت بايلاء في مرضه فان كان الايلاء منه في مرضه فلها الميراث اذا مات وهي في العدة
وان كان اصل الايلاء في صحته فلا ميراث لها لان المولى في المعنى يصير كانه قال اذا مضى اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق
تطليقة باينة ، وقد بينا في التعليق بمجي الوقت انه ان كان التعليق في المرض فلها الميراث وان كان التعليق في الصحة
فلا ميراث لها فكذلك في الايلاء ، ولو قال المريض لامرأته ان شئت فانت طالق ثلثا فشاءت او خيرها فاختارت نفسها
لم ترث منه لانها رضيت بسقوط حقها وكانها سالته الطلاق او اختلعت منه ، قال ولو قال لها وهو مريض اذا جاء راس الشهر
فانت طالق فجاء راس الشهر وهو صحيح فلا ميراث لها وكذلك لو آلى منها وهو مريض وتمت المدة وهو صحيح لانه حين تحققت الفرقة بينهما
لم يكن لها حق في ماله فكانه نجز طلاقها في هذه الحالة ولو قال لها وهو صحيح اذا مرضت فانت طالق ثلثا ثم مرض ومات ورثته
لان التعليق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولما جعل الشرط مرضه مع علمه ان مرضه يتعلق حقها بماله فقد قصد الفرار
وكان ابو القاسم الصفار رحمه الله يقول لا ترث لان الطلاق يقع عليها ابتداء مرضه ، وعند ابتداء ذلك هو لا يكون
صاحب فراش والمرض الذي يتعلق حق الوارث بماله ما يضنيه ويجعله صاحب فراش ، وان قال في مرضه قد كنت
طلقتك ثلثا في صحتي وقع الطلاق وعليها العدة من ساعة اقر ولها الميراث منه لانه متهم بالفرار بهذا الاقرار كما يكون متهما بانشاء
الطلاق ، وهذا لانه في الاسناد الى حالة الصحة متهم في حقها لانه لو انشا الطلاق في هذه الحالة لم يسقط ميراثها فلهذا
لا يقبل قوله في الاسناد في حقها ، قال فان اقر في مرضه انه قد جامع امرأته في الصحة او بينهما رضاع او تزوجها بغير شهود
او في عدة من زوج كان لها قبله لم تصدق في ابطال ميراثها لكونه متهما في ذلك وجعل هذا كانشاء سبب الفرقة منه ، قال
واذا قال لامرأته اذا صححت فانت طالق ثم صح من مرضه وقع الطلاق عليها لوجود الشرط ولا ميراث لها ان مرض بعد ذلك ومات
لانه حين وقع الطلاق عليها لم يكن لها حق في ماله فلا يكون هو قاصدا الفرار ، ولو قال لامرأته انت طالق ثلثا قبل ان اقتل او قبل
ان اموت من مرض كذا وكذا بشهر فمات مما قال او من غيره قبل مضي شهر او بعده لم تطلق لان ما عرفنا الوقت به ليس بكائن لا محالة
فصار في معنى الشرط بمنزلة قدوم فلان على ما تقدم ولو وقع الطلاق لوقع بعده ولا نكاح بينهما بعد ما قتل فلهذا لا تطلق ،
ولها الميراث وان قال انت طالق ثلثا قبل موتي بشهر ونصف او اقل من شهرين ثم مات بعد مضي ذلك الوقت الذي قاله فجاءه او مرض
ثم مات وقع الطلاق عليها عند ابي حنيفة قبل موته كما قال ولها الميراث ، وعندهما لا تطلق لما بينا ان عندهما الموت يصير
في معنى الشرط ، وعند ابي حنيفة هو معرف للوقت فانما يقع الطلاق من اوله ولكن عدتها لا تنقضي بما دون الشهرين فكان لها
الميراث ويصير الزوج فارا لان الطلاق لا يقع ما لم تشرف على الموت ويتعلق حقها بماله . وان كان قال قبل موتي بشهرين
او باكثر من ذلك ثم مات قبل مضي الشهرين لم يقع الطلاق ايضا ولها الميراث لان الوقت الذي اضاف اليه الطلاق لم يوجد
بعد كلامه وان عاش مثل ما سمى او اكثر ثم مات وقع الطلاق عليها قبل موته بما سمى من الوقت ولا ميراث لها ايضا لان العدة
قد تنقضي في شهرين بثلث حيض ، وكذلك لو كان وقت وقوع الطلاق مريضا اذا كان الكلام في الصحة وان كانت صغيرة
او ايسة عدتها ثلثة اشهر ولها الميراث الا ان يسمي من الوقت ثلثة اشهر او اكثر ، وهذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله
فاما عندهما لا يقع الطلاق في شي من ذلك وان وقت سنة ولها الميراث لان عندهما الموت في معنى الشرط ايضا فلو وقع الطلاق
لوقع بعده ، واذا قال لها وهو صحيح انت طالق قبل موتي بشهر ثم مات فجاة بغير مرض فلها الميراث لانه ذكر الموت
فيما اوقع عليها من الطلاق فيصير به فارا عن ميراثها ايضا ، وان استند الوقوع الى حالة الصحة اذا مات قبل انقضاء العدة
قال واذا طلق الرجل امرأته واحدة باينة ثم تزوجها في عدتها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فعليها عدة مستقبلة في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله باعتبار ان السابق الدخول على العقد الثاني يجعل كالموجود بعده ، وقد بينا هذا
في كتاب النكاح فلها المهر كاملا والميراث وله عليها الرجعة ما دامت في العدة ، وكذلك لو كان الطلاق الاول في الصحة
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله ، وعند محمد رحمه الله لا رجعة له عليها ولها نصف المهر وتتم نفقة عدتها
من الطلاق الاول لان الطلاق في النكاح الثاني حصل قبل الدخول ولم يبين حكم الميراث ولا ميراث لها عند محمد رحمه الله
لانه لم يلزمها العدة بالطلاق الثاني لانه طلاق قبل الدخول ، قال واذا اختلعت نفسها في مرضه او جعل امرها بيدها
فطلقت نفسها فلا ميراث لها منه ايضا لان الفرقة وقعت بفعلها اما بقبول البدل او بايقاعها الطلاق على نفسها وهذا آت
في اسقاط حقها من سؤال الطلاق ايضا ، واذا قال المريض لامرأته وهي امة انت طالق ثلثا غدا ، وقال المولى لها

واذا قال

واذا قال المريض لامرأته وهي امة انت طالق غدا ثلثا وقال المولى لها انت حرة غدا فجا الغد وقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها
لان الزوج حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار اذ لم يكن لها حق في ماله يومئذ لان الطلاق والعتاق يقعان معا لان كل واحد منهما
مضاف الى الغد ثم العتق يصادفها وهي رقيقة فلا ميراث لها ، وكذلك لو كان المولى تكلم بالعتق قبل كلام الزوج لان العتق
لم يلزمه بقول المولى ، الا ترى انه يمكنه ان يبيعها ولانه يمكنه ان تعتق غدا فلا يصير الزوج فارا ولان الوقوع يصادفها وهي رقيقة
فلو ثبت حقها في ماله انما يثبت بعد العتق ولا نكاح بينهما بعد العتق ، قال ولو قال اذا اعتقت فانت طالق ثلثا كان فارا لان
الطلاق هنا انما يقع بعد العتق وبعد ما يتعلق حقها بماله ولما اضاف الطلاق الى ما بعد العتق مع علمه ان عتقها يتعلق حقها بماله
فقد سقط اسقاط حقها فرد عليه قصده ، قال وان قال لها المولى انت حرة غدا ، وقال الزوج انت طالق ثلثا بعد الغد فان كان
يعلم بمقالة المولى فهو فار وان لم يعلم بذلك فليس بفار لانه لا حق لها في ماله حين علق الزوج لكونها رقيقة ولكنه اضاف الى وقت يعلم
انها حرة في ذلك الوقت وان حقها يكون متعلقا بماله فقد قصد ابطال حقها وان لم تعلم بذلك لم يكن قاصدا ابطال حقها وان لم
بذلك لم يكن قاصدا ابطال حقها فلهذا لا ترثه وان اعتقها المولى ثم طلقها الزوج ثلثا وهو لا يعلم بالعتق فلها الميراث منه
لانها حين عتقت والزوج مريض فقد تعلق حقها بماله فلو سقط انما يسقط بايقاعه الثلث عليها وذلك عن مسقط لميراثها ما دامت
في العدة وجهل الزوج بالعتق لا يكون معتبرا في اسقاط حقها وهذا بخلاف ما سبق من قول الزوج لها انت طالق ثلثا بعد غد
لان هناك لا حق لها في ماله حين تكلم الزوج بالطلاق ، الا ترى انه لو نجز طلاقها في ذلك الوقت لم ترث فلم يكن الزوج مسقطا
حقا ثابتا لها ولكن اذا كان عالما بمقالة المولى فقد اضاف الى وقت يعلم حريتها فيه فكان ذلك قصدا منه للاضرار بها فيرد
قصده عليه فان لم يكن عالما بمقالة المولى فلم يوجد منه القصد الى اضرارها فلا يكون فارا لهذا ، قال وان كانت المرأة حرة كتابية
فقال لها انت طالق ثلثا غدا ثم اسلمت قبل الغد او بعده فلا ميراث لها منه لانه حين تكلم الزوج بالطلاق لم يكن لها حق في ماله
حتى لو جز الثلث لم ترث ولم يقصد الاضرار بها باضافة الطلاق الى الغد لانه ما كان يعلم انها تسلم قبل مجي الغد فلم يكن فارا
قال ولو قال لها اذا اسلمت فانت طالق ثلثا كان فارا لانه قصد الاضرار بها حين اضاف الطلاق الى وقت تعلق حقها بماله
وهو ما بعد الاسلام وهو نظير ما سبق اذا قال الصحيح لامرأته اذا جاء راس الشهر فانت طالق ثم مرض قبل مجي راس الشهر ثم
ولو قال اذا مرضت فانت طالق ثلثا كان فارا وان اسلمت ثم طلقها ثلثا وهو لا يعلم باسلامها فلها الميراث منه لان ايقاع الثلث
كان بعد تعلق حقها بماله وجهل الزوج غير معتبر في اسقاط حقها بعد ما تعلق بماله ، قال واذا اسلمت امرأة الكافر ثم طلقها ثلثا
وهو مريض ثم اسلم ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانه حين اوقع الثلث قبل اسلامه فهو غير فار اذا لم يكن لها منه ميراث
فان اختلاف الدين يمنع توريث المسلمة من الكافر بخلاف ما لو كان اسلم قبل الطلاق وهو يعلم باسلامها او لا يعلم فانما اوقع
بعد ما تعلق حقها بماله ، وكذلك العبد اذا طلق امرأته في مرضه ثم عتق واصابه ما لا فلا ميراث لها منه لانه لم يكن فارا حين
طلق امرأته لانه ما كان يعلم انه يعتق ، ولو قال اذا اعتقت فانت طالق ثلثا فهو فار لانه بالاضافة الى ما بعد عتقه قاصد الاضرار
قال ولو كانت امرأته امة فقال لها في مرضه اذا اعتقنا انا وانت فانت طالق ثلثا ثم اعتقا جميعا فلها الميراث لاضافته الطلاق
الى ما بعد تعلق حقها بماله ، ولو قال انت طالق غدا ثلثا ثم اعتقا اليوم لم يكن لها ميراث لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لها حق
في ميراثه وما كان يدري انهما يعتقان قبل مجي الغد فلا يكون بهذه الاضافة قاصدا الفرار ، وكذلك لو قال لهما المولى انتما حران غدا
وقال الزوج انت طالق ثلثا غدا لم يكن بينهما ميراث لان وقوع الثلث بهذا اللفظ قبل ان يثبت حكم التوريث بينهما فان حكم التوارث
بعد العتق والطلاق يقترن بالعتق قبل مجي الغد فلا يكون بهذه الاضافة قال وان قال لها انت طالق ثلثا قبل مجي الغد في القياس لا ميراث
لها منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لها في ماله حق ، الا ترى انه لو نجز لم يكن بينهما توارث ولانه لا يتيقن بعتقهما بعد العتق لجواز ان يبيعهما قبل مجي الغد ، ولكنه استحسن فقال اذا كان يعلم بمقالة المولى فلها الميراث وان لم يعلم فلا ميراث لها منه
لان الظاهر بعد مقالة المولى انهما يعتقان بمجي الغد فان الاصل بقاؤهما في ملكه والبناء على الظاهر واجب حتى يظهر خلافه فهو باضافة
الثلث الى ما بعد الغد بعد العلم بمقالة المولى يكون قاصدا الاضرار بها فيكون فارا واذا لم يكن عالما بمقالة المولى لم يكن قاصدا الاضرار
فيكون فارا ، وان قال الزوج ام الولد والمدبرة وهو حر مريض انت طالق ثلثا اذا مضى شهر ثم مات المولى قبل ذلك فعتقت ثم وقع
لم يكن لها منه ميراث لانه بهذه الاضافة لم يقصد الاضرار بها لانه ما كان يعلم ان المولى يموت قبل مجي الشهر بخلاف ما لو قال اذا مات مولاك
فعتقت فانت طالق ثلثا لان هناك يتحقق قصده الاضرار بها ، قال وان طلق المكاتب امرأته الحرة في مرضه ثلثا ثم مات وهي في العدة

وترك وفا فادت كتابة او اعتق قبل ان يموت فلا ميراث لها منه لانه حين وقع الثلث لم يكن لها حق في تركته فان المكاتب عبد وما كان يدري
انه يعتق قبل موته او يترك وفا فلم يكن فارا وان كان مكاتبين كتابة واحدة ان اديا عتقا او عجزا ردا رقيقين فطلقها في مرضه ثلثا ثم مات
وترك وفا فلا ميراث لها منه لانه لم يكن لها حق في ماله حين طلقها ثلثا وعليها العدة حيضتان لان الطلاق وقع عليها وهي امة ويرجعون
عليها فيما ادى من تركة المكاتب عنها كما لو ادى بنفسه عنها في حيوته • قال واذا خرجت المراة الينا مسلمة ثم خرج زوجها بعدها مسلما
وهو مريض فطلقها او لم يطلقها ثم مات فلا ميراث لها منه لان العصمة قد انقطعت بينهما بتباين الدارين ولا توارث بينهما يومئذ
ثم لا يقع طلاقه عليها بعد ذلك وقد بيناه هذا • قال واذا ارتد المسلم ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب وله امراة مسلمة لم تنقض عدتها بعد
فلها الميراث منه من يوم ارتد لانه بالردة قد اشرف على الهلاك والتوريث يستند الى اول الوقت فلا يعتبر فعله في اسقاط حقها
عن ميراثه ولان الردة من الرجل كالموت لانه يستحق قتله به والنكاح قايم بينهما يومئذ وكان لها الميراث وعدتها ثلث حيض لانه حي
بعد الردة ما لم يقتل والفرقة متى وقعت في حالة الحيوة فانها تعتد بالحيض فان حاضت قبل ذلك ثلث حيض او لم يكن دخل بها
فلا ميراث لها منه لان حكم التوريث انما يتقرر بالموت وان كان يستند الى اول الردة لانه بعد الردة حي حقيقة • وانما يرث الحي من الميت
لا من الحي فلهذا يعتبر بقاء الوارث بعد موته حتى لو مات ولده قبل موته لم يرثه فكذلك يعتبر قيام عدتها وقت موته فاذا انعدم لم ترثه
قال وان كانت المراة هي التي ارتدت ثم ماتت وهي في العدة فلا ميراث للزوج منها لانه لا تاثير لردتها في زوال ملكها ولهذا نفذ تصرفها
في مالها بعد الردة وهذا لان نفسها لم تصر مستحقة بسبب الردة بخلاف الرجل فاذا لم تقع الفرقة بردتها ولا حق له في مالها • قال
واذا ارتدت وهي مريضة ثم ماتت او لحقت بدار الحرب وهي في العدة في القياس لا ميراث للزوج منها وهو رواية عن ابي يوسف
لانه لا عدة في جانب الزوج وتوريث الباقي من الميت يشترط بقاء العدة • الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول في مرضه لم يكن لها الميراث
لانها ليست في عدته ولكنا استحسنا فقلنا له الميراث لان حقه قد تعلق بمالها بمرضها وكانت بالردة قاصدة الى ابطال حقه فارة
عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت وانما يعتبر قيام العدة وقت الموت
وهي كانت في عدته يوم ماتت ولو كانت في نكاحه يوم ماتت كان له الميراث فكذلك اذا كانت في عدته • قال واذا طلق المريض امراته ثلثا
ثم ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله تعالى ثم اسلمت ومات وهي في العدة فلا ميراث لها لانها بالردة صارت مبطلة حقها لانها خرجت
من ان تكون اهلا للميراث فلا يعود حقها بعد ذلك بالاسلام لانه في معنى ابتداء ثبوت الحق وليس بينهما نكاح قايم في هذه الحالة
بخلاف ما لو طاوعت ابن زوجها قبل ان يطلقها الزوج لان الفرقة وقعت هناك بفعلها وذلك مسقط لميراثها ولان تعلق حقها بماله
يومئذ كان بسبب النكاح وفعلها موثر في رفع النكاح فلهذا سقط به ميراثها • وكذلك ان اكرهها الابن على ذلك وغلب على نفسها
فلا ميراث لها لان الفعل ينعدم من جانبها بهذا السبب وانما تقع الفرقة حكما لثبوت الحرمة من غير ان يصير مضافا الى الزوج فلا ميراث
لها منه لانه يبقى التوارث بعد الفرقة بسبب الفرقة وذلك عند اضافة الفعل الى الزوج فان كان الزوج امر ابنه بذلك كان لها الميراث
لانه قصد الى ابطال حقها حين امر ابنه ان يكرهها على ذلك الفعل فكان فارا وان كان الزوج هو المرتد بعدما طلقها ثلثا لم يبطل ميراثها
لانه لم يوجد منها ما يسقط حقها • وانما تكرر سبب الفرار من الزوج وبهذا يتقرر حقها فلا يسقط • قال واذا اسلم احد الزوجين
وابى الاخر ان يسلم ففرق بينهما في مرض الزوج ثم مات لم ترثه لانه لو لم يفرق بينهما حتى مات لم ترثه لاختلاف الدين اذ لا توارث
بين المسلم والكافر فبعد التفريق اولى • قال واذا قذف المريض امراته ولاعنها وفرق بينهما ثم مات فلها الميراث منه لان سبب الفرقة
من الزوج وهو قذفه اياها بعد تعلق حقها بماله وهي لا تجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلا تصير بذلك راضية
بسقوط حقها بمنزلة ما لو علق الطلاق بفعلها في مرضه ولا بد لها من ذلك الفعل ولو كان قذفها في صحته ثم مرض فلاعنها وفرق بينهما
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف لها الميراث ايضا • وعند محمد لا ميراث لها منه وهو نظير ما سبق اذا علق الطلاق في صحته بفعل
لا بد لها منه ففعلت ذلك الفعل في مرضه • قال واذا فرق بين العنين وامراته في مرضه ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه
لانها صارت راضية بسقوط حقها حين اختارت الفرقة وكانت تجد بدا من هذا الاختيار بان تصبر حتى يموت الزوج فتتخلص منه
وكذلك المعتقة اذا اختارت الفرقة وهذا اولى لان الفرقة هنا انما تقع بمجرد اختيارها نفسها وهي غير مضطرة الى ذلك
قال واذا ارتد الزوجان معا ثم اسلم احدهما ومات الاخر فلا ميراث للباقي منه لانه ان كان المرتد هو الميت لا يرث من احد فان اسلما معا
ثم مات احدهما كان للاخر الميراث لانه لم تقع الفرقة بينهما بالموت وان اسلمت المراة ثم مات الزوج مرتدا ورثته لان اصراره
على الردة بعد اسلامها كانشاء الردة حتى تجعل هذه الفرقة مضافة الى فعل الزوج فكان لها الميراث اذا مات الزوج وهي في العدة

فان

فان طلقها ثلثا وهما مرتدان وهو مريض ثم اسلما فلا ميراث لها منه لانه حين طلقها لم يكن حقها متعلقا بماله لردتها فلا يصير هو فارا
ولو ثبت حقها انما يثبت بعد اسلامها ابتداء ولا نكاح بينهما بعد اسلامهما • قال واذا قال المريض لامراته قد طلقتك ثلثا
في صحتي وانقضت عدتك وصدقته بذلك فلا ميراث لها لان ما تصادقا عليه كالمعاين او كالثابت بالبينة في حقهما ولان الحق
في الميراث لها وقد اقرت بما يسقط حقها فان اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فهو جايز في قول ابي يوسف ومحمد كما يجوز لاجنبية
اخرى الاقرار من جميع المال والوصية من الثلث • وعند ابي حنيفة لها الاقل من ميراثها ومما اقر او اوصى به هما يقولان هي صارت
اجنبية منه حتى انها لا ترثه ولها ان تتزوج في الحال باقراره لها كالاقرار لاجنبية اخرى ولو اعتبرت التهمة لاعتبرت
في حق التزوج لان الحل والحرمة يوخذ فيهما بالاحتياط فاذا كان له ان يتزوج باختها واربع سواها ويجوز لها ان تتزوج بزوج آخر
عرفنا انه لا تهمة ولان المانع من صحة الاقرار والوصية لها كونها وارثة له وذلك ينعدم بالحكم بانقضاء عدتها بيقين وابو حنيفة
يقول لما مرض والنكاح قايم بينهما في الظاهر فقد صار ممنوعا من الاقرار والوصية لها فيحتمل انه واضعها على ان يقر بالطلاق
في صحته وبانقضاء عدتها وتصدقه في ذلك لتصحيح اقراره ووصيته لها ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر الميراث فاما في مقدار
الميراث لا تهمة فلهذا جعلنا لها الاقل وابطلنا الزيادة على ذلك للتهمة كما لو سالته في مرضه ان يطلقها ثلثا ففعل ثم اقر لها بدين
او اوصى لها بوصية لا يصح الا في الاقل لتمكن تهمة المواضعة في الزيادة على ذلك وهذه التهمة فيما بينهما وبين سائر الورثة لا في
حق الشرع فلهذا صدقا في ذلك • قال واذا مات الرجل وقالت امراته قد كان طلقني ثلثا في مرضه ومات وانا في العدة وقالت
الورثة بل طلقك في صحته فالقول قول المراة لان الورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهي جاحدة لذلك فان الطلاق في مرضه
لا يحرمها فلا يكون هي مقرة بالحرمان كما لو قالت طلقني في حال نومه ولان الورثة يدعون الطلاق بتاريخ سابق وهي تنكر ذلك
التاريخ ولو انكرت اصل الطلاق كان القول قولها فكذلك اذا انكرت التاريخ • قال ولو كانت امة فقالت اعتقني قبل موته بشهر
وصدقها المولى وقالت الورثة بل اعتقت بعد موته فالقول قول الورثة لان سبب الحرمان وهو الرق كان ظاهرا فيها فادعت
زواله قبل الموت وانكر الورثة كان القول قول الورثة ولانها تدعي تاريخا سابقا لعتقها فلا يصدق الا بحجة ولا معتبر بتصديق
المولى لانه للحال لا يملك اسناد عتقها الى حال حيوة الزوج فلا يعتبر قوله في ذلك • وكذلك ان كانت كافرة وادعت الاسلام
قبل موت الزوج لم يقبل قولها الا بحجة لانها تدعي سبب زوال الحرمان بعدما عرف ثبوته وان لم يعرف كفرها ولا رقها فادعت
الورثة انها كانت امة او رقيقة يوم موته وقالت ما زلت على حالي هذا حرة مسلمة فالقول قولها لان سبب ميراثها وهو النكاح ظاهر
والورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهي تنكر ولان الظاهر شاهد لها لانه في دار الاسلام فالظاهر انه حر مسلم ولا يقال
هذا اثبات الاستحقاق بالظاهر لان الاستحقاق بالنكاح معلوم وانما هذا دفع المانع بالظاهر • قال واذا مات الزوج
كافرا فجاءت المراة مسلمة تدعي ميراثها فقالت اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة لانها جاءت تدعي الميراث وما يحرمها
قايم فيها لانها مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر فمع ظهور سبب الحرمان لا ميراث لها الا ان يثبت سبب الاستحقاق بالبينة
ولان الاصل ان الاشتباه اذا وقع فيما سبق يحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحا مع المستاجر في جريان الماء في المدة
فان كان الماء جاريا فيما مضى واذا كانت هي مسلمة في الحال يجعل فيما مضى ايضا • والمسلمة لا ترث الكافر • قال واذا طلق المريض
امراته ثلثا ثم قال بعد شهرين قد اخبرتني ان عدتها قد انقضت وكذبته ثم تزوج اختها او اربعا سواها ثم مات فالقول
قولها والميراث لها دون الاربع والاخت لان الميراث من حقها وهو لا يصدق في ابطال حقها كما في نفقتها وسكناها ومن
ضرورة بقاء الميراث لها بالنكاح ان لا ترث اختها واربع سواها بهذا السبب وقد بينا في كتاب النكاح اختلاف الروايات
في هذه المسئلة • قال واذا تزوج ثلثا سواها احديهن اختها فلا ميراث لاختها وللبنتين معها الميراث لان اختيار
فيه معتبر في ميراثها ولو لم تخرج حتى تزوج ثنتين كانتا وارثتين معها بخلاف اختها واذا طلقها ثلثا في مرضه ثم مات
بعد تطاول ذلك وهي تقول لم تنقض عدتي فالقول قولها ولها الميراث لانها امينة ومدة العدة قد تطول وتقصر ولكن
عليها اليمين بالله ما انقضت عدتها اذا طلبت الورثة لانهم يدعون عليها ما لو اقرت به لزمها فاذا انكرت حلفت
على ذلك وان اقام عليها الورثة البينة باقرارها بانقضاء العدة قبل موته فلا ميراث لها لان الثابت من اقرارها بالبينة
كالثابت بالمعاينة وان كانت تزوجت قبل موته فلا ميراث لها لان الثابت من اقرارها بالبينة في قدر ما تنقضي في
عدتها ثم قالت لم تنقض عدتي من الاول لم تصدق على ذلك لان تزوجها نفسها اقرار منها بانقضاء عدتها دلالة

فان المسئلة تباشر العقد الصحيح دون الباطل ولو لم تتزوج وقالت قد ايست من الحيض ثم اعتدت بثلاثة اشهر ثم مات الزوج وجرت المواريث ثم ولدت من زوج غيره فنكاح الاخر فاسد ولها الميراث من الاول لانا تيقنا بكذبها فان الايسة لا تلد فتبين انها كانت ممتدا طهرها لا ايسة وانما تزوجت في العدة فالنكاح فاسد ولها الميراث من الاول لانه مات وهي في العدة وكذلك ان حاضت لان الايسة لا تحيض لانها ادعت الحيض لم تصدق على زوجها الاخر الا ان يصدقها لان النكاح بينهما صحيح في الظاهر ولا تصدق في دعواها البطلان فان صدقها فرق بينهما ولم يصدقا على ورثة الاول ما لم يقروا بذلك لانها تستحق الميراث عليهم فلا بد من تصديقهم اياها بما تقول ● قال واذا كانت المطلقة في المرض مستحاضة وكان حيضها مختلفا قد بينا فيما سبق انها تاخذ بالاحتياط ففي الصلوة والرجعة تاخذ بالاقل وفي الحل للازواج تاخذ بالاكثر ● وفي الميراث تاخذ بالاقل لان المال بالشك لا يستوجب وبقاء العدة عند موت الزوج شرط لميراثها فما لم تتيقن بهذا الشرط لا ترث وان كان حيضها معلوما وانقطع الدم عنها في اخر الحيضة الثالثة ثم مات الزوج فان كان ايامها عشرا فلا ميراث لها لانا تيقنا بانقضاء عدتها قبل موته وان كان ايامها دون العشرة فان مات قبل ان تغتسل او قبل ان يذهب وقت الصلوة فلها الميراث لان عدتها قائمة ما لم تغتسل وكذلك ان اغتسلت وبقي عضو لان عدتها لا تنقضي مع بقاء عضو لم يصبه الماء وقد بينا هذا في باب الرجعة ● قال واذا بقي الزوج في مرضه بعد ما طلقها اكثر من سنتين ثم ولدت المراة بعد موته بشهر فلا ميراث لها في قول ابي حنيفة ومحمد رح ولها الميراث في قول ابي يوسف وهو نظير الاختلاف المذكور في النفقة ان عند ابي حنيفة ومحمد رح نفقة ستة اشهر لانهما جعلا ان هذا من حبل حادث من زوج بعد انقضاء عدتها حملا لامرها على الصلاح وكذلك حكم الميراث يبتنى على انقضاء عدتها قبل موته فلا ميراث لها ● وعند ابي يوسف حمل معتدة الى ان ولدت ولهذا لا ترد شيئا من النفقة فكان لها الميراث ● قال واذا طلقها في مرضه ثم قتل او مات من غير ذلك المرض غير انه لم يصح فلها الميراث ● وكان عيسى بن ابان رح يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر فقد علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ● ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون سببان للموت فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارتفاعه لم يكن بحكم الفرار وهو متحقق هنا ● قال واذا اقر الرجل بالقتل فهو بمنزلة المريض اذا طلق امراته ثلثا في تلك الحالة فلها الميراث ● والحاصل ان المريض مشرف على الهلاك فكل سبب يعترض مما يكون الغالب فيه الهلاك فهو بمنزلة المريض اذا طلق وما يكون الغالب فيه السلامة وقد يخاف منه الهلاك ايضا لا يجعل بمنزلة المرض فالذي قرب للقتل في قصاص او رجم فالظاهر هو الهلاك والسلامة بعد هذا نادر فاما المحبوس قبل ان يخرج للقتل فالغالب فيه السلامة فانه يتخلص بنوع من انواع الحيلة فاذا طلقها في تلك الحالة لم يكن فارا ● وكذلك اذا كان مواقفا للعدو فما دام في الصف فهو بمنزلة الصحيح فاذا خرج بين الصفين بارز قرنه من المشركين فهو بمنزلة المريض لانه صار مشرفا على الهلاك والمحصور بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق لان غالب حاله السلامة فان خرج يقاتل فهو كالمريض وراكب السفينة بمنزلة الصحيح فهو كالمريض في هذه الحالة والمراة الحامل كالصحيحة فان اخذها الطلق فهي بمنزلة المريضة واذا قتلته امراته بعد ما طلقها ثلثا في مرضه فلا ميراث لها منه لان بقاء ميراثها ببقاء العدة كبقاء ميراثها ببقاء النكاح ولو قتلته قبل الطلاق لم ترث لانه لا ميراث للقاتل بعد صاحب البقرة والمقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض وان صار قديما لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد عليه فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحيث لا يزداد فلا يخاف منه الموت فكان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره وحد المرض الذي يكون به فارا ان يكون صاحب فراش قد اضناه المرض فاما الذي يجي ويذهب في حوائجه فلا يكون فارا وان كان يشتكي وجع لان الانسان في العادة قل ما يخلو عن نوع مرض في باطنه ولا يجعل بذلك في حكم المريض بل المريض ما يفارق الصحيح فان الصحيح يكون في السوق ويقوم بحوائجه والمريض يكون صاحب فراش في بيته ● وهذا لانه لا يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر فيه السبب الظاهر ويقام ذلك مقام المعنى الخفي تيسيرا وقد تكلف بعض المتاخرين رح فقالوا اذا كان يخطو ثلث خطوات من غير ان يستعين باحد فهو في حكم الصحيح في التصرفات وهذا ضعيف فالمريض جدا لا يعجز عن هذا القدر اذا تكلف فكان المعتبر ما قلنا وهو ان يكون صاحب فراش ومن قرب للقتل فطلق امراته ثلثا ثم خلي سبيله او حبس ثم قتل بعد ذلك فلا ميراث لها منه بمنزلة المريض اذا صح بعد ما طلق امراته ثلثا وقد بينا مذاكرك في هذا الفصل والله اعلم

باب الولد عند من يكون في الفرقة

قال واذا اختلعت المراة على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان الام انما تكون احق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندها انفع له ● ولهذا لو تزوجت وكانت من الولد بمحرم لم تكن احق بالحضانة لانها مشغولة بخدمة زوجها او مولاها فلا منفعة للولد في كونه عندها واذا ثبت ان هذا من حق الولد فليس لها ان تبطله بالشرط ● قال واذا ارادت المراة ان تخرج ولدها من مصر الى مصر فان كان النكاح قائم بينهما فليس لها ان تخرج الا باذنه مع الولد او بغير الولد فان وقعت الفرقة وانقضت عدتها فان اصل النكاح في المصر التي هي فيه فليس لها ان تخرج بولدها الى مصر اخر لما فيه من الاضرار بالزوج بقطع ولده عنه الا ان يكون بين المصرين قرب بحيث لو خرج لمطالعة الولد امكنه الرجوع الى منزله قبل الليل فحينئذ هذا بمنزلة تحول المختلعة في مصر ولها ان تتحول من محلة الى محلة وان تزوجها في ذلك المصر الذي تريد الرجوع اليه ونقلها الى هذا المصر فان كانت من اهل هذا المصر فلها ان تخرج بولدها اليه لان الانسان انما يتزوج المراة في مصرها ليقيم معها فيه وانما ساعدته على الخروج لاجل النكاح فاذا ارتفع كان لها ان تعود الى مصرها لان المقام في الغربة نوع ذل ولها ان تخرج بولدها لانها باصل النكاح استحقت المقام بولدها في المصر فانما تستوفي ما استحقت لا ان تقصد الاضرار بالزوج وان لم تكن من اهل المصر الذي تزوجها فيه فارادت ان تخرج بولدها الى مصرها لم يكن لها ذلك لان اصل العقد ما كان في مصرها واختيارها الغربة لم تكن بسبب النكاح فلا يكون لها ان ترجع بولدها الى مصرها ولكن يقال لها اتركي الولد واذهبي حيث شئت وكذلك ان ارادت الخروج الى مصر اخر لانها في ذلك المصر غريبة كما هنا فلا تقصد بالخروج اليه دفع وحشة الغربة انما تقصد قطع الولد عن ابيه وان ارادت ان تخرج به الى المصر الذي كان تزوجها فيه فليس لها ذلك ايضا لانها غريبة في ذلك المصر كما هنا ● وفي الجامع الصغير يقول انظر الى عقدة النكاح اين وقع وهذا اشارة الى ان لها ان تخرج بالولد الى موضع العقد كما لو كان تزوجها في مصرها والاصح انه ليس لها ذلك لانها تقصد الاضرار بالزوج لا دفع الوحشة عن نفسها بالخروج الى ذلك الموضع ولان الزوج ما اخرجها الى دار الغربة بخلاف ما اذا تزوجها في مصرها وان كان اصل النكاح في رستاق له قرى متفرقة فارادت ان تخرج بولدها من قرية الى قرية فلها ذلك اذا كان القرى قريبة بعضها من بعض على الوجه الذي بينا لانه ليس فيه قطع الولد عن ابيه وان كانت بعيدة فليس لها ذلك الا ان تعود الى قريتها ● وقد كان اصل النكاح فيها وكذلك ان ارادت ان تعود من القرية الى المصر وان ارادت ان تخرج بولدها من مصر جامع الى قرية قريبة منه فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح وقع في تلك القرية فتخرج اليها لانها باصل النكاح استحقت المقام في قريتها بولدها وان لم يكن اصل النكاح فيها فانها تمنع من الخروج بولدها لان في اخلاق اهل الرستاق بعض الجفاء ● قال عم اهل الكفور هم اهل القبور ففي خروجها بولدها الى القرية من المصر اضرار بالولد لانه يتخلق باخلاقهم وهي ممنوعة من الاضرار بالولد وليس لها ان تخرج بولدها الى دار الحرب وان كان النكاح وقع هناك لما فيه من الاضرار بالولد فانه يتخلق باخلاق اهل الشرك ولا يامن على نفسه هناك فان دار الحرب دار نهبة وغارة ● وكذلك ان كانت هي من اهل الحرب بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا لانها صارت ذمية تبعا لزوجها فتمنع من الرجوع الى دار الحرب قال وليس للمراة وان كانت احق بولدها ان تشتري له وتبيع لان الثابت لها حق الحضانة فاما ولاية التصرف فللاب ولمن يقوم مقامه بعده فان كانت هي وصية ابيه فلها ان تتصرف بسبب الوصاية لا بسبب الامومة ● قال وكل فرقة وقعت بين الزوجين فالام احق بالولد ما لم تتزوج وقد بينا تمام هذا في النكاح الا ان ترتد حينئذ ان لحقت بدار الحرب فهي ممنوعة من ان تخرج ولدها ولا حق لها في الحضانة وان كانت في دار الاسلام فانها تحبس وتجبر على الاسلام فلا يكون لها حق الحضانة الا ان تتوب فان تابت فهي احق بالولد ● قال واذا احتلم الغلام فلا سبيل للابوين عليه ان كان قد عقل وكان مامونا عليه لانه صار من اهل ان يلي على غيره فلا يولى عليه الا ان يكون مخوفا عليه فحينئذ يضمه الاب الى نفسه لدفع الفتنة ولا نفقة على ابيه الا ان يتطوع وقد بينا تمام فصول النفقة في النكاح والله اعلم

باب الخلع

قال واذا اختلعت المراة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا ● وفي احد قولي الشافعي هو فسخ وهو مروي

عن ابن عباس رضي الله عنه وقد روي رجوعه الى قول عامة الصحابة رضي الله عنهم واستدل الشافعي بقوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال
فلا جناح عليهما فيما افتدت به الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو جعلنا الخلع طلاقا صارت التطليقات
اربعا في سياق هذه الآية ولا يكون الطلاق اكثر من ثلث ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار
العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي ايضا وذلك بالخلع واعتبر هذه المعاوضة المحتملة للفسخ بالبيع والشرى
في جواز فسخهما بالتراضي ❁ ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ❁ الا ترى انه لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم فان الملك الثابت
ضروري لا يظهر الا في حق الاستيفاء وقد قررنا هذا في النكاح وبينا ان الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى
الامتناع من التمام وكذلك في خيار البلوغ والعتق واما الخلع يكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن
يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا وذلك انما يكون بالطلاق ❁ الا ترى ان الرجل يقول
خلعت الخف من رجلي يريد به الفصل في الحال ❁ فاما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض وبهذا
لا يصير الطلاق اربعا وفائدة الاختلاف انه لو خالعها بعد تطليقتين عندنا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعنده له ان يتزوجها
وان نوى بالخلع ثلث تطليقات فهي ثلث لانه بمنزلة الفاظ الكناية ❁ وقد بينا ان نية الثلث تصح هناك فكذلك في الخلع
وان نوى ثنتين فهي واحدة بائنة وعلى قول زفر ثنتين كما في لفظ الحرمة والبينونة ❁ وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن لان الزوج
ملك البدل عليها فتصير هي مقابلة املك لنفسها ولان غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك
الا بوقوع البينونة ❁ فان قال الزوج لم اعن بالخلع طلاقا وقد اخذ عليه جعلا لم تصدق في الحكم لانه اخذ الخلع على سبيل
التمليك ولا يتملك ذلك الا بوقوع الطلاق عليها فكان ذلك ادل على قصده الطلاق ❁ ومن حاله مذاكرة الطلاق ولكن فيما
بينه وبين الله تعالى يسعه ان يقيم معها لان الله تعالى عالم بما في سره الا انه لا يسع المراة ان تقيم معه لانها لا تعرف منه الا الظاهر
كالقاضي ❁ قال والمباراة بمنزلة الخلع في جميع ذلك لانه مشتق من البراءة وهو ادل على قطع الوصلة من الخلع فاذا جعل
الخلع تطليقة بائنة فالمباراة اولى وللمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامتا في العدة هكذا نقل عن علي رضي الله عنه
وهذا لان النفقة لم تجب قبل مجي وقتها فلا يتناولها الخلع والبراءة العامة وانما ينصرف مطلق اللفظ الى ما هو واجب قال
واذا كان الزوج اسقط عليها البراءة من النفقة والسكنى فهو بري من النفقة لانها اسقطت حقها ووجوب النفقة لها
في العدة باعتبار حالة الفرقة حتى اذا كانت ممن لا تستحق النفقة عند ذلك لا تستحقه من بعد فيصح اسقاطها ولكن في ضمن الخلع
بتعاله حتى لو اسقطت نفقتها بعد الخلع بابرا الزوج عنها لا يصح لانها مقصودة بالاسقاط فلا يكون الا بعد وجوبها ويجب
شيا فشيا بحسب المدة ولا يصح ابراوها عن السكنى في الخلع لان خروجها من بيت الزوج معصية قالوا ولو ابرأته عن مونة السكنى
ان تسكن بيت نفسها او التزمت مونة السكنى من مالها صح ذلك مشروطا في الخلع لانه خالص حقها ❁ قال والخلع جائز عند السلطان
وغيره لانه عقد يعتمد التراضي كساير العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض والتزوج ولان ايقاع الطلاق وله ولاية التزام العوض
فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد ❁ قال فان قال لامراته قد خلعتك على الف درهم او بارأتك او طلقتك
بالف درهم فالقبول اليها في مجلسها فالحاصل ان ايجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها لان العوض الذي
من جانبه في هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشروط ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه وان كانت غايبة حتى اذا بلغها
فقبلت في مجلسها تم وان قامت من مجلسها قبل ان تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيتها وتمليك الامر منها لانها تفرد
على المشية في مجلسها فيبطل بقيامها فكذلك يتقيد على القبول في مجلسها فيبطل بقيامها قبل القبول والذي من جانبها الخلع التزام
المال فيكون بمنزلة البيع والشرى لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو ابدات فقالت اخلعني او بارئني او طلقني بالف درهم فانه يبطل
بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج فكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل ايجاب البيع بقيام احدهما عن المجلس
قبل قبول الاخر ❁ وكذلك ان كان الزوج غايبا حين قالت هذه المقالة لا يتوقف على قبوله اذا بلغه كما لا يتوقف ايجاب البيع
على قبول المشتري اذا كان غايبا ❁ قال فان قالت له طلقني ثلثا بالف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الالف لان حرف البا يصحب
الابدال والاعواض والعوض ينقسم على المعوض فيه لما التمست الثلث بالف فقد جعلت بازاء كل تطليقة ثلث الالف
ثم فيما صنع الزوج منفعة لها لانها رضيت بوجوب جميع الالف عليها بمقابلة التخلص من زوجها فيكون راضيا بوجوب جميع الالف عليها

اذا تخلصت من زوجها وبالواحدة تخلص منه ❁ وهذا بخلاف ما لو قال الزوج لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت واحدة لم يقع شي
لانها لو وقعت بثلث الالف فالزوج ما رضي بزوال ملكه عنها ما لم يجب عليها جميع الالف وهذا بخلاف ما لو قال هذه طالق
وهذه بالف فقبلت احداهما وقع الطلاق عليها بنصف الالف لان الزوج هناك راض بوقوع الفرقة بينه وبين احداهما
اذا وجب عليها حصتها من المال فان نكاح احدهما لا يبطل بنكاح الاخرى ❁ قال ولو طلقها ثلثا في كلام متفرق في مجلس واحد
في القياس يلزمها ثلث الالف لانها بانت بالاولى فلزمها ثلث الالف فهو بايقاع الثانية والثالثة بعد ذلك
لا يستوجب عليها عوضا اخر ❁ وفي الاستحسان يقع عليها ثلث تطليقات بجميع الالف لان المجلس الواحد يجمع الكلمات
المتفرقة ويجعلها ككلام واحد فكانه اوقع الثلث عليها بكلام واحد فيلزمها جميع الالف ❁ قال ولو كانت قالت له طلقني
ثلثا على الف درهم او على ان لك على الف درهم فطلقها واحدة قال ابو حنيفة رحمه الله يقع تطليقة رجعية ولا يجب عليها شي من الالف
وقال ابو يوسف ومحمد يقع عليها تطليقة بائنة بثلث الالف ❁ وحجتهما في ذلك ان عقود المعاوضات وحرف على في المعاوضات
كحرف البا ❁ الا ترى انه لا فرق بين ان يقول بعت منك هذا المتاع بدرهم او على درهم ❁ وكذلك لا فرق بين ان يقول
احمل هذا المتاع الى موضع كذا بدرهم او على درهم فان كان عندكم حرف البا يتوزع الالف على التطليقات الثلث
فكذلك عند ذكر حرف على يدل عليه انها لو قالت طلقني وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال
بمنزلة ما لو التمست بحرف البا فكذلك هنا وهذا بخلاف ما لو قال في السير الكبير اذا صالح الامام اهل حصن على ان يودوا
ثلث سنين على الف درهم ثم نبذ اليهم بعد مضي السنة ان نبذ اليهم يلزمه رد جميع المال ولو كان الصلح بحرف البا يلزمه
رد ثلثي المال لان اعطاء الامان ليس بحرف معاوضة وحرف على للشرط فجعله بمنزلة البا مجازا نصار البه الدلالة
المعاوضة ولان غرضهم لا يحصل هناك مقصودهم ان يتحصنوا في هذه المدة ولا يتمكنون من ذلك في بعض المدة فلهذا
حملنا حرف على على الشرط وهنا مقصودها يحصل بايقاع الواحدة فكان محمولا على المعاوضة بمنزلة حرف البا
وابو حنيفة يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة
كما يكون بين الشرط والجزا فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز والطلاق مما يحتمل
التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول من الحقيقة الى المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة
ولا يقابله جزوا فجزوا فانما شرطت وجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شي من المال ولان لها في هذا
غرضا صحيحا وهو حصول البينونة الغليظة حتى لا تصير في وثاق نكاحه فان اكرهها على ذلك فاعتبرنا معنى الشرط
في ذلك ليحصل مقصودها كما في مسلة الامان وكما ان المال في الامان نادر فكذلك في الطلاق الغالب فيه الايقاع بغير بدل
وبهذا فارق البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لا يحتمل التعليق بالشرط ولهذا جعلنا حرف على
بمعنى حرف البا ❁ والدليل على ان حرف على للشرط قوله تعالى اني رسول من رب العالمين حقيق على ان لا اقول الا بشرط ان لا
وقال تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيا اي بشرط ان لا يشركن وهذا بخلاف قوله طلقني وفلانة على الف لانه لا غرض لها
في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح كما بينا ❁ وان طلقها ثلثا في هذه المسئلة
متفرقات في مجلس واحد فالالف لازم عليها في قول ابي حنيفة قياسا واستحسانا لان شيا من البدل لم يجب بايقاع الاولى
والثانية والمجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة وعندهما على القياس والاستحسان الذي بينا في حرف البا ❁ قال
واذا طلق الرجل امراته في العدة بعد الخلع على جعل وقع الطلاق ولم يثبت الجعل ❁ وكذلك الثانية بغير الخلع يعني اذا قال لها
انت باين ثم طلقها على جعل في العدة لانه باعتبار قيام العدة والطلاق يجعل تعليق من الزوج بشرط القبول وقد قبلت
ولا يجب عليها الجعل لان وجوب الجعل عليها باعتبار زوال ملك الزوج عنها ❁ وذلك لا يحصل بعد البينونة ولكن امتناع
وجوب القبول لا يمنع صحة القبول في حكم وقوع الطلاق كما لو خالعها ببدل فاسد كالخمر والخنزير ❁ قال وان قال لها
بعد البينونة خلعتك ينوي به الطلاق لم يقع لان هذا اللفظ بمنزلة لفظ البينونة والحرمة وقد بينا ان ذلك لا يعمل
في العدة بعد الفرقة فكذلك لفظ الخلع ❁ الا ترى ان الواقع بلفظ الخلع يكون باينا ان ذلك لا يعمل في العدة بعد الفرقة وان لم يذكر
البدل بمقابلته بخلاف الواقع بلفظ الطلاق ولو قال كل امراة لي طالق لم تطلق هذه المبانة الا ان يعينها فان عناها طلقت
لانه اوقع بهذا اللفظ على كل امراة هي مضافة اليه مطلقها وهي المنكوحة فانها تضاف اليه ملكا ويدا فاما المبانة تضاف الى

يا الا ملكا وكانت مفتية فلا تدخل تحت المطلق الا ان يعينها كما لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل المكاتب فيه الا ان يعينه ولا يقع
من الطلاق بعد انقضاء العدة لانه ليس له عليها ملك ولا يد ولا يكون محلا لاضافة الطلاق اليها لان الايقاع
تصرف منه على المحل فيستدعي قيام ولاية له على المحل • قال وان طلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي جاز ولزمها الجعل
لان زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح وانه معاوض عن ملك قايم له فيصح كما قبل
الطلاق الرجعي • قال وخلع السكران وطلاقه وعتاقه واقع عندنا • وفي احد قولي الشافعي لا يقع وهو اختيار الكرخي
والطحاوي وقد نقل ذلك عن عثمان رض وهذا لانه ليس للسكران قصد صحيح والايقاع يعتمد القصد الصحيح ولهذا لا يصح
من الصبي والمجنون • الا ترى انه لو سكر من شرب البنج لم يقع طلاقه فكذلك اذا سكر من النبيذ ولان غفلته عن نفسه فوق
غفلة النايم فان النايم ينتبه اذا نبه والسكران لا ينتبه ثم طلاق النايم لا يقع فطلاق السكران اولى ولا معنى لقول
من يقول غفلته هنا بسبب المعصية وذلك سبب للتشديد عليه لا للتخفيف فان السكران لو ارتد لم يصح ردته بالاتفاق
ولا تقع الفرقة بينه وبين امراته ولو اعتبر هذا المعنى لحكم بردته • وحجتنا في ذلك ما روينا كل طلاق جايز الا طلاق الصبي
والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله نفذ كالصاحي • ودليل الوصف قوله تعالى لا تقربوا الصلاة
وانتم سكارى فان كان خطابا له في حال سكره فهو نص وان كان خطابا له قبل سكره فهو دليل على انه مخاطب في حال سكره لانه
لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا • وهذا لان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال ولكنه امر باطن لا يتوقف على حقيقته
فلا يقام السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لا ينعدم هذا المعنى فاذا ثبت انه مخاطب
فلما غفلته عن نفسه بسبب هو معصية ولا يستحق به التخفيف لم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شي من تصرفاته بعدما تقرر
لان بالسكر لا يزول عقله انما يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه بخلاف البنج فان غفلته ليس بسبب هو معصية وما تغيره
نوع مرض الا ان يكون سكرا حقيقة فيكون بمنزلة الاغماء وبخلاف النايم لان النوم يمنعه من العمل فلانعدام الايقاع يقول
بانه لا يقع والسكر لا يمنعه من العمل مع ان السكر بسبب النوم لم يكن عن معصية وهذا بخلاف الردة فان الركن فيه الاعتقاد
والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب • قال وخلع المكره وطلاقه
جايز عندنا وهو باطل عند الشافعي فتاثير الاكراه عنده في الغاء عبارة المكره كتاثير الصبا والجنون وعندنا تاثير الاكراه
في انعدام الرضا لا في اهدار القول حتى تنعقد تصرفات المكره ولكن ما يعتمد لزومه تمام الرضى كالبيع والشراء لا يلزمه منه
وما لا يعتمد تمام الرضى كالنكاح والطلاق والعتاق يلزمه منه • وحجته في ذلك قوله عم رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه
هذا يقتضي ان يعفى ما اكره عليه واثمه وحكمه يكون مرتفعا عنه والمعنى فيه ان هذه فرقة يعتمد سببها القول فلا يصح من المكره
كالردة • وتاثيره ان القول انما يعتبر شرعا اذا صدر عن قصد صحيح وبسبب الاكراه ينعدم ذلك القصد لان المكره يقصد
دفع الشر عن نفسه لا عين ما تكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار ايضا فيفسد قصده شرعا • الا ترى انه لو اكره
على الاقرار بالطلاق كان اقراره لغوا ولهذا نقرر ان تاثير الاكراه المبيح للاقدام في جعل المكره آلة للمكره واعدام الفعل من المكره
كما في الاكراه على اتلاف المال وهذا الاكراه مبيح للاقدام فيجعل المكره آلة ويصير كان المكره هو الذي تكلم بالايقاع فيكون لغوا
الا ترى انه في اتلاف الملك على المكره جعل كالآلة حتى يكون المكره ضامنا قيمة عبده عندكم اذا اكرهه على ان يعتقه ويكون
ضامنا نصف الصداق اذا اكرهه على الطلاق قبل الدخول فكذلك في ابطال الملك عليه يجعل آلة له • وحجتنا في ذلك
ما روي ان امراة كانت تبغض زوجها فوجدته نايما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت له لتطلقني ثلثا او لاذبحنك
فناشدها الله فابت فطلقها ثلثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال عم لا قيلولة في الطلاق
واستكثر محمد رح من الاستدلال بالآثار في اول كتاب الاكراه حتى روى عن عمر رض انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد
النكاح والطلاق والعتاق والصدقة والمعنى فيه انه مكلف اوقع الطلاق في محله فيصح كالطايع • وتفسير الوصف
ان الاكراه لا يزيل الخطاب اما في غير ما اكره عليه فلا اشكال وفيما اكره عليه كذلك حتى يتنوع عليه افعاله فتارة يباح له الاقدام
وتارة يفترض عليه كشرب الخمر وتارة يحرم عليه كالقتل والزنا وذلك لا يكون الا باعتبار الخطاب • وتاثيره ان انعقاد التصرف
بوجود ركنه ومحله ولا ينعدم بسبب الاكراه ذلك انما ينعدم الرضى به والرضى ليس بشرط لوقوع الطلاق • الا ترى ان الهازل
باشتراط الخيار ينعدم ولا يمنع لزومه الطلاق فكذلك الاكراه وبسبب الاكراه لا ينعدم العقد الصحيح فان المكره يقصد بما

ولكن لغيره ولو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل لا يكون قاصدا الى التكلم بالطلاق ولكن للعب لا لعينه ثم الهزل
لا يمنع وقوع الطلاق فكذلك الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين فاختار اهونهما وهذا دليل صحة اختياره
الا انه لا يحكم بصحة ردته لانها تبتني على الاعتقاد وهو غير معتقد بخلاف الهازل فانه مستخف بالدين والاستخفاف
بالدين كفر وبخلاف الاقرار بالطلاق فانه خبر متمثل بين الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل على انه كاذب
والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا ولا معنى لجعل المكره آلة للمكره هنا لانه انما يجعل بالاكراه آلة
فيما يصلح ان يكون آلة فيه لغيره دون ما لا يصلح وفي التكلم لا يصلح ان يكون آلة لغيره اذ لا يتحقق تكلم المرء بلسان غيره
فبقي مقصورا عليه ولكن في حكم الاتلاف يصلح ان يكون آلة لغيره فلهذا كان الضمان على المكره مع ان الخلاف ثابت في الاكراه
بالحبس وهذا النوع من الاكراه لا يجعل المكره آلة للمكره والمراد بالحديث رفع الاثم عن المكره لا رفع العين • الا ترى انه لو اكره
على ان يجامع امراته وجب عليه الغسل وحرمت عليه امراته بذلك • قال وخلع الصبي وطلاقه باطل لانه ليس له قصد
معتبر شرعا خصوصا فيما يضره وهذا لما بينا ان اعتبار القصد ينبني على الخطاب والخطاب ينبني على اعتدال الحال وكذلك
فعل ابيه عليه في الطلاق باطل لان الولاية انما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق حاجته اليه وذلك لا يتحقق في الطلاق
والعتاق • قال والمعتوه والمغمى عليه من مرض بمنزلة الصبي في ذلك لانعدام القصد الصحيح منهما • قال واذا اختلعت
الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لان الزوج من اهل الايقاع وايجاب الخلع تعليق الطلاق بالشرط فبقولها وجد
القبول منها فيقع كما لو قال ان تكلمت فانت طالق فتكلمت لكن لا يلزمها المال لان التزام المال من الصبية لا يصح خصوصا فيما لا منفعة
لها فيه كالالتزام بالاقرار والكفالة وقد بينا ان وقوع الطلاق يعتمد القبول • وكذلك الامة اذا اختلعت من زوجها
بغير اذن المولى فالطلاق واقع عليها ولا تؤاخذ بالمال الا بعد العتق لانها مخاطبة يصح التزامها في حق نفسها دون المولى فتؤاخذ
بعد العتق كما لو التزمت بالاقرار والكفالة وان خلعته باذن المولى بيعت فيه لان التزامها المال للمولى صحيح في حق المولى فتؤاخذ به
في الحال والمدبرة وام الولد في ذلك بمنزلة الامة الا انها لا تحتمل البيع فتؤدي البدل من كسبها اذا التزمت باذن المولى
او بغير اذنه لان اذن المولى غير معتبر في التزام المال اياها • الا ترى ان المولى لا يملك ان يلزمها المال ولا تاثير للكتابة في
عن التزام المال بسبب الخلع فلهذا تؤاخذ به بعد العتق • قال واذا وكل احد الزوجين صبيا او معتوها او مملوكا بالقيام
بالخلع او بالاختلاع جاز ذلك لان الوكيل بهذا العقد سفير ومعبر عن الموكل ولهولاء عبارة معتبرة حين ينفذ تصرفهم باذن المولى
فينفذ العقد بعبارتهم ايضا • قال واذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها فان لم يضمن الاب
فهو باطل لانه ليس له ولاية التزام المال اياها بهذا السبب اذ لا منفعة لها فيه ولا يدخل في ملكها بمقابلته شي بخلاف
ما لو زوج ابنه الصغير بمال فان ذلك العقد من مصالحه ويدخل في ملكه شي متقوم بازاء ما يلزمه من المال فان ضمن الاب
المال جاز الخلع لان الزوج ينفرد بالايقاع واشتراط القبول في الخلع لاجل المال فاذا كان الاب هو الملتزم للمال
بضمانه تم الخلع كما لو خالع امراته مع اجنبي على مال وضمن الاجنبي من اصحابنا من يقول تاويل هذه المسلة اذا خالعها
على مال مثل الصداق فاما اذا خالعها على الصداق فينبغي ان لا يصح لانه عين ملكها وليس للاب ولاية اخراج عين على ملكها
بغير عوض ولا معتبر بضمانه في ذلك • ولكنا نقول وان سمى الصداق في الخلع فانما يتناول العقد مثله ضمانا لا اباه صحيح
واسقاط حقها في نصف الصداق باطل فيغرم الزوج لها نصف الصداق كما لو طلقها قبل الدخول ويرجع الزوج على الاب
بما يضمن من ذلك لانه قد ضمن للزوج وان كان قد دخل بها فلها ان ترجع بجميع مهرها على الزوج لان حقها في جميع المهر تاكد بالدخول
فلا يملك الاب ابطال حقها عن شي منه • ولكنها ترجع بالصداق على الزوج والزوج على الاب بحكم الضمان ويرجع على الاب
بجميع الصداق هنا وبنصف الصداق في الاول لان الاب يصير كالمعاوض مع الزوج بما ضمنه للزوج بما لها عليه ولو كان بغيره
فان كان خلع الاب باذن الابنة جاز ذلك عليها وان كان بغير اذنها وقد ضمن الاب للزوج فالخلع جايز وترجع هي بالصداق على زوجها
ثم يرجع الزوج على الاب بحكم ضمانه لانه ليس له ولاية المعاوضة في مالها • قال وكل خلع كان بجعل فامتنع وجوب الجعل
اما لفساده كالخمر او لان الملتزم لم يكن من اهله كالصغيرة فالواقع به طلاق باين لان لفظ الخلع ليس بصريح في الطلاق لكنه
سبب الفرقة كالبينونة والحرمة وكل تطليقة او تطليقتين بجعل كطلب الجعل وامضيت فيه الطلاق فالطلاق رجعي اذا كان قد دخل بها
لان الموقع تصريح لفظ الطلاق وعلا يوجب البينونة الا بعوض ولم يجب العوض • قال ولو خلع ابنته الكبيرة نصدا فتها

وضمنه للزوج فبلغها فأجازت لم يضمن الأب شيئا لأن إجازتها في الانتهاء كإجازتها في الابتداء وكذلك لو خلعها بالنفقة
وضمنها له بغير أمرها فإن أجازت فلا شيء على الأب وإن أبت فلها أن تتبع الزوج بالنفقة لأنها حقها كالصداق فلا يعمل إسقاط
الأب حقها ويرجع الأب على الزوج بما ضمن له من ذلك ٭ وكذلك لو فعل هذا غير الأب من الأقارب والأجانب لأنه لا ولاية
للأب عليها في هذا التصرف فهو والأجنبي سواء ٭ قال وإذا اختلعت المرأة بمال ودفعته إليه ثم أقامت البينة أنه طلقها
ثلاثا قبل الخلع كان لها أن ترجع عليه بالمال لأنه تبين بهذا أن البينونة لم تحصل بما التزمت من المال فلا يكون التزامها صحيحا
وإقدامها على الخلع لا يمنعها من إقامة هذه البينة لأن دعواها في قبول البينة على الطلاق ليس بشرط فالتناقض منها
لا يمنع قبول البينة وكذلك لو أقامت البينة على حرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة ٭ قال وإذا قالت المرأة لزوجها خلعني
ولك ألف درهم أو قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل وقع الطلاق ولم يجب عليها المال عند أبي حنيفة رح وعند أبي يوسف ومحمد
يجب المال لوجهين ٭ أحدهما أن الواو وإن كان للعطف حقيقة فقد تستعمل بمعنى الباء مجازا كما في القسم قوله والله كقوله بالله
فقولها ولك ألف بمنزلة قولها طلقني بألف وبمعنى طلاقي بألف وإنما حملنا على هذا المجاز لمعنى المعاوضة فإن الخلع معاوضة
وفي المعاوضات لا يعطف أحد العوضين على الآخر وإنما يلصق أحدهما بالآخر ٭ ألا ترى أنه لو قال احمل هذا المتاع
إلى بيتي ولك درهم كان هذا وقوله احمله بدرهم سواء حتى يجب المال إذا حمله ولأن هذا الواو بمعنى واو الحال كقول المولى لعبده
أد إلي ألفا وأنت حر وقول الغازي للمحصور افتح الباب وأنت آمن وقد بينا فيما سبق أن الواو قد تكون للحال كما في قوله
أنت طالق وأنت مريضة وإذا كانت للحال كانت هي ملتزمة المال له حال إيقاع الطلاق عليها وذلك لا يكون إلا عوضا
وأبو حنيفة يقول الواو للعطف حقيقة والحمل على الحقيقة واجب حتى يقوم الدليل على المجاز وباعتبار العطف تبين أن الألف
ليس بعوض عن الطلاق ولا وجه لحملها على الباء أو واو الحال لمعنى المعاوضة لأن المال في الطلاق نادر والمعتاد فيه الإيقاع
بغير عوض بخلاف الإجارة فالعوض فيه أصل لا تصح الإجارة بدونه بخلاف قوله أد إلي ألفا وأنت حر لأن أول الكلام هناك
غير مفيد شرعا إلا بآخره فإنه يصير تعليقا للعتق بأداء المال ٭ وههنا أول الكلام إن صدر من الزوج بأن قال أنت طالق
وعليك ألف كان إيقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة بأن نحمله على الحال وإن صدر منها فهو التماس مفيد أيضا فلهذا لا يحمل
على واو الحال بل هو بمعنى العطف فمعناه ولك ألف درهم في ... أو بمعنى الابتداء فيكون وعدا منها إياه المال والمواعيد
لا يتعلق بها اللزوم ولا أدنى ما في الباب أن يكون حرف الواو محتملا لجميع ما ذكرنا فالمال بالشك لا يجب ٭ قال وإن قالت طلقني
ولك ألف درهم فقال أنت طالق على هذه الألف التي سميت فعند أبي يوسف ومحمد الطلاق واقع والمال عليها قبلت أو لم تقبل
لأنها بالكلام الأول تلتزم المال عندهما ٭ وعند أبي حنيفة هي بالكلام الأول لم تكن ملتزمة للمال فمعنى إيقاع الزوج عليها
بالمال ابتداء فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال وإن لم تقبل لا يقع عليها شيء ٭ ولو قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم
فطلقها ثلاثا لزمها المال في الحال لأنها صرحت بحرف على وهو لإلزام المال ولو كان طلقها تطليقتين قبل هذا فقالت طلقني ثلاثا
على أن لك ألفا فطلقها واحدة لزمها الألف بإزاء ما يصح فيه التماسها من الزوج وذلك إيقاع ما ليس بواقع وهي التطليقة
الثالثة فأما إيقاع ما هو واقع لا يتحقق فكان تكلمها به لغوا فيعتبر ولأنها التزمت المال لحصول البينونة الغليظة لها وقد تم ذلك
بإيقاع الثالثة ٭ قال وإذا قال الرجل طلقتك أمس بألف درهم أو على ألف درهم فلم تقبلي وقالت قد قبلت فالقول قول الزوج
مع يمينه لأن إيجاب الطلاق بمال تعليق بقبولها فالزوج أقر بالتعليق وأنكر وجود الشرط فكان القول قوله كما لو علق بدخولها
الدار فقالت قد دخلت وأنكر الزوج ذلك وهذا بخلاف البيع إذا قال قد بعت منك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل
فقال المشتري قد قبلت فالقول قول المشتري لأن البيع عقد معاوضة لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول فإقراره بالبيع
يكون إقرارا بقبول المشتري فلا يعمل رجوعه عن الإقرار بعد ذلك فأما إيجاب الطلاق بمال تكون نصا عند الإيقاع وهو التعليق
بمنزلة اليمين ولهذا لا يبطل بقيامه قبل قبولها ولم يكن هو مقرا بالإيقاع أصلا فجعلنا القول مع يمينه لهذا ٭ قال وإذا
قال لها قد طلقتك واحدة بألف درهم وقبلت فقالت هي إنما سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم وإنما طلقتني واحدة
فإنما لك ثلث الألف فالقول قولها مع يمينها لأنهما اتفقا على وقوع الواحدة عليها وإنما تنازعا في المال فهو يدعي عليها
الزيادة وهي تنكرها فالقول قولها لما بينا أن الاختلاف في مقدار المال الواجب عليها فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج
لأنه يثبت الزيادة ببينته في حقه والبينة للإثبات فترجح الزيادة فيه ٭ وكذلك لو قالت خلعتني بعرضي وقال الزوج بل بألف

فالقول

فالقول قولها والبينة بينة الزوج لأنه يثبت الزيادة ببينته في حقه والبينة بينة الإثبات فترجح الزيادة فيه لما قلنا
قال وإذا اتفقا على أن طلقها ثلاثا بألف درهم فقالت طلقني واحدة ٭ وقال الزوج طلقتك ثلاثا فالقول قول الزوج إن
كانا في ذلك المجلس لأنه أخبر عما يملك إنشاءه وقد بينا أنه لو طلقها ثلاثا متفرقات في المجلس لزمها الألف فلا تتمكن التهمة
في خبره قال ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق جعلت له جميع المال وإن كانا قد افترقا من ذلك المجلس
لزمها الطلاق إن كانت في العدة لإقرار الزوج بوقوع الثلاث عليها وهو مالك للإيقاع ولا يكون عليها إلا ثلث الألف
لأنه في حق المال متهم في خبره فإنه لا يخبر عما يملك إنشاءه فكان القول قولها مع يمينها وعليها إثبات الزيادة بالبينة
قال وإن قالت المرأة سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقتني واحدة فلا شيء لك ٭ وقال هو بل سألتني واحدة على الألف
وقد طلقتكها فالقول في ذلك قول المرأة عند أبي حنيفة ولا شيء عليها لأنها تنكر وجوب المال على ما تقدم إذا قالت طلقني ثلاثا
على ألف درهم فطلقها واحدة لا يجب شيء عند أبي حنيفة وإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم فلم تطلقني في ذلك المجلس
وقال الزوج قد طلقتك ثلاثا في ذلك المجلس فالثلاث واقع عليها لإقرار الزوج بها والقول في المال قولها مع يمينها
إما لإنكارها وجوب أصل المال أو لإنكارها الزيادة على الثلث لأن قرينة أنه طلقها واحدة في ذلك المجلس وإن قالت
إن طلقتني أنا وصاحبتي فلانة على ألف درهم فطلقتني وحدي ٭ وقال الزوج طلقتها معك وقد افترقا من ذلك المجلس فالقول
قول المرأة وعليها حصتها من الألف لأن الاختلاف بينهما في مقدار ما عليها من المال والزوج مخبر عما لا يملك إنشاءه
في حق المال ولكن الطلاق واقع على الأخرى بإقرار الزوج لأنه ينفرد بالإيقاع عليها ٭ وكذلك إن قالت لم تطلقني ولا صاحبتي
في ذلك المجلس فالقول قولها مع يمينها لإنكارها أصل المال وعلى الزوج أن يثبت المال بالبينة ولكن الطلاق واقع عليهما
بإقرار الزوج ٭ قال وإذا خلع الرجل امرأته على ألف درهم فإن الألف يقسم على مهريهما الذي تزوجهما عليه لأنه سمى الألف
بمقابلة شيئين ومقتضى هذه التسمية الانقسام باعتبار القيمة كما لو اشترى عبدين بألف درهم إلا أن البضع عند خروجه
عن ملك الزوج غير متقوم فوجب المصير إلى أقرب الأشياء إليه وذلك المهر الذي تزوجها عليه ٭ ألا ترى أن في الكتابة الفاسدة
على العبد قيمة نفسه بعدما يعتق لأن ما هو المعقود عليه وهو ملك اليد في المكاسب ليس بمتقوم فيصار إلى أقرب الأشياء إليه
وذلك المهر الذي تزوجها عليه ٭ ألا ترى أن في الكتابة الفاسدة على العبد قيمة نفسه بعدما يعتق لأن ما هو المعقود عليه
وهو الرقبة ثم الأصل في الخلع أن النشوز إذا كان من الزوج فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا بإزاء الطلاق لقوله تعالى وإن أردتم
استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا وإن كان النشوز من قبلها فله أن يأخذ منها بالخلع مقدار ما ساق إليها
من الصداق لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولو أراد أن يأخذ منها زيادة على ما ساق إليها فذلك مكروه في رواية
الطلاق ٭ وفي الجامع الصغير يقول لا بأس بذلك ٭ وجه هذه الرواية ما روي أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت
ابن قيس رض فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الإسلام
لشدة بغضي إياه ٭ فقال عم أتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة قال عم أما الزيادة فلا ٭ وروي أنه قال لثابت
اخلعها بالحديقة ولا تزدد ولأنه لا يملكها شيئا إنما يرفع العقد فيحل له أن يأخذ منها قدر ما ساق إليها بالعقد ولا يحل له
الزيادة على ذلك ٭ ووجه رواية الجامع الصغير ما روي أن امرأة ناشزة أتي بها عمر رض فحبسها في مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها
وقال كيف وجدت مبيتك فقالت ما مضت علي ليال هي أقر لعيني من هذه الليالي لأني لم أره فقال عمر رض وهل يكون النشوز
إلا هكذا اخلعها ولو بقرطها ٭ وعن ابن عمر رض أن مولاة له اختلعت بكل شيء لها فلم يعب ذلك عليها ٭ وعن ابن عباس رض
لو اختلعت بكل شيء لأجزت ذلك وهذا لأن جواز أخذ المال هنا نظير الزجر لها عن النشوز ولهذا لا يحل إذا كان النشوز من الزوج
وهذا لا يختص بما ساق إليها دون غيره فأما في الحكم الخلع صحيح والمال واجب في جميع الفصول عندنا ٭ وعند بعض الفقهاء
لا يجب المال إذا كان النشوز من الزوج ولا يجب الزيادة إذا كان النشوز منها لقوله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا
إلى أن قال تلك حدود الله فلا تعتدوها ٭ قال ابن جريج يعني في الزيادة والاعتداء أن يكون ظالما والمال لا يجب بالظلم
ولكنا نستدل بما روينا من الآثار وتأويل الآية في الحل والحرمة لا منع وجوب أصل المال ٭ قال وإذا قالت المرأة لزوجها
إن طلقتني ثلاثا فلك علي ألف درهم فقال نعم سأطلقك فلا شيء له عليها حتى يفعل لأنها التزمت المال بمقابلة الإيقاع دون الوعد
وإن فعل ذلك في المجلس فله الألف وإن لم يفعل فلا شيء له والطلاق واقع لأن الذي من جهتها التزام المال بمنزلة إيجاب البيع

لا يتوقف على ما وراء المجلس ولكن يبطل بالقيام عن المجلس قبل الايقاع فاذا اوقع الطلاق بعد ذلك مطلقا وقع الطلاق لان الزوج
ينفرد به وكلاهما وان كان شرطا في الصورة ففي المعنى التزام العوض لان التزام المال لا يحتمل التعليق بالشرط فهو نظير قوله
ان عملت لي هذا العمل فلك علي درهم يكون التزاما للعوض بطريق الاجارة ❁ ولو قال لها انت طالق اذا اعطيتني الفا ومتى اعطيتني
فهي امراته على حالها حتى تعطيه ذلك لانه علق الطلاق بشرط اعطاء المال فلا يقع بدونه ومتى اعطته في المجلس او بعده
فالطلاق واقع عليها لان اذا ومتى للوقت فمعنى اذا اعطيتني في الوقت الذي تعطيني وليس للزوج ان يمتنع منه اذا اتاه به
لانه يجبر على القبول ولكن اذا وضعته بين يديه طلقت وهو استحسان ❁ وفي القياس لا تطلق حتى يقبله الزوج وهو قول زفر
واصله في العتاق اذا قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر ❁ وجه القياس ان الحالف لا يجبر على ايجاد الشرط ووجه الاستحسان
ان كلامه تعليق بالشرط صورة وايجاب للطلاق بعوض معنى حتى اذا قبل المال كان الواقع بائنا ولو وجده زيوفا كان له ان يرده
ويستبدل وهذا حكم المعاوضة والملتزم للعوض اذا خلى بين صاحبه وبين المال لا يصير قابضا فباعتبار الشرط قلنا
لا حاجة الى قبولها في المجلس وباعتبار المعاوضة قلنا اذا وضعت المال بين يديه طلقت وليس لها ان ترجع بشيء منه لان اداء
المال عوضا عن الطلاق وقد سلم لها ❁ قال ولو كان قال لها ان جئتني بالف درهم فانت طالق فان جاءت به في ذلك المجلس
وقع الطلاق وان تفرقا قبل ان تاتيه به بطل هذا القول لان كلام الزوج تعليق بالشرط فيتم به من غير حاجة الى قبولها ولكنها
تتمكن من اداء المال في المجلس فيا بيتها قبل الاداء يكون مبطلا بمنزلة قوله ان شئت فانت طالق وهما سواء في المعنى الا ان ذلك
تمليك الامر منها بغير عوض وهذا تمليك الامر منها بعوض فكما يبطل هناك بقيامها قبل الاداء ❁ قال فان قال لها انت طالق
على ان تعطيني الف درهم او على الف درهم فهو سواء فان قبلت في ذلك المجلس وقع الطلاق عليها والمال دين عليها يؤخذ به لان
كلام الزوج ايجاب للطلاق بجعل وليس بتعليق بشرط فما لم يوجد الشرط لا يقع الطلاق ❁ والدليل على الفرق ان هنا لو كان لها
على الزوج الف درهم فاتفقا على جعل الالف قصاصا بما عليه لا يقع الطلاق وهنا يصير قابضا بالدين الذي لها عليه وبعد وجود الحكم
ان يثبت الحكم بالقبول مع التصريح بالاعطاء ❁ قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وبالقبول يثبت حكم الذمة فاذا ثبت
يتعلق بقبول المال بشرط القبول منها في المجلس فاذا لم تقبل حتى قامت فهو باطل وفيما تقدم لما كان الاعطاء شرطا تجعله
قصاصا بما عليه لا يصير الشرط موجودا قبل الاعطاء والمقاصة بين دينين واخص فهو بقوله اذا اعطيتني المال فالمال
عن واجب لها عليه فلا يصير قصاصا في قوله اذا اعطيتني فرضي الزوج ان يوقع عليها طلاقا مستقبلا بالالف التي لها عليه
فذلك جائز اذا قبلت وكان هذا منه لها ايجابا مبتدا ❁ قال واذا كان للرجل امراتان فسالتاه ان يطلقهما على الف وبالف
فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف اما في حرف الباء فلانهما جعلتا الالف بدلا عن طلاقهما فاذا طلق احديهما
فعليها حصتها وكذلك في حرف على لانه لا منفعة لها في طلاق الضرة حتى يجعل شرطا ولان كلمة على في الباب كل واحدة منهما
التزمت حصتها من الالف بشرط ان يطلق صاحبتها فاذا اتى كان هذا شرطا فاسدا الا ان الخلع لا يبطل بالشروط كالنكاح
فان طلق الاخرى في ذلك المجلس لزمها ايضا حصتها من المال فان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقات فكان هذا وما لو طلقهما بكلام
واحد سواء وان تفرقا قبل ان يطلق واحدة منهما بطل ايجابهما بالافتراق فاذا طلقها بعد ذلك كان الطلاق واقعا بغير بدل
قال واذا ادعت المراة الخلع وانكر الزوج فاقامت شاهدين شهد احدهما بالخلع بالف والاخر بخمسمائة او شهد احدهما بالخلع بالف
والاخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لانها تدعي احد الامرين لا محالة فتكون مكذبة للشاهد الاخر ولان الخلع في جانبها
قياس البيع اذا اختلفوا في جنس الثمن او في مقداره بطلت الشهادة فكذلك هنا وان اختلفا في جنس الجعل كالعرض والعبد
او كالعرض والدراهم فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بالطلاق بعوض اخر ولا يمكن ايجاب واحد من العوضين فلو شهدا
فلو حكم بالطلاق يحكم بالطلاق بعوض وقد اتفقا ان الزوج ما اوقع الطلاق بغير عوض ❁ قال ولو كان الزوج هو المدعي للخلع
والمراة منكرة فشهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة فان كان الزوج يدعي الفا وخمسمائة جازت شهادتهما
على الالف لان الطلاق قد وقع باقرار الزوج بقي منه دعوى المال ومن ادعى على غيره الفا وخمسمائة فشهد له شاهدان
شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الالف لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى فان ادعى
الزوج الالف لم تجز شهادتهما لان الزوج قد اكذب احد شاهديه وهو الذي شهد بالف وخمسمائة والمدعي اذا اكذب شاهده
بطلت شهادته له والطلاق واقع باقراره ❁ وكذلك ان اختلفا في جنس الجعل لان الزوج مكذب لاحدهما لا محالة فلا يبان ذلك

احد الجنسين فان شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة فعند ابي حنيفة لا تقبل شهادتهما لفظا وعندهما تقبل على الخمسمائة
اذا ادعى الزوج الالف لاتفاقهما على مقدار الخمسمائة معنى وقد بينا هذا فيما سبق ثم الاصل بعد هذا ان البدل
في باب الخلع بمنزلة الصداق في النكاح فانه مال يلتزم لا بمقابلة مال وقد بينا حكم الصداق في النكاح فالخلع قياسه الا انه
يذكر الفرق بينهما فيه حتى اذا اختلعت على دار فلا شفعة للشفيع فيها وان اشترطا ان ترد عليها الفا مع ذلك ففي وجوب الشفعة
في حصة الالف خلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه كما في الصداق وليس في جعل الخلع خيار الرؤية ولا رد بعيب يسير كما في
قال واذا اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز وكل ما يكون في بيتها في تلك الساعة فهو له لان الاشارة الى المحل تقطع المنازعة
بينهما بسبب الجهالة وان لم يكن فيه شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغر الزوج بتسمية الشيء فانه ينطلق على ما لا قيمة له فلهذا لا يلزمها
بشيء وفي هذا الفصل في النكاح يجب مهر المثل ولكن باعتبار ان بتسمية الشيء لغو من الزوج فكانه تزوجها على غير شيء
فلها مهر مثلها وهنا يصير كانه خلعها بغير شيء فلا شيء عليها ❁ وهذا لان البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم بمهر المثل
ولا قيمة للبضع عند خروجه عن ملكه ❁ قال وان اختلعت على ما في بيتها من متاع فله ما فيه وان لم يكن فيه شيء رجع عليها بالمهر
الذي اخذته منه لانها غرته بتسمية المتاع فانه اسم لما يكون متقوما منتفعا به لم يجد في البيت شيئا كان مغرورا من جهتها
فللمغرور دفع الغرر عن نفسه بالرجوع على الغار ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لكونه مجهول الجنس والقدر ولا قيمة للبضع
لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم فانه لا يملكها شيئا انما يسقط حقه عنها فكان اولى الاشياء ما ساق اليها من الصداق
فان المغرور يندفع عنه بالرجوع بذلك ❁ قال واذا قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم فان كان ما في يدها ثلثة دراهم او اكثر
فله ذلك وان لم يكن في يدها شيء فله ثلثة دراهم لانها سمت جميع الدراهم وادنى الجمع المتفق عليه ثلثة وليس لاقصاه نهاية
فاوجبنا الادنى وفي الصداق في هذا الفصل لها مهر مثلها لان هناك الزوج يملك عليها ما هو متقوم فلها ان لا ترضى بالادنى
وفي معاوضة المتقوم بالمتقوم يجب النظر من الجانبين وفي تعيين الادنى ترك النظر لها فلهذا اوجبنا مهر المثل وهنا الزوج
لا يملك لها متقوما فيتعين ادنى الجمع لكونه متيقنا ولانها لما كانت تلتزم لا بعوض متقوم كان هذا في حقها قياس الاقرار والوصية
ومن اقر لغيره بدراهم او اوصى له بدراهم ثلثة وان كان في يدها درهم او درهمان تؤمر باتمام ثلثة دراهم له لانها فيما التزمت ذكرت
لفظ الجمع ❁ وفي المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق فان التثنية غير الجمع فان قيل قد ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض والدرهمان
بعض الجمع فينبغي ان لا يلزمها الا ما في يدها كما قال في الجامع اذا قال ان كان في يدي من الدراهم الا ثلثة فعبده حر وفي يده اربعة
دراهم كان حانثا قلنا نعم حرف من يكون للتبعيض وقد يكون صلة كما في قوله تعالى واجتنبوا الرجس من الاوثان ❁ وقال تعالى ما اتخذ الله
من ولد ففي كل موضع يصح الكلام بدون حرف من كان حرف من فيه للتبعيض كما في مسئلة الجامع وفي كل موضع لا يصح الكلام بدون
حرف من كان حرف صلة لتصحيح الكلام كما في مسئلة الجامع فانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا وحرف من
صلة لتصحيح الكلام ويبقى منها لفظ الجمع فلهذا لا يلزمها دراهم والدنانير والفلوس في هذا قياس الدراهم وان اختلعت منه
بما في نخلها من ثمر وليس فيها شيء فله المهر الذي اعطاها لانها غرته بتسمية الثمرة وهو اسم لمال متقوم وان اختلعت منه
بما يثمر نخلها العام فهو جائز فان اثمرت فله ذلك وان لم تثمر شيئا فلا شيء له في قول ابي يوسف ثم رجع فقال يرجع عليها بما اعطاها
من المهر اثمرت او لم تثمر ولا شيء له من الثمرة وهو قول محمد ❁ وجه قوله الاول انها لم تغره بشيء ولكنها اوجبت له ما تثمر نخلها
العام فكان هذا بمنزلة الايجاب بطريق الوصية ❁ ومن اوصى بثمر نخله العام فان اثمرت فهي للموصى له وان لم تثمر فلا شيء له فهنا مثله ❁ وجه قوله الاخر انها ملتزمة بدل الخلع عوضا وان لم يكن في مقابلته ما هو متقوم والثمار المعدومة لا تصلح عوضا
في شيء من العقود فيبقى مجرد تسميته ما هو متقوم منتفع بها وذلك يثبت حق الرجوع بما اعطاها ❁ وهذا لان الغرور هنا متحقق
لما تعذر تسليم المسمى له شرعا فهو بمنزلة ما لو وجد الغرور منها صورة بان سمت المتاع الذي في يدها وليس في يدها متاع فيرجع عليها بما اعطاها ❁ قال وان اختلعت منه بما في بطن جاريتها او على ما في بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق
فان في مثله يجب مهر المثل لها لان ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال ولكن باعتبار المال هو مال بعد الانفصال الا ان احد العوضين
وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر وامكن تصحيح ما في البطن باعتبار المال وهو ما بعد الانفصال
واذا صحت التسمية فله المسمى وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته فما في البطن قد يكون ما لا متقوما وقد يكون
غير ذلك من ريح او ولد ميت والرجوع عليها بما في بطونها بعد الخلع فهو للمراة لانها سمت الموجود في البطن عند الخلع

ولا يتناول ما يحدث بعد ذلك بل الحادث على ملكها فيكون لها • قال واذا اختلعت منه بحكمه او بحكمها او بحكم اجنبي فهو جايز
كما في الصداق والان هناك المعتاد مهر المثل وهنا المعتاد ما اعطاها فان اختلعت بحكمه فحكم الزوج عليها بمقدار ما اعطاها او با
فذلك صحيح لانه يسقط بعض حقه وان حكم باكثر من ذلك لا يلزمها الزيادة الا ان ترضى به وان كان بحكمها فان حكمت بما اعطاها الزوج
او اكثر جاز لان تصرفها على نفسها بالتزام الزيادة صحيح وان حكمت باقل من ذلك لم يثبت النقصان الا ان يرضى الزوج بذلك
لان حكمها بذلك على الزوج وان كان بحكم اجنبي فله ما اعطاها لان الاجنبي ان حكم باقل من ذلك فهو متصرف على الزوج باسقاط
بعض حقه وان حكم باكثر فهو متصرف عليها بالتزام الزيادة فلا ينفذ بدون رضاها • قال وان اختلعت منه على خادم بغير عينها
فهو جايز وله خادم وسط او قيمته لانهما اتيا به اجبر على القبول كما في الصداق وان اختلعت بما تكتسب العام او بما تثمر نخيلها او بما في بطون
او بما تحمل جاريتها او غنمها كان له المهر الذي اعطاها في جميع ذلك لان المسمى لا يصلح عوضا في شيء من العقود اما لانه على خطر الوجود
لا يدرى ايكون ام لا او لانه مجهول الجنس والصفة والقدر فلا يصح التزامه في الخلع ايضا ولكنها غرته بتسمية المال فيلزمها
رد ما ساق اليها بسبب الغرور وكذلك ما تحمل جاريتها او غنمها من ولد لا يصح تمليكه من الغير بشيء من اسباب الوصية وغيرها
فيه سواء فيلزمها رد المقبوض بسبب الغرور • قال وكذلك ان اختلعت على ان تزوجه امراة ويمهر عنه فالخلع جايز والشرط باطل
للجهالة المستتمة في المسمى ولكن الغرور تمكن بتسمية الامهار فعليها رد العوض وان اختلعت منه بشيء مسمى فليس للزوج ان يرجع
عليها بشيء من المهر في قول ابي حنيفة • وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجع عليها بنصف المهر وان كان العقد بينهما بلفظة المبارات
فكذلك الجواب في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف في المبارات الجواب كما قال ابو حنيفة • والحاصل ان الخلع والمباراة عند ابي حنيفة
يوجبان براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لا يرجع احدهما على صاحبه بشيء بعد ذلك وعند محمد
الا المسمى في العقد فيما سوى ذلك من حقوق النكاح يجعل كالفرقة بغير جعل بالطلاق • وعند ابي يوسف في الخلع الجواب
كما قاله محمد • وفي المباراة الجواب كما قاله ابو حنيفة • وجه قولهما ان هذا طلاق بعوض فيجب به العوض المسمى ولا يسقط
من الحقوق الواجبة شيء كما لو كان بلفظ الطلاق • وهذا لانه لا تاثير لعقد المعاوضة الا في استحقاق العوض المسمى به والدليل عليه
انه لو كان لاحدهما على الاخر دين واجب بسبب اخر او عين في يده لا يسقط شيء من ذلك بالخلع والمباراة فكذلك الحقوق الواجبة
بالنكاح • والدليل عليه ان نفقة عدتها لا تسقط وهي من الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما وهذا لان الخلع انما يكون
عند النشوز وسبب النشوز الوصلة التي بينهما بسبب النكاح فتمام انقطاع المنازعة والنشوز انما يكون باسقاط ما يوجب
باعتبار تلك الوصلة وفي لفظهما ما يدل عليه فان المباراة مشتق من البراءة والخلع من الخلع وهو الانتزاع يقول الرجل خلعت الخف
من الرجل اذا قطعت ما بينهما من الوصل من كل وجه فاما اذا كان العقد بلفظ الطلاق فقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يسقط
الحقوق الواجبة ايضا بالنكاح لاتمام المقصود وفي ظاهر الرواية ليس في لفظ الطلاق ما يدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح
فلهذا لا تسقط واما ساير الديون فوجوبها ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز والمنازعة لم تتحقق فيه فلهذا لا تسقط واما
نفقة العدة فهي غير واجبة عند الخلع انما تجب شيئا فشيئا والخلع والمباراة اسقاط ما هو واجب بحكم النكاح في الحال وابو يوسف
اخذ في المباراة بقول ابي حنيفة لتحقق معنى البراءة • وفي الخلع اخذ بقول محمد لانه ليس فيه معنى البراءة عن الحقوق الواجبة
فجعل لفظ الخلع بمنزلة لفظ الطلاق وعلى هذا الاصل لو كان مهرها الف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها
فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة • وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف وكذلك لو كان المهر عبدا بعينه
في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند ابي حنيفة لا يرجع عليها بشيء من العبد وعندهما يرجع عليها بنصف العبد ولو تزوجها
على الف درهم فوهبت له النصف وقبضت النصف ثم اختلعت منه بشيء مجهول كالثوب ونحوه فانه يرجع عليها بما دفع اليها من المهر
لا بالالف التي كان لها اصل العقد لان ثبوت حق الرجوع لدفع الضرر عن الزوج وذلك يتم اذا رجع بما ساق اليها فلو كانت وهبت
جميع المهر لزوجها لم يرجع الزوج عليها بشيء لان الرجوع بحكم قبضها ولم تقبض شيئا والرجوع لدفع الضرر عن الزوج وذلك اندفع
هنا حين سلم له جميع المهر بالهبة • قال واذا اختلعت من زوجها بعبد بعينه فمات قبل ان تسلمه فعليها قيمته كما في الصداق
لان السبب الموجب للتسليم لم ينفسخ بهلاكه فاذا تبين ان العبد كان مات قبل الخلع فانما يرجع عليها بالمهر الذي اخذته منه لانها
غرته بتسمية العبد وان كان حيا فاستحق فعليها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له وان ظهر انه كان حرا
فعليها المهر الذي اخذته منه في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف عليها قيمته لو كان عبدا وهذا والصداق سواء قال

وان اختلعت منه

وان اختلعت منه بما لا يحل كالخمر والخنزير والميتة لم يكن عليها شيء لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين ولا يتمكن الغرور منها
بهذه التسمية وصارت هذه التسمية وجودها كعدمها وبهذا فارق الصداق فان تسمية الخمر هناك لا وجودها كعدمها
ولكن بدون التسمية يجب مهر المثل هناك ولا يجب هنا شيء وان غرته فقالت اختلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها ان ترد المهر
الماخوذ في قول ابي حنيفة • وفي قول ابي يوسف ومحمد عليها مثل ذلك الكيل من خل وسط وهذا والصداق سواء • قال
واذا تزوجها على الف درهم ثم اختلعت منه بمال مؤجل فهو جايز ان كان الاجل معلوما لان الخلع عقد معاوضة فيصح اشتراط
الاجل المعلوم فيه في بدله كساير المعاوضات وان كان الاجل مجهولا بجهالة مستتمة من الميسرة او موت فلان او قدوم فلان
فالمال عليها حال لان الاجل اسم لزمان منتظر ولم يصر مذكورا بذكر هذه الالفاظ لجواز ان يتصل موت فلان وقدومه او الميسرة
بالعقد ففي هذا شرطا فاسدا والخلع لا يبطله فكان المال حالا عليها وان كان الى القطاف والى الدياس والى النيروز والمهرجان
فالمال الى ذلك الاجل لانهما ذكرا في العقد ما هو اجل وهو الزمان الذي هو منتظر فان وقت الشتاء والشهر وزمان الحصاد والدياس
يتيقن ولكن فيه نوع بعض الجهالة من حيث انه قد يتقدم اذا تعجل الحر ويتاخر اذا تطاول البرد ولكن هذا القدر من الجهالة لا يمنع
صحة الاجل خصوصا في العقد المبني على التوسع فتثبت فيه هذه الاجال فان ذهبت العلة في ذلك المقام فلم يكن حصاد ولا دياس
فالاجل الى مثل ذلك الوقت الذي يكون فيه في مثل تلك البلدة وكذلك القطاف لان ذكر القطاف كان على سبيل الكناية عن وقته
فلا معتبر بوجود حقيقته ووقته معروف عند الناس في كل موضع فاذا جاء ذلك الوقت وجب تسليم وبدل الخلع اذا كان
دينا فهو في حكم اخذ الرهن والكفيل به بمنزلة الصداق حتى اذا هلك هلك بما فيه وكان هو امينا في الفضل قال وان خلعها
على وصيف بغير عينه فان جاءت بقيمته اجبر على قبوله كما في الصداق وان صالحها من الوصيف على دراهم او شيء مما يكال او يوزن
او العروض والحيوان من غير صنفه فهو جايز بعد ان يكون يدا بيد كما في الصداق وهذا لانه اذا لم يكن مقبوضا كان دينا بدين
وذلك حرام • قال واذا اختلعت في مرضها بمهرها الذي كان على زوجها ثم ماتت وهي في العدة فله الاقل من ميراثه منها
ومن المهر ان كان يخرج من ثلث مالها وان لم يكن لها مال سوى ذلك فله الاقل من ميراثه منها ومن الثلث وان ماتت بعد انقضاء
العدة فله المهر من ثلث مالها فالحاصل انها اذا اختلعت في مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها عندنا • وقال زفر
من جميع المال واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امراة بصداق مثلها اعتبر من جميع المال لان ذلك من حوائجه
فكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص به من اذى الزوج • ولكنا نقول البضع عند دخوله في ملك الزوج
متقوم وعند الخروج لا يتقوم حتى ان للاب ان يزوج ابنه امراة بماله وليس له ان يخالع ابنته من زوجها بمالها والخلع ليس
من اصول حوائجها فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية للزوج فيعتبر من الثلث ومن عليه القصاص اذا صالح في مرضه على الدية
عندنا يعتبر من جميع ماله ويحتاج اليه لاحياء نفسه فكان ذلك من اصول حوائجه بخلاف بدل الخلع • وعند زفر يعتبر
من الثلث بخلاف الخلع لان القصاص عقوبة فلا يعاض عنه بالمال حقيقة فيكون التزام المال بمعنى الصلة المبتداة والمملوك
بالنكاح مما يعاض عنه باعتبار الاصل وما تسلم الزوج هنا يكون عوضا يعتبر من جميع مالها اذا عرفنا هذا فنقول
اذا ماتت قبل انقضاء العدة فسبب الميراث باق ببقاء العدة ويجوز ان يكون قصدها بهذا الخلع ايصال المنفعة المالية
الى الزوج ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر ميراثه فاما في الاصل فلا تهمة فلهذا كان له الاقل من ميراثه ومما سمت له
واما اذا ماتت بعد انقضاء العدة فليس بينهما سبب التوارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزلة ما لو اوصت
او اقرت له بشيء بعد ما طلقها ثلاثا وان كان لم يدخل بها فاختلعت منه في مرضها بمهرها فنقول اما نصف المهر فقد سقط عن الزوج
بالطلاق قبل الدخول لا من جهتها والنصف الباقي له من ثلث مالها لان ذلك القدر بمنزلة الوصية منها له وليس بينهما توارث
اذا كان الطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتبار الاقل • وكذلك ان اختلعت منه باكثر من مهرها فنصف المهر يسقط بالطلاق
قبل الدخول والنصف الباقي مع الزيادة للزوج من ثلث مالها فان برات من مرضها فله جميع المسمى بمنزلة ما لو خلعها في صحتها
قال وان اختلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جايز بالمسمى قل او كثر لانه لو طلقها بغير عوض كان صحيحا فبالعوض
القليل اولى ولا ميراث لها منه لان الفرقة انما وقعت بقبولها فكانه طلقها بسؤالها وان تبرع اجنبي في مرضه بالخلع عنها
من الزوج بمال ضمنه للزوج فهو جايز من ثلثه اذا مات من ذلك المرض لان الاجنبي التزم المال في مرضه من غير عوض حصل له
فكان معتبرا من ثلثه وان كان الزوج مريضا حين فعل الاجنبي هذا بغير رضاها فيكون الزوج فلها الميراث اذا مات الزوج

قبل انقضاء عدتها لان الفرقة وقعت بغير رضاها فيكون الزوج فارا في حقها ❁ قال واذا وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته
فقام الوكيل من مجلسه قبل ان يخلعها فهو على وكالته لان مطلق التوكيل لا يتوقف بالمجلس كما في سائر العقود وهذا لان المطلوب منه
من التوكيل تحصيل مقصود الموكل والمجلس وما بعده في هذا سواء ❁ وهذا خلاف ما لو قال لها امرك بيدك لان ذلك تمليك الامر
وجواب التمليك يقتصر على المجلس وهذا انابة مناب نفسه عندنا الصلح فيصير نائبا عنه ما لم يعزله كما لو قال له طلقها
قال واذا وكل رجلين بالخلع فخلع احدهما لم يجز لان الخلع عقد معاوضة يحتاج فيه الى الراي والتدبير وهو انما رضي براي المثنى
وراي الواحد لا يكون كراي المثنى فلا يحصل مقصوده اذا انفرد احدهما به كالبيع بخلاف ما لو قال طلقاها فطلقها احدهما
لان ايقاع الطلاق بمجرد عبارة لا يحتاج فيه الى الراي والتدبير وعبارة الواحد والمثنى سواء وما هو مقصود الزوج يحصل
بايقاع احدهما ❁ ولو قال لامرأته انت طالق ثلثا على عبدي هذا ان شئت فقامت من مجلسها قبل ان تشاء فهي امرأته
لا يقع الطلاق في هذا الا بقبولها لان العبد المسمى ملك الزوج فكان ذكره والسكوت سواء فبقي قوله انت طالق ثلثا ان شئت
فاذا قامت قبل ان تشاء خرج الامر من يدها فلا يقع عليها شي لان المشية منها لم توجد ولانه اوقع الطلاق بعوض فلا يقع
الا بوجود القبول وان قبلت في المجلس وقع الطلاق عليها لوجود القبول ولانها لما قبلت فقد شاءت والعبد عبد الزوج
على حاله لان ملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا شي له عليها لانها لم تغرم ❁ وان قال انت طالق ان شئت على عبدك الذي في يدي
فان قبلت وقع الطلاق عليها وله العبد لان ملكها يصلح عوضا عن الطلاق سواء كان في يدها او في يد الزوج فان استحق العبد
فله قيمته لان التسليم بالعقد صار مستحقا عليها وقد فوت الزوج بالاستحقاق من الاصل والنسب لها فهو له وان لم تكن علمت
بذلك لانها هي التي اضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل ان تعلم ما في يده فقبلت فاذا هي في يده جوهرة لها فهي له وان لم تكن علمت بذلك
ولو اشترتها بهذه الصفة كان جائزا فالخلع لها ولا خيار اولى وان لم يكن في يده شي فالطلاق رجعي ولا شي له عليها لانها لم تغرم
وصريح الطلاق لا يوجب البينونة الا بعوض ❁ قال ولو اختلعت منه بعبد حلال الدم فقتل عنده بقصاص رجع عليها بقيمته
في قول ابي حنيفة رح وهذا بمنزلة العيب الفاحش يكون في يدها بالعبد ❁ وعندهما عيب القطع في حكم الحادث عند الزوج
فيمنعه من رد العبد عليها ❁ وموضع بيان هذه المسئلة كتاب البيوع وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج واخذ قيمته
في قول ابي حنيفة وهذا بمنزلة العيب الفاحش يكون في يدها بالعبد ❁ وعندهما قال ولو خلعها على عبد نصراني وامة لها زوج
او عبد له امرأة ولم يعلمه ذلك لم يرجع عليها بشي فان هذا بمنزلة العيب اليسير لان نقصان المالية بمثل هذه الاسباب
وبدل الخلع لا يرد بالعيب اليسير كالصداق وان اختلعت ومهرها الف درهم على عبد ... الف فاستحق العبد من يده رجع
بالالف وبنصف قيمة العبد لان المرأة بذلت العبد بازاء شيئين بالالف التي قبضت والخلع وهما سواء فانقسم العبد نصفين نصفه
تبع من الزوج بالالف فعند الاستحقاق يرجع بقيمة المدفوع ونصفه بدل الخلع فعند الاستحقاق يرجع بقيمته فلهذا رجع عليها
بالالف وبنصف قيمة العبد ❁ وكذلك لو اعطاها مكان الالف خادما قيمته الف اخذ الخادم ونصف قيمة العبد لان نصف العبد
كان تبعا له بالخادم والاستحقاق يبطل البيع فيرجع بالخادم والنصف الاخر من العبد كان بدل الخلع فيرجع بقيمته عند الاستحقاق
قال وان خلعها على ان تعطيه درهما فنظر اليه في يدها فاذا هي زيف وستوق فله ان ياخذ منها جيدا لان مطلق الدراهم يتناول الجياد
فكان له ان يرد الزيف والستوق ويطالبها بما استحق بالعقد قال وليس هذا بمنزلة العيب في العبد يريد به ان العبد لا يرد بالعيب اليسير
في الخلع والدراهم ترد بعيب الزيافة وان كان ذلك عيبا يسيرا لان الخلع لا تعلق بتلك الدراهم وانما تعلق بدراهم جياد في ذمتها
حتى له ان يمنع ذلك الدراهم ويعطيه اخرى فكان له ان يطالبها بما استحق بالعقد ولانه بالرد هنا يستفيد شيئا وهو الرجوع بالجيد
بخلاف العبد فان العقد تعلق بعينه ولا يستفيد شيئا برده بعيب يسير لانه يرجع بقيمته ولا فرق بين قيمته صحيحا وبين عينه مع العيب
اليسير ❁ قال وان اختلعت منه على ثوب في يدها اصفر فقالت هو هروي فاذا هو مصبوغ كان له ثوب هروي وسط لان المسمى
اذا لم يكن من جنس المشار اليه فالعقد متعلق بالمسمى ولهذا لا يجوز البيع في مثله لانه يتعلق بالمسمى وهو معدوم فكذلك في الخلع
يتعلق بالمسمى وهو ثوب هروي والخلع على مثله صحيح وينصرف الى الوسط كما في الصداق ❁ قال واذا تزوج المريض امرأة مريضة
على الف درهم ودفعها اليها ولا مال له غيرها ومهر مثلها مائة درهم فاختلعت منه ثم ماتت من ذلك المرض ولا مال لها غيرها
ثم مات الزوج بعدها من المرض فلورثة المرأة من هذه الالف مائتا درهم وخمسة وسبعون درهما ولورثة الزوج سبعمائة درهم
وخمسة وعشرون درهما وهذه المسئلة تبتنى على اصول ❁ احدها ان المريض اذا تزوج امرأة على اكثر من صداق مثلها فالزيادة

على صداق المثل بمنزلة الوصية في الاعتبار من الثلث ومقدار صداق مثلها لا يعتبر من الثلث والثاني ان المريضة اذا اختلعت
من زوجها بمال يكون معتبرا من الثلث والثالث ان الطلاق قبل الدخول يسقط نصف الصداق عن الزوج شرعا ❁ ثم وجه تخريج
المسئلة في مقدار مهر مثلها وهو المائة لا وصية من الزوج لها وقد عاد بالطلاق قبل الدخول نصفه اليه بقي خمسون وقد وصل
بذلك للزوج حين اختلعت منه به فانما يسلم للزوج بلث ذلك وهو ستة عشر وثلثان فيكون حاصل مال الزوج تسعمائة
وستة وستين وثلثين وقد حاباها باربعمائة وخمسين في اصل النكاح لان المحاباة كانت بتسعمائة ولكن بالطلاق قبل الدخول
عاد الى الزوج نصفها فبقيت المحاباة باربعمائة وخمسين وذلك اكثر من ثلث ماله فيعتبر محاباته من الثلث وكان ينبغي ان يسلم لها
بهذا المقدار الا انه قال انه تنفذ وصيته في ثلثة اثمان هذا المقدار لانا لو نفذنا في ثلثها رجع ثلثه الى ورثة الزوج بالخلع
فيزداد ماله ويجب الزيادة في تنفيذ الوصية لها بحسبه فلا يزال يدور هكذا فلقطع الدور قال ينفذ وصيته في ثلثة اثمانه وطريق معرفة
ذلك السهام انا نحتاج الى مال ينقسم ثلثه اثلاثا واقل ذلك تسعة فينبغي ان يجعل مال الزوج على تسعة اسهم وتنفذ وصيته
في ثلثة الا ان سهما من هذه الثلثة يعود الى الورثة بالخلع وصية لها فيصير في يد ورثة الزوج سبعة اسهم وحاجتهم الى ستة
وهذا السهم الزائد هو الداير الذي يقضي الى الفساد فالسبيل طرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من قبله وهو معنى
قول ابي حنيفة رح الدور ساقط وانما يسقط هذا الدور من جانب الورثة من قبله وهو معنى زيادة حقهم فيطرح من اصل حقهم
سهما فيبقى حقهم في خمسة وحق المرأة في ثلثة فيكون ثمانية فلهذا جعلنا مال الزوج على ثمانية ثم نفذنا وصيته لها في ثلثة
ويعود سهم من هذه الثلثة الى ورثته بالخلع فيحصل للورثة ستة وقد نفذنا الوصية في ثلثة فيستقيم الثلث والثلثان
ثم وجه التخريج من حيث الدراهم ان مال الزوج تسعمائة وستة وستون وثلثان فاذا قسمت ذلك اثمانا فكل ثمن من ذلك مائة وخمسة
اسداس فثلثة اثمانه ثلثمائة واثنى وستين ونصف تنفيذ الوصية في الابتداء وهذا المقدار بقي للورثة ستمائة واربعة و
ثم يعود اليهم من جهتها مائة وعشرون وخمسة اسداس فيكون جملة ذلك سبعمائة وخمسة وعشرين وقد نفذنا الوصية
في ثلثمائة واثنى وستين ونصف ويستقيم الثلث والثلثان وحصل لورثة المرأة في الابتداء ثلثة وثلثون وثلث وبالوصية مائتا
واحد واربعون وثلثان فيكون جملة ذلك مائتين وخمسة وسبعين فاستقام التخريج ❁ وهذه المسئلة باخواتها نعود في كتاب
في المرض فنؤخر تخريج ساير الطرق الى ذلك الموضع

باب المشية في الطلاق

رجل قال لامرأته ان شئت فانت طالق فذلك اليها ما دامت في مجلسها لانه علق الوقوع بمشيتها وذلك من عمل قلبها بمنزلة اختيارها
وقد اتفق الصحابة رض ان المخيرة بالخيار ما دامت في مجلسها فكذلك في هذا الحكم بما هو في معناه وهو المشية وهذا لان الراي الذي
لها الزوج معتبر بما يثبت لها من الخيار شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقف بمجلسها ان شاءت هنا فهي طالق تطليقة رجعية
لان الوقوع بلفظ الزوج وقد اتى بصريح الطلاق وان قامت قبل ان تشاء فهي امرأته ولا مشية لها بعد ذلك لانقطاع مجلسها بالقيام
او لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها من المشية ❁ وكذلك ان اخذت في عمل اخر غيره فانه قطع لما كانا فيه من ذكر الطلاق لان الاعراض
عن المشية يتحقق باستعمالها بعمل اخر كما يتحقق بقيامها وقيام الزوج من ذلك المجلس لا يبطل مشيتها لان قيامها دليل الرجوع
فيكون كصريح الرجوع ولو رجع عما قال كان رجوعه باطلا بخلاف قيامها فانه دليل الرد ولو ردت المشية صح منها وبه فارق البيع
فان الموجب لو قام عن المجلس بطل ايجابه فكذلك يبطل بقيامه ❁ وكذلك لو قال ان ردت او احببت او رضيت او هويت فانت طالق
لان هذه الالفاظ في المعنى تتقارب فانه تعليق للوقوع باختيارها ولان هذه المعاني لا تنفذ بها كمشيتها فيتحقق منها في المجلس
ولو قال طلقي نفسك ان شئت او احببت او رضيت او اردت فهو كذلك الا ان هنا ما لم تقل طلقت نفسي لا يقع لان قوله طلقي
نفسك تمليك الامر منها وقد علقه بالمشية فاذا قالت شئت ورضيت صار الامر في يدها لوجود الشرط فلا يقع ما لم توقع
وهنا لو قوله انت طالق وما اشبه ذلك من الكلام الذي لا يطلع على ما في قلبها فذلك اليها في المجلس والقول قولها استحسانا
وفي القياس لا يقبل قولها الا بتصديق الزوج لانها تدعي شرط الطلاق وذلك منها كدعوى نفس الطلاق ولكنا استحسنا فقلنا
لا طريق لنا الى معرفة هذا الشرط الا من جهتها فلا بد من قبول قولها فيه لان الحجة بحسب الممكن في كل فصل ولما علق الزوج الطلاق
بما في قلبها مع علمه انه لا يعرف ذلك الا من قولها صار الطلاق معلقا باخبارها فكانه قال ان اخبرتني انك تحبيني وقد اخبرت بذلك

بمشيتها
فاما انما نفس الخبر مقام حقيقته خبرها في علمها للتيسير فسماه استحسانا لهذا ۰ وانما توقت بالمجلس لان اخبارها يتحقق في المجلس
واختيارها ولو قال لها طلقي نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فهو بمنزلة المشيئة لها ذلك ما دامت في المجلس لانه تمليك للايقاع منها
وجواب التمليك يقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال لاجنبي طلق امرأتي فان ذلك توكيل والتوكيل لا يتوقت بالمجلس وفي جانبها الىس توكيل
فانه لا يكون وكيلا ولا رسولا بالايقاع على نفسها فبقي تمليكا للامر منها بان طلقت نفسها ثلثا وقال الزوج اردت ثلثا فهي طالق ثلثا لان قوله
طلقي نفسك تفويض ولهذا جعلناه تمليكا للامر منها على معنى انه فوض اليها ما كان اليه والتفويض يحتمل معنى العموم والخصوص فنية الثلاث منه
نية العموم وبعد ما صار الثلاث مفوضا اليها يكون ايقاعها كايقاع الزوج ۰ ولو قال اردت واحدة لم يقع عليها واحدة في قول ابي حنيفة
وعندهما يقع واحدة ۰ وان قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة او اثنتين وقع عليها بالاتفاق وهما يقولان اوقعت ما فوض اليها
وزادت على ذلك لان الواحد موجود في الثلث فكما لو قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وكما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها
وكما لو قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه او قال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع اخر ۰ والدليل على وجود الواحدة
في الثلث ان الثلث احاد مجتمعة ۰ الا ترى انه لو قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت نفسها واحدة يقع وانما يصح ايقاعها اذا كان ما اوقعت
موجودا فيما فوض اليها ۰ يوضحه انه لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد ابنت نفسي يقع عليها تطليقة رجعية وما زادت من صفة البينونة
لا تنعدم الموافقة في اصل الطلاق فكذلك اذا اوقعت الثلاث لان موجب الثلث البينونة الغليظة وابو حنيفة يقول انها تغير ما فوض اليها
فكانت مبتدية فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها ۰ وبيان الوصف ان الثلث غير الواحد وقد قررنا
هذا في مسئلة الشهادة فيما سبق بخلاف ما لو قالت واحدة وواحدة وواحدة لانها بالكلام الاول ممتثلة لما فوض اليها وفي الكلام بالثانية والثالثة
تكون مبتدية فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها فان قيل فكذلك ههنا بقولها
طلقت نفسي تكون ممتثلة لو اقتصرت عليه فانما تكون مبتدية في قولها ثلثا فتلغو هذه الزيادة ۰ قلنا الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع
بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو ماتت بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لم يقع شيء فاذا كانت
مبتدية في كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها ابنت نفسي او طلقت نفسي تطليقة بائنة
واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة امره ۰ وهذا بخلاف ما لو قال لها طلقي نفسك ثلثا
فطلقت نفسها واحدة لان الثلث غير الواحدة ولكن من ضرورة صيرورة الامر في يدها في الثلث وقوع الواحدة بايقاعها فانها بعض
ما صار مملوكا لها وانما ينفذ باعتبار انها تصرفت فيما ملكت ۰ وهنا انما صارت الواحدة في يدها وليس من ضرورة صيرورة
الثلث في يدها وهي في ايقاع الثلث غير متصرفة فيما تملك ولا ممتثلة امره ۰ يوضحه ان المخاطب متى زاد على حرف الجواب كان مبتديا
كما قال لعال تغد معي فقال ان تغديت اليوم فعبدي كذا كان مبتديا حتى لو رجع الى بيته فتغدى يحنث لانه زاد على حرف الجواب
ومتى نقص لا يكون مبتديا ۰ والمخاطبة بالواحدة اذا اوقعت الثلث فقد زادت على حرف الجواب ۰ والمخاطبة بالثلاث اذا اوقعت الواحدة
لم تزد على حرف الجواب فلهذا افترقا ۰ تقريره اذا فوض الثلث اليها فاوقعت واحدة فهي تقدر على ايقاع الثانية والثالثة في المجلس
ولو فعلت كانت ممتثلة لا محالة فبدونها ايقاع الثانية والثالثة لا تخرج من ان تكون ممتثلة في الاولى بخلاف ما اذا اوقعت الثلث
وقد امرها بالواحدة لان هناك لا تقدر على الامتثال بعد هذا لاشتغالها بغير ما امرها به ۰ قال ولو قال لها انت طالق ثلثا ان شئت
فقالت قد شئت واحدة او ثنتين فهذا باطل لان قوله ان شئت اي ان شئت الثلث فان هذا اللفظ غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من ان يجعل
بناء على ما سبق واذا جعلناه بناء تبين انه جعل الشرط مشيتها الثلث فلا يتم الشرط بمشيتها للواحدة ۰ ولو قال لها انت طالق واحدة ان شئت
فقالت قد شئت واحدة وواحدة وواحدة وقع عليها ثلث تطليقات دخل بها او لم يدخل ثنتين او ثلثا لم يقع شيء في قول ابي حنيفة
لانه لم يوجد مشيتها الواحدة ۰ وعندهما يقع لانها قد شاءت الواحدة وزيادة ۰ وهذا بناء على الفصل الاول قال ولو قال لها
انت طالق ثلثا ان شئت فقالت قد شئت لها لان تمام الشرط باخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء فلهذا وقع الثلث عند تمام الشرط
سواء دخل بها او لم يدخل بها ۰ ولان الكلام معطوف بعضه على بعض يتوقف اوله على اخره وباخره يتحقق منها مشية الثلث فكانها قالت
شئت ثلثا ولو قالت شئت واحدة وسكتت ثم قالت شئت واحدة وواحدة لم يقع عليها شيء لان كلامها تفرق بسكوتها وهي في الكلام الاول
شاءت غير ما جعلت الزوج شرطا لان الشرط مشيتها الثلث وقد شاءت الواحدة واشتغالها بمشية اخرى يكون ردا للمشية
التي جعلها الزوج شرطا فكان هذا بمنزلة قولها لا اشاء ولو قالت ذلك لم يكن لها مشية بعده فكذلك ههنا بخلاف الاول فان كلامها هو
هنالك وتاخره يتبين انه اتحاد للشرط لا رد المشية ۰ ولو قالت قد شئت ان شاء ابي كان هذا باطلا لان الشرط مشيتها وما اتت به
انما

انما علقت مشيتها بمشية ابيها والتعليق غير التخيير ۰ الا ترى ان المفوض اليها تنجيز الطلاق لا تملك التعليق ثم اشتغالها بالتعليق
بمنزلة قيامها في خروج الامر من يدها فلا مشية لها بعد ذلك وان كانت في المجلس ولو قال لها اذا شئت فانت طالق او متى شئت
كان لها ان تشاء في المجلس وبعد القيام من المجلس متى شاءت مرة واحدة لان اذا ومتى للوقت فكانه قال اي وقت شئت فيكون موجب هذا
الحرف تعدي المشية الى ما بعد المجلس من الاوقات لا التكرار فكان لها المشية مرة واحدة في اي وقت شاءت وكذلك
اذا ما شئت ومتى ما شئت كان لها ان تشاء ولو قال لها انت طالق كلما شئت كان لها ذلك ابدا كلما شاءت مرة بعد اخرى
حتى يقع عليها ثلث تطليقات لان كلمة كلما تقتضي التكرار وان شاءت واحدة وصارت طالقا واحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها
كان لها المشية ايضا لبقاء بعض التطليقات المملوكة ولو شاءت ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج فلا مشية لها لان كلامه انما يتناول
التطليقات المملوكة ولم يبق منها شيء بعد وقوع الثلث ۰ وفي هذا خلاف زفر رحمه الله وقد بينا ولو انها شاءت مرتين ووقع عليها
تطليقتان وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ودخل بها ثم عادت اليه تعود بثلث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولها المشية
في كل مرة بعد مرة لبقاء شيء من التطليقات المملوكة ۰ وقد بينا هذا الفرق فيما سبق انه اذا بقي شيء مما تناوله عقده واستفاد من جنسه
يتعدى حكم ذلك العقد اليه بخلاف ما اذا لم يبق منه شيء ۰ وكذلك لو لم تشأ حتى طلقها الزوج ثلثا فلا مشية لها بعد ذلك
وان عادت اليه بعد الزوج بخلاف ما لو طلقها واحدة او ثنتين ولو لم تشأ شيئا وردت المشية كان ردها باطلا لان ردها اعراض
بمنزلة قيامها عن المجلس وفي لفظ كلما لا يبطل مشيتها بقيامها فكذلك بردها ۰ وهذا لان شرط المشية في حكم الرد كسائر الشروط
ولو علق الطلاق بدخولها الدار فردت كان ردها باطلا ۰ الا ترى ان في جانب الزوج جعل هذا في اللزوم والتعليق بشرط اخر سواء
قال ولو قال لها كلما شئت فانت طالق ثلثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل لان معنى كلامه كلما شئت الثلاث ۰ ولو قال كلما شئت
فانت طالق واحدة او قال فانت طالق ولم يقل واحدة فشاءت الثلث لم يقع عليها شيء في قول ابي حنيفة وعندهما يقع واحدة ۰ وقد بينا
هذا ولو قالت قد شئت امس تطليقة وكذبها الزوج فالقول قول الزوج لانها اخبرت بما لا تملك انشاءه فانها اخبرت بمشية كانت
فلا يبقى ذلك بعد مضي امس فان قيل اليس انها لو شاءت في الحال يصح منها فصار اخبرت بما تملك انشاءه ۰ قلنا لا كذلك فالمشية في الحال
غير المشية في الامس وكل مشية شرط تطليقة فهي لا تملك انشاء ما اخبرت به انما تملك انشاء شيء اخر وهو بمنزلة ما لو قال لها انت طالق ان
او ان كلمت فلانا غدا فقالت في الغد قد كنت دخلت الدار امس لا يقبل قولها وان كانت تملك الايقاع في الحال بان تكلم فلانا ولو قالت
قد شئت ان اكون طالقا غدا كان باطلا لانه فوض اليها التنجيز فلا تملك الاضافة الى وقت منتظر كما لا تملك التعليق بالشرط ۰ قال واذا قال
لامراتيه اذا شئتما فانتما طالقان فشاءت احداهما دون الاخرى كان باطلا عندنا ۰ وقال زفر تطلق التي شاءت لانه لو خاطبها بالطلاق مطلقا
كان كلامه مساويا لكل واحدة منهما فكذلك اذا خاطبها بطلاق معلق بالمشية فيصير كانه قال لكل واحدة منهما انت طالق اذا شئت
ولكنا نقول معنى قوله اذا شئتما اي شئتما طلاقكما بمشية احداهما وجد بعض الشرط وبوجود بعض الشرط لا ينزل شيء من الجزاء كما لو قال
لهما اذا دخلتما هذه الدار وكلمتما فلانا ففعلت احداهما دون الاخرى لم تطلق لان الشرط مشيتهما طلاقهما بمشيتهما طلاق احداهما يوجد بعض الشرط
وكذلك لو ما تشاء احداهما ثم شاءت الاخرى الطلاق كان ذلك باطلا لانه تحقق فوات احدهما لم يقع شيء ۰ قال رجل قال لامراته شائي طلاقك
ينوي الطلاق فقالت قد شئت فهي طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيتها من عمل قلبها كاختيارها وهذا بمنزلة اختاري الطلاق
فقالت قد اخترت وهنا ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا لانه لا يحتمل ان يكون مراده اختاري الطلاق او الطلقة او اختاري فيكون
طالقا فاعتبر نية الايقاع فيه فكذلك في المشية ۰ وان قال احبي الطلاق او ارضي الطلاق او اهوي الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا
وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى نوع تمني فكانه قال تمني الطلاق فقالت تمنيت لا يقع به شيء ۰ وفي الكتاب اشار الى الفرق
بين هذا وبين قوله شائي فقال لان شائي الطلاق واجبه فيكون مملكا منها واحبي وارضي واهوي لم يملكها شيئا ومعنى هذا ان المشية في صفة
الخالق والخلق في اللغة من الارادة والهوى والمحبة ۰ الا ترى ان المحبة لا يذكر مضافا الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة ۰ قال الله تعالى فوجدا فيها جدارا
يريد ان ينقض وليس الى الجدار من الارادة شيء فوضح الفرق ان الزوج هو الموقع ولهذا اشترط نية الايقاع منه ولفظ المشية تمليك الزوج
الايقاع به فانه لو قال شئت طلاقك بنية الايقاع يقع فكذلك اذا فوض اليها يكون مملكا منها ما كان له فاما لفظ الارادة والمحبة والهوى
لا يملك الزوج الايقاع به لانه لو قال احببت طلاقك او هويت طلاقك او اردت طلاقك لا يقع به شيء وان نوى فكذلك لا يصير مملكا لها
وكذلك لو قال ان احببت فقالت قد شئت الطلاق وقع عليها لانها اتت بما جعله شرطا بل هو بني على ما بينا ان المشية منها اقوى من المحبة ۰
خلاف ما لو قال انت طالق ان شئت فقالت احببت وهويت او اردت لم يقع شيء لانها اتت بدون ما جعله شرطا في حكم الطلاق وما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء

ولو قال انت طالق ثلثا ان شئت فقالت قد شئت ان كنت الشىء ماض كانت طالقا لان التعليق بشرط موجود يكون تنجيزا • الا ترى
ان الوكيل بالتنجيز يملك هذا النوع من التعليق بخلاف التعليق بما يكون فى المستقبل • الا ترى انها لو قالت قد شئت ان كنت زوجى
كان لها ذلك مشيئة منها ولو قالت قد شئت ان شئت فقال الزوج قد شئت كان باطلا لانها علقت مشيئتها بمشيئة منتظرة وهى
مشيئة الزوج فكان باطلا منها كما لو علقت بمشية رجل اخر فان قيل ينبغى ان يقع بقول الزوج شئت لانه يملك ايقاع الطلاق
بهذا اللفظ • قلنا انما يملك الايقاع بمشيئة الطلاق وهو بهذا اللفظ ما شاء مشيئتها لانها قصدت جوابها حتى لو قالت شئت
الطلاق بقول الزوج يقع اذا نوى الايقاع واذا قال لغيره طلق امراتى فهو رسول معناه ان الوكيل فى الطلاق والرسول سوا
لانه سفير ومعبر والرسالة لا يختص بالمجلس فكان له ان يطلقها بعد المجلس ولو قال طلقها ان شئت كان ذلك على المجلس
عندنا حتى لا يملك الايقاع بعد قيامه من المجلس وعلى قول زفر لا يملك لان قوله ان شئت فضل من الكلام فانا نعلم انه انما يطلقها
اذا شاء فيلغوا هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها • ولكنا نقول باخر كلامه يتبين ان مراده تمليك الامر منه لان الرسالة وجواب
التمليك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها • وحاصل هذا ان فى حقها لا يتحقق الرسالة فانها لا تكون رسولا الى نفسها فيكون تمليكا
سوا قال لها طلقى نفسك ان شئت او قال ان شئت وفى حق الاجنبى يتحقق الرسالة والتمليك جميعا فاذا قال طلق كان رسالة واذا
قال ان شئت كان تمليكا للامر منه وعلى هذا نقول اذا طلقها فله ان يعزله قبل الايقاع ولو قال طلقها ان شئت لم يكن له ان يعزله كما لو ملك
الامر منها • وكذلك لو جعل ذلك الى صبى او معتوه لان مجرد العبارة يتحقق من هولاء • قال وان قال هى طالق اذا شئت فقالت
قد شئت فهى طالق لوجود الشرط وان قال طلقها ان شئت فقالت قد شئت كان باطلا حتى يقول هى طالق لان هذا اللفظ تمليك
فلا يقع الطلاق به ما لم يات بكلمة الايقاع وقد بينا هذا الفرق فى التمليك منها فكذلك من الاجنبى • وان قال طلقها ثلثا فقال
قد فعلت فهى طالق ثلثا لان هذا جواب الكلام وهذا لان قوله قد فعلت فى مفهوم المعنى بنفسه فيصير ما تقدم معادا فيه وكانه
قد فعلت ما قلت من ايقاع الثلث عليها • قال وان قال لرجلين طلقاها فطلقها احدهما جاز لان الايقاع مجرد عبارة لا يحتاج
فيه الى الراى والتدبير فينفرد به كل واحد منهما وهذا بخلاف ما لو قال لغيره طلق امراتى ووكل الوكيل غيره بذلك لان الموكل رضى بعبارته
لا بعبارة غيره وانما جعله رسولا فى الايقاع لا فى الارسال وان قال طلقاها ثلثا فطلقها احدهما واحدة والاخر ثنتين فهى طالق
ثلثا لان فعل كل واحد منهما كفعلهما ولو اوقعا الواحدة ثم الثنتين كانت طالقا ثلثا • ولو قال طلقاها جميعا فلا يطلق احد
دون صاحبه فطلق احدهما لم يقع لان باخر كلامه عزلهما عن الايقاع الا ان يجتمعا قال وان قال لرجل طلق امراتى ثم نهاه بعد ذلك
فان علم بالنهى فليس له ان يوقع بعد ذلك وان لم يعلم به فهو على وكالته لانه خاطبه بالنهى عن الايقاع وحكم الخطاب لا يثبت
فى حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع لا يثبت حكمه من الامتثال ما لم يعلم والتكليف بحسب الوسع وعلى هذا قال فى اختلاف زفر ويعقوب
اذا جعل طلاق امراته الى رجل غايب فطلقها ذلك الرجل قبل ان يعلم بالتفويض اليه لم يقع فى قول ابى يوسف لان حكم ذلك الخطاب لا يثبت
فى حقه ما لم يعلم به • الا ترى انه لو قال له طلقها ان شئت كان له مجلس علمه فما لم يعلم لا يبطل بقيامه ولكن زفر يقول الموقع للطلاق
معبر لا يلحقه فى ذلك عهدة وانما يتوقف حكم الخطاب فى حقه على علمه لدفع الضرر عنه ولا ضرر عليه هنا فيقع الطلاق بايقاعه قال
ولو قال لامراته طلقى نفسك ثم نهاها فطلقت نفسها قبل ان تقوم من مجلسها وقع الطلاق لان ذلك فى حقها تمليك لا ارسال وتوكيل
وكما يتم ايقاع الطلاق بالزوج اذا اوقع على وجه لا يملك الرجوع عنه فكذلك يتم التمليك به على وجه لا يملك الرجوع عنه لو فيه تعليق
التعليق بمشيئتها والتخيير جملة فلا يملك الرجوع عنه بعد تمامه • ولو قال لها ان شئت فانت طالق فقالت نعم كان هذا باطلا لان الشرط
وقوع طلاق لا يثبت بمشية للطلاق قال ولو قال لرجلين اذا شئتما فلانة طالق ثلثا فشا احدهما واحدة والاخر ثنتين لم يقع عليها شى لان الشرط
مشيئتهما الثلث ولم يشا واحد منهما الثلث وبدون تمام الشرط لا يثبت الجزاء • قال ولو قال لها انت طالق اذا شئت فلان وقال فلان
قد شئت كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتها ولم يوجد لانها علقت مشيئتها بمشيئة فلان وقد بينا ان مثل هذا التعليق لا يكون مشيئة
وبمشيئة فلان انما وجد بعض الشرط وان قال ان شئت فانت طالق ثلثا ثم قال الاخرى طلاقك مع طلاق هذه ثم شاءت تلك الطلاق طلقت
معها ثلثا ان كان اراد بقوله الطلاق لانه علق طلاق الاولى بمشيئتها فقوله للاخرى طلاقك مع طلاق هذه متعلق بذلك الشرط فينوى فى ذلك فان نوى الطلاق وقع عليها
بمشيئة الاولى • وان قال لم انو الطلاق كان مدينا فى القضاء لكون كلامه محتملا • وان قال اذا شئت فانت طالق ثم قال
لامراة اخرى له انت طالق اذا طلقت فلانة او اذا شاءت فلانة الطلاق ثم شاءت فلانة الطلاق طلقت لوجود الشرط ولم تطلق الاخرى
لان الطلاق لو وقع على الاولى عند مشيئتها بايقاع الزوج • وايقاعه ايضا سبق مشيئته فى الثانية وشرط الحنث يراعى وجوده بعد اليمين

ولو قال لها ان تزوجت فلانة فهى طالق ان شاءت فتزوجها فلها المشيئة حتى تعلم بذلك فى مجلسها لان قوله ان تزوجت شرط
وهى طالق ان شاءت جزاء والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكانه بعد ما تزوجها قال هى طالق ان شاءت فلهذا
توقف على مجلس علمها وان شاءت قبل ان تزوجها فتلك المشيئة باطلة لان المعلق بالشرط معدوم قبله فقبل التزوج لم يكن
فى يدها شى فلهذا لا يلغوا مشيئتها قبل التزوج • وفى كل فصل يتوقف مشيئتها بالمجلس ان كانت قايمة فقعدت لم تبطل مشيئتها
وان كانت قاعدة فقامت بطل مشيئتها لان حال العقود اجمع للراى على ما قبل القعود بفرع الراى والقيام بفرقة فانما
الى القعود لتروى النظر فى امرها فلا يكون ذلك اعراضا منها • واذا قامت فذلك دليل الاعراض منها قال واذا قال لها
انت طالق غدا ان شئت فقالت الساعة قد شئت كان باطلا وانما لها المشية فى الغد بخلاف ما لو قال لها انت طالق غدا
ونوى الساعة بذلك او قال ان شئت الساعة فانت طالق غدا فان لها المشية فى مجلسها لان قوله ان شئت شرط وقوله
انت طالق غدا جزاء فقد علق بالشرط طلاقا مضافا الى الغد ولو علق بالمشيه طلاقا منجزا يعتبر وجود المشية فى الحال
حتى اذا قامت بطل مشيتها فكذلك اذا علق به طلاقا مضافا • وفى الفصل الاول بدا باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك
الطلاق معلقا بمشيتها فيراعى وجود المشية فى ذلك الوقت • وروى ابو حنيفة عن ابى يوسف ان فى الفصلين جميعا
يراعى وجود المشيه فى الغد لان المعلق بمشيتها فى المعنى كالمنجز فانما يعتبر وجوده وقت وقوع الطلاق وفى الفصلين
او ان وقوع الطلاق فى الغد فكذلك يعتبر وجود المشية فى الغد • وعن زفر رحمه الله ان فى الفصلين يعتبر وجود المشية فى الحال
لان قوله ان شئت شرط والشرط وان تاخر ذكره كان متقدما معنى لانه ما لم يوجد الشرط لا يثبت الجزاء فكانه بدا بذكر المشيه
الا ترى انه لا فرق بين قوله ان دخلت الدار فانت طالق غدا ان دخلت الدار ثم الى يقع فى قوله ان شئت الساعة فانت طالق غدا
اذا قالت شئت ان اكون غدا طالقا فان قالت شئت ان يقع الطلاق اليوم كانت هذه المشية باطلة ولم يقع عليها الطلاق فى الغد
ولا غدا لانها شاءت غير ما جعله الزوج مفوضا الى مشيئتها فانه جعل الطلاق فى الغد مفوضا الى مشيتها فاذا شاءت
ان يقع اليوم فقد اشتغلت بشى اخر فكان ذلك كقيامها عن المجلس • قال ولو قال انت طالق اذا شئت فشاءت مشيتين
احدهما عن المجلس بقوله ان شئت والاخرى مطلقة بقوله اذا شئت فكان المشية المطلقة بحرف فكانه قال لها انت طالق اذا
شئت فمتى شاءت وقع الطلاق وان لم تقل شيئا حتى قامت من المجلس فلا مشية لها لان شرط المشية المطلقة لم يوجد والمشية
بطلت بالقيام عن المجلس ويستوى ان صرح بذكر الساعة فقال ان شئت الساعة فانت طالق اذا شئت ولم تتكلم بالساعة
ونواها لان هذا الكلام له وجهان فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فاذا نوى ما دامت فى المجلس فهو كما نوى وان نوى بعده
فهو كما نوى ومراده ان اذا قد يكون بمعنى ان وبمعنى متى فان جعل بمعنى ان كان اخر كلامه تكرارا وان جعل بمعنى متى كان نصا على المشية
المطلقة فيستوى فى ذلك ولم يذكر فى الكتاب اذا قال ان شئت فانت طالق اذا شئت • وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب
ان عند زفر التقديم والتاخير سواء فهذا كالاول • وعند ابى يوسف المعتبر هنا المشية المطلقة سواء شاءت فى المجلس
او بعده طلقت فان المشية المطلقة اعم فلا يبطل بعدها المشية الموقتة • وان قال لها انت طالق كيف شئت فهى طالق تطليقة
فى قول ابى حنيفة ولا مشية لها ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها فى المجلس بعد ذلك
فان شاءت البائنة وقد نوى الزوج ذلك كانت باينة وان شاءت ثلثا • وقد نوى الزوج ذلك كانت طالقا ثلثا وان شاءت واحدة
فهى واحدة رجعية وعند ابى يوسف ومحمد لا يقع عليها شى ما لم تشا فاذا شاءت فالتفريع كما قال ابو حنيفة وعلى هذا لو قال
انت حرة كيف شئت عتق عند ابى حنيفة ولا مشية له ولا يعتق عندهما ما لم يشا هما يقولان الزوج تكلم بطلاق المشية فلا يقع
بدون مشيتها كقوله انت طالق ان شئت وانت طالق كم شئت او انت طالق حيث شئت او ان شئت لا يقع ما لم تشا وهذا لان
وان كان استخبارا عن وصفه والحال ولكن ذلك انما يتحقق فيما لم يكن موجودا قبل الاستخبار دون ما لم يكن اصله موجودا فيقام
الاصل مقام الصفة فيما لم يكن موجودا قبل كلامه فلهذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها • وابو حنيفة يقول انما يتاخر الى مشيتها ما علق
الزوج بمشيتها دون ما لم يعلق • وكيف لا يرجع الى اصل الطلاق فيكون هو منجزا اصل الطلاق ومفوضا للصفة الى مشيتها بقوله
كيف شئت الا ان فى غير المدخول • وفى العتق لا مشية لها فى الصفة بعد ايقاع الاصل فيلغوا تفويض المشية فى الصفة
بعد وقوع الاصل ان يجعلها بائنا او ثالثا عند ابى حنيفة على ما املينا فى كتاب الدعوى فيصح تفويضه اليها فان شاءت
فى مجلسها ان تكون بائنة او ثالثة جاز ذلك اذا نوى الزوج ما شاءت • وان نوى الزوج الواحدة الثانية فشاءت الثلث

فهي شاءت غيرها نوى وكذلك ان نوى الزوج الثلث فشاءت الواحدة الثانية فقد شاءت غيرها نوى فلهذا كان الواقع عليها
تطليقة رجعية • يوضحه ان الاستخبار عن وصف الشيء وحاله لما كان من ضرورته وجود اصله تقدم وقوع اصل الطلاق
في ضمن تفويضه المشية في الصفة اليها فان الاستخبار عن وصف الشيء قبل وجود اصله محال

كما قال القايل ۞

شعر

خليلي كيف صبرك بعدنا • فقلت وهل صبر فيسأل عن كيف

بخلاف قوله كم شئت لان الكمية استخبار عن العدد فيقتضي تفويض العدد الى مشيتها • واصل العدد في المعدودات
الواحدة وبخلاف قوله حيث شئت واين شئت لانه عبارة عن المكان والطلاق اذا وقع في مكان يكون واقعا في الاماكن
كلها فكان ذلك تعليق اصل الطلاق بمشيتها وهذه الالفاظ كلها عن المجلس لانها لا تنبئ عن الوقت فيتوقف بالمجلس ۞
كقوله ان شئت ولو قال انت طالق زمان شئت وحين شئت فقامت من ذلك المجلس لم تبطل المشية لان زمان وحين عبارة
عن الوقت فكانه قال انت طالق ان شئت ومتى شئت • قال واذا قال انت طالق امس ان شئت فلها المشية في ذلك الوقت
لانه لو لم يقل ان شئت كان يقع الطلاق عليها في الحال وكان قوله امس لغوا فكذلك اذا قال ان شئت يكون كلامه تعليقا للطلاق
عليها في الحال بمشيتها فلها المشية ما دامت في المجلس وان قال انت طالق غدا ان شئت او اذا شئت او متى شئت
او كلما شئت فذلك لها ملكا مستقبلا اعتبارا للطلاق يجعل الطلاق بغير جعل • وهذا لان في الطلاق بجعل يعتبر قبولها
وهي بالمشية تكون قابلة ولما كان حرف اذا ومتى للوقت فقد علق الطلاق بجعل بقبولها في اي وقت يكون فسوا قبلت
في المجلس او بعده بمشيتها وقع الطلاق ولزمها المال • وان قالت ان شئت فهذا على المجلس كما لو كان الطلاق بغير جعل
فان قالت في المجلس قد شئت وقع الطلاق ولزمها المال وان قامت قبل ان تشاء فهي امرأته • قال وان قال لها
اذا شاء فلان فانت طالق وفلان ميت وكان حيا فمات ساعتئذ والزوج يعلم بذلك او لا يعلم لم يقع عليها الطلاق
اما اذا كان حيا فلان الشرط مشيته وقد فات بموته وبفوات الشرط يمنع نزول الجزاء • واما اذا كان ميتا فلانه علق الطلاق
بشرط لا يكون له فيكون تحقيقا للنفي لا ايقاعا كما لو قال انت طالق ان شاء هذا الجدار او ان تكلم الموتى او ان تكلم هذه
الحصاة يكون تحقيقا للنفي • وكذلك اذا قال اذا شاء الجن او ما اشبه ذلك من خلق لا يرى شيء لا يظهر ولا تعلم مشيته
هذا تحقيق للنفي وتابيد في اخراج الكلام مثل ان يكون عنهم • ولو قال اذا شاء فلان وفلان غايب فمات ولا يعلم
انه شاء او لم يشأ لم تطلق كما لو قال انت طالق ان تكلم فلان بطلاقك فمات فلان قبل ان يعلم ذلك منه لم تطلق لان المعلق
بالشرط لا ينزل الا بعد العلم بوجود الشرط • قال ولو قال انت طالق ان تحبين كذا الشيء يعلم انها تحبه او لا تحبه
مثل الموت والعذاب فقالت انا احب ذلك فهي طالق اذا قالت ذلك في مجلسها في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد فيما يعلم انها لا تحبه لا يقبل قولها ولا تطلق لانا نتيقن بكذبها فان احدا لا يحب العذاب في النار ولا الموت
في الدنيا والخبر عن الشيء اذا كان متهما بالكذب لا يقبل خبره عند التيقن بالكذب ولهما وابو حنيفة وابو يوسف قالا
يكون بقلبها وذلك ما لا يتوقف عليه فيقام خبرها بذلك مقام حقيقته تيسيرا وصار كانه قال لها ان اخبرتني انك
تحبين الموت والعذاب وقد اخبرت بذلك مع ان في خبرها احتمال الصدق وقد يبلغ ضيق الصدر بالمرء سوء الحال
الى درجة يحب فيها الموت وقد يحملها شدة بغضها للزوج على ان توثر العذاب والموت على صحبته • وكذا لو قال لها ان كنت
تبغضين كذا لشيء تعلم انها تحبه مثل الجنة والغنى فقالت انا ابغضه فهو كالاول لما بينا وان قال انت طالق ان كنت تحبين كذا فقالت انا احبه
وهي كاذبة لم يقع الطلاق عليها لان السبب الظاهر هو الاخبار فقام مقام المعنى الخفي فيدور الحكم مع السبب الظاهر
وجودا وعدما ويسقط اعتبار المعنى الخفي • وكذلك لو قال انت طالق ثلثا ان كنت انا احب ذلك ثم قال لست احب ذلك
وهو كاذب فهي امرأته ويسعه ان يطاها فيما بينه وبين الله تعالى ويسعها المقام معه وهذا مشكل لانه ان كان يعرف بسبب
ما في قلبها حقيقة يعرف ما في قلبه ولكن الطريق ما قلنا ان ما في قلبه وما في قلبها لا يمكن الوقوف على حقيقته فانما يتعلق بما
هو الاخبار فاذا اخبر بخلاف ما جعله شرطا لم يقع عليها شيء المحبة والبغض في ذلك سوا • وان قال ان كنت احب طلاقك
ثم قال لست احب ذلك او لم يقل شيئا فهي امرأته لان شرط وقوع الطلاق اخباره بمحبة طلاقها فاذا لم يقل شيئا لم يوجد
وان قال لست احبه فقد اخبر بضد ما جعله شرطا فلا يقع الطلاق وان كان يحب ذلك حقيقة • وكذلك لو قال لها
ان كنت تحبين الطلاق فانت طالق ثلثا فشرط الوقوع اخبارها بمحبة الطلاق ما دامت في المجلس حتى اذا قامت
قبل ان تقول شيئا لم تطلق وان كانت تحب ذلك بقلبها لانعدام الشرط وهو الخبر • وكذلك ان قالت لا احب وهي كاذبة
لم تطلق لانها اخبرت بضد ما هو شرط الطلاق • وكذلك لو قال ان كنت تحبين الطلاق بقلبك او تهوينه او تريدينه او تشتهينه
بقلبك دون لسانك فانت طالق ثلثا فقالت لا بل لا احب ولا اهوى ولا اريد ولا اشتهي فهي امرأته لانها اخبرت
بضد ما هو شرط الطلاق ولا تصدق بعد ذلك على خلاف هذا القول لما للتناقض ولان الجزاء الاول قد تم بشرطين وبعد تمام
شرط البر في اليمين لا يتصور الحنث فان سكتت ولم تقل شيئا حتى قامت فهي امرأته لان الشرط لم يوجد وهو اخبارها في المجلس
وان كان في قلبها خلاف ما اخبرته فانه يسعها ان تقيم معه فيما بينها وبين الله تعالى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله
ولا يسعها ذلك في قول محمد لانه جعل الشرط محبتها بقلبها حين صرح به فلا معتبر بخبرها بخلافه • ولكنا نقول انما يعتبر
من كلامه ما يمكن الوقوف على معرفته فاما ان يقوم خبرها مقام ما في قلبها لانه انما يعبر عما في قلبها لسانها ولما جعل الشرط
ما لا طريق لها الى معرفة حقيقته كان ذلك تحقيقا للنفي كما بينا من نظايره فيما سبق • قال وان قال لامرأتيه اينكما شاءت
فهي طالق ثلثا فشاءتا جميعا فهما طالقتان وان شاءت احدهما وسكتت الاخرى فالتي شاءت طالق لان كلمة اي تتناول
كل واحد من المخاطبين على الانفراد قال الله تعالى ايكم يأتيني بعرشها • ولم نقل يأتوني ويقال ايكم فعل كذا ولا يقال فعلوا ولا
واذا ثبت انه يتناول كل واحدة على الانفراد صارت مشية كل واحدة شرطا لوقوع الطلاق عليها على الانفراد بخلاف قوله
ان شئتما على ما تقدم فان شاءتا وقال الزوج انما عنيت احديكما لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه
وبين الله تعالى على معنى انه نوى التخصيص في لفظ العموم فان كان عنى واحدة منهما بعينها فارق تلك الواحدة وان عنى بغير عينها
يمسك ايتهما شاء ويفارق الاخرى ولا يسع امرأتيه ان يقيما معه لانهما يتبعان الظاهر كما لا يصدقه القاضي في ذلك
فكذلك لا يسعهما ان يصدقاه • وان قال اشدكما حبا لي وللطلاق طالق او قال اشدكما بغضا لي وللطلاق طالق
فادعت كل واحدة منهما انها اشد حبا او بغضا في ذلك وكذبهما الزوج لم تطلق واحدة منهما لان كل واحدة منهما تدعي
شرط الطلاق والزوج ينكر ذلك وقد يكون في ذلك استوا الحب والبغض فان قيل لماذا لا يقام هنا اخبار كل واحدة
منهما مقام حقيقته كونها اشد حبا او بغضا قلنا لانه لا طريق لواحدة منهما الى معرفة ما في قلب صاحبتها وبدون ذلك لا تعرف
انها اشد حبا او بغضا فيكون في الاخبار مجازفة فلهذا لا يقام الخبر هنا مقام حقيقة الشرط • يوضحه انا لو اقمنا الخبر
مقام حقيقة الشرط جعلنا هما طالقتين ونحن نتيقن انه ما طلقهما انما طلق اشدهما حبا او بغضا له ولا نتصور ذلك في حقهما
جميعا فلهذا لا تطلق واحدة منهما والله اعلم

باب الخيار

قال واذا قال لامرأته اختاري فاختارت نفسها في القياس لا يقع عليها شيء وان نوى الطلاق لان التفويض انما يصح اليها
فيما يملك الزوج مباشرته بنفسه وهو لا يملك ايقاع الطلاق عليها بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك
لا يقع شيء فلا يملك التفويض اليها بهذا اللفظ ايضا • ولكنا تركنا القياس لاثار الصحابة رض روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود
وابن عمر وجابر وزيد وعايشة رض قالوا في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها
ولان الزوج مخير بين ان يديم نكاحها او يفارقها فيملك ان يسويها بنفسه في حقه بان يخيرها وقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم
نساءه حين نزل قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن ثم كان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق
والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد • ولكنا تركنا القياس لاثار الصحابة ولان الخيار الطاري لها على النكاح من جهة الزوج معتبر
بالخيار الطاري شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقف بالمجلس فكذلك هذا لها الخيار ما بقيت في المجلس وان طال يوما او اكثر
لان المجلس قد يطول وقد يقصر • الا ترى حكم قبض بدل الصرف ورأس مال السلم لما توقف بالمجلس لم يفترقا الا بين ان يطول ويقصر
فان قامت واخذت في عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه من ذلك بطل خيارها لان اشتغالها بعمل اخر يقطع المجلس • الا ترى ان المجلس
يكون مجلس مناظرة ثم ينقلب مجلس الاكل اذا اشتغلوا به ثم مجلس القتال اذا قتلوا ولان الذهاب عن المجلس انما كان مبطلا لخيارها
لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها وذلك يحصل باشتغالها بعمل اخر وكذلك بقيامها وان لم يذهب لان القيام يفرق الراي وبه فارقت

الصحيح في المسلم فان بمجرد القيام قبل الذهاب هناك لا يبطل العقد لانه لا معتبر بدليل الاعراض وانما المعتبر الافتراق
مثل القبض وان كانت قاعدة حين خيرها فاضطجعت بطل خيارها في قول زفر وهو رواية الحسن بن مالك عن ابي يوسف
لان الاضطجاع دليل الاعراض والتهاون بما خيرها ❁ وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه لا يبطل خيارها لان الانسان
قد يضطجع اذا اراد ان يروي النظر في امر ولو كانت متكية حين خيرها فاستوت قاعدة لا يبطل خيارها لانه دليل الاقبال
على ما خيرها من الامر وان كانت قاعدة فاتكأت في احدى الروايتين لا يبطل خيارها لان الاتكاء نوع جلسة فكانها كانت متربعة
فاحتبت ❁ وفي الرواية الاخرى يبطل خيارها لان الاتكاء نوع جلسة بمنزلة الاضطجاع لانها اظهار التهاون بما خيرها
واذا خيرها وقال لم ارد به الطلاق فالقول قوله مع يمينه لان قوله اختاري كلام محتمل يجوز ان يكون مراده اختاري نفقة وكسوة
او دارا للسكنى ❁ وفي الكلام المحتمل القول قول الزوج انه لم يرد الطلاق مع يمينه لكونه منها في ذلك وان نوى الطلاق فان كان
قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع ايضا لانه ليس في كلامه ولا في كلامها ما يوجب التخصيص وازالة الابهام والطلاق
لا يقع بمجرد القصد من غير لفظ يدل عليه بخلاف ما اذا قال اختاري نفسك فقالت اخترت او قال اختاري فقالت اخترت نفسي
لان هنا في كلام احدهما تنصيص على التخصيص فيقع به الطلاق عند النية ثم المحرم اذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء الا على
قول علي رض فانه يقول تطلق تطليقة رجعية اذا اختارت زوجها وكانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا فقال اذا اختارت زوجها
فالواقع به طلاق لا يرفع الرجعة ولسنا ناخذ بهذا بل ناخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رض انها اذا اختارت زوجها فلا شيء
وهذا الحديث عائشة رض قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة
عندنا وعلى قول علي رض وعلى قول عمر وابن مسعود رض واحدة رجعية ❁ وعلى قول زيد رض اذا اختارت نفسها فثلث وكانه حمل هذا
على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود رض حملا على ادنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ❁ ولكنا ناخذ في هذا بقول علي
لان اختيارها نفسها انما يتحقق اذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة امر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس في هذا اللفظ
ما يدل على الثلث لان حكم مالكيتها امر نفسها لا يختلف بالثلث والواحدة البائنة وبهذا يجعلها وان نوى الثلث بهذا اللفظ لا يقع
الا واحدة بائنة لان هذا مجرد نية العدد ❁ وقوله اختاري امر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله انت باين فنية الثلث انما تصح
هنا لاعتبار انه نوى نوعا من البينونة وهنا الاختيار لا يتنوع فبقي مجرد نية العدد ❁ قال والتخيير في السفينة كالتخيير في البيت
لان السفينة في حق راكبها كالبيت لا يجريها بل تجري به ❁ قال الله تعالى وهي تجري بهم الا ترى انه لا يتمكن من ايقافها متى شاء فلها الخيار
ما دامت في مجلسها بخلاف ما اذا خيرها وهي راكبة فسارت الدابة بعد الخيار شيئا يبطل خيارها لان سير الدابة مضاف اليها
حتى يتمكن من ايقافها متى شاءت فكان ذلك كمشيها في حكم تبدل المجلس الا ان تكون الدابة واقفة او سايرة فاختارت نفسها متصلا
بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد ذلك
الا ان كانا معها على تلك الدابة او كانا في محمل واحد ❁ وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البايع من غير سكتة بينهما
في هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا ❁ وان خيرها وهي في صلاة مكتوبة فاتمت صلاتها لم يبطل خيارها لانها ممنوعة عن قطع الصلوة
قبل اتمامها فلا تتمكن من الاختيار ما لم تفرغ ودليل الاعراض يتبين بالاختيار بعد التمكن منه والوتر في هذا كالمكتوبة لانها ممنوعة
من قطعها قبل الاتمام فاما في التطوع اذا كانت في الشفع الاول فاتمت ذلك الشفع لا يبطل خيارها لانها ممنوعة من ابطال العمل
والركعة الواحدة لا تكون صلوة معتبرة كما قال ابن مسعود والله ما اجزأت ركعة قط فان تحولت الى الشفع الثاني بطل خيارها لان
كل شفع من التطوع صلوة على حدة فاستغالها بالشفع الثاني دليل الاعراض بمنزلة ما لو افتتحت الصلوة بعد ما خيرها الزوج وروى
ابن سماعة عن محمد رح في الاربع قبل الظهر اذا كانت في الشفع الاول حين خيرها فاتمتها اربعا لم يسقط خيارها لان الاربع تؤدى
بتسليمة واحدة فاشبهت الفريضة ❁ وان دعت بطعام فطعمت يبطل خيارها لان مجلسها تبدل حين دعت بطعام فقد صار مجلسها مجلس الاكل
وهذا دليل الاعراض والتهاون منها بخلاف ما لو اكلت شيئا يسيرا من غير ان تدعو بالطعام فذلك القدر لقلته لا يبدل المجلس فلا يكون
ذلك دليل الاعراض بل ذلك منها تفريغ نفسها لما خيرها ❁ وكذلك ان شربت ما لانها انما شربت لتتمكن من الكلام فهي حالة التشاجر
تتحف فم المرء فلا يقدر على الكلام ما لم تشرب فلا يكون ذلك دليل الاعراض ولو نامت او امتشطت او اغتسلت او اختضبت
في ذلك المجلس فهذا كله دليل الاعراض لاشتغالها بعمل اخر لا يحتاج اليه وليس ذلك من عمل الاختيار وكذلك ان جامعها فمكنته
من ذلك لان ذلك دليل على اعراضها ❁ وكذلك ان اقامها في مجلسها اما لانها طاوعته في القيام او لانها تركت الاختيار حتى اقامها

منزلة دليل الاعراض منها ❁ وكذلك هذا كله في قوله امرك بيدك وانت طالق ان شئت لو فعلهما وان لبست ثيابها من غير ان تقوم
لم يبطل خيارها لانها انما تلبس لتكون مستترة منه اذا اختارت نفسها فلا يكون ذلك دليل الاعراض منها وكذلك ان دعت
شهودا لانها تقصد بذلك ان تستشهدهم فلا يكون ذلك دليل الاعراض منها ❁ والاستشارة في مثل هذا حسن على ما روي
ان النبي عم قال لعائشة رض اني اعرض عليك امرا فلا تحدثي فيه شيئا حتى تستشيري ابويك ثم تلا عليها اية التخيير وخيرها
فقالت افي هذا استشير ابوي انا اختار الله ورسوله وكذلك ان سبحت او قرأت اية من القران فلا يكون ذلك دليل الاعراض
وقد يفعل المرء ذلك للاستخارة فلا يبطل به ما صار في يدها من الخيار والامر والمشية ❁ قال واذا خيرها او جعل امرها
بيدها فقالت قد طلقتك فهو باطل وقد بينا هذا فيما سبق ان الزوج ليس بمحل للطلاق وروينا فيه حديث ابن عباس رض
قال واذا قال اختاري ثم اختاري ثم اختاري ينوي الطلاق بهذا كله فاختارت نفسها فهي ثلث تطليقات لان الوقوع بهذه الالفاظ
عند اختيارها نفسها يكون جملة واحدة فان اختيارها نفسها جواب للكلمات الثلث والترتيب يحرف ثم في كلام الزوج
فلا يوجب ذلك ترتيبا في الوقوع لان الوقوع باختيارها نفسها ولو اختارت نفسها بالاولى قبل ان تكلم بالثانية
والثالثة بانت بالاولى ولم يقع بالثانية والثالثة شيء لان البائن لا يلحق البائن ولانها ملكت امر نفسها حين بانت بالاولى
فلا يكون كلامه الثاني والثالث ايجابا بل اخبارا عن حالها انها مالكة امر نفسها وهو صادق في ذلك بخلاف الاول
فان هناك كلامه الثاني والثالث ايجاب لانه تكلم به قبل ان تملك امر نفسها ❁ ولو قال لها اختاري فاختارت نفسها
فقال الزوج نويت بالاولى الطلاق وبالاخريين ان افهمها لم يصدق في القضاء وبانت بثلث لان الكلام الثاني والثالث
ايجاب صحيح من حيث الظاهر والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الكلام الواحد قد يكرر
للتاكيد وتفهيم المخاطب ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فلما قامت عن المجلس قالت عنيت نفسي لم تصدق في ذلك
لان الامر خرج من يدها بالقيام عن المجلس فانما اخبرت بما لا تملك انشاءه ❁ وهذا يدل على انها لو قالت قبل ان تقوم اردت نفسي
ان ذلك يصح منها لبقائها في المجلس كما لو سكتت حتى الان ثم قالت اخترت نفسي لا يقبل قولها وهذا هو الصحيح لان اشتغالها
بكلام منهم دليل الاعراض والتهاون وان قال اختاري نفسك فقالت قد اخترت فهذا جواب وهي طالق لان جوابها
بنا على خطاب الزوج فيما تقدم في الخطاب يصير كالمعاد في الجواب فكانها قالت اخترت نفسي واذا خيرها بعد ذكر الطلاق فاختارت
نفسها ثم قال لم انو به الطلاق لم يصدق في القضاء وكذلك ان كانت في غضب وقد بينا هذا في فصول الكنايات
وكما لا يصدقه القاضي فكذلك لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل واذا قال لها اختاري ثم طلقها واحدة باينة
بطل الخيار لانها صارت مالكة امر نفسها ❁ وكذلك لو قال انت طالق واحدة باينة ان شئت فقالت قد شئت سقط الخيار
لانها ملكت امر نفسها وكذلك هذا في الامر باليد ❁ وذكر في الامالي انه اذا قال لها اختاري اذا شئت وامرك بيدك
اذا شئت ثم طلقها واحدة باينة ثم تزوجها فاختارت نفسها انها لا تطلق في قول ابي يوسف لان الزوج اوقع بنفسه
ما فوض اليها فيكون ذلك اخراجا للامر من يدها ❁ وفي قول ابي حنيفة تطلق تطليقة باينة لان التفويض قد صح فلا يبطل
بزوال الملك الا انها بعد زوال الملك كانت لا تتمكن من الاختيار لكونها مالكة امر نفسها فاذا زال ذلك العقد بقي
على خيارها وما قاله ابو يوسف رح ضعيف لان الطلاق متعدد فلا يتعين ما اوقعه الزوج لما فوض اليها كما لو قال العزم
بع عبدا من هذه الصغيرة ثم باع بنفسه عبدا لا ينعزل الوكيل ❁ قال وان قال لها اختاري الازواج او اختاري
ابويك فقالت اخترت الازواج او اهلي او ابي وقد عنى الزوج الطلاق في القياس لا تطلق لانها ما اختارت نفسها
وقد كان القياس في اصل هذا اللفظ ان لا يقع به شيء تركنا القياس لاثار الصحابة رض ❁ وانما ورد الاثر في اختيار نفسها
فيما سوى ذلك يبقى على اصل القياس ولكنه استحسن فقال هي طالق لان هذا في معنى اختيارها نفسها فانها انما تختار الازواج
اذا ملكت امر نفسها وانما تتمكن من الرجوع الى بيت ابيها واهلها اذا ملكت امر نفسها فكان هذا في معنى اختيارها نفسها بخلاف
ما لو قال اختاري نفسك واخاك او ذو رحم محرم منك فاختارت ذلك وهو ينوي الطلاق فان هذا ليس في معنى اختيار
نفسها من كل وجه فيؤخذ فيه بالقياس ولا يقع عليها شيء ❁ ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي في القياس
لا تطلق لان كلامها وعد وليس بايجاب الا ترى انه لو قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي لم يقع شيء ولكن في الاستحسان
تطلق لان قولها اختار وعد صورة وايجاب معنى والعادة الظاهرة في هذا اللفظ انه يراد به الحال دون الاستقبال

يقول الرجل فلان يختار كذا وانا اختار كذا والشاهد يقول بين يدي القاضي اشهد والمؤذن يقول اشهد ان لا اله الا الله والمراد به
التحقيق دون الوعد ولم يوجد مثل هذه العادة في اطلق نفسي فلهذا يوخذ هنا بالقياس • ولو قال لها اختاري فقالت فعلت
لم يقع شي كما لو قال اختري لان قولها قد فعلت في معنى الابهام اريد من قولها قد اخترت وان قال اختاري نفسك فقالت قد فعلت
طلقت كما لو قالت اخترت لانها اخرجت الكلام مخرج الجواب بتنصيص ما تقدم من الخطاب كالمعاد في الجواب • وان قال
اختاري ان شئت فقالت قد اخترت نفسي لان في اختيارها نفسها مشيئة وزيادة • وان قال اختاري بالف درهم فاختارت
زوجها لم يلزمها المال لان وجوب المال عليها بازاء البينونة ولا يحصل ذلك اذا اختارت نفسها فالبينونة قد حصلت هنا
وقد اوجب الزوج ذلك لها بعوض في اختيارها نفسها بقبول منها • قال واذا قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي ان كنت زوجي
وان كان هذا الشي ماض وقع الطلاق لان التعليق بالموجود تنجيز فهذا وقولها اخترت نفسي سوا فان اشترطت شيا لم يكن فقد بطل الخيار
لانها اتت بالتعليق وانما فوض اليها التنجيز فاشتغالها بالتعليق يكون اعراضا عما فوض اليها فيبطل خيارها وان قال اختاري
فقالت قد طلقت نفسي طلقت واحدة باينة بخلاف ما لو قال طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان هذا باطلا لان لفظ الاختيار
اضعف من لفظ الطلاق • الا ترى ان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للاقوى
والاقوى يصلح جوابا للاضعف • يوضحه ان قولها طلقت نفسي لو كان قبل تخيير الزوج توقف على اجازة الزوج وان كان بعد
تخيير الزوج يكون عاملا وقولها اخترت نفسي قبل التخيير يكون لغوا لا يتوقف على اجازة الزوج فكذلك بعد تفويض الزوج بقوله
طلقي نفسك لان التفويض غير التخيير نعرفه ان بقوله اختاري يثبت لها الخيار • ومن ضرورته اكتساب سبب الفرقة وقولها
طلقت نفسي من ذلك فيصح منها فاما قوله طلقي نفسك تفويض الطلاق اليها وليس من ضرورته ان يثبت لها الخيار في اكتساب سبب الفرقة
وقولها اخترت نفسي من ذلك فلهذا كان باطلا منها • قال ولو قال الزوج لرجل خير امراتي وقل لها امرك بيدك فما لم يخبرها ذلك
لا يصير الامر بيدها لانه انابه ذلك الرجل منابه بنفسه في تخييرها وما اوجب لها الخيار بنفسه بخلاف ما اذا قال للرجل قل لها
ان الخيار بيدها وامرها بيدها او انها طالق ان شاءت فذلك بيدها اخبرها الرجل او لم يخبرها لانه اوجب لها ذلك بنفسه وجعل
المخاطب رسولا اليها في اعلامها ذلك فسوا اعلمها او علمت بسماعها من الزوج او من غيره كان لها الخيار في مجلس علمها ولو لم تعلم به
الا بعد ايام فمتى علمت بسماعها من الزوج او من غيره كان لها الخيار في مجلسها لانه لا يتمكن من التصرف بمقتضى هذا التخيير ما لم تعلم
فيتوقف ثبوت الحكم في حقها على علمها به كما في خطاب الشرع وكما في خيار المعتقة انه يبقى الى علمها به ومتى علمت كان لها الخيار في المجلس
وان قال هي بالخيار الى اليوم فلها الخيار الى غروب الشمس ولا يبطل خيارها بقيامها عن المجلس وجب لها الخيار ممتدا فلا يبطل
ما بقي وقته وان لم تعلم حتى مضى اليوم بطل خيارها لان الخيار كان موقتا بوقت فلا موجب له بعد مضي ذلك الوقت ولكن ينتهي بمضي الوقت
سواء علمت او لم تعلم وكذلك لو قال لها هي بالخيار هذا الشهر • وذكر في النوادر انها لو اختارت زوجها ثم ارادت
ان تختار نفسها قبل مضي الشهر فليس لها في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف لها ذلك وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف ذلك
على عكس هذا • وقال اذا قال لها الخيار الى راس الشهر فاختارت زوجها في يوم ثم ارادت ان تختار نفسها في يوم اخر فليس لها
في قول ابي يوسف ولها ذلك عند ابي حنيفة رح فمن يقول لها ذلك قال لان اختيارها زوجها بمنزلة قيامها عن المجلس فكما لا يبطل
في الامر الموقت بالقيام عن المجلس واشتغالها بعمل اخر فكذلك باختيارها زوجها ومن يقول ليس لها ان تختار نفسها قال لان الخيار
واحد في جميع المدة وقد بطلته حين اختارت زوجها فلا يبقى بعد ابطالها خيار حتى تختار به نفسها • قال فان قال لامراته
يوم اتزوجك فاختاري او متى اتزوجك او ان تزوجتك او اذا تزوجتك او كلما تزوجتك فلها الخيار اذا علمت فالمعلق بالشرط
كلما تزوجها في ذلك المجلس مرة بعد مرة لان كلمة كلما تقتضي التكرار وان قال اختاري اذا اهل الشهر او اذا كملت السنة او اذا قدم
فلان وان لم يعلم بذلك فلها الخيار اذا علمت فالمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو خيرها مطلقا عند وجود هذه
الامور توقف على المجلس الذي علمت فيه فكذلك هنا • قال فان قال اختاري يوم كذا او راس الشهر او صلوة الاولى فلها الخيار
في ذلك اليوم كله ووقت تلك الصلوة كله وراس الشهر لليلته ويومه كله لان الشهر يشتمل على الليالي والايام وراسه الليلة
الاولى ويومها ويسقط خيارها بمضي الوقت علمت او لم تعلم لانه اوجب لها الخيار موقتا فلا يبقى بعد مضي الوقت فان
كان قال اختاري يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا خيار لها ولو قدم بالنهار فلها الخيار في ذلك اليوم الى غروب الشمس لان الخيار
يتوقت فذكر اليوم فيه للتوقيت فيتناول بياض النهار خاصة بخلاف قوله انت طالق يوم يقدم فلان لان الطلاق لا يحتمل التو

ولا يحتمل

باحد الوقتين فذكر اليوم فيه يكون عبارة عن الوقت • قال وان قال اختاري تطليقة فقالت قد اخترتها فهي واحدة رجعية
لان قوله تطليقة بمنزلة التفسير لاول كلامه والمبهم اذا تعقبه تفسير يكون الحكم لذلك التفسير فصير مفوضا اليها الطلاق
باللفظ الصريح وكذلك الامر باليد لو قال لها امرك بيدك في تطليقة كان هذا تفسيرا لاول كلامه • ولو قال اختاري تطليقتين
فقالت قد اخترت واحدة وقع عليها تطليقة رجعية لانها ملكت ايقاع الثنتين ومن ضرورته ان تملك ايقاع الواحدة
وهذا بخلاف ما لو قال لها اختاري تطليقتين ان شئتما فاختارت واحدة لا يقع عليها شي لانه جعل الشرط مشيتها تطليقتين
ولم يوجد ذلك بايقاع الواحدة • ولو قال لها اختاري اختاري فقالت قد اخترت نفسي فهذا منها جواب تام للكلام
الثلث فطلق ثلثا وان قالت اخترت التطليقة الاولى وقع عليها واحدة بالاتفاق • قال وان اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة فهي طالق ثلثا في قول ابي حنيفة • وعند ابي يوسف ومحمد تطلق واحدة باينة بمنزلة ما لو قالت اخترت التطليقة
او اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى ما صار اليها بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى
تطليقة وكانها صرحت بذلك يوضحه ان الاولى نعت لمونث فيجوز ان يكون المراد به التطليقة فلا يقع به الا واحدة ويجوز
ان يكون المراد به التطليقة فلا يقع به الا واحدة المرة والاختيارة فيقع الثلث ولكن الطلاق بالشك لا يثبت وابو حنيفة رح
يقول الاولى نعت لمونث ولكن النعت ينصرف الى منعوت مذكور ولا ينصرف الى ما لم يذكر مع امكان صرفه الى المذكور والمذكور
الاختيار دون الطلاق فكان بمنزلة قولها اخترت الاختيار دون الطلاق فكان هذا بمنزلة قولها اخترت الاختيارة الاولى
او المرة الاولى ولو صرحت بذلك طلقت ثلثا • وحرف اخر له انها اتت بالترتيب فيما لا يليق به صفة الترتيب فيلغو ذكر
الترتيب ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل • وبيان هذا ان التطليقات الثلث قد اجتمعت في ملكها حتى يقع الثلث
باختيارها نفسها والمجتمع بالملك لا يليق به صفة الترتيب وهذا بخلاف قولها اخترت التطليقة الاولى فانهما لا يلغوا
ذكر الترتيب ايضا يبقى قولها اخترت التطليقة فان قيل كان ينبغي ان لا يقع هنا شي لانه لما لغى ذكر الترتيب بقي قولها اخترت
وقد بينا ان بهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على ذلك وهو قوله
اختاري ثلث مرات فان الطلاق هو المحصور بعدد الثلث ولو قال اختاري نفسك وطلاقك فقالت اخترت كان جوابا فكذلك هنا
قال ولو قال ان قدم فلان فاختاري فقالت بعد قدومه بايام لا اعلم الا الساعة ولي الخيار فالقول قولها مع يمينها ان زعمها
الزوج لانها تمسكت بالاصل وهو عدم العلم بالقدوم ولان الزوج يدعي عليها ما يسقط خيارها بعدما عرف ثبوته لها وهي
ذلك فالقول قولها مع يمينها ولكن لو لم تخبر نفسها في ذلك المجلس حتى خاصمت وذهبت الى القاضي فلا خيار لها لقيامها عن
بعدما علمت بالقدوم فهو كما لو اقامها الزوج • قال واذا خيرها الزوج في مجلسها فقالت بعد القيام منه قد كنت اخترت نفسي
فيه لم يصدق في ذلك اذا اكذبها الزوج لانها اخبرها لا تملك انشاه فان اقامت البينة على ذلك فان الثابت بالبينة كالثابت
بتصديق الخصم فيفرق بينهما وان لم يكن لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانه يستحلف على فعل غيره • قال وان قال لها اختاري
اختاري اليوم واختاري غدا فردت الخيار واختارت زوجها فليس لها الخيار في بقية ذلك اليوم ولها الخيار غدا لان قوله واختاري
تخيير مضاف الى وقتين والمضاف غير المنجز فانها انما ارادت الخيار المنجز في اليوم فيبقى خيارها في الغد على حاله بخلاف قوله
اختاري اليوم وغدا فردت اليوم او اختارت زوجها فلا خيار لها في الغد لانه عطف الغد على اليوم والعطف للاشتراك
ما اقتضى ذلك امتداد الخيار الى مضي الغد على اليوم لان العطف لا يجدد خيار المضاف فاذا كان الخيار واحدا وقد بطل ذلك
فلا خيار لها بعد ذلك فاما اذا قال واختاري غدا فهو اختيار اخر اوجبه لها في الغد لانها قد ملكت امر نفسها باختيارها
نفسها وذلك ينفي الخيار المضاف كما ينفي الخيار المنجز ولان الخيار الى الغد لا يتضمن طليقة اخرى لان التطليقة التي في ضمن
الخيار المنجز يحتمل الاضافة الى الغد ما لم يقع فاذا وقعت باختيارها نفسها في اليوم لم يبق حتى تختار نفسها في الغد بها
قال وان قال اختاري غدا الطلاق فقالت اليوم اخترت غدا الطلاق او قالت قد اخترت الزوج فاختيارها اليوم باطل
ولها الاختيار غدا لان الزوج اضاف التخيير الى وقت منتظر فلا يثبت لها الخيار قبل مجي ذلك الوقت واختيارها قبل ان يثبت
لها الخيار لغو وان قالت في الغد قد اخترت زوجي لا بل نفسي اختارت نفسها بعد ما بطل خيارها • وان قالت اخترت نفسي
لا بل زوجي بانت بقولها اخترت نفسي ولا تقع البينونة بقولها بل زوجي بعد ذلك • قال وان قال ان شئت فانت طالق ثم قال اختاري
فقالت قد اخترت نفسي وشئت كانت طالقا ثنتين لان قولها اخترت نفسي جواب التخيير وقولها شئت الطلاق ايجاد للشرط في طلاق المشية

والصريح يلحق البائن ولا يكون قولها اخترت نفسي عما هو ضد مشيئة الطلاق بل هو من جنس مشيئة الطلاق فلا يخرج به طلاق المشيئة من يدها وكذلك لو قال اختاري ان هويتا واحببتا واردت فقالت اخترت نفسي وقعت تطليقة بائنة لوجود الشرط باختيار نفسها قد هويته ذلك واحببته واردته حين اختارت نفسها ● قال ولو قال اختاري من ثلث تطليقات ما شئت فعلى قول ابي حنيفة لا يملك ان تختار بهذا اللفظ الا واحدة او ثنتين وعند ابي يوسف ومحمد رح يملك ان تختار بهذا الثلث اللفظ لان كلمة ما للتعميم ومن يكون للتبعيض وقد يكون للتمييز كما يقال سيف من حديد وهو معنى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد يكون صلة كما في قوله تعالى يغفر لكم من ذنوبكم ● وقوله تعالى ما اتخذ الله من ولد فكان من مراعاة جانب التعميم بكلمة ما اولى فاذا حمل على معنى التعميم صار الثلث مفوضا اليها فكان من تمييز الطلاق من ساير الاشيا في التفويض اليها وهو صلة وابو حنيفة يقول ما للتعميم كما قالا ومن للتبعيض حقيقة والكلام محمول على حقيقته فان الحقيقة لا يترك الى المجاز الا لقيام الدليل فيعمل بحقيقة الكلمتين ويقول يزاد على الواحدة بحرف التعميم وينقص عن الثلث بحرف التبعيض فيصير في يدها ثنتان فاذا اوقعت واحدة او ثنتين جاز وان اوقعت واحدة او ثنتين جاز وان اوقعت ثلثا لم يقع شي عنده لان المامور بالثنتين لا يملك الثلاث عنده ● وعندهما تطلق ثلثا لان الثلث صارت مفوضة اليها ● وفي الكتاب استشهد لقولهما بما لو قال كل من هذا الطعام ما شئت جاز له ان ياكل كله ● ولكن ابو حنيفة رح يقول هنا قام دليل المجاز وهو العرف ولانه اباحة لا يتعلق بها اللزوم فيبنى الامر فيه على التوسع بخلاف الطلاق فانه يتعلق به اللزوم فيعتبر حقيقة كل لفظ ولو لم تختر شيا حتى قال الزوج لها الف درهم على ان تختاري فاختارته كانت فقد بطلت الخيار لان ابطال الخيار لا يتعلق بالجايز من الشرط فالشرط الفاسد لا يمنع ثبوته ولا شي لها من الالف لانها لا يملك الزوج باسقاط خيارها شيا ● قال ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي او زوجي بطل الخيار ولم يقع عليها شي لان حرف او يقتضي اثبات احد المذكورين بغير عينه فاشتغالها بالكلام المبهم يكون ابطالا منها للخيار ولا يقع لانها لم تجعل اختيارها نفسها عزيمة في كلامها فان قالت قد اخترت نفسي وزوجي طلقت بقولها اخترت زوجي فقولها ونفسي ○ بعد ذلك في امرانه ولا اختيارها والله اعلم ○

باب الامر باليد

واذا جعل الرجل امر امراته بيدها فالحكم فيه كالحكم في الخيار في ساير مسايل الباب المتقدم الا ان هذا غير صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزمه الرجوع عنه لكن لا يملك الزوج عزله اعتبارا بايقاع الطلاق وان نوى بالامر ثلثا كان كما نوى حتى اذا طلقت نفسها ثلثا تطلق ثلثا لان هذا تفويض الامر اليها كما يلي وهو يحتمل العموم والخصوص بخلاف قوله اختاري فانه امر بالفعل فلا يحتمل معنى العموم وان لم ينو الثلث فواحدة باينة ● وعند ابي هي ثلث ولا يصدق في القضاء اذا قال نويت واحدة لانه فوض اليها بهذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلث ● ولكنا نقول التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضها خاصة وهو غير مخالف الظاهر وكذلك ان نوى الطلاق لانه لا يثبت الا القدر المتيقن عند الاحتمال ● وكذلك ان نوى ثنتين لان هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فيكون واحدة باينة قال واذا قال لها امرك بيدك ثم قال لها امرك بيدك بالف درهم ثم قالت قد اخترت نفسي فهي باين بتطليقتين والالف عليها لازمة لان كلامها جواب للايجابين جميعا ● واحدهما ببدل والاخر بغير بدل وانما يقعان معا عند اختيارها نفسها فيلزمها لان الطلاق صادفها وهي منكوحة كالتي بغير جعل ● قال فان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا ثم قال امرك في يدك على الف درهم ينوي ثلثا فقبلت ذلك ثم قالت قد اخترت نفسي بالخيار الاول كان المال عليها لازما في قول ابي حنيفة رح لان الامرين قد صارا امرا واحدا معناه ان الزوج لا يملك عليها الا الثلث والذي وجب الجعل هو الذي تضمنه الكلام الاول وقد ملكته ذلك واوقعت فيلزمها المال ● توضيحه ان ذكرها الترتيب لغو على اصل ابي حنيفة فمعنى قولها اخترت نفسي يكون جوابا للكلامين ويلزمها المال وعلى قول ابي يوسف ومحمد هي طالق ثلثا ولا يلزمها المال لانها بالاختيار اوقعت ما فوض بالكلام الاول وقد كان ذلك بغير جعل قال وان قال لها امرك بيدك اليوم او قال في اليوم فان اختارت زوجها فقد بطل خيارها وان لم تختر شيا فلها الخيار الى غروب الشمس وذكر عن ابي يوسف رح فرقا بين قوله اليوم وبين قوله في اليوم فقال اذا قال في اليوم فلها الخيار في مجلسها لوجود حرف فان المظروف قد يستعمل في جزء من الظرف فاذا جعل لها الخيار في جزء من اليوم بخلاف قوله اليوم فان ذلك تصريح بالخيار في جميع اليوم

ولكن هذا الفرق ضعيف فالمقصود في الوجهين جميعا توقيت الخيار باليوم ● قال واذا قال الزوج جعلت امرك بيدك امس فلم تختاري شيا وقالت هي بلى وقد اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانها اخبرت بالامر الذي لا تملك انشاءه وتدعي وقوع الطلاق عليها والزوج منكر لذلك فانه اقر بالتخيير فقط ولا يقع به شي ما لم تختر نفسها ● قال واذا جعل امرها بيدها صبي او مجنون فهو بيده في مجلسه لان موجب هذا التفويض صحة ايقاع الطلاق منها وذلك يكون بعبارته والصبي من اهله وكان كالبالغ ليس للزوج ان يخرجه من يده ولا يبطل الا بقيام المفوض اليه من مجلسه ● قال وان جعل امرها بيد رجلين فطلقها احدهما لم يقع لانه ملك منهما واحدهما لا يستبد بالتصرف فيما هو مملوك لهما ولانه جعل الامر في ايديهما ليرويا النظر في امرها ونظر الواحد لا يقوم مقام المثنى بخلاف قوله طلقاها لانه اتم النظر بنفسه وانما انابهما مناب نفسه في العبارة وعبارة الواحد والمثنى سوا ● قال ولو قال لامراته وهي امة امرك بيدك في ثنتين فاختارت نفسها طلقت ثنتين لان هذا نية العموم في التفويض فالثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة بخلاف ما اذا كانت حرة فنية الثنتين في حقها نية العدد وهذا اللفظ لا يحتمل العدد ● وكذلك ان كانت الحرة عنده بثنتين فهذا في حقها نية العدد لانه باصل النكاح يملك عليها ثلثا فلا يكون هذا في حقها الا نية العدد فلا يقع الا واحدة ● قال فان قال لها امرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فهو امر واحد ان ردته اليوم بطل كله ● وقد بينا هذا في التخيير فكذلك في الامر باليد ● وروى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة انها اذا ردت اليوم فامرها في يدها غدا بمنزلة ما لو قال امرك في يدك غدا ● وقد بينا الفرق بينهما قال ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد فهما امران حتى اذا ردت اليوم فلها الخيار بعد الغد ● وعلى قول زفر هذا امر واحد وكذلك لو قال اليوم وراس الشهر فزفر يقول عطف احد الوقتين على الاخر عن تكرار لفظ الامر فيكون امرا واحدا كما في قوله اليوم وغدا ولكنا نقول احد الوقتين المذكورين هنا غير متصل بالاخر بل بينهما وقت غير مذكور ولا يثبت فيه حكم الامر فعرفنا انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني استداد الامر الاول فاقتضى صيرورته ايجابا مراخرا فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الاخر فكان ذكر العدد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به امر اخر لانه لا ضرورة فيه والله اعلم

باب الظهار

اعلم بان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة من ان يكون مزيلا للملك بيانه في قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم الاية وسبب نزولها قصة خولة بنت ثعلبة فانها قالت كنت احب الناس اليه وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوثب علي فدفعته بما يدفع به المراة الشيخ الكبير وقد خرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا ولبستها فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال قد انزل الله تعالى فيك وفي زوجك بيانا ● وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى اخر ايات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله عليك السلام فقال عم مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال عم مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شي يا رسول الله فقال عم انا سنعينه بعرق وقلت انا اعينه ايضا فقال عم افعلي واستوصي به خيرا ثم اختلف العلماء في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فقال علماونا رح المراد هو العزم على الجماع الذي هو استباحة المعروف ● وقال الشافعي هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار ● وقال داود رح المراد تكرار الظهار حتى ان على مذهبه لا يلزمه الكفارة بالظهار مرة بعد اخرى وهذا ضعيف لانه لو كان المراد هذا لكان يقول ثم يعودون لما قالوا ● والدليل على فساده حديث وس فانه لم يكرر الظهار وانما عزم على الجماع وقد الزمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفارة ● وكذلك حديث سلمة بن صخر البياضي رض فانه قال كنت لا اصبر عن الجماع فلما دخل شهر رمضان ظاهرت عن امراتي مخافة ان لا اصبر عنها بعد طلوع الفجر فظاهرت منها شهر رمضان كله ثم لم اصبر فواقعتها وخرجت الى قومي فاخبرتهم بذلك فشددوا الامر علي فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بذلك فقال عم انت بذلك فقلت انا بذلك فها انا بين يديك فامض في حكم الله تعالى فقال عم اعتق رقبة الحديث كما رويناه في كتاب الصوم وليس في هذا تكرار الظهار والشافعي رحمه الله

يقول كما سكت عن طلاقها عقيب الظهار فقد صار ممسكا لها فيتقرر عليه الكفارة • ولكنا نقول المراد بقوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا أن يأتي بضد موجب كلامه وموجب كلامه التحريم لا إزالة الملك فاستدامة الملك لا يكون ضده بل ضده العزم
على الجماع الذي هو استحلال ومجرد العزم عندنا لا تتقرر الكفارة عندنا أيضا حتى لو أبانها بعد هذا أو ماتت لم يلزمه الكفارة
عندنا • والحاصل أن عند الشافعي معنى العقوبة يترجح في الكفارة فيجب بنفس الظهار الذي هو محظور محض إلا أنه يتمكن
من إسقاطها أن يصل الطلاق بكلامه شرعا فإذا لم يفعل تتقرر عليه الكفارة • وعندنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة
والحظر المحض لا يكون سببا له • وإنما سببها ما تردد بين الحظر والإباحة وذلك إنما يتحقق بالعزم على الجماع الذي هو إمساك
بالمعروف حتى يصير السبب به مترددا وسنقرر هذا الأصل في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى ثم لا خلاف أن هذه الكفارة
على الترتيب دون التخيير وأن من كانت كفارته بالإعتاق والصيام فليس له أن يقربها حتى يكفر وذلك لقوله تعالى من قبل أن يتماسا
فإن جامع قبل أن يكفر استغفر الله ولم يعد حتى يكفر ولو جامعها في صوم الكفارة بالنهار ناسيا أو بالليل عامدا فعليه استقبال
الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رح • وقد بينا هذا في كتاب الصوم وكذلك لو أعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم أعتق ما بقي لم يجزه
عند أبي حنيفة لأن شرط الإعتاق تقديمه على المسيس وإخلاؤه عنه كما في الصوم والعتق عنده يتجزى وهذا التفريع
لا يجيء على قولهما لأن العتق عندهما لا يتجزى • ولما أعتق بعضه عتق كله وإن كانت كفارته بالإطعام فليس له أن يجامعها
قبل التكفير عندنا • وقال مالك رح له ذلك لأنه ليس في التكفير بالإطعام شرط التقديم على المسيس ولا مدخل للقياس
في هذا الباب • ولكنا نستدل بقوله عم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر من غير فصل حتى أنه لو أطعم ستين ولأن من الجائز أن يقدر
على الإعتاق والصيام فتصير كفارته بذلك فإن وطئها كان قد مسها قبل التكفير بالعتق وذلك حرام إلا أنه لو أطعم ثلثين مسكينا
ثم جامعها لا يلزمه استقبال الطعام بخلاف الإطعام والصيام لأن شرط الإخلاء عن المسيس منصوص وكذا شرط التقديم
على المسيس وذلك غير منصوص عليه في الإطعام وثبوته لمعنى في غير الإطعام على ما بينا ولهذا لا يلزمه الاستقبال
بخلاف الإعتاق والصيام • قال وإذا ظاهر الرجل من أربع نسوة فعليه أربع كفارات عندنا • وقال الشافعي إذا ظاهر منهن
بكلمة واحدة لا يلزمه إلا كفارة واحدة لأن الظهار سبب موجب للكفارة فبالكلمة الواحدة لا ينعقد إلا ظهار واحد في حكم
الكفارة كاليمين • ولو قال والله لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه إلا كفارة واحدة • ولكنا نقول الظهار يوجب تحريما موقتا
بالكفارة فإذا أضاف إلى محال مختلفة يثبت في كل محل حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة كالتطليقات الثلث لما كانت توجب حرمة
موقتة بزوج فإذا أوقعها في أربع نسوة بكلمة واحدة يثبت في حق كل واحدة منهن حرمة لا ترتفع إلا بزوج آخر بخلاف اليمين
فإن الكفارة تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وذلك لا يتعدد بتعدد النساء • ومذهبنا مروي عن عمر رض وإبراهيم والحسن
البصري • قال وإذا ظاهر من امرأته مرتين وثلثا في مجلس واحد أو مجالس متفرقة فعليه لكل ظهار كفارة هكذا نقل عن علي رض
ولأن تكرار الظهار في امرأة واحدة كتكرار اليمين وكما يجب باعتبار كل يمين كفارة فكذلك باعتبار كل ظهار فإن قيل فإذا ثبتت الحرمة
الموقتة بالظهار الأول كيف تثبت بالظهار الثاني والثالث قلت بالظهار الأول تثبت الحرمة مع بقاء الحل فيتحقق الظهار الثاني
والثالث • وأسباب الحرمة تجتمع في محل واحد فإن صيد الحرم حرام على المحرم لإحرامه ولكونه في الحرم والخمر حرام على الصائم
لعينه ولصومه إذا حلف لا يشربها والكفارة الثانية غير الكفارة الأولى فالحرمة الثابتة في الحكم غير الأولى أيضا وإن ظاهر
منها ثلث مرات ونوى بالثاني والثالث تكرار الكلام الأول فعليه كفارة واحدة لأن صيغة الإخبار والإنشاء في الظهار واحد
والكلام الواحد يعاد ويكرر ولا يجب به إلا ما يجب بالأول • قال وإن قال لها أنت علي كظهر أمي وبطنها فهو مظاهر لأن بطن الأم
عليه في الحرمة كظهرها والظهار منكر من القول وزور كما قال الله تعالى وذلك لأن تشبيه من هو في أقصى غايات الحل بمن هو في أقصى
غايات الحرمة • وذلك لا يختلف بالظهر والبطن وكذلك لو ذكر جزءا من امرأته شائعا أو عضوا جامعا يعبر به عن جميع البدن
بخلاف ما إذا ذكر عضوا لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل • وقد بينا هذا في باب الطلاق وكذلك إذا شبهها بظهر امرأة محرمة عليه
على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة والتشبيه بظهر الأم في المعنى سواء الذي ذكرنا كما قال أبو يوسف رح في الأمالي أنه إذا شبهها
بظهر امرأة قد زنى بها أو بابنتها فحرمت عليه بذلك فهو مظاهر منها لأنه شبهها بمحرمة عليه على التأبيد • قال لأن قضاء القاضي
بحل المناكحة بينهما لا ينفذ عندي لكونه بخلاف النص فإن النكاح حقيقة للوطء • وهذا بخلاف ما لو شبهها بظهر امرأة قد لاعنها
لأن اللعان وإن كان يوجب الحرمة المؤبدة عندي فهو مما يسوغ الاجتهاد وينفذ قضاء القاضي بخلافه فلم يكن في معنى حرمة الأم

وقال

وقال محمد رح في الكيسانيات إذا شبهها بظهر المزني بها لا يكون مظاهرا لأن العلماء مختلفون في حرمتها ولو قضى القاضي بحل المناكحة بينهما
نفذ قضاؤه ولأن الناس يتعارفون إطلاق اسم النكاح على العقد ولو شبهها بظهر امرأة قد لمسها أو ابنتها بشهوة أو نظر
إلى فرجها بشهوة لم يكن مظاهرا في قول أبي حنيفة لأن هذه الحرمة حرمة ضعيفة ليست في معنى حرمة الأم حتى ينفذ قضاء القاضي
بخلافها • وعند أبي يوسف يكون مظاهرا لأن ثبوت الحرمة بالنظر إلى الفرج منصوص عليه في قوله عم ملعون من نظر إلى فرج امرأة
وابنتها فيتحقق معنى الظهار إذا شبهها به وإن شبهها بظهر أجنبية أو ذات رحم منه فليس بمظاهر وكذلك لو شبهها بظهر أجنبي
أو قريب فهو ليس بمحرم عليه النظر إليه ومسه فلا يكون مظاهرا • قال فإن ظاهرت المرأة من زوجها فليس ذلك بشيء لأن موجبه التحريم
وهو مختص بالنكاح كالطلاق وليس إلى المرأة من ذلك شيء • وعن أبي يوسف قال عليها كفارة الظهار لأن المعنى في جانب الرجل تشبيه
المحللة بالمحرمة وذلك يتحقق في جانبها والحل مشترك بينهما وقال الحسن عليها كفارة اليمين لأن هذا بمنزلة التحريم منها زوجها
على نفسها وتحريم الحلال يمين فيلزمها الكفارة كما لو حلفت أن لا تمكنه من نفسها وقد مكنته • قال ولا يكون الرجل مظاهرا
من أمته ولا من أم ولده ولا من مدبرته عندنا وقال مالك يصح ظهاره منهن لأن ملك اليمين في محل المتعة سبب للحل كملك
النكاح فيتحقق معنى الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك يتحقق في جانبها والحل مشترك بينهما • ولكنا نستدل
بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم وهذا يتناول الزوجة دون المملوكة وقد بينا أن الظهار كان طلاقا في الجاهلية ونقل الشرع
حكمه إلى التحريم الموقت بالكفارة والمملوكة ليست بمحل للطلاق فلا يكون محلا للظهار أيضا ولهذا لا يصح إيلاؤه من الأمة لأن الإيلاء
طلاق مؤجل والأمة ليست بمحل للطلاق • وقال ابن عباس رض من شاء باهلته عند الحجر الأسود أنه لا كفارة من الأمة وكذلك
لو ظاهر من امرأة أجنبية فهو باطل كما لو طلقها وهذا لأن الأجنبية لا تحل له ما لم يتزوجها فإنما شبه محرمة بمحرمة • قال
ولو قال لامرأته أنت علي كفرج أمي أو كفخذها كان مظاهرا لأن فرج الأم وفخذها محرم عليه كظهرها فيتحقق تشبيه المحللة بالمحرمة
ولو قال كيدها أو رجلها لم يكن مظاهرا لأنه لا يحرم عليه النظر إلى يدها ورجلها ولا مسهما فلم يتحقق بهذا اللفظ تشبيه المحللة
بالمحرمة • قال ولو قال جنبك وظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك ورجلك لأن هذا العضو لا يعبر به عن جميع
البدن عادة وقع في بعض النسخ ظهرك مكان قوله ظهرك وهو غلط فإن الظهر مع الجنب أليق من البطن ولو قال أنت علي كأمي أو مثل أمي
فهذا الكلام محتمل وجوها لأن الكاف للتشبيه وتشبيه الشيء بالشيء قد يكون من وجه وقد يكون من وجوه فإن نوى به البر والكرامة
لم يكن مظاهرا لأنه نوى ما يحتمل ومعناه أنت عندي في استحقاق البر والكرامة كأمي وإن نوى الظهار فهو ظهار لأنه شبهها
بجميع الأم ولو شبهها بظهر الأم كان ظهارا فإذا شبهها بجميع الأم كان أولى وإن لم يكن له نية فليس ذلك بشيء في قول أبي حنيفة
وفي قول محمد هو ظهار ولم يذكر قول أبي يوسف وعنه روايتان في أحدهما كقول محمد لأنه قال في الأمالي إذا كان هذا في حالة الغضب
وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص • قال الله تعالى
حرمت عليكم أمهاتكم فكان قوله أنت علي كأمي بمنزلة قوله أنت حرام وقد بينا هذا اللفظ إذا لم ينو شيئا يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء
وبنحو هذا احتج محمد رح ولكنه يقول هو ظهار لكاف التشبيه في كلامه فإن الظهار يختص بهذا الحرف ومتى كان مراده البر يقول
أنت عندي كأمي ولا يقول علي إلا أنه إذا نوى البر أقمنا حرف على مقام عند لتصحيح نيته فإذا لم ينو بقي محمولا على حقيقته
فكان ظهارا وأبو حنيفة رح يقول كلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحل شرعا لا يحمل على ما هو محرم شرعا فالظهار منكر من القول
وزور فلا يمكن حمله عليه إذا أمكن حمله على معنى البر والكرامة • يوضحه أنها كانت محللة له وهذا الكلام يحتمل معنى البر ويحتمل
معنى الظهار ولكن الحرمة لا تثبت بالشك كما لا يثبت الطلاق بالشك • وإذا قال لها أنت حرام علي كأمي فهذا ينفي احتمال
معنى البر لتصريحه بالحرمة فيبقى احتمال الطلاق والظهار فإن أراد الطلاق فهو طلاق لأن قوله أنت علي حرام يكون طلاقا بالنية
فقوله كأمي لتأكيد تلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون طلاقا بالنية • وكذلك إن أراد التحريم دون الظهار فهو طلاق وبعض مشايخنا
يقولون ينبغي أن يكون إيلاء بمنزلة أنت علي حرام إذا قصد به التحريم فقط • ولكنا نقول إنما قصد التحريم هنا لزوال الملك
لأنه شبهها بالأم وهي محرمة حرمة تنافي الملك وزوال الملك بالتحريم يكون بالطلاق وإن نوى به الظهار فهو ظهار لأنه شبهها
في الحرمة بالأم ولو شبهها بظهر الأم كان ظهارا فكذلك إذا شبهها بالأم وإن لم تكن له نية فهو ظهار لأن عند الاحتمال لا يثبت
إلا القدر المتيقن والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق فالحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله • قال
ولو قال أنت علي حرام كظهر أمي لأن ذلك اللفظ إنما كان ظهارا باعتبار التشبيه في الحرمة فالتصريح بما هو مقتضى كلامه يؤكده

حكم الكلام ولا يغيره • وهذا اللفظ صريح في الظهار فلا يعمل فيه نية شيء آخر كاللفظ الذي هو صريح في الطلاق لم تعمل فيه نية شيء آخر
وعند أبي يوسف ومحمد إن نوى الظهار أو لم تكن له نية فهو ظهار • وإن نوى الطلاق فهو طلاق لأن المنوي من محتملات لفظه فإن قوله
أنت علي حرام يسع فيه نية الطلاق لو اقتصر عليه فهو كقوله كظهر أمي يحتمل التأكيد لتلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون محتملا للطلاق
وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال إذا نوى به الطلاق يقع بنيته ويكون مظاهرا باللفظ الصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء
في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى إياها عنيت يقع الطلاق
على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فإن الطلاق لو وقع بقوله أنت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت
والظهار بعد البينونة لا يصح فإن قيل الظهار مع الطلاق يثبتان بقوله أنت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين المختلفين ○
قال رح وإن قال أنت مني كظهر أمي فهو مظاهر لأن موجب الظهار التحريم • وقد بينا أن لفظ التحريم تصح إضافته إلى كل واحد منهما باعتبار
أن الحل مشترك بينهما فكذلك لفظ الظهار • وكذلك لو قال قد ظاهرت منك فإن صيغة الإقرار والإنشاء في الظهار واحد كما في الطلاق
وكذلك لو قال أنت مني كظهر أمي وعندي ومعي فهو ظهار كقوله علي لأن تشبيه المحللة بالمحرمة يتحقق بهذه الكلمات • قال رح ولا ينبغي للمرأة
أن تدعه يقربها حتى يكفر وعليها أن تمتنع من الحرام ولها أن تطالبه بالتكفير وتخاصمه في ذلك لأنها استحقت الاستمتاع بالمعروف
وهو بالظهار فوت عليها ذلك فلها أن تطالبه بما صار مستحقا لها بالنكاح ويجبره القاضي على التكفير عند طلبها لأنها لا تتوصل
إلى الاستمتاع بالمعروف إلا به • ولا ينبغي له أن يباشرها ولا يقبلها حتى يكفر لقوله تعالى من قبل أن يتماسا ولأن هذه الحرمة في معنى الحرمة
بالطلاق إلا في حكم زوال الملك وفي الارتفاع بالكفارة والحرمة متى تثبت بالطلاق توجب تحريم اللمس والتقبيل فكذلك بالظهار • قال رح
وإذا قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت علي كظهر أمي وقال لكل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فهو كما قال لأن الظهار يحتمل التعليق بالشرط
كالطلاق فيصح إضافته إلى الملك والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز • قال رح فإذا قال إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي
كظهر أمي ثم تزوجها طلقت وبطل الظهار عند أبي حنيفة رح لأن الظهار معطوف على الطلاق فيبين بالطلاق قبل أن يصير مظاهرا
ويقعان معا وقد بينا هذا في باب الطلاق • قال رح ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق ثم قال إذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها
لزم الطلاق والظهار جميعا لأن تعلق كل واحد منهما بالتزوج من غير واسطة فعند التزوج يقعان معا • قال رح ولو قال لامرأته
إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار في العدة أو بعد العدة لم يكن مظاهرا منها لأن موجب الظهار حرمة ترتفع
بالكفارة وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك ولا يظهر الضعيف مع القوي ولأن المرأة محل للظهار لأنها محللة له بالعقد
وقد زال ذلك بالبينونة والمعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل لأن الوصول إلى المحل عند ذلك يكون
فإذا لم يبق محلا بعد البينونة لم يكن مظاهرا منها • قال رح وإذا ظاهر المسلم وهو حر أو عبد من زوجته وهي حرة أو أمة مسلمة
أو صبية أو كتابية فهو مظاهر لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم • ولأن العبد كالحر في كونه أهلا لموجب الظهار وهو الحرمة
الموقتة بالكفارة والأمة والصبية والكتابية كالحرة المسلمة في كونها محللة بالنكاح له • قال رح وإذا كان الزوج ذميا فظهاره
باطل عندنا سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية • وعند الشافعي ظهار الذمي صحيح لأن الذمي من أهل الطلاق وقد بينا أن الحرمة
في الظهار في معنى الحرمة بالطلاق فكل من صح طلاقه صح ظهاره • وكذلك هو من أهل الكفارة لأنه من أهل الإعتاق والإطعام
إلا أنه ليس من أهل الكفارة بالصوم ولهذا لا يمتنع صحة الظهار كالعبد ليس بأهل للتكفير بالمال وكان ظهاره صحيحا وهذا
على أصله مستقيم فإن معنى العقوبة عنده ترجح في الكفارة فتكون بمنزلة الحدود في الحد معنى الكفارة • قال عليه السلام ○
الحدود كفارات لأهلها ثم يقام على الذمي بطريق العقوبة وإن لم يكن من أهل الكفارة فهو أهل للحرمة كما اعتبر أبو حنيفة رحمه الله
إيلاء الذمي في حق الطلاق وإن لم يعتبر في حق الكفارة وكلامنا في المجوسي يتضح فإنه يعتقد الحل في أمه وأخته فإنما شبه امرأته
بمن يعتقد الحل فيها بالنكاح فلا يكون مظاهرا كالمسلم إذا شبه امرأته بأجنبية • ولنا أن الذمي ليس من أهل الكفارة فلا يصح ظهاره
كالصبي • وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير والكافر ليس بأهل له وما فيه من الشرك أعظم من الظهار بخلاف
الحدود فالمقصود هنا الخزي والنكال • وإنما الكفارة في حق من جاء تائبا مستسلما لحكم الشرع محا الله ما عرض والدليل عليه
أن معنى العبادة يترجح في الكفارة حتى تتأدى بالصوم الذي هو محض عبادة ولا تتأدى إلا بنية العبادة ويفتي به ولا يقام عليه كرها
والكافر ليس بأهل للعبادة • وتأثير هذا الوصف بعد ثبوته أن موجب الظهار الحرمة الموقتة بالكفارة ولا يمكن إثبات تلك الحرمة منه
لأنه ليس بأهل الكفارة فلو صح ظهاره لثبتت به حرمة مطلقة وهذا ليس بموجب الظهار وبه فارق حرمة الطلاق فإنه حرمة

برفاد

لزوال الملك أو بانعدام محل الحل والكافر من أهله وبه فارق العبد لأنه من أهل الكفارة إلا أنه عاجز عن التكفير بالمال
حتى لو عتق وأصاب مالا كانت كفارته بالمال وبه فارق الإيلاء لأنه طلاق مؤجل على ما نبينه في بابه والذي من أهل الطلاق
ولأن الحرمة الثابتة باليمين تكون مطلقة لا موقتة بالكفارة ولهذا لا يجوز التكفير قبل الحنث • قال رح وإذا ظاهر المسلم من امرأته
ثم ارتد ثم أسلم فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة رح حتى يكفر • وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قد سقط عنه الظهار
بالردة لأن الكافر ليس من أهل الظهار وهو بالردة قد التحق بالكافر الأصلي وكما لا ينعقد الظهار بدون الأهلية
لا يبقى بعد انعدام الأهلية وهذا لأن الثابت بالظهار حرمة موقتة بالكفارة وبعد الردة لا يمكن إبقاء هذه الحرمة لأنه
لم يبق أهلا للكفارة فلو بقي إنما تبقى حرمة مطلقة • وهذا لم يكن موجب ظهاره وأبو حنيفة رح يقول ظهاره قد صح موجبا
فلا يرتفع حكمه إلا بالكفارة وهذا لأن الحرمة بالظهار في معنى الحرمة بالطلاق والمسلم لو طلق امرأته ثلاثا ثم ارتد ثم أسلم
لا تحل له إلا بعد زوج فكذلك إذا ظاهر منها • وهذا لأنه غير مقر على كفره بل هو مجبر على العود إلى الإسلام فيمكن إبقاء الحرمة
الموقتة باعتبار ما بعد إسلامه • يوضحه أن اعتبار الأهلية عند انعقاد السبب ليصير موجبا وعند أداء الكفارة ليصح
الأداء فيما بين ذلك لا يعتبر بقاء الأهلية • ألا ترى أنه لو جن بعد ما ظاهر من امرأته ثم أفاق بقي ظهاره حتى يكفر مع أنه
من أهل التكفير بالعتق حتى لو أعتق عبدا عن ظهاره في ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة على ما نبينه • قال
وإذا قال لامرأته إن شئت فأنت علي كظهر أمي فشاءت ذلك في مجلسها لزمه الظهار • وهذا والطلاق المعلق بمشيئتها سواء
فإنه يعتبر وجود المشيئة في المجلس وأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز • قال رح وإن قال أنت علي كظهر أمي اليوم فهو
لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر فإذا مضى اليوم بطل الظهار • وقال ابن أبي ليلى هو مظاهر أبدا حتى يكفر وقاس هذا بالحرمة
الثابتة بالطلاق وأنه لا يتوقت بالتوقيت • ولكنا نقول موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة
وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل والحرمة بسبب اليمين فإذا احتمل التوقيت صح توقيته
ولا يبقى بعد مضي الوقت بخلاف الطلاق فالحرمة هناك باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت
وعلى هذا لو قال أنت علي كظهر أمي شهرا أو حتى يقدم فلان فهو كما قال ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لأنها الحرمة بمضي وقتها
قال رح ولو ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثا أو ارتدت عن الإسلام فبانت منه ثم أسلمت وتزوجت بعد زوج آخر كان الظهار
على حاله حتى يكفر لأن ظهاره قد صح وتثبت به الحرمة إلى أن يكفر فثبوت الحرمة بسبب آخر لا يمنع بقاء تلك الحرمة لأن أسباب
الحرمة تجتمع في محل واحد وإذا بقيت تلك الحرمة لا ترتفع إلا بالكفارة • قال رح ولو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها
لم يكن له أن يقربها حتى يكفر لأن الحرمة تثبت بالظهار فهو بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ولو طلقها ثنتين لم تحل له بسبب الشراء
بعد ذلك ما لم تتزوج بزوج آخر فكذلك إذا ثبتت الحرمة بالظهار وهذه حرمة مع بقاء الملك فكانت كالحرمة الثابتة
بسبب الحيض والحائض لا تحل له بملك اليمين كما لا تحل له بملك النكاح • وكذلك إن أعتقها ثم تزوجها لأن النكاح الثاني كالأول
ومع بقاء نكاح الأول ما كان يحل له أن يقربها حتى يكفر فكذلك في النكاح الثاني • قال وظهار الصبي والمعتوه باطل كطلاقهما
لأن موجب الظهار الحرمة الموقتة بالكفارة وليسا من أهل وجوب الكفارة عليهما ولا من أهل مباشرة سبب الحرمة بالقول
قال وظهار السكران والمكره لازم كطلاقهما لأن الإكراه والسكر لا يؤثر في اكتساب سبب الحرمة بالقول ولا في اكتساب
سبب وجوب الكفارة عندنا • قال وظهار الأخرس من امرأته في كتاب وإشارة مفهومة صحيح كطلاقه لكونه أهلا لموجب الظهار
ولا يدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر وأكثر وقال مالك إذا لم يجامعها ولم يكفر حتى مضت أربعة أشهر
بانت بالإيلاء لأن المولي مضار متعنت بمنع حقها في الغشيان وقد تحقق ذلك في حقها بالظهار لأن في الموضعين لا يتمكن من قربانها
شرعا إلا بالكفارة • ولكنا نقول حكم كل واحد منهما منصوص عليه في القرآن ولا يقاس المنصوص على المنصوص فلو أثبتنا
حكم الإيلاء في الظهار كان بطريق المقايسة فكما لا يجوز أن يثبت حكم الظهار في الإيلاء بطريق المقايسة في الإيلاء فكذلك
لا يثبت حكم الإيلاء في الظهار مع أن الظهار يفيد في معنى الإيلاء فإن التكفير في الظهار قبل الجماع وفي الإيلاء بعده • قال
ولو قال إن قربتك فأنت علي كظهر أمي كان موليا إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء وإن قربها في أربعة أشهر لزمه الظهار بمنزلة
قوله إن قربتك فأنت طالق وهذا لأنه منع نفسه من قربانها إلا بظهار يلزمه ومعنى الإضرار والتعنت بهذا يتحقق فكان موليا
وإذا بانت بالإيلاء ثم تزوجها فقربها فهو مظاهر لأن اليمين باقية والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز • قال

قال وإذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى أنت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر لأنه شبه الثانية بالأولى وقصد التشبيه
في حكم الظهار وهذا قصد صحيح لما بينا أن تشبيه الشيء بالشيء قد يكون في وجه خاص ● وكذلك إن قال رجل آخر لامرأته أنت علي مثل امرأة فلان
ينوي الظهار كان مظاهرا منها أيضا وإن لم ينو الظهار فهو باطل لأن الكلام محتمل يجوز أن يكون التشبيه في حكم الحل والملك أو في الكرامة والجمال
لا يكون ملتزما شيئا بدون النية ● قال وإن ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد أشركتك في ظهارها فإنه كان مظاهرا منها أيضا كما في الطلاق
وهذا لأن الإشراك يقتضي التسوية وقد صرح بالظهار فكان ذلك تنصيصا على التسوية بينهما في حكم الظهار ● قال وإن قال لامرأته أنت علي
كظهر أمي إن شاء الله لم يلزمه شيء لأن الاستثناء إذا اتصل بالكلام يخرجه من أن يكون عزيمة كما في الطلاق والعتاق ● قال عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق
واستثنى فلا حنث عليه ● وإن قال إن شاء فلان فالمشيئة إلى فلان في مجلس علمه كما في الطلاق ● ألا ترى أنه لو علق بمشيئتها يعتبر إذا شاءت
في مجلس علمها فكذلك إذا علق بمشيئة غيرها ● قال وكفارة الظهار على العبد بالصوم ما لم يعتق لأنه عاجز عن الإعتاق وعجزه أبين من عجز المعسر
فإنه ليس بأهل الملك فيكفر بالصوم وليس لمولاه أن يمنعه من التكفير بالصوم لما تعلق به من حق المرأة وقد بينا في كتاب الصوم فإن عتق قبل التكفير
وملك مالا لا يكفر إلا بالعتق لأن التكفير بالصوم كان لضرورة العجز عن التكفير بالمال فإذا زال ذلك لزمه التكفير بالمال كالمعسر إذا وجد
وهذا بناء على أصلنا أن المعتبر في الكفارات حالة الأداء لا حالة الوجوب ● وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله المعتبر حالة الوجوب بناء
على أصله في اعتبار معنى العقوبة فيها كما في الحدود حتى إذا وجب عليه الحد وهو عبد ثم عتق قبل الإقامة يقام عليه حد العبيد لا حد الأحرار
بخلاف الكفارة ● وعندنا المعتبر حالة الأداء إلا أن الصوم بدل عن العتق ومع القدرة على الأصل لا يتأدى الواجب بالبدل وحد العبيد
ليس ببدل عن حد الأحرار والمصير إليه ليس للعجز ولكن لأن العبد يحتمل من الضرب فوق ما يحتمله بدن الحر ● وسنقرر هذا في كتاب الأيمان قال
وإن أعتق عنه مولاه في رقبة أو أطعم عنه بأمره لم يجزه لأن الرق مناف للملك فلا يملك المال بتمليك المولى مع قيام المنافي فيه فإن المتنافيين لا يجتمعان
وبدون الملك لا يتصور الإعتاق عنه والكفارة الواجبة لا تسقط بملك الغير فلهذا لا يجوز إعتاقه عن كفارته ولا إطعامه المساكين وإن كان بأمر
المولى والعبد بإذن المولى ● قال والحر ظاهر وهو معسر ثم أيسر فعليه العتق لأن جواز تكفيره بالصوم كان للعجز وقد زال قبل إسقاط الواجب
فالتحق بما لو كان موسرا في الابتداء فإن أعسر قبل أن يكفر فعليه الصيام لأنه عاجز عن التكفير فيكفر بالصوم لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
الآية والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العتق في الظهار

قال ويجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة العوراء عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله لأنها ناقصة نقصانا لا يرجى زواله فيكون فاحشا يمنع جواز التكفير به
وكل عيب لا يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ونحوها ● والأصل عندنا قوله تعالى فتحرير رقبة فهو دليل على أن الواجب
رقبة مطلقة والتقييد بصفة السلامة يكون زيادة والزيادة على النص نسخ ولكن مطلق الرقبة يقتضي قيامها من كل وجه والقائم من وجه دون وجه
لا يكون مطلقا والعمياء مستهلكة من وجه لفوات منفعة الجنس وهو البصر فإن بقاء الآدمي بمنافعه ومعنى فوات منفعة الجنس يكون استهلاكا من وجه
وليس في العوراء فوات منفعة الجنس ● وكذلك في قطع اليدين يفوت منفعة البطش وبقطع إحدى اليدين لا يفوت ● وكذلك أشل اليدين لا يجزي
لفوات منفعة الجنس ومقطوع الرجلين وأشلهما لا يجزي لفوات منفعة الجنس ● ومقطوع إحدى الرجلين يجزي لأن منفعة المشي لا تفوت به
وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف لأنه يتمكن من المشي بالعصا ومنفعة البطش باقية أيضا فلم تكن مستهلكة ● والمجنون والمعتوه لا يجزي
لفوات العقل به وهو منفعة مقصودة ● والذي يجن ويفيق يجزي لأن منفعة العقل غير فائتة بل هي قائمة تستتر تارة وتظهر أخرى ● والأخرس
لا يجزي لأن منفعة الكلام منفعة مقصودة والآدمي إنما يبين من سائر الحيوانات به فبفواتها يكون استهلاكا من وجه ويجزي الرقبة الصغيرة ○
لأنها قائمة من كل وجه ولا يقال إنها فائتة المنافع من البطش والعقل والمشي والكلام لأنها عديمة المنافع إلى الإصابة عادة ولا يعد ذلك
عيبا ولأن ما لا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة لا يعد نقصانا فضلا عن الاستهلاك ● قال ويجزي الرقبة الكافرة في كفارة الظهار واليمين والإفطار
عندنا ولا يجزي عند الشافعي رحمه الله إلا الرقبة المؤمنة لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولا خبث أشد من الكفر ● وفي الحديث
عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سوداء وقال علي عتق رقبة أفتجزي هذه فامتحنها بالإيمان فوجدها مؤمنة
فقال عليه السلام أعتقها فإنها مؤمنة فامتحانه إياها بالإيمان دليل على أن الواجب لا يتأدى إلا بالمؤمنة ولأن هذا تحرير في تكفير فلا يجزي فيه
عتق الرقبة الكافرة ككفارة القتل وهذا لأن الرقبة مطلقة هنا مقيدة بالإيمان في القتل والمطلق محمول على المقيد لأن القيد مسكوت عنه
في المطلق وقياس المسكوت عنه على المنصوص صحيح ولأن التعليق بالشرط يقتضي نفي الحكم عند عدمه في عين ما تعلق بالشرط ● وكذلك

في نظايره استدلالا به ● والكفارات جنس واحد فالتقييد بشرط الإيمان في بعضها يوجب نفي الجواز عند عدم الإيمان في جميعها كالتقييد
بشرط العدالة في بعض الشهادات أوجب نفي الجواز عند عدمها في الكل ● وكذلك التقييد بالتبليغ إلى الكعبة في هدي جزاء الصيد أوجب في جميع الهدايا
وحجتنا في ذلك ظاهر الآية فالمنصوص اسم الرقبة وليس فيه ما ينبئ عن صفة الإيمان والكفر فالتقييد بصفة الإيمان يكون زيادة والزيادة على النص نسخ
فلا يثبت بخبر الواحد ولا بالقياس ● ثم قياس المنصوص على المنصوص عندنا باطل لأنه اعتقاد للنقص فيما تولى الله تعالى بيانه وذلك لا يجوز ● وكذلك
شروط الكفارات لا تثبت بالقياس كأصلها ● ولا يجوز دعوى التخصيص هنا لأن التخصيص فيما له عموم والمطلق غير العام ● وامتناع جواز العمياء ونظائرها
ليس بطريق التخصيص بل لكونها مستهلكة من وجه كما بينا مع أن التخصيص فيما له لفظ والصفة غير مذكورة ● ولا يقال بين صفة الإيمان والكفر تضاد فإذا جوز
المؤمنة انتفى الكافرة لأن جواز المؤمنة عندنا لأنها رقبة لا لصفة الإيمان ● ألا ترى أنه يجوز الصغيرة والكبيرة وبين الصفتين تضاد ● وكذلك يجوز الذكر
والأنثى وبين الصفتين تضاد ● ولكن الجواز باسم الرقبة فكان الوصف فيه غير معتبر ● فأما حمل المطلق على المقيد فالعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يجوزون ذلك
في حادثة واحدة كما في قوله عليه السلام في خمس من الإبل شاة مع قوله في خمس من الإبل السائمة شاة ولكن الأصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا في حادثة
ولا في حادثتين فقد جوز أبو حنيفة رحمه الله التيمم بجميع أجزاء الأرض بقوله جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو قوله عليه السلام
التراب طهور المسلم ● وهذا لأن للمطلق حكما وهو الإطلاق وفي حمله على المقيد إبطال حكمه ● وإليه أشار ابن عباس رضي الله عنه في قوله أبهموا ما أبهم الله ○
وامتناع وجوب الزكاة في غير السائمة ليس بحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بأن لا زكاة في العوامل ● واشتراط العدالة في الشهادات
ليس بحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بالتثبت في خبر الفاسق ● وكذلك وجوب التبليغ إلى الكعبة في جميع الهدايا للنص ● وهو قوله تعالى ثم محلها
إلى البيت العتيق ولو جاز ذلك إنما يجوز بعد ثبوت المساواة بين الحادثتين ولا مساواة بين كفارة القتل وسائر الكفارات فإن القتل من أعظم الكبائر ● وفيه تفويت
رقبة مؤمنة مخاطبة بالإيمان بخلاف أسباب سائر الكفارات ففيها من التغليظ ما ليس في غيرها ● ولهذا لا يكون الإطعام بدلا عن الصيام في كفارة القتل
بخلاف كفارة الظهار ● واشتراط صفة التتابع عندنا في الصوم في كفارة اليمين ليس بطريق حمل المطلق على المقيد بل بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وهي مشهورة
وهي لازمة عليهم فإنهم لا يشترطون صفة التتابع فيها بحمل المطلق على المقيد ولا معنى لقول من يقول إن ذلك المطلق صار بين أصلين ● أحدهما مقيد بالتفرق
وهو صوم المتعة لأن ذلك غير مقيد بالتفرق ● ولكن لا يجوز قبل يوم النحر لأنه مضاف إلى وقت الرجوع بحرف إذا وهو قوله تعالى وسبعة إذا رجعتم ○
فأما الحديث فقد ذكر في بعض الروايات أن الرجل قال علي عتق رقبة مؤمنة أو عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي أن عليه رقبة مؤمنة
فلذلك امتحنها بالإيمان مع أن في صحة ذلك الحديث كلام ● فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها أين الله فأشارت إلى السماء ولا يظن
برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يطلب من أحد أن يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولا حجة لهم في الآية لأن الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصير
إلى الكفارة ليس هو الاعتقاد إنما المصير إلى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير يرجى زواله ● قال ويجزي الأصم في جميع الكفارات
استحسانا ● وفي القياس لا يجزي وهو رواية في النوادر لأن منفعة السمع مقصودة والأصم يفوته ذلك ● ووجه الاستحسان أن الأصم
لا تفوته منفعة السمع أصلا حتى يسمع إذا صاح إنسان في أذنه ● وقيل الرواية التي قال لا يجوز محمول على أصم أصلي ولا بد أن يكون معه الخرس
فإنه لم يسمع الكلام ليتكلم وهذا لا يجزي ● ومراده من الرواية التي قال يجزي إذا كان الصمم عارضا فلا يكون معه الخرس ويسمع عند المبالغة
في رفع الصوت ● قال ويجزي الخصي ومقطوع الأذنين ومقطوع المذاكير عندنا ● ولا يجزي عند زفر رحمه الله لأنها مستهلكة من وجه بفوات منفعة
مقصودة من الآدمي ● ولكنا نقول بعد قطع الأذنين الشاخصتين السمع باق ● وإنما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبة به مستهلكة ○
لفوات شعر الحاجبين واللحية في الخصي ومقطوع المذاكير إنما يفوت منفعة النسل وهو زائد على ما هو المطلوب من المماليك ● فأما إذا كان مقطوع
اليد والرجل من جانب واحد لا يجزي لأن منفعة المشي فائتة فإنه لا يتمكن من المشي بعصا ● وكذلك إن كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز
لفوات منفعة البطش وقطع أكثر الأصابع في هذا كقطع جميعها ● وإن كان المقطوع من كل يد إصبعا أو إصبعين سوى الإبهام يجزي لأن منفعة
البطش باقية ● وإن كان مقطوع الإبهام من كل يد فمنفعة البطش فائتة فلهذا لا يجزي ● وكذلك لا يجوز المفلوج اليابس الشق لفوات منفعة الجنس منه
ولا يجوز عتق أم الولد في الكفارة لأن المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوق عرفا ● وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة
يقتضي قيام الرق مطلقا وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود إلى الحالة الأولى بحال فلأن قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي إنشاء العتق من كل وجه
وإعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقا لها مؤجلا فلا يكون إنشاء لها من كل وجه ● وولد أم الولد بمنزلة أمه والمدبر كذلك لأن بالتدبير صار
مستحقا له ● ولهذا لا يحتمل التدبير الفسخ ويثبت به استحقاق الولاء ● قال ولا يجزي إعتاق المكاتب إذا كان قد أدى شيئا من بدل الكتابة لأنه عتق
بعوض والكفارة به لا تتأدى ● قال عليه السلام بشر أمتي بالسناء والتمكين ما لم يبتغوا بعمل الآخرة الدنيا ● والدليل أن المقبوض عوض أنه لو وجده
زيوفا رده ● واستبدل بالجياد ولأن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا في ذمته بعد أداء بعض البدل ● فكان علي رضي الله عنه يقول يعتق بقدر ما أدى

وابن مسعود رضي الله عنه يقول اذا ادى قيمة نفسه يعتق . واختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في رقه شبهة مانعة من جواز
التكفير به . وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يجوز لان رقه لم ينتقص بما ادى من البدل . ولهذا احتمل عقد الكتابة
الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله . فاما اذا اعتقه قبل ان يؤدي شيا جاز عن الكفارة عندنا استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله لان استحقاق العتق والولاء يثبت بعقد الكتابة فوق ما يثبت بالتدبير
والاستيلاد . ولهذا صار احق بمكاسبه وتعتبر الثلث او الثلثان من مال الكتابة دون مالية الرقبة . ويمتنع على المولى
التصرفات فيه . فاما ان نقول يتمكن بهذا السبب نقصان في رقه او يكون كالزايل عن ملك المولى من وجه . ولهذا لو اتلفه يضمن
قيمته . ولو وطئ مكاتبته يغرم العقر وثبوت حكم الزوال عن ملكه من وجه يكفي للمنع من التكفير . ولانه في حق المولى كما بيت(؟) المنفعة
لانه صار احق بمنافعه ومكاسبه او لان العتق لما صار مستحقا بالكتابة فاذا اوقعه وقع من الوجه المستحق . ولهذا تسلم له
الاولاد والاكساب . والعتق بجهة الكتابة لا تتادى به الكفارة مع ان هذا من المولى اعتاق صورة . فاما في المعنى هو ابراء
عن بدل الكتابة . ولهذا يسقط مال الكتابة ايضا وتسلم له الاولاد والاكتساب . وهو كما لو اعتقه الوارث بعد موته
لا يجزي عن كفارته بالاتفاق . وحجتنا في ذلك ظاهر الاية فيها امر بتحرير الرقبة . والتحرير تصيير الشخص من رقيق حرا
وقد حصل . والرقبة اسم لذات مرقوق عرفا . والمكاتب كذلك قال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . ولا يتمكن النقصان
في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الادا . ولو علق عتقه بشرط اخر
لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل اولى لان التعليق بساير الشروط يمنع الفسخ . وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن
نقصان في رقه لما تصور فسخه . واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه . وكما ان ثبوت الحرية
من جميع الوجوه لا يحتمل الفسخ فكذلك ثبوته من وجه . ولان الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عنه في حق المكاسب . وبذلك
لا يتمكن النقصان في رقه كالاذن في التجارة الا ان ذلك فك بغير عوض فلا يكون لازما في حق المولى . وهذا فك بعوض فيكون لازما
ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة فبالتصرف فيها لازما كان او غير لازم لا يتمكن النقصان في الرق والملك كالاعارة
مع الاجارة . وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف . ويلزمه ضمان العقر والارش لان ذلك في حكم المكاسب والمنافع
والمكاسب صارت مستحقة له . ولكن بهذا الاستحقاق لا تصير الرقبة في حكم المستهلك . واذا ثبت ان العين لم تصر مستحقا
بهذا السبب ظهر ان اعتاق المولى اياه يكون تحريرا مبتدا من كل وجه فيصير به ممتثلا للامر . والدليل عليه انه يسقط بدل الكتابة
ولو كان هذا اعتاقا بجهة الكتابة لتقرر به البدل فان تسليم المعوض يوجب تقرر البدل . ولا يجوز ان يكون اعتاقه ابراء لانه يحتمل
التعليق بالشرط . واذا اعتق نصفه يعتق بقدره والابراء عن نصف البدل لا يوجب عتق شي منه . فاما سلامة الاكساب
والاولاد فلانه عتق وهو مكاتب لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت ام ولد ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الاولاد
والاولاد . وهذا لان العتق في حق المكاتب واحد . والاعتاق من المولى يختلف جهاته فيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك
العتق لكونه متحدا . وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمراة اذا وهبت الصداق من الزوج
ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشي . ويجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا للمقصود للزوج عند الطلاق . وفي حقها
يجعل تمليكا ايضا بهبة مبتداة . قال فان اعتق عن ظهاره نصيبه من عبد بينه وبين غيره لم يجز عن كفارته ايضا في قول
ابي حنيفة رحمه الله . وان ضمن نصيب شريكه فاعتق ما بقي منه لان العتق عنده يتجزى فانما اعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة
ليس برقبة ثم يتمكن النقصان في النصف الاخر لانه يتعذر عليه ايضا استدامة الرق فيه . وهذا النقصان في ملك الشريك
فيمنع الجواز عن الكفارة ايضا . وبالضمان انما يملك ما بقي منه . فاذا اعتقه كان هذا في المعنى اعتاق عبد الا شيا او عند
الضمان ايضا انما يستحق عليه السعاية فيما ضمن لشريكه . فاعتاقه يكون ابراء عن مال السعاية فلا يتادى به الكفارة
فاما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العتق لا يتجزى . فاذا اعتق نصيبه عتق كله . الا ان المعتق اذا كان موسرا
فهو ضامن لنصيب شريكه . ولا سعاية على العبد فكان هذا اعتاقا بغير عوض فيجزي عن الكفارة . وان كان معسرا فعلى العبد
فعلى العبد السعاية في نصيب شريكه فيكون هذا عتقا بعوض فلا يتادى به الكفارة . فاما اذا كان العبد كله له فاعتق نصفه
عن كفارته عندهما يعتق كله بغير سعاية . ويجوز عن الكفارة . وعند ابي حنيفة رحمه الله يعتق نصفه ولا يجوز عن كفارته
فان اعتق النصف الباقي بعد ذلك بنية الكفارة في القياس لا يجزيه لما بينا ان اعتاق النصف يمكن النقصان في النصف الاخر

فان اعتق النصف الباقي بعد ذلك بنية الكفارة في القياس لا يجزيه لما بينا ان اعتاق النصف يتمكن النقصان في النصف الاخر كما في الفصل
الاول . وفي الاستحسان يجزيه لان هذا النقصان بسبب العتق عن الكفارة فلا يمنع الجواز ومعنى هذا ان الرقبة كلها مملوكة له هنا
فالنقصان في النصف الاخر انما يحصل في ملكه فيمكن تجوزه عن الكفارة اذا اكمله ويجعل كانه في المرة الاولى اعتق النصف وزيادة
ثم اعتق ما بقي بخلاف العبد المشترك . وهذا نظير الاستحسان فيمن اضجع اضحيته ليذبحها فاصاب السكين عين الشاة لا يمنع
جواز التضحية بها استحسانا لان حصول هذا العيب بسبب فعل التضحية . قال ولا يجزيه العتق ما في البطن عن الكفارة وان ولدته
لاقل من ستة اشهر لان الجنين بمنزلة جزء من الام في بعض الاحكام ولا يكون رقبة مطلقة لان الرقبة المطلقة ما يكون نفسا على حدة من كل وجه خصوصا
في حكم العتق والجنين بمنزلة الجزء حتى يعتق بعتقها على وجه لا يجوز استثناؤه كيدها ورجلها . قال وان اشترى اباه ينوي به العتق عن ظهاره
اجزاه استحسانا في قول علمائنا الثلثة رح . وفي القياس لا يجزي وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي رح . وجه القياس
ان الواجب عليه التحرير والشري غير التحرير لان الشري استجلاب الملك والعتق ابطال له فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة . ولان
ولان العتق بسبب القرابة صار مستحقا له عند دخوله في ملكه فلا يتادى به الكفارة كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر
ثم اشتراه ينوي به الكفارة . وهذا لان عند وجود الشري انما يعتق بالسبب الذي حصل الاستحقاق به وهو القرابة ولا يتصور
اقتران نية الكفارة بذلك السبب . والدليل على ان الاستحقاق ثبت بالقرابة ان احد الشريكين في العبد اذا ادعى نسبه يضمن
لشريكه قيمة نصيبه كما لو اعتقه . توضيحه ان ام الولد لما استحقت حق العتق عند دخولها في ملكه وذلك مانع اعتاقها عن الكفارة
حتى لو قال لها اذا اشتريتك فانت حرة عن ظهاري لا يجزيه عن الظهار فالابن الذي يستحق حقيقة العتق عند دخوله في ملكه اولا
اولى ان لا يجوز اعتاقه عن الكفارة . وهذا لان العتق مجازاة للابوة ومجازاة الابوة فرض فلا يتادى به واجب اخر وصرف
منفعة الكفارة الى ابيه لا يجوز كالطعام والكسوة . وحجتنا في ذلك ظاهر الاية فيها امر بالتحرير وهو تصيير الشخص من رقيق حرا
كالتسويد تصيير المحل اسود وقد وجد ذلك . وهذا لان شري القريب اعتاق قال عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه اي بالشرا كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه . وسماه بالشرا مجازا وانما يكون مجازا بالاعتاق . والدليل عليه انه لو اشترى
نصفه فنوى به يضمن لشريكه ان كان موسرا . والضمان الذي يختلف باليسار والاعسار لا يكون الا عن اعتاق . وهذا لانه بالشري
يصير متملكا والملك في القريب كمال العلة العتق فاذا صار مضافا الى الشرا يكون به معتقا لان السبب الموجب للحكم بواسطة
كالموجب بغير واسطة في كون الحكم مضافا اليه . والدليل على اثبات هذه القاعدة ان عتق القريب يثبت بالقرابة والملك جميعا
قال عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر . وهذا لان العتق صلة وللملك تاثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكوة باعتبار
الملك صلة للفقراء كما ان للقرابة تاثيرا في استحقاق الصلة فكل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة . ومعنى تعليق الحكم بعلة
ذات وصفين يحال به على اخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به . واخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقا . ولهذا لو ادعى
احد الشريكين نسب نصيبه يضمن لشريكه لان اخر الوصفين وجود القرابة هنا فيصير به معتقا . وهو كالشهادة على النسب
بعد الموت يوجب ضمان الميراث عند الرجوع لان اخر الوصفين ما اثبته الشهود ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني
فانه لا يحال بالاتلاف عليها وان تمت الحجة بها لان الشهادة لا توجب شيا بدون ذلك القضا والقضاء يكون بهما معا وبهذا تبين
فساد قولهم ان العتق مستحق بالقرابة لان الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولانه لا يجبر على الشرا . وهذا بخلاف المحلوف بعتقه
لان الملك هناك شرط لا اثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز . وقولهم
ان العتق بسبب القرابة فرض . قلنا انما يقع العتق بسبب القرابة ويكون مجازاة اذا قصد ذلك . فاما اذا قصد به الكفارة كان هذا
في حقه اعتاقا عن الكفارة بمنزلة من فرض عليه نفقة اخيه فصرف اليه زكاة ماله جاز ثم تسقط به النفقة حكما لحصول المقصود
وهذا الفقه الذي اشرنا اليه في مسئلة الكتابة ان في حق المعتق العتق واحد فيحصل مقصوده من اي وجه نواه والعتق يكون في حق المعتق
تكثر جهاته فيكون عن ما نوى ليصح قصده . وليس هذا نظير ام الولد لان استحقاق العتق لها بالاستيلاد كما قال عم اعتقها ولدها
فيكون الملك فيها شرطا للعتق لا كمالا للعلة . ولا معنى لقولهم ان هذا صرف منفعة الكفارة الى ابيه لانه لما جاز صرف هذه المنفعة
الى عبده جاز صرفه الى ابيه بخلاف الاطعام والكسوة فصرفه الى عبده لا يجوز فالى ابيه اولى . وكذلك ان وهب له ابوه او تصدق به
عليه او اوصى له به وهو ينوي عن كفارته فهو على الخلاف الذي بينا لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول
فاما اذا ورث اباه ينوي به الكفارة لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملكه من غير صنعه وبدون الصنع لا يكون محررا والتكفير انما يتادى

بالخيار وهذا لا يضمن لشريكه اذا اوقت نصف قيمته ۰ واذا قال فلان حر يوم اشتريه ثم اشتراه ونوى عن ظهاره لا يجزيه
لانه انما يعتق عند الشرى بقوله حر ولم تقترن به نية الكفارة وان كان عنى بقوله هو حر يوم اشتريه عن ظهاري اجزاه لاقتران
نية الكفارة بالعتق ۰ قال رح ان قال اذا اشتريته فهو حر ثم قال اذا اشتريته فهو حر عن ظهاري فاشتراه لا يجزي عن الظهار
لان التعليق الاول قد صح على وجه لا يملك ابطاله ولا تغييره فانما يحال بالعتق عند الشراء عليه لانه يترجح بالسبق ولم تقترن به
نية الكفارة ۰ قال رح ولا يجزي ان يعتق عن ظهاره واحد نصف رقبة ويصوم شهرا او يطعم ثلثين مسكينا لان نصف الرقبة ليس برقبة واكمال
الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالاخر ۰ فان قيل لو اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان
قلنا لا يجوز ايضا لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها خلافا للاضحية فان رجلين لو ذبحا شاتين بينهما
عن اضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع التضحية كما في البدنة ۰ قال رح لو اعتق عبدا عن ظهارين فله ان يجعله عن ايهما شاء ويجامع تلك المراة
وكذلك الصوم والاطعام ۰ وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانعدام نية التعيين ۰ ولانه يصير معتقا عن كل ظهار نصف رقبة
اذ ليس احدهما باولى من الاخر فهو كما لو اعتق رقبة عن كفارة القتل والظهار ۰ ووجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس الواحد لغو
غير مفيد فلا يعتبر بخلاف الجنسين ۰ الا ترى ان من كان عليه قضاء ايام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز وان لم يعين صوم
يوم الخميس او الجمعة لان الجنس واحد فانه لا يبقى من التمييز بخلاف ما لو كان عليه صوم القضاء والنذر لاختلاف الجنس ۰ قال
ولو اعتق رجل عنه بغير امره لم يجزه عن ظهاره لان المعتق عن المعتق ۰ ونيته عن غيره لغو لانه يعقب الولاء وليس لاحد ان يلزم غيره
ولاء بغير امره فان كان بامره فهو على وجهين اما ان يكون بجعل او بغير جعل بان قال اعتق عبدك عن ظهاري بالف درهم فاعتقه عن ظهاره
استحسانا عندنا ۰ وعند الشافعي رح ووجب عليه المال ۰ وفي القياس وهو قول زفر يعتق عن المعتق والولاء له ولا يجزي
عن ظهار الامر ولا مال عليه لانه التمس منه محالا وهو ان يعتق ملك نفسه عن غيره ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وكان اعتاق زيد ملكه
عن عمرو محالا ولا يجوز اضمار التمليك هنا لان الاضمار لتصحيح المصرح به لا لابطاله ۰ واذا اضمرنا التمليك صار معتقا عن الامر ملكه
لا ملك نفسه وهو خلاف ما صرح به ۰ ولكنا نقول معنى كلامه ملكني عبدك بالف درهم ثم كن وكيلي في اعتاقه عن ظهاري لانه التمس منه
اعتاقه عن ظهاره ولا وجه لتصحيح التماسه الا بهذا الاضمار وتصحيح كلام العاقل واجب بحسب الامكان فاذا امكن تصحيحه بهذا
الطريق يصح لمعنى وهو ان الملك في المحل شرط العتق وشرط الشي يتبعه فيصير كالمذكور كمن نذر صلاة يلزمه الطهارة ومن نذر اعتكافا
يلزمه الصوم ويصير ذلك كالمذكور وعلى هذا لو قال بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشتري هو حر يعتق من جهته ويصير القبول
والتمليك ثابتا بمقتضى كلامه ۰ ومعنى قوله عبدك يعني العبد الذي هو ملك لك في الحال لا عند مصادفة العتق اياه فمقصوده من هذا
تعريف العبد لا اضافته اليه ۰ والخلاف ثابت فيما لو قال اعتق هذا العبد عني ۰ واما اذا كان بغير جعل بان قال اعتق عبدك عن ظهاري
بغير شي فاعتقه المامور على قول ابي حنيفة ومحمد رح الولاء للمامور ولا يجزي عن ظهار الامر وهو القياس وعلى قول ابي يوسف والشافعي
الولاء للامر ويجزي عن ظهاره باعتبار اضمار التمليك كما في الاول ۰ وهذا لان الملك يستوي حصوله بعوض وبغير عوض يجوز عن كفارته
اذا اعتقه ولا يجوز ان يقال الملك بطريق الهبة لا يحصل الا بالقبض لان القبض في باب الهبة كالقبول في البيع ثم كما سقط اعتبار
القبول هناك لكون البيع في ضمن العتق فكذلك يسقط اعتبار القبض هنا او يجعل القبض مدرجا في كلامه حكما كما يندرج القبول
في كلامه او يجعل العبد قابضا نفسه من المولى له كما لو قال اطعم عن ظهاري ستين مسكينا يجوز بغير بدل على ان يقبض الفقير له ثم لنفسه
والدليل عليه انه لو قال اعتقه عني بالف رطل من خمر فاعتقه جاز عن الامر ۰ وانما ينفذ رح البيع الفاسد هنا والملك بالبيع الفاسد
لا يحصل الا بالقبض كما في الهبة ۰ وابو حنيفة ومحمد رح يقولان هذا مستوهب امر بالعتق قبل القبض فلا يجزي عنه كما لو استوهب
العبد منه ثم قال قبل قبضه اعتقه ۰ وهذا لان القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز اسقاطه بحال
فلا يسقط بالاندراج في العتق لان المسقط انما يعمل في محله لا في غير محله بخلاف القبول في البيع فانه يحتمل السقوط حتى لو قال
بعت منك هذا الثوب بعشرة فاقطعه فقطعه صار متملكا وان لم يقبل ۰ وهذا لان الايجاب مع القبول فقد يحتمل السقوط في البيع
وهو عندنا التعاطي بمجرد القبول ولان يحتمل السقوط وبه فارق البيع الفاسد لان الفاسد في الحكم يلحق بالجائز والقبض هناك
نظير القبول هنا في انه يحتمل الاسقاط ۰ ولا يجوز ان يجعل القبض مدرجا في كلامه هنا لان القبض فعل والقول لا يتضمن الفعل
انما يتضمن قولا مثله ۰ والقبول قول فيجوز ان يندرج في كلامه هنا ولا يجوز ان يجعل قابضا نفسه هنا لان ابطال الملك في المالية
والعبد انما يقبض ما يسلم له دون ما لا يسلم له وبه فارق الطعام فان المسكين يقبض عين الطعام فيمكن ان يجعل قابضا للامر اولا

ثم لنفسه ولكن العبد ينتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه يندرج فيه ادنى القبض ولكن ادنى القبض يكفي في البيع الفاسد
ولا يكفي في البيع الفاسد كالشيوع ولا يكفي في الهبة كالقبض فيما يحتمل القسمة ومع الاتصال في الثمار يكفي لوقوع الملك
في البيع الفاسد ۰ وبهذا يتضح الفرق بين الفصول ۰ قال ولو اعتق المظاهر عبده على جعل لم يجز قبل الجعل وكذا لان التكفير
ما يخلص لله تعالى وعمله في العتق بجعل لا يكون خالصا لله تعالى لانه قصد به العوض ۰ ولهذا قال عم فيما يروي عن ربه عز وجل
يقول الله عز وجل انا اغنى الشركاء عن الشرك من عمل لي عملا واشرك فيه غيري فهو كله لذلك الشريك وانا منه بري ۰ وان وهبه
الجعل بعد ذلك لم يجزه عن الكفارة لان هذا ابراء عن الدين ولا مدخل للابراء عن الدين في الكفارات

باب الصيام في الظهار

قال رح اذا لم يجد المظاهر ما يعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص فان افطر فيهما يوما لمرض او غيره فعليه استقبال
الصيام لفوات صفة التتابع بفطره ۰ والواجب المقيد شرعا لا يتادى بدونه ۰ وكذلك ان ايسر قبل ان يفرغ من الصوم انتقض صومه
وعليه العتق لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فان المقصود اسقاط الكفارة عنه ۰ وذلك لا يحصل قبل تمام الشهرين
وهو كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة والطارئ من اليسار قبل حصول المقصود كالمقترن بحالة الشروع في الصوم
ومعنى قوله انتقض صومه في حكم جوازه عن الكفارة ۰ فاما اصل الصوم باق فيستحب تمامه نفلا لان اليسار لا يمنع ابتداء الصوم
انما يمنع التكفير به ۰ قال ولو صام شهرين احدهما رمضان لم يجزه عن الظهار لانه لم يشرع في رمضان الا صوم واحد وهو الفرض
ولا يصح التكفير به لان وجوب الكفارة في ذمته وما في الذمة انما يتادى بما له لا بما عليه ۰ وقد قررنا هذا في كتاب الصوم وبينا
اختلاف ابي حنيفة مع صاحبيه رح في المسافر ۰ واذا لم يجز صومه في رمضان عن الظهار فعليه ان يستقبل بعد يوم الفطر شهرين
لانقطاع التتابع في حق صوم الكفارة ۰ وكذلك لو دخل صومه يوم النحر وايام التشريق فعليه استقبال الصوم صام في هذه الايام
او افطر لان الصوم في هذه الايام منهي عنه فلا يتادى به الواجب في ذمته وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام لانه يجد شهرين خاليين
عن هذه الايام ۰ قال رح ولا يجزي الصوم لمن له خادم لانه واجد لما يتادى به الاصل فلا يتادى الواجب بالبدل بخلاف من له مسكن
لانه غير واجد لما هو الاصل وهو محتاج الى المسكن فيجعل ملكه فيه كالمعدوم لكونه مشغولا بحاجته ۰ وقد بينا في كتاب الزكوة ان
المسكن يريد في حاجته والخادم كذلك الا انه غير المنصوص عليه فلا معتبر بالمعنى فيه ۰ وان كان له دراهم او دنانير يجد بها رقبة
لم يجز الصوم لقوله تعالى فمن لم يجد والواجد لثمن الرقبة كالواجد لعينها ۰ الا ترى ان في حكم التيمم الواجد لثمن الماء كالواجد لعينه
وهذا لان الوجود عبارة عن التيسير دون المعنى وبملك الدراهم والدنانير يتيسر عليه تحصيل ما يعتق وبيسار التيسير ينتفي الشرط
المنصوص عليه وهو عدم الوجود ۰ قال رح واذا ظاهر من اربع نسوة له فاعتق رقبة لم يملك غيرها ثم صام اربعة اشهر متتابعة ثم مرض
فاطعم ستين مسكينا ولم ينو في ذلك واحدة بعينها اجزاه عنهن استحسانا لما بينا ان نية التمييز غير معتبرة في الجنس الواحد وقد
جنى وجد ثم صام حين لم يجد ما يعتق وذلك الكفارة لان المعتبر عدم الاستطاعة عند التكفير بالاطعام وذلك يتحقق بمرض ولا
استدامة العذر بعد التكفير ثم فيما ادى وفاء بالواجب فيجزيه ۰ قال واذا ابانت من المظاهر امراته ثم كفر عنها وهي تحت زوج او مرتدة
لاحقة بدار الحرب جازت الكفارة عنه لان الحرمة الثابتة بالظهار باقية بعد البينونة والكفارة واجبة بدليل انه لو تزوجها لم يحل له
ان يقربها حتى يكفر ولو سقطت لم يعد بالتزوج واذا ثبت بقاء الواجب صح اسقاطه باداءه وان كانت لا تحل له في الحال لكونها مرتدة
او ذات زوج ۰ وهذا لان اداء الكفارة يرفع الحرمة الثابتة بالظهار ولا يوجب حل المحل ۰ قال واذا ارتد الزوج ثم اعتق
عبدا له عن ظهاره ثم اسلم اجزى عنه وهذا بناء على اصل ابي حنيفة رح لان الظهار يبقى بعد ردته عنده ۰ وطعن عيسى رح
فقال هذا الجواب غلط لان الكفارة انما تتادى بعتق هو قربة خالصة ولهذا لا يتادى بعتق بجعل والمرتد ليس من اهل القربة ولا يتادى
الكفارة الا بنية العبادة والمرتد ليس من اهلها ۰ وما ذكر في الكتاب صحيح لان تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفة رح فانما ينفذ عتقه
بعد اسلامه وكما توقف اصل عتقه يتوقف اصل نيته فيصير بعد الاسلام كالمجدد لذلك كله ولا يبعد ان يتوقف حكم النية كمن ابهم النية
عند الاحرام يتوقف على ان يكون حجا او عمرة لتعيينه في الثاني ويجعل عند التعيين كانه جدده ۰ وهذا لانه بعد ما اسلم يبطل حكم ردته
ولهذا يعاد اليه من املاكه ما كان قائما بعينه في يد وارثه فكذلك يبطل ما ينبني على ردته وهو فساد نيته ۰ قال وان اكل في صوم الظهار
ناسيا لصومه لم يضره ۰ وكذلك ان جامع غير التي ظاهر منها لان حرمة هذا الفعل عليه لاجل الصوم فيختلف بالنسيان والعمد

بخلاف ما لو جامع التي ظاهر منها عند ابي حنيفة ومحمد رح فان حرمة ذلك الفعل ليس لاجل الصوم • الا ترى انه كان محرما قبل الشروع في الصوم فيستوي فيه النسيان والعمد ثم ان صام المظاهر شهرين بالاهلة اجزاه • وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما • وان صام لغير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستقبال لان الاهلة اصل والايام بدل كما قال عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غمي عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلثين يوما ثم صام شهرا بالاهلة تسعة وعشرين يوما ثم خمسة عشر يوما اجزاه • وهذا بناء على قولهما فاما عند ابي حنيفة رح لا يجزيه وقد بينا هذا في حكم العدة ان عند ابي حنيفة رح اذا كان ابتداء الشهر بالايام يعتبر كله بالايام لانه ما لم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني • وعندهما الاعتبار بالايام فيما يتعذر عليه الاعتبار بالاهلة وهو الشهر الواحد فقط • والله تعالى اعلم

باب الاطعام في الظهار

قال ويجزيه ان يدعو ستين مسكينا فيغديهم ويعشيهم وهو قول علمائنا رح ان الاطعام في الكفارات يتادى بالتمكين من الطعام وعند الشافعي لا يتادى الا بالتمليك من الفقير • وكان احمد بن سهل رح يقول لا يتادى بالتمليك • وانما يتادى بالتمكين فقط لظاهر قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والاطعام فعل متعدي ولازمه طعم يطعم وذلك الاكل دون الملك ففي التمليك لا يوجد الاطعام وانما يوجد ذلك في التمكين لانه لا يتم ذلك الا بان يطعم المسكين والكلام محمول على حقيقته • والشافعي رح يقول الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام اي ملكتك والمقصود سد خلة المسكين واغناؤه • وذلك يحصل بالتمليك دون التمكين فاذا لم يتم المقصود بالتمكين لا يتادى الواجب كما في الزكوة وصدقة الفطر وقاس بالكسوة فانه لو اعار المسكين ثيابا فلبسوا ابنية الكفارة لا يجوز فكذلك الاطعام والجامع انه احد انواع التكفير • وحجتنا في ذلك ان المنصوص عليه الاطعام وحقيقة ذلك في التمكين والمقصود به سد الخلة • وفي التمليك تمام ذلك فيتادى الواجب بكل واحد منهما • اما بالتمليك فلان الاكل الذي هو المنصوص جزء مما هو المقصود بالتمليك لانه اذا ملك فاما ان ياكل او يصرفه الى حاجة اخرى فيقام هذا التمليك مقام ما هو المنصوص عليه لهذا المعنى ويتادى بالتمكين لمراعاة عين النص • والدليل عليه انه شبهه بطعام الاهل بقوله تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم وذلك يتادى بالتمليك تارة وبالتمكين اخرى فكذا هذا لان حكم المشبه حكم المشبه به • وليس هذا كالكسوة لان الكسوة بكسر الكاف عين الثوب فاما الفعل بفتح الكاف كسوة وهو الالباس ثبت بالنص لان التكفير بعين الثوب لا بمنافعه والاعارة والالباس تصرف في المنفعة فلا يتادى به الواجب • فاما في التمكين من الطعام المسكين طاعم للعين وبالتمكين يحصل الاطعام حقيقة • وهذا بخلاف الزكوة فالواجب هنالك فعل الايتاء بالنص • وفي صدقة الفطر الواجب فعل الاداء • وذلك يحصل بالتمكين بدون التمليك ويعرف حدود كلام صاحب الشرع بحسن فقه الرجل • ثم المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء • واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاله اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة • ويستوي في خبز البر ان يكون بها دوما او غير ها دوم • وفي الكتاب المطلق الخبز • ومراده خبز البر وقد فسره في الزيادات • وهذا لان المسكين يستوفي منه حاجته وان لم يكن بها دوما بخلاف خبز الشعير فانه لا يستوفي منه تمام حاجته الا اذا كان بها دوما • وكذلك لو غداهم وعشاهم بسويق وتمر قالوا وهذا في ديارهم فانهم يكتفون بذلك عادة ويستوفون منه فاما في ديارنا لا بد من الخبز • وهذا كله بمنزلة طعام الاهل فيه الاكلتان المشبعتان مما يكون معتادا في كل موضع فقد قالت الصحابة رض اعلى ما يطعم الرجل اهله الخبز واللحم واوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز والزيت وادنى ما يطعم الرجل الخبز والملح • قال وان اختار التمليك اعطى كل مسكين نصف صاع من بر او دقيق او سويق او صاعا من تمر او صاعا من شعير لا يجزيه دون ذلك عندنا • وقال الشافعي رح لكل مسكين مد من بر لحديث الاعرابي في كفارة الفطر فان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على ستين مسكينا • ولكنا نستدل بحديث اوس بن الصامت وسلمة بن صخر البياضي رض فقد ذكر في الحديثين اطعام ستين مسكينا لكل مسكين نصف صاع من بر • وبحديث علي وعائشة رض قالا لكل مسكين مدان من بر • وعن عمر وابن عباس رض لكل مسكين نصف صاع من حنطة • ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر فلا يتادى ذلك بالمد بما قلنا فكذلك هذا • وذكر في بعض الروايات في حديث الاعرابي فرقها ومثلها معها ثم هذا الاستدلال من الشافعي رح لا يستقيم لان الصاع لا يتقدر بارعة امنا عنده وان اعطى قيمة الطعام كل مسكين اجزاه لحصول المقصود وهو سد الخلة وهو عندنا • وقد بيناه في الزكوة قال وان اعطى من صنف من ذلك اقل مما سماه وهو يساوي كمال الواجب من جنس اخر لم يجزه الا عن مقداره معناه اذا اعطى كل مسكين مدا

من بر يساوي صاعا من شعير او نصف صاع من تمر يساوي نصف صاع من حنطة • وعلى قول زفر رح يجزيه لان المقصود يحصل بالمودى وهو كاعطاء القيمة • الا ترى انه لو كسى عشرة مساكين ثوبا واحدا في كفارة جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام • ولكنا نقول المودى عين المنصوص ولا معتبر بالمعنى في المنصوص بل يعتبر عين النص بخلاف الكسوة فالمنصوص عليه ما يحصل به الاكتساء • وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المودى منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه توضيحه ان في اقامة صنف مقام صنف ابطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وكل تعليل يتضمن ابطال النص فهو باطل وليس في الكسوة تقدير منصوص عليه فاقامته مقام الطعام لا تودي الى ابطال التقدير المنصوص عليه ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة يجوز اقامة احدهما مقام الاخر والمقصود باصناف الطعام واحد فاعتبار عين المودى فيه اولى فاذا كان المودى لكل مسكين مدا من بر كان عليه ان يعيد على كل واحد منهم مدا اخر ليصل الى كل واحد منهم ما قدر نصا • قال وان لم يجدهم استقبل الطعام ولا يجزيه ان يطعم ستين مسكينا اخرين مدا مدا لان الواجب عليه ايصال نصف صاع الى كل مسكين ليحصل به سد الخلة وزوال الحاجة في يومه وذلك لا يحصل بصرف نصف الوظيفة الى كل مسكين • قال ولو اعطى كل مسكين مدا من بر ومدين من شعير او تمر اجزاه لان كل واحد منهما اصل والمقصود يحصل باداء نصف الواجب من كل صنف وهو زوال الحاجة في يومه • ولو اطعم الطعام كله مسكينا واحدا لم يجزه في دفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة ولو اعطاه في ستين يوما اجزاه عندنا ولا يجزيه عند الشافعي رح لان الواجب عليه بالنص اطعام ستين مسكينا والمسكين الواحد بتكرر الايام لا يصير ستين مسكينا فلا يتادى الواجب بالصرف اليه • وشبه هذا بالشهادة فان الشاهد الواحد ان تكررت شهادته في مجلسين لا يصير في معنى شاهدين • ولكنا نقول فيما هو المقصود المسكين الواحد بتجدد الايام في معنى المساكين لان المقصود سد الخلة وذلك بتجدد الايام وكان هو في اليوم الثاني في المعنى مسكينا اخر لتجدد سبب الاستحقاق له ولان الاطعام يقتضي طاعما لا محالة معنى الاية فاطعام ستين مسكينا وقد ادى ذلك • وبه فارق الشهادة لان المقصود طمانينة القلب هناك وبتكرار الواحد شهادته لا يحصل هذا المقصود ولم يذكر ما لو فرق الفعل في يوم واحد • ولا اشكال في طعام الاباحة انه لا يجوز الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفي في يوم واحد طعام ستين مسكينا • فاما في التمليك فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله يجوز لان التمليك اقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما في الايام • واستدلوا على هذا بما ذكر في كتاب الايمان انه لو كسا مسكينا واحدا في عشرة ايام كسوة عشرة مساكين اجزا لتفرق الفعل وان نعدم تجدد الحاجة في كل يوم • والدليل عليه انه بعدما اخذ وظيفته في هذا اليوم او صرفها اليه رجل اخر طعام مسكين عن كفارته يجوز ذلك • فكذا اذا صرفها اليه ذلك الرجل طعام مسكين اخر • وبعضهم قالوا لا يجوز لان المعتبر سد الخلة • ولهذا لا يجوز صرفه الى الغني لانه طاعم بملكه • واطعام الطعام لا يتحقق كان التمليك من المالك لا يتحقق وبعدما استوفي وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سد خلته بصرف وظيفة اخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم • ولا يمكن ان يجعل مثله في حق هذه الكفارة وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف باختلاف احوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام مقام تجدد الحاجة تيسيرا • قال ولو اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين في امراة واحدة او في امراتين لم يجزه الا من احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح • ويجزيه في قول محمد رح لان المودى وفاء لوظيفة الكفارتين والمصروف اليه محل للكفارتين فيجزيه كما لو اعطى عن كفارة نصف صاع على حدة لكل مسكين • والدليل عليه لو كان الكفارتان من جنسين احدهما كفارة الظهار والاخرى كفارة الفطر اجزى عنهما بالنية بالاجماع فكذلك اذا كانا من جنس واحد وهما يقولان زاد في الوظيفة ونقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا في كفارة واحدة كل مسكين صاعا • وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة طعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرين مسكينا • وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادى صاعا • وحقيقة المعنى ان في الجنس الواحد كما لا تعتبر نيته في التمييز لا تعتبر نيته في العدد فنيته عن ظهارين وعن ظهار واحد سواء بخلاف ما اذا كانتا من جنسين لان نية التعيين تعتبر عند اختلاف الجنس فكذلك نيته عن الكفارتين ليكون عن كل واحد منهما نصف المودى • قال ولا يجزيه ان يعطي من هذه الكفارة من لا يجزيه ان يعطيه من زكاة

وقد بينا ذلك في كتاب الزكوة الا فقراء اهل الذمة فانه يعطيهم من هذه الكفارة في قول ابي حنيفة ومحمد رح وفقراء اهل الاسلام احب الينا ولا يجزيه ان يعطي فقرا اهل الحرب وان كانوا مستامنين في ديارنا . وقد بينا هذا الفصل بتمامه في صدقة الفطر . وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح انما اوجبه على نفسه بنذره يجوز صرفه الى فقراء اهل الذمة فاما ما اوجبه الله تعالى عليه لا يجزيه الا فقرا المسلمين كالزكوة . وهذه الرواية مخالفة للرواية المشهورة عن ابي حنيفة رح فان اعتق عبدا حربيا في دار الحرب لم يجزه عن الظهار لانه معتق بلسانه مستترق بيده وهو محل الاسترقاق ولا ينفذ عتقه فان اعتقه في دار الاسلام اجزئه لان عتقه ينفذ في دار الاسلام وهو ذمي يتبع لمولاه . الا ترى انه لا يتمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو كاعتاق الذمي وقد بينا . ولم يذكر اعتاق العبد المرتد عن ظهاره . وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رح ان المرتد يجزي بخلاف المرتد لان المرتد مشرف على الهلاك فانه يقتل بخلاف المرتدة . وذكر الكرخي في المختصر انه لو اعتق عبدا حلال الدم عن الظهار اجزاه لان العتق يتحقق فيه وما عليه من مستحق فلا يمنع جواز التكفير به كما لو كان مديونا او مرهونا . قال ولو اعتق المديون جاز عن الكفارة وان كان عليه السعاية في الدين . وكذلك لو اعتق المرهون جاز عن الكفارة وان كان الراهن معسرا وسعى العبد في الدين لان تلك السعاية ليست في بدل رقبته حتى يرجع به على الراهن اذا ايسر فلا يكون هذا عتقا بخلاف المريض مرض الموت اذا اعتق عبدا عن ظهاره ولا مال له سواه لانه يسعى في ثلثي قيمته للورثة وتلك السعاية بدل رقبته فيكون ذلك في معنى جعل . قال ولو تصدق عنه رجل بغير امره لم يجزه لان احدا لا يملك ان يدخل الشيء في ملك غيره بغير رضاه ويزول ملكه لانتادي كفارته ولو تصدق عنه بامره اجزاه . وقد بينا الفرق بينه وبين العتق وقررنا طريق الحق انه يجعل المسكين نائبا في القبض له اولا ثم لنفسه . وان صام عنه بامره او بغير امره فلا يجوز ذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصوم احد عن احد وقد بينا هذا في كتاب الصوم والله اعلم ۝

باب الايلا

قال الايلاء في اللغة هو اليمين . قال القايل ۝

قليل الالايا حافظ ليمينه . وان بدرت منه الالية برت

وفي الشريعة عبارة عن يمين يمنع جماع المنكوحة هكذا نقل عن ابراهيم رح وقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا موجلا بقوله تعالى للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر . واذا حلف الرجل لا يجامع امراته ابدا فهو مولي لان مطلق اللفظ فيما بيناه يقتضي التابيد وبعدما صار موليا ان جامعها قبل تمام اشهر فعليه كفارة اليمين لوجود شرط الحنث وقد سقط الايلا لان ثبوت حكم الايلاء بقصده الاضرار والتعنت بمنع حقها في الجماع وقد انعدم ذلك حين وفاها حقها وهو الفي المذكور في قوله تعالى فان فاوا والا ان الفي عبارة عن الرجوع يقال فا الظل اذا رجع وقد رجع عما قصد من الاضرار حين جامعها . ولهذا قال بعض الناس ليس عليه كفارة لان الله تعالى وعده الرحمة والمغفرة بقوله تعالى فان فاوا فان الله غفور رحيم . ولكنا نقول حكم الكفارة عند الحنث ثابت بقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم به الايمان فكفارته الاية . وان مضت المدة قبل ان يفي اليها طلقت تطليقة بائنة عندنا . وكان معنى الايلاء ان مضت اربعة اشهر ولم تجامعك فيها فانت طالق هكذا نقل عن علي وابن عباس وابن عمر وعايشة رض قالوا عزيمة الطلاق مضي المدة . وعند الشافعي رح لا يقع الطلاق بمضي المدة . ولكنه يوقف بعد المدة حتى يفي اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل فرق القاضي بينهما وكان تفريقه تطليقة باينة والكلام في فصلين . احدهما ان عنده الفي بعد مضي المدة لان الله تعالى للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر فبين ان هذه المدة للزوج لا عليه وانما تكون له المدة له اذا كان الامر فيه موسعا عليه والتضييق بعده . فاما اذا كان مطالبا بالجماع في المدة فلا تكون المدة له . ثم قال الله تعالى فان فاوا وحرف الفاء للتعقيب عرفنا ان الفي الذي يومر به الزوج بعد مضي المدة . وعندنا الفي في المدة بقراءة ابن مسعود رض فان فاوا فيهن وقراته لا تتخلف عن سماعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم . والتقسيم في قوله تعالى وان عزموا الطلاق دليل على ان الفي في المدة . وعزيمة الطلاق بعدم كما في قوله تعالى . فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف . والامساك بالمعروف بالمجامعة في المدة والتسريح بالاحسان تركها حتى تبين بمضي المدة . وهذا التربص مشروع للزوج لان الايلاء كان طلاقا معجلا فجعل الشرع للزوج فيه مدة اربعة اشهر حتى يمكنه من التدارك في المدة وجعل الطلاق موخرا الى ما بعد المدة . والفصل الثاني ان الفرقة عنده لا تقع الا بتفريق القاضي بينهما لدفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف فلا يقع الا بتفريق القاضي بل اولى لان الزوج هناك معذور وهنا هو ظالم متعنت

والقاضي منصوب لازالة الظلم فيامره بان يوفيها حقها او يفارقها فان ابى ناب عنه في ايقاع الطلاق وهو نظير التفريق بسبب العجز عن النفقة على قوله . وحجتنا قوله تعالى وان عزموا الطلاق فذكر عزيمة الطلاق بعد ذكر المدة فهو اشارة الى ان ترك الفي في المدة عزيمة الطلاق عند المدة . وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عزيمة الطلاق مضي اربعة اشهر وفيه اضافة الى الزوج فدل ان الطلاق يتم به من غير حاجة الى قضاء القاضي . ومعنى قوله تعالى فان الله سميع عليم لايلايه عليم بقصده الاضرار ولان هذه المدة مدة تربص بعدما اظهر الزوج من نفسه انه غير مريد لها فتبين بمضيها كمدة العدة بعد الطلاق الرجعي ولا فرق لان هناك الزوج بالطلاق يظهر كراهية صحبتها فيصير في المعنى كانه علق البينونة بمضي المدة قبل ان يراجعها وهنا هو بيمينه يظهر كراهيتها فيصير كانه علق البينونة بمضي المدة قبل ان يفي اليها . ولهذا جعلنا الواقع تطليقة باينة لان المقصود دفع ضرر التعليق عنها وذلك لا يحصل بالتطليقة الرجعية . ولكن العدة هنا تجب بعد وقوع الطلاق ۝ بمضي المدة لان وقوع الطلاق بعده . وهناك الطلاق كان واقعا فجعلنا الاقراء محسوبة من العدة . وكذلك لو حلف لا يقربها ابدا لان القربان متى ذكر مضافا الى النساء فالمراد به الجماع . وان قال الزوج لم اعن الجماع لم يصدق في القضاء لانه قصد تغيير اللفظ عن الظاهر المتعارف فلا يصدق في القضاء هنا . ولا في الفصل الذي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان حقيقة معنى الجماع هو الاجتماع فما نوى به مما سوى الجماع هو محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وان حلف لا يدخل عليها وقال لم اعن الجماع فهو مصدق في القضاء لان الدخول عليها لفظ مشترك يستعمل في الجماع والزيارة وغير ذلك والمنوي غير مخالف للظاهر . وحرف الصلة يدل عليه وهو على لانه اذا كان المراد الجماع يقال دخل بها . وكذلك لو حلف ليغيظنها او ليسوءنها او لا يجمع راسه وراسها شي او لا يمسها . وفي نسخ ابي سليمان رح او لا يلامسها فهذه الالفاظ تطلق في الجماع وغير الجماع فان نوى بها الجماع كان موليا وان نوى غير الجماع لم يكن موليا لان المولي لا يتمكن من الجماع في المدة الا بشي يلزمه حتى يتحقق اضراره بمنع حقها في الجماع . واذا حلف لا يمس جلده جلدها وعنى به حقيقة المس فالحنث هنا يحصل بدون الجماع فلا يكون ايلاء ويمكنه ان يجامعها من غير ان يلزمه شي بان يلف انه في حريرة ثم يدسه فيها وقال في رواية ابي حفص رح اذا حلف لا ياتيها وعنى الجماع فهو مولي . وان قال لم اعن الجماع صدق في القضاء مع يمينه لان الاتيان قد يراد به الجماع ويراد به الزيارة او الضرب فكان اللفظ محتملا والمحتمل لا يوجب شيا بدون النية . وكذلك لو حلف لا يغشاها فهو مدين في القضا لان الغشيان قد يراد به الجماع . قال الله تعالى فلما تغشاها ويراد به غير الجماع قال الله تعالى اذا غشيهم موج . وكذلك لو حلف لا يقرب فراشها فلفظ القرب باضافة الى فراشها لا اليها . وذلك يحتمل الجماع وغيره فان عنى الجماع فهو مولي والا فليس بمولي لانه يتمكن من ان يجامعها من غير حنث اما على الارض او بان يخرجها من فراشه من غير ان يقرب هو فراشها . وان حلف لا يباضعها فهو مولي ولا يصدق في القضاء لان ظاهر اللفظ للجماع فان المباضعة ادخال البضع في البضع فلا يصدق في صرف اللفظ عن ظاهره . وكذلك لو حلف لا يغتسل منها من جنابة لان الاغتسال منها انما يكون بالجماع في الفرج خاصة . فاما الجماع فيما دون الفرج يكون اغتسالا من الانزال لا منها . واذا كان ظاهر لفظه للجماع في الفرج لم يصدق في صرف اللفظ عن ظاهره . وكان موليا بمنعه حقها بيمينه فان حقها في الجماع لا فيما دونه . قال واذا حلف لا يقربها اقل من ستة اشهر لم يكن موليا عندنا . وقال ابن ابي ليلى رحمه الله هو مولي ان تركها اربعة اشهر بانت بالتطليقة . وهكذا كان يقول ابو حنيفة رح في الابتدا فلما بلغه فتوى ابن عباس رض لا ايلا فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله . وابن ابي ليلى استدل بظاهر الاية . قال الله تعالى للذين يولون من نسايهم ۝ والايلاء هو اليمين فتقييدها اليمين بمدة اربعة اشهر يكون زيادة . ولكنا نقول من لا يملك قربان امراته في المدة الا بشي يلزمه واذا عقد يمينه على شهر وهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير ان يلزمه شي فلم يكن موليا كما في ترك مجامعتها مدة بغير يمين فالحد كل ما حلف به على اربعة اشهر او اكثر الا ان يقربها مما يكون به حالفا فهو مولي عندنا . وقال الشافعي رحمه الله اذا عقد يمينه على اربعة اشهر لم يكن موليا بناء على اصله الذي بينا ان تضييق الامر عنده بعد مضي المدة فاذا كانت اربعة اشهر ينتهي اليمين بمضيها فلا يمكن تضييق الامر عليه بعد ذلك لانه يتمكن من قربانها من غير ان يلزمه شي . واذا كانت المدة اكثر من اربعة اشهر فتضييق الامر عليه بعد مضي المدة يمكن . وعندنا بمجرد مضي المدة عزيمة الطلاق فاذا كانت اربعة اشهر تم معنى الايلاء به وتقع الفرقة بمضيه ثم اليمين نوعان . احدهما ما يقصد به تعظيم المقسم . والثاني الشرط

والجزاء الاول تعرفه اهل اللغة فاما الشرط والجزاء يمين عند الفقهاء ولا تعرفه اهل اللغة وبكل واحد من النوعين يثبت حكم الايلا
فاذا قال احلف او احلف بالله لا اقربك فهو مولى عندنا • وقال زفر في قوله احلف بالله كذلك • فاما في قوله احلف عنده
لا يكون يمينا • ولكنه وعد ان يحلف بهذا اللفظ • ولكنا نستدل بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم • وقال تعالى يحلفون بالله لكم
ليرضوكم فدل ان كل واحد منهما يمين سوا ذكر قوله بالله او اطلق لان الحلف في الظاهر يكون بالله • وكذلك لو قال اشهد او اشهد بالله
عند زفر في قوله اشهد لا يكون يمينا بل يكون هذا لفظ الشهادة واذا قال بالله كان يمينا • ولكنا نقول كل واحد من اللفظين يمين سوا
ذكر قوله بالله او اطلق • قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله الى قوله اتخذوا ايمانهم جنة فقد سمى شهادتهم يمينا
وقال تعالى اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين • واللعان يمين قال عم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولان زور
الشاهد بين يدي القاضي اشهد في معنى اليمين • ولهذا عظم الوزر في شهادة الزور لانه بمعنى اليمين الغموس • وكذلك قوله
اقسم او اقسم بالله فعند زفر في قوله اقسم لا يكون يمينا كقوله احلف • ولكنا نستدل بقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين
ولا يستثنون والاستثناء • وقال الله تعالى واقسموا بالله جهد ايمانهم • وكذلك لو قال اعزم او اعزم بالله فان العزم اكد
ما يكون من العهود فلا يكون الا يمين • وكذلك لو قال علي نذر او نذر لله فال عم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين • وكذلك
لو قال عهد الله فالعهد يمين الله • قال الله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم معناه اذا حلفتم بدليل قوله تعالى ولا تنقضوا الايمان
بعد توكيدها • وكذلك قوله علي ذمة الله لان الذمة عبارة عن العهد • قال الله تعالى لا يرقبون في مومن الا ولا ذمة وقال عم
اذا ارادوكم ان تعطوهم ذمة الله فلا تعطوهم واهل الذمة هم اهل العهد • وكذلك لو قال هو يهودي او نصراني او مجوسي او بري
من الاسلام ان قربتك فهو مولى • وعند الشافعي رح لا يكون موليا بهذه الالفاظ لانه لا يلزمه عين ما التزم عند القربان
فلا يلزمه غيره كما لو قال هو مستحل الميتة ان قربتك • ومذهبنا مروي عن ابن عباس رض وهو بنا على مسئلة تحريم الحلال فان تحريم
الحلال عندنا يمين فتحليل الحرام عندنا كذلك • وتحريم الكفر بانه مضمنه فاستحلالها يمين لما علقه بالقربان بخلاف استحلال الميتة
فان حرمتها ليست بباته • ولكنها تنكشف عند الضرورة وسنقرر هذا الفصل في كتاب الايمان • وكذلك قوله وعظمة الله او وعزة
او وقدرة الله فهذا وقوله والله سوا لان معنى كلامه والله العظيم والله القادر وسنقرر حكم اليمين بصفات الله تعالى في كتاب الايمان
وكذلك ان حلف على ذلك بعتق وطلاق فهو مولى لانه لا يتمكن من قربانها في المدة الا بشي يلزمه • ولان الشرط والجزاء يمين قال عم
من حلف بطلاق او عتاق فقد سماه حالفا • وكذلك ان حلف على ذلك بحج او هدي او عمرة او صوم جعل الله عليه ان يقربها لانه يتحقق
بهذا منع القربان حتى علق بالقربان ما يكون ممتنعا من التزامها ويلحقه مشقة في ادائه • واذا قال والقران لا اقربك لا يكون موليا
لان الناس لم يتعارفوا الحلف بالقران • والمعتبر في الايمان العرف فكل لفظ لم يكن الحلف به متعارفا لا يكون يمينا • وهذا اللفظ
انما نذكره في هذا الكتاب خاصة • وقد طعن عليه بعض الناس فقالوا القران كلام والكلام صفة المتكلم فلهذا لم يجعل الحلف
بهذه الصفة يمينا • ولكنا نقول كلام الله تعالى صفة ولكن الحلف به غير متعارف فكان هذا بمنزلة قوله وعلم الله على ما بينه
في الايمان • وهذا بخلاف ما لو قال هو بري من القران ان قربتك فهو مول لان البراة من القران كفر فهو بمنزلة قوله هو بري من الاسلام
ان قربتك • وان قال والكعبة او والصلاة او والزكوة لا اقربك او حلف على ذلك بشي من طاعة الله او بشي من الحدود لا يكون موليا
لانه حلف بغير الله وهو غير منهي عنه • الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سمع عمر رض يقول وابي قال عم لا تحلفوا
بابايكم ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فدل ان الحلف بغير الله لا يكون يمينا شرعا • وان قال تالله لا اقربك
فهو مولى • وحروف اليمين ثلثة البا والوا والتا فاعمها البا حتى يدخل في اسم الله وفي غير اسم الله وفي المضمر والمظهر
والوا اخص منها فانها تدخل في المظهر دون المضمر • ولكنها تدخل في اسم الله واسم غير الله والتا اخص منها فانها لا تدخل
الا في اسم الله مظهرا • قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم وكذلك لو قال وايم الله او لعمر الله لان الناس تعارفوا الحلف
بهذه الالفاظ • وقيل معنى قوله وايم الله اي وايمن الله فيكون جمع اليمين ولعمر الله اي والله الباقي • وفي قوله لعمرك دليل
على انه يمين • وان قال الله لا اقربك فهو مولى ايضا والكسرة في الهاء دليل على محذوف وهو حرف القسم ولا يصدق في الحكم انه
لم يرد به الايلا لانه خلاف الظاهر • وان قال قولا لا يقربها ولم يحلف لا يلزمه شي هكذا نقل عن عايشة رض ولان الله تعالى قال
للذين يولون من نسائهم والايلاء يمين فمن لم يحلف كان كلامه وعدا والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فهو يتمكن من قربانها من غير
ان يلزمه شي • وان حلف لا يقربها في مكان كذا او في مصر كذا او قال في ارض العراق لم يكن موليا • وقال ابن ابي ليلى هو مولى لانه قصد الا

والعتق

والعتق بيمينه فلزمه حكم الايلاء • ولكنا نقول اليمين اذا وقتت بمكان توقيته فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة
من غير ان يلزمه شي فلا يتحقق به منع حقها في الجماع • قال ولو حلف لا يقربها وهي حايض لم يكن موليا لانه حلف على اقل من اربعة اشهر
فان الحيض لا يمتد الى اربعة اشهر ولانه لا حظ لها في الجماع في حالة الحيض فلا يكون مانعا حقها بهذه اليمين • فان قيل على هذا اذا حلف
اربعة اشهر ينبغي ان لا تعتبر مدة الحيض فيبقى يمينه على اقل من اربعة اشهر • قلنا هذا ان لو كانت هذه المدة ثابتة بالمعنى
وثبوتها بالنص ولا يجوز الزيادة عليها بالراى • وان حلف لا يقربها حتى يقدم فلان او حتى يفعل هو شيا يقدر على فعله
قبل مضي اربعة اشهر فليس بمولى لانه لا يقدر على ان يجامعها بعد ما جعله غاية قبل مضي اربعة اشهر وان تاخر ذلك اربعة اشهر
لم يضره لانه باصل التمكن لم يكن موليا فلا يصير موليا بترك المجامعة بعد ذلك كما لو ترك المجامعة بغير يمين • وان حلف لا يقربها
حتى يفعل شيا يعلم انه لا يقدر عليه فهو مولى معنى حتى يمس السما او يحول هذا الحجر ذهبا لانه اذا لم يكن في مقدوره ذلك الفعل
كان مقصوده من جعله غاية تحقيق معنى التابيد • وعلى هذا لو قال والله لا اقربك حتى تخرج الدابة او يخرج الدجال
او حتى تطلع الشمس من مغربها فهو مولى استحسانا • وفي القياس ليس بمولى لان ما جعله غاية يتوهم وجوده قبل مضي اربعة
اشهر • ولكنا نقول مقصود الزوج بهذا المبالغة في النفي لا التوقيت فيتحقق به معنى الايلا • قال واذا حلف لا يقربها
سنة الا يوما لم يكن موليا عندنا • وقال زفر رح هو مولى لان اليوم المستثنى من اخر السنة كما في الاجارة والاجال
وهو لا يملك قربانها في المدة الا بكفارة تلزمه • والدليل عليه انه لو قال سنة بنقصان يوم كان موليا فكذلك اذا قال
الا يوما • ولكنا نقول استثنى يوما منكرا فما من يوم بعد يمينه الا ويمكن ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها من غير ان يلزمه شي
والذي قال ان اليوم من اخر السنة غير صحيح لان المستثنى منكر ولو جعلناه من اخر السنة لم يكن منكرا وبعينه كلامه من غير حاجة
لا يجوز وفي الاجال والاجارة دعت الحاجة الى ذلك لانا لو جعلنا اليوم منكرا فيهما لم يصح العقد للجهالة ولا يحصل
المقصود وهو تاخير المطالبة والتمكن من استيفاء المنفعة • وهنا لا حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين فلهذا
جعلنا اليوم المستثنى منكرا كما لو نكره بخلاف قوله بنقصان يوم لان النقصان لا يكون من اخر المدة • وذلك تنصيص
على ان يكون المستثنى اخر يوم السنة فاذا ثبت انه ليس بمولى عندنا • قلنا اذا قربها في يوم فهذا اليوم هو المستثنى فلا يكون
موليا حتى يمضي ذلك اليوم ثم ينظر بعد مضيه فان كان الباقي من السنة اربعة اشهر او اكثر فهو مولى • وان كان الباقي
دون اربعة اشهر فليس بمولى لان الاستثناء قد ارتفع وصارت اليمين مطلقة في بقية المدة • وكذلك لو قال
والله لا اقربك سنة الا مرة لم يكن موليا لانه يتمكن من قربانها بسبب الاستثنا من غير ان يلزمه شي فاذا قربها مرة ارتفع الاستثناء
وصارت اليمين مطلقة فان بقي بعد فراغه من الجماع من السنة اربعة اشهر او اكثر فهو مولى • وان كان الباقي دون ذلك
لم يكن موليا • وان وصل قوله ان شا الله بيمينه لم يكن موليا لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة • وهو مروي
عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رض وان اشترط مشيتها او مشية فلان فهو على المجلس وقد بينا نظيره في الظهار قال
واذا قال لامراته انا منك مولى وعنى الايجاب فهو مولى كما في قوله انا منك مظاهر لانه اضاف لفظه الى محله فان الرجل يكون
موليا من امراته • وان قال عنيت الخبر بالكذب لم يدين في القضا لان ظاهر كلامه الايجاب وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى
لان صيغة الايجاب والاخبار في الايلاء واحد والمخبر عنه اذا كان كذبا ما لا اخبار لا يصير صدقا • قال واذا حلف
على اربع نسوة لا يقربهن فهو مولى منهن ان تركهن اربعة اشهر بانت منه بالايلا عندنا • وقال زفر رح لا يكون موليا حتى يقرب ثلثا منهن
من غير ان يلزمه شي فلم يكن موليا حتى يقرب ثلثا منهن فحينئذ لا يملك قربان كل واحدة منهن يكون موليا من الرابعة لانه
يملك قربان كل واحدة منهن فلم يكن موليا ايضا حتى يقرب ثلثا منهن فحينئذ لا يملك قربان الرابعة الا بكفارة تلزمه لانه يتم الحنث
بقربانها فيكون موليا منها ويكون معنى كلامه ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة • وجه قولنا انه مضار متعنت
في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع فيكون موليا من كل واحدة منهن كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد
الا انه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا تجب ما لم يتم شرط الحنث ولكن عند تمام الشرط
لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا • فاما وقوع الطلاق باعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة منهن
فلهذا بمضي المدة بخلاف ما لو قال ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة لان هناك ما عقد اليمين في الحال بل علقه بشرط فعليه
فلا تنعقد يمينه قبل وجود الشرط فان جامع بعضهن في الاربعة اشهر سقط عن من جامع منهن لانه قد وفا اليها في المدة ولا كفارة

لعدم تمام شرط الحنث اذا تمت اربعة اشهر بانت التي لم يجامعها لان الفيء في حقها لم يوجد فبقي حكم الايلاء في حقها فتبين بمضي المدة
ولو لم يجامع شيا منهن ولكن طلق احديهن ثلاثا كان موليا على حاله لان شرط حنثه منتظر ان يجامعهن اذ ليس في يمينه تقييد الجماع
بما قبل الطلاق وان لم تطلق ولكن ماتت احداهن بطل الايلاء عنهن لان شرط حنثه قد فات فانه لا يحنث بجماع من بقي بعد هذا
ولا بجماع الميتة واليمين لا يبقى بعد فوات شرط الحنث فلهذا يبطل الايلاء عنهن . قال ولو حلف لا يقرب واحدة منهن فهو مول
فان مضت الاربعة الاشهر بن جميعا . وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح . وعند محمد رح يكون موليا من واحدة منهن حتى اذا
مضت المدة طلقت واحدة منهن بغير عينها لانه منع نفسه عن قربان واحدة منهن . الا ترى انه لو قرب واحدة منهن تلزمه الكفارة
وحكم الطلاق ينبني على المنع من القربان فعند مضي المدة يقع الطلاق على احديهن بغير عينها كما لو قال والله لا اقرب احداكن
ووجه ظاهر الرواية انه ذكر الواحدة منكرا في موضع النفي لان القربان منفي والنكرة في موضع النفي تعم بخلاف النكرة في موضع
الاثبات فان الرجل اذا قال رايت اليوم رجلا يقتضي روية رجل واحد . ولو قال ما رايت رجلا يقتضي نفي روية جميع الرجال
وهذا لان معنى التنكير في محل النفي لا يتحقق الا بالتعميم فيما ينبني على نفي القربان وهو وقوع الطلاق عند مضي المدة يتناولهن جميعا
كلامه . وفيما ينبني على وجود القربان وهي الكفارة يتناول كلامه احديهن فلهذا اذا قرب واحدة منهن لزمته الكفارة وسقط
الايلاء عنهن لان اليمين لم يبق بعد تمام الشرط . وهذا بخلاف قوله احديكن فان معنى التعميم هناك لا يتحقق . الا ترى انه لو قرن بكلامه
بان قال كل احديكن لا يتناول جميعا ولو قرن بكلامه حرف كل فقال كل واحدة منكن تناولهن جميعا فكذلك بسبب التنكير وان كان
نوى واحدة بعينها دون غيرها فهو مول منها خاصة فيما بينه وبين الله تعالى لان ما نواه محتمل . الا ترى انه لو طلق واحدة منهن
ونوى واحدة بعينها صحت نيته فكذلك في الايلاء ولكن لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر . قال واذا آلى من واحدة
ولم يسمها ولم ينوها فهو بالخيار ان يوقع الطلاق على ايتهن شاء فتبين به وحدها . ولو اراد التعيين قبل مضي المدة لم يملك
لان فيه تغيير حكم اليمين فانه قبل التعيين يحنث بقربان واحدة ايتهن قرب وبعد التعيين لا يحنث بقربان البواقي وكما لا يملك
ابطال حكم اليمين لا يملك تغييره . فاما بعد وقوع الطلاق بمضي المدة يملك تعيين الطلاق لانه ليس في هذا تغيير حكم اليمين
ولكنه تعيين الطلاق المبهم وذلك الى الزوج ثم اذا عين الطلاق في احداهن لا يتعين يمينه فيها الا رواية عن ابي يوسف رح
وقد بينا هذا فيما املينا من شرح الجامع . قال واذا آلى الرجل من امراته وبينه وبينها مسيرة اربعة اشهر او اكثر اجزاه
ان يفي بقلبه ولسانه . والحاصل ان العاجز عن الجماع في المدة يكون فيه باللسان عندنا . وذلك مروي عن علي وابن عباس رض
وعند الشافعي رح الفيء باللسان ليس بشي لان المتعلق بالفيء حكمان . وجوب الكفارة . وامتناع حكم الفرقة . ثم الفيء باللسان
لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الاخر . ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق في الفيء باللسان
فاما وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار معنى الاضرار والتعنت . وذلك ينعدم في الفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع
فكان الفيء بالجماع اصلا وباللسان بدلا عنه لان الفيء عبارة عن الرجوع . فاما اذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار
بمنع حقها في الجماع ففيه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها . واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع
لانه لا حق لها في الجماع في هذه الحالة . وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة
بحسب الجناية ثم العجز عن الجماع تارة يكون ببعد المسافة وتارة بالمرض فاذا كان بينه وبينها اربعة اشهر او اكثر فهو عاجز عن جماعها
في المدة فيكون فيه بقلبه ولسانه . وان كان بينهما اقل من اربعة اشهر فهو قادر على الجماع في المدة فلا يكون فيه الا بالجماع لان حكم
انما تعتبر عند العجز عن الاصل . وكذلك اذا كان مريضا حين آلى ففيه الرضا بالقلب واللسان ان تمت اربعة اشهر وهو مريض
لانه عاجز عن الجماع بمرضه . وكذلك ان اتصل مرضه بالايلاء فان كان صحيحا حين آلى وبقي صحيحا بعد ايلائه مقدار ما يستطيع
فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك لم يكن فيه الا بالجماع . وقال زفر رح فيه باللسان لتحقق عجزه عن الجماع . والمعتبر عنده
اخر المدة كما لو كان واجدا للماء في اول الوقت فلم يتوضا حتى عدم الماء جاز له التيمم ان يصلي . ولكنا نقول لما تمكن من جماعها
فقد تحقق منه الاضرار والتعنت بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع . فاما اذا كان مريضا
حين آلى ثم صح قبل تمام اربعة اشهر لم يكن فيه الا بالجماع . ويستوي ان كان فاء اليها في مرضه او لم يف لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل . فان تمام المقصود بمضي المدة وسقط اعتبار حكم البدل بهذه القدرة كالمتيمم اذا وجد الماء
قبل الفراغ من الصلاة . وكذلك ان كانت المراة مريضة او صغيرة لا تجامع ففيه الرضا باللسان . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب

ان الزوج

ان الزوج اذا كان صحيحا حين آلى ثم مرضت المراة ثم صحت قبل مضي اربعة اشهر ففيه الرضا باللسان عند زفر لان تاثير مرضها
في المنع من الجماع كتاثير مرضه . وعلى قول ابي يوسف رح لا يكون فيه الا بالجماع لان العجز الذي كان لاجله فيه الرضا باللسان
قد زال قبل تمام المدة فكان ذلك كالمعدوم اصلا . ولو كانا محرمين بالحج او احدهما والى وقت الحج اربعة اشهر او اكثر لم يكن فيه
الا بالجماع في قول ابي حنيفة ومحمد رح لانه متمكن من ذلك وان كان حراما . وعند ابي يوسف رح فيه الرضا باللسان لانه ممنوع
من جماعها في المدة شرعا فهو كما لو كان ممنوعا منها حسا ببعد المسافة . الا ترى انه لو خلا بامراته واحدهما محرم لم تصح الخلوة
كما لو كان بينهما ثالث . ومتى وطيها بعد الفيء باللسان تغلظت كفارة اليمين لان الفيء باللسان يمنع وقوع الطلاق ولا ترتفع اليمين
فيتحقق شرط الحنث متى جامعها . قال وايلاء النايم والصبي والمجنون والمعتوه الذي يهذي باطل بمنزلة طلاق هولاء . وهذا لان
من هولاء لا ينعقد لان قولهم غير معتبر في اللزوم . قال واذا آلى الرجل من امراته ان لا يقربها ابدا ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء
عندنا خلافا لزفر رح لان الايلاء طلاق موجل . فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شي منها بعد وقوع الثلث عليها
وكذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج لم يكن موليا الا على قول زفر رح وان قربها كفر يمينه لان الايلاء
وان لم يبق في حكم الطلاق لبقاء حكم الطلاق فقد بقيت اليمين فاذا قربها تم شرط الحنث وليس من ضرورة نفي اليمين حكم الايلاء
كما لو قال لاجنبية والله لا اقربك ثم تزوجها لم يكن موليا وان قربها كفر يمينه . وان كان طلقها تطليقة باينة فان تمت الاربعة
اشهر وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالايلاء وان لم يكن في العدة لم يقع عليها شي لان المولي في المعنى كالمعلق تطليقة باينة
بمضي الاربعة اشهر قبل ان يفيء اليها . وقد صح ذلك في الملك فلا يبطل بالبينونة ولكن الطلاق لا يقع عليها الا في العدة فاذا تمت
العدة وهي محل لوقوع الطلاق عليها طلقت وان لم يكن محلا بان كانت منقضية العدة لم تطلق فان تزوجها بعد انقضاء عدتها فهو مول
وبينا نفس شهور الايلاء من حين تزوجها ولا يحتسب بما مضى منها قبل ذلك لان مدة الايلاء [illegible] انقضاء العدة اذ ليس له
على المحل ملك لا بد فانما يكون ابتداء المدة من حين تزوجها . ولو كان تزوجها في العدة تحتسب بما مضى منها الا انها ما بقيت
في العدة فهي محل لوقوع الطلاق عليها فيبقى حكم المدة ارايت لو تزوجت بزوج اخر كان يبقى حكم مدة الايلاء . وكذلك بعد ما حلت
للازواج بانقضاء مدة العدة . قال ولو طلق امراته تطليقة باينة ثم آلى منها لم يكن موليا وان انعقدت يمينه لان معنى
الايلاء بمنع حقها في الجماع ولا حق لها في الجماع بعد ما بانت لان المقصود بالايلاء ازالة ظلم التعليق عنها . وذلك لا يتحقق
بعد البينونة . واذا لم يكن كلامه في الاصل ايلاء لا يصير ايلاء . وان تزوجها كما في الاجنبية بخلاف ما سبق لان اصل كلامه
كان ايلاء صحيحا فلا يبطل بالبينونة وانقضاء العدة . وان بطلت المدة لخروجها من ان تكون محلا للطلاق فاذا تزوجها كان
موليا منها . ولم يذكر في الكتاب فصلا اخر وهو انه اذا آلى من امراته فبانت بمضي اربعة اشهر هل تنعقد مدة اخرى قبل ان يتزوجها
ام لا . وكان ابو سهل الشرعي رح يقول تنعقد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك
الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيهن فانت طالق تطليقة باينة ولو صرح بهذا كان الحكم ما بينا
وفقهه ان انعقاد المدة من حكم بقاء اليمين هنا . وابتداء اليمين لا ينعقد ايلاء بعد البينونة ولكنها تبقى بعد البينونة . الا ترى
انه لو تمت اربعة اشهر وهو مجنون ثم تزوجها ولبثها سنة انعقدت مدة الايلاء . وان كان ابتداء اليمين من المجنون لا يصح . وكان الكرخي
يقول لا تنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها . وهذا هو الاصح لان في انعقاد المدة ابتداء لا بد من اعتبار معنى الاضرار
وذلك لا يتقرر بعد البينونة ما لم يتزوجها . قال ولو آلى من امته او ام ولده لم يكن موليا لقوله تعالى للذين يولون من نسايهم
لانه لا حق لها في الجماع فلهذا لا تنعقد المدة في حقها بعد تزوجها . وهذه ليست من نسايه ولان الايلاء طلاق موجل والمملوكة ليست
بمحل للطلاق . ولان حكم الايلاء منع القربان المستحق . والامة لا تستحق ذلك على المولى . وكذلك لو آلى من اجنبية فهو باطل
لهذه المعاني بخلاف ما لو قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك فتزوجها كان موليا لانه علق الايلاء بالتزوج والمعلق بالشرط عند وجود
الشرط كالمنجز . وان حلف لا يقرب امراته الا في ارض كذا وبينه وبين تلك الارض اربعة اشهر فهو مول لانه لا يملك قربانها
في المدة حيث يلزمه فان المستثنى مكان لا يصل اليه في المدة فلهذا كان موليا . قال ولو آلى من امراته وهو في سجن او حبس
لم يكن فيه الا الجماع لانه ان كان لا يقدر ان يخرج اليها فهي تقدر على ان تدخل اليه ليجامعها . والسجن موضع للمجامعة
ومع القدرة على الاصل لا عبرة للبدل . قال وان اصاب المولى من امراته ما دون الجماع في الفرج لم يكن ذلك فيا لان
حقها في الجماع في الفرج فلا يتادى بما دونه ولكنها فيه ايفا حقها . وان ادعى انه قد جامعها فان ادعى في الاربعة اشهر فالقول له

وان ادعى ذلك بعد مضي المدة لم يقبل قوله بناء على الاصل المعروف انه متى اقر بشيء لا يملك انشاءه لا يكون مصدقا فلو اقام شاهدين على مقالته في الاربعة اشهر انه قد جامعها فهي امراته لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهي اعجب المسائل ان لا يقبل اقراره بعد مضي المدة ثم يتمكن من اثباته بالبينة ● وكذلك ان صدقته المراة فالحق لهما لا يعدوهما غير انه لا يسعها ان تقيم معه اذا كانت تعلم كذبه لان القاضي لو علم ذلك فرق بينهما فاذا علمت هي عليها ان تمنع نفسها منه بان تفتدي بمالها الا ان يتزوجها نكاحا جديدا ● قال ولو الى من امراته بعد ما طلقها تطليقة رجعية فهو مول لان الرجعية له حلال فان انقضت العدة سقط حكم الايلاء لخروجها من ان تكون محلا للطلاق فاذا تزوجها تستقبل مدة الايلاء من حين تزوجها وقد بينا ● قال واذا الى الرجل من امراته ثلث مرات في مجلس واحد فان مراده تكرار يمين واحدة اذا قربها ولا يقع بمضي المدة الا تطليقة واحدة ان لم يقربها لان الكلام الواحد قد يكرر حكمه بالتكرار ● وان كان مراده التغليظ والتشديد فان قربها فعليه ثلث كفارات لان معنى التغليظ بتجدد عقد اليمين فكان حالفا بثلاثة ايمان وبالقربان مرة يتم شرط الحنث في الايمان كلها وان لم يقربها حتى مضت المدة ففي القياس تطلق ثلثا يتبع بعضها بعضا ● وهو قول زفر ومحمد رح حتى اذا لم يدخل بها لا يقع الا واحدة وفي الاستحسان وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رح تبين بتطليقة واحدة سوا دخل بها او لم يدخل بها ● وجه القياس ان ابتداء مدة الايلاء من الوقت المتصل بعقد اليمين ● وفي الايلاء المعتبر اول المدة فهذا تعقد باعتبار كل يمين مدة فيقع عند تمام كل مدة تطليقة حتى تبين بثلث تطليقات كما لو كانت الايمان في مجالس مختلفة ● وهذا لانه يتاخر انعقاد المدة بعد اليمين الى حال قربانها ● بدليل انه لو حلف بيمين واحدة ثم بقيا في المجلس يوما او اكثر فتمت المدة من حين حلف بانت بتطليقة فعرفنا ان المجلس والمجالس في هذا الحكم سوا كما في حكم الحنث وهو الكفاره ● ووجه الاستحسان ان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كالموجود جملة بدليل القبول مع الايجاب اذا وجدا في المجلس جعل كانهما وجدا معا ● وكذلك المراة لو قالت لزوجها طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة وواحدة وواحدة في مجلس واحد جعل كانه اوقع الثلث جملة حتى تستحق جميع الالف فاذا ثبت هذا قلنا حالة المجلس كحالة واحدة ولا ينعقد في حالة واحدة الا مدة واحدة في حكم الطلاق ● وبهذا يتبين ان احد الحكمين غير معتبر بالاخر ● وعلى عكس هذا لو قال كلما دخلت الدار فوالله لا اقربك فدخل الدار ثلث مرات في ثلاثة ايام ينعقد ثلث ايلاءات في حكم الطلاق ولو قربها لا تلزمه الا كفارة واحدة ● وهذا بخلاف ما لو كانت الايمان في مجالس متفرقة لانه لم يوجد هناك ما يجمع الاجزاء فاعتبرنا كل حالة على حدة وانعقدت مدة جديدة لتجدد اليمين في كل حالة ● قال ولو قال لها ان قربتك فعلي يمين او علي كفارة يمين فهو مول لان معنى قوله فعلي كفارة يمين فان موجب اليمين الكفارة عند الحنث فقد صار بحيث لا يملك قربانها في المدة الا بكفارة تلزمه ● قال وايلاء الحرة اربعة اشهر حرا كان او عبدا لقوله تعالى تربص اربعة اشهر في الذين يؤلون الاحرار والعبيد وايلاء الامة شهران عندنا ● وعلى قول الشافعي رح اربعة اشهر لظاهر الاية وهو بنا على اصله ان المدة فسحة للزوج لا عليه فلا يتغير ذلك برقها ولا بحريتها ● ولكنا نقول مدة الايلاء مذكور في القران بلفظ التربص وهو مختص بالنكاح فيتنصف بالرق كمدة العدة وفي العدة معنى الفسحة للزوج خصوصا في عدة من طلاق رجعي ثم يتنصف برقها ● قال والمريض الذي يجن في الايلاء كالنائم لانه بمنزلة المغمى عليه في هذه الحالة ● قال وايلاء الاخرس جائز لما بينا ان الكتابة والاشارة منه اذا كانت تعرف بمنزلة عبارة الناطق قال وان قال ان قربتك فانت علي كظهر امي فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بظهار يلزمه ● وكذلك لو قال ان قربتك فانت علي حرام وهو ينوي الطلاق او ذلك فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بطلاق يلزمه ● وان كان ينوي اليمين فهو مول ايضا في قول ابي حنيفة رح ولا يكون موليا في قول ابي يوسف ومحمد ما لم يقربها لان قوله انت علي حرام عند ارادة اليمين بمنزلة قوله والله لا اقربك حتى لو ارسله كان موليا في الحال فاذا علقه بالقربان لا يصير به موليا الا بعد القربان كما لو قال ان قربتك فوالله لا اقربك ● وابو حنيفة رح يقول صار ممنوعا من قربانها في المدة حين علق بالقربان حرمتها عليه فيكون موليا في الحال كما لو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي لان الظهار موجبه التحريم الى وقت الكفارة ● ولو قال لها انت علي كالميتة او كالدم يعني التحريم فهو مول لانه شبهها بمحرمة العين فهو بمنزلة قوله انت علي حرام ● قال ولو قال انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان الى من امراته ينوي الايلاء كان موليا لانه شبهها بامراة فلان وقد يكون التشبيه في وصف خاص فاذا نوى التحريم او الايلاء فقد نوى ما يحتمله كلامه فيكون موليا وان لم ينو ذلك فليس بشيء ● قال وان الى من امراته ثم قال لامراة له اخرى قد اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا لان الاشتراك يغير حكم يمينه فان قبل الاشتراك كان يحنث بقربان الاولى ● وبعد الاشتراك لا يحنث بقربان الاولى ما لم يقربهما

كالو قال

كما لو قال والله لا اقربكما وهو لا يملك تغيير حكم اليمين مع بقايه ولو صح منه هذا الاشتراك لكان يتمكن ان يحلف باجنبية مع امراته ثم يتزوج امراته بعد ذلك فلا يلزمه شي وبه فارق الظهار لان اشتراك الثانية لا يغير حكم الظهار في الاولى ● وكذلك لو قال في الايلاء للمراة الثانية انت علي مثل هذه ينوي الايلاء فهذا باطل لا يتغير حكم الايلاء في حق الاولى ● ويصح منه عقد الايلاء في حق الثانية بهذا اللفظ ● قال واذا الى من امراته وهي امة ثم اعتقت قبل انقضاء شهرين لم تطلق حتى تستكمل الاربعة اشهر من حين الى لان مدة الايلاء نظير مدة العدة من طلاق رجعي من حيث ان ملك النكاح لا يرتفع مع بقايها ● والمعتقة بعد الطلاق هناك قبل انقضاء العدة بمنزلة الحرة عند الطلاق فكذلك هنا ● وهذا لان ملك النكاح تم عليها لما تم حلها بالعتق ولا يزول الملك التام الا بمدة تامة ● قال ولو طلقها زوجها في الشهرين تطليقة ثم اعتقت فيهما كانت عدتها للطلاق عدة امة لانها انما عتقت بعد البينونة ومدة ايلائها مدة الحرة لانها عتقت قبل تمام مدة الايلاء فكان في حكم الايلاء ● هذا وما لو كانت حرة حين الى منها وقد طعن بعضهم في هذا الجواب فقالوا لم يتم ملكه عليها بهذا العتق لانها عتقت بعد البينونة وهنا مدة ايلائها مدة الحرة فينبغي ان يكون مدة ايلائها شهرين كما في حكم العدة ● ولكنا نقول الطلاق الواقع ليس من حكم الايلاء في شي فالباين والرجعي فيه سواء ولو كان رجعيا صار مدة ايلائها بالعتق اربعة اشهر بالنص فكذلك اذا كانت باينة بخلاف العدة لانها تعقب الطلاق فيعتبر فيها صفة الطلاق ولا اثر لزيادة مدة العدة اضرارا بها فلهذا كان المعتبر حصول العتق مع بقاء المدة ● قال وان حلف لا يقرب امراته وامراة اجنبية معها حرة او امة لم يكن موليا من امراته لانه يملك قربانها من غير ان يلزمه شي وهو ليس بمول في حق الاجنبية فلا يعتبر قربان الاجنبية في حكم الايلاء من امراته وان اعتبر حال امراته وحدها وهو يملك قربانها من غير ان يلزمه شي لم يكن موليا منها بخلاف ما لو قال لامراتين له لا اقربكما لانهما يستويان في حكم الايلاء هناك فيجعلان كشخص واحد وهو لا يملك قربانهما الا بكفارة تلزمه فكان موليا منهما ● فان جامع الاجنبية صار موليا من امراته الساعة التي جامع فيها تلك لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بكفارة تلزمه فيتحقق معنى الاضرار والتعنت في حقها الا ان يكون موليا منها وهو بمنزلة ما لو قال والله لا اقربك اذا اتيت مكان كذا انه لا يكون موليا ما لم يات ذلك المكان ● وهو بمنزلة ما لو قال لامراته والله لا اقربك اذا جامعت هذه الاجنبية فاذا جامعها كان موليا من امراته ● قال وان الى من امراته ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاسلمت ثم تزوجها فهو مول منها ان مضى شهران من يوم تزوجها بانت بالايلاء لان اليمين لم يبطل بلحاقها فان شرط الحنث منتظر بعد واصل كلامه كان ايلاء صحيحا فاذا تزوجها مع بقاء تلك اليمين كان موليا حين تزوجها ● وانما تنعقد المدة الثانية وهي امة ومدة ايلاء الامة شهران ● قال وان الى من امراته وهي امة ثم اشتراها سقط الايلاء لانها صارت بحيث لا يقع طلاقه عليها وموجب المدة المنعقدة وقوع الطلاق عند مضيها فاذا خرجت من ان تكون محلا لذلك سقط حكم تلك المدة كما لو ابانها وانقضت عدتها فان باعها او اعتقها ثم تزوجها فهو مول منها لانها صارت بحال يقع عليها طلاقه ● واليمين باقية فتنعقد المدة من حين تزوجها وكذلك الحرة اذا اشترت زوجها فهذا والاول سوا لان عصمة النكاح تنقطع بالملك على وجه لا يقع طلاقه عليها فانها انما تكون محلا للطلاق باعتبار ملك البدل عليها ● وملك اليمين كما بينا في اصل ملك النكاح الثابت بالنكاح ولهذا لا تستوجب عليها النفقة والسكنى في عدتها ● قال واذا حلف العبد بالعتق او الصدقة انه لا يقرب امراته لا يكون موليا لانه يملك قربانها من غير ان يلزمه شي فانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ● ومراده من الصدقة ان يلتزم الصدقة بمال بعينه وهو لا يملك ذلك المال فيكون التزامه التصدق به لغوا ● قال وان حلف بحج او صوم او طلاق وما اشبه ذلك كان موليا لان التزام هذه الاشيا صحيح منه كما يصح من الحر فاذا علقها بالقربان فهو لا يملك قربانها في المدة الا بشي يلزمه ● وعلى هذا لو علق بالقربان التزام الصدقة في ذمته ● قال واذا حلف الذمي ان لا يقرب امراته فهو على ثلثة اوجه في وجه يكون موليا بالاتفاق وهو اذا حلف بطلاق او عتاق لان العتق والطلاق يصح منه كما يصح من المسلم ● وفي وجه لا يكون موليا بالاتفاق وهو اذا حلف بحج او صوم او صدقة لان التزام هذه الاشيا منه لا يصح لانها قربة وطاعة وما فيه من الشرك خرجه من ان يكون اهلا لذلك ● ووقع في بعض الكتب عن الحسن عن ابي حنيفة ان الايلاء منه بالحج صحيح في حكم الطلاق وان لم يصح في حكم التزام الحج لان احد الحكمين ينفصل عن الاخر عنده كما في اليمين بالله تعالى ولا يعتمد على هذه الرواية ● فاما ايلاوه في اليمين بالله تعالى ينعقد في حكم الطلاق وعند ابي حنيفة رح حتى لو تركها اربعة اشهر بانت بالايلاء ولو قربها لم تلزمه الكفارة ● وعند ابي يوسف ومحمد رح هذا بمنزلة القسم الثاني لانه يملك قربانها في المدة من غير ان يلزمه شي فلا يتحقق معنى الايلاء وهو قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع وهذا لان حرمة الجماع الله تعالى الوجوب

تعظيم المقسم به ومع الشرك لا يتحقق منه هذا التعظيم وذلك صحيح معتبر من الذمي حتى تحل ذبيحة الكتابي اذا ذكر اسم الله تعالى
وكذلك يستحلف في المظالم والخصومات بالله تعالى وقد جعل الله تعالى للكفار يمينا بقوله تعالى الا تقاتلون قوما نكثوا ايمانهم وقوله
تعالى وان نكثوا ايمانهم من بعد عهدهم • واذا ثبت انه من اهل اليمين صار هو بحيث لا يملك قربانها الا بحنث يلزمه فيكون موليا
من كل واحدة منهن وان كان لو قرب ثلثا منهن لا يلزمه شي • ولان لهذه اليمين حكمين احدهما الطلاق وهو من اهله والاخر الكفارة
وهو ليس من اهلها • وكل واحد من الحكمين مقصود بهذه اليمين فامتناع ثبوت احد الحكمين لانعدام الاهلية لا يمنع ثبوت الحكم
الثاني مع وجود الاهلية • قال واذا حلف الرجل بعتق عبده لا يقربها امراته فهو مولي لا رواية عن ابي يوسف فانه يقول
يملك قربانها في المدة من غير ان يلزمه شي بان يبيع عبده • وفي ظاهر الرواية هو لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه فيكون موليا
ولا تعتبر تمكنه من البيع لان البيع لا يتم به وحده • وربما لا يجد مشتريا يشتريه منه فان باع العبد سقط عنه الايلاء
لانه يتمكن من قربانها بعد موت العبد من غير ان يلزمه شي • وان حلف على ايلاء هذه بطلاق اخرى ثم ماتت تلك وطلقها ثلثا
لم يكن موليا من هذه ايضا الا على قول زفر رح لان يمينه على تطليقات تلك الملك ولم يبق شي منها بعد ايقاع الثلث • وكذلك
لو طلق هذه التي الى منها ثلثا سقط الايلاء لان الايلاء في حكم الطلاق وباعتبار التطليقات المملوكة ولم يبق شي منها بعد ايقاع
الثلث • وكذلك لو طلق هذه الذي الى منها ثلثا سقط الايلاء عن هذه لانه صار بحيث يمكن من قربانها من غير ان يلزمه
وهذا وبيعه العبد سواء على ما بينا • قال واذا حلف لا يقربها امراته حتى يموت هو او تموت هي فهو مولي لانه لا يملك قربانها
في المدة الا بحنث يلزمه • وبعد موت احدهما لا يبقى النكاح فهذا بمنزلة لا اقربك ما دمت في نكاحي وبه يتم هذا منع حقها في القربان
بخلاف ما لو قال لا اقربك حتى يموت فلان لان موت فلان لا يمنع بقاء النكاح بينهما وهو موهوم في المدة فيتوهم ان يقربها في المدة
من غير ان يلزمه شي بعد موت فلان فلهذا لا يكون موليا • وقد بينا القياس والاستحسان في قوله حتى يخرج الدجال
او تطلع الشمس من مغربها وان قال حتى القيامة فهو مولي قياسا واستحسانا • وهذا قوله ابدا سوا لانه لا تصور لبقاء النكاح
بينهما بعد وجود ما جعل غاية بخلاف خروج الدجال على طريقة القياس • قال ولو حلف لا يقربها حتى تفطم صبيا لها وبينه
وبين الفطام اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لانه يتحقق منه ان يقربها بعد الفطام في المدة من غير ان يلزمه شي • ولما كان ما جعله
غاية ليمينه يتوهم قبل اربعة اشهر كانت هذه اليمين بمنزلة يمين على القربان في اقل من اربعة اشهر لان وجود الغاية لا يبقى اليمين
وان كان بينه وبين الفطام اربعة اشهر او اكثر وهو ينوي ذلك الفطام لا ينوي دونه فهو مولي لان يمينه انعقدت موجبة
للمنع من القربان في المدة • ولو مات الصبي قبل ان يمضي اربعة اشهر سقط الايلاء لفوات ما جعله غاية ليمينه لان اليمين لا تبقى
بعد فوات الغاية الا في قول ابي يوسف رح وهي مسئلة كتاب الايمان • وكذلك لو حلف لا يقربها حتى ياذن له فلان فمات فلان
في الاربعة اشهر بطلت اليمين لفوات الغاية • ولو بقي فلان اربعة اشهر ولم يكن قربها لم يكن موليا لانه يتمكن من قربانها اذا اذن له
فلان من غير ان يلزمه شي • وفي الكتاب قال ينبغي في القياس ان لا يكون موليا ولم يذكر شيا سوى هذا فليس مراده ان هذا استحسان
بخلاف القياس وانما مراده قياس ما تقدم من الفصول • قال ولو قال ان قربتك فكل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فهو مول
في قول ابي حنيفة ومحمد رح • وعند ابي يوسف رح لا يكون موليا لانه لا يلزمه بالقربان شي وهو يتمكن من ان لا يملك مملوكا بعده
وابو حنيفة ومحمد رح قالا هو لا يتمكن من قربانها الا بيمين بالعتق يلزمه فيكون موليا كما لو قال ان قربتك فهذا المدبر حر ان دخل الدار
يكون موليا منها • وهذا لان الانسان يكون ممتنعا من اليمين بالعتق كما يكون ممتنعا من موجب اليمين فصيغة هذا اللفظ ما نعا
يوضحه ان الملك في المستقبل قد يحصل من غير صنعه بالميراث ولا يتمكن من رده • ولو قال ان قربتك فعلي حجة بعد ما اقربك بسنة او قال
ان قربتك بيوم فهو مولي لانه لا يتمكن من قربانها الا بحجة تلزمه في الوجهين جميعا • قال واذا قال ان قربتك فعلي صوم هذا الشهر
لم يكن موليا لان يمينه لا يتناول جميع المدة فان بمضي المدة يسقط اليمين • ويصير بحيث يملك قربانها من غير ان يلزمه شي لان
التزام الصوم مضافا الى الزمان الماضي لا يصح فيصير عند القربان كانه قال علي صوم امس وذلك لغو • ولو قال
ان قربتك فعلي طعام مسكين او صوم يوم او صدقة او حج او هدي فهو مولي بالاتفاق • وان قال فعلي صلاة ركعتين فهو مولي في قول ابي يوسف
الاول • وهو قول محمد رح وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة رح لا يكون موليا • ووجه قول محمد رح انه علق بالقربان
التزام ما هو قربة فيكون موليا كما في الحج • قال محمد رح في الامالي ولا معنى لقول من يقول لا يتوصل الى الحج الا بالمال
ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان هذا اللفظ لا يتحقق معنى القربان المستحق لان الانسان لا يكون ممتنعا من التزام ركعتين اذ لا يلحقه

في ادابها مشقة ولا خسران في ماله بخلاف ساير القرب • يوضحه انه علق بالقربان اطعام مسكين فهو موجب اليمين
وكذلك الصدقة والصوم وكذلك الهدي والحج بانه لا يتوصل الى ادايهما الا بالمال والتكفير بالمال موجب اليمين عندنا
فهو كما لو علق اليمين بالقربان • فاما الصلاة ليست بموجب اليمين • وكذلك لو قال في بيت المقدس لان المال لا يتعين
لاداء المنذور من الصلاة • وان قال ان قربتك فعبدي فلان حر عن ظهاري وقد ظاهر ولم يظاهر فهو مولي لانه لا يملك قربانها
الا بعتق يتنجز في العبد وتنجز العتق ليس بموجب للظهار بخلاف ما لو قال ان قربتك فلله علي ان اعتق فلانا عن ظهاري وهو مظاهر
فليس بمولي لانه علق بالقربان وجوب العتق عليه في الظهار وهو واجب عليه قبل القربان
فلا يكون ملتزما بالقربان شيا • والله اعلم

باب اللعان

اعلم ان موجب اللعان بقذف الزوج زوجته كان هو الحد في الابتداء كما في الاجنبية ثبت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية
والدليل عليه ما روي ان ابن مسعود رض قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايت الرجل
يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه • وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت اية اللعان وقال عم
لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك بن سحما ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك • وقالت الصحابة
الان يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ ذلك باللعان في حق الزوجين
واستقر الامر على ان موجب قذف الزوج الزوجة اللعان بشرايط نذكرها • وعلى هذا الشافعي رح موجبه الحد لكنه
يتمكن من اسقاط ذلك عن نفسه باللعان حتى لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلتعن • واستدل
بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم في اية اللعان بيان المخرج للزوج بان يقام كلمات اللعان مقام اربعة من الشهداء لان في
اللعان لفظة الشهادة • وهي شهادات موكدة بالايمان مزكاة باللعن موكدة بالظاهر وهو ان الزوج لا يلوث فراشه على نفسه
كاذبا • ولهذا قلت بلعانه يجب حد الزنا عليها ثم تتمكن هي من اسقاط حد الزناء عن نفسها بلعانها على ان يكون لعانها معارضا
لحجة الزوج لانها شهادات موكدة بالايمان مزكاة بالتزام الغضب مؤيدة بالظاهر • وهي ان المسلمة تمتنع من زنا بالحرام
وفي كتاب الله تعالى اشارة الى هذا فانه قال ويدرا عنها العذاب اي يسقط الحد الواجب بلعان الزوج • وحجتنا في ذلك
قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم فهذا يقتضي ان يكون المذكور في الاية جميع موجب قذف الزوجة وذلك ينفي ان يكون الحد
موجب هذا القذف مع اللعان ولو وجب الحد عليه لم يسقط الا بحجة وكلمات اللعان قذف ايضا فكيف يصلح ان يكون القذف
مسقطا لموجب القذف فعرفنا انه هو الموجب لما فيه من التزام اللعن فاذا امتنع منه حبس حتى يلتعن لان من امتنع من ايفاء
حق مستحق عليه لا تجري النيابة في ايفايه حبس حتى ياتي به ولا يجب عليها بلعانه حد لان شهادة المرء لنفسه لا تكون حجة
في سببها وما تنتفع الشبهات على الغير ابتدا فكيف يكون حجة في سبب ما يندري بالشبهات • وهذا وان الشهادة وان
من جنس واحد ليس خصم لانه الحجة بها من الخصم اولى • والعجب من الشافعي رح انه يقول لو شهد الزوج مع ثلثة نفر
على زوجته بالزنا لا يجب الحد عليها فكيف يجب الحد بشهادته وحده • ولكن اللعان مستحق عليها كما هو على الزوج فاذا امتنعت
حبست والمراد من قوله تعالى ويدرا عنها العذاب الحبس لا الحد اذا عرفنا هذا فنقول من شرايط اللعان عندنا كون الزوجين
من اهل الشهادة على الاطلاق • وعند الشافعي ليس بشرط ولكن كل من كان من اهل الطلاق فهو من اهل اللعان وهذا منه تناقض
لانه جعل كلمات اللعان شهادات في وجوب الحد بها ثم لا يعتبر الاهلية للشهادة • ولكنه يقول اللعان كلام من الزوج مو
للفرقة فيكون بمنزلة الطلاق • وحجتنا في ذلك ما بدانا به الباب فقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا لعان بين اهل الكفر واهل الاسلام ولا بين العبد وامراته واهل الحديث يروون هذا بلفظ اخر وقد ذكر صاحب الشافعي
في تفسيره اربعة لا لعان بينهم وبين نسايهم المسلم اذا كانت تحته كافرة فهي ليست محصنة • وكما ان قذف الاجنبية
اذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان • وكذلك الحر اذا كانت تحته امة • فاما الكافر اذا كانت تحته مسلمة بان اسلمت امراته
فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام فهو ليس من اهل الشهادة عليها • وكذلك العبد اذا كانت تحته حرة فلا يكون قذفه اياها
موجبا اللعان ولكنه يكون موجبا حد القذف لان القذف بالزناء لا ينفك عن موجب فاذا خرج من ان يكون موجبا

حد القذف لان القذف بالزنا لا ينفك عن موجب فاذا خرج من ان يكون موجبا لمعنى في القاذف كان موجبا للحد ○ وكذلك المحدود في القذف اذا قذف امراته لان الدلالة قامت لنا على ان اقامة حد القذف عليه مبطل للشهادة ○ ومخرج له من ان يكون اهلا لاداء الشهادة ○ وكذلك اذا كانت المراة محدودة في قذف فلا لعان بينهما لانعدام اهلية الشهادة في جانبها الا انه اذا كانت هي المحدودة في القذف فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفه باعتبار حاله موجب اللعان فلا يكون موجبا للحد اذ لا يجمع بين الموجبين ولكن امتناع جريان اللعان لمعنى من جهتها فهو كما لو صدقت الزوج بخلاف ما اذا كان الزوج هو المحدود لان قذفه باعتبار حاله عن موجب اللعان فيكون موجبا للحد ○ ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها هنا محدودة لان اصل القذف من الرجل وانما يظهر حكم المانع في جانبها بعد قيام الاهلية في جانب الرجل فاما بدون الاهلية في جانبه لا معتبر بحالها ○ وكذلك العبد يقذف الحرة المحدودة تحته لانها محصنة ○ وان قذف العبد امراته وهي مملوكة او مكاتبة فلا حد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة ○ وكذلك الحر يقذف امراته وهي امة او مدبرة او ام ولد او مكاتبة او مستسعاة في قول ابي حنيفة رح لانها بمنزلة المكاتبة فلا تكون محصنة مع قيام الرق ولكنه يعزر لذلك اسواطا لان قذف المملوك يوجب التعزير لمعنى هتك الستر واشاعة الفاحشة والعبد اذا قذف امراته الحرة المسلمة فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب اللعان فيلزمه الحد لكونها محصنة ○ واذا قذف الاعمى امراته وهي عمياء او الفاسق قذف امراته فعليهما اللعان لان الفاسق من اهل الشهادة ○ ولكن لا تقبل شهادته لعدم ظهور رجحان جانب الصدق ولهذا امر الله تعالى بالتثبت في خبره والتثبت غير الرد بخلاف المحكوم في القذف فانه محكوم ببطلان شهادته كما قال الصحابة رضوان الله عليهم فتبطل شهادته في المسلمين ○ والدليل عليه ان الفاسق اذا شهد في حادثة فرد القاضي شهادته ثم اعادها بعد التوبة لم تقبل ولو لم يكن الرد ورد شهادته لكانت شهادته لنقصان في ذاته وهو انه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بالصوت والنغمة ولان شهادته جائزة في قول بعض الفقهاء يعني اذا تحمل وهو بصير ثم ادى بعد العمى تقبل شهادته عند ابي يوسف فاذا كان من اهل الشهادة كان من اهل اللعان ايضا ○ قال واذا قذف امراته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة وهو صادق فيما رماها به من الزنا ○ وكذلك ان وطئت وطيا حراما بان يكون الوطي بشبهة ○ وعن ابي يوسف رح قال يلاعنها وهو قول ابن ابي ليلى لان هذا الوطي مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطي المنكوحة في حالة الحيض ○ ولكنا نقول وطي غير مملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الاحصان ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لايجابه فلو اوجبنا على قاذفها الحد او اللعان كان فيه ايجاب الحد بالشبهة وبهذا فارق حكم النسب والعدة لانه يثبت مع الشبهة ○ قال واذا قذفها وهي صغيرة او هو صغير فلا حد ولا لعان ○ اما الصبي فقوله هدر فيما يتعلق به اللزوم والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك ان كان احدهما مجنونا او معتوها ○ وكذلك ان كان احدهما اخرس اما اذا كان الزوج هو الاخرس فقذفه لا يوجب الحد ولا اللعان عندنا وعند الشافعي يوجب لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ○ ولكنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد او اللعان ولا يتاتى هذا التصريح في اشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لا بد من لفظ الشهادة في اللعان حتى ان الناطق لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا ○ وبعض اصحاب الشافعي يرتكبون هذا ولانه مخالف للنص فاذا ثبت انه لا بد من لفظ الشهادة فذلك لا يتحقق باشارة الاخرس ○ وكذلك ان كانت هي خرساء لان قذف الخرساء لا يوجب الحد على الاجنبي لجواز ان تصدقه لو كانت تنطق ولا يقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز ○ قال واذا قذف الحر المسلم امراته الحرة المسلمة بالزنا فان كان عن مرافعته فهي امراته لان حقيقة زناها لا ينافي بقاء النكاح بينهما فالنسبة الى الزنا اولى واللعان هنا كالحد في قذف الاجانب وذلك لا يستوفى الا بطلب المقذوف فهذا مثله ○ وان رافعته بدا الامام بالرجل فامره ان يلتعن كما قال الله تعالى في كتابه فيقوم فيشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا ○ والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ○ ثم تقوم المراة فتشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ○ والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ○ اما قيامهما ليس بشرط فسره الحسن عن ابي حنيفة رح قال لا يضر التعن قائما او قاعدا لان اللعان شهادة او يمين والقاعد فيه سواء ○ وذكر في النوادر عن الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا بد من ان يقول اني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول انت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه اذا ذكر بلفظة المغايبة يتمكن فيه شبهة واحتمال فلا بد من لفظ الخطاب ○ وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا لان كل واحد منهما يشير الى صاحبه والاشارة ابلغ اسباب التعريف فاذا فرغا من اللعان فرق الحاكم بينهما لحديث سهل بن سعد رض ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين العجلاني وامراته

فقال

فقال العجلاني كذبت عليها يا رسول الله عليك السلام ان امسكتها فهي طالق ثلثا ففارقها قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يفارقها فكان سنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم الفرقة لا تقع عندنا الا بتفريق القاضي ○ وعند الشافعي رحمه الله الفرقة تقع بنفس لعان الزوج ○ وعلى قول زفر رح تقع الفرقة بلعانهما فالشافعي رح يقول سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح فيتم به كالطلاق ○ وزفر يستدل بقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فنفى الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما ولكنا نستدل بالحديث الذي روينا فان العجلاني اوقع الثلث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر عليه ○ فان قيل قد انكر عليه بقوله فلا سبيل لك عليها ○ قلنا ذاك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها ○ وان كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها ○ ولان الراوي قال فذلك السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما فدل انه لا تقع الفرقة الا بالتفريق ○ وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ القاضي فكذلك هنا ○ وهذا لان مجرد اللعان غير موضوع للفرقة وهو مناف للنكاح الا ان الفرقة بينهما لقطع المنازعة والخصومة وهو ان المقصود بالنكاح مع اصرارهما على كلامهما فلا يتم الا بقضاء القاضي ○ فاما قوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين فزفر رح يقول ان في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما ○ ثم ذكر عن ابراهيم رح قال اللعان تطليقة باينة ○ واذا اكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ○ وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رح فقالا الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق ○ وعلى قول ابي يوسف رح تكون فرقة بغير طلاق ○ وهو بناء على ان عند ابي يوسف يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما ○ وهو قول الشافعي رح وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا تتابد الحرمة بسبب اللعان ○ حجتهما في ذلك قوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ○ وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود رض ○ والمعنى فيه ان هذه سبب الفرقة تشترك الزوجان فيه والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقا ○ ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع ○ يوضحه ان ثبوت هذه الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الاجنبي وذلك يتابد فكذلك هنا ○ وحجة ابي حنيفة ومحمد رح ان الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو اثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص ○ وذلك لا يجوز خصوصا فيما كان طريقه طريق العقوبات ○ ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه الا في نكاح صحيح فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة ○ وهذا لان باللعان يفوت الامساك بالمعروف فيتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج واذا ثبت انه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتابد ○ فاما الحديث فمذهبنا ان حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ثم من حيث المجاز انما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما ○ وعندنا لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكما ○ وانما تجوز المناكحة بينهما اذا لم يبق اللعان بينهما لانه اذا اكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ○ ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان ولا يبقى اهلا للعان بعد اقامة الحد عليه لبطلان اللعان ولا يبقى وكذلك ان اقرت المراة بالزنا فقد خرجت من ان تكون اهلا للعان ○ وكذلك ان قذفت رجلا فاقيم عليها الحد فعرفنا ان حل المناكحة بينهما بعدما بطل حكم اللعان فلا يكون في هذا اثبات الاجتماع بين المتلاعنين ○ قال واذا انكر الزوج القذف فاقامت المراة البينة عليه وجب اللعان بينهما ○ وعلى قول ابن ابي ليلى يلاعن ويحد اما باللعان فلان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ثم قال ابن ابي ليلى انكاره بمنزلة اكذابه نفسه فيقام عليه الحد ○ ولكنا نقول انكاره نفي للقذف واكذابه نفسه تقرير للقذف فكيف يستقيم انكاره مقام اكذابه نفسه فلهذا لا يحد ○ قال واذا نفى الرجل حبل امراته وقال هو من زنا فلا لعان بينهما ولا حد قبل الوضع في قول علمائنا رح ○ وقال الشافعي يلاعنها لحديث هلال بن امية رض فانه قذف امراته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ○ ولان الحبل يعرف وجوده بالظاهر ويتعلق به احكام شرعا نحو الرد بالعيب في الميراث والوصية به وله فكذلك يثبت حكم اللعان بنفيه وحجتنا ما قال في الكتاب ان نفي الحبل ليس بشي لا يدري لعله ريح واللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الاجنبية فلا يجوز اقامته مع الشبهة بخلاف حكم الرد بالعيب فانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية تتوقف على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال ○ فاما الحديث من اصحابنا رح من قال انه قذفها بالزنا فانه قال وجدت شريك بن سحما على بطنها يزني بها ثم نفى الحبل بعد ذلك ○ وعندنا اذا قذفها بالزنا نصا يلاعنها على ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف من طريق الوحي انها حبلى حتى قال

ان جاءت به احيمر على نعت كذا فهو لهلال بن امية • وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال عم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان • ومثل هذا لا يعرف الا بطريق الوحي ولا يتحقق مثله في زماننا • ثم عند ابي حنيفة اذا جاءت بالولد يثبت نسبه من الزوج ولا يجري اللعان بينهما بذلك النفي • وعند ابي يوسف ومحمد رح ان جاءت به لاكثر من ستة اشهر منذ نفى فكذلك وان جاءت به لاقل من ستة اشهر لاعن ولزمها الولد لانا تيقنا ان الحبل كان موجودا حين نفاه عن نفسه وقت السبب وابو حنيفة رح يقول اصل هذا القذف لم يكن موجبا لانه حينئذ يكون هذا في معنى قذف مضاف والقذف لا يحتمل الاضافة ولا التعليق بالشرط • وبه فارق الوصية والميراث لانه يتمكن اثباته على سبيل التوقف والاضافة الى ما بعد الانفصال تقرره انه لو لاعنها قبل الوضع كما قال الشافعي رح يحكم على الحبل بقطع نسبه من الزوج اذ النسب من حق الولد ففي الزام الحكم على الحمل لا يجوز فاذا تعذر نفي النسب عند النفي لا يصير محتملا للنفي بعد ذلك • فلو لاعنها بعد الوضع لنفي النسب عنه وذلك لا يجوز • واذا تعذر نفي النسب يتعذر اللعان بينهما كما لو ولدت ولدا ميتا • واذا لاعنها بغير ولد فلها النفقة والسكنى في العدة لان وقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج ولهذا كان طلاقا فان جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لانها جاءت به لمدة يتوهم ان العلوق في حال قيام النكاح وان لم يكن عليها عدة لزمه الولد ما بينه وبين ستة اشهر كما لو بينهما بسبب اخر ولو نفى هذا الولد لم يجز اللعان بينهما عندنا • وعلى قول الشافعي يجري اللعان بينهما لان الاصل عنده ان اللعان يجري لنفي الولد مقصودا • ولهذا قال في النكاح الفاسد اذا دخل بها الزوج ثم جاءت بولد فنفاه يجري اللعان بينهما لنفي الولد مقصودا • وهذا لانه يحتاج الى ان ينفي عن نفسه نسبا ليس منه • واللعان مشروع لحاجته فاما عندنا حكم اللعان يثبت بالنص والنص في الزوجات • قال الله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولا زوجية في النكاح الفاسد ولا بعد البينونة • ولانه لو جرى اللعان بينهما انما يجري لنفي الولد وقد حكم الشرع بثبوت نسب الولد منه حين وجب المهر والعدة بالنكاح الفاسد بعد الحكم بثبوت النسب لا يتصور نفيه • توضيحه ان نفي النسب تبع لقطع الزوجية والتفريق بينهما وقيام التبع بالمتبوع فاذا تعذر الحكم عليه بقطع الزوجية يمتنع جريان اللعان بينهما • قال فاذا لاعنها بولد ثم جاءت بعد ذلك بولد لستة اشهر او اكثر منها وبين السنتين لزمه هذا الولد من العلوق به موهوم اذا كان في حال قيام النكاح • قال فاذا ولدت المراة ولدين في بطن واحد فاقر الزوج بالاول ونفى الثاني لزمه الولدان ويلاعنها فان نفى الاول واقر بالثاني لزماه وحد لان اقراره بنسب احدهما اقرار بهما فانهما توام لا ينفصل احدهما عن الاخر في حكم النسب لعلمه انهما خلقا من ماء واحد • فاذا اقر بهذا بالاول كان اقراره بهما ثم في نفي الثاني هو قاذف بالزنا فيلاعنها • وان نفى الاول فقد صار قاذفا لها بالزنا وحين اقر بالثاني فقد اكذب نفسه فيلزمه الحد ونسب الولدين ثابت منه لان اقراره باحدهما كاقراره بهما وان نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان فانه يلاعن على الحي منهما وهما ولداه لان الذي هلك قد لزمه نسبه • الا ترى انه يرثه لو كان له مال وانه لو قتل كان له الميراث من ديته فالحكم بثبوت نسب احدهما حكم بثبوت نسبهما فلا يحتمل النفي بعد ذلك • ولانه لو قطع نسب هذا الحي منه قطع نسب الميت ايضا • والنسب كما لا يمكن اثباته بعد الموت بالدعوة لا يمكن قطعه بالنفي لان فيه الزام الحكم على الميت من غير خصم عنه فان الاخ لا ينتصب خصما عن اخيه ولكن لا يمتنع جريان اللعان بينهما لانه قذفها بالزنا وليس من ضرورة اللعان قطع النسب لما لزمه حكما فلا يكون ذلك بمنزلة اكذابه نفسه في منع جريان اللعان بينهما • وكذلك لو كانت ولدت احدهما ميتا فنفاهما لان المولود ميتا ثابت النسب منه حتى لو ضرب انسان بطنها فلزمه الغرم كان للمولود منه الميراث • واذا لزمه نسب احدهما لزمه نسبهما قال فان ولدت ولدا فنفاه ولاعن به ثم ولدت من الغد ولدا اخر لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لان نسب الذي كان في البطن لم يثبت فيه حكم الحاكم لما فيه من الزام الحكم على الحمل وذلك ممتنع ولا يجوز ان يتوقف على الانفصال فاذا انفصل كان ثابت النسب منه وهما توام وليس بينهما مدة حبل تام • ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر ولان اعتبار جانب الذي كان منفصلا وقت اللعان يوجب نفي النسب • واعتبار جانب الاخر يثبت النسب فانما يحتاط لاثبات النسب لا لنفيه فان قال هما ابناي كان صادقا ولا حد عليه لان نسبهما منه ثابت شرعا فهو بهذا اللفظ يخبر عما لزمه شرعا فلا يكون منه اكذابا لنفسه • توضيحه ان كلامه محتمل يجوز ان يكون مراده الاكذاب بدعوى النسب ويجوز ان يكون مراده الاخبار بما لزمه شرعا • والحد لا يجب مع الاحتمال فان قال ليسا بابني كانا ابنيه لان نسبهما لزمه حكما فلا يعمل نفيه ولا حد عليه لانه بهذا اللفظ كرر القذف الذي لاعنها به فلا يلزمه بالتكرار حد • ولو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به كان عليه الحد لانه صرح باكذابه نفسه وذلك يوجب الحد عليه • قال ولو نفى ولد زوجة محدودة او كتابية او مملوكة والزوج حر او عبد كان نفيه باطلا ويلزمه الولد اباه لان النسب قد ثبت منه بالفراش فلا ينقطع الا باللعان وقد تعذر اثبات اللعان بينهما لانعدام اهلية الشهادة فيهما او في احدهما فبقي النسب ثابتا منه ولا حد على الزوج ولا لعان وقد اجمل هذا الجواب لانه في السؤال ذكر الزوج العبد والمراة المحدودة فعليه الحد فيحمل هذا الجواب على ما اذا كان الزوج حرا مسلما حتى يمتنع جريان اللعان من قبلها فحينئذ لا يجب الحد ولا اللعان فاما اذا كان الحر

الرجل ثلث مرات والتعنت المراة ثلث مرات ثم فرق القاضي بينهما فقد اخطا السنة والفرقة جائزة عندنا • وعلى قول زفر والشافعي رح بحكم خلاف السنة باطل فلا يقع الفرقة بينهما لانه حكم بخلاف النص • فان اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات والحكم بخلاف النص باطل كما لو حكم بشهادة نفر في حد الزنا او بشهادة رجل وامراة بالمال • وحجتنا في ذلك ان هذا حكم في موضع الاجتهاد فيجوز وينفذ كالحكم بشهادة المحدود في القذف ونحوها • وبيانه من وجهين • احدهما ان ما شرع مكررا من احد فقد يقام الاكثر منه مقام الكل والثاني ان تكرار اللعان للتغليظ • ومعنى التغليظ يحصل بالاكثر كلمات اللعان لانه جمع متفق عليه وادنى الجمع كاعلاه في بعض المواضع فاذا اجتهد القاضي وادى اجتهاده الى هذا الطريق نفذ حكمه • الا ترى انه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المراة نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه فبعدما اتى كل واحد منهما باكثر كلمات اللعان اولى • ولا نسلم ان قضاؤه مخالف للنص لان اصل الفرقة وحالها غير مذكور في هذا النص فهذا الا في محل الفرقة فان من ابطل هذا القضا يقول لا تقع الفرقة وان تمت المراة اللعان بعد ذلك ولا ينفذ حكمه وان تم الزوج اللعان وانما تقع الفرقة عنده بلعان الزوج • ولو فرق بينهما بعدما التعن كل واحد منهما مرتين لم ينفذ حكمه لان بقاء الاكثر اللعان كبقاء جميعه فهذا حكمه في غير موضع الاجتهاد فان اقل الشي لا يقوم مقامه • قال ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهما حتى مات احدهما توارثا لان الفرقة بينهما بحكم لا تقع الا بقضا القاضي فانما انتهى النكاح بينهما بالموت • قال ولو اخطا القاضي فامر المراة فبدات باللعان ثم التعن الرجل كان عليه ان يامر المراة باعادة اللعان لانها التعنت قبل اوانه فان اللعان مشروع في جانبها لمعارضة لعان الزوج لانه لا يثبت بلعانها شيا على الزوج • وما حصل قبل اوانه لا يعتد به فيامرها باستقبال اللعان • فان لم يامرها بذلك وفرق بينهما وقعت الفرقة كما لو التعن الزوج ولم تلتعن المراة حتى فرق بينهما لانه حكم في موضع الاجتهاد لان فيما طريقه على طريق المعاوضة لا فرق بين ان يسبق هذا او ذاك • وفي باب التحالف له ان يبدا بيمين ايهما شا ولانهما متلاعنان سوا بدات هي او هو وحكمه في موضع الاجتهاد نافذ • قال فاذا قذف اجنبية ثم تزوجها فقذفها فرافعته فيهما جلد الحد ودرا اللعان لان موجب قذفه قبل التزوج الحد • وموجب قذفه اللعان ولكن متى اجتمع الحدان عند الامام وفي البدا باحدهما اسقاط الاخر بدا بما فيه اسقاط الاخر احتياطا للدرا ولو بدا باللعان هنا لم يسقط الحد • ولو بدا بالحد يسقط اللعان لان المحدود في القذف لا يلاعن امراته فلهذا بدا بالحد • ولو اخذته بالاخر وتركت الاول لاعنها لان حد القذف لا يقام الا بطلب المقذوف فاذا لم يطلب صار القذف الاول كالمعدوم في حق الثاني وقد وجد منها الخصومة في الثاني فيلاعنها فان اخذته بعد ذلك بالاول ضرب الحد لانه بترك الطلب زمانا لا يسقط حقها في المطالبة بحد القذف • وان بدات بالاول حد لها فان اخذته بعد ذلك بالاخر لم يلزمه الحد ولا اللعان لان القذف الثاني كان موجبا اللعان • وقد تعذر اقامته بعد ان صار محدودا في قذف ولو كان موجبا للحد لا يقام الا حد واحد فقد اقيم ذلك بعد القذف قال فاذا قذف امراته مرات فعليه لعان واحد لان اللعان في كونه موجب قذف الزوجات كالحد في حق الاجنبيات • والحد لا يتكرر بتكرر القذف لشخص واحد • قال فاذا قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف ما لو قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد واحد لهن لان المقصود يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن • وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان مع بعضهن ولهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد هنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات • قال ولو قذف رجلا فضرب بعض الحد ثم قذف امراة نفسه لم يكن عليه لعان وعليه تمام الحد لان قذفه اياها موجب اللعان فان اقامة بعض الحد عليه لا تبطل شهادته • ولكن لا بد من اكمال الحد لذلك الرجل ولا لان في البداية به اسقاط اللعان فانه يصير محدودا في قذف فيبدا باكمال الحد الاول لهذا • ولو كان قذفه اياها في هذه الحالة موجبا للحد لم يجب الا كمال الحد الاول كما لو قذف اجنبيا اخر • قال فاذا قذف امراته ثم بانت منه بطلاق او غيره فلا حد عليه ولا لعان لان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود به ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا اللعان والقذف الواحد لا يوجب حدين ولو اكذب نفسه لم يضرب الحد ايضا لهذا المعنى بخلاف ما لو اكذب نفسه بعدما لاعنها لان وجوب اللعان هنا كان باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا • وانتزع معنى الشهادة فيها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير الشهود بالزنا • فاما هنا لم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه • قال ولو قال انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلث فانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد • ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات الثلث • وقد بينا انه لم يعد ما اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان • وهذا وانه وان ذكر كلامه على سبيل الزنا فقد نسبها به الى الزنا لان النداء للتعريف وتعريفها بهذا الوصف نسبتها اليه بابلغ الجهات • قال فاذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان لان القذف

لان القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط والتعليق بالشرط يمنع تحقق نسبتها الى الزنا في الحال ولان من لا تكون زانية قبل دخول الدار
لا تصير بدخول الدار زانية • وكذلك اذا قال لها اذا تزوجتك فانت زانية او انت زانية ان شاء فلان فهو باطل لما قلنا
قال ولو قال لامراته قد زنيت قبل ان اتزوجك او رايتك تزنين قبل ان اتزوجك فهو قاذف اليوم وعليه اللعان لان القذف
نسبتها الى الزنا وقد تحقق ذلك في الحال بخلاف ما لو قال قد قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك فانه يجب عليه الحد لانه ظهر اقراره بقذف
قبل التزوج فهو كما لو ثبت ذلك بالبينة بخلاف ما لو قال لها زنيت وانت صغيرة فانه لا حد عليه ولا لعان لان فعل الصغيرة
لا يكون زنا شرعا فقد نسبها الى ما لا يتحقق شرعا فيكون هذا بمنزلة ما لو نسبها الى ما لا يتحقق اصلا بان قال زنيت قبل ان تخلقي
فاما ما قبل التزوج يتحقق منها فعل الزنا شرعا ولان الصغيرة لا يلحقها العار ولا الاثم شرعا • وان قال لها فرجك زان
او بدنك زان او جسدك زان فهو قذف لانه ذكرها يعبر به عن جميع البدن بخلاف اليد والرجل وباي لغة رماها بالزنا
فهو قاذف لان ما يلحقها من العار والشنار بالنسبة الى الزنا لا يختلف بين العربية والفارسية • واذا قال وجدت معها رجلا
يجامعها لم يكن قذفا لان الجماع قد يكون حلالا او شبهة • وقد يكون التصريح بالزنا لا يكون القذف موجبا كما في حق الاجنبي
ما لم يصرح بالزنا لا يكون موجبا للحد • قال رجل لامراته يا زانية فقالت بل انت فانها تحد ويبدا اللعان لان معنى كلامها
لا بل انت الزاني وقذفها اياه موجب للحد • وفي البداية اسقاط اللعان لانها تصير محدودة في قذف • وقد بينا انه متى كان
في البداية باحد الحدين اسقاط الاخر بدايته • وذكر في الاصل انه اذا قال لامراته يا زاني فعليه اللعان لانه قاذف لها
وقد اسقط الهاء في كلامه فان الاسقاط للترخيم عادة العرب بخلاف ما لو قال لرجل يا زانية لم يكن عليه حد في قول ابي حنيفة
وهي مسئلة الحدود • وقذف الاصم امراته يوجب اللعان لان التصريح بالنسبة الى الزنا لا يتحقق من الاصم بخلاف الاخرس
ولو قذف رجل امراة رجل فقال الزوج صدقت لم يكن عليه حد ولا لعان لانه ليس بتصريح بالنسبة لها الى الزنا فمن الجائز
ان مراده صدقت هي امراتي • وهذا اللفظ لا يكون قذفا في حق الاجانب فكذلك في حق الزوجة • قال وان قال يا زانية
فقالت زنيت بك في القياس يلاعنها لان كلامها ليس باقرار بالزنا منها فان فعل المراة بزوجها لا يكون زنا ولكن في الاستحسان
ليس بينهما حد ولا لعان لانها باول كلامها صارت مصدقة له حين قالت زنيت ولان كلامها يحتمل لعلها قالت زنيت بك
قبل النكاح ولعلها ارادت بعد النكاح فلاحتمال الوجه الاول يسقط اللعان ايضا ولاحتمال الوجه الثاني لا تكون
هي قاذفة له بذلك فلا يلزمها الحد • وان قال يا زانية فقالت انت ازنى مني فعليه اللعان لان كلامها ليس بقذف له فان معناه
انت اقدر على الزنا مني • ولهذا لو قذف الاجنبي بهذا اللفظ لا يلزمه الحد • وكذلك لو قال الزوج لزوجته انت ازنى من فلانة
او انت ازنى الناس فلا حد ولا لعان لان معنى كلامه انت اقدر على الزنا واكثر شبقا فلا يتحقق نسبتها الى الزنا بهذا اللفظ
واذا قذفها او نفى نسب ولدها منها فصدقته لم يكن بينهما حد ولا لعان لان بتصديقها الزوج فيما نسبها اليه من الزنا تخرج
من ان تكون محصنة والولد ولده لان النسب يثبت منه بالفراش فلا ينتفي الا باللعان وقد تعذر اللعان بينهما • فان قذف
امراة رجل فقال لرجل هي كما قلت كان قاذفا لها لانه صرح باخر كلامه ان مراده من التصديق اول الكلام • ومعناه
هي زانية كما قلت بخلاف ما لو قال مطلقا صدقت • ولو قال لامراته يا زانية يا بنت الزانية فقد صار قاذفا لها ولامها
وقذفه امها هنا موجب للحد وقذفه اياها للعان • فاذا رفعته هي وامها بدئ بالحد لما في البداية من اسقاط اللعان • وكذلك
ان كانت الام ميتة فلابنتها ان تخاصم في اقامة الحد عليه لان العار يلحقها بزنا امها • فاذا خاصمت في ذلك
حدته ودرئ اللعان • وان قال زنيت وانت مستكرهة او زنى بك صبي لم يكن قاذفا لها لان المستكرهة لا تكون زانية شرعا
فان الفعل ينعدم منها ايضا وهو التمكين في الاكراه ولهذا لا يلزمها الحد • وكذلك فعل الصبي لا يكون زنا شرعا وهي بالتمكين
من غير الزنا لا تكون زانية فلا يكون قاذفا لها • ولو قذفها ثم وطئت وطيا حراما سقط اللعان لانها خرجت
من ان تكون محصنة • والعارض في الحدود قبل الاقامة كالمقترن باصل السبب • قال واذا ولدت المراة ولدا ثم نفى
الولد بعد سنة لاعنها ولم ينتف الولد انما استحسن اذا نفاه حين يولد او بعد ذلك بيوم او يومين ونحو ذلك
ان ينتفي باللعان • وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ولم يكن وقت فيه وقتا • وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوقت فيه
اتمام النفاس اربعين يوما • وجه قولهما ان مدة النفاس كحالة واحدة بدليل انها لا تصوم فيه ولا تصلي وابو حنيفة
وابو حنيفة رحمه الله يقول اذا لم يكن الولد منه لا يحل له ان يسكت عن نفيه بعد الولادة فيكون سكوته عن النفي دليل القبول

وكذلك

وكذلك يصح نفي الولد عند الولادة فقبوله التهنئة اقرار منه ان الولد منه • وكذلك شرى ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة
وبعد وجود دليل القبول ليس له ان ينفيه وكان القياس ان لا يصح نفيه الا على فور الولادة • وبه اخذ الشافعي رح ولكنا استحسن
ابو حنيفة رح فقال له ان ينفيه بعد ذلك بيوم او يومين لانه يحتاج الى ان يروي النظر كيلا يكون مجازفا في النفي قال عليه السلام
من نفى نسب ولده وهو ينظر اليه فهو ملعون ولا يمكنه ان يروي النظر الا بمدة فجعلنا له من المدة يوما او يومين • وفي رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح سبعة ايام لانه في هذه المدة يستعد للعقيقة فانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام • ولكن هذا ضعيف
فان نصب المقدار بالراي لا يكون • قال ولو كان الزوج غائبا حين ولدته فحضر بعد مدة يجعل حضرته في حكم النفي كانها
ولدته الان الا انه روي عن ابي يوسف رح انه ان حضر قبل الفصال فله ان ينفيه الى اربعين ليلة ولو حضر بعد الفصال
فليس له ان ينفيه لانه يقضي بنفقته عليه في ماله الذي خلفه • ولو كان له ان ينفيه بعد الفصال لكان له ان ينفيه بعد ما صار
شيخا • وهذا كله فيمن لم يقبل التهنئة • فاما اذا هني فسكت فليس له ان ينفيه بعد ذلك لان سكوته بعد التهنئة بمنزلة
قبول التهنئة • وذلك بمنزلة الاقرار بنسبه الا انه روي عن محمد رح اذا هني بولد الامة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة
لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة • فاما نسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته
يكون مسقطا حقه في النفي • قال واذا لاعن بولد ولزم امه ثم مات الولد عنها ثم ادعاه الاب لم يصدق في النسب في الميراث
لان الولد بالموت قد استغنى عن النسب وهو متهم في دعوى الميراث وهو متناقض في دعواه • ولكن يضرب الحد لانه اكذب نفسه
واقر انه قاذف لها في كلمات اللعان • فان كان للولد ابن فمات وترك ولدا ذكرا او انثى ثبت نسبه من المدعي وورثه لانه منه
لان الولد الباقي محتاج الى النسب فبقاؤه كبقاء الولد الاول • فاما اذا كان ولد الملاعنة ابنة فماتت عن ولد ثم اكذب الملاعن نفسه
فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح • وعندهما لا يثبت النسب هنا لان نسب الولد القائم لا من جانب امه كما قال القائل
وانما امهات الناس اوعية • مستودعات وللانساب اباء
الا ترى ان اولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة • وهذا كما لو ماتت لاعن ولد سواء • ولكن ابو حنيفة رح يقول
الولد يتعير بانتفاء نسب امه كما يتعير بانتفاء نسب ابيه فكان هذا الولد محتاجا الى اثبات نسب امه ليصير كريم الطرفين فيكون
بقاؤه كبقائها كما لو كان ولد الملاعنة ذكرا • واذا ثبت النسب فالميراث ينبني عليه حكما • قال ولو ولدت امراة الرجل فقال الزوج لم تلديه
فلا حد عليه ولا لعان لانه انكر ولادتها وذلك لا يتضمن نسبتها الى الزنا • ولو شهدت امراة على الولادة ثبت نسبه منهما لقيام الفراش
بينهما فان نفاه بعد ذلك لاعنها • وان قال ليس هذا مني ولا منك لم يكن بهذا اللفظ قاذفا لها لانه ينكر ولادتها هذا الولد
قال واذا قذف امراته ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها لم يكن لها ان تاخذه بذلك القذف لانها بالردة خرجت من ان تكون محصنة
ولانها بانت منه بالردة ولو بانت بسبب اخر لم يكن عليها حد ولا لعان فاذا بانت بالردة اولى • قال واذا لاعن الرجل امراته
بغير ولد ثم قذفها هو او غيره فلا حد عليه لانها في صورة الزانيات فان في حجرها ولدا لا يعرف له والد فلا تكون محصنة
فان ادعى الزوج الولد فجلد الحد ولزمه الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من ان تكون في صورة الزانيات حين ثبت نسبه
من الزوج ولا حد على من كان قاذفا قبل ذلك لان حال وجود السبب في الحدود معتبر لا محالة • وقد كانت عند القذف
في صورة الزانيات • قال ولو ادعى الولد ثم مات قبل ان يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوة وضرب من قذف المراة بعد الحد
وكذلك لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر ثبت نسبه منه وضرب الحد لان الثابت بالبينة على الزوج انه ادعاه
كالثابت بالاقرار من قذفها بعد ذلك ضرب الحد لانها خرجت من ان تكون في صورة الزانيات • قال واذا قذف الرجل زوجته
فلاعنته فاقامت شاهدين انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بالمعاينة • واذا رجع الملاعنان
الى حال لا يتلاعنان فيه ابدا وان كان بعد التفريق حل له ان يتزوجها في قول ابي حنيفة ومحمد رح • وان كان قبل التفريق
لم يفرق بينهما وعند ابي يوسف رح لا يجتمعان ابدا وقد بينا هذه المسئلة • وحاصل مذهب ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
التفريق بينهما والحرمة للتحرز عن تكرار اللعان وقد زال ذلك المعنى حين صار الى حال لا يتلاعنان فيه ابدا • قال
واذا اسلمت امراة الذمي فقذفها ثم اسلم فعليه الحد لانها كانت محصنة حين قذفها واللعان ممتنع باعتبار حال الزوج
فانه كافر فلزمه الحد ثم لا يسقط ذلك بعد اسلامه • وكذلك العبد يعتق بعد ما قذف امراته • قال ولو قذف الحر امراته الذمية
او الامة ثم اسلمت واعتقت لم يكن عليه حد ولا لعان لان امتناع جريان اللعان بمعنى من جهتها عند القذف فلا يجري اللعان

وان ارتفع المعنى بعد ذلك ● واذا اعتقت الامة ثم قذفها الزوج فعليه اللعان لبقاء النكاح بينهما بعدما اعتقت فان اختارت نفسها بطل اللعان لوقوع الفرقة بينهما باختيارها نفسها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ● وان لم تكن اختارت حتى يلاعنها ويفرق بينهما فعليه نصف المهر لان الفرقة محال به على جانب الزوج هنا ● ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهم الله اللعان تطليقة باينة ● وكذلك لو كان دخل بها ثم فارقها باللعان فلها النفقة والسكنى في العدة والله اعلم

باب الشهادة في اللعان

قال واذا شهد الرجل وثلثة نفر على المراة بالزنا جازت شهادتهم وامضى عليها الحد عندنا ● وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم في ذلك فانه يصير قاذفا لها مستوجبا للعان ولا شهادة للخصم لانه شاهد ضغن لان الزوج يغيظه زناها فيحمله على ذلك على ان يشهد عليها لا بطريق الحسبة ● ولانه يدعي عليها الخيانة في امانته فالفراش امانة الزوج عندها ولا شهادة للمدعي ● ولكنا نقول لو شهد عليها بحق اخر قبلت الشهادة لظهور العدالة وانتفاء التهمة فكذلك بالزنا بل اولى لان انتفاء التهمة هنا اظهر ● والظاهر ان الزوج يستر الزنا على امراته لان ذلك يشينه ● ومعنى الغيظ الذي قال يبطل بالاب اذا شهد على ابنته بالزنا تقبل وان كان ذلك يغيظه زناها ● ولا معنى لقوله انه خصم لاخراجه الكلام مخرج الشهادة في الابتدا يمنع كونه خصما مستوجبا للعان كالاجنبي فان قذف الاجنبي موجب للحد ثم اذا اخرج الكلام مخرج الشهادة في الابتدا لم يكن مستوجبا للحد وكان محتسبا في الشهادة بخلاف ما لو قذفها اولا لانه صار مستوجبا للعان فانما يقصد بالشهادة بعد ذلك اسقاط اللعان عن نفسه والحد الواجب بزناها خالص حق الله تعالى وانما يكون الزوج مدعيا اذا قصد بشهادته اثبات حق نفسه وليس في هذه الشهادة اثبات حق له ● ولو ردت شهادتهم بان لم يعدلوا لم يجب اللعان على الزوج كما لا يجب الحد على الاجانب لتكامل عدد الشهود ● وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف قال لو قذفها الزوج ثم جاء باربعة يشهدون عليها بالزنا فلم يعدلوا لاعنها الزوج لانه قد استوجب اللعان بقذفه فلا يسقط عنه الا بثبوت الزنا عليها والاصح انه لا يلاعنها لان القاذف لو كان اجنبيا فاقام اربعة من الشهداء يشهدون بهذه الصفة لم يحد فكذلك لا يلاعنها الزوج ● ولو شهد مع الزوج ثلثة من العميان عليها بالزنا يحد العميان ويلاعنها الزوج لانا تيقنا بكذب العميان في الشهادة بالزنا فان تحمل هذه الشهادة لا يكون الا عن معاينة وليس للعميان ذلك الا انه فلا تعتبر شهادتهم ويلزمهم الحد بالقذف ويلاعن الزوج بقذفه ايضا بخلاف الفساق فان ظهور الزنا بشهادتهم لا انا تيقنا بكذبهم فيه ● قال واذا شهد للمراة ابناها على زوجها انه قذفها لم تجز شهادتهم لانهما يشهدون لامهما ● وكذلك لو شهد اب المراة وابنها ● وكذلك لو شهد لها رجل وامراتان بالقذف لم تجز لان هذا حد فلا تجوز شهادة النسا شهادة النساء في الحدود ● وهكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر رض ● وكذلك لا تجوز الشهادة على الشهادة في هذا لان في كل من النوعين ضرب شبهة والحد لا يثبت مع الشبهة ولكن في هذا التعليل كلام فان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح اللعان شهادة فيه معنى اليمين وعند محمد رح يمين فيه معنى الحد ● وفايدة هذا الاختلاف فيما اذا عزل القاضي او مات بعد اللعان قبل التفريق عندهما القاضي يستقبل اللعان لانها شهادة لم يتصل بها الحكم ● وعند محمد رح لا يستقبل لانها يمين في معنى الحد كاليمين والحد اذا امضاهما القاضي لا يستقبلهما قاض اخر ● واستدل محمد رح بقوله عم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ● ولان في كلمات اللعان قوله بالله وهذا يمين ويستوي في اللعان الرجال والنسا والاعمى واهلها في الشهادة وابو حنيفة وابو يوسف رح استدلا بقوله تعالى فشهادة احدهم ● ولانه يختص بمجلس القضاء ولفظ الشهادة فيكون شهادة فيها معنى اليمين كقوله بالله ولهذا سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم يمينا ● وفي بعض الروايات لولا الشهادات التي سبقت ● وفي الشهادات على الولادة تستوي الرجال والنسا حتى يقبل فيها شهادة امراة واحدة لاجل الحاجة فههنا كذلك ثم على قول محمد رح هذا التعليل واضح لان في اللعان معنى الحد ● فاما على قولهما معنى هذا التعليل ان قذف زوجته قد يكون موجبا للحد اذا انعدم اللعان بسبب من جهته فلهذا لا يثبت بالحجة التي فيها شبهة ● قال وان شهد احدهما انه قذفها بالزنا وشهد الاخر انه قال لولدها هذا من الزنا لم تجز لانهما اختلفا في المشهود به لفظا ومعنى فان نسبة الولد الى انه مخلوق من الزنا غير قذفها بالزنا والموافقة بين الشاهدين لفظا في هذا الموضع معتبر ● ولهذا لو شهد احدهما انه قذفها بالعربية والاخر انه قذفها بالفارسية لا تقبل ولو شهد احدهما انه قال لها زنا بك فلان وشهد الاخر انه قال قد زنا بك فلان رجل اخر فعليه اللعان لان فعلها في الزنا مع التمكين

من محل الزنا وذلك لا يختلف باختلاف الفاعل اذا كان فعل كل واحد من الفاعلين زنا فقد اتفق الشاهدان على انه قذفها بالزنا لفظا ومعنى ● وانما اختلفا فيما لا حاجة بهما الى ذكره ● ولو كان قذفها رجل واحد وجاء ذلك الرجل يطلب حد جلد الحد ودرئ اللعان لانه اجتمع عند الامام حدان فان قذفه في حق الرجل موجب للحد وفي حقها موجب للعان ● ومتى اجتمع حدان وفي البداية باحدهما اسقاط الاخر بدا بذلك ● قال واذا شهد الشاهدان على الزوج بالقذف حبسته حتى يسئل عن الشاهدين ولم يكفله لانه لا كفالة في الحدود وهذا في معنى الحد فان الا شهدا انه قذف امراته وامها في كلمة واحدة لم تجز الشهادة لانها بطلت في حق امهما فانهما يشهدان لها ● ومتى بطلت الشهادة في بعض الكلمة الواحدة بطل في كلها وان شهد ابناه من غيرها على قذفه اياها وامهما عنده لم تجز شهادتهما لما فيها من نفع امهما فانها لو ملكت فرق بينهما باللعان يخلص الفراش لامهما وهو كما لو شهدا عليه بالطلاق وضرة امهما ● قال الا ان الاب اذا كان عبدا او محدودا في قذف فتجوز شهادتهما عليه بضرب الحد لانهما يشهدان على ابيهما بالحد وليس فيه منفعة امهما ● قال ولو شهد عليه شاهدان بقذف امراته فعدلا ثم ماتا او غابا قبل ان يقضي القاضي بشهادتهما فانه يحكم باللعان فان الموت والغيبة لا يقدح في عدالتهما بخلاف ما لو عميا او ارتدا او فسقا ● وهكذا الجواب في كل حد ما خلا الرجم فانه لا يقام بعد موت الشهود او فسقهم لان الشرط فيه ان يبدأ الشهود وذلك يفوت ● قال ويقبل توكيل المراة في اثبات القذف عند ابي حنيفة رح كما يقبل توكيل المقذوف اذا كان اجنبيا في اثبات القذف فاذا جاء موضع الاقامة فلا بد من ان يحضر لان اللعان لا تجري فيه النيابة فان المقصود لا يحصل بالنائب واذا اقام الزوج القاذف شاهدين على اقرار المراة بالزنا يسقط اللعان عن الزوج لان الثابت من اقرارها بالبينة كالثابت بالمعاينة ولا يلزمها حد الزنا كما لو اقرت مرة واحدة فان الاقرار الاربعة في مجالس متفرقة لا بد منها لاقامة حد الزنا وتمتنع الاقامة بانكارها بعد الاقرار الاربعة ● ولو شهد عليها رجل وامراتان بذلك درا ان اللعان ايضا استحسانا وفي القياس يلاعنها لانه لا شهادة للنسا في باب الزنا فلا يكون لهن شهادة ايضا في اثبات الاقرار بالزنا ● ولكنه استحسن فقال المقصود هنا درء الحد لا اثباته ودرء الحد يثبت مع الشبهات فتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ● ولو عفت المراة عن القذف كان لها ان تخاصم بعد ذلك وتطالب باللعان كما في الحدود في قذف الاجانب عندنا ● قال وان شهد للزوج ابناه منها انها اقرت بالزنا لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بسقوط اللعان عنه ● وان شهد شاهدان على رجل انه قذفها وقذف امراته بعد ذلك او قبله في كلام متفرق جازت شهادتهما للمراة لانهما في حق نفسهما مدعيان ● وفي حق المراة شاهدان واذا كان الكلام متفرقا فبطلان شهادتهما في احد الكلامين لا يبطل شهادتهما في الكلام الاخر بخلاف ما اذا كان الكل بكلام واحد ● قال واذا صدقت المراة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق كلام محتمل وما لم تفصح بالاقرار بالزنا لا يلزمها ولكن يبطل اللعان ولا حد من قذفها بعد هذا لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها ● قال واذا شهد شاهدان بالقذف فقال الزوج يومئذ كانت امة او كافرة فالقول قوله في ذلك لانه ينكر وجوب اللعان عليه وهو يدعي ولا يمين عليه لان اللعان بمنزلة الحد ● ولا يمين في الحدود لانه لو استحلف انما يستحلف ليتوصل الى اللعان بنكوله وذلك لا يجوز ● وان كانت معروفة الاصل في الاسلام والحرية يعرف ذلك القاضي لم يلتفت الى قول الزوج لانه يعلم انه كاذب فيما يدعي ● وان اقام البينة المراة على حريتها واسلامها والزوج على كفرها ورقها وقت القذف فالبينة بينة المراة لانها هي المدعية فانه يثبت اللعان ببينتها والزوج ينفي ذلك وكانت بينتها اولى الا ان يثبت شهود الزوج ردتها بعد الاسلام الذي شهد شهودها فحينئذ بينته اولى لان معنى الاثبات في بينته اظهر ● قال وان ادعى الزوج انها زانية او قد وطئت وطيا حراما فعليه اللعان لان احصانها معلوم للقاضي باعتبار الاصل والزوج يدعي ما يسقط احصانها فلا يقبل اقرارها الا ببينة كما لو علم القاضي حريتها واسلامها ● فان ادعى الزوج بينته على انه كما قال اجل الى قيام القاضي فان احضر بينته والا لاعن لان سبب وجوب اللعان قد ظهر ● ولكن يمكن الزوج من اقامة البينة على الدفع بقدر ما لا يبطله وذلك الى قيام القاضي ولا يؤجله اكثر من ذلك لما فيه من الاضرار بها ● قال وان قال الزوج قذفتها وهي صغيرة وادعت انه قذفها بعدما ادركت فالقول قوله ● وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها هي المدعية ولانه لا تنافي بين البينتين فيجعل كانه قذفها مرتين ● قال واذا ادعت على الزوج القذف ولم يكن لها بينة فلا يمين على الزوج لانه جحود لا يمين في الحدود

وكذلك ان ادعى الزوج انها صدقته واراد يمينها لم يكن عليها يمين لان تصديقها اقرار منها بالزنا ولا يمين في الاقرار بالزنا • قال وان ادعت قذفا متقادما وجاءت عليه بشهود جاز لان موجب القذف لا يبطل بالتقادم كالحد في قذف الاجانب فان اقام الزوج البينة انه طلقها بعد ذلك طلاقا رجعيا وخطبها فتزوجها فلا لعان بينهما ولا حد لان ما اثبته الزوج بالبينة كالمعاين والفرقة بعد القذف تسقط اللعان فيتمكن الزوج من اثباته بالبينة كما لو اقام البينة على فرقته بردتها بعد القذف او بسبب آخر • واذا اقامت البينة على اقرار الزوج بالولد وهو ينكر وقد نفاه لزمه الولد ولا يستطيع ان ينفيه بعد اقراره • هكذا نقل عن عمر وعلي والشعبي رضي الله عنهم قالوا اذا اقر الرجل بولده فليس له ان ينفيه • واذا نفاه بعد الاقرار لاعنها لانه بعدما اثبت النسب يكون هو بنفي الولد قاذفا لها بالزنا • فان قيل لا كذلك فقد يكون ولدها من وطء بشبهة • قلنا الولد من وطء بشبهة يكون ثابت النسب من انسان • والذي لا يكون ثابت النسب من احد يكون من زنا • ولا نسب لهذا الولد الا منه فاذا نفاه فقد زعم انه لا نسب لولدها منه فيكون قاذفا لها بالزنا • ثم كيفية اللعان بنفي الولد على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان يقول الزوج اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي ولدها • وهي تقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي ولدي • وروى هشام عن محمد رحمه الله قال يقول الزوج اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولدها • وتقول المرأة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفي الولد وتقول المرأة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا • وليس هذا باختلاف في الحقيقة • وانما اختلف الجواب لاختلاف الاحوال • فجواب محمد رحمه الله فيما اذا قذفها بالزنا ونفي ولدها • وجواب ابي يوسف رحمه الله فيما اذا نفى ولدها فقط قال واذا فرق القاضي بينهما بعد اللعان الزم الولد امه • وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله انه لا بد ان يقول القاضي فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد منه حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان انتفاء نسب ولدها عنه فلا بد من ان يصرح القاضي بنفي النسب لهذا والله اعلم • قال رضي الله عنه هذا آخر شرح كتاب الطلاق بالمؤثر من المعاني الدقاق • املاه المحصور عن الانطلاق • المبتلى بوحشة الفراق • مصليا على صاحب البراق • وآله وصحبه اهل الخير والسباق • صلاة تتضاعف وتدوم الى يوم التلاق • كتبه العبد البريء عن النفاق • والله اعلم بالصواب • واليه المنتهى والمآب

كتاب العتاق

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله • اعلم بان الاعتاق لغة هو احداث القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره • وفي الشريعة عبارة عن احداث المالكية والاستبداد للآدمي • ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق • ولهذا يعقبه الولاء الذي هو كالنسب لان الاب سبب لايجاد ولده فيكون الولد منسوبا اليه والمعتق سبب لاحداث صفة المالكية التي اختص الآدمي بها فصار المعتق منسوبا اليه بالولاء ولهذا ندب الشرع اليه بيانه في حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار ولهذا استحبوا للرجل ان يعتق العبد وللمرأة ان تعتق الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء • والتحرير لغة التخليص يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لا خراج عليها ولا عشر • وفي الشريعة عبارة عن جعل الرقبة خالصا لله تعالى قال الله تعالى اني نذرت لك ما في بطني محررا • ولهذا شرع التحرير في التكفير لاجل التطهير • قال الله تعالى فتحرير رقبة • ولهذا ندب الشرع الى فك الرقبة بقوله وما ادراك ما العقبة فك رقبة • وفي حديث البراء بن عازب ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يدخلني الجنة • فقال صلى الله عليه وسلم لقد اوجزت الخطبة لقد اعرضت المسألة فك الرقبة واعتق النسمة • قال اوليسا واحدا يا رسول الله قال لا عتق الرقبة ان تفرد بعتقها • وفك الرقبة ان تعين في ثمنها • وسأل ابو ذر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن افضل الرقاب فقال اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها فبهذا الآثار تبين ان الاعتاق من باب البر والارفاق • وان افضل الرقاب اعزها عند صاحبها ثم بدأ الكتاب بحديث ابي الدرداء رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز عليه • ونزلت هذه الآية في ذلك ولا تتخذوا آيات الله هزوا • وقال عمر رضي الله عنه من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح فهو جائز عليه اي نافذ لازم • وفيه دليل على ان الهزل بهذه الاشياء جد كما قال عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق • والهزل واللعب سواء فانه اسم لكلام يكون على نحو كلام الصبيان

لا يراد به ما وضع له • ونفوذ هذه التصرفات لوجود التكلم بها ممن هو من اهلها ولا معتبر بقصده الى حكمها الا ان بانعدام القصد الى الحكم ينعدم الرضا بالحكم • وذلك لا يمنع لزوم هذه التصرفات كما لو قرن بها شرط الخيار • والمراد بالآيات في قوله ولا تتخذوا آيات الله هزوا الاحكام والهزء واللعب فيه بيان ان لا لعب في احكام الشرع • وذكر في الاصل عن الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساوم به ولم يشتره فجاء رجل فاشتراه واعتقه ثم اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال عليه السلام هو اخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك • وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وفيه دليل انه لا بأس بالمساومة لمن يريد الشراء بخلاف ما يقوله بعض الناس ان هذا اشتغال بما لا يفيد فان فيه فائدة وهو تعيب الغير في شرائه • والرجل تفرس فيه خيرا حين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ساوم به فلهذا اشتراه واعتقه وقوله عليه السلام هو اخوك اي في الدين • قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم • وفيه دليل على ان الولاء يثبت بالعتق وان لم يشترط المعتق بخلاف ما يقوله بعض الناس • وقوله فان شكرك اي بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه الشرع • وقال عليه السلام من ازلت اليه نعمة فليشكرها وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة • وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كذلك في الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم • قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله • وفيه دليل على ان المعتق يكون عصبة للمعتق لانه قال كنت انت عصبته • ويستدل بالظاهر من يوجب مولى العتاقة عن ذوي الارحام لانه قال ولم يترك وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة • ولكن عندنا مولى العتاقة آخر العصبات يقدم على ذوي الارحام • ومعنى الحديث لم يترك وارثا هو عصبة • بدليل قوله كنت انت عصبته • ثم بين ان من اعتق عبدا ينبغي ان يكتب له بذلك كتابا • والمقصود بالكتاب التوثق فيكتب على احوط الوجوه ويتحرز فيه عن طعن كل طاعن • ولهذا ذكر فيه اني اعتقتك لوجه الله فان من الناس من يقول لا ينفذ العتق اذا لم يقصد المعتق وجه الله تعالى • ونحن لا نقول بهذا حتى لو قال اعتقتك لوجه الشيطان نفذ العتق • والحديث الذي بدأ به الكتاب يدل عليه ولكن يذكر هذا للتحرز عن جهل بعض القضاة • وكذلك يكتب ولي الولاء ولاء عقبك من بعدك لان من الناس من يقول لا يثبت هذا الا بالشرط فيذكر في الكتاب ليتحرز عن هذا ثم الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء • ونستوفي ان نذكر من الالفاظ صيغة الخبر والوصف والنداء اما بصيغة الخبر ان يقول قد اعتقتك او حررتك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما امكن ووجه الصحة هنا متعين وهو الانشاء وصيغة الاخبار والانشاء في العتق واحد • واما على سبيل الوصف ان يقول انت حر وانت عتيق لانه لما وصفه بما يملك ايجاده فيه جعل ذلك بمنزلة الايجاب منه ليتحقق وصفه • فان قال اردت الكذب والخبر بالباطل دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال • ولكنه لا يدين في القضاء لان هذا اللفظ في الظاهر موضوع للايجاب والقاضي يتبع الظاهر لان ما وراء ذلك غائب عنه • وكذلك لو قال يا حر يا عتيق لان النداء لاستحضار المنادى وذلك يذكر ما هو وصف له حتى يعلم انه هو المقصود بالنداء فهذا ووصفه اياه بالعتق سواء • وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي او لامته هذه مولاتي لان المولى يذكر بمعنى الناصر • قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم ولكن المالك لا يستنصر بمملوكه عادة • ويذكر بمعنى ابن العم • قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي • ولكن نسب العبد معروف فلا احتمال لهذا المعنى هنا • ويذكر بمعنى الموالاة في الدين • ولكنه نوع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة • ويذكر بمعنى المولى الاعلى وذلك غير محتمل عند الاضافة الى العبد فيتعين المولى الاسفل ولا يتحقق ذلك الا بعد العتق فلهذا عتق به في القضاء • وان قال اردت به الولاية في الدين او الكذب دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر • وان قال يا مولاي فكذلك الجواب عندنا • وقال زفر رحمه الله لا يعتق بهذا اللفظ الا بالنية لان هذا اللفظ في موضع النداء يقصد به الاكرام دون التحقيق يقال يا سيدي ويا مولاي • ولو قال له يا سيدي ويا مالكي لا يعتق بدون النية فكذلك اذا قال يا مولاي ولكنا نقول الكلام محمول على حقيقته ما امكن وحقيقة قوله يا مولاي لا يكون الا بولاء له عليه والعتق متعين لذلك فهذا وقوله يا حر ويا عتيق سواء • بخلاف قوله يا سيدي ويا مالكي لانه ليس فيه ذكر ما يختص باعتاقه اياه • ومما يلتحق بالصريح هنا قوله لمملوكه وهبت نفسك منك او بعت نفسك منك فانه يعتق به وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة الا انه اذا اوجبه لانسان آخر يكون مزيلا لملكه اليه فيتوقف على قبوله • واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط

لا اليه فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد برده ● فاما بيان الفاظ الكناية فقوله لا سبيل لي عليك فانه يحتمل يجوز ان يكون المراد لا سبيل لي عليك
في اللوم والعقوبة لانك وفيت بما امرتك به ولا سبيل لي عليك لاني كاتبتك ولا سبيل لي عليك لاني اعتقتك ● والمحتمل لا يتعين
جهة فيه بدون النية فلا يعتق به الا ان ينوي العتق ● وكذلك قوله لا ملك لي عليك يحتمل لا ملك لي عليك لاني بعتك
وكذلك قوله قد خرجت من ملكي يحتمل هذا المعنى فلا يعتق به ما لم ينو ويدين في القضا ● وعن ابي يوسف رح لو قال اطلقتك
ينوي به العتق يعتق ايضا لان الاطلاق يذكر بمعنى التحرير يقال اطلقته من السجن وحررته اذ اخلى سبيله ● ولانه يحتمل ان يكون
مراده الاطلاق من الرق الذي عليه فهو كقوله لا رق لي عليك ● فاما اذا قال لامته انت طالق او قد طلقتك ونوى به العتق لم يعتق
عندنا ● وقال الشافعي رح وكذلك ساير كنايات الطلاق كقوله قد بنت مني وحرمت علي وانت خلية او برية او باين او بتة
او اخرجي واعزبي واستبري وتقنعي وقومي والحقي باهلك واختاري فاختارت نفسها او قال ذلك للعبد فهو كله على الخلاف
وجه قول الشافعي ان صريح ما يسرى كناية فيما يسرى كلفظ التحرير في الطلاق ● وتقرير هذا الكلام ان الاستعارة للاتصال
بين الشيئين معنى طريق صحيح في اللغة يقال للبليد حمار وللشجاع اسد للاتصال معنى وهو الشجاعة والبلادة وبين الملكين
اتصال من حيث المشابهة معنى لان النكاح فيه معنى الرق ● قال عم النكاح رق ولانه يستباح بكل واحد منهما الوطي في محله
وبين الازالتين الاتصال في المعنى لان كل واحد منهما ابطال للملك ويحتمل التعليق بالشرط وهو يبتني على السراية ويلزمه
على وجه لا يحتمل الفسخ واذا ثبتت المشابهة معنى قلنا ما كان صريحا في ازالة ملك اليمين وهو لفظ التحرير ● كان كناية
في لفظ النكاح فكذلك ما هو صريح في ملك النكاح يجعل كناية صحيحة في ازالة ملك اليمين ● ولان التحريم من موجبات التحرير
فان الامة اذا اعتقت حرمت على مولاها وذكر الموجب على سبيل الكناية عن الموجب صحيح كقوله لامراته اعتدي بنية الطلاق
وحجتنا في ذلك انه نوى ما لا يحتمله لفظه فهو كما لو قال لها كلي واشربي ونوى العتق ● وهذا لان المنوي اذا لم يكن من محتملات اللفظ
فقد تجردت النية عن لفظ يدل عليه ● وبيان ذلك انه لا مشابهة بين العتق والطلاق صورة ولا معنى لان الطلاق ازالة المانع
من الانطلاق والاعتاق احداث قوة المالكية ولا مشابهة بين احداث القوة وبين ازالة المانع كما لا مشابهة بين احيا الميت
وبين رفع القيد عن المقيد ● ونحن نسلم ان المشابهة في المعنى طريق الاستعارة ولكن لا في كل وصف بل في الوصف الخاص لكل واحد منهما
والوصف الخاص لكل واحد منهما ما بينا دون ما ذكره الخصم ● الا ترى انه لا يستعار الاسد للجبان والحمار للذكي وبينهما مشابهة
في اوصاف وكل واحد منهما حيوان موجود ● ولكن لما انعدمت المشابهة في الوصف الخاص لم تجز الاستعارة فهذا مثله
فاما اذا استعمل لفظ التحرير في الطلاق فليس ذلك عندنا للمشابهة معنى بل موجب النكاح ملك المتعة وملك الرقبة في محل
ملك المتعة يوجب ملك المتعة فما يزيل ملك الرقبة يكون سببا لازالة ملك المتعة فيصلح ان يكون كناية عنه ● فاما ما يزيل ملك المتعة
لا يكون سببا لازالة ملك الرقبة فلا يصلح كناية عنه ● ولهذا قلنا في طريق الاستجلاب ان ما وضع لاستجلاب ملك المتعة
وهو لفظ النكاح والتزويج لا يثبت به ملك الرقبة ● وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة وهو لفظ الهبة والبيع يصلح لايجاب
ملك المتعة وهو النكاح ولا يدخل على هذا لفظ البيع فانه لا تنعقد به الاجارة على ما قال في كتاب الصلح اذا باع سكنى داره
من انسان لا يجوز وان كان بهذا اللفظ يثبت ملك الرقبة وهو سبب لملك المتعة لان عندنا الاجارة تنعقد بلفظ البيع فان الحر
اذا قال لغيره بعت نفسي منك شهرا بدرهم لتعمل كذا يكون اجارة صحيحة ● فاما بيع السكنى انما لا يجوز لانعدام المحل لان لفظة البيع
موضوع للتمليك والمنافع معدومة لا تقبل التمليك ● ولهذا لو اضاف لفظة الاجارة الى المنفعة وقال اجرتك منفعة
هذه الدار لا يجوز ● واذا اضاف لفظ البيع الى عين الدار فهو عامل بحقيقته لان العين قابل للبيع فلا يجعل كناية عن الاجارة
لهذا ولا معنى لما قال انه ذكر الموجب وعنى به الموجب لان الموجب حكم والحكم لا يصلح كناية عن السبب انما يصلح السبب كناية
عن الحكم لانه لا حكم بدون السبب فالسبب يتحقق بدون الحكم فكان الحكم كالتبع ● والاصل يستعار للتبع لافتقار التبع الى الاصل
واستغناء الاصل عن التبع ● وفي قوله اعتدي وقوع الطلاق ليس بهذا الطريق بل بطريق الاضمار حتى يقع الطلاق به على غير
المدخول بها وان لم يكن عليها عدة ● وكذلك اذا قال لامراته انت علي حرام فذلك اللفظ عامل بحقيقته عندنا لا ان يكون كناية
بطريق انه ذكر الموجب وعنى به الموجب ● وهذا لان التحريم ينافي النكاح ابتدا وبقاء فلهذا لا يوجد هنا ● فان حرمة الامة عليه
لا تنافي الملك ابتداء وبقاء كما في المجوسية والاخت من الرضاعة ● ولو قال لعبده لا سلطان لي عليك ونوى به العتق لم يعتق
لانه ليس من ضرورة انتفا سلطانه عنه انتفا الملك كالمكاتب فانه لا سلطان للمولى عليه وهو مملوك بخلاف قوله لا سبيل لي عليك

فان

فان من ضرورة انتفا السبيل عنه من كل وجه العتق لان له على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك عتق
قال ولو قال لعبده انت لله لم يعتق ● وان نوى في قول ابي حنيفة ومحمد رح لانه صادق في مقالته فالمخلوقات كلها لله تعالى فهو كما لو قال
انت خالص لله بانتفاء ملكه عنه فهو كقوله لا ملك لي عليك بخلاف قوله انت عبد الله ● ولو قال لعبده يا بني او لامته يا بنية لم يعتق
لان هذا دعا ولطف منه معناه ان هذا اللفظ في موضع الدعا يقصد به استحضار المنادي والاكرام مع ان قوله يا بني تصغير الابن
ولو قال يا ابن لم يعتق لانه صادق في مقالته فانه ابن لابيه ● وانما الاشكال في قوله لابني ولا يعتق بهذا اللفظ الا في رواية شاذة
عن ابي حنيفة رح انه جعله كقوله يا حر ● ولكن لا اعتماد على تلك الرواية ● والصحيح ان هذا اللفظ في موضع الندا لاستحضار
المنادي وتنبيهه ليحضر وذلك بصورة اللفظ لا بمعناه وموقع العتق بهذا اللفظ لاعتبار معنى البنوة فلهذا لا يعتق به عند الندا
حتى لو جعل اسم عبده حرا وكان ذلك معروفا عند الناس ثم ناداه به فقال يا حر لم يعتق ايضا ● واذا لم يكن هذا الاسم معروفا
يعتق به في القضا لانه ناداه بوصف يملك ايجابه بخلاف قوله يا بني فانه ناداه بوصف لا يملك ايجابه فينظر الى مقصوده فيه
وهو الاكرام دون التحقيق ● وان قال هذا ابني ومثله يولد لمثله عتق ويثبت نسبه منه ان لم يكن له نسب معروف لان كلامه
دعوة النسب وهو تصرف يملكه المولى في مملوكه فاذا كان المحل محلا قابلا للنسب وهو محتاج الى النسب يثبت منه والنسب
لا يثبت مقصورا على الحال بل انما يثبت من وقت العلوق فيتبين انه ملك ولده فيعتق عليه ويستوي ان كان اعجميا جلبا او مولدا لان
دعوى المولى نسبها بوصلة الملك وحاجة المملوك الى النسب ● وكذلك لو قال هذا ابي وكانت امه فقال هذه امي ومثلها يلد مثله
عتقا ● وان لم يكن له ابوان معروفان وصدقاه في ذلك يثبت نسبه منهما فقد اعتبر تصديقهما في دعوى الابوة والامومة عليهما
ولم يعتبر في دعوى البنوة لان النسب من حق الولد فانه يتشرف به فمدعي البنوة يقر على نفسه بالمجهولية فلا حاجة الى تصديقه
لان الاقرار يلزم المقر بنفسه ● فاما مدعي الابوة يحتاج الى تصديقهما لانه يحمل نسبه على غيره فيكون مدعيا ● ومجرد الدعوى
لا يلزمه شيئا بدون الحجة فلهذا يحتاج الى تصديقهما ● ولان مدعي الابوة والامومة يخبر انه علوقهما بهما وهو غيب عنه فلا بد من تصديقهما
ومدعي البنوة يخبر انه علوق من مايه وهو يعرف ذلك لكونه غافلا عند علوقه ● وان كان للغلام نسب معروف فقال هذا يعتق عليه
ولا يثبت نسبه لانه مكذب فيما قال شرعا حين يثبت نسبه من الغير ● ولكن هذا التكذيب في حكم النسب دون العتق فهو في حكم العتق
بمنزلة من لا نسب له ● ولهذا قلنا في الفصل الاول اذا قال هذا ابي وامي وكذباه يعتق لان اعتبار تكذيبهما في حكم النسب دون
العتق ● توضيحه ان المملوك مستغني عن النسب اذا كان معروف النسب من الغير ولكنه غير مستغني عن الحرية فيثبت بكلامه ما يحتاج اليه
وهذا بخلاف ما لو قال لامراته هذه ابنتي وهي معروفة النسب من الغير فانه لا تقع الفرقة بينهما لانه هنا لما صار مكذبا في حكم
النسب شرعا وان اكذب نفسه بان قال غلطت لا تقع الفرقة ● وان لم يكن لها نسب معروف فكذلك اذا صار مكذبا شرعا وهنا
لو اكذب نفسه المولى في حق من لا نسب له كان العتق باقيا فكذلك اذا صار مكذبا في النسب شرعا ● وحقيقة المعنى فيه انه في قوله
لامراته هذه ابنتي غير مقر على نفسه بشي ● ولكنه مقر على المحل بصفة الحرمة لانه لا موجب للتبنية في ملكه من حيث الازالة
وانما موجبه حرمة المحل فيثبت ينتفي به الملك ابتداء وبقاء ولم يعتبر اقراره في حرمة المحل هنا لما كانت معروفة النسب ● فاما قوله
لعبده هذا ابني اقرار على نفسه لان البنوة موجب في ملكه وهو زوال الملك ● فانه يملك ابنه بالشرا ثم يعتق عليه فيجبر اقراره
فيما يقر به على نفسه وهو عتقه عليه من حين دخل ملكه ● فاما اذا كان ممن لا يولد مثله لمثل المولى فقال هذا ابني لم يعتق في قول ابي حنيفة
اولا وهو قول ابي يوسف ومحمد رح وعتق في قول ابي حنيفة الاخر ● وجه قوله الاول انه محال فيلغوا كما لو قال اعتقتك
قبل ان اخلق ● وبيان الاستحالة ان قوله هذا ابني لمن هو ابن خمسين سنة وهو ابن عشرين يستحيل ان يكون مخلوقا ● وبيان الاستحالة ان قوله
من ماء ابن عشرين سنة وبه فارق معروف النسب فان كلامه محتمل هناك لجواز ان يكون مخلوقا من مايه بالزنا او يكون مخلوقا من مايه بالشبهة
وقد اشتهر نسبه من الغير ● الا ترى ان ام الغلام لو كانت في ملكه هناك تصير ام ولده ولان الحقيقة تكذبه في هذا الخبر فيلغو
كما لو قال لصبي صغير في يده هذا جدي او قال لعبده من ابني او لامته هذا غلامي ● وفي غير هذا الباب لو قال قطعت يد فلان وله يد
الارش فاخرج فلان يده صحيحة لم يستوجب شيا بخلاف معروف النسب فان الحقيقة لا تكذبه هناك ● وجه قول ابي حنيفة الاخر رحمه الله
انه اقر بنسب مملوكه طايعا فيعتق عليه كما لو قال لمعروف النسب هذا ابني وتاثيره ان تصحيح كلامه محال كما لو قال لمملوكه مجازا
ومعناه عتق علي من حين ملكته لان البنوة سبب لهذا فانه اذا ملك ابنه يعتق عليه فيجعل هذا السبب كناية عن موجبه مجازا
وتصحيح كلام العاقل واجب وللعرب لسانان حقيقة ومجاز فاذا تعذر تصحيحه بالحقيقة يصح باعتبار المجاز ● الا ترى ان الوارث

اذا اعتق المكاتب يجعل ابراءً منه عن بدل الكتابة بهذا النوع من المجاز الا انهما يقولان المجاز خلف عن الحقيقة ففي كل موضع يكون الاصل متصورًا يمكن جعل المجاز خلفا عنه كما في مسئلة المكاتب في كل موضع لا يكون الاصل متصورا لا يمكن جعل المجاز خلفا عنه • وهنا لا يتصور الاصل لكونه معروف النسب فاذ هنا لا الاصل متصور فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه • ولكن ابو حنيفة رح يقول المجاز خلف عن الحقيقة في التكلم لا في الحكم لانه تصرف من المتكلم في اقامة كلام مقام كلام • والمقصود تصحيح الكلام فلا يعتبر لتصحيح المجاز تصور الحكم لاثبات الخلافة • الا ترى انه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا • والحرة ليست بمحل لاصل حكم البيع وهو ملك الرقبة • ولهذا المعنى قلنا ان الغلام لو كانت في ملكه لا يعتق لان اللفظ اذا صار مجازا لغيره سقط اعتبار حقيقته وهو مجاز عن الاقرار بحريته فكانه قال عتق علي من حين ملكته • وهذا ليس اللفظ موجب في الام • فاما اذا قال لعبده هذا ابني فقد ذكر محمد رح على سبيل الاستشهاد في كتاب الدعوى • ومن عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف ولا استشهاده على قول ابي حنيفة رح • وبعد التسليم نقول الاصل ان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة بالمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل • والذكور والاناث من بني آدم جنسان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا تصور لتصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم • وكذا قوله لصبي صغير هذا جدي فانه ذكر على سبيل الاستشهاد هنا وقد منعوه على قول ابي حنيفة رحمه الله وبعد التسليم نقول لا موجب لذلك الكلام في ملكه الا بواسطة الاب • وتلك الواسطة غير ثابتة وبدونها لا موجب لكلامه حتى يجعل كناية عن موجبه مجازا • وبخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق لانه لا موجب فيما صرح به • وكذلك قوله قطعت يدك لانه لا موجب للجرح بعد البرء اذا لم يبق له اثر فلا يمكن تصحيح كلامه على ان يجعل كناية عن موجبه فلهذا كان لغوا • وان قال لعبده هذا اخي لم يعتق • وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يعتق لان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق فيجعل هذا اللفظ كناية عن موجبه • ووجه ظاهر الرواية ان الاخوة اسم مشترك قد يراد به الاخوة في الدين • قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة • وقد يراد به الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا • وقد يراد به الاخوة في النسب • والمشترك لا يكون حجة بدون البيان حتى لو قال هذا اخي لابي او لامي يقول يعتق على هذا الطريق • فان قيل فالابوة والبنوة قد تكون بالرضاعة ثم اثبتم العتق بهذين اللفظين عند الاطلاق قلنا لان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة • فاما الاخوة مشتركة في الاستعمال كما بينا • ولان الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاورة في صلب او رحم • وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة • وان قال لامته فرجك حر او قال لعبده راسك حر يعتق • وهذا بينا هذا في الطلاق ان ذكر ما يعبر به عن جميع البدن كذكر البدن بخلاف اليد او الرجل فهو في العتاق كذلك • وان قال نويت الكذب لم يصدق في القضاء كما في قوله انت حر • وان قال لعبده او لامته ما انت الا حر وما انت الا حرة فانهما يعتقان لان كلامه اشتمل على النفي والاثبات • وهذا اكد ما يكون من الاثبات دليله كلمة الشهادة وكان هذا كقوله انت حر • وهذا بخلاف ما لو قال انت مثل الحر لان هذا اللفظ للمشابهة والمشابهة بين الشيئين قد يكون خاصا وقد يكون عاما فلا يثبت العتق به بدون النية • وكذلك لو قال بدنك بدن حر لان معناه مثل بدن حر • وفي النوادر قال لو نون فقال بدنك بدن حر يعتق لان هذا اللفظ للايجاب لا للتشبيه • ولو قال لعبده انت حر اليوم من هذا العمل فانه يعتق في القضاء لانه وصفه بالحرية • وتخصيصه وقتا او عملا لا يغير حكم ما وصفه • واما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان لا يريد العتق فهو عبده لانه يحتمل ان يكون مراده لا اكلفك اليوم هذا العمل والله تعالى مطلع على ضميره • ولكنه خلاف الظاهر فانه جعل الحرية صفة له في الظاهر فلهذا لا يدين في القضاء والله اعلم

باب عتق ذوي الارحام

ذكر عن عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر • وكذلك روي عن عمر وعبد الله بن مسعود • وفي هذا دليل على ان من ملك ابنه يعتق عليه لان قوله فهو حر جزاء لقوله من ملك فانما يثبت ولحرية المملوك دون المالك • وفي بعض الروايات فقد عتق عليه • وفيه دليل ان سبب العتق الملك مع القرابة • فان قيل هذا في لسان صاحب الشرع يعني بيانا للسبب كما قال من بدل دينه فاقتلوه • وقال تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه • ولهذا قال عامة العلماء اذا ملك ابوه او امه او ابنه عتق عليه • وقال اصحاب الظواهر يلزمه ان يعتقه ولكن لا يعتق قبل اعتاقه لظاهر قوله عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ففيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه • ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله فيعتقه معنى • ولان القرابة لا تمنع

بثوت الملك ابتداء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى • الا ترى انها لما منعت بقاء ملك النكاح منعت ثبوته ابتداء • وحجتنا في ذلك قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا • فقد نفى البنوة بينه وبين احد من الخلق باثبات العبودية فكذلك تنصيص على المنافاة بينهما • والمنافاة فبان لا يجتمعان فاذا كان البنوة مقررة انتفت العبودية • وقوله عم من قوله فيعتقه بذلك الشراء لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وكبه فخر منكبا وانما اثبت له الملك ابتداء الا ان انتفاء العبودية لا يتحقق الا به فانه اذا لم يملكه لا يعتق بخلاف ملك النكاح لانه لا فائدة في اثبات ملك النكاح على ابنته ثم ازالته لانها تعود الى ما كانت عليه • ولان هذا العتق صلة ومجاز فلا يتحقق الا بعد الملك • فاما انتفاء النكاح بحرمة المحل وهو موجود قبل العقد • ولان ملك النكاح ليس الا ملك الحل فيختص بمحل الحل • والابن محرمة والابنة عليه بالنص ولا يتصور الملك بدون المحل • فاما هذا ملك مال وذلك ثابت في المحل فيثبت له سببه ايضا اذ ليس من ضرورة اثباته الاستدامة • ولهذا الحديث ايضا قال علماؤنا رح اذا ملك اخاه او اخته او احدا من ذي الرحم المحرم منه انه يعتق عليه • وعند الشافعي رح لا يعتق الا الوالدين والمولودين لانه ليس بينهما بعضية فلا يعتق احدهما على صاحبه كبني العم بخلاف الاباء والاولاد فالعتق هناك للبعضية والجزئية • ولان القرابة التي بينهما في الاحكام كقرابة بني الاعمام حتى تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه • ويجوز لكل واحد منهما وضع زكاته في صاحبه ويجري القصاص بينهما في الطرفين ويحل لكل واحد منهما حليلة صاحبه ولا يستوجب كل واحد منهما النفقة على صاحبه مع اختلاف الدين • ولا نكاح احدهما على صاحبه بخلاف الوالدين والمولودين وهذا بخلاف المناكحة لان ثبوتها باسم الاختية والبنتية لا بمعنى القرابة • الا ترى انها تثبت بالرضاع ولا تثبت القرابة بها ولهذا لا يعتبر فيها الحرمة معنى قرب القرابة وبعدها • وحجتنا في ذلك ما روي عن ابن عباس رض ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني وجدت اخي يباع في السوق فاشتريته وانا اريد ان اعتقه فقال عم قد اعتقه الله • والمعنى فيه ان القرابة المتابعة بالمحرمية علة العتق مع الملك كما في الاباء والاولاد • وهذا لان العتق بطريق الصلة وللقرابة المتابعة بالمحرمية تاثير في استحقاق الصلة لانه يفترض وصلها ويحرم قطعها • الا ترى ان الله تعالى جعل قطيعة الرحم من الملاعن وقوله تعالى وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله • وقال عم ثلثة معلقات بالعرش منها الرحم تقول قطعت ام اوصل والدليل عليه ان حرمة المناكحة تثبت بهذه القرابة لمعنى الصيانة عن ذل الاستفراش والاستخدام وهذا بملك اليمين ابلغ في الاستذلال من الاستفراش • وكذلك يحرم الجمع بين الاختين نكاحا صيانة للقرابة عن القطيعة التي تكون بين الضرائر ومعنى قطيعة الرحم في استدامة ملك اليمين اكثر • ولا شك ان للملك تاثيرا في استحقاق الصلة فيثبت بهذا التقرير ان علة العتق هذان الوصفان • وبعد هذا لا يضر انتفاء الجزئية بينهما لما بينا ان علة العتق هذا دون الجزئية لان التعدية بمعنى واحد قد ظهر اثره مستقيم • ولان هذه القرابة في معنى القرابة بين الجد والنافلة ايضا لان اتصال احد الاخوين بالاخر بواسطة الاب كما ان اتصال النافلة بالجد بواسطة الاب • ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة في الجد مع الاخوة في الميراث وشبهه بعضهم الجد مع النافلة بشجرة انشعب منها غصن ومن ذلك الغصن غصن والاخوين بغصنين من شجرة واحدة وشبهه بعضهم الجد مع النافلة بواد تشعب منه نهر ومن النهر جدول والاخوين بنهرين تشعبا من واد فيكون معنى القرب بينهما اظهر لان تفرعهما تشعب واحد والاول بتشعيبين عرفنا ان القرابة التي بينهما بمنزلة قرابة الجد مع النافلة • وذلك موجب للعتق مع الملك الا في حكم الولاية لم يجعل الاخ كالجد لان المعتبر فيه الشفقة مع القرابة وشفقة الاخ ليس كشفقة الجد • وفي حكم الارث كذلك عند ابي حنيفة لان ذلك نوع ولاية فانه خلافة في الملك والتصرف به فارق بني الاعمام فالواسطات هناك قد كثرت من كل جانب فكانت القرابة بعيدة بينهما • ولهذا لا يثبت بها حرمة المصاهرة ولا حرمة الجمع بينهما في النكاح فاما المكاتب فلا ملك له على الحقيقة وهذه القرابة مع الملك علة • والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احد الوصفين لان المكاتب اذا ملك اباه يمتنع عليه بيعه واذا ملك اخاه لا يمتنع عليه بيعه عند ابي حنيفة رح لان المكاتب له كسب وليس له مال حقيقة • وحق الاباء والاولاد في تجب عليه نفقة ابيه اذا كان مكتسبا وان لم يكن موسرا • فاما حق الاخ لا يثبت في الكسب حتى لا يجب عليه نفقة الاخ من الكسب اذا كان هو معسرا وان كان مكتسبا • وكذلك اذا كان المالك الصغير فانه يعتق عليه لتمام علة العتق وهو الملك مع القرابة فان الصغير يملك حقيقته • الا ترى انه يثبت له صفة الغنا بملكه حتى يحرم عليه اخذ الصدقة بخلاف المكاتب • وكذلك ان كان المالك كافرا والمملوك مسلما او على عكس ذلك لان الملك مع القرابة يتحقق مع اختلاف الدين وبهما تمام علة العتق

بخلاف استحقاق النفقة فان الشرع اوجب ذلك بصفة الوراثة فقال وعلى الوارث مثل ذلك معناه وعلى الوارث ذي الرحم
وبسبب اختلاف الدين تنعدم صفة الوراثة فلهذا لا يستحق النفقة بخلاف الاباء والاولاد فان الاستحقاق هنالك بالولاده
قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وبسبب اختلاف الدين لا تنعدم الولاد فهذا بيان معنى الفرق بين هذه
الفصول فان ملكه الرجل مع اخر عتق نصيبه منه وسعى العبد للشريك في نصيبه ولا ضمان على الذي عتق من قبله في قول ابي حنيفه
وقال ابو يوسف ومحمد رح يضمن لشريكه قيمة نصيبه ان كان موسرا ويسعى العبد لشريكه ان كان معسرا • وكذلك لو ملكاه بهبة
او صدقة او وصيه فهو على الخلاف • وجه قولهما ان القريب بالشراء صار معتقا لنصيبه لان شرا القريب اعتاق ولهذا تتادى به
الكفارة والمعتق صار ضامنا لنصيب شريكه اذا كان موسرا كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى قريب العبد نصيب احد الشريكين منه
يضمن لشريكه الذي لم يبع اذا كان موسرا كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى • وجه قول ابي حنيفه رح ما قال في الكتاب لان شراء
الشريك معه رضا منه بالذي يكون به العتق • ومعنى هذا الكلام ان ضمان العتق يجب بالاتلاف والافساد والرضا بالسبب
يمنع وجوب مثل هذا الضمان كما لو اتلف مال الغير باذنه • وفي اثبات الرضا هنا نوعان من الكلام • احدهما انه لما ساعد شريكه
على القبول مع علمه ان قبول شريكه موجب للعتق فقد صار راضيا بعتقه على شريكه فهو كما لو استاذن احد الشريكين من صاحبه
في ان يعتق نصيبه فاذن له في ذلك • والثاني ان المشتريين صارا كشخص واحد لاتحاد الايجاب من الايجاب • ولهذا لو قبل احدهما
دون الاخر لم يصح قبوله ولم يملك نصيبه • ولا شك ان كل واحد منهما راض بالتملك في نصيبه فيكون راضيا بالتمليك في نصيب
صاحبه ايضا لما ساعده على القبول بل يصير مشاركا له في السبب بهذا الطريق والمشاركة في السبب فوق الرضا الا ان هذا
السبب تم علة العتق في حق القريب وهو الملك ولا تتم علة العتق في حق الاجنبي فكان القريب معتقا دون الاجنبي ولكن لا يعاونه
الاجنبي فيسقط حقه في تضمينه لما عاونه على السبب وهذا الكلام يتضح لابي حنيفه في الشراء • وفيما اذا كان العبد كله لرجل
فباع نصفه من قريبه فان الخلاف ثابت فيه ولا شك ان ايجاب البايع رضا منه بقبول المشتري • وما ينبني على قبول المشتري
محاله على ايجاب البايع كما لو باع الامة المنكوحة من زوجها قبل الدخول يسقط جميع المهر لان الفرقة جاءت من قبل من له المهر
وهو البايع فاما في الهبة والصدقة والوصيه كلامهما الوضح لان قبول احدهما في نصيبه صحيح بدون قبول الاخر ولكن ابو حنيفه
يقول هما كشخص واحد ايضا لان في الهبة والصدقة والوصيه قبول الشخص الواحد في النصف دون النصف صحيح • وهذا
بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من قريبه لانه هنا لم يوجد من الشريك الاخر ما يكون رضا منه او معاونة على السبب
وبخلاف ما لو قال احد الشريكين لشريكه ان ضربته اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا • فان الحالف يضمن للضارب
ان كان موسرا من اصحابنا من قال موضوع تلك المسله ان الشريك قال ايضا ان لم اضربه اليوم سوطا فهو حر فاقدامه
على الضرب بعد هذا يكون لدفع العتق عن نصيبه فلا يصير راضيا بعتق نصيب الشريك على ان هناك انما عتق نصيب الشريك
بقوله هو حر وذلك تم بالحالف من غير رضا كان من الضارب به • فاما الضرب شرط للعتق والضارب بالشرط لا يكون راضيا
باصل السبب بخلاف ما نحن فيه فانه انما رضي بالسبب حين شاركه فيه • وهذا بخلاف حكم الفرار فان الرضى بالشرط من المراه
كالرضا بالسبب في اسقاط حقها عن الميراث لانه لا ملك لها قبل موت الزوج في ماله وانما يثبت حكم الفرار دفعا لقصد الزوج
الاضرار بها • وذلك ينعدم بالرضا بالشرط كما ينعدم بالرضا بالسبب بخلاف ما نحن فيه • ولم يفصل في ظاهر الرواية بين ان يكون
الشريك عالما بان المشتري معه قريب العبد او لا يكون عالما • وهكذا روى الحسن عن ابي حنيفه رح لان سبب الرضا يتحقق
وان لم يكن عالما به كمن قال لغيره كل هذا الطعام وهو لا يعلم انه طعامه فاكله المخاطب فليس للاذن ان يضمنه شيا • وكذلك لو قال
لشريكه اعتق هذا العبد وهو لا يعلم انه مشترك بينهما • وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفه ان رضاه انما يتحقق اذا كان عالما
فاما اذا كان لا يعلم بذلك فله ان يضمن شريكه • وقد روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه اذا لم يكن عالما فله ان يرد نصيبه
بالعيب لانه لا يتم رضاه وقبوله حين لم يكن عالما بان شريكه معتق وبدون تمام القبول لا يعتق نصيب الشريك وكان هذا بمنزلة
العيب في نصيبه فاذا لم يكن عالما به كان له ان يرده • وان لم يكن عالما به لم يكن له ان يرده • واستشهد في الكتاب بقول ابي حنيفه
فيما لو اعتق احد الشريكين باذن شريكه • وقد روى عن ابي يوسف رح انه قال في هذا الفصل لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن
وهذا صحيح على اصله ان ضمان المعتق عنده ضمان التملك فان العتق لا يتجزى على قوله وضمان التملك لا يسقط بالاذن كما لو استولد
احد الشريكين الجاريه باذن شريكه • ووجه ظاهر الرواية ان هذا الضمان سببه الافساد والاتلاف فيسقط بالاذن كضمان

الاتلاف

الاتلاف الحقيقي بل اولى لان هذا الضمان يسقط بالاعسار بخلاف ضمان الاتلاف الحقيقي • فاما اذا ورث قريبه مع غيره عتق
نصيبه ولا ضمان عليه لشريكه لان الميراث يدخل في ملكه بغير قبوله والضمان لا يجب الا باعتبار الصنع من جهته ولهذا
لو ورث قريبه لم يجز عن كفارته • وهذا بخلاف المستولد جاريه بالنكاح ثم ورثها مع غيره لان هناك المستولد يصير متملكا نصيب
شريكه • وضمان التملك لا يعتمد الصنع • ولهذا لا يختلف باليسار والاعسار هناك ولو ملك محرمها برضاع او مصاهرة
لم يعتق عليه لانه لا قرابة بينهما والعتق صلة يستحق بالقرابة والرضاع انما جعل كالنسب في الحرمه خاصه • ولهذا لا يتعلق به
استحقاق الميراث والنفقة وليس من ضرورة ثبوت الحرمة العتق اذا ملكه عليه كالوثنيه والمجوسيه • وكذلك ان ملك ذا رحم
ليس بمحرم لان مثل هذه القرابة لا يفترض وصلها • ولهذا لا يتعلق بها حرمة المناكحه وحرمة الجمع في النكاح • ولو ملك احد الزوجين
صاحبه لم يعتق عليه لانه ليس بينهما قرابه • ولان ما بينهما من الزوجية يرتفع بالملك • واذا اشترى امة وهي حبلى من ابيه
عتق ما في بطنها لانه ملك اخاه وليس له ان يبيع الامة حتى تضع ما في بطنها ولذا احرا كما لو اعتق ما في بطن امته • وهذا لان الولد
يصير مستثنى بالعتق ولو استثناه شرطا في البيع بطل البيع فكذلك اذا صار مستثنى بالعتق وله ان يبيعها بعد الوضع لان الام
انما صارت ام ولد للابن فان المستولد ابوه • ولا يصير الاب متملكا لها على الابن لانها ما كانت مملوكه للابن حين علقت
من الاب فلهذا كان له ان يبيعها والله اعلم

باب جامع لوجوه من العتاق

ذكر عن ابي قلابه رح ان رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه
في ثلثي قيمته • وفي هذا دليل ان العتق في المرض يكون وصيه وانه ينفذ من ثلثه وان معتق البعض يسعى فيما بقي من قيمته فيكون دليلا
على الشافعي رح لانه لا يرى السعايه على العبد بحال ولكنه يقول يستدام الرق فيما بقي على ما نبينه في مسله تجزي العتق وذكر
عن الحسن البصري رح ان رجلا اعتق ستة اعبد له عند موته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين ورد اربعه
في الرق • وظاهر هذا الحديث يحتج الشافعي علينا فان المذهب عندنا ان من اعتق ستة اعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم وقيمتهم
سوا يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته • وعند الشافعي رح يجزيهم القاضي ثلثة اجزا ثم يقرع بينهم فيعتق اثنين
بالقرعه ويرد الباقي في الرق • واستدل بهذا الحديث ورجح مذهبه بان فيه اعتبار النظر من الجانبين لانه لو اعتق من كل واحد منهم
ثلثه يحصل تنفيذ الوصيه وتاخير ايصال الحق الى الورثه اليهم لان في هذا ابطال حق الورثه معنى لان السعايه في معنى التاوي فان المال
في ذمة المفلس يكون تاويا فاذا تعذر تنفيذ الوصيه بهذا الطريق وجب جمع العتق في شخصين وتعين المستحق بالقرعه لان ذلك
اصل في الشرع وقد كان في شريعة من قبلنا • قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وقال فساهم فكان من المدحضين
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه • والقاضي اذا قسم المال بين الشركاء اقرع بينهم • ولا يقال بان
ان هذا ليس في معنى القمار لان في القمار تعليق اصل الاستحقاق بخروج القدح وفي هذا تعيين المستحق • فاما اصل الاستحقاق
ثابت بايجاب المعتق • وحجتنا في ذلك ان العبيد استووا في سبب الاستحقاق • وذلك موجب للمساواه في الاستحقاق فلا يجوز
اعطا البعض وحرمان البعض كما لو اوصى برقابهم لغيرهم لكل رجل برقبة بل اولى لان تلك الوصيه تحتمل الرجوع من الموصي والرد
من الموصى له وهذه الوصيه لا تحتمل ذلك • فاذا لم يجز حرمان البعض هنالك فهنا اولى ثم فيما قاله الخصم ضرر الابطال في حق بعض
الموصى لهم وفيما قلنا ضرر التاخير في حق الورثه • وضرر التاخير دون ضرر الابطال كان ضرر التاخير اهون فاذا لم نجد بدا
من نوع ضرر رجحنا اهون الضررين على اعظمهما مع انه ليس في هذا تعجيل حق الموصى له لان عند ابي حنيفه المستسعى مكاتب
فلا يعتق شيا منه ما لم يصل الى الورثه السعايه • وعلى قولهما وان تعجل العتق للعبيد فذلك بصنع منا بل باعتاق الموصي فلزم
وصيته شرعا • ولو ابطلنا حق بعض العبيد كان ذلك بايجاب منا • ثم كلامه يشكل بما لو كان له دين على مفلس فاوصى به لانسان
فانه يسقط نصيبه والباقي دين عليه الى ان يقدر على ادايه • ولا وجه لتعيين المستحق بالقرعه لان تعيين المستحق بمنزلة ابتداء الاستحقاق
فان المستحق في المجهول في حكم العين كانه غير ثابت كما ان تعليق ابتداء الاستحقاق بخروج القرعه يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق
وانما يجوز استعمال القرعه عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير القرعه كما في القسمه فان للقاضي ان يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعه
فانما يقرع تطيبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل عن نفسه • وبهذا الطريق كان يقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين نسايه اذا اراد سفرا

لان له ان يبيعها من شاء منهن بغير قرعة اذ لا حق للمراة في القسم حال سفر الزوج ● وكذلك يونس صلوات الله عليه عرف انه المقصود
وكان له ان يلقي نفسه في الماء من غير اقراع ● ولكنه اقرع لكيلا ينسب الى ما لا يليق ● وكذلك ذكريا عليه السلام كان احق بضم مريم
الى نفسه لان خالتها كانت تحته ● ولكنه اقرع تطييبا لقلوب الاحبار مع ان تلك كانت معجزة ● فقد روي ان اقلامهم كانت من الحديد
وكان الشرط ان من طفا قلمه على وجه الماء فهو احق بها ● وروي انه كان من القصب وكان الشرط ان من استقبل قلمه جري الماء مع الهوى
فهو احق بها بعد اغتماسه على الحديث ● ومن اصحابنا من قال هذا الحديث غير صحيح لانه روي ان الرجل كان له ستة اعبد فيهم سواء
ولم يكن له معهم شيء ● وهذا من نوادر ما يكون ولو ثبت فيحتمل ان الرجل وصى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتقهم وفي الحديث
دليل عليهم لانه قال فاعتق اثنين منهم ● وكان لرسول الله ان يعتق اي الاثنين شاء منهم فاقرع تطييبا لقلوبهم ● وذكر الجصاص في تاويله
ان معنى قوله فاعتق اثنين منهم اي قدر اثنين منهم وبه نقول فانا اذا اعتقنا من كل واحد منهم ثلثه فقد اعتقنا قدر اثنين منهم ومعنى
فاقرع اي دقق النظر يقال فلان يقرع دهره اي دقق النظر في الامور ودقق الحساب بان جعل قدر الرقبتين بينهم اسداسا هذا تاويل
الحديث ان صح ● وعن اسمعيل بن خالد عن الشعبي في رجل اعتق عبدا له عند الموت ولا مال له غيره ● قال عامر قال مسروق هو حر كله
شيء جعله الله لا ارده ● وقال شريح يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين قلت فاي القولين احب اليك قال فتيا مسروق وقضاء شريح وهذا
اشارة الى ان العتق يتجزى في الحكم كما هو مذهب ابي حنيفة رح وانه يجب اتمامه ● ولا يجوز استدامة الرق كما هو فتوى مسروق
وعن علي رض ان رجلا اعتق عبدا له عند الموت وعليه دين ● قال يسعى العبد في قيمته وعن ابي يحيى الاعرج عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال يسعى العبد في الدين ● والمراد اذا كان الدين بقدر قيمته ● وعن ابن مسعود نحوه فانه قال تسعى الامة في ثمنها يعني
في قيمتها ● وهذا لان الدين مقدم على الوصية والميراث والعتق في المرض وصية فيرده لقيام الدين ● ولكن العتق لا يحتمل الفسخ والرق
بعد سقوطه لا يحتمل العود فكان الرد بايجاب السعاية عليه ● وعن ابراهيم رح قال اذا كانت وصية وعتق يبدا بالعتق ● وهكذا
عن شريح وهو قول ابن عمر رض لان العتق اقوى سببا فهو يلزم بنفسه على وجه لا يحتمل الرد والرجوع عنه والترجيح بقوة السبب اصل
وعن عمر رض انه اعتق عبدا له نصرانيا يدعى يحنس وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك على بعض اعمالنا ● وفيه دليل على ان اعتاق
النصراني قربة وانهم لا يؤمنون على شيء من امور المسلمين فانهم لا يؤدون الامانة في ذلك ● وقد انكر عمر رض ذلك على ابي موسى الاشعري
فانه قال مر كاتبك فليكتب لنا فقال ان كاتبي لا يدخل المسجد فقال اجنب هو قال لا ولكنه نصراني فقال سبحان الله اما سمعت
الله يقول لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم خبالا ● وعن عمر بن عبد العزيز رح انه اعتق عبدا له نصرانيا فمات العبد فجعل ميراثه
لبيت المال وفيه دليل على ان المسلم لا يرث الكافر فاذا مات ولا وارث له فصرف ماله لبيت المال ● وعن ابن عمر رض ان امة فجرت
وولدت من الزنا فاعتقها ابن عمر واعتق ولدها ● وفيه دليل على جواز التقرب الى الله تعالى بعتق ولد الزنا ● وعن عمر رض انه اوصى بولد
الزنا خيرا واوصى بهم ان يعتق ● وهذا لانهم من الحرمة ما لسائر بني ادم ولا ذنب لهم انما الذنب لابائهم كما ذكر عن عائشة رض
انها كانت تتاول في اولاد الزنا ولا تزر وازرة وزر اخرى ● وذكر عن ابراهيم وعامر قالا لا يجزي ولد الزنا في النسمة الواجبة
وكانهما باولادهم ذلك قوله عم ولد الزنا شر الثلثة ● ولسنا ناخذ بقولهما فان الله تعالى امر بتحرير الرقبة واكثر المماليك لا يعرف لهم اباء
عادة ● وتاويل الحديث شر الثلثة نسبا فانه لا نسب له او قال ذلك في ولد زنا بعينه نشا مرتدا فكان اخبث من ابويه واذا قال الرجل
لامته امرك بيدك يعني في العتق فان اعتقت نفسها في مجلسها عتقت وان قامت منه قبل ان تعتق نفسها فهي امة لانه ملكها امرها
وامر امورها العتق فعمل نيته في العتق ● وجواب التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه في الطلاق وذكرنا هناك انه اذا لم ينو الطلاق
فالقول قوله فكذلك هنا اذا لم ينو العتق وكذلك ان جعل امرها في يد غيرها ● وان قال لها اعتقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا
لان كلامها يصلح جوابا للتخيير وان المولى ما خيرها وانما ملكها امرها ● وقولها اخترت نفسي لا يصلح للنص في حكم الملك
الا ترى ان المولى يملك اعتاقها ولو قال لها اخترتك من نفسي واخترت نفسي منك لا تعتق فكذلك قولها ولان قوله اعتقي نفسك
اقامة منه اياها مقام نفسه في ايقاع العتق فانما يملك الايقاع باللفظ الذي كان المولى مالكا للايقاع به ● وان قال لها انت حرة
ان شئت فان قالت في مجلسها قد شئت كانت حرة ولو قامت قبل ان تقول شيئا فهي امة والتفويض الى مشيتها بمنزلة التمليك منها
فيقتصر على الجواب في المجلس ● وكذلك ان قال ان ردتنا وهويتنا واحببتنا وقال انت حرة ان كنت تحبيني وتبغضيني فالقول في ذلك
قولها ما دامت في مجلسها كما في الطلاق لانه لا يوقف على ما في قلبها الا باخبارها فكان هذا بمنزلة التعليق بالاخبار بذلك
وان قالت في ذلك لست احبك ثم قالت انا احبك لم تصدق للتناقض ● ولان شرط البر قد تم بقولها الاول فلم يبق لها قول مقبول

بعد ذلك

بعد ذلك في حق المولى ● وكذلك لو قال ان كنت تحبين العتق فانت حرة ولو قال انت حرة اذا حضت كان القول في ذلك قولها
استحسانا لانه لا يوقف عليه الا من جهتها ● ولكن هذا لا يقتصر على مجلسها لانها لا تقدر على الاخبار بالحيض على وجه تكون
صادقة فيه الا بعد رؤية الدم ● وربما لا يتحقق في ذلك المجلس فمتى حاضت عتقت ● ولو قال انت حرة وفلانة ان شئت فقالت قد شئت
نفسي لم تعتق لان قوله ان شئت ليس بكلام مستقل بنفسه فلا بد من جعله بناء على ما سبق فيكون معناه ان شئت عتقكما فلا يتم الشرط
بمشيتها عتق نفسها ● وكذا لو قال لامتيه انتما حرتان ان شئتما فشاءت احداهما فهو باطل لان معنى كلامه ان شئتما عتقكما فلا يتم الشرط
بمشية احداهما ولا بمشيتهما عتق احداهما ● ولو قال ايتكما شاءت العتق فهي حرة فشاءتا جميعا عتقتا لان كلمة اي تتناول كل واحدة
على الانفراد فان شاءت احداهما عتقت التي شاءت لان مشية كل واحدة منهما بهذا اللفظ شرط عتقها ● الا ترى انه قال
ايتكما شاءت ولم يقل شاءتا جميعا وان شاءتا عتقتا فان قال اردت احداهما لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه نوى التخصيص في اللفظ ● فان كان نوى احداهما بعينها عتقت هي وان نوى احداهما لا بعينها ● ولو قال كل مملوك لي
فهو حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبون فانهم لا يعتقون الا ان ينويهم لان كلمة
كل موجب للتعميم وقد اوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه رقا ويدا حتى يملك استغلالهم واستكسابهم ● وهذا غير موجود
في المكاتبين فانه يملكهم رقا لا يدا بل المكاتب كالحر يدا حتى كان احق بمكاسبه ● ولا يملك المولى استكسابه والثابت من وجه دون
وجه لا يكون ثابتا مطلقا فلهذا لا يدخلون الا ان ينويهم فان نواهم فقد نوى من محتملات كلامه لانه قد يضيف الى نفسه ما يكون
مضافا اليه من وجه دون وجه ● وان قال اردت الرجال دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء
لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ● وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله
تعالى لان هنا لم ينو التخصيص فيما في لفظه لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند
الاختلاط يستعمل عليهم لفظ المذكر عادة ● فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله
تعالى ولا يدين في القضاء ● ولهذا لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا ● قال وكذلك لو قال لم انو المدبرين لم يصدق
في القضاء وفي كتاب الايمان يقول اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء ففيه روايتان
وجه تلك الرواية انه نوى التخصيص عما ليس في لفظه لان التدبير وان كان يوجب استحقاق العتق فلا يوجب نقصانا
في الاضافة اليه بالمملكية واليد ● ووجه هذه الرواية ان اضافته الى المولى برقبته والتدبير يمكن نقصانا في الرق لان
استحقاق العتق على وجه لا يحتمل الفسخ لا يكون الا بعد نقصان في رقه ● ولهذا امتنع المدبر من كل وجه كالحر حتى لا يحتمل البيع فكان
هو كالمكاتب من هذا الوجه غير مضاف الى المولى مطلق الملك والرق الا ان النقصان هنا في الاضافة بمعنى خفي فيدين فيما بينه
وبين الله تعالى دون القضاء ولا يخرج من الكلام بدون النية ● وفي المكاتب النقصان بسبب ظاهر وهو ملك اليد في مكاسبه
فلا يدخل الا ان ينويه ولان قوله كل مملوك لي حر انشاء للعتق ● وقد بينا ان عتق المدبر من وجه تعجيل لما استحقه مؤجلا فلا يكون
انشاء من كل وجه ● فاذا قال لم انو المدبرين فقد بينا انه نوى ما يكون انشاء من كل وجه خاص ● وذلك امر في ضميره فيدين فيما
بينه وبين الله تعالى ● ولو قال لعبيده انتم احرار الا فلانا الا فلانا كما قال لان الكلام المفيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى
وقد بقي سوى المستثنى عند تكلمه ان يجعل كلامه عبارة عنه ● ولو قال سالم حر وميمون حر وبزيع حر الا سالما عتقوا جميعا لانه تكلم بكلامين
كل واحد منهما مستقل بنفسه بما ذكر له من الخبر وكان قوله الا سالما استثناء لجميع ما اوله اخر كلامه ● وذلك باطل لانه تعطيل
والاستثناء للتحصيل والبيان ● وانما تحقق ذلك اذا كان يبقى سوى المستثنى شيء يتناوله ذلك الكلام ● وهذا بخلاف ما لو قال سالم
وميمون وبزيع احرار الا سالما فان الاستثناء صحيح هنا لان كلامه واحد هنا معنى حين اخر ذكر الخبر حتى عطف احدهما على الاخر
وذكر ما يصلح خبرا للمستثنى وغيره فان كلامه واحد معنى فكانه قال هم احرار الا سالما ● وان قال كل مملوك املكه ابدا فهو حر
فهذا اللفظ انما يتناول ما يملكه في المستقبل لانه قال ابدا وليس للابد نهاية في الحقيقة وفي العرف هو عبارة عن وقت في المستقبل
الى موته ● ومن اصلنا ان العتق يحتمل الاضافة الى الملك كالطلاق فباي سبب ملك المولى من شرى او غيره فانه يعتق لان المضاف
الى وقت متعلق بشرط عند وجوده كالمنجز ● وكذلك لو قال كل مملوك املكه الى ثلثين سنة ● وكذلك اذا قال كل مملوك اشتريه
فهو حر لان الشراء سبب للملك واقامة السبب مقام الحكم صحيح فان امر غيره فاشترى مملوكا لم يعتق لانه جعل الشرط شراءه
بنفسه ولم يوجد فان حقوق البيع والشرى انما تتعلق بالعاقد والعاقد يستغني عن اضافة العقد الى الامر بخلاف النكاح ● وان كان نوى

ان لا يشترى هو ولا غيره بعتق لانه شدد الامر على نفسه بلفظ يحتمله فان نوى الحكم وهو الملك بما ذكر من سببه وهو الشرى
قالوا وهذا كله اذا كان الرجل ممن يباشر العقد بنفسه فاما اذا كان الحالف ممن لا يباشر الشراء بنفسه عادة فامر غيره في
ان يشترى له عتق لانه باليمين منع نفسه عما باشره عادة فاذا كان عادته الشرى بهذا الطريق ينصرف يمينه اليه عند الاطلاق
وان قال كل مملوك لى حر يوم اكلم فلانا وليس له مملوك ثم اشترى مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان قوله املكه وان كان ظاهره
الاستقبال فالمراد به الحال فى الاستعمال يقال فلان يملك كذا وانا املك كذا يعنى فى الحال فما ليس بمملوك له فى الحال لا يتناوله
كلامه لان المضاف الى وقت والمعلق بالشرط انما يثبتان لما يثبت المنجز فاذا كان العتق المنجز بهذا اللفظ لا يتناول
الا ما يملكه فى الحال فكذا المضاف الى وقت بخلاف ما سبق لان الاضافة هنا فى الملك لا فى الحرية فلهذا يتناول ما يملكه فى المستقبل
وان كان قال يوم اكلم فلانا فكل مملوك لى يومئذ حر عتقوا لانه اوجب العتق لما يكون فى ملكه وقت الكلام فيعتقون جميعا • وان قال
يوم اكلمه فكل مملوك املكه ابدا فهو حر ثم اشترى مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز • وقوله
كل مملوك املكه ابدا حر فيصير عند وجود الكلام كانه قال كل مملوك املكه ابدا • وهذا اللفظ انما يتناول ما يملكه بعد الكلام
دون ما كان مملوكا قبل الكلام • والمشترى قبل الكلام مملوك له وقت الكلام فلا يتناوله ايجابه • وان قال كل مملوك
املكه حر يوم اكلم فلانا وهو يريد ما يملكه فى المستقبل • فاشترى مملوكا ثم كلمه عتق لانه نوى حقيقة كلامه فقوله املكه
للاستقبال ولكن يعتق فى القضاء من كان فى ملكه يوم حلف لان ظاهر لفظه يتناول المملوك له فى الحال لغلبة الاستعمال
فلا يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره • وذكر فى النوادر انه يصدق لان ما نوى من حقيقة كلامه مستعمل ايضا
وانما لا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره اذا كان المنوى خلاف المستعمل • وان قال كل مملوك لى حر وله عبد بينه وبين اخر لم يعتق
لانه اوجب العتق لمملوك مضاف اليه بالملكية مطلقا • والمملوك اسم للعبد وهو المضاف اليه من وجه الى شريكه من وجه
فلا يتناوله مطلق الكلام فان نواه عتق استحسانا • وفى القياس لا يعتق لان نصيبه من العبد المشترك لا يسمى عبدا
ولا مملوكا فقد نوى خلاف الملفوظ • ولكنه فى الاستحسان يقول الجزء من العبد موصوف بانه مملوك كالكل • ولهذا صح
اضافة التصرفات المختصة بالملك الى الجزء الشائع فاذا نوى فقد شدد على نفسه بلفظ يحتمله • وبدون نيته ان نوى لم يدخل
فى العرف فان المملوك اسم للعبد الكامل عرفا وقد سقط اعتبار هذا العرف حين نوى بخلافه • يوضحه ان العبد المشترك
مضاف اليه من وجه دون وجه فيكون كالمكاتب يدخل بنيته • وان كان له عبد تاجر له مماليك وعليه دين او لا دين عليه
عتق العبد التاجر لانه مملوك له رقبة ويدا فيتناوله مطلق الاضافة فاما مماليكه فعلى قول ابى حنيفة رح ان كان عليه دين
محيط برقبته وكسبه لم يعتقوا مماليكه نوى ام لم ينوهم • وان لم يكن عليه دين لم يعتق مماليكه الا ان ينويهم • وعند ابى يوسف
سوا كان عليه دين او لم يكن فان نواهم عتقوا وان لم ينوهم لا يعتقوا • وعند محمد رح سوا كان عليه دين او لم يكن يعتقون
الا ان يستثنيهم بنيته • وهذا ينبنى على اصلين احدهما فى المأذون وهو ان المولى لا يملك كسب العبد المأذون اذا كان مستغرقا
بالدين عند ابى حنيفة رح وعندهما يملكه • والثانى فى الايمان ان كسب العبد لا يكون مضافا الى المولى فى قول ابى حنيفة
وابى يوسف رح يكون حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار عبده حنث عند محمد يحنث لان حقيقة هذه الاضافة
الى الملك وكسب العبد مملوك لمولاه • وعندهما الاضافة الى المولى مجاز والى العبد حقيقة لانه كسبه قال ع م من باع عبدا
وله مال • والدليل عليه انه يستقيم ان ينفى عن المولى فيقال هذا ليس بداره بل هو دار عبده • والعبرة للاضافة لا للملك
الا ترى انه لو دخل دارا يسكنها فلان بعارية او اجارة كان حانثا • اذا عرفنا هذا فنقول اما عند ابى حنيفة رح فالمولى لا يملك
كسب العبد اذا كان عليه دين حتى لو اعتقه بعينه لم يعتق مطلق كلامه الا ان ينويه • وعند محمد الاضافة باعتبار الملك
فلا يدخل فى كلامه الا ان ينويه • وعند محمد الاضافة وهو مملوك له سوا كان عليه دين او لم يكن فيعتق بايجابه الا ان يستثنيه بنيته
فيعمل استثناؤه لانه نوى المضاف اليه من كل وجه • وهذا مضاف اليه ملكا ولكنه مضاف الى عبده كسبا او نوى تخصيص
لفظه العام فيعمل نيته فيما بينه وبين الله تعالى • ولهذا لا يصدق فى القضاء واذا دعى عبده سالما فاجابه مرزوق فقال
انت حر ولا نية له عتق الذى اجابه لانه اتبع ايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيب • وان قال عنيت سالما عتق سالم بنيته
لكون المنوى من محتملات كلامه ولكنه لا يصدق فى القضاء فى صرف العتق عن مرزوق لان الايقاع تناوله فى الظاهر
فلا يدين فى صرفه عنه فى القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى • وان قال يا سالم انت حر واشار الى شخص ظنه سالما

فاذا

فاذا هو عبد اخر له او لغيره عتق عبده سالم لانه اتبع الايقاع النداء فيتناول المنادى خاصة ولا معتبر لظنه فان الظن
لا يغنى من الحق شيئا • واذا اعتق الرجل عبده او امته ثم جحد العتق حتى اصاب من الخدمة والغلة ما اصاب ثم اقر به او قامت
عليه البينة من الخدمة فليس عليه شئ لانه مجرد استيفاء المنفعة ولا تتقوم المنفعة الا بعقد • الا ترى انه لو غصب حرا
فاستخدمه لم يكن عليه شئ سوى المأثم عندنا • فهذا مثله بل عينه لانه تبين انها كانت حرة حين استخدمها ويرد عليها ما اصاب
من غلتها • ومراده اذا كانت هى التى اجرت نفسها او اكتسبت لانه تبين انها كانت حرة مالكة لكسبها فعلى المولى ان يرد عليها
ما اخذ منها • وان كان هو الذى اجرها فما اخذ من الغلة يكون مملوكا له لانه وجب بعقده ولكن لا تطيب له لانه حصل
من كسب خبيث • وعليه فى الوطى لها مهر المثل لانه تبين انه وطيها وهى حرة • والوطى فى غير الملك لا ينفك عن حد او مهر
وقد سقط الحد بالشبهة لانها كانت مملوكة له يومئذ فى الظاهر فوجب المهر • وهذا لان المستوفى بالوطى فى حكم العين
دون المنفعة • ولهذا تختص اباحته بما يتناوله بالملك ولا يملك بالعقد الا مؤبدا • وان كان جنى جناية ثم اقر المولى
انه كان اعتقه قبل ذلك لم يصدق فى الزام الجانى ارش حكم الحر لان اقراره ليس بحجة فى حق الجانى وثبوت الحكم بحسب الحجة
واقراره حجة عليه خاصة فما وجب من ارش المماليك يكون لها لان المولى حول ذلك باقراره اليها وذلك صحيح منه لكونه مقرا به
على نفسه • وان قامت به بينة لزم الجانى حكم الجناية على الحر لان البينة حجة فى حق الكل • والثابت من الحرية بها قبل الجناية
كالثابت معاينة • ولا يجوز عتق الصبى والمجنون فى حالة جنونه لان قولهما هدر شرعا خصوصا فيما يضرهما ولان العتق
لا ينفذ الا بقول ملزم لانه يلزم فى نفسه وقولهما غير ملزم شرعا • وان اعتق فى حال افاقته جاز لانه مخاطب له قول ملزم
وهو يملك العبد حقيقة فينفذ عتقه • وان قال اعتقت عبدى وانا صبى او وانا نائم فالقول له لانه اضاف اقراره الى
حالة معهودة تنافى عتاقه فكان انكارا للعتق معنى واقرارا صورة والعبرة للمعنى دون الصورة • وكذلك لو قال اعتقته
قبل ان يخلق او قبل ان اخلق لانه اضافه الى حالة معهودة تنافى عتاقه فيكون هذا ابلغ فى النفى من الاضافة الى حالة
تنافى الاعتاق شرعا • واذا وجب تصديقه ثمة فهنا اولى • واذا قال لعبده انت حر متى شئت وكلما شئت واذاما شئت
فقال العبد لا اشاء ثم باعه ثم اشتراه ثم شاء العتق فهو حر لانه علق عتقه بوجود مشيته فى عمره ولم يفت ذلك بقوله لا اشاء
لانه يتحقق منه المشية بعده • وقوله لا اشاء كسكوته او قيامه عن المجلس ولا يجعل قوله لا اشاء ردا لاصل كلام المولى
لان تعليق العتق بالشرط يتم بالمولى فلا يرتد برد العبد واذا بقى التعليق نزل العتق بوجود الشرط بمشيته • قال
الا ترى انه لو قال ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق • وهذا مذهبنا فاما عند الشافعى
لا يعتق لان الملك عنده كما يشترط لانعقاد اليمين يشترط لبقائها وبالبيع زال ملكه • ولكنا نقول الملك ليس بشرط
لانعقاد اليمين انما الشرط وجود المحلوف به ولهذا صححنا اضافة العتق الى الملك والمحلوف به هو العتق ومحليه العبد
للعتق بصفة الرق وذلك لا ينعدم بالبيع الا انه لا يشترط الملك عند وجود الرق ليزول العتق لان تصرفه يتصل
بالمحل عند وجود الشرط • فاما قبل ذلك فبقاء اليمين ببقاء ذمته وبقاء المحلوف به لكونه محلا للعتق فلا معنى لاشتراط الملك
وان قال انت حر حيث شئت فقام من مجلسه بطل ذلك لان حيث عبارة عن المكان اى انت حر فى اى مكان شئت
فليس فى لفظه ما يوجب تعميما فى الوقت فيتوقف بالمجلس كقوله ان شئت • وان قال انت حر كيف شئت عتق فى قول
ابى حنيفة ولم يعتق فى قولهما ما لم يشأ قبل ان يقوم من مجلسه • وقد بينا هذا فى الطلاق والعتق قياسه وقوله كيف شئت
فى العتق ليس بشئ فى قول ابى حنيفة لانه بعد نزول العتق لا مشية له فى تغييره من وصف الى وصف • ولهذا لو شاء العبد عتقا
على مال او الى اجل او بشرط او شاء التدبير فكذلك باطل كله وهو حر • وان قال عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق
لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه فكانه عرفه بالاشارة اليه • ولانه اوجب الاسم الحاجة الا فى ملكه فيتم ملكه له
وان قال لعبده حر واياه عنيت لم يصدق الا ببينة لان كلامه يتناول ذلك العبد الذى هو ملكه فيه باعتبار الظاهر
فيكون هو متهما فى صرفه عنه الى من لا يعلم فلا يصدقه القاضى الا بحجة • ولو قال ابيعك عبدا بكذا ولم يسمه ولم يره
المشترى فالبيع باطل لانه اوجبه فى مجهول • وايجاب البيع فى المجهول باطل • وهذه جهالة تفضى الى المنازعة بينهما
فان اتفقا انه هذا فالبيع جائز لان الجهالة والمنازعة قد ارتفعت باتفاقهما وكان ما بينهما فى الانتهاء بمنزلة التعيين
فى الابتداء • وان قال بعتك عبدى بكذا ولم يسمه كان للمشترى الخيار اذا راه لانه عرفه بالاضافة الى نفسه فكان

بمنزلة التعريف بالاشارة الى مكانه ولبس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم الا واحد وثبوت الخيار للمشتري لعدم
الرؤية قال وليس هذا كالعتق وظن بعض مشايخنا رح ان مراده الفرق بينهما في اثبات خيار الرؤية وليس كذلك
بل المراد هو الفرق لان ايجاب العتق في المجهول صحيح بخلاف ايجاب البيع حتى لو قال اعتقت عبدا وليس له الا عبد واحد عتق
ذلك العبد بخلاف ما لو قال بعتك عبدا لان المنازعة تتمكن بسبب الجهالة في البيع دون العتق والبيان من المولى مقبول
في العتق لانه ايجاب لا يقابله استيجاب بخلاف البيع ولو قال احد عبدي حر او احد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق
ذلك العبد لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه بالملكية واذا كان المضاف اليه بالملكية واحدا كان متعينا لايجابه
ولو قال لعبديه احدكما حر عتق احدهما لا بعينه لان العتق يحتمل التعليق بالشرط فيصح ايجابه في المجهول كالطلاق وهذا
لان المعلق بالشرط انما ينزل عند وجود الشرط والايجاب في المجهول في حق العين كالمعلق بشرط البيان فيما يحتمل التعليق
بالشرط يصح ايجابه في المجهول فان مات احدهما قبل تعيين العتق في الاخر لان الذي مات خرج من ان يكون محلا لايقاع
العتق عليه والعتق المبهم في حق المعين كالنازل عند البيان فلا بد من بقاء المحل ليبقى خياره في البيان وعدم التعيين في الباقي
منهما كان لمزاحمة الاخر اياه وقد زالت هذه المزاحمة بخروج احدهما من ان يكون محلا للعتق فلهذا يتعين في الاخر ولهذا
خلاف البيع فانه لو اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك
وهنا تعين العتق في القائم قال علي القمي وفي الحقيقة لا فرق بينهما لان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين والاصح ان نقول
هنا حين اشرف احدهما على الهلاك تعين العتق فيه لانه تعذر عليه رده كما قبض فانما يتعين للبيع وهو حي لا ميت
وهنا لو تعين العتق فيه تعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج من ان يكون محلا للعتق وبعد الموت ليس هو محل للعتق
فتعين في القائم ضرورة وكذا لو باع احدهما او وهبه لانه اكتسب فيه سبب التمليك والمعتق لا يكون محلا للتمليك
فمن ضرورة اكتساب سبب التمليك فيه نفي العتق عنه وذلك يخرجه من مزاحمة الاخر في ذلك العتق ولهذا لان تصرف العاقل
محمول على الصحة ما امكن ومن ضرورة صحة هذا التصرف انتفاء العتق عن هذا المحل وكذلك لو دبر احدهما صح تدبيره
لانها مملوكة في الظاهر ومن ضرورة صحة التدبير انتفاء ذلك العتق عنه لان المعتق لا يدبر وهذا لان التدبير تعليق
للشرط والعتق في محل واحد لا يتعدد فمن ضرورة تنجيزه بطلان التعليق بالموت ومن ضرورة صحة تعليقه بالموت
انتفاء تنجيز العتق عنه قبله وكذلك لو كانتا امتين فوطئ احدهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امية
الولد استحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدهما يعتق الاخرى لزوال المزاحمة ولو وطئ احدهما
ولم تعلق منه فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح وفي قول ابي حنيفة رح لا يتعين العتق في الاخرى بل يبقى خياره في البيان
وجه قولهما ان الوطء تصرف لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه في احداهما دليل تعيين الملك فيها ومن ضرورته انتفاء ذلك
العتق عنها فيتعين في الاخرى وقاسا بما بينا في التصرفات وبما قال لامرأتين له احداكما طالق ثلثا ثم وطئ احداهما تعين الطلاق
في الاخرى وهذا لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن لان عقله ودينه يمنعه من الحرام ووطؤهما جميعا
ليس بحلال له حتى لا يفتى له بذلك فكان من ضرورة حل الوطء في احداهما انتفاء العتق عنها الا ترى انه لو باع جارية على انه
على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطئها في مدة الخيار تصير فاسخا للبيع وهنا الجارية باقية على ملكه ووطؤها حلال له ثم كان
من ضرورة الاقدام انتفاء سبب الملك عنها فهنا اولى وكذلك لو باع احدى الامتين وسمى لكل واحدة منهما ثمنا وشرط الخيار
لنفسه ثم وطئ احداهما فليس له ان يعين البيع فيها بعد ذلك وكذلك اذا كان المشتري بالخيار فوطئ احداهما تعين البيع فيها
لاثبات صفة الحل لفعله فهذا قياسه وابو حنيفة رح يقول وطؤهما جميعا مملوك له والوطء في الملك بمنزلة الاستخدام
لانه من حيث الحقيقة ليس في الوطء الا استيفاء المنفعة وانما تظهر المفارقة بينهما من طريق الحكم وذلك في غير الملك
فينتفي في الملك والوطء نظير الاستخدام وبيان ان وطأهما مملوك له اما من حيث الحكم فلانهما لو وطئتا بالشبهة كان الواجب
عقر المملوكتين وذلك كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل ومن حيث الحقيقة فلانهما كانتا مملوكتين له قبل ايجاب العتق
وانما وجب العتق في نكرة وكل واحدة منهما بعينها معروفة والمنكر غير المعروف فلا يجوز ايجاب العتق في المعين قبل بيانه
لانه ايجاب في غير المحل الذي اوجبه في الذمة ولكن نقول هو في المنكر كما اوجبه وعدم التعيين لا يمنع صحة الايجاب
فيما هو اضيق من هذا حتى لو باع قفيزا من صبرة جاز فلان لا يمنع صحة الايجاب هنا اولى ولكن الايجاب في المنكر كالمتعلق

بشرط البيان في حكم العين والتعليق بالشرط يمنع الوصول الى المحل وفيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع المعتبر انتفاء معنى المنازعة
لصحة الايجاب فاذا ثبت ان كل واحدة منهما مملوكة له عينا بقي وطء كل واحدة منهما مملوكا له ولكن لا يفتى بالحل لان المنكر الذي وجب
فيه العتق فيهما والحل والحرمة تبنى على الاحتياط فلهذا لا يفتى بحل وطئهما له وان كان وطؤهما مملوكا له وهذا بخلاف النكاح
فان ملك النكاح ليس الا ملك الحل والطلاق موجود الاصل حرمة المحل ولا يجتمع الوصفان في محل واحد فمن ضرورة كون المتعة
باقيا له في الموطوءة انتفاء التطليقات عنها فيتعين في الاخرى واما العتق يزيل ملك الرقبة وحل الوطء باعتبار ملك المتعة في محل
انتفاء العتق عن ذلك المحل ولا نقول هنا لا سبب لملك المتعة الا ملك الرقبة انتفاء ملك المتعة الثابت بسببه لان ما كان طريقه طريق
الضرورة يعتبر فيه الجملة لا الاحوال الا ترى ان الجارية المبيعة اذا جاءت بولد لاقل من ستة اشهر فقطعت يد الولد واخذ المشتري
الارش ثم ادعى البائع نسب الولد بطل البيع وحكم بحرية الاصل للولد ويبقى الارش سالما للمشتري ولا سبب في هذا الموضع لملكه
الارش سوى ملك الرقبة ثم نظر الى الجملة دون الاحوال وكذا لو اشترى لحما فاخبره عدل انه ذبيحة مجوسي يحرم عليه تناوله وسبب
الحل هنا ملك العين ولما كان التناول يثبت في الطعام في الجملة من غير ملك نظر الى الجملة دون الاحوال بخلاف حل الوطء واذا تقرر هذا
فنقول لا منافاة بين ملك المتعة والحرية في محل واحد ابتداء وبقاء في الجملة واكثر ما في الباب ان يكون اقدامه على الوطء دليل بقاء المتعة له
في هذا المحل وذلك لا يوجب انتفاء الحرية عنه ضرورة توضيحه ان وطء احداهما دليل الحرمة في الاخرى والتصريح في الحرمة
يجوز ان يقع به الطلاق بان يقول لامرأته انت علي حرام بنية الطلاق فكذلك ما يدل على الحرمة في الاخرى يحصل به البيان
واما التصريح بالحرمة لا يترك به العتق فكذلك البيان لا يحصل بما يكون دليل الحرمة في احداهما لان البيان في حق المحل كالايجاب ابتداء
ولهذا لا يصح بعد الموت فاما في البيع بشرط الخيار لو لم يجعله فاسخا للبيع بالوطء لكان اذا اجاز البيع يملكه المشتري من وقت العقد
حتى لو وطئت بالشبهة كان الارش للمشتري فتبين به ان البائع وطئها في غير ملكه فلهذا جعلناه بيانا وهنا لو عين العتق في الموطوءة
لا يتبين انعدام ملكه فيها سابقا على الوطء بدليل انها لو وطئت بشبهة يكون الارش سالما للمولى وان عين العتق فيها مع ان فسخ البيع
هناك يحصل بالجناية وهنا لا يحصل بجنايته على احداهما البيان فكذلك الوطء وكذلك في بيع احدى الامتين اما اذا كان الخيار
للمشتري فلانه لا يملك احداهما الا بعد تعيين البيع فيها واذا كان الخيار للبائع فلانه لو عين البيع فيها بعد الوطء يثبت الملك
للمشتري من وقت البيع ويتبين انه وطئها في غير ملكه فللتحرز عن هذا تعين البيع في الاخرى ضرورة وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف
انه لو قبل احداهما او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها فكذلك ايضا لان هذه الافعال لا تحل الا في الملك كالوطء ولو اعتق احداهما بعينها
ثم قال اياها كنت عنيت بذلك العتق الاول كان مصدقا اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فلان العتق الاول في حق العين كان نازلا
حتى يقال له اوقع هذا ايقاعا لذلك العتق في العين وعند محمد رح هو نازل في احداهما حتى يقال له بين على ما ذكرنا في الزيادات
ولكن الخطة في الايقاع والبيان مستحق عليه فيحمل على الوجه المستحق وان قال اردت به الايقاع ابتداء صح ايقاعه لانها بقيت
بعد العتق المبهم محلا قابلا للتصرف وبتقرر ايقاعه يخرج من ان يكون محلا لذلك العتق المبهم فيتعين في الاخرى كما لو دبر احداهما ولو فقأ
رجل عين احداهما المولى على خياره لان المفقوءة عينها محل للعتق كالاخرى وسواء اوقع عليها او على الاخرى فلا اشكال فيه وكذلك
ان اوقع على المفقوءة عينها لانها صارت مملوكة حين فقئت عينها فصار ارش عين المملوكة مستحقا للمولى ثم ايقاع العتق عليها
يعمل فيما بقي منها دون ما فات ونظيره ارش اليد في ولد الجارية المبيعة اذا ادعى البائع نسبه انه يبقى سالما للمشتري وان قال
كنت عنيتها حين اوقعت العتق وقال كنت اوقعت العتق عليها قبل فقء العين لم يصدق في حق الجاني لان الواجب عليه ارش مملوكة
فبهذا الكلام يريد ان يلزمه ارش عين حرة ولكنه مصدق على نفسه حتى يكون ذلك الارش لها لانه هو المستحق للارش ظاهرا
وقد اقر لها واقراره صحيح في حق نفسه ولو قتلهما رجل واحد فان قتل احداهما اولا ثم الاخرى فعليه قيمة الاولى للمولى ودية الاخرى
لورثتها لان بقتل احداهما تعين العتق في الاخرى ضرورة فتنزل به قتلها وهي حرة وان قتلهما معا كان عليه قيمة امة ودية حرة
وان قتلهما معا كان عليه قيمة امة ودية حرة ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحدة منهما ودية حرة لانا
انه قتل الحرة والامة وقتل الحرة يوجب الدية وليست احداهما باولى من الاخرى فيلزمه نصف قيمة كل واحدة منهما ونصف دية بينهما
لان البيان فات حين قتلهما وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما فان قيل اذا لم يكن العتق نازلا في احداهما كيف يجب عليه دية حرة
قلنا هذا انما يلزم من يقول ان العتق نازل في الذمة ونحن قلنا ان العتق نازل في المنكر وذلك المنكر فيهما لا يعدوهما فعند الاتحاد
يعلم انه قاتل للمنكر الذي نزل فيه العتق وهو بمنزلة ما قال في الجامع لو اوصى لرجل باحد عبديه ثم مات فاعتقهما الموصى

ثم عين الوارث وصية في احداهما يعتق ذلك المعين من قبله ثم نصف الموجب في بدل نفس كل واحد منهما يكون لمولاها والنصف لورثتها لان كل واحدة منهما
ان كانت حرة فبدل نفسها لوارثها • وان كانت امة فبدل نفسها لمولاها فيتوزع نصفين للمساواة • ولو قتلهما رجلان كل واحد منهما قتل احداهما
فان كان على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاولى لمولاها • وعلى القاتل الثاني ديتها لورثتها لان العتق تعين فيها وان كان معا فعلى كل واحد منهما
قيمة امة لان كل واحد من القاتلين انما قتل احداهما بعينها • والعتق في حق المعين لانه غير نازل فكانت كل واحدة منهما مملوكة عينا وانما نزل
العتق في المنكر ولانا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فانما وجب لكل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة • ولم يبين في الكتاب
ان ذلك للمولى او لورثتها • وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحدة منهما والنصف للورثة لان في حق المولى الحرية ثابتة في احداهما
فلا يستحق بدل نفسها فيتوزع ذلك نصفين لهذا • ولو قطع ايديهما رجل واحد جميعا معا او احداهما قبل الاخرى او فعل ذلك رجلان كان الواجب
ارش يدي مملوكين ويسلم ذلك كله للمولى لان قطع اليد يبقي خيار المولى لبقاء كل واحدة محلا للعتق وما بقي خيار المولى لا يكون العتق نازلا في عين
احداهما فانما ابانت اليد لكل واحدة منهما على حكم الرق بخلاف القتل فانه لا يبقى خيار المولى في البيان بعدما قتلتا او احداهما • واذا لم يبق خياره
لم يكن بد من الحكم بشيوع العتق فيهما وان كان قاتلهما نتيقن بانه قتل حرة وامة وان لم يجن عليهما احد ولكن المولى مات قبل ان يبين عتق من كل واحدة
منهما نصفها وسعت في نصف قيمتها لان البيان فات بموت المولى فان وارثه لا يخلفه في ذلك لانه لا يقف على مراده • ولان مجرد الخيار لا يورث
ولما فات البيان شاع العتق فيهما اذ ليست احداهما باولى من الاخرى • وبعدما عتق نصف كل واحدة منهما وجب اخراج النصف الباقي
الى الحرية بالسعاية • وان اختار المولى احداهما عند الموت عتقت كلها ولا يعتبر ذلك من ثلث ماله لان الايقاع كان منه في الصحة وقد تم
الاستحقاق به في حقه معتبرا من جميع ماله لانه لا تهمة في جانبه فلا يتغير ذلك ببيانه عند الموت • وهو نظير ما لو طلق احدى نسائه الاربع
قبل الدخول من غير عينها كان له ان يتزوج اخرى لان احداهن قد بانت في حقه لانه لا تهمة في جانبه • ولو جنت احداهما جناية قبل ان يختار
المولى ثم اختار ايقاع العتق عليها بعد علمه بالجناية كان مختارا للجناية لانه كان متمكنا من ان يوقع العتق على الاخرى فايقاعه على هذه في حق
اولياء الجناية بمنزلة ايقاع مبتدا لانه يمنع به دفعها فيصير مختارا للدية ولا يصدق في حقهم انه كان قد اراده بذلك العتق السابق فان مات
المولى قبل البيان عتق من كل واحدة منهما نصفها وسعت كل واحدة منهما في نصف قيمتها لورثة المولى • وكان على المولى من التي جنت في ماله
لانه تعذر دفعها حين عتق نصفها على وجه لم يصر المولى مختارا بل صار مستهلكا بترك البيان في الاخرى حتى مات فيلزمه قيمتها كما لو اعتق
الجانية قبل ان يعلم بالجناية • ولو باع احداهما على انه بالخيار يقع العتق على الاخرى لان تصرفه بالبيع في احداهما نافذ • ومن ضرورته خروجها
من ان تكون محلا لذلك العتق فتعين الاخرى • قال ولو باع احداهما بيعا فاسدا وقبضها المشتري وهذا اظهر لان المشتري بالقبض قد ملكها
فمن ضرورته تعين العتق في الاخرى لان البيع اسم خاص لتمليك مال بمال فيكون تعيينا كالاقرار بانه لا حظ لها في ذلك العتق فيتعين الا
الاخرى له • ولو عرض احداهما على البيع تعين الاخرى للعتق محفوظ عن ابي يوسف رح انه اذا باع احداهما بيعا فاسدا ولم يقبض • وهذا لان الاول البيان
بمنزلة الخيار كصريح البيان لما روي عن النبي عليه السلام • قال لو طلق احداهما
بالخيار عتقت الباقية • وهذا الظاهر لان المشتري لو اعتقها عتقت من قبله فمن ضرورة هذا التصرف خروجها من ان يكون محلا لذلك العتق في ذلك
وكذلك لو كاتب احداهما لانه بالكتابة يوجب لها مالكية اليد في نفسها واكسابها بعوض • وهذا لا يتحقق في العتق فكان انتفاء العتق عنها
من ضرورة تصرفه • وكذلك لو رهن احداهما الا ان ائتمن المرتهن في ماليتها بتصرفه • ومن ضرورته انتفاء العتق عنها ايضا
وكذلك لو اجر احداهما لانه التزم تسليمها الى المستاجر ولا يملك ذلك • ومن ضرورته انتفاء العتق عنها
لانه ليس من ضرورته استخدامها انتفاء العتق عنها فالانسان قد يستخدم الحرة خصوصا اذا كانت ولد له
فلا يكون ذلك دليل البيان • وقد بينا ان الاعتاق من الصبي لا يجوز وهو مروي عن ابن عباس رض • وكذلك لو قال كل مملوك املكه
اذا احتلمت فهو حر لان اليمين لا ينعقد لانعدام الملك وليس للصبي قول ملزم شرعا خصوصا فيما لا منفعة له فيه • والمجنون كالصبي
واذا قال الصحيح عبدي حر يوم اصحاب ... العتق ... المعلق بالشرط كالمجنون والمعتوه
ليس من اهل العتق • ولكنا نقول العتق لا يمنع ملكه ولا يمنع تحقق التعليق انما يقدر • قوله ولا حاجة الى عند وجود الشرط لانه
بالشرط عند وجود الشرط كالمحرز للتعليق السابق • وقد صح منه • واذا اعتق عبدا له الحربي وهو من اهل الحرب في دار الحرب
ثم صار ذميا او اسلم وعبده معه في يده فهو عبده • وعتقه وتدبيره في دار الحرب باطل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
رحمه الله عتقه نافذ ايضا لانه ازال الملك بطريق الابطال فيصح في دار الحرب كالطلاق ثم الملك الحربي اضعف من ملك المسلم فاذا كان ملك المسلم
يزول بالعتق مع تاكده فالاحراز بالملك الحربي اولى • وهما يقولان انه في هذا العتق لانه معتق بلسانه مسترق ببدنه وهو محل الاسترقاق في دار

دار الحرب فعرفنا انه غير معتد به شيئا • ولان الاعتاق احداث القوة واذا كان حربيا لا يتحقق فيه معنى احداث القوة لانه عرضة للتملك
ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اهل الحرب بمنزلة الارقاء حتى لو كان العبد مسلما كان العتق نافذا • وبعض مشايخنا رحمهم الله
يقول لا خلاف في نفوذ العتق على ما فسره محمد رح في السير الكبير انه كان من حكم ملكهم انه يمنع المعتق من استرقاق المعتق وانه ينفذ
العتق • وانما الكلام في اثبات الولاء على ما ذكره الطحاوي رح ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا ولاء عليه للمعتق وله ان يوالي من شاء
وقال ابو يوسف رح استحسن ان يكون ولاؤه للذي اعتقه لان الولاء كالنسب ولا خلاف ان النسب يثبت في دار الحرب حتى لو قال المستامن
لغلامين في يده هولاء اولادي ولجوار في يده هن امهات اولادي قبل ذلك منه فكذلك الولاء لا يثبت في دار الحرب ثم يتاكد بالخروج الى دار الاسلام
ولا يبطل • وهما يقولان ثبوت الولاء للمعتق على المعتق حكم شرعي ودار الحرب ليست بدار الاحكام وهو انما هلك بحرمة ولا حرمة لملك الكافر
ثم لو احرز المملوك نفسه بدارنا لم يكن لاحد عليه ولاء فكذلك المعتق • والاصل فيه ما روي ان ستة من عبيد الطائف خرجوا حين كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم محاصرا لهم ثم خرج مواليهم يطلبون ولاءهم فقال عم اولئك عتقاء الله الا ان ابا يوسف رح يقول هنا لم يوجد من المولى
اكتساب سبب الولاء وانما زال الملك بتباين الدارين وهنا من المولى وجد اكتساب سبب العتق والله اعلم •

باب الشهادة في العتق

وشهادة الشهود على عتق الامة جائزة وان كانت هي منكرة لان هذا فرج معناه ان عتق الامة يوجب تحريم فرجها على المولى وذلك
من حق الشرع • وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى • فان قيل هذا ينبغي ان يكتفى بشهادة الواحد لانه امر ديني وخبر
الواحد فيه حجة تامة • قلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر • وهنا الحاجة ماسة الى ذلك
ولان فيه هنا ازالة الملك والمالية عن المولى • وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا لا بد من ان يشهد به رجلان • فان قيل فاذا كانت هي اخته
من الرضاعة قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج هنا • قلنا بل فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يلزمه
الحد • وبعد العتق يلزمه الحد وبضعها مملوك للمولى • وان كان هو ممنوع عن وطئها بالمحرمية • الا ترى انه لو زوجها كان بدل بضعها يكون له
فيزول ذلك الملك باعتاقها • ولان الامة في انكارها العتق متهمة لما لها من الحظ في الصحبة مع مولاها • ولا معتبر بانكار من هو متهم
في انكاره فجعلناها كالمدعية لهذا • فاما الشهادة على عتق العبد لا تقبل مع جحود العبد في قول ابي حنيفة رحمه الله • وتقبل
في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله • وجه قولهما ان المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة عليه كعتق الامة وطلاق
الزوجة • وبيان ذلك ان المشهود به العتق وهو حق الشرع • الا ترى انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وانه مما يجوز ان يحلف به
بما هو حق الشرع وان الجناية في المجهول صحيح • ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه وذلك حق الشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم
انا خصمهم • وذكر في جملتهم من استرق الحر ويتعلق به حكم تكميل الحدود ووجوب الجمعة والاهلية للولايات • والاسترقاق على اهل الحرب
عقوبة بطريق المجازاة لهم حين انكروا وحدانية الله تعالى فجازاهم على ذلك بان جعلهم عبيد عبيده فاذا انتفى بعد الاسلام تكون حقا للشرع
ولهذا كانت قربة تتادى ببعض الواجبات بها • والدليل عليه ان التناقض في الدعوى لا يمنع قبول البينة حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل
واقام البينة قبلت بينته والتناقض يعدم الدعوى • وجه ابي حنيفة رحمه الله قول النبي صلى الله عليه وسلم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل
قبل ان يستشهد • فقد جعل اداء الشهادة قبل الاستشهاد من امارات الكذب • فظاهره يقتضي ان لا يكون مقبولا منه الا ما خص بدليل الاجماع
والمعنى فيه انه ازالة ملك اليمين بالقول ولا يتضمن معنى تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه الا بالدعوى • وتاثيره ان المشهود به حق العبد
لان الاعتاق احداث قوة المالكية والاستبداد فيتضمن انتفاء المملوكية والرق وذلك كله حق العبد • فاما وراء ذلك بميراث العتق
فلا يعتبر ذلك • وانما يعتبر المشهود به فاذا كان حقا للعبد يتوقف قبول البينة على دعواه • ونحن نسلم ان في السبب معنى حق الشرع • ولهذا
لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده • ولكن هذا لا يدل على قبول البينة فيه من غير الدعوى كالعفو عن القصاص من العبد غير متهم في دعوى الانكار
لان العاقل لا يجحد الحرية ليستكسبه غيره فينفق عليه بعض كسبه ويجعل الباقي لنفسه فيصح انكاره وصار به مكذبا للشهود ايضا بخلاف الامة
لانها متهمة في الانكار على ما قلنا حتى لو كان العبد متهما بان كان يخاف لزوم حد قذف او قصاص في طرف فانكر العتق يقبل • ومن اصحابنا من قال
انما يعدم الدعوى فيما يحتمل الفسخ بعد ثبوته لان اول كلامه ينقض آخره • وآخره ينقض اوله اما فيما لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا معتبر بالتناقض
كما في دعوى النسب • فان الملاعن اذا اكذب نفسه يثبت النسب منه • ولا ينظر الى تناقضه في الدعوى ولا تناقض لحرية الاصل في دارنا
والتناقض فيه لا يكون معدما للدعوى وهذا ضعيف • فان من اصل ابي حنيفة رحمه الله فانه بعدما اقر بنسب ولد امته لغيره لو ادعاه لنفسه

لا يصح للتناقض ايضا والنسب لا يحتمل النقض • والوجه ان يسلك فيه طريقة الشبهين فنقول من حيث السبب المشهود به من حق الشرع بمنزلة طلاق الزوجة وعتاق الامة • ومن حيث الحكم المطلوب بالسبب هو حق العبد كما بينا وما تردد بين الشبهين يوفر حظه عليهما ايضا فلشبهه بحقوق العباد • قلنا الشهادة لا تقبل بدون الدعوى ولشبهه بحق الشرع • قلنا التناقض في الدعوى ايضا لا يمنع قبول البينة عليه • واذا شهدوا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم فانه يعتق لما بينا ان الايجاب للعتق في المجهول صحيح • ولان ملكه ايضا متعين لما اوجبه فبان لا يعرف الشهود العبد لا يمنع قبول شهادتهم على العتق كما ان القاضي يقضي اذا سمع هذه المقالة من المولى وان شهدوا به في البيع ابطلته ايضا • وان كان هو لا يعرف العبد لما بينا • ان الجهالة التي تفضي الى المنازعة تمنع البيع واذا لم تعرف الشهود العبد فهذه جهالة تفضي الى المنازعة ايضا • ويتعذر على القاضي القضاء لاجله بالشهادة واذا شهدوا عليه بعتق عبد بعينه واختلفا في الوقت او المكان او اللفظ او اللغة او شهد احدهما انه اعتقه وشهد الاخر باقراره انه اعتقه فالشهادة جائزة ايضا لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان ولا باختلافهما في اللغة وصيغة الاقرار والانشاء في العتق واحد ايضا • وان اختلفا في الشرط الذي علق به العتق لان احدهما شهد بعتق بتعلق قبل دخول الدار والاخر شهد بعتق يتنجز عند كلام فلان فالكلام غير الدخول فلا يتمكن القاضي من الكلام بواحد من الشرطين • وان اتفقا على انه قال ان دخلت الدار فانت حر • وقال المولى انما قلت له ان كلمت فلانا فانت حر فانهما فعل فهو حر لان التعليق ايضا بالشرط بالدخول يثبت بشهادة شاهدين ايضا وبكلام فلان باقرار المولى ولا منافاة بينهما ايضا • ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل وشهد الاخر انه كان بغير جعل لم تقبل الشهادة بهذين اللفظين ايضا لان احدهما شهد بعتق متعلق بقبول البدل • والاخر شهد بعتق بات ولان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام • وكذلك لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر ذلك فالشهادة لا تقبل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما • لان احدهما شهد بعتق متعلق بقبول الالف وشهد الاخر بقبول الف وخمسمائة • وان كان المولى هو المدعي والعبد منكر فان كان يدعي اقل المالين عتق العبد لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لانه اكذب احد شاهديه وهو الذي شهد له بالف وخمسمائة • وان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضي عليه بالالف لان الشهادة هنا لا تقوم على العتق فالعبد قد عتق باقرار المولى • وانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف وشهد اخر بالف وخمسمائة يقضى بالالف ايضا لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى • واذا شهد شاهد انه اعتقه ان دخل الدار • وشهد اخر انه اعتقه ان كلم فلانا فايهما وجد عتق العبد لان كل واحد من التعليقين ثبت بحجة كاملة ولا تنافي بينهما • وان ادعى الغلام انه اعتقه بالف واقام شاهدين على ذلك وادعاه المولى بالفين واقام شاهدين شهدا له بذلك فالبينة بينة المولى ايضا لانه تثبت الزيادة في حقه ببينته • وان اقام العبد بينة بان المولى قال له اذا اديت الي الفا فانت حر واقام المولى بينة انه انما قال اذا اديت الي الفين فانت حر وانه اداها عتق العبد ولا شيء عليه على الالف الذي اداه لان العبد تثبت ببينته تنجز الحرية فيه وهو حقه ولانه جعل كان الامرين كانا اذ لا منافاة بينهما ولو عاينا وجود الكلامين من المولى يخبر العبد وعتق باداء اي المالين اختاره • ولو اقام العبد البينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى البينة انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى ايضا لان العتق يتنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى بخلاف الاول • قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف درهم فاداها من مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها والوجه فيه ايضا ان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد ذلك ايضا • وان كان المؤدى مسروقا او مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه ايضا فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله ايضا وان كان المؤدى مسروقا او مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه ايضا فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله ايضا • وان شهد للعبد ابناه او ابوه او امه ان مولاه اعتقه فشهادتهم ايضا باطلة لان شهادتهما تقوم لمنفعة العبد وهو لاء متهمون في حقه ولا شهادة لمتهم • والعتق يثبت مع الشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال • واذا رجع شهود العتق بعد قضاء القاضي بالعتق لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد • ولكنهما يضمنان قيمته لانهما اتلفا ماليته على المولى وقد اقر بالرجوع

وقد اقرا بالرجوع انهما اتلفا عليه بغير حق والمعتبر في الضمان عند الرجوع بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع • وقد بينا هذا في الطلاق وان شهد شاهدان بعتقه فلم يحكم بشهادتهما للتهمة ثم ملكه احدهما عتق عليه لانه صار مقرا بحريته وذلك الاقرار لازم في حقه الا انه لم يكن عاملا لانعدام الملك في المحل فاذا وجد الملك عمل وكان كالمجدد للاقرار بعدما ملكه فيكون حرا من ماله • واذا شهد بعتقه فحكم بشهادتهما ثم رجعا عنه ضمنا قيمته ثم قامت بينة غيرهم بان المولى قد كان اعتقه فان شهدوا انه اعتقه قبل شهادة هؤلاء لم يرجعوا بما ضمنوا في قول ابي حنيفة رح • وفي قول ابي يوسف ومحمد رح يرجعون على المولى بما ضمنوا • وهذا بناء على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فيثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا وان لم يكن هنا مدعيا لذلك ثم تبين ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا من ذلك بشهادتهم وانه اخذ منهم ما اخذ بغير حق • وعند ابي حنيفة رح لا تقبل الشهادة على عتق العبد بدون الدعوى ولا مدعي لما يشهد به الفريق الثاني فان العبد قد حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق • والفريق الاول لما شهدوا انه اعتقه في وقت لا يمكنهم ان يدعوا عتقا في وقت سابق عليه للتناقض فلانعدام الدعوى لا تقبل شهادة الفريق الثاني ولا يجب على المولى رد شيء مما اخذه من الفريق الاول • ولو قيد رجل عبده ثم قال ان لم يكن في قيده عشرة ارطال حديد فهو حر وان حله فهو حر فشهد شاهدان ان في قيده خمسة ارطال حديد فقضى القاضي بعتقه ثم حل العبد فاذا فيه عشرة ارطال فعلى قول ابي حنيفة رح الشهود يضمنون قيمته للمولى وهو قول ابي يوسف الاول • وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا يضمنون له شيئا • وهذا بناء على ان قضاء القاضي بالعتق بشهادة الزور عند ابي حنيفة رح ينفذ ظاهرا وباطنا • وفي قول ابي يوسف الاول وهو قوله الاخر وهو قول محمد لا يضمنون شيئا • وهذا بناء على ان قضاء القاضي بالعتق بشهادة الزور عند ابي حنيفة رح ينفذ ظاهرا وباطنا • وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد رح ينفذ ظاهرا لا باطنا فتبين ان قضاء القاضي بشهادتهما لم يكن نافذا في الباطن • وان العبد انما عتق على العبد لا بشهادتهما فلا يضمنان عندهما شيئا • وعند ابي حنيفة انما عتق العبد بقضاء القاضي لنفوذ قضائه ظاهرا وباطنا وقضاء القاضي كان بشهادتهما فلهذا ضمنا قيمته لانا علمنا انهما شهدا بالباطل • فان قيل هما انما شهدا بشرط العتق لانهما شهدا بوزن العبد انه دون عشرة ارطال وذلك شرط العتق ولا ضمان على شهود الشرط • قلنا لا بل شهدا بتنجز العتق لانهما زعما ان المولى علق عتقه بشرط موجود والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزا حتى لو حلف الوكيل بالتنجيز وشهود تنجيز العتق يضمنون عند الرجوع • فان قيل قضاء القاضي انما ينفذ عند ابي حنيفة باعتبار انه يسقط عن القاضي تعرف ما لا طريق له الى معرفته • وهو صدق حقيقة الشهود ولا يسقط عنه الوقوف على ما يتوصل اليه من غير تهم وذهم لان التكليف يثبت بحسب الوسع • وقد امكن القاضي هنا الوقوف على حقيقة وزن العبد لانه لا يعرف ذلك الا بعد ان يحله • واذا حله عتق العبد فسقط عنه حقيقة معرفة وزن القيد وينفذ قضاؤه بالعتق بشهادتهما قبل الاكرار القيد يمكنه معرفة وزن القيد قبل ان يحله بان يضع رجلي العبد مع القيد في طست ويصب فيه الماء حتى يعلو القيد ثم يجعل على منبع الماء علامة ثم يرفع القيد الى ساقه ويضع الحديد في الطست الى ان يصل الماء الى تلك العلامة ثم يزن ذلك • ولو شهدوا انه اعتق عبده سالما وله عبدان اسم كل واحد منهما سالم والمولى يجحد ذلك لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة رح لانه لا بد له من الدعوى لقبول الشهادة عنده والدعوى لا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير متعين منهما • ولا يمكن الشهود من تعيينه فبطلت شهادتهما وان قالوا لا ندري سماه فنسينا اسمه فشهادتهما باطلة لان اقرارهما على انفسهما بالغفلة وبانهما ضيعا شهادتهما • وحكي عن زفر ان الشهادة تقبل ويقال للمولى بين لانهما بينا ان كلام المولى فتثبت شهادتهما ان المولى اعتق عبدا له • والجهالة لا تمنع صحة العتق فكان المولى مجبرا على البيان • ولو شهدوا انه اعتق احد عبديه بغير عينه والمولى يجحد ذلك فشهادتهما باطلة في قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط القبول البينة على العتق عنده والدعوى من المجهول لا تتحقق انما تتحقق الدعوى من كل واحد منهما • والمشهود به عتق في منكر لا معين فلا يقبل • وعند ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة ومسئلة الشهادة تقبل ويؤمر المولى بالبيان لان الشهادة على العتق عندهما تقبل من غير الدعوى فيثبت به ان المولى اعتق احدهما بغير عينه فيؤمر بالبيان لهذا • وكذلك لو شهدوا بانه اعتق احدى امتيه فان قيل في هذا الفصل ينبغي ان تقبل الشهادة عندهم جميعا لان ابا حنيفة رح لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة • قلنا نعم انما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة بعينها لما فيه من تحريم الفرج • فاما العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده • ولهذا قال لا يكون الوطي بيانا فلهذا كان الجواب في العبد والامة سواء الا ان يشهدا ان احدهما اعتق في مرضه بعد ما حضرته الوفاة بحريمه بلغ تحريم الفرج فان هذا كان عند الموت فيعتق من كل واحد منهما • والثاني ان العتق في مرض الموت بمنزلة الوصية حتى يعتبر من الثلث • ووجوب تنفيذ الوصية على الموصي فحصول الدعوى من وصيها ووارثه هنا • فلهذا قبلت البينة ولو شهدا ان احد هذين الرجلين اعتق عبده لم تجز شهادتهما لان المشهود عليه

مجهول • وذلك يمنع قبول الشهادة فان الانكار شرط لقبول البينة • والانكار من المجهول لا يتحقق ولان القاضي لا يتمكن من القضاء على واحد منهما بهذه الشهادة • واذا ادعى العبد او الامة العتق ولم يكن له بينة حاضرة ولم يحل بين المولى وبين العبد لان مجرد الدعوى لا يثبت استحقاق العتق فانه خبر محتمل بين الصدق والكذب • والخبر غير موثوق به لما له في ذلك من الحظ والمصلحة والى هذا اشار عم في قوله لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم والبينة حق للمولى في مملوكه • وكما لا يجوز ابطال الملك بمجرد الدعوى فكذلك لا يجوز ابطال اليد بالحيلولة وكذلك ان اقام شاهدا واحدا لان الحجة لا تتم بشهادة الواحد • وهذا الجواب في العبد فاما في الامة الحيلولة تثبت اذا ادعت ان شاهدها الاخر حاضر احتياطا لامر الفرج • وقد سها هذا فيما امليناه من شرح الجامع • وان اقام شاهدين يحيل بينه وبين مولاه حتى ينظر في امر الشاهدين وهذا اذا كان مولاه فاسقا مخوفا عليه على ما فسرناه في الجامع • والمعنى فيه ان الحجة هنا تمت من حيث الظاهر حتى لو قضى القاضي بشهادتهما قبل ان تظهر عدالتهما نفذ قضاؤه فتثبت الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واذا اشهد شاهد انه اعتق عبده وشهد اخر انه وهبه لنفسه فهذا باطل لانهما اختلفا في المشهود به لفظا فان الهبة غير العتق وضعا لان الهبة تمليك والعتق احداث القوة او ابطال الملك • واختلافهما في المشهود به لفظا يمنع قبول الشهادة • وان شهدا جميعا انه وهب عبده لنفسه فالعبد حر لانه ملكه نفسه ومن ملك نفسه يعتق كالمزاحم • وقد يجوز ان يكون الهبة اعتاقا كما لو شهدوا انه وهبه من قريبه وسلمه اليه فانه يعتق وقد بينا فيما سبق انه اذا قال لم انو به العتق لا يصدق في القضاء • واذا قال له انت حر ان فعلت كذا وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار ونحوه فقال العبد قد فعلت لا يصدق الا ان يقيم البينة او يقر المولى لان العتق المعلق بالشرط انما يتنجز عند وجود الشرط فالعبد بدعواه وجود الشرط يدعي تنجز العتق فيه وهو غير مصدق في ذلك الا بحجة بخلاف قوله ان كنت تحبين او تبغضين لان ذلك لا يوقف عليه الا من جهته فوجب قبول قوله في ذلك ما دام في المجلس • فان قيل فالصوم كذلك لانه نية وبين لا يقف عليه غيره • قلنا لا كذلك فان ركن الصوم هو الكف • وذلك امر ظاهر يقف عليه الناس بوقوفهم على ضده وهو الاكل ولو قال لرجل اعتق اي عبيدي شئت فاعتقهم جميعا لم يعتق منهم الا واحد • والامر في بيانه الى المولى بخلاف ما لو قال اي عبيدي شاء العتق فهو حر فشاؤا واجمعا عتقوا الا ان كلمة اي فيها معنى العموم والخصوص من حيث انها تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد فاذا اضاف المشيئة بها الى خاص ترجح جانب الخصوص فلا يتناول الا واحدا منهم • واذا اضاف المشيئة بها الى عام ترجح جانب العموم ولان هذه الكلمة انما توجب التعميم فيمن دخل تحتها دون من لم يدخل والداخل تحت هذه الكلمة العبيد دون المخاطب بالمشيئة • اذا قال شئت فلا يكون شرط العتق الا مشيئة واحدة بالمشيئة الواحدة منه لا يعتق الا عبد واحد • فاما في قوله شاء انما اضاف المشيئة الى العبد وكلمة اي اقتضت التعميم في العبيد فصار مشيئة كل واحد منهما شرطا لعتقه فلهذا عتقوا ثم البيان الى المولى دون المخاطب بالمشيئة لانه ما فوض اليها فانتهى بوجود المشيئة منه فبقي العتق واقعا على احدهم بغير عينه بايقاع المولى فالبيان اليه • ولو قال ايكم دخل الدار فهو حر فدخلوا عتقوا لان الشرط دخول من دخل تحت كلمة اي • وكذلك لو قال ايكم بشرني بكذا فهو حر فبشروه جميعا عتقوا لان الشرط وجود البشارة ممن دخل تحت كلمة اي فيتم بتعميمه • وان قال عنيت واحدا منهم لم يدين في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام • وان بشره واحد بعد واحد عتق الاول هو البشير ولا يعتق غيره وقد بينا هذا في كتاب الطلاق ان البشارة اسم لخبر سار صدق غائب عن المخبر علمه • واذا قال لاخر اخبر عبدي بعتقه او انه حر او بشره بعتقه فهو حر ساعة تكلم به المولى اخبره العبد او لم يخبره لان الباء للالصاق وانما يتحقق الصاق الاخبار بعتق موجود منه لا معدوم • ولانه لو اخبر بنفسه بان قال انت حر يتضمن ذلك تنجيز العتق من جهته حتى يكون خبره حقا فكذلك اذا امر غيره حتى يخبره • وصار كانه قال اعتقه فبشره بذلك او اعلمه فيعتق سوا اخبره او لم يخبره • واذا قال العبد يا سالم انت حر وهو يعني انسانا بين يديه غير سالم فان سالما حر لانه اتبع الايقاع النداء فانما يتناول المنادى • واذا قال اول عبد يدخل علي من عبيدي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم ادخل عليه عبد حي فانه يعتق الحي • قال لانه هو الاول ولا يحتسب بالميت ولا يكون الميت اولا ولا اخرا • ومعنى هذا ان الادخال عليه للاكرام او للاهانة ولا يتحقق ذلك في الميت فتصير الحيوة ثابتا بمقتضى كلامه • وكانه قال اول عبد حي من عبيدي ولانه جازاه بالحرية • وانما يجازى به الحي دون الميت لان الميت ليس بمحل لايجاب العتق فيه • والثابت بمقتضى الكلام كالثابت بالنص • وان ادخل عليه عبدان حيان معا لم يعتق واحد منهما لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه فيه غيره • ولم يتصف واحد منهما بالفردية عند الادخال عليه فان دخل بعدهما عبد اخر لم يعتق لانه وان اتصف بالفردية فلم يتصف بالسبق حين تقدمه عبدان • ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدين معا لم يعتق واحد منهما لانه لم يتصف واحد منهما بالفردية عند دخوله في ملكه وان ملك بعدهما اخر لم يعتق ايضا

لانه

لانه لم يتصف بالسبق • ولو قال اخر عبد املكه فهو حر فملك عبدين ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثالث لان الاخر اسم لفرد متاخر وقد اتصف به الثالث لم يملك غيره حتى مات ثم عند ابي حنيفة يعتق من جميع المال اذا كان ملكه في الصحة لان صفة الاخرية ثابتة له حين ملكه فتبين انه عتق من ذلك الوقت • وعندهما يعتق في الثلث لان نزول العتق عندهما وقت الموت لتحقق الشرط في هذه الحالة وقد بينا هذا في الطلاق • ولو قال اخر عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يملك غيره حتى مات لم يعتق لان هذا اول وصفة الاولية والاخرية لا تجتمع في شخص واحد من المخلوقين • وان اشترى عبدين معا ثم مات لم يعتق واحد منهم لان الاول والاخر ما اتصف بالتاخر ليكون اخرا • والعبدان لم يتصف كل واحد منهما بالفردية فلا يكون واحد منهما اخرا • ولو قال لا يملكها انت حرة من مالي فهذا باطل لان تنجيز الملك لا يصح الا بعد وجود الملك في المحل ولم يوجد بخلاف قوله اذا ملكتك لان هذا اللفظ يصير مضيفا للعتق الى الملك ولا الى سببه • وهو فصل من الكلام لان العتق من جهته لا يكون الا من ماله فلا يخرج به كلامه من ان يكون تنجيزا ولو قال ان تسريتك فانت حرة وان جامعتك فانت حرة فاشتراها وتسراها او جامعها لم تعتق الا في قول زفر فانه يقول التسري والجماع لا يحل الا في الملك فكان هذا في معنى اضافة العتق الى الملك فصار كقوله ان اشتريتك • ولكنا نقول الجماع يتحقق في غير الملك • وكذلك التسري فانه عبارة عن التحصين والمنع من الخروج وهو ليس بسبب الملك فلا يتحقق به اضافة العتق الى الملك صورة ولا معنى فهو بمنزلة قوله وان كلمتك فانت حرة بخلاف الشرى فانه سبب الملك • وكذلك لو قال كل جارية اتسراها فهي حرة فاشترى جارية بعد يمينه وتسراها لم تعتق • ولو تسرى جارية كانت مملوكة له وقت يمينه عتقت لان الايجاب في حقها صحيح لوجود الملك في المحل وقت الايجاب بمنزلة قوله كل جارية اطأها فهي حرة ثم التسري عند ابي حنيفة ومحمد رح ان لم يبوئها بيتا ويحصنها ويجامعها وطلب الولد ليس بشرط على قول ابي يوسف رح لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا للعادة الظاهرة ان الناس طلبوا الاولاد من السراري • وفي الايمان يعتبر العرف ومما يقوي لان ليس في لفظه ما يدل على طلب الولد لان التسري اما ان يكون ماخوذا من السرو كالتقضي من التقضض وذلك لا اختصاص او يكون ماخوذا من السر الذي هو من السراري ومعناه الاعلاء بالتحصين والمنع من الخروج او يكون هو ماخوذ من السر الذي هو الجماع كما قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا فاذا لم يكن فيه ما ينبئ عن طلب الولد لا يشترط فيه دليل من غير لفظ • وكيف يكون يشترط ذلك وبحصول الولد يخرج من ان يكون تسريه لانها تصير ام ولده فطلب ما يخرجه من ان يكون تسريه لا يمكن ان يجعل شرطا لتحقيق التسري • ولو وطي جارية فعلقت منه لم يعتق لان التسري بالتحصين والمنع من الخروج ولم يوجد • وان قال لعبديه ايكما اكل هذا الرغيف فلم يوجد فان اقام احدهما البينة انه اكله فاعتقه القاضي ثم اقام الاخر البينة انه هو الذي اكله لم يعتقه القاضي لانه جعل الاول اكلا فلا يتصور بعده كون الثاني اكلا له اذ الرغيف الواحد لا يتكرر فيه فعل الاكل • وهذه البينة انما تقوم لابطال القضاء الاول والبينة لابطال القضاء لا تقبل • توضيحه انا نتيقن بكذب احد الفريقين وقد ترجح معنى الصدق في شهادة الفريق الاول بالقضاء فيتعين معنى الكذب في شهادة الفريق الثاني وان جاءت البينتان معا لم يعتق واحد منهما لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين • ولا يعرف الصادق من الكاذب فاذا كانت تهمة الكذب يمنع القضاء بالشهادة فالتيقن بالكذب اولى • وعلى هذا لو شهد شاهدان انه اعتق عبده سالما يوم النحر بمكة فاعتقه القاضي ثم شهد اخران انه ربعا يوم النحر بالكوفة لم تجز شهادتهما • فان جاءت البينتان معا لم تقبل واحدة منهما وهذا والاول سوا فان ردهما ثم ماتت احدى البينتين فاعادا الاخرى تلك لم يقبل القاضي شهادتهم لانه قد ردها للتهمة كما لو رد شهادة الفاسق ثم تاب فاعادها وان لم يمت واحدة من الثنتين حتى جاء احد الفريقين بشاهدين اخرين يشهدان على ما شهدت به البينة الاولى • وجاء الاخر بشهوده الذين كانوا شهدوا فان القاضي يجيز شهادة الاخرين اللذين لم يكونا شهدا عنده لان شهادة الفريقين الاولين قد بطلت للتعارض وصارت كالمعدومة • وانما بقي شهادة الفريق الثاني لاحدهما ولا معارض له فيثبت المشهود به بشهادتهما • ولا معتبر بما ادعاه الثاني لان تلك شهادة حكم ببطلانها • وكما لا تقوم حجة القضاء بمثل هذه الشهادة فكذلك المعارضة لا تثبت بها ٥

باب عتق العبد بين الشركا

الكلام في مسائل هذا الباب تبتنى على اصل ابي حنيفة رح فان العتق عنده يتجزى حتى ان من اعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي ان شاء اعتقه • وان شاء استسعاه في نصف قيمته وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب وعند ابي يوسف

ومحمد والشافعي رح يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عم من اعتق شقصا من عبد فهو حر كله ليس لله فيه شريك • وفي الكتاب
ذكر هذا اللفظ عن عمر رض ايضا • والمعنى فيه ان العتق اسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء فاسقاطه بالعتق لا يتجزى
ايضا كما ان الحل لما كان لا يتجزى • وبيانه ان فعله اعتاق ولا يتحقق الا بانفعال العتق في المحل • وبعد انفعال العتق في بعض
الشخص لو بقي الرق في شيء منه كان فيه ذلك تجزي الرق في محل واحد وذلك لا يجوز • فان الرق الذي ينبني على العتق من الاحكام
تضاد احكام الرق من تكامل الحدود • والاهلية للشهادات والارث والولايات ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد
ولان اتصال احد النصفين بالاخر اقوى من اتصال الجنين بالام لان ذلك بعرض الفصل ثم اعتاق الام يوجب عتق الجنين لا محالة
فاعتاق احد النصفين لان يعتق الاخر اولى • ولان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي في محل واحد
فحقيقة العتق اولى • واستدل ابو حنيفة رح بحديث سالم عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصا له
في عبد فان كان موسرا فعليه خلاصه والا فقد عتق ما عتق ورق ما رق • وقال علي رض يعتق من عبده ما شاء • وتاويل قوله
فهو حر كله باخراج الباقي الى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان انه لا يستدام الرق فيما بقي منه • وهو مذهبنا والمعنى فيه
ان هذا ازالة ملك اليمين بالقول فيتجزى في المحل • وتاثيره ان نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق
فالرق اسم لضعف ثابت في اهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك الا ان بقاء ملكه لا يكون الا باعتبار صفة
الرق في المحل وهو لا يحتمل التملك كالحيوة الا ان بقاء ملكه لا يكون الا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون الا باعتبار صفة الحيوة
في المحل ودليل على ان الحيوة مملوكة له • فاذا ثبت انه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي • فاما يزول بقدر ما يزيله
ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند ابي حنيفة كان معتق البعض كالمكاتب لا في حكم واحد • وهو ان المكاتب اذا عجز
رد في الرق لان السبب هنا العقد يحتمل الفسخ • وهذا اذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق لان سببه ازالة الملك لا الى احد
وهو لا يحتمل الفسخ • وانما سمي فعله اعتاقا مجازا على معنى انه اذا تم ازالة الملك بطريق الاسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة
عن القوة الا ان يكون الفعل المزيل ملاقيا للرق كالقاتل فعله لا يحل الروح وانما يحل البنية ثم ينقض البنية به يزهق الروح فيكون
فعله قتلا من هذا الوجه • ولئن كان فعله قتلا من هذا الوجه • ولئن كان فعله اعتاقا فالعتق الذي ينبني على الاعتاق
لا يتجزى • والاعتاق في نفسه متجزى حتى يتصور من جماعة في محل واحد فالعتق للبعض انما يوجد شطر العلة فيتوقف على المحل
الى تكميله • وهو نظير اباحة اداء الصلاة على كمال العدد • وحرمة المحل لا تتجزى والاعتاق في نفسه متجزى حتى يتصور
من جماعة في محل واحد فالمعتق للبعض انما يوجد شطر العلة فيتوقف على المحل الى تكمله • وهو نظير اباحة اداء الصلوة
تنبني على غسل الاعضاء وهي متجزية في نفسها حتى يكون غاسلا بعض الاعضاء متطهرا • ثم تتوقف اداء الصلوة على كمال العدد وحرمة المحل
لا يتجزى • وان كان ينبني على طلقات هي متجزية حتى كان الموقع للطلقة والطلقتين مطلقا • وتتوقف ثبوت الحرمة على كمال العدد
وحرمة المحل لا تتجزى فهنا الخطاب بزوال العتق في المحل يتوقف على تمام العلة باعتاق ما بقي • وان كان معتق البعض مستحقا
لان الاعتاق يقتضي انفعال العتق كما قال ولكن لا يقتضي الاتصال بالاعتاق بل يثبت الاستحقاق فيما لا اعتاق ويتاخر ثبوته
في المحل الى اكمال العلة • فاما الاسترقاق في المحل هو قبل تحمل الوصف بالتجزي حتى لو فتح الامام بلدة ورأى الصواب
في ان يسترق انصافهم نفذ لديه • والاصح انه لا يتجزى اذ لا يتصور فيه نصفا الشخص دون الاخر • والحكم مبني على السبب
وكذلك الاستيلاد سببه لا يتجزى وهو نسب الولد • فاما عتق الجنين عند اعتاق الام ليس لاجل الاتصال • الا ترى
ان اعتاق الجنين لا يوجب اعتاق الام والاتصال موجود ولكن الجنين في حكم جزء من اجزائها كيدها ورجلها • وثبوت الحكم
في البيع ثبوته في المتبوع • واحد النصفين ليس بتبع للنصف الباقي فان كان العبد بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه جاز
ثم ان كان المعتق موسرا فللساكت ثلث خيارات في قول ابي حنيفة رح ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه
فاذا ادى السعاية اليه عتق والولاء بينهما • وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق على العبد والولاء كله له
وان كان المعتق معسرا فللساكت خيار ان شاء اعتق العبد وان شاء استسعى وليس له حق تضمين الشريك الا على قول بشر
المريسي والقياس فيه احد الشيئين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا فللساكت خيار ان شاء اعتق العبد
وان شاء استسعى وليس له تضمين الشريك الا على قول بشر المريسي • والقياس فيه احد الشيئين اما وجوب الضمان على المعتق
موسرا كان او معسرا الا انه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف

في نفسه

في نفسه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والعسرة او القياس ان لا يجب على المعتق ضمان بحال لانه متصرف في نصيب نفسه •
والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا • ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك غيره كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او احرق الحصائد
فاحترق شيء من ملك جاره • ولكنا تركنا القياس للاثار فمنها ما روى نافع عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الرجل
يعتق نصيبه في المملوك ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا يسعى في حصة الاخر • وهكذا روى عروة عن عائشة وعمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده • وعن ابن مسعود رض ان رجلين من جهينة كان بينهما عبد فاعتقه احدهما فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فضمنه نصيب صاحبه وحبسه حتى باع غنيمة له في ذلك • وذكر الحسن عن عمر رض في العبد بين اثنين يعتقه احدهما انه يضمن نصيب
صاحبه ان كان غنيا وان كان فقيرا يسعى العبد في النصف لصاحبه • وعن ابن مسعود رضوان الله عليهم ان رجلين من جهينة كان بينهما
ابراهيم عن الاسود بن يزيد انه اعتق عبدا له ولاخوة له صغار فذكر ذلك لعمر رض فقال يستانى بالصغار حتى يدركوا فان شاؤوا اعتقوا
وان شاؤوا اخذوا القيمة فلهذه الاثار قلنا يوجب الضمان في حالة اليسار دون العسرة ولكن المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى •
حتى اذا كان له من المال قدر قيمة المملوك فهو ضامن وان كان تحل له الصدقة هكذا ذكر في حديث نافع عن ابن عمر رض ان النبي عم قال
قوم عليه نصيب شريكه ان كان له من المال ما يبلغ ذلك • ولانه قصد التقرب والصلة باعتاق نصيبه وتمام ذلك بتغير ما بقي
فاذا كان متمكنا من اتمامه بملكه مقدار ما يؤديه الى شريكه كان عليه ذلك لان الخلاف هذا اليسار بالضمان والاعسار بتحقيق
معنى النظر للشريك فانه اذا استسعى العبد يتاخر وصول حقه اليه • واذا ضمن شريكه يتوصل الى مالية نصيبه في الحال
وانما يكون هذا اذا كان موسرا له من المال مقدار ما يبلغ قيمة نصيب شريكه • ثم على قول ابي يوسف ومحمد رح لا خيار للساكت
وانما له تضمين الشريك ان كان موسرا • واستسعى العبد ان كان معسرا اخذا بظاهر الحديث وبناء على اصلهما ان العتق لا يتجزى
ولهذا لو كان الولاء كله للمعتق في الوجهين جميعا • وهو قول ابن ابي ليلى الا في حرف واحد يقول اذا سعى العبد رجع به على المعتق
اذا ايسر لانه هو الذي الزمه ذلك بفعله وقاس العبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد في الدين رجع على الراهن
اذا ايسر • ولكنا نقول اذا كان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنع وجوب الضمان للعبد • وانما سعى
العبد في بدل رقبته وما لبثه فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الذي هو ثابت
في ذمة الراهن ومتى كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه • فاما عند الشافعي
ان كان المعتق موسرا يعتق عليه كله وهو ضامن لنصيب شريكه • وان كان معسرا فللشريك ان يستديم الرق في نصيبه ويتصرف فيه
ما شاء وقال لا اعرف ما السعاية على العبد • ووجه قوله ان عسرة العبد ما اظهر من عسرة المعتق لانه ليس من اهل ملك المال
فاذا لم يجب الضمان على المعتق لعسرته فكذلك لا يجب على العبد بل اولى لان المعتق معسر جاني والعبد معسر غير جان • وهذا لانه
لو لزمه السعاية انما يلزمه في بدل رقبته • وليس للمولى ولاية الزام المال بدلا عن رقبته في ذمته كما لو كاتبه بغير رضاه
فلان لا يكون ذلك لغير المولى اولى • وحجتنا في ذلك حديث بشير بن نهيك عن ابي هريرة ان النبي عم قال من اعتق شقصا من عبد
بينه وبين غيره قوم عليه نصيب شريكه ان كان موسرا قيمة عدل ولا يستسعى العبد في نصيبه غير مشقوق عليه • والمعنى فيه
ان نصيب الشريك مال متقوم وقد احتبس عند العبد لما قلنا ان بعد اعتاق البعض يمنع استدامة الملك فيما بقي لوجوب
تكميل العتق • والدليل عليه حالة اليسار فان حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق وعسرته • ومن احتبس ملك الغير عنده يكون
ضامنا له موسرا كان او معسرا وجد منه صنع او لم يوجد كما لو هبت بثوب الريح القته في صبغ انسان فانصبغ كان لصاحب
الصبغ ان يرجع عليه بقيمة صبغه اذا اختار صاحب الثوب امساك الثوب • وكذلك اذا استولد احد الشريكين الجارية المشتركة
يضمن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا لاحتباس نصيب الشريك عنده • وهذا خلاف بدل الكتابة لان وجوبه بعقد يعتمد
التراضي • ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس وذلك يتقرر وان لم يرض به العبد • فاما بيان مذهب ابي حنيفة رح
فنقول عنده العتق يتجزى فانما عتق نصيب المعتق فقط وبقي نصيب الشريك على ملكه فله ان يعتقه كما ان له ان يفعل ذلك
قبل اعتاق الشريك • واذا اعتقه كان الولاء بينهما كما لو اعتقاه معا وله ان يستسعي العبد في نصيبه لان نصيبه احتبس
عند العبد حتى تعذر استدامة الملك فيه فاذا استسعاه فادى السعاية عتق والولاء بينهما لان نصيبه عتق من جهته وله ان
يضمن شريكه ان كان موسرا لانه مفسد عليه نصيبه لما تعذر عليه استدامة الملك باعتاق نصيبه ثم بالتضمين يصير متملكا نصيبه
من شريكه فيلتحق بما لو كان العبد كله له فاعتق نصفه حتى يتخير في النصف الباقي بين ان يعتقه او يستسعيه ولانه بالتضمين يقيم

في نصيبه مقام نفسه وقد كان له الخيار بين ان يعتقه او يستسعيه فيثبت ذلك للمعتق بعد اداء الضمان فلهذا قال يرجع على العبد بما ضمن
والولاء كله له لانه لكل عتق من جهته ● واذا اعتق احدهما نصيبه فتدبير شريكه منه لم يعتق لان ملكه المعتبر ليس بمحل للعتق في حقه والتدبير
عندهما انما تكون بعد مصادفته العتق محله فاذا لم تصادف محله كان لغوا ● ولو دبر احدهما نصيبه ثم اعتق الاخر نصيبه
وهو موسر فعلى قول ابي حنيفة رح التدبير يتجزى لان موجبه حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية فيبقى بعد تدبير المدبر نصيب الاخر
على ملكه فينفذ عتقه فيه وللمدبر الخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا وان شاء استسعى العبد في ذلك
لانه يمكن نقصان في نصيبه بالتدبير لانه وان امتنع البيع ولكنه متمكن من استدامة الملك الى موته وانما تعذر عليه ذلك
باعتاق الشريك فيضمنه ان كان موسرا وانما يضمنه مدبرا لانه افسده وهو منقوص بنقصان التدبير ثم رجع المعتق على العبد
بما ضمن باعتبار انه يقوم مقام من ضمنه وقد كان للمدبر ان يستسعي العبد في قيمة نصيبه مدبرا واي ذلك فعل فالولاء بينهما هنا
لانه بالتدبير استحق ولاء نصيبه فلا يبطل ذلك وان ضمن شريكه بخلاف الفن ● وعن ابي يوسف ومحمد رح حين دبر الاول
صار الكل مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق وضمن قيمة نصيب شريكه موسرا كان او معسرا لانه صار متملكا على نصيب شريكه
وضمان التمليك لا يختلف باليسار والاعسار ثم اعتاق الثاني باطل لانه اعتق ما لا يملكه ● وان كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم
ثم اعتقه الثاني وهما موسران فجواب ابي يوسف ومحمد رح في هذا وفي الاول سوا لانه حين دبره احدهم صار الكل مدبرا له وهو ضامن
ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا فالاعتاق من الثاني بعد ذلك لغو ● واما عند ابي حنيفة رح تدبير المدبر يقتصر على نصيبه
والاعتاق من الثاني صحيح لمصادفته ملكه ثم للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته ان كان موسرا وليس له ان يضمن المعتق لان التدبير
السابق صار نصيبه بحيث لا يحتمل النقل الا الى المدبر بالضمان فلو اثبتنا له حق تضمين المعتق انتقل نصيبه الى المعتق بالضمان فلو
حق تضمين المعتق انتقل نصيبه الى المعتق بالضمان وذلك ممتنع بالتدبير السابق فلهذا يضمن المدبر دون المعتق ● وان شاء استسعى
العبد في ثلث قيمته وان شاء اعتقه ● واذا ضمن المدبر فللمدبر ان يرجع بذلك على العبد فيستسعى له فيه وللمدبر ان يضمن ايضا الذي اعتق
ثلث قيمته مدبرا وليس له ان يضمن المعتق ما ادى الى الساكت من قيمة نصيبه لان الساكت لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذلك
من يقوم مقامه ولان صنعه وهو الاعتاق وجد قبل ان يتملك المدبر نصيب الساكت فلهذا لا يضمنه قيمة هذا الثلث ويكون الولاء
بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق ● واذا كان العبد بين اثنين فشهد كل واحد منهما على صاحبه انه اعتقه وصاحبه
ينكر ذلك فالعبد يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا في قول ابي حنيفة رح
والولاء بينهما نصفين فاما فساد رق العبد فلاتفاقهما على ذلك وهما يملكانه بطريق الانشاء ثم يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية
على العبد فكل واحد منهما شاهد على شريكه يدعي السعاية لنفسه في قيمة نصيبه على العبد ويدعي الضمان على شريكه الا ان الضمان
لم يثبت لانكار الشريك فبقي السعاية لكل واحد منهما على العبد ● وعندنا لانه اذا عتق نصيب كل واحد منهما من جهته وكان الولاء بينهما
وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه لانهما تصادقا على حريته وكل واحد منهما مبرئ عن السعاية عليه
ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق عندهما يمنع وجوب السعاية عليه ● وما ادعى كل واحد منهما من الضمان على شريكه لم يثبت
لانكار شريكه سببه وان كانا معسرين يسعى العبد في قيمته بينهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية هنا فانه يقول
شريكي معتق وهو معسر وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما في نصف قيمته ولم يسع للمعسر في شيء لان الموسر
يدعي السعاية فانه يقول شريكي معتق وهو معسر فلي حق استسعاء العبد في قيمة نصيبي ● واما المعسر فيتبرأ من السعاية ويقول
شريكي معتق وهو موسر فحقي في الضمان قبله فلا يكون له ان يستسعي العبد بعد ما تبرأ منه ● ولا يجب الضمان له على شريكه لجحوده والولاء
في جميع ذلك موقوف عندهما لان كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فان الولاء للمعتق وكل واحد منهما يزعم ان صاحبه هو المعتق
فلهذا يوقف الولاء ● واذا اعتق احد الشريكين العبد واختار الاخر تضمينه فاختلفا في قيمته يوم اعتقه فان كان العبد قائما نظر
الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال بحدوثه على اقرب اوقات ظهوره
ووجوب الضمان بالافساد فيكون المعتبر قيمته وقت تقرر السبب وذلك عند ظهور العتق فلهذا يقوم في الحال ● وكذلك
اذا اراد ان يستسعي العبد ● الا ترى انه ان يعتق نصيبه الساعة فكذلك له ان يستسعي العبد في قيمة نصيبه الساعة ولو تصادقا
انه اعتقه قبل هذا كان عليه نصف القيمة يوم اعتقه حتى اذا انتقصت قيمته بعد ذلك بالعمى او ازدادت قيمته بزيادة البدن
فانه لا يعتبر الزيادة والنقصان لان السبب الموجب على الشريك هو العتق فينظر الى قيمته عند ذلك كما في المغصوب

يعتبر

يعتبر قيمته يوم الغصب فان اختلفا في قيمته ذلك الوقت فالقول قول المعتق لان القيمة عليه فكان القول قوله في مقدار الغصب
وهذا لان الشريك هاهنا يدعي عليه الزيادة وهو منكر ● وهذا بخلاف الشفعة فان المشتري لو احرق البناء كان للشفيع ان ياخذ
العرصة بحصتها من الثمن فيقسم الثمن ينظر الى قيمة الارض في الحال ● ويكون القول في قيمة البناء قول المشتري لان الشفيع
هنا يتملك على المشتري العرصة فهو يدعي لنفسه على المشتري حق التمليك باقل المالين والمشتري ينكر ذلك ● وهنا
الساكت يملك المعتق نصيبه بالضمان ان شاء او ابى فهو يدعي لنفسه عليه حق التمليك باكثر المالين والمعتق منكر لذلك ● وان مات
الذي لم يعتق قبل ان يختار شيئا كان لورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس في هذا توريث الخيار
بل المعنى الذي لاجله كان الخيار ثابتا للمورث موجود في حق الورثة ● فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد ● وان شاؤا
ضمنوا المعتق فالولاء كله للمعتق لانه ادى الضمان اليهم فيتملك عليهم كما كان يتملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق
او الاستسعاء فالولاء كله في هذا النصيب للورثة من اولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض صار بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يورث عينه ● وان كان يورث ما عليه من المال فانما عتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه
في ذلك الذكور من اولاده دون الاناث اذ لا يورث ● وان اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار
ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما يورث قائم مقام الميت ● وهذا لان الارث الملك يثبت حكما فيكون بمنزلة
الملك بالضمان فكما ان نصيب الساكت يحتمل التمليك بالضمان من المعتق فكذلك يحتمل الانتقال الى الورثة ● وروى الحسن رح
عن ابي حنيفة رح انهم ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين والاستسعاء ● وهذا هو الاصح لانه صار بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته ● والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم
انه لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية
في البعض فكذلك لا يكون للورثة ذلك ● وفرع على تلك الرواية وقال لو اعتق احد الورثة نصيبه لا يعتق ما لم يجتمعوا على اعتاقه
بمنزلة المكاتب يعتقه احد الورثة بعد موت المورث لا يعتق ولا يسقط به شيء من بدل الكتابة فهذا كذلك ● ولو لم يمت الساكت
ولكن العبد مات قبل ان يختار الشريك شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا ● وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح
انه ليس له ان يضمنه نصيبه بعد موت العبد ● ووجهه ان نصيبه باق على ملكه والضمان غير متقرر على الشريك ما لم يختر ضمانه
فاذا هلك على ملكه فليس له ان يقرر الضمان على شريكه باختياره بعد ذلك ● وهذا لان صحة اختيار التضمين متعلق
بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك ● وجه ظاهر الرواية
ان وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب هو الاعتاق فيتحقق به فكان بمنزلة الغصب ● وموت العبد بعد الغصب
لا يمنع المغصوب منه من تضمين الغاصب فان كان التمليك منه من وجه ذلك الضمان فكذلك هنا ● وهذا لانه لما كان تضمينه
من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك فذلك الحكم لا يبطل بموته وان خرج به من ان يكون محلا للتمليك عند ذلك
فذلك الحكم لا يبطل بموته ● وان خرج به من ان يكون محلا للتمليك في الحال فاذا ضمن المعتق رجع بما يضمن في تركة الغلام لانه في حال حيوته
كان له ان يرجع عليه بما يضمن بعد موته يرجع به في تركته ● وان كان معسرا رجع الشريك بقيمة نصيبه في تركة الغلام لان السعاية
له عليه مستحق كبدل الكتابة فيستوفيه من تركته بعد موته وان كان العبد ترك مالا قد اكتسب بعضه قبل العتق وبعضه بعد العتق
فما اكتسب قبل العتق بين المولين نصفان لانه اكتسب وهو مكاتب فيكون له ذلك فيما يرجع فيه الساكت والمعتق اذا ضمن وما بقي فهو
للمعتق لانه بالضمان ملك نصيب صاحبه فكان الولاء في الكل له ● وان اختلفا فيه فقال احدهما هذا ما اكتسبه قبل العتق وهو بيننا
وقال الاخر اكتسبه بعده فهو بمنزلة ما لو اكتسبه لان الكسب حادث فيحال بحدوثه الى اقرب الاوقات ● ومن ادعى فيه تاريخا سابقا
لا يصدق الا بحجة وان اختلفا في قيمته والمعتق موسر فالقول قول المعتق لان العبد ميت لا يمكن تقويمه في الحال ليستدل بذلك
على قيمته فيما مضى فيعتبر فيه ظاهر الدعوى والانكار ● والساكت يدعي لنفسه زيادة والمعتق منكر لذلك فان كان المعتق معسرا
ولا كسب للعبد فنصف القيمة دين للساكت على العبد ان ظهر له مال استوفى من عينه وان لم يظهر فليس باول مدين هلك مفلسا ● وان كان العبد
فصالحه الساكت على اقل من نصف قيمته فهو جائز لانه استوجب عليه نصف القيمة فهو بالصلح اسقط بعض حقه واستوفى البعض
وذلك مستقيم كما في الكتابة ● وان صالحه على اكثر من نصف قيمته بذهب او ورق فالفضل باطل ● اما عندهما فان الواجب له
نصف القيمة شرعا فالصلح على اكثر منه يكون ربوا وعند ابي حنيفة رح وان بقي له الملك في نصيبه ولكن العبد استحق العتق عند اداء نصف القيمة

شرعا فلا يملك ابطال ذلك لا باستحقاق بالصلح على اكثر منه • وكذلك ان صالح المعتق على اكثر من قيمته كان بدل الصلح بمقابلة ملكه
وليس فيه ابطال حق مستحق شرعا فلا يتمكن فيه الربوا • وهنا الساكت غير متمكن من استيفاء نصيبه على ملكه ولكن يستحق عليه
ازالته عن ملكه بنصف القيمة والفضل مردود لان حقه قبل العتق يتقيد بنصف القيمة فالصلح على اكثر منه يكون ربوا ثم هذا
على هذا اصلهما ظاهر فان الصلح عن المغصوب الهالك على اكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذلك هنا • وابو حنيفة يقول
هناك المغصوب باق على ملك المغصوب منه ولم يستحق عليه تمليكه من الغاصب حتى ان له ان يبريه من الضمان ليبقيها له على ملكه
فاذا صالحه على اكثر من قيمته كان بدل الصلح بمقابلة ملكه • وليس فيه ابطال حق مستحق شرعا فلا يتمكن فيه الربوا • وهنا الساكت
غير متمكن من استيفاء نصيبه على ملكه • ولكن يستحق عليه ازالته عن ملكه بنصف القيمة • اما السعاية على العبد او ضمانه يستوفيه
من الشريك فاذا صالح على اكثر من قيمته كان هذا الصلح ابطال حق مستحق شرعا • يوضحه ان المعتق يرجع ان المعتق يرجع على العبد بما يضمن
لو صححنا هذا الصلح رجع على العبد بالزيادة كما ليس للساكت ان يلزم العبد اكثر من نصف القيمة بالصلح فكذلك لا يكون له
ان يلزم من يرجع على العبد • وان صالحه على عروض اكثر من نصف قيمته فهو جائز لانه لا يتمكن فيه الربا لاختلاف الجنس بخلاف
ما اذا صالح على الذهب او الورق • وانما لا يجوز هنا ايضا اذا كانت الزيادة بقدر ما لا يتغابن الناس فيه فاما مقدار ما يتغابن الناس فيه
فهو عفو لان ذلك يدخل بين تقويم المقومين فلا يتيقن بالزيادة • قال وان صالح العبد على شيء من الحيوان الى اجل فهو جائز بمنزلة الكتابة
قال عيسى رح هذا غلط فانه استحق السعاية على العبد وهو نصف القيمة • فاذا صالح على حيوان كان ذلك بدلا عن نصف القيمة المستحق
ولا يثبت الحيوان دينا الا في الذمة بدلا عما هو مال • الا ترى انه لو صالح المعتق على حيوان في الذمة لا يجوز فكذلك اذا صالح العبد
وما ذكر في الكتاب اصح لان نصيب الساكت باق على ملكه • وهذا لانه ليس في الصلح ابطال حق مستحق للعبد بخلاف ما اذا صالحه على
اكثر من نصف قيمته • وبخلاف ما اذا صالح المعتق على حيوان لان هناك يملكه نصيبه بما صالحه عليه • وهنا يعتق نصيبه بما صالح
العبد عليه • والحيوان يثبت في الذمة دينا بدلا عن العتق واذا اعتقه احدهما وهو معسر ثم ايسر فلا ضمان عليه لان صفة اليسار
في العتق وقع معتبرا لايجاب الضمان فاذا انعدم وقت الاعتاق ثم تقرر العتق فيه موجبا للضمان فلا يصير موجبا بعد ذلك
كمن قطع يد مرتد ثم اسلم ثم مات • وان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك اعتقته وانت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق
اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال • ولانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فاذا كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار
فيما مضى وهو كون الرحا مع المستاجر اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال • وان تصادقا على ان المعتق كان يسارا منه
في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان عليه فهو كانكاره اصل الاعتاق
قال وان كان موسرا يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يبريه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك • وروى ابن سماعة عن محمد رح
ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعي الغلام بعد ذلك وان لم يكن ذلك قبل ما ذكر في الكتاب مطلقا محمول
على ذلك التفصيل • وقيل بل المسئلة على روايتين وجه ظاهر الرواية ان المخير اذا اختار احد الشيئين تعين ذلك كالغاصب مع غاصب الغاصب
اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما • وهذا لانه باختياره التضمين يصير مملكا نصيبه من المعتق حتى يكون ولاوه له • والولاء لا يحتمل
الفسخ فلا يمكنه الرجوع عنه بعد ذلك • ومن ضرورة تمليكه منه اسقاط حقه في السعاية قبل العبد • ووجه رواية محمد رح
ان التمليك منه لا يتم الا بقضاء او رضا وان كان ذلك مستحقا شرعا كالتملك بالاخذ بالشفعة وحقه في الضمان لا يتقرر ما لم يتم التمليك
وسقوط حقه في الاستسعاء بنا على تقرر حقه في الضمان • وكان ابو بكر الرازي رح يقول هكذا ينبغي في الغاصب وغاصب الغاصب
انه اذا اختار تضمين احدهما قبل القضاء او الرضا ممن اختار ضمانه يكون له ان يرجع فيضمن الاخر • فاما اذا اختار استسعاء العبد
فليس له ان يضمن الشريك بعد ذلك لانه ليس فيه تمليك من احد بل تقرير لملكه وابراء للمعتق عن الضمان وذلك يتم به كما لو اعتق نصيبه
ولو ان المعتق رجع على العبد بما لزمه من الضمان ثم احال الساكت عليه ووكله بقبض السعاية منه اقتضاء من حقه كان جائزا والولاء
كله للمعتق لانه بمنزلة المكاتب لما عليه من السعاية اما للساكت او للمعتق والمولى اذا احال غريما له بدينه على مكاتبه ليقبضه من بدل الكتابة
كان صحيحا وكان صاحب الدين بمنزلة الوكيل يقبضه له اولا ثم لنفسه وان لم يخرج شيئا حتى جرحه كان الارش عليه للعبد لانه بمنزلة
المكاتب لما عليه من السعاية اما للساكت او للمعتق ومن جنى على مكاتبه او مكاتب غيره فعليه الارش يقبضه فيستعين به في سعايته
ولا تكون جنايته احتباسا منه للسعاية لان موجب جنايته لا يختلف بالاستسعاء او بتضمين الشريك فليس عليه ما يدل
على اختيار السعاية • وكذلك لو اغتصب منه ما لا فيه وفاء بنصف قيمته او اقرضه العبد او تابعه كان ذلك عليه للعبد لانه بمنزلة

المكاتب

المكاتب له او لغيره وهو على خياره لان موجب هذه لا يختلف بالاستسعاء والتضمين ولو اعتق جزءا من عبده او شقصا منه
او بعضه فعندهما يعتق كله • وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله البيان اليه لان ما سمي يطلق على القليل والكثير منه فاي مقدار بينه عتق
ذلك القدر ويستسعيه فيما بقي • وان اعتق سهما منه فاي مقدار بينه يعتق ذلك المقدار ويستسعيه فيما بقي • وان اعتق سهما منه
فالسهم في قياس قول ابي حنيفة رح السدس كما قال في الوصية فيمن اوصى بسهم من ماله • وقد بينا هذا في الاقرار فيستسعيه في خمسة
اسداسه • واذا اعتق امة بينه وبين اخر ثم ولدت فللشريك ان يضمن المعتق قيمة نصيبه يوم اعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد
لانه ما صنع في الولد شيئا ولانه لم يثبت حق الشريك لانها صارت كمكاتبة عنده حين ولدت والمكاتبة احق بولدها كما انها احق بنفسها
واذا كان العبد بين ثلثة رهط فاعتق احدهم نصيبه ودبر الاخر وكاتب الاخر ولا يعلم ايهم اول فنقول اما على قول ابي حنيفة
عتق المعتق في نصيبه نافذ ولا ضمان له على احد لتقدم تصرفه او تاخره • وتدبير المدبر في نصيبه نافذ وهو مخير ان شاء استسعى
العبد في ثلث قيمته مدبرا • وان شاء ضمن المعتق اذا اختار التضمين ضمنه سدس قيمته مدبرا ورجع على العبد بسدس قيمته
استحسانا • وفي القياس ليس له حق التضمين لما تاخر فليس له حق تضمينه والضمان لا يجب بالشك ولان تدبيره مانع من تملك
نصيبه من المعتق بالضمان وهو شرط التضمين اذا سبق العتق • وفي الاستحسان اعتبر الاحوال فقال من وجه هو ضامن له
ثلث قيمته وهو ان يكون التدبير سابقا ومن وجه لا يكون ضامنا شيئا فيضمنه سدس القيمة باعتبار الاحوال ويستسعي العبد
فيما بقي • وهو سدس القيمة لانه مستوجب السعاية عليه على كل حال • فاما المكاتب فان مضى العبد على كتابته يؤدي اليه
مال الكتابة والولاء بينهم اثلاثا • وان عجز كان للمكاتب ان يضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه نصفين اذا كانا موسرين لانه ليس
احدهما بوجوب الضمان عليه باولى من الاخر ويرجعان على العبد بما ضمنا ويكون ولاؤه بينهما نصفين • ولم يذكر قول ابي يوسف
ومحمد رح في الكتاب • وذكر في الرقيات ان العبد اذا كان بين اثنين عتقه احدهما ودبره الاخر ولا يعلم ايهما اول فعلى قول ابي يوسف
يترجح العتق على التدبير فيكون ولاؤه للذي اعتقه • وللمدبر ان يضمن شريكه نصف قيمته ما اذا كان موسرا • وعند محمد
يجعل كانهما وقعا معا ثم يغلب العتق فيعتق كله والولاء بينهما وللمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته مدبرا • اذا عرفنا هذا فنقول
الكتابة من الثالث باطل عندهما • وعند ابي يوسف رح يسبق العتق فيكون للمكاتب والمدبر تضمين قيمة الثلثين على المعتق
والولاء كله للمعتق • وعند محمد رح يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه بينهما نصفان كانهما وقعا معا • وقيل بل ذلك
في نصيبه خاصة فاما في نصيب المكاتب العتق اولى من التدبير فانما يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان موسرا • واذا كان العبد
بين خمسة رهط فاعتق احدهم ودبر الاخر وكاتب الثالث نصيبه وباع الرابع نصيبه وقبض الثمن وتزوج الخامس على نصيبه
ولم يعلم ايهم اول فنقول اما على قول ابي حنيفة رح فحكم العتق والتدبير على ما بينا في الفصل الاول الا ان التضمين والاستسعاء
هناك في الثلث وهنا في الخمس لان نصيب المدبر الخمس هنا • فاما في البيع فان تصادقا انه كان بعد العتق والتدبير على ما بينا
في الفصل الاول الا ان التضمين والاستسعاء هناك في الثلث وهنا في الخمس لان نصيب المدبر الخمس هنا او قال البايع
كان قبل العتق والعبد في يده • وقال المشتري كان بعده فالبيع باطل لان معتق البعض لا يباع فالمبطل للبيع ظاهر في الحال
او يجعل كانهما وقعا معا فكان البيع باطلا وان تصادقا انه كان قبل العتق والتدبير وقال البايع كان قبل العتق والعبد في يده
وقال المشتري كان بعده فالبيع باطل لان معتق البعض لا يباع فالمبطل للبيع ظاهر في الحال او يجعل كانهما وقعا معا فكان البيع
باطلا • وان تصادقا انه كان قبل العتق والتدبير فالمشتري بالخيار ان شاء نقض البيع لتغير المبيع في ضمان البايع وان شاء امضا
واعتق نصيبه او استسعاه فيكون ولاؤه له • وان شاء ضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه ان كانا موسرين اذ ليس احدهما بوجوب
الضمان عليه باولى من الاخر ويرجعان به على العبد • واما المراة فان تصادقا ان التزويج كان بعد العتق والتدبير فالنكاح صحيح
ولها خمس قيمته على الزوج لانه تبين انه تزوجها على ما هو كالمكاتب • وان تصادقا على ان التزويج كان قبل العتق والتدبير
فلها الخيار للتغير ان شاءت تركت المسمى وضمنت الزوج خمس قيمته • وان شاءت اجازت ثم اعتقت او استسعت العبد في خمس قيمته
ويكون الولاء لها • وان شاءت ضمنت المدبر والمعتق خمس قيمته نصفين ثم لا تتصدق هي بالزيادة ان كانت بخلاف المشتري
لان المشتري انما حصل له ذلك بمال فيتصدق بما لم يحصل الا على ضمانه • والمراة تملكت ذلك لا بازاء مال فلا يظهر الربح في حقها
فاما نصيب المكاتب فهو على ما ذكرنا ان ادى البدل اليه عتق من قبله • وان عجز كان له ان يضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه نصفين
اذا كانا موسرين • واما عند ابي يوسف ومحمد رح فالجواب في العتق والتدبير على ما قلنا • فاما البيع فان تصادقا انه كان بعد

اولا ثم العتق ثم التدبير فللمشتري الخيار • واذا اختار تصحيح البيع ضمن المعتق خمس قيمته اذا كان موسرا وليس له ذلك
وان تصادقا انه كان البيع ثم التدبير ثم العتق واختار المشتري الامضاء ضمن المدبر خمس قيمته موسرا كان او معسرا وليس له ذلك
واما التزويج فان تصادقا انه كان التزويج ثم العتق ثم التدبير واختارت الاجازة ضمنت المعتق خمس القيمة وليس لها الا ذلك • وان تصادقا
ان التزويج كان بعد العتق فعند ابي يوسف رح يرجع على الزوج بخمس القيمة وعند محمد رح لها مهر مثلها لانه ظهر انه تزوجها على حر
وقد بينا في كتاب النكاح اختلافهما فيما اذا تزوجها على عبد فاذا هو حر واما الكتابة فهو باطل عندهما كما بينا • وعند ابي يوسف
للمكاتب ان يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان موسرا • وعند محمد يضمنه الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة على قياس ما يأتي
بعد هذا من اختلافهم في المكاتب بين اثنين يعتقه احدهما • ولو كان في العبد شريك سادس وهب نصيبه له لابن له صغير لا يعلم
قبل العتق كان او بعده فالقول فيه قول الاب لانه هو المملك • فان قال الهبة بعد العتق فهو باطل • وان قال الهبة قبل العتق فالهبة جائزة
ثم يقوم الاب في نصيبه لابنه مقام الابن لو كان بالغا في التضمين والاستسعاء وليس له حق الاعتاق فان كان المعتق والمدبر موسرين
ضمنهما سدس قيمة الابن بينهما نصفين • وان شاء استسعى العبد في سدس قيمته للابن لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وللاب ولاية الكتابة
في مال ولده • قال واذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد لم يكن للاخر ان يبيع نصيبه ولا يهبه ولا يمهره لانه صار بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يحتمل التمليك بشيء من الاسباب فان كاتبه على اكثر من نصف قيمته طرح الفضل عنه لان هذا بمنزلة الاستسعاء منه
وقد بينا انه لو استسعاه وصالحه على اكثر من نصف قيمته دراهم او دنانير فالفضل مردود وان كان على عروض اكثر من نصف قيمته جاز
كما لو صالحه من السعاية على عروض لان الفضل لا يتحقق هنا • فان عجز عن الكتابة سقط عنه ما التزم من العروض ويجبر على السعاية
في نصف القيمة كما كان قبل الكتابة ولا يكون له ان يضمن الشريك شيئا لان مكاتبته بمنزلة الاستسعاء منه واختياره السعاية يسقط
حقه في تضمين الشريك فليس له ان يرجع عنه فيضمنه شيئا • وكذلك لو كان قال قد اخترت السعاية فليس له ان يضمن الشريك بعد ذلك
والخيار في هذا عند السلطان وعند غيره سواء لان الخيار ثابت للساكت ان يرجع بالضمان في ماله لان حق التضمين قد ثبت له
بالعتق في الصحة فلا يبطل ذلك بموته كما يرد بموته • وان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق او وهبه على عوض اخذه منه
فان هذا واختياره للضمان سواء في القياس لانه تمليك لنصيبه منه بعوض يستوفيه منه والتضمين ليس الا هذا غير ان هذا احسنهما
لان التضمين حكما بسبب ذلك العتق • وفي البيع والهبة بعوض تمليك مبتدأ بسبب ينشئانه في الحال ومعتق البعض لا يحتمل ذلك
فباعتبار السبب كان هذا احسن • وباعتبار حكم السبب كان هذا والتضمين سواء والمقصود الحكم دون السبب الا انه اذا كان
العوض اكثر من نصف القيمة من الدراهم او الدنانير فالفضل باطل كما بيناه في الصلح • وان دبر الساكت نصيبه فقد ابرأ من
اختيار السعاية لان موجب التضمين تمليك نصيبه من صاحبه بالضمان • وقد فوت ذلك بالتدبير لانه استحق ولاء نصيبه
فكان ذلك ابراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية • وان كان المعتق بعد التدبير ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا ان كان موسرا
لانه انما تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق فنصيبه عند الاعتاق مدبر فلهذا ضمنه نصف قيمته مدبرا
وان لم يعلم ايهما اول فهو على القياس والاستحسان الذي بينا في القياس لا ضمان على المعتق • وفي الاستحسان يضمن قيمة ربعه مدبرا
ويرجع به على العبد • وعلى العبد مثل ذلك للمدبر والولاء بينهما • ولو كان العبد بين صغير وكبير فاعتقه الكبير وهو غني وللصغير اب
او وصي فهو قائم مقامه في اختيار التضمين والاستسعاء وليس له ان يعتق لانه تبرع وذلك لا يثبت للاب والوصي في مال الولد
فان لم يكن له اب ولا وصي استوى به بلوغه للخيار اما الضمان او الاستسعاء او الاعتاق • وقيل هذا اذا كان في موضع لا قاضي فيه
فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما يختار التضمين او الاستسعاء فان ذلك انفع للصبي لانه يتعذر التصرف
في نصيب الصبي من العبد بعد العتق • وكذلك ان كان الصبي مكاتبا وعبدا عليه دين فهو مخير بين الضمان والسعاية وليس له ان يعتق
لانه تبرع لا يحتمله كسب المكاتب والمأذون • فاما التضمين والاستسعاء فله ذلك في المكاتب لان المكاتب يملك ان يكاتب
والاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للمأذون ان يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكنه
ابطاله وربما يكون الاستسعاء انفع من التضمين • فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء • واذا اختار
المكاتب والمأذون التضمين والاستسعاء فولاء نصيبهما للمولى لانه ليس من اهل الولاء مسا الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى
وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى كما يكون في حر لان كسب العبد مملوك للمولى في هذه الحالة • واذا قال احد الشريكين للعبد
ان دخلت المسجد اليوم فانت حر وقال له الاخر ان لم تدخل المسجد اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدرى اكل واحد منهما حنث صاحبه

فلى

فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح يسقط نصف السعاية على العبد • وعند محمد رح لا يسقط عنه شيء من السعاية اذا كانا مختلفين
لان كل واحد من الشريكين يشهد على صاحبه بعد مضي اليوم انه اعتق نصيبه • وقد بينا انه اذا شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق
لا يسقط شيء من السعاية عن العبد اذا كانا معسرين • وهذا لان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية مجهول لا يجوز • الا ترى
انه لو كان بينهما عبدان سالم وبزيع فقال احدهما ان لم ادخل المسجد اليوم فسالم حر • وقال الاخر ان لم يدخل فبزيع حر فمضى اليوم
ولا يدرى ادخل او لم يدخل لا يسقط شيء عن العبد لجهالة المقضي عليه منهما فهذا مثله • وهما يقولان يتيقن القاضي بحنث احدهما
وسقوط نصف السعاية عن العبد ولا يجوز له ان يقضي بوجوب ما يتيقن بسقوطه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول بها
ثم مات قبل ان يبين سقط نصف الصداق للتيقن به وان كان المقضي لها منهن مجهول • ولكن لما كان المقضي له معلوما جاز القضاء
فهنا ايضا المقضي له بسقوط نصف السعاية عنه معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وان كان المقضي عليه مجهولا بخلاف
العبدين فان الجهالة هناك في المقضي له والمقضي عليه جميعا فيمتنع القضاء لتفاحش الجهالة وبخلاف ما لو شهد كل واحد منهما
على صاحبه بالعتق لان هناك لم يتيقن بسقوط نصف السعاية عنه معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وان كان المقضي عليه مجهولا
شيء من السعاية عن العبد لجواز ان يكونا كاذبين في شهادتهما وهنا تيقنا بسقوط نصف السعاية عنه معلوم لا باحد الموليين
حانث لا محالة ثم تخرج المسألة على قول ابي حنيفة ان العبد يسعى في نصف قيمته بينهما نصفين موسرين كانا او معسرين وكان احدهما
موسرا والاخر معسرا لانه ليس احدهما باسقاط حقه في السعاية باولى من الاخر وبيسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد
فيتوزع الساقط عليهما نصفين ويكون الباقي وهو نصف القيمة بينهما نصفان • وعند ابي يوسف ان كانا معسرين فكذلك الجواب
وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لان كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويبرأ من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع
وجوب السعاية • وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يبرأ من السعاية ويقول
شريكي معتق وهو موسر فلي حق تضمينه • واما الموسر منهما يدعي السعاية فانه يقول شريكي معتق وهو معسر فله حق استسعاء العبد
فلهذا يسعى له في ربع قيمته • وعند محمد ان كانا معسرين يسعى في جميع قيمته بينهما نصفان • وان كانا موسرين لا يسعى لواحد منهما
في شيء لان كل واحد منهما يبرأ من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية • وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا
يسعى في نصف قيمته للموسر منهما لانه يدعي السعاية عليه ولا يسعى للمعسر في شيء لانه مبرأ من السعاية ويدعي الضمان على شريكه
فعليه اثباته بالحجة • رجل اعتق عبده عند الموت ولا مال له غيره فان العبد موقوف في جناياته وشهادته ونكاحه بغير اذن المولى
وهذا بخلاف ما لو وهبه من انسان في مرضه فان الهبة تكون صحيحة حتى لو كانت جارية حل للموهوب وطيها بعد الاستبراء
والاصل ان كل تصرف يحتمل النقض بعد نفوذه فهو نافذ من المريض لقيام ملكه في الحال والهبة من هذا النوع وكل تصرف
لا يحتمل النقض بعد نفوذه يتوقف من المريض لان حاله متردد بين ان يبرأ فيكون متصرفا في حق نفسه او يموت فيكون متصرفا في حق
ورثته ولا يمكن دفع الضرر عن الورثة بالابطال بعد النفوذ لان هذا النوع من التصرف لا يحتمل ذلك فيندفع الضرر عنهم بتوقف
حكم التصرف على ما يتبين في الثاني والعتق من هذا النوع فيتوقف منه حتى اذا برأ من مرضه تبين انه كان نافذا وان حاله في الجنايات
والشهادة كالحر • وان مات من مرضه وهو يخرج من ثلثه فكذلك وان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية في ثلثي قيمته لان العتق
في المرض وصية ولا ينفذ الا من الثلث وما دام يسعى فهو كالمكاتب لان سعايته في بدل رقبته فهو بمنزلة معتق البعض يكون
كالمكاتب لان سعايته في بدل رقبته فهو بمنزلة معتق البعض يكون كالمكاتب ما دام يسعى بخلاف المرهون يعتقه الراهن وهو معسر
فهو حر • وان كان يسعى في الدين لان السعاية هناك ليس في بدل الرقبة بل في الدين الذي هو على الراهن • ولهذا يرجع عليه
اذا ايسر ولا يمنع سلامة الرقبة له • وهنا السعاية في بدل الرقبة فلا يسلم له رقبته ما لم يؤدها • قال واذا اعتق احد الشريكين
نصيبه من العبد في مرضه ثم مات وهو موسر لم يضمن من حصة شريكه في قول ابي حنيفة رح • وقال ابو يوسف ومحمد
هو ضامن لشريكه قيمة نصيبه يستوفي من تركته لان هذا ضمان الاتلاف والافساد فاذا تقرر سببه من المريض كان هو والصحيح سواء
كضمان المغصوب والمتلفات • وهذا ضمان التمليك فيستوي فيه الصحيح والمريض كالضمان بالاستيلاد والحر بسبب المرض
لا يكون اعلى من الحر بسبب الرق ثم المكاتب لو كاتب نصيبه من عبد مشترك واستوفى البدل حتى عتق نصيبه كان ضامنا لنصيب شريكه
فالمريض اولى • ووجه ابي حنيفة رح ما قال في الكتاب من قبل ان الضمان لو وجب لكان في مال الورثة يعني ان تركته ينتقل الى الورثة
بالموت فلو استوفى ضمان العتق انما يستوفى من مال الوارث ولا سبب لوجوب هذا الضمان على الوارث فان قيل لا كذلك

بل هذا دين لزمه فيمنع انتقال المال الى الوارث قلنا ما لزمه شي من قبل ان يختار الشريك ضمانه ولو لزمه فهذا الدين دين صحيح متقرر
الا ترى ان العسرة تمنع وجوبه ومثل هذا الدين لا يمنع ملك الوارث ثم تقريره من وجهين احدهما ان هذا في الصورة دين وفي المعنى صلة
لان وجوبها لاكمال الصلة وهو العتق والصلة وان تقرر سببها في حيوته يجعل كالمضاف الى ما بعد الموت وبهذا الحرف نقول
ابن ابي ليلى ان كان الضمان يخرج من ثلث ماله يجب والا فلا ولكنه يقول لكونه في حكم الصلات لا يمنع نقل الملك الى الوارث ولا يجوز
استيفاؤه من مال الوارث لما قلنا ولان المرض انفى للضمان من الفقر حتى ان الفقر لا يمنع ضمان الكفالة والمرض يمنع منه فيما زاد
على الثلث فاذا كان الفقر ينفي وجوب ضمان العتق اصلا فلان لا ينفيه مرض الموت اصلا اولى وهذا بخلاف المكاتب
لان الضمان هنا يجب في كسبه وهو احق بكسبه يدا وتصرفا انما ينعدم بسبب الرق حقيقة الملك والغنا وقد بينا
انه لا معتبر بالغنا في وجوب ضمان العتق انما المعتبر هو التيسير والاداء على المكاتب متيسر هنا من كسبه والمكاتب فيما يتقرر منه
من اسبابه بالصلة كالحر الا ترى ان المحاباة للمريض تصح منه بالاتفاق ومن المريض تعتبر من ثلثه وهذا بخلاف ما لو كان العتق
في الصحة فان الضمان يستوفى من تركته بعد موته لان السبب هنا تقرر في حال كونه مطلقا للتصرف في الصلات فتقرر وجوبه عليه
الا ترى انه لو كفل بمال في صحته يعتبر من جميع ماله بخلاف ما اذا كفل في مرضه فهذا مثله الا ترى انه لو كفل بمال في صحته
يعتبر من جميع ماله بخلاف ما اذا كفل قال واذا اعتق احد الشريكين العبد ثم اختلفا فقال المعتق اعتقته وانا معسر عام اول
ثم اصبت مالا بعد ذلك وقال الاخر بل اعتقته عام اول وانت موسر فالقول قول المعتق لان حاله يتبدل في مثل هذه المدة
والحكم ما البينة فالبينة بينة الساكت لانه يثبت اليسار والضمان لنفسه بسببه واذا كان العبد بين رجلين فقال احدهما
ان لم اضربه اليوم سوطا فهو حر وقال الاخر ان ضربته سوطا فهو حر فضربه سوطين ثم مات منهما ففي المسئلة روايتان حكم
العين وحكم الجناية اما حكم العتق فانه يعتق نصيب الذي لم يضربه لوجود شرط حنثه حين ضربه سوطا واذا كان موسرا
فللضارب الخيار بين ان يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وبين ان يستسعي العبد في ذلك لانه انما صار معتقا له وهو منقوص
بضربه السوط الاول وقد بينا ان الحالف الشرط من الضارب لا يسقط حقه في الضمان فكذلك كان له ان يضمنه نصف قيمته
مضروبا سوطا واما حكم الجناية فان الضارب يضمن نصف ما نقصه السوط الاول لانه ملكا مشتركا بينهما ثم انقطعت
سراية هذه الجناية بالعتق بعدها والجناية على المماليك فيما دون النفس لا يتحمله العاقلة فلهذا يضمن له نصف النقصان بالسوط
الاول في ماله ثم يضمن ما نقص السوط الاخر كله لانه صار بمنزلة المكاتب حين عتق بعضه وجنايته على مكاتبه غيره
موجب الضمان عليه ويضمن نصف قيمته بعد السوطين لانه مات من السوطين جميعا واحدهما صار هدرا والاخر معتبر فيضمن
نصف قيمته مضروبا سوطين ويجب ذلك مع نقصان السوط الثاني فيكون على العاقلة لان الجناية الثانية صارت نفسا فما يجب
باعتبارها يكون على العاقلة وهذا تركة العبد فيستوفي منه الشريك ما ضمن لانه كان له حق الرجوع على العبد بما ضمن لشريكه
فيرجع في تركته بعد موته وما بقي بعد ذلك فهو ميراث للمعتق لان الولاء ثبت له في الكل وعند ابي يوسف ومحمد رح لا يضمن
نقصان السوط الباقي لان بعتق البعض عتق كله والنقصان غير معتبر في الجناية على الاحرار ولكن يجب نصف ديته على عاقلته يعني
على عاقلته فان كان له وارث فهو لوارثه والا فهو للمعتق ولا يرجع فيه بشي مما ضمن لشريكه وان كان المعتق معسرا فان الشريك الذي لم
يرجع باغرمه من نقصان الشرط الاخر ومن نصف قيمته مضروبا سوطين بنصف قيمة العبد لانه كان له حق الاستسعاء في
ذلك فيستوفيه من تركته وما بقي فهو بين الشريك المعتق وبين اقرب الناس الى الضارب من العصبة لان الولاء بينهما ولكن الضارب
قاتل فيكون محروما عن الميراث ويجعل كالميت فيقوم اقرب عصبته مقامه في ذلك وعندهما الواجب نصف الدية يستوفى منه
الضارب نصف القيمة وهو السعاية وما بقي فهو كله للمعتق لان الولاء في الكل له عندهما واذا قال كل مملوك املكه فيما يستقبل
فهو حر فملك مملوكا مع غيره لا يعتق لان شرط عتقه ان يكون مملوكا مطلقا ونصف المملوك لا يتناوله هذا الاسم فان اشترى نصيب
شريكه عتق لان الشرط قد تم حين صار الملك في الكل له ولا فرق بين ان يملك المملوك جملة او متفرقا وان باع نصفه ثم اشترى نصيب
شريكه لم يعتق لانه لم يحصل في ملكه مملوك تام في شي من احواله والعرف الظاهر بين الناس انهم يريدون بهذا اللفظ الملك التام
ولو قال لمملوك بعينه اذا ملكتك فانت حر فاشترى نصفه ثم باع ثم اشترى النصف الباقي والموجود في ملكه هذا النصف فيعتق
والقياس في المعين وغير المعين سوا غير انه استحسن وفرق بينهما بحرفين احدهما ان الوصف في العين غير معتبر والاجتماع في الملك
وصف فيعتبر في غير المعين ولا يعتبر في المعين والثاني العادة فان الانسان يقول ما ملكت قط مائة درهم ويريد به المجتمعا

لا متفرقا

لا متفرقا وفي المعين لا يقول ما ملكت هذه المائة درهم اذا كان ملكها متفرقا وان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا لم يعتق
لان شرط حنثه تم قبل ان يقبضه ولا ملك له قبل العتق الا ترى انه لو اعتقه لا ينفذ عتقه فان كان حين اشتراه عتق ومراده
اذا كان مضمونا بنفسه في يده حتى ينوب قبضه عن قبض الشراء فيصير متملكا بنفس الشراء فيعتق لوجود الشرط واذا جنى المستسعى
فهو بمنزلة المكاتب يحكم عليه بالاقل من ارش الجناية ومن قيمته لان الرق فيه باق وهو احق بمكاسبه فيكون كالمكاتب في جنايته
الا ترى كالمكاتب في الجناية عليه فان جنى جناية اخرى بعد الحكم بالاول حكم في الثانية بمثل ذلك لان الاول في القضاء
تحولت الى كسبه فتعلق الثانية برقبته وان لم يحكم بالاول تحاصا في القيمة لانهما تعلقتا برقبته ولا يلزمه باعتبارهما الا قيمة
واحدة وبيان هذه الفصول في كتاب الديات وان حفر بيرا في غير ملكه فوقع فيه انسان فعليه ان يسعى في قيمته لانه متعدي
في كسبه فتعلق الثانية برقبته فهو في حكم الضمان كجنايته بيده وان وقع فيه اخر اشتركوا في تلك القيمة لاستناد الجنايتين
الى سبب واحد وهو الحفر ولا يجب بالسبب الواحد الا قيمة واحدة وان وجد في داره قتيل سعى في قيمته لان التدبير
في حفظ داره اليه فكان حكم القتيل موجود فيها كحكم الذي جنى عليه بيده وما افسد من الاموال فهو عليه بالغا ما بلغ
لانه بمنزلة المكاتب في ذلك كله عند ابي حنيفة رح وعندهما هو حر في جميع احكامه واذا اعتق احد الشريكين الجارية
وهي حامل ثم اعتق الاخر ما في بطنها ثم اراد ان يضمن شريكه نصف قيمة الام لم يكن له ذلك وهذا اختيار منه للسعاية لانه
باعتاق الجنين استهلكه وهو في حكم جزء من اجزاء الام ولو اكتسب سبب الولاء فيها بان دبرها كان ذلك ابراء منه لشريكه
عن الضمان واختيارا للسعاية فكذلك اذا اكتسب سبب الولاء في حرمتها ولانه منع تمليك ما في بطنها من الشريك بالضمان
فلهذا صار مختارا للسعاية ولو اعتقا جميعا ما في بطنها ثم اعتق احدهما الام وهو موسر كان لصاحبه ان يضمنه نصف قيمتها
لان بعد اعتاق الجنين كان يتمكن من استدامة الملك فيها والتصرف بعد الوضع وقد منع على الساكت ذلك باعتاق الشريك
وهو موسر وكان له ان يضمنه نصف قيمتها لان الحبل نقصان في بنات ادم لا زيادة فيه فانما يضمنه نصف قيمتها حاملا ايضا
لانه اعتقها وهي على هذه الصفة والله اعلم

باب الشهادة في عتق الشركا

واذا شهد الشاهدين ان احد الشريكين اعتق ولا يدرون ايهما هو وجحدا المولىان لم تجز شهادتهما لانهما لم يثبتا المعتق منهما
والحجة هي البينة فما لا يكون بينة لا يكون حجة ولان الشهادة لا توجب شيا بدون القضاء ولا يتمكن القاضي من الاجبار على المجهول
فان شهد احد الشريكين على صاحبه بالعتق لانه لم تجز شهادته لانه في الحقيقة مدعي اما الضمان على شريكه او السعاية على العبد
في نصيبه ولكن الرق يفسد باقراره لانه يتمكن من افساد الرق باعتاقه فاذا اقر بفساد الرق باعتاق الشريك اعتبر اقراره في ذلك
ثم يسعى العبد في قيمته بينهما في قول ابي حنيفة رح موسرين كانا او معسرين وكان احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق عنده
لا يمنع وجوب السعاية فالشاهد منهما يقول شريكي معتق ولي حق استسعاء العبد لاحتباس نصيبي عنده وعند ابي يوسف
ومحمد رح ان كان المشهود عليه معسرا فكذلك الجواب وان كان موسرا يسعى للمشهود عليه في نصف قيمته ولا يسعى للشاهد في شي
لان المشهود عليه يدعي السعاية مع يسار الشاهد فانه يزعم انه كاذب وليس يعتق فلا يضمن شيا مع يساره فاما الشاهد
يبرا من السعاية عند يسار المشهود عليه لانه يقول هو معتق ضامن لنصيبي ويدعي السعاية عند عسرة المشهود عليه فيسعى له
في هذه الحالة ولو شهد احد الشريكين مع اخر على شريكه باستيفاء السعاية لم تجز شهادته عند ابي حنيفة رح لانه يشهد للعبد
فانه بمنزلة المكاتب لهما ما دام يسعى والمكاتب عبد لمولاه ولكنه متهم فلعله قصد استخلاص كسبه لنفسه بشهادته على صاحبه
بالاستيفاء وكذلك لو شهد عليه بغصب او جراحة او شي يجب له عليه مال فشهادته مردودة لانه شاهد لعبده عبد بين
ثلثة نفر شهد اثنان منهم على صاحبهم انه اعتقه يحكم على العبد ان يسعى لهم في قيمته فادى الى واحد منهم شيا كان ذلك بينهم لا اختصاص
لان السعاية وجبت له عليهم بسبب واحد فيكون المستوفى مشتركا بينهم ولانه بمنزلة العبد لهم فلا يكون لاحدهم حق الاختصاص
بشي من كسبه فان شهد اثنان منهم على الاخر انه استوفى حصته منه لم تجز شهادتهما من قبل انهما شهدا للعبد ومن قبل انهما
يجران الى نفسهما مغنما حتى ياخذا منه ثلثي ما اخذ لو ثبت استيفاؤه فكذلك ان شهدا انه استوفى المال كله لم تجز شهادتهما
لما قلنا ويبرا العبد من حصتهما لاقرارهما فيه بقبض مبرئ فان قبض وكيلهما في براءة المديون كقبضهما ويستوفي المشهود عليه

حصته من العبد ولا يشركه فى ذلك الشاهدان لانهما اسقطا حقهما بالشهادة السابقة ولانهما يزعمان انه ظالم فى هذا الاستيفاء
لا حق له فيه ولا لهما ● وان شهد بذلك هذا العبد على اجنبى لم تقبل لانه بمنزلة عبدهما ما دام يسعى ● واذا شهد شاهدان
على احد الشريكين ان شريكه الغايب اعتق حصته من هذا العبد فعلى قول ابى يوسف ومحمد تقبل هذه الشهادة ويقضى بعتقه لان العتق عندهما
لا يتجزى فينتصب الحاضر خصما عن الغايب ● وهما يقولان فى الحقيقة تشهدان على الحاضر بعتق نصيبه ● وعند ابى حنيفة رحمه الله
لا تقبل هذه الشهادة لان العتق عنده يتجزى فانما يشهدان بعتق نصيب الغايب خاصة وليس عنه خصم حاضر والقضاء على الغايب
بالشهادة لا يجوز ولكن يحال بينه وبين هذا الحاضر ان يسترقه ويوقف حتى يقدم الغايب استحسانا ● وفى القياس لا يحال
لان هذه الحيلولة يبتنى على ثبوت العتق فى نصيب الغايب ولا يثبت ذلك بالشهادة بدون القضاء ولكنه الاستحسان قال
هما يشهدان على الغايب بالعتق وعلى الحاضر بفضل يده عنه لان معتق البعض بمنزلة المكاتب لا يد عليه لمولاه ● والحاضر خصم
فى اثبات قصر يده عنه لان معتق البعض بمنزلة المكاتب فتقبل هذه الشهادة فى هذا الحكم اذ ليس من ضرورته القضاء بها القضاء
على الغايب بالعتق فهو نظير من وكل بنقل عبده فاقام العبد البينة على الوكيل ان مولاه اعتقه لا يحكم بعتقه ولكن يحكم بقصر يد الوكيل عنه
حتى يحضر المولى فيعاد عليه البينة فكذلك هنا اذا حضر الغايب فلا بد من اعادة البينة عليه للحكم بعتقه لان الاولى قامت
على غير خصم فان كانا غايبين فقامت البينة على احدهما بعينه انه اعتق العبد لم تقبل هذه الشهادة الا بخصومة تقع من قبل قذف
او جناية او وجه من الوجوه فحينئذ تقبل البينة اذا قامت على ان المولين اعتقاه او ان احدهما اعتقه واستوفى الاخر السعاية منه
لان الخصم الحاضر لا يتمكن من اثبات ما يدعيه على العبد الا باثبات حريته ● والعبد لا يتمكن من دفعه عن نفسه الا بانكار حريته فينتصب
خصما عن الغايبين فى ذلك ● واذا شهد شاهد على احد الشريكين انه اعتقه وشهد اخر على الشريك الاخر انه اعتقه لم يحكم بشهادتهما
اما على مذهب ابى حنيفة رح لا يشكل لان المشهود به مختلف والمشهود عليه كذلك ● واما عند ابى يوسف ومحمد رحمهم الله
فلان احدهما شهد بعتق سرى فيه من نصيب زيد الى عمرو والاخر شهد بعتق سرى فيه من نصيب عمرو الى زيد ولم يتفق الشاهدان
فلم يتفق الشاهدان على واحد من الامرين فلا يحكم بشهادتهما ● قال ولو كان العبد لمسلم ونصرانى فشهد نصرانيان عليهما بالعتق جازت
شهادتهما بالعتق على النصرانى لان شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض مقبولة ● وشهادتهم على المسلمين مردودة فانما يثبت
العتق فى نصيب النصرانى خاصة فهذا وما لو شهدا عليه انه اعتق نصيبه سواء حتى يتخير المسلم فى التضمين والاستسعاء وان شهدا
على المسلم بانه اعتق نصيبه فالشهادة باطلة ● والعبد مملوك لهما على حاله بخلاف ما اذا شهد النصرانى على شريكه بالعتق
فان ذلك اقرار منه فى نصيبه بفساد الرق والاقرار ملزم بنفسه قبل القضاء ● وهذه شهادة لا توجب شيئا الا بالقضاء
وليس للقاضى ان يقضى بشهادة النصرانى على المسلم ولو شهد نصرانيان على شهادة المسلمين ان النصرانى اعتقه فهذا باطل
لانهما يثبتان شهادة المسلمين عند القاضى فكذلك لا يثبت قضاء قاضى المسلمين بشهادة النصرانى ● واذا كان العبد بين ثلثة نفر
فادعى احدهم انه اعتق نصيبه على الف وشهد شريكاه على العبد فالشهادة جائزة لان نصيبه من العبد قد عتق باقراره
وانما بقى دعواه المال عليه فالاخران يشهدان لابيهما ● وكذلك ان شهدا بوجود شرط العتق بعد ظهور التعليق فانما يشهدان لابيهما
فانهما انما يشهدان لابيهما فلا تقبل شهادتهما ● ولو ادعى المولى انه اعتقه بالف درهم وقال العبد اعتقنى بغير شى فشهد ابنا المولى
بما ادعى العبد واقام الاب شاهدين على انه اعتقه بالف درهم فانه يوخذ له بالالف لانه يثبت المال بالبينة ● والعبد
ينفى المال بما يقيم من البينة وعند التعارض يترجح المثبت من البينتين ● وان كانت امة بين رجلين فشهد ابنا احدهما على الشريك
انه اعتقها فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بثبوت حق التضمين له قبل الشريك ان كان موسرا ● ولو شهدا على ابيهما
انه اعتقها جاز ذلك لانه لا تهمة فى شهادتهما على ابيهما فان كان الاب موسرا ثم ماتت الخادم وتركت مالا ● وقد ولدت
بعد العتق ولدا فاراد الشريك ان يستسعى الولد فليس له ذلك كما فى حيوة الام لم يكن له سبيل على استسعاء الولد فكذلك
بعد موتها اذا خلفت مالا ولكن له ان يضمن الشريك كما كان يضمنه فى حيوتها ثم يرجع الشريك بما يضمن فى تركتها كما كان
يرجع عليها لو كانت حية وما بقى فهو ميراث للابن لان ما زاد عليها من السعاية يحكم بعتقها وعتق ولدها مستندا الى حال حيوتها
على ما بينه فى المكاتبة وان لم يدع مالا لم يرجع على الابن لان الابن مولود فى الكتابة والمولود فى الكتابة يسعى فيما على امه
بعد موتها لانه جزء من اجزايها فقام مقامها لانه محتاج الى تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل الى ذلك الا بالاداء ما على امه
فاذا ماتت فاختار الشريك ان يستسعيها فهى بمنزلة المكاتبة فى حال السعاية ● والحاصل ان بعد موتها ليس للشريك

ان يستسعيها

ان يستسعيها باعتبار رق الولد ● وفى حال حيوتها له ان يستسعيها لان حق الاستسعاء باعتبار احتباس نصيب الشريك عندها
وذلك لا يتحقق بعد موتها ولا حق للشريك فى ولدها فلهذا لا يستسعيها باعتبار رق الولد ولا باعتبار رق المال ولكنه يضمن الشريك
واما فى حال حيوتها فقد تقرر احتباس نصيب الشريك عندها فكان له ان يستسعيها لان حق الاستسعاء وهى بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى
حتى يتبين لها ان تتدرج بدون اذن مولاها وان ولدت فولدها بمنزلتها ● وان اشترت اباها او امها او ولدها فليس لها ان تبيعها
وان اشترت اخاها او ذا رحم محرم منها فلها ان تبيعه فى قول ابى حنيفة رح استحسانا ● وفى قول ابى يوسف ومحمد رح وهو القياس
واصل المسئلة فى المكاتب ● ووجه قولهما ان الحر لو اشترى اخاه يصير فى مثل حاله فكذلك المكاتب اذا اشترى اخاه يصير
فى مثل حاله ● الا ترى ان فى الاباء والاولاد لا يفصل بين المكاتب وبين الحر حتى يصير فى مثل حاله فى الوجهين فكذلك
فى كل ذى رحم محرم لان القرابة المتايدة بالمحرمية بمنزلة الولاد فى استحقاق الحرية كما فى استحقاق العين بها ● وهذا لان
ما للمكاتب من الحرية بسببه يحتمل الكتابة حتى لو كاتب عبده صح كما ان ما للحر من الملك يحتمل التعليق فاذا سوى هناك
بين الاخوة والاباء فى اثبات ما يحتمله ملك الحر فكذلك تستوى بينهما هنا فى اثبات ما يحتمله كسب المكاتب ● ووجه الاستحسان
لابى حنيفة رح ان من يكاتب عليه يكون له اداء الكتابة لا يكون الا بدل وليس عليه شى من البدل فعرفنا انه تبع ● ومعنى
الاصالة والتبعية يتحقق فيما بين الاباء والاولاد لاجل الجزئية فيستقيم ان يكاتب عليه بسبب الجزئية ● فاما معنى الاصالة
لا يتحقق فيما بين الاخوة وساير القرابات فلا يتكاتب احدهما على الاخر ● والثانى ان للمكاتب كسبا وحق الاباء والاولاد يثبت
باعتبار الكسب على ان يوفى بعد ظهور الملك فان الابن اذا كان مكتسبا يقضى عليه بعتقه ابيه على ان عمل الاكتساب
فودى فكذلك هنا يثبت حق الاباء والاولاد فى الكسب على انه متى يثبت الملك بالعتق عتق عليه فيمتنع عليه بيعهم لهذا
ولا يثبت حق الاخوة فى الكسب على ان يوفى من الملك اذا ظهر فكذلك لا يثبت حق الاخوة فى كسب المكاتب ولا يمتنع عليه بيعهم
ولا يدخل على هذا الكلام انه لا يقضى على المكاتب بالنفقة والاولاد الاحرار لان الاستحقاق بالكسب على ان يفضى من الملك
وهنا لو قضى عليه بالنفقة لزمه الايفاء قبل تمام الملك بالعتق وذلك لا يجوز لان ما له من الحقوق قبل العتق يحتمل الصلة
التامة ● توضيحه ان الاقارب يكثرون فلو تعذر عليه بيعهم اذا دخلوا ملكه ادى الى تفويت المقصود بالكتابة وهو تحصيل المال
ليودى فيعتق ولا يوجد ذلك فى الاباء فلهذا استحسن ابو حنيفة رح وان اشترت زوجها لم يفسد النكاح ولها ان تبيعه كالمكاتب
لانه انما يثبت لها حق الملك فى رقبته الزوج وحق الملك لا يرفع النكاح لانه اضعف منه والضعيف لا يرفع القوى اذا طرى عليه
وان كان عبدا على هذه الصفة فاشترى امراته كان له ان يبيعها ان لم تكن ولدت منه ● وان كانت ولدت منه فاشترى ولدها معها
فهى بمنزلته لان حق الام يتبع حق الولد وثبوت التبع بثبوت المتبوع وقد امتنع عليه بيع الام ايضا وان قتل عن المستسعى رجل
بسعايته لمولاه فهو باطل لان السعاية كبدل الكتابة ● والكفالة ببدل الكتابة باطلة لان عندهم لا ينفرز عليه دينه فهذا مثله
وان مات ولم يترك الا مالا حاضرا وترك دينا على الناس فلم يختصموا فيه حتى خرج الدين فهو بمنزلة المال الحاضر يودى منه
سعايته ويكون ما بقى ميراثا والولد الحر والمولود فى السعاية والمشترى فى ذلك سوا لان الكل يصيرون بعتقه ثم يجر ولاء ولده
الحر الى الاب فى الولاء اصل كما فى النسب ● وانما كان ولاؤه لموالى الام لعدم الولاء فى جانب الاب فاذا ظهر الولاء فى جانب
الاب جره ولاء اولاده وسنقرر هذا فى موضعه وان لم يخرج الدين حتى جنى ولده الحر كانت الجناية على عاقلة امه لانه مولى
لموالى الام ما لم يظهر له ولاء فى جانب الاب فان اختصم موالى الاب وموالى الام فى ولاية قبل خروج الدين فقضى به لموالى الام
ثم خرج الدين بعد ذلك كان الدين لموالى الاب كله لا يكون للابن فيه شى فى القياس ● ولكنا ندع القياس ونجعل السعاية
للمولى وما بقى ميراثا للابن ● وجه القياس ان القاضى لما حكم بولايه لموالى الام فقد حكم برق الاب الى هذا الوقت
وهو ميت لا يرثه الحر ● توضيحه انه قطعه عن جانب الاب حين قضى بولايه لموالى الام وقضى بجنايته عليهم ● ووجه الاستحسان
ان حكم الكتابة فيه لكونه معتق البعض وذلك لا يحتمل الفسخ فيبقى بعد قضاء القاضى حكم الكتابة فيه على حاله فاذا خرج ماله
تودى كتابته ويحكم بحريته مستندا الى حال حيوته لانه لا يمكن الحكم بحريته مقصورا على الحال فيتبين انه مات حرا والحر يرثه الحر
والقاضى ما قضى بقطع نسبه عن ابيه ● ولو كان للابن ولد فى سعاية العبد من امة له ثم مات العبد كان على الابن ان يسعى
فيما على ابيه بمنزلة المولود فى الكتابة ● ولو كان عبد وامراته رقيقين لرجل واعتق نصف كل واحد منهما فقضى عليهما بالسعاية
فى نصف قيمتهما ثم ولدت ولدا فقتل الولد وترك مالا لا يضمنه وماله لامه لان الولد جزء من امه يتبعها فى الملك والرق

ولم يعتق كان رقيقا بعا لامه داخلا في سعايتها فلهذا كان بدل نفسه ومالها لها ، ولو جنى الولد جناية سعى في الاقل من قيمته ومن الجنايه لانه بمنزلة المكاتبه ، وهذا هو الحكم في جناية المكاتب ولو مات ابوه سعى فيما على امه دون ابيه لانه يتبعها في حكم الكتابه دون الاب فيقوم مقامها في السعايه فيما عليها ، ولو ماتت امه عن مال ادى منه سعايتها وما بقي فهو ميراث للابن لانه يعتق بعتقها ولا ميراث للزوج منها لان الزوج مكاتب ما لم يود السعايه ، وان مات الزوج عن مال يودى ما عليه من سعايته وما بقي ميراث لمعتقه لا يرثه ابنه ولا امراته من ذلك شيا لانهما بمنزلة المكاتبين ما لم يود الام سعايتها ، وهذا وما لو كوتب الزوجان كل واحد منهما بعقد على حدة سوا في جميع ما ذكرنا وذكر في الاصل عن ابراهيم ان معتق النصف اذا جنى فنصف جنايته على عاقلته والنصف عليه واذا جني عليه فلنصف الجناية عليه ارش العبيد ، وارش النصف ارش الاحرار وكانه اعتبر البعض بالكل ولسنا ناخذ بهذا بل هو بمنزلة العبد في الجناية والجناية عليه لان بين الحرية والرق في محل واحد منافاة وقد قررناه فيما سبق ، واذا شهد شاهدان على احد الشريكين انه اقر بعتق المملوك وهو موسر جاز وثبوت اقراره بالبينة كثبوته بسماع القاضي منه ويضمن لشريكه ان كان نوى قيمة نصيبه ويرجع به على الغلام والولاء له وان كان جاحدا للعتق لان القاضي حكم عليه بخلاف زعمه وبقضا القاضي يسقط اعتبار زعمه بخلافه ، الا ترى ان العبد لو كان له فشهدا عليه بعتقه كان الولاء له ان كان منكرا ، وان شهدا انه اقر انه حر الاصل عتق ولا ولاء له لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينه ، وانما يقضي القاضي على المقر بما يقربه ويجعله في حقه كانه حق ، وحرية الاصل لا تعقب الولاء وان شهدا على اقرار الذي باعه كان اعتقه عتق كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وهذا لانه اقر بنفوذ العتق فيه ممن كان مالكا له ، وولاوه موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه فان البايع يقول انا ما اعتقته وانما عتق باقرار المشتري فله ولاوه والمشتري يقول بل اعتقه البايع فالولاء له ، فلهذا توقف ولاوه على ان يرجع احدهما الى تصديق صاحبه فيكون الولاء له لان الولاء لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا يبطل بالتكذيب اصلا ولكنه يبقى موقوفا فاذا صدقه ثبت منه وان شهدا على اقراره بان البايع كان دبره او كاتب امة فاقر ان البايع كان استولدها قبل البيع فانه يخرج كل واحد منهما من ملكه لاقراره انه لم يملكها بالشري وانهما باقيان على ملك البايع ولا يرجع على البايع بالثمن لان اقراره ليس بحجه على البايع في ابطال البيع وقد استحق البايع الثمن ولا يعتقان حتى يموت البايع فاذا مات اعتقا لان المشتري اقر بتعليق عتقهما بموت البايع والبايع كان مقرا باقرار المشتري فيهما نافذ لانه عليهما فعند موت البايع يجعل التصادق منهما على حريتهما اذا كان المدبر يخرج من ثلث مال البايع فلهذا حكم بعتقهما والجناية عليهما كالجناية على مملوكين قبل موت البايع لانهما لا يعتقان الا بموته وتوقف جنايتهما في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد عليهما السعاية في الاقل من قيمتهما وارش جنايتهما ، والقياس ما قاله ابو حنيفه لان المشتري اذا كان تصادقا فموجب جنايتهما على البايع ابتدا لان موجب جناية المدبر وام الولد القيمة على المولى ابتداء ، وان كان كذبا فجنايتهما تتعلق برقبتهما ويخاطب المشتري بذلك ومع جهالة المستحق عليه لا يتمكن القاضي من القضا بشي فلهذا تتوقف جنايتهما ولكنهما استحسنا فقالا انهما بمنزلة المكاتبين في الحال حتى يكتسبان وينفقان على انفسهما من كسبهما ولا سبيل لاحد على اخذ الكسب منهما ، وانما كان موجب جناية المكاتب على نفسه لكونه احق بكسبه فاذا وجد ذلك المعنى هنا قلنا عليهما السعاية في الاقل من قيمتهما ومن ارشهما ، وكذلك امة بين رجلين اقر احدهما انها ولدت من الاخر وانكر الاخر ذلك فهي موقوفة تخدم المنكر يوما وترفع عنها يوم ولا سبيل للمقر عليها في قول ابي حنيفه وابي يوسف الاول وهو قول محمد رح تسعى في نصف قيمتها للمنكر لان اقرار احدهما على شريكه بامية الولد كشهادته عليه بعتق نصيبه ، وقد بينا ان هنا لا يسعى للمنكر في نصيبه فكذلك هنا ولكن ابو حنيفة رح يقول هناك بعد استدامة الملك ممتنعا فلهذا تخرج الى الحرية بالسعايه ، وهنا ما اقر به من امية الولد لو كان حقا لم تكن استدامة الملك فيها ممتنعا فلا يجب السعاية عليها للمنكر ولكن في زعم المنكر انها مشتركة بينهما كما كانت وان شريكه كاذب فكان له ان يستخدمها يوما من كل يومين كما قبل هذا الاقرار وليس للمقر ان يستخدمها في اليوم الاخر لانه يزعم انها صارت ام ولد لشريكه وان حقه في الضمان قبل شريكه ولا حق له في الاستخدام فلهذا لم يكن للمقر عليها سبيل وجنايتها والجنايه عليها تكون موقوفه في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رح بمنزلة المكاتبه تسعى في جنايتها وفي الجناية عليها ياخذ الارش فتستعين بها ، هكذا ذكر في الكتاب وهو ظاهر لانه لما قضى عليها بالسعاية في نصيب الجاحد كانت كالمكاتبه ، وعند ابي حنيفة لما كانت موقوفة الحالة لا يقضى فيها بشي فكذلك حكم جنايتها والجناية عليها ، وقيل الصحيح ان عند ابي حنيفة رح نصف جنايتها على الجاحد لان نصفها مملوك له مطلقا

حتى يستخدمها بقدره ، والنصف الاخر موقوف على قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد جنايتها عليها تسعى في الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانها احق بكسبها ، الا ترى انها تنفق على نفسها من كسبها ولو جعلناها موقوفة كمن ينفق عليها اذا واذا لم يكن من يجعل احق بكسبها كان موجب جنايتها في كسبها كالمكاتبة والله اعلم

باب عتق ما في البطن

رجل قال لجاريته كل ولد تلدينه فهو حر فما ولدته في ملكه فهو حر لان ملك الام سبب لملك الولد فان الجنين يتبع الام في الملك وقيام سبب الملك عند التعليق كقيام الملك في صحة التعليق ، الا ترى ان في اليمين المضاف جعل التعليق بسبب الملك وهو الشراء كالتعليق بالملك ولو كان الملك موجودا في المحل الذي يلاقيه وقت التعليق كان التعليق صحيحا فكذلك اذا كان سبب الملك موجودا ولا تعتق ما لم تلد لانه جعل شرط العتق الولادة ، وان مات المولى وهي حبلى ثم ولدته لم يعتق لانها صارت ملكا للوارث بالموت فانما وجد الشرط بعد زوال ملك المعلق ، وكذلك لو باعها المولى وهي حبلى جاز بيعه لقيام ملكه وقدرته على تسليمها واذا ولدت بعد ذلك لم تعتق لان الشرط وجد في غير ملك الحالف ، وان ضرب ضارب بطنها فالقته ميتا كان فيه ما في جنين الامه لانه ما دام في البطن فهو رقيق ، ولو كان قال كل ولد تحبلين به فهو حر كان فيه ما في جنين الحرة لان شرط العتق هنا وجود الحبل وقد علم انه كان موجودا قبل الضرب فانما وجد جناية الضارب على جنين هو حر ، وان ولدته بعد البيع لاقل من ستة اشهر فهو حر والبيع باطل لانا تيقنا بوجود الولد قبل البيع وحريته فانما باعها وفي بطنها ولد حر فيكون البيع باطلا ولو قال لها ان كان اول ولد تلدينه غلاما فهو حر ولو كانت جاريه فانت حرة فولدت غلامين وجاريتين فان علم ان الغلام اول ما ولدت فهو حر والباقون ارقا ، وان علم ان الجارية اول ما ولدت فهي مملوكه والباقون مع الام احرار لان بولادة الجارية الاولى عتقت الام وانما عتقت بعد انفصال هذه الجارية عنها فكانت مملوكه والباقون مع الام احرار لان بولادة الجارية انفصلوا عنها بعد حريتها والولد لا ينفصل من الحرة الا حرا ، وان لم يعلموا ايهم اول يعتق من الام نصفها لانها تعتق في حال دون حال ويعتق ثلثة ارباع كل واحد من الغلامين لان احدهما حر بيقين فانها ان ولدت الغلام اولا فهو حر وان ولدت الجارية اولا فالغلامان يعتقان بعتق الام فاحدهما حر بيقين والاخر يعتق في حال دون حال فيعتق نصفه ثم حريته ونصف بينهما نصفان اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيعتق من كل واحد منهما ثلثة ارباعه ويسعى في ربع قيمته من كل واحد من الجاريتين ربعها لان احداهما امة بيقين والاخرى تعتق في حال دون حال فانها ان ولدت الغلام اولا فالجاريتان مملوكتان ، وان ولدت احدى الجاريتين اولا فهذه مملوكة والاخرى حرة فاذا كانت احداهما تعتق في حال دون حال يعتق نصفها وليست احداهما باولى من الاخرى فكان نصف الحرية بينهما لكل واحدة منهما ربع حريتها ويسعى كل واحدة في ثلثة ارباع القيمة وان تصادقا الام والمولى على ان هذا الغلام اول ما تصادقا عليه والباقون ارقا لان اليد لهما والقول قول ذي اليد فيمن لا يعبر عن نفسه في رقه وحريته فان تصادقا على شي حمل الامر على ما تصادقا عليه وان اختلفا فيه فالقول قول المولى مع يمينه لان المعتق هو المولى فكان قوله في بيان من عتق مقبولا مع يمينه وان ادعت الام خلاف ذلك لانها تدعي عليه ما لو اقر به لزمه ، وانما استحلف على العلم بالله ما تعلم انها ولدت الجاريه اولا لان التحليف على فعلها والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم ، واذا قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق احد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في البطن ، قال الله تعالى ان يضعن حملهن والعدة لا تنقضي الا بوضع جميع ما في البطن فانما جعل شرط عتقها كون جميع ما في البطن غلاما وشرط عتق الجاريه كونها جميع ما في البطن ولم يوجد ذلك وكذلك قوله ان كان ما في بطنك لان ما هو من الفاظ العموم فهو يقتضي ان يكون جميع ما في بطنها بتلك الصفة ، ولو كان قال في الكلامين ان كان في بطنك عتق الجاريه والغلام لانه جعل شرط عتقها وجود الغلام في بطنها وقد تبين انه كان موجودا والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزا فعلمنا انها عتقت قبل انفصال الولدين عنها فعتق الولدان جميعا ، واذا قال اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ، فان علم ان الغلام اول عتقت هي مع ابنتها والغلام رقيق وان علم انها ولدت الجاريه اولا عتقت الام والجاريه مع الغلام رقيقان وان لم يعلم واتفق الام والمولى على شي فالقول لهما وان قالا لا ندري فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق ، وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والام والغلام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين

وذكر فى الكيسانيات عن محمد رح فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم • ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان الغلام
فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره • وان حلف فهم ارقاء بخلاف الفصل الاول لانا تيقنا هناك بحرية بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن
بالحرية صحيح • وههنا لم نتيقن بشى من الحرية لجواز انها ولدت الجارية اولا فلا معنى لاعتبار الاحوال • ولكنها تدعى عليه شرط العتق
وهو منكر فالقول قوله مع يمينه • ولو قال ما فى بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر فهو حر لانا تيقنا انه كان موجودا فاذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا لم نتيقن انه كان موجودا والعلوق مضاف الى ادنى مدة الحمل الا فى حالة الضرورة وان ولدت واحدا لاقل منها بيوم والاخر بعدها
بيوم عتقا لانا تيقنا بوجود الاول فى بطنها وقت اليمين حين ولدته لاقل من ستة اشهر وهما توام خلقا من ماء واحد فالحكم بوجود احدهما
فى البطن حكم بوجودهما • واذا اعتق امته ولها زوج حر فولدت ولدا لستة اشهر فصاعدا بعد العتق فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد امه
لان الحبل قائم من الزوجين فانما يستند العلوق الى اقرب الاوقات وهو ستة اشهر فتبين انها علقت به فى حال هما اهل اللعان فينقطع النسب
عنه باللعان ويكون ولاؤه لموالى الام لانه لا نسب له من جهة الاب • وان وضعته لاقل من ستة اشهر لزم اباه ولا لعان اما اللعان
فلانه قذفها فى الحال وهى محصنة • واما لزوم النسب اياه فلانا تيقنا ان العلوق كان قبل العتق وهى لم تكن من اهل اللعان فلزمه ○
نسب الولد على وجه لا يملك نفيه فلا يتغير ذلك بالعتق بعده وولاء الولد لموالى الام لانه كان موجودا فى البطن حين اعتق الام فصار
الولد مقصودا بالعتق وله ولا نفسه • ولو قال لامته ان كنت حبلى فانت حرة فان ولدت لاقل من ستة اشهر فهى حرة وولدها لانه تبين
انه كان منجز اعتقها بالتعليق بشرط موجود • وان ولدت لستة اشهر لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط لم يترك الجزاء • ولو قال لها ما فى بطنك حر
فضرب رجل بطنها بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر فالقت جنينا ميتا ففيه ما فى جنين الحرة لانا علمنا انه كان موجودا فى بطنها حين قال الذى
وانه حكم بعتقه • فان قيل فلعله كان ميتا واعتاق الميت باطل • قلنا قد ظهر لموته سبب وهو الضرب فيحال بالحكم عليه ولما حكمنا
بوجوب الضمان على الضارب فقد حكمنا بحيوته الى هذا الوقت فعلى الجانى ما فى جنين الحرة • ولو قال لها ان كان اول ما تلدينه غلاما ثم جارية
فانت حرة • فان كانت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلامين وجاريتين لا يعلم ايهم اول عتق نصف الام وربع الاولاد لانها ان ولدت
الغلام اولا ثم الجارية فالام حرة • وان ولدت الجارية اولا ثم الغلام فالام رقيقة فهى تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها واحد الغلامين
رقيق بيقين • والاخر يعتق فى حال دون حال فيعتق ربع كل واحد منهم ولا يقال من الجائز انها ولدت الغلامين اولا ثم الجاريتين لان هذا بمنزلة
ولادة الغلام اولا ثم الجارية واذا ولدت الجاريتين اولا ثم الغلامين فهذا بمنزلة ولادة الجارية اولا ثم الغلام لان الشرط ولادة الغلام
بعد ولادة الجارية وقد وجد سواء تخلل بينهما ولادة جارية اخرى او لم يتخلل • وان ولدت غلاما وجارية فى بطن لا يعلم ايهما اول عتق نصف الام
ونصف الغلام لان الام تعتق فى حال دون حال • وكذلك الغلام فيعتق نصف كل واحد منهما والابنة امة لانها ان ولدت الغلام اولا ثم الجارية
فانما اعتقت الام بعد انفصال الجارية فهى امة وان ولدت الجارية اولا فهى امة فعرفنا ان رقها تعين • وان قال اول ولد تلدينه فانت حرة فولدت
ولدا ميتا عتقت لان الولد الميت ولد كالحى • الا ترى ان الجارية تصير ام ولد والمراة تصير به نفسا فيتم شرط عتقها بولادته • ولو كان قال
فهو حر لم تنحل يمينه بولادة الميت • وليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء • الا ترى انه لو قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا
لغيره انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق • والدليل عليه انه قال اول ولد تلدينه فهو حر وامراته طالق فولدت ولدا ميتا
وقع الطلاق ثم عندكم لو ولدت ولدا حيا بعد ذلك لا يعتق الحى • وهذا لا وجه له لان الشرط ان صار موجودا بولادة الميت انحلت اليمين وان لم يصر
موجودا فينبغى ان لا يقع الطلاق • والدليل عليه ان هذا الحى باى ولد حتى لو قال باى ولد تلدينه فهو حر يعتق هذا ولا يكون الشخص الواحد
اولا وثانيا • وجه قول ابى حنيفة رح ما حكى عن محمد رح انه كان يقول الولد الميت ولد فى حق الحكم حتى ان العدة تنقضى به والجارية
تصير ام ولد فتحق نفسه حتى لا ينبغى ولا يصلى عليه فاذا كان الجزاء عتق الام او طلاق المراة كان الميت ولدا فيه
واذا كان الجزاء عتق الولد لم يكن الميت لانه ليس بمحل له وهذا لا يشبه ... فانه يقال لا ينبغى ان يجعل يمينه به ويبقى يمينه ولكنا
فى حق الولد الثانى حتى لا يعتق هو لانه وجه الصحيح ان يعود الجزاء ... الا الى حى فصار هذا الحيوة مدرجا • ويكون المعنى صحيحا به
كانه قال اول ولد تلدينه حيا • وانما قلنا ذلك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما امكن ولا يصح هذا الكلام الا باضمار الحيوة فى الولد
لان الاعتاق واحداث القوة وذلك يتحقق فى الحى دون الميت فيتبين بقوله فهو حر حيوة الولد مضمر فى كلامه • الا ترى انه لو قال
اذا ولدت ولدا ميتا فهو حر كان كلامه لغوا • وبه فارق الطلاق وعتق الام لانه لا حاجة فى تصحيح ذلك الكلام الى اضمار الحيوة فى الولد
الا ترى انه لو صرح بموت الولد كان التعليق صحيحا ثم يثبت بطريق الاقتضاء ما لا يثبت بالاجزاء • ... الثابت ضرورة فما يتحقق فيه الحاجة يجعل مدرجا
فى كلامه وفيما لا يتحقق فيه الحاجة لا يجعل مدرجا • ولا يبعد ان يكون الشى الواحد ثابتا بحكم ... وجوده فى جنين الحرة دون البعض كالوقال لامراته

ان حضت

اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت تصدق فى وقوع الطلاق عليها دون ضرتها • ولما ثبت ان الحيوة مدرج فى كلامه
فالذى ولدته بعد الميت اول ولد حى • وان كان فى الصورة ثانى ولد وليس هذا كقوله اول عبد اشتريه فهو حر لان المشترى لغيره
محل للعتق • الا ترى ان العتق ينفذ فيه من مالكه ومن المشترى موقوفا على اجازة مالكه فلا حاجة الى اضمار الشرى لنفسه لتصحيح
الكلام وههنا الميت ليس بمحل للعتق اصلا فلهذا جعلنا الحيوة مدرجا فى كلامه • وان قال اول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدا وشهدت
امراة على الولادة وكذبها المولى وقال هذا عبدى من غيرها لم يعتق بشهادة امراة فى قول ابى حنيفة رح • وعلى قول ابى يوسف ومحمد
يعتق وقد تقدم نظيره فى الطلاق • وبينا ان عند ابى حنيفة رح بشهادة القابلة انما يثبت ما هو من احكام الولادة على الخصوص .
والعتق ليس من احكام الولادة • وعندهما لما قبلت بشهادة القابلة فى حق النسب فكذلك يقبل فيما جعل بناء على الولادة • الا ترى
انه لو قال ان كان بها حبل فهو منى ثم جاءت امراة تشهد على الولادة بعد هذا القول بيوم صارت ام ولد له بالاستيلاد من احكام
نسب الولد • فاما هذا العتق ليس من احكام الولادة وشهادة القابلة حجة ضرورية فلا تكون حجة الا فيما هو فى حكم الولادة • وان قال لها
ان كنت حبلى فاذا ولدت فانت حرة فشهدت امراة على الولادة عتقت لا بشهادة القابلة عند ابى حنيفة رح بل بمجرد قول الامة لانه
لما اقر بانها حبلى فقد جعل الشرط وقوع العتق عليها ظهور ما هو موجود فى بطنها وقد ظهر بقولها كما اذا قال لها اذا حضت فانت حرة
وقد تقدم نظير هذا فى الطلاق • واذا قال لها اذا حبلت فانت حرة ثم وطيها يحتمل انها قد حبلت فقد عتقت فلو وطيها
فينبغى له فى الورع والتنزه ان يعتزلها حتى يعلم احامل هى ام لا لان سبب الحبل هو الوطى فبعد ما وطيها كان محرما عليه والتحرز عن الحرام
واجب فلهذا نامره على طريق التنزه ان يعتزلها فاذا حاضت علمنا انها ليست بحامل فيطاها مرة اخرى بعد ما طهرت وهكذا دابه
ودابها • وان ولدت بعد هذه المقالة لاكثر من سنتين وقد وطيها قبل الولادة لاقل من ستة اشهر فهى حرة لانا قد تيقنا
بوجود شرط العتق بعد اليمين وتيقنا بانه وطيها بعد ما علقت فانما وطيها وهى حرة بالشبهة فعليه العقر • وان ولدته لاقل ○
من سنتين لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط وهو الحبل بعد اليمين لجواز ان يكون هذا الولد من علوق كان قبل اليمين • فان قيل لم ذهب
قولكم ان العلوق يستند الى اقرب الاوقات اذا لم يكن فيه اثبات العتق بالشك لان العتق بالشك لا يثبت • وقد تقدم نظيره فى الرجعة
فى الطلاق • واذا قال لامتيه ما فى بطن احديكما حر فله ان يوقع على ايهما شاء لان ما فى البطن فى حكم العتق كالمنفصل • وقد بينا فى المنفصل
انه لو وجب العتق فى غير المعين كان البيان اليه فكذلك ما فى البطن • فان ضرب انسان بطن احديهما فالقت جنينا وقع العتق على ما فى بطن
الاخرى لان الذى انفصل ميتا خرج من ان يكون محلا للعتق ومن احتمال الاخر فيما اوجب فتعين العتق فيه ضرورة • ولو ضرب بطن كل واحدة منهما
رجل معا فالقيا جنينين ميتين لاقل من ستة اشهر منذ تكلم بالعتق كان على كل واحد منهما ما فى جنين الامة لان كل واحد من الجنينين كان مملوكا بيقين
وبعد ايجاب العتق فى المجهول بقينا كذلك • وقد بينا فى المنفصلين انه لو قتل كل واحد منهما رجل كان على كل واحد من القاتلين قيمة مملوك
فهذا مثله • وان قال ما فى بطن هذه حر وما فى بطن هذه حر وسالم عتق ما فى الاولى والخيار بين سالم وما فى بطن الثانية اليه لانه اوجب العتق
لما فى بطن الاولى بعينها وخير نفسه بين عتق ما فى بطن الثانية وسالم لانه ادخل بينهما حرف او وذلك للتخيير وكانه قال ما فى بطن هذه حر
واحد الاخرين فيعتق الاول بعينه والخيار اليه فى الاخرين يوقع العتق على ايهما شاء • واذا قال لامتيه ما فى بطن احديكما حر ثم خرجت احديهما
وجاءت اخرى فقال ما فى بطن احديكما حر ثم ولدن كلهن لاقل من ستة اشهر فالقول فيه قول المولى • واصل هذه المسئلة فى العبيد ذكرها فى مواضع من
فالتخريج فى الكل واحد رجل له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج احدهما ودخل الثالث فقال احدكما حر فالبيان الى المولى
لان الايجاب كان منه ولان حكم الكلامين يختلف ببيانه • فان قال عنيت بالكلام الاول الثابت واعنيه الان واختاره عتق الثابت بالكلام الاول
وتبين انه فى الكلام الثانى جمع بين حر وعبد • وقال احدكما حر فلا يجب به شى اذا لم يبق العبد فان قال عنيت بالكلام الاول الخارج عتق الخارج
بالكلام الاول وصح الكلام الثانى لانه جمع فيه بين عبدين فقال احدكما حر فالبيان اليه فان بين ولانه عنى بالكلام الثانى الثابت يعتق الخارج بالكلام
الاول لان الثابت خرج من مزاحمة الخارج فى موجب الكلام الاول حين انشا عتقه بعده • وان قال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل
ولا بد من ان يبين مراده بالكلام الاول • وان مات قبل ان يبين عتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل نصفه فى قول ابى حنيفة
وابى يوسف رح وربعه فى قول محمد لانه وجب بالكلام الاول حرية تتردد بين الخارج والثابت وقد فات البيان بموت المولى فيشيع فيهما فلهذا يعتق
من الخارج نصفه ومن الثابت نصفه بالكلام الاول والكلام الثانى لا يجب به شى ان كان المراد بالكلام الاول الثابت ويجب به حرية ان كان
المراد بالكلام الاول الخارج فاوجبنا به نصف حرية باعتبار التردد ثم هذا النصف يتردد بين الثابت والداخل فيكون نصفه وهو الربع ○
للثابت فاجتمع له ثلثة ارباع حرية وحصل للداخل ربع حرية بالكلام الثانى فلهذا قال محمد رح يعتق منه ربعه ولانه شرط الثابت بالكلام

فلا نصيب للامة مما نصيبه الثابت بهذا الكلام وشبه هذا بمنزلة ثلث نسوة لم يدخل بواحدة منهن قال للثنتين منهما احداكما طالق فخرج
احداهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق ثم مات قبل البيان يسقط من مهر الخارجة ربعه ● ومن مهر الثانية ثلثة اثمانه ومن مهر
الداخلة ثمنه للطريق الذي قلنا ● وابو حنيفة وابو يوسف قالا الكلام الثاني صحيح على كل حال فان مراده الثابت عتق به ما بقي
وهو النصف وان كان مراده الداخل عتق به كله فالداخل كله يعتق في حال دون حال فيعتق نصفه ● وبيان هذا الكلام اما على
قول ابي حنيفة فظاهر لان الحرية الاولى لما شاعت فيهما كان الثابت معتق البعض ومعتق البعض بمنزلة المكاتب اهل لانشاء العتق فيه
فيصح الكلام الثاني ● واما مسئلة الطلاق فقد قيل هو مذكور في الزيادات وهو قول محمد رح فاما عندهما يسقط من مهر الداخلة
ربعه وبعد التسليم الفرق واضح على اصل ابي حنيفة لان عنده الطلاق لا يتجزى بخلاف العتق فالكلام الثاني ليس بصحيح على كل حال
وانما الاشكال على قول ابي يوسف والفرق انه يوجد شخص متردد الحال بين الرق والحرية ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب
والثابت بهذه الصفة حين تكلم بالثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه على كل حال فاما في الطلاق لا يوجد شخص متردد
الحال بين ان يكون مطلقة او منكوحة ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه ● قلنا ان كان صحيحا
يسقط به نصف مهرها وان لم يصح لم يسقط به شي ثم يتردد هذا الربع بين الثابتة والداخلة فنصيب الداخلة نصف الربع وهو
الثمن ● فلهذا يسقط من مهرها ● وان كان المولى قال ذلك في مرضه ومات قبل البيان ولا مال له سواهم فانهم يقتسمون الثلث
على قدر حقهم فيضرب الخارج في الثلث بسهمين ● والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهمين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهمين
في قولهما فيكون الثلث بينهم على سبعة ● والقسمة من احد وعشرين كل رقبة سبعة فيسعى الخارج في خمسة اسباعه وكذلك
الداخل والمقسم في اربعة اسباعه ● وعلى قول محمد رح الداخل انما يضرب بسهم واحد فيكون الثلث بينهم على ستة والقسمة
من ثمانية عشر يسعى الخارج في ثلث قيمته والثابت في نصف قيمته والداخل في خمسة اسداس قيمته اذا عرفت هذا التخريج
في العبيد فكذلك فيما في بطن الجواري لان الجنين في حكم العتق كالمنفصل ● وان قال لامته قد اعتقت ما في بطنك على الف درهم
عليك فقبلت ثم وضعت غلاما لاقل من ستة اشهر فهو حر لانا تيقنا انه كان موجودا في البطن حين علق العتق بقبولها
المال وقد وجد منها القبول والمال باطل لانه لا يمكن ايجابه على الجنين في الزام المال اياه ولا يمكن ايجابه على الام ايضا
لان الجنين في حكم العتق كشخص على حدة ● واعتاق شخص ببدل على شخص اخر لا يجوز ● وهذا بخلاف الطلاق فانه لو طلق امرأته
بمال على اجنبي وقبل الاجنبي ذلك وجب عليه المال ● ولو اعتق عبده بمال على اجنبي وقبل الاجنبي لا يلزمه المال
لانه منتفع بالعتق من حيث يحصل الثواب لنفسه في العقبى والولاء في الدنيا ● ومن انتفع بملك نفسه لا يستوجب
بدله على غيره بالشرط كمن اكل طعام نفسه ببدل على غيره فاما الزوج غير منتفع بالطلاق ● ولكنه مبطل لملكه فاذا اشترط بدلا
على غيره والتزم ذلك الغير كان صحيحا كالعفو عن القصاص والابراء عن الدين ● ولو ولدت الامة غلاما ثم كاتبت على نفسها
وعلى ما في بطنها على الف درهم اجزت ذلك والزمته ان كبر وعقل فرضي ● وهذا الجواب على هذا الوضع انما يستقيم على طريقة القياس
فاما على طريقة الاستحسان على ما ذكر في الجامع وغيره من المواضع غير مستقيم بل الصحيح من الجواب ايضا ما ذكر
في رواية ابي حفص رحمه الله ان المكاتبة تجوز ويلزم الام ولا يلزم الغلام من المال شي ولكن يعتق باداء الام المال
وهذا لانه لا ولاية للام على الولد في الزام بدل الكتابة اياه فيكون هذا بمنزلة ما لو كان عبد له حاضر وعبد له غايبا
على الف درهم في القياس يتوقف في حق الغايب على اجازته لانه ليس للحاضر عليه ولاية ● وفي الاستحسان ينفذ العقد
ويكون الالف كله على الحاضر بقبوله فكان المولى شرط قبول البدل كله عليه وجعل عتق الاخر معلقا باداءه وذلك صحيح
بدون القبول من الاخر فكذلك في المسئلة ● قال ورايت في بعض النسخ زيادة الف في وضع هذه المسئلة قال فكاتبها على نفسها
او عليه على الف درهم ● وهكذا روي عن ابي يوسف رح في الامالي في وضع هذه المسئلة انها كاتبت عليه فعلى هذا الجواب
مستقيم لان المقصود بالكتابة الولد دون الام فاذا لم يكن الام داخلة في العقد يعتبر وجود القبول من الابن اذا كبر وعقل
ومقصوده الفرق بين حالة الاجتنان في البطن وما بعد الانفصال ان حالة الاجتنان في البطن لا يتوقف العقد على قبوله
بعد الانفصال وبعدما يعقل وبعد الانفصال يتوقف لانه لا ولاية لاحد عليه في حالة الاجتنان ● وانما يتوقف ما له مجيز
حال وقوعه وبعد الانفصال قد يتولى عليه في هذا العقد لما له فيه من المنفعة فيتوقف على اجازته ● واذا كبر وعقل لزمه المال
ولو قال لامته ما في بطنك حر متى ادى الى الفا فوضعته لاقل من ستة اشهر فهو حر متى ادى فهو حر لان ما في البطن في تنجيز العتق كالمنفصل

فكذلك في تعليق عتقه باداء المال بخلاف الكتابة لانه ليس في الزام المال اياه ولا ولاية لاحد عليه في ذلك وليس في التعليق الزام المال اياه
بل التعليق يتم بالمعلق وحده وكلامه قبل الانفصال وبعده سواء ● ولو قال بعد الانفصال متى ادى الى هذا المولود الفا فهو حر صح
وعتق اذا ادى فكذلك اذا قال بعد الانفصال ● ولو قال لثلاث اماء له ما في بطن هذه حر وما في بطن هذه عتق ما في بطن
الاولى وهو مخير في الباقيين لادخاله حرف التخيير بين الثانية والثالثة ● ولو قال ان كان ما في بطن جاريتي غلاما فاعتقوه
وان كان جارية فاعتقوها ثم مات فكان في بطنها غلاما وجارية فعلى الوصي ان يعتقهما من ثلثه وكان ينبغي على قياس ما سبق
ان لا يعتق واحد منهما لانه شرط ان يكون جميع ما في بطنها غلاما او جميع ما في بطنها جارية وقد تقدم نظيره في التنجيز ولكنه
في هذا الموضع اعتبر مقصود المولى وهو الوصية باعتاق الغلام عنه وباعتاق الجارية ● وكلامه هذا ليس تعليق وكانه
قال ففي بطن هذه الجارية غلاما كان او جارية او كلاهما فيجب على الوصي والورثة تنفيذ الوصية فيهما من ثلثه ● وان قال
اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين لا يعلم ايهما اول عتق نصف الام
لانها تعتق في حال وهو ان يكون ولادة الغلام اول ولا تعتق في حال وهو ان تكون ولادة الجارية اول فيعتق نصفها ونصف
الغلام ايضا لانها ان ولدت الجارية ثم الغلام فالغلام حر وان ولدت الغلام اولا فالغلام رقيق فيعتق نصفه قال ويعتق
من كل واحدة من الجاريتين ربعها وتسعى في ثلثة ارباع قيمتها ● قال ابو عصمة رح هذا غلط بل الصحيح ان يعتق من كل واحدة منهما
ثلثة ارباعها وتسعى في الربع لان احداهما حرة بيقين ● فانها ان ولدت الغلام اولا عتقت الجاريتان جميعا لعتقهما
وان ولدت الجارية اولا ثم الغلام عتقت احدى الجاريتين فاحداهما حرة بيقين والاخرى تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها
فيكون السالم لهما حرية ونصف بينهما لكل واحدة منهما ثلثة ارباع الحرية ● ومن اصحابنا من تكلف لتصحيح جواب الكتاب
قال احدى الجاريتين مقصودة بالعتق في حالة فلا يعتبر مع هذا جانب التبعية فيها ● واذا سقط اعتبار جانب التبعية
فاحداهما تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ثم هذا النصف بينهما لاستوائهما فانهما يعتق من كل واحدة ربعها ولكن هذا
يكون مخالفا للتخريج في المسايل المتقدمة اذا فالاصح ما قاله ابو عصمة رح ● واذا كانت لامة بين رجلين فاعتق احدهما
ما في بطنها وهو غني ثم ولدت بعد ذلك بيوم غلاما ميتا فلا ضمان على المعتق لان نفوذ عتقه لا يكون الا باعتبار حيوة الجنين
ولا يعلم ذلك حقيقة ولا حكما حين انفصل ميتا والضمان بالشك لا يجب ● وان كان رجل ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا
فعلى الضارب ما في جنين الامة نصف عشر قيمته ان كان غلاما او عشر قيمتها ان كانت جارية ● وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
ان العتق عنده يقتصر على نصيب المعتق من الجنين ويبقى الرق فيه باعتبار نصيب الشريك فلهذا يجب على الضارب ما في جنين الامة
ثم يكون على المعتق نصف ذلك للشريك لان حيوته انما تثبت لما وجب من الضمان على الضارب فينفذ حكم الضمان بعد ذلك
فلهذا كان على المعتق نصف ذلك لشريكه ثم يرجع به فيما ادى الضارب لانه بدل نفسه فيكون شريكه له ● وقد بينا ان المعتق
يرجع فيما يضمن لشريكه معتق البعض بعد موته ثم الباقي ميراث عنه للذي اعتقه اذا لم يكن له وارث اقرب منه من اخ او عم
لان الولاء في حصة المعتق حين ضمن نصيب شريكه ● واما على قول ابي يوسف ومحمد يجب على الضارب ما في جنين الحرة لان العتق
عندهما لا يتجزى ويكون ذلك كله للمعتق ميراث بولاية ويكون على المعتق نصف قيمته لشريكه معتبرا بوقت الانفصال
لان ضمان العتق انما يجب بوقت الاعتاق ولكن يتعذر الوقوف على ذلك لكونه محبسا في البطن فيعتبر قيمته باقرب اوقات
الامكان وذلك بعد الانفصال وان لم يضرب بطنها احد ولكن ولدت بعد العتق بيوم ولدا حيا ثم مات فعلى المعتق نصف قيمته
معتبرا بوقت الانفصال لما بينا فان لم تلد حتى اعتق الام وهو موسر ثم ولدت فللشريك ان يضمنه نصف قيمة الام
فله ذلك لانه باعتاق الجنين كان متمكنا من استدامة الملك في الام وقد افسد شريكه ذلك حين اعتقها فله ان يضمنه
نصف قيمتها ويرجع بذلك الضمان على الامة وولاء الامة للذي اعتقها وولاء الولد بينهما لانهما اعتقاه وذلك قول ابي حنيفة
وفي قول ابي يوسف ومحمد ولاء الولد كله لمعتق الولد وان دبر احدهما ما في البطن ثم اعتق الاخر الام وهو غني ثم ولدت بعد
يوم فان الذي اعتق الام بعد يوم يضمن قيمة نصف الام ويرجع بذلك عليها ويكون ولاء الام للذي اعتقها لما بينا وولاء
وولاء الولد لهما جميعا في قول ابي حنيفة لان تدبير المدبر اقتصر على نفسه فيستحق نصف ولاء الولد والنصف الاخر
من الولد انما عتق باعتاق الشريك الذي اعتق الام فلهذا كان ولاء الولد بينهما ● واما عند ابي يوسف ومحمد التدبير لا يتجزى
فصار كله مدبرا للذي دبره واستحق ولاء جميعه ويكون هو ضامنا نصف قيمة الولد لشريكه موسرا كان او معسرا

ثم الشريك باعتاق الام يصير ضامنا نصف قيمتها وولاء الام لمن اعتقها وولاء الولد للمدبر لانه استحق ولاه وان عتق بعد ذلك تبعا للام فلهذا كان له ولاء الولد والله اعلم

باب العتق على المال

رجل اعتق عبده على مال من عروض وحيوان او غير ذلك وباعه نفسه او وهب له نفسه على ان يعوضه كذا فهو جايز ● واذا قبله العبد فهو حر في جميع احكامه لانه علق عتقه بقبول المال ولانه جعل التزام المال من العبد مقابله العتق وقد وجد ذلك بقبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه فان العبد ليس من اهل ان يملك مالية نفسه فيبطل ملك المالية باعتاق المولى وتحدث القوة للعبد بايجاب المولى وهو موجب لهولاء بعوض كان وبغير عوض والمال دين على العبد لانه التزمه بقبوله وقد كان ذمه صالحة للالتزام فيها وتابدت بالعتق ويجوز وجوب المال عليه وان لم يملك ما يقابله من ملك المولى كما يجب المال على المراة بقبول الطلاق وعلى العاقل بقبول الصلح وان كان لا يملك شيا بمقابلته ● ولهذا كل ما يصلح التزامه عوضا في الطلاق وان اختلفا في جنسه او في مقداره فالقول قول العبد لانه اعتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول له في بيانه قوله والبينة بينة المولى ما لاثبات الزيادة ولانه يثبت حق نفسه ببينته ● ولو قال المولى اعتقتك امس على الف درهم فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بالعتق مع تعليقه المال وهو يتم للمولى ● ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غايبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله والمولى منكر لذلك فالقول قوله كما لو قال قلت للامس انت حر ان شيت فلم تشا وقال بلى قد شيت فالقول قول المولى بخلاف ما لو قال الغيره بعتك هذا الثوب امس بالف درهم فلم تقبل وقال المشتري قد قبلت فالقول قول المشتري لان البايع اقر بالبيع ولا يكون البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم يقبل رجع عما اقر به ● واذا اعتقه على مال حال ومؤجل فله ان يشتري بذلك المال منه ما بدا له يدا بيد لانه دين يجوز الابراء عنه ولا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كالايمان ولا خير فيه لان الدين بالدين حرام في الشرع ● ولو اعتق امته على مال ثم ولدت فماتت ولم تدع شيا فليس على الولد من ذلك المال شي لانه انفصل عنها بعد حريتها فكان حرا وليس على الحر شي من دين مورثه اذا مات ولو اعطته في حيوته هكذا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة فيثبت المال دينا عليها بصفة القوة والكفالة بمثله من الديون صحيح بخلاف بدل الكتابة ● وان قال العبد اذا اديت الي الفا فانت حر لم يكن مكاتبا ولم يعتق حتى يودي لان الكتابة توجب المال على المكاتب بالقبول فيثبت له بمقابلته ملك اليد والمكاسب ● وهنا المال لا يجب على العبد فلا يثبت له ملك اليد والمكاسب ولكن هذا اللفظ من المولى تعليق عتقه باداء المال فيكون كالتعليق بساير الشروط ● ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد ولا يمتنع على المولى بيعه ولكن متى ما جاءه بالمال عتق وليس للمولى ان يمتنع من قبوله استحسانا وفي القياس له ذلك وهو قول زفر رح لانه تعليق العتق بالشرط فلا يجبر المولى على ايجاد الشرط فلا يتم الشرط بفعل العبد لان الشرط اذا اتصل بالمولى نص على ذلك بقوله الي ولا يتصل به الا بقبوله ● ودليل الوصف انه لا يسري الى الولد ولا يمتنع ولا يمتنع عليه بيعه ولا يصير احق بمكاسبه ولا يحتمل الفسخ ● والدليل عليه انه لو باعه ثم اشتراه ثم جاء بالمال لم يجبر على قبوله كذلك قبل البيع لان حكم التعليق بالشرط لم يختلف قبل البيع وبعده ● وجه الاستحسان انه مملوك يعلق عتقه باداء مال معلوم الى المولى فاذا خلى بين المال والمولى يعتق كالمكاتب ● وتاثيره ان هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المعنى والمقصود كتابة لانه حثه على اكتساب المال ورغبه في الاداء بما جعل له من العتق وليست الكتابة الا هذا وهذا المال عوض من وجه الا ترى ان في زوجته الطلاق بهذه الصفة يكون بائنا وان المولى لو وجد المال زيوفا فرده كان له ان يستبدله بالجياد وما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى ودفع الضرر عنه ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء دفعا للضرر والغرور عن العبد فقلنا كما وضع المال بين يدي المولى يعتق عليه انه علق العتق بفعل يباشره العبد وهو الاداء ● وفي مثله لا يكون للمولى ان يمتنع منه ولا ان يمتنع عنه من ذلك الفعل كما لو قال له انت حر ان شيت فشا العبد في المجلس عتق وليس للمولى ان يمتنع من ذلك الفعل ● فاما اذا باعه ثم اشتراه فقد روي عن ابي يوسف رح انه اذا جاءه بالمال يعتق وهذا وما قبل البيع سواء لان التعليق بالشرط لا يبطل بالبيع ● وعلى ما ذكر في الزيادات انه لا يجبر المولى على القبول العذر واضح فان معنى التعليق لا يبطل بالبيع ولكن معنى الكتابة يبطل بنفوذ البيع فيه فلهذا لا يجبر على القبول بعده ● فاما قبل البيع معنى الكتابة باق

كابينا

كما بينا ولسنا نعني بقولنا يجبر المولى على القبول الاجبار حسا وانما نعني به ان يجعل التخلية بينه وبين المال يعتق وليس للمولى ان يمتنع عنه واذا احضر العبد المال لا يمكن المولى من ان يجبره منه ثم لا يعتق العبد الا باداء جميع المال لان الشرط لا يتم الا بوجود المال حتى لو بقي من المال درهم فهو عبد على حاله ● وكذلك لو كان قال اذا اديت الي الفا الا على المجلس في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف انه لا يتوقف بالمجلس كالتعليق بساير الشروط ● وجه ظاهر الرواية انه بمنزلة التعليق بمشية العبد لانه يخير بين الاداء والامتناع منه فكما يتوقف بالمجلس اذا قال له انت حر ان شيت فكذلك هذا ● توضيحه ان في الكتابة يحتاج الى القبول في المجلس والاداء هنا بمنزلة القبول هناك من حيث ان حكم الكتابة يثبت به فيعتبر وجود الاداء في المجلس هنا اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الوقت كما يعتبر القبول في المجلس في الكتابة ● وان اختلفا في مقدار المال فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف مسئلة اول الباب فان العبد هناك عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه وهنا لا يتعلق بالاداء فانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فلهذا كان القول قول المولى فيه وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لانه لا منافاة بين البينتين فيجعل كان الامرين كانا فاي الشرطين اتى به العبد عتق ولان البينات للالزام وفي بينة العبد معنى الالزام فانها اذا قبلت عتق العبد باداء الخمس ماية وليس في بينة المولى الزام فانها وان قبلت لا يجبر العبد على اداء المال ● فاذا قال لامته اذا اديت الي الفا فانت حرة فولدت ولدا ثم ادت لم يعتق ولدها لانها انما عتقت عند الاداء وقد انفصل ذلك الولد عنها قبل هذا فلا يسري اليه ذلك العتق ● وقد بينا ان حكم الكتابة لا يثبت بهذا اللفظ قبل الاداء فبقي ولدها مملوكا للمولى مطلقا وان ادت الالف من مال هو لها عتقت لوجود الشرط وللمولى ان يرجع عليها بمثله لان مقصود المولى لم يحصل بها فان مقصوده ان يحثها على الاكتساب ليودي من كسبها فيملك المولى ما لم يكن له مملوكا له قبل هذا وباداء مال المولى اليه لا يحصل هذا المقصود فيرجع عليها بمثله دفعا للضرر عنه ● وكذلك ان ادت من كسب اكتسبته قبل هذا القول لم يرجع المولى عليها بشي اخر لان مقصوده قد تم فان استحق المقبوض من يد المولى لم يبطل العتق لان الشرط تم باداء المستحق والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ وللمولى ان يرجع عليها بمثله لان مقصوده لم يحصل بهذا الاداء ولو كان المولى مريضا حين قال لها اذا اديت الي الفا فانت حرة فاكتسبت وادت ثم مات المولى من مرضه فانها تعتق من ثلثه في القياس وهو قول زفر رح لان كسبها ملك المولى فلا يكون ملكه عوضا عن ملكه والعتق في المرض بغير عوض يكون معتبرا من الثلث وفي الاستحسان تعتق من جميع ماله لان المودى في حكم العوض حتى اذا وجده زيوفا استبدله بالجياد ولان الضرر مندفع عن الورثة حين سلم للمولى منها مقدار ماليتها ● وهذا بناء على اعتبار معنى الكتابة فيه عند الاداء استحسانا ● ولو قال لها اذا اديت الي الفا كل شهر مائة درهم فانت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له ان يبيعها وان ادت عتقت وان كسرت شهرا واحدا ثم ادت اليه ذلك الشهر كان جايزا هكذا في نسخ ابي سليمان ● وفي نسخ ابي حفص قال لا تكون مكاتبة وله ان يبيعها قبل الاداء ولو كسرت شهرا ثم ادت في الشهر الثاني لم تعتق ● وجه الاستحسان رواية ابي حفص رح ان تعليق العتق بشرط واحد وبشروط كثيرة سواء كما في ساير الشروط وليس في هذا اكثر من انه علق عتقه بوجود اداء المائة عشر مرات في عشرة اشهر ولو علقه باداء الالف جملة واحدة لم يكن مكاتبة ولا يعتق الا بوجود صورة الشرط فكذلك اذا علقه بالاداء عشر مرات ● ووجه رواية ابي سليمان انه اتى بمعنى الكتابة حين جعل المال مؤجلا منجما عليه والتاجيل والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ ● الا ترى انه لو قال ملكتك هذا العبد بكذا كان بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع ولان التاجيل والتنجيم للتيسير وذلك في المال الواجب فعرفنا انه قصد ايجاب المال عليه ولا يجب عليه المال الا بالكتابة ● ولو قال لها ان اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تود في ذلك الشهر وادت في غيره لم تعتق على الروايتين جميعا وبهذا استشهد في نسخ ابي حفص رح ● ووجه الفرق على رواية ابي سليمن انه ليس في هذا اللفظ ما يدل على معنى الكتابة من التنجيم والتيسير على العبد بل فيه اشتراط تعجيل اداء المال فلم تكن كتابة وقد فات الشرط بمضي الشهر قبل ادائه فلهذا لا يعتق بخلاف ما اذا صرح بالتنجيم ● واذا قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر فمات المولى قبل الاداء بطل هذا القول كما يبطل التعليق بساير الشروط اذ لا فايدة في بقايه بعد موت المولى لانها صارت مملوكة للمولى وارث ولا يتوهم وجود الشرط بعد هذا على ملك المولى المعتق بخلاف الكتابة فان المكاتب يثبت له حكم المالكية يدا بعقد الكتابة فلا يصير ميراثا للوارث ولكن يبقى على حكم ملك المولى حتى يعتق باداءه ● وان كان قال ان اديت الي الفا بعد موتي فانت حر فهذه وصيه لان العتق بمال والعتق بغير مال في صحه الحاقه من المولى سواء ● ولو قال انت حر بعد موتي كان صحيحا فكذلك

اذا قال اذا اديت الي الفا بعد موتي فانت حر حتى اذا جاءت بالمال فعلى الوصي ان يقبله منها ويعتقها ثم ان كانت قيمتها الف درهم او اقل فليس عليها شيء اخر استحسانا ● وان كانت قيمتها اكثر من ذلك فالفضل يعتبر من الثلث وهذا ومسئلة المريض سواء ولو قال لعبدين له اذا اديتما الي الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لا يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءا بجزء انما ذلك من احكام المعاوضات ● وكذلك لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باداء احدهما ● فان قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فيتم الشرط بهذا وهو اداؤهما جميعا المال وان اداها عنهما رجل اخر لم يعتقا لان الشرط اداؤهما بخلاف الكتابة فان شرط العتق هناك براءته عن المال وذلك يحصل باداء الاجنبي اذا قبله المولى ثم للمؤدي ان يرجع فيها لانه اداها ليعتقا ولم يحصل مقصوده ● فان قال اؤديها اليك على انهما حران او ان يعتقهما فقبل ذلك عتقا ويرجع المال الى المؤدي ○ اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق من المولى اياهما ● واما ثبوت حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي وقد بينا هذا في الباب المتقدم واذا اداها وقال هما امراني ان اؤديها اليك عنهما فقبلها عتقا لانه رسول عنهما في الاداء واداء الرسول كاداء المرسل ● وقوله لعبده متى اديت الي الفا فانت حر اذن لك في التجارة استحسانا لوجود دليل الاذن فانه حثه على اداء جميع المال ولا يتمكن من الاداء الا بالاكتساب ويؤدي المال ولم يرد الاكتساب بالتكدي لانه يدني المرء ويخسه ● وانما مراده الاكتساب بالتجارة ودلالة الاذن كصريح الاذن ● الا ترى انه لو قال له اد الي الغلة كل شهر كذا كان ذلك منه اذنا له في التجارة فان اكتسب الفي درهم فادى اليه الفا عتق لوجود الشرط وللمولى ان ياخذ منه الالف الباقية ولانه كسب عبده بخلاف المكاتب فقد ثبت له المالكية يدا في مكاسبه بعقد الكتابة فلهذا سلم له الفضل ● وهنا ما ثبت للعبد حكم المالكية في مكاسبه وانما اعتبرنا معنى الكتابة عند الاداء ليندفع الضرر والغرور عن العبد وذلك في قدر ما شرط عليه اداؤه فاثبتنا حقه بذلك القدر وما زاد عليه فهو للمولى لان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ● وان قال اذا اديت الي الفا فانت حر فقال العبد للمولى حط عني منها شيئا او اقبل مني مكانها مائة دينار فحط عنه المولى مائة درهم وادى تسعمائة لم يعتق الا ترى انه لو ابراه عن جميع المال لم يعتق ● وهذا لان شرط وجود اداء الالف فلا يتم باداء تسعمائة بخلاف الكتابة فان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابراه عن الكل وحط بعضه ● وهنا لا مال على العبد فالحط والابراء باطل ولا يعتق ما لم يتم الشرط وليس للعبد ان يسترد من المولى ما اخذ منه لانه كسبه مملوك له ● وهو نظير ما لو قال له اذا خدمتني سنة فانت حر فخدمه اقل من سنة وتجاوز المولى عما بقي لم يعتق لان الشرط لم يتم ● وكذلك لو صالحه من الخدمة على مال كان باطلا ولا يعتق بها الا ان يقول له عند الصلح انت حر ان اديت هذا ● ولو قال لعبده ان اديت الي كذا من العروض فانت حر فاداها اليه عتق لوجود الشرط الا انه اذا كان شيئا يصلح ان يكون عوضا في الكتابة يجبر المولى على قبوله بمنزلة الالف ● وان كان لا يصلح عوضا في الكتابة لا يجبر على قبوله ● ولكن ان قبله يعتق لان الاجبار على القبول باعتبار معنى الكتابة ● ولو قال اخدمني وولدي سنة ثم انت حر او اذا خدمتني واياه سنة فانت حر فمات المولى قبل مضي السنة لم يعتق به لان الشرط لم يتم ● وقد بينا ان التعليق يبطل بموت المولى ● وكذلك ان مات المولى فقد فات شرط العتق بموته فلا يعتق بعد ذلك ● ولو قال انت حر على ان تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يؤاخذ بها لانه اوجب العتق هنا بقبول الخدمة ● وفي الاول اوجبه العتق بوجود الخدمة ثم الخدمة في مدة معلومة تصلح ان تكون عوضا فيصح التزامه دينا بمقابلة العتق فان مات المولى فللورثة ان يؤاخذوه بما بقي من خدمة السنة ○ من قيمته في قياس قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف ● وفي قوله الاول وهو قول محمد رح انما يؤاخذونه بما بقي من قيمة الخدمة قال عيسى رح وهذا غلط بل على قولهم جميعا هنا يؤاخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضه ثم مات كان للورثة ان يؤاخذوه بما بقي من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون في الخدمة ● وانما كان الشرط ان يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد ● ولو مات العبد قبل تمام السنة فللمولى ان ياخذ من تركته بقدر ما بقي عليه من خدمة السنة من قيمته في قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد رح من قيمة الخدمة ● واصل المسئلة في كتاب البيوع اذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت او هلكت قبل القبض في قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه ● وفي قوله الاول وهو قول محمد يرجع بقيمة الجارية الا ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه

فلا يتفاوتون بموت المولى ● ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه والله اعلم

باب امهات الاولاد

قال بيع الام باطل في قول جمهور الفقهاء وكان بشر المريسي يقول وداود ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوزون بيعها لان المالية والمحلية للبيع قبل الولادة معلوم فيها بيقين ولا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين ● ولكنا نقول في معارضة هذا الكلام لما حلت من المولى امتنع بيعها بيقين ولا يرتفع ذلك الا بيقين مثله ولا يقين بعد انفصال الولد ● فان قال انما امتنع بيعها لان ما في بطنها حر وقد علمنا انفصاله عنها ● قلنا لا كذلك بل انما امتنع بيعها لثبوت الحرية في جزء منها فان الولد تعلق من الماءين ماء الاصل وماءها جزء منها وثبوت الحرية لجزء منها ما نع من بيعها وهذا المعنى لا يرتفع بالانفصال ● والى هذا اشار عمر رض فقال بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن وانما امتنع بيعها لانها صارت منسوبة اليه بواسطة الولد فيقال ام ولده ● وهذه النسبة توجب العتق فيمتنع البيع ضرورة وبالانفصال لا يتقرر هذا المعنى ولا يرتفع ثم الاثار المشهورة تدل على ذلك فمنه حديث عكرمة عن ابن عباس رض ان النبي عم قال ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه ولما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهما قيل لرسول الله عم الا تعتقها قال قد اعتقها ولدها ففي هذين الحديثين دليل استحقاق العتق لها وذلك يمنع البيع وفي حديث سعيد بن المسيب رض قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وان لا يبعن في دين ففيه دليل استحقاق العتق وانعدام المالية والتقوم فيها حين لم يجعل عتقها من الثلث ولم يثبت حق الغرماء فيها وفيه دليل اخر انه لا يجوز بيعها لحاجة المولى في حياته ولا بعد موته ● وحديث سلامة بنت معقل قالت اشتراني الحباب ابن عمرو فولدت منه ثم مات فجئت النبي عم فاخبرته اني ولدت من الحباب فقال عم من وارث الحباب فقال ابو اليسر بن عمرو فقال عم اعتقوا هذه الجارية فاذا اتاكم سبي فاتوني حتى اعوضكم ● وتاويله ان زوارث الحباب كان يبكر ولادتها منه ومع ذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتقها احتياطا ووعدله بالعوض من عنده فهو دليل على ان الاستيلاد اذا كان ظاهرا يثبت استحقاق العتق ولا يجوز بيعها ● وحديث عبيدة السلماني عن علي رض استشارني عمر بن الخطاب رض في عتق امهات الاولاد فاجتمعت انا وهو على عتقهن ثم رايت بعد ذلك ان ارقهن فقال عبيدة راي ذوي عدل احب الي من راي ذي عدل وحده فدل انهم كانوا مجتمعين على استحقاق العتق لها في الابتداء فان قيل فكيف جوز علي رض مخالفة الاجماع بعد ذلك قلنا يحتمل انه كان من مذهبه ان الاجماع لا يتم الا بانقراض ذلك العصر ويحتمل ان معنى قوله ثم رايت بعد ذلك ان ارقهن اي اداء السعاية فلا يكون هذا منه خلافا في اصل استحقاق العتق بل في صيانته من الثلث او من جميع المال ● وعن ابراهيم عن عمر ابن الخطاب رض كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع امهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد موت مولاها وعن ابراهيم في ام الولد اذا اسقطت سقطا قد استبان خلقه كانت به ام ولد هكذا روى عنه حماد وروى عنه الحكم اذا اسقطت مضغة او علقة كانت به ام ولد وكانه على هذه الرواية اعتبر نفس اختلاط الماءين كما في حديث عمر رض ولسنا ناخذ بهذا وانما ناخذ بحديث حماد عنه لان السقط الذي لم يستبن شيء من خلقه ليس بولد فلا تصير به ام ولد بخلاف السقط الذي استبان بعض خلقه فانه ولد في الاحكام فيتحقق نسبتها اليه بواسطة واذا اقر الرجل ان حملها منه صارت ام ولد له وله خدمتها ووطيها ولا يجوز له ان ينقل ملكها الى غيره اما اذا ظهرت ولادتها بعد هذا الاقرار فلا اشكال فيه لان نسب الولد ثبت منه باقراره فان ثبوت النسب من وقت العلوق باقراره واقراره صادف محله ● واما اذا لم تظهر ولادتها وزعم المولى انه كان ريحا في بطنها وصدقته في ذلك فهي بمنزلة ام ولد ايضا لان الحمل اسم للولد وقد ثبت لها حق العتق باقراره المتقدم فلا يصدقان على ابطال حقيقة العتق ● وكذلك لو كان قال ما في بطنك من ولد فهو مني ولو كان قال ما في بطنك مني ثم تصادقا انه كان ريحا في بطنها فله ان يبيعها لانه ليس في لفظه تصريح بوجود الولد في بطنها فلا يكون مقرا لها بحق العتق بهذا اللفظ بخلاف ما سبق ● وان قال ان كان حبلى فهو مني فولدت ولدا واسقطت سقطا قد استبان خلقه فانكر المولى فهي ام ولده اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لان ولدها هذا الولد ثبت باقراره ووجوده في البطن عند دعواه معلوم وان انكر المولى الولادة فشهدت عليه امراة جاز ذلك وثبت النسب لان الولادة يثبت بشهادة المراة الواحدة كما يثبت باقراره ○

ثم النسب وامية الولد انما يثبت باقرار المولى لا بشهادة القابلة • واذا ولدت المدبرة من السيد صارت ام ولد له وبطل التدبير معناه انه لا يبقى حكم التدبير بعد ثبوت امية الولد لان كل واحد منهما يوجب استحقاق العتق لها في الحال وتعلق التنجز بموت المولى والاستحقاق بالاستيلاد اقوى حتى يكون من جميع المال والتدبير من الثلث والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي فلهذا قال وقد بطل التدبير • واذا اقر في صحته ان امته هذه قد ولدت منه صارت ام ولد له لانه اقر باستحقاق العتق لها في حال يملك انشاء عتقها مطلقا والمقر يعامل في حق نفسه فكانما اقر به حق فاذا لم يكن في المحل حق لاحد سواه كان الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة وان اقر بذلك في مرضه فان كان معها ولد فكذلك الجواب لان نسب الولد يثبت منه فان المريض غير محجور عن الاقرار بالنسب وثبوت نسب الولد شاهد لها بمنزلة ما لو قامت البينة على انها ام ولد وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لان اقراره لها باستحقاق العتق بمنزلة تنجيز العتق ولو نجز عتقها الى اثبات نسب ولد منه كيلا يضيع نسله وحاجته مقدم على حق الورثة فانما صرفها مع ولدها الى الحاجة فكانت من جميع ماله • واذا لم يكن معها ولد فهو بكلامه ما صرفها الى حاجته بل اقر بعتقها بعد موته فيكون معتبرا من ثلثه واذا زوج ام ولد من رجل جاز النكاح لان الفراش الثابت له عليها بسبب ملك اليمين وذلك غير ملزم للمولى فلا يمنع صحة تزويجه اياها فاذا ولدت من الزوج فولدها بمنزلتها • اما ثبوت النسب من الزوج فلانه جزء منها فانما ينفصل منها بصفتها فكما انها تعتق بالموت ولا تسعى لاحد فكذلك ولدها من غير المولى • الا ترى ان الولد لا ينفصل من الحرة الا حرا • وعلى المولى في جنايته ام الولد قيمتها لا يلزمه اكثر من ذلك وان كثرت الجناية منها لانه بالاستيلاد السابق منع دفعها بالجناية على وجه لم يصر مختارا لانه ما كان يعلم انها تجني ولو كانت محل الدفع لم يكن عليه الا دفعها بالجناية • وان كثرت الجناية منها فكذلك لا يلزمه الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة • واما الدين الذي يلحقها بغصب فانها تسعى فيه بالغا ما بلغ لان الدين واجب في ذمتها • ولو كانت محل البيع لكانت تباع فيه ويصرف كسبها ورقبتها الى ديونها فاذا تعذر بيعها بالاستيلاد وجب قضاء ديونها من كسبها بخلاف الجناية فانها تتباعد عن الجاني وتتعلق باقرب الناس اليه • الا ترى ان دين المملوك يبقى في ذمته بعد بيعه او عتقه • وولد ام الولد ثابت النسب من المولى ما لم ينفه لانها فراش له وقال عم الولد للفراش ولكن ينتفي عنه بمجرد النفي عندنا • وعلى قول الشافعي رح ان لم يكن استبراها بحيضة يلزمه نسب ولدها وليس له ان ينفيه وان كان قد استبراها بحيضة بعدما وطئها لا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة وحكمها حكم الامة التي ليست بام ولد سوا عنده بناء على اصلين له • احدهما انه لا عدة على ام الولد بعد العتق كالامة القنة وانما يلزمها الاستبراء بحيضة وقد بينا هذا في كتاب النكاح • والثاني ان عنده الامة تصير فراشا بنفس الوطي وقد بينا هذا ايضا فيما املينا من شرح الدعوى فاذا صارت عنده فراشا بالوطي لا يرتفع حكم هذا الفراش الا بالاستبراء فان جاءت بالولد قبل ان يستبرئها يلزمه النسب لوجود دليله شرعا فلا يملك نفيه كما لو قامت البينة به وان استبراها بحيضة فقد انعدم حكم ذلك الفراش لان سببه كان اشتغال رحمها بمائه بالوطي وقد انعدم ذلك بالاستبراء فلا يلزمه النسب الا بالدعوة وعندنا له على ام الولد فراش معتبر ولهذا لزمها ان تعتد بثلث حيض بعد العتق فيثبت النسب باعتبار الفراش ولكن هذا الفراش غير لازم في حقه • ولهذا يملك تزويجها من غيره فكما يتفرد بنقل الفراش الى غيره يتفرد بنفي نسب الولد وانما يملك نفيه ما لم يقض به القاضي ويتطاول ذلك • فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله • وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول سبق بيانه في باب اللعان من كتاب الطلاق • فاما الامة والمدبرة فلا يلزمه ولدهما وان حصنها وطلب ولدها ما لم يقر به لان الفراش في المملوكة لا يثبت بالوطي عندنا والنسب لا يثبت بدون الفراش الا انه روي عن ابي حنيفة انه اذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها فعليه ان يدعي نسب ولدها وليس له ان ينفيه فيما بينه وبين الله تعالى لان الظاهر انه منه والبناء على الظاهر واجب فيما لا يعلم حقيقته فاما اذا عزل عنها ولم يحصنها فعليه ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر • وعن ابي يوسف رح انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه لان ما يظهر عقيب سببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه • وعن محمد رح لا ينبغي له ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه • ولكنه ينبغي له

ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه ولا ينبغي ان يزوج ام ولد حتى يستبرئها بحيضة لجواز ان تكون حاملا من المولى فلا يكون تزويجها صحيحا ولكن هذا التوهم يوجب الاحتياط ولا يبطل النكاح فاذا استبراها ثم زوجها فقد علم انها ليست بحامل فتزوجها بعد ذلك وان زوجها قبل الاستبراء فولدت لاقل من ستة اشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانا تيقنا ان العلوق سبق النكاح على فراش المولى وانه زوجها وهي حامل ومن كان في بطنها ولد ثابت النسب من احد لا يجوز تزويجها • وان ولدته لاكثر من ستة اشهر فالنسب ثابت من الزوج لانها علقت على فراشه فان ادعاه المولى عتق باقراره ونسبه ثابت من الزوج وقد تقدم بيان هذا الفصل • واذا حرمت ام الولد على مولاها بوطي ابنه اياها فان جاءت بولد بعد ذلك لاقل من ستة اشهر لم يلزمه الا ان يدعيه • وعند زفر رح يثبت النسب منه وليس له ان ينفيه لانه ما اعترض على فراشها فراش اخر فيكون النسب ثابتا منه بالفراش • وثبوت الحرمة بهذا السبب لكونها بالحيض وذلك لا يقطع الفراش • ولكنا نقول لتحسين الظن بالمسلم فلو اثبتنا النسب منه من غير دعوى لكان فيه حمل امره على الفساد والحكم عليه بمباشرة الوطي الحرام وذلك لا يجوز الا ان توجد الدعوى منه فحينئذ يحكم بذلك باقراره • وان جاءت به لاكثر من سنتين وان جاءت به لاقل من سنتين وزعم انه كان من علوق قبل الحرمة وجب قبول قوله في ذلك للاحتمال واذا مات عن ام ولد او اعتقها فعليها ان تعتد بثلث حيض هكذا نقل عن علي وابن مسعود رض وقد بينا هذا في كتاب النكاح وكذلك ان كانت حرمت عليه قبل ذلك لانها بالحرمة ما صارت فراشا لغيره الا انا لا نثبت نسب الولد منه لتحسين الظن به لا لانعدام الفراش حتى اذا ادعى يثبت النسب منه فاذا اعتقها فقد زال الفراش الثابت لها بالعتق في هذه الحالة فتلزمها العدة لهذا • واذا اعتق ام ولد فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين من يوم اعتقها فنفاه فنفيه باطل لان فراشه قد تاكد بحرمتها • الا ترى انه لا يملك تزويجها من غيره ما لم تنقض عدتها فكانت كالمنكوحة في هذه الحالة والمعتدة من نكاح متى جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الفرقة يثبت النسب من الزوج على وجه لا يملك نفيه فكذلك هنا • وان اقر بانقضاء عدتها بثلث حيض ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت النسب منه كما في المعتدة من نكاح • واذا تزوج امة رجل ثم اشتراها او ملكها بسبب اخر صارت ام ولد له عندنا • وعلى قول الشافعي رح لا تصير ام ولد له وفي المغرور اذا ملك الجارية له وجهان • واحتج بقوله عم ايما امة ولدت من سيدها فشرط لثبوت حق العتق لها ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها والمعنى فيه انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد بذلك كما لو استولدها بالزنا ثم ملكها وتاثيره ان ثبوت امية الولد اذا علقت من سيدها باعتبار ان الولد تعلق حر الاصل من الماءين وما هو جزء منها فثبوت الحرية لذلك الجزء يوجب ثبوت الحرية لجميعها الا ان اتصال الولد بها بعرض الانفصال وجعل الولد كشخص على حدة في بعض الاحكام فلوجود حقيقة الاتصال تثبت حق العتق لما بقي منها ولكونه بعرض الانفصال وبمنزلة شخص على حدة في بعض الاحكام لا تثبت حقيقة الحرية لما بقي منها في الحال • وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وحقها في امية الولد ليس في معنى حق الولد في الحرية لان الولد انما يعتق عليه باعتبار الجزوية • ولهذا لو كان الاستيلاد بالزنا فملكه يعتق عليه ولا يوجد ذلك المعنى في حق الام وعلى هذا الطريق يقولون في المغرور ان الجارية تصير ام ولد له اذا ملكها لانها علقت بحر والطريق الاخر ان موجب الاستيلاد ثبوت حق العتق لها فاذا حصل قبل الملك لا يكون موجبا في الملك الذي يحدث بعده كالتدبير وحقيقة العتق • وعلى هذا الطريق في المغرور لا تصير ام ولد له • وحجتنا في ذلك انه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فتكون ام ولد له كما لو استولدها في ملكه • وتاثيره ان حق العتق يثبت لها بالاستيلاد كما قال عم اعتقها ولدها والملك في المحل شرط فاذا تقرر السبب قبل الملك توقف على وجود شرطه وهو الملك • الا ترى ان في حرية الولد لما تقرر السبب قبل الملك وهو النسب توقف على وجود شرطه وهو الملك حتى اذا ملكه يعتق فكذلك في الام لان حقها تابع لحق الولد بخلاف التدبير والعتق قبل الملك فانه لغو شرعا فلا يظهر حكمه بعد الملك • وهذا السبب متقرر شرعا • يوضحه ان حق العتق لام الولد باعتبار انها منسوبة اليه بواسطة الولد فان الجزوية ثابتة في النسبة والولد جزء منها فصيرت هي منسوبة اليه باعتبار هذه الواسطة حتى يقال ام ولده • وهذا متقرر حين يثبت نسب الولد بنكاح كان او بملك ولا معتبر بما قاله الخصم من حرية الماء الذي هو في حكم الجزء لانه لو اعتق ما في بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقة العتق فلو كان

بنوت العتق لها باعتبار الاتصال والجزوية من جنس ما هو ثابت للجر والثابت للولد حرية الاصل على وجه لا يعقب الولاء
والثابت لها حق العتق على وجه لا يثبت به الولاء ولا مشابهة بينهما فعرفنا ان الطريق فيه ما قلنا وهو بثبوت نسب الولد ويستوى
ان كان النكاح ظاهرا بينهما او اقر بذلك وانكر مولاها ثم ملك لان المقر يعامل في حق نفسه كانما اقر به حق ● فاما اذا استولدها
بالزنا واقر بذلك ثم ملكها في الهنا بن تصير ام ولده وهو قول زفر رح لانه اقر لها بحق العتق وللولد بحقيقة العتق ثم في
العتق للولد لا فرق بينهما اذا اقر به بالنكاح او بالزنا فكذلك في حق العتق لها ● ولكنا استحسنا علماؤنا رح قالوا انها لا تصير
ام ولده لان الموجب لحق العبد صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد وهذا المعنى لا يوجد هنا لان الزنا لا يثبت
لا يثبت وهي لا تصير منسوبة اليه بدون هذه الواسطة فلهذا لا تكون ام ولده ● فاما الولد يعتق عليه اذا ملكه لانه وان انعدم
هذا المعنى في حق الولد فقد وجد معنى اخر وهو الجزوية لان الجزوية لا تنعدم بحقيقة نسب الولد بالزنا والانسان
كالاستدامة الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزوه فلهذا يعتق الولد اذا ملكه نظيره ان حال الام في حق امية الولد كحال الاخ
فانه ينتسب الى اخيه بواسطة الاب ثم من ملك اخاه من الزنا لا يعتق الاخ لان الواسطة قد انعدمت حين لم يثبت النسب بالزنا
فلهذا لا تصير ام ولده ولو زوج امته من عبده فولدت فادعاه المولى يعتق الولد وتكون امه بمنزلة ام ولده ● وانما كان كذلك
لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا احتمال غير معتبر في حق النسب
لثبوت نسبه من الزوج واستغنائه به عن النسب فبقي معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر
بالاستيلاد بالزنا لانه لا احتمال للنسب هناك مع تصريحه بالزنا ● قال واذا اشترى امة لها ثلثة اولاد فادعى احدهم
فان كانوا ولدوا في بطن واحد يثبت نسبهم جميعا منه لانهم في حكم النسب كشخص واحد فانهم خلقوا من ماء واحد وان كانوا
في بطون مختلفة لم يثبت الا نسب الذي ادعاه والباقيان رقيقان يبيعهما ان شاء لانهم ولدوا في غير ملكه فتكون دعوته فيهم
دعوة تحرير ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق ولو اعتق احدهم لم يعتق الا ذلك فكذلك اذا ادعى نسب احدهم ولو ولدوا في ملكه
بان ولدت امة رجل ثلثة اولاد في بطون مختلفة فان ادعى الاصغر فانه يثبت نسب الاصغر منه وله ان يبيع الاخرين الا
وان ادعى الاكبر يثبت الاكبر منه والاوسط والاصغر بمنزلة الام ليس له ان يبيعهما ولا يثبت نسبهما الا على قول زفر رحمه الله
فانه يقول يثبت نسبهما منه لانه لا يثبت له حق امية الولد حين علقت بالاكبر ونسب ولد ام الولد ثابت من المولى ما لم ينفه
ولا يجوز ان يقال تخصيص الاكبر بالدعوة دليل النفي في الاخرين لان هذا مفهوم والمفهوم ليس بحجة عندنا ● ولكنا نقول
يجب عليه شرعا الاقرار بنسب ولد هو منه ولما خص الاكبر بالدعوة بعدما لزمه هذا شرعا كان منه نفيا للاخرين ● وهو نظير
ما قيل السكوت لا يكون حجة ولكن السكوت بعد لزوم البيان يجعل دليل النفي فهذا مثله ● وكان دليل الدعوة كالتصريح فدليل
النفي كالتصريح به ولو نفى الاخرين لم يثبت نسبهما وكانا عنده بمنزلة ● قال وكذلك لو اشترى ابن ام ولده من غيره بان تزوج
جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون ام ولده
وولده حر فاما ولدها من غيره فله ان يبيعها في قول علمائنا رحمهم الله ولا تصير بمنزلة الام وليس له ان يبيعه ويعتق بموته
لانها ولدته بعد تمام سبب امية الولد وهو نسب الولد فيكون حاله كحال امه ● الا ترى انها لو ولدته بعدما ملكها من غيره
كان الولد بمنزلة امه فكذلك هنا ● وحجتنا ان السبب لا يوجب الحكم الا في محله والمحل ملكه فما لم يثبت الملك فيها
لا يثبت لها حق امية الولد بذلك السبب وكل ولد انفصل قبل ثبوت حق امية الولد الى ذلك الولد لان السراية باعتبار الاتصال
الا ترى انه لو اعتق امته وقد ولدت قبل ذلك لم يعتق الولد فكذلك لا يسري حق امية الولد الى الولد المنفصل قبل ثبوت
الحق بخلاف ما تلد بعد ثبوت الحق فيها ● قال واذا ولدت امة بين رجلين فادعاه احدهما في صحته او في مرضه فهو ابنه
لانه يملك جزوا ● وقيام ملكه في جزء منها كقيام الملك في جميعها في صحة الدعوة فان اعتبار جانب ملكه يثبت النسب منه
بالدعوى واعتبار جانب ملك شريكه يمنع من ذلك فيغلب المثبت للنسب احتياطا ● الا ترى انه يسقط الحد عنه
بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة ● ولان الولد يحتاج الى النسب وبعضه ملكه فلا بد من اثبات
نسب ذلك البعض منه بدعوته والنسب لا يتجزى في محل واحد والجارية ام ولده لان نصيبه منها صار ام ولد
والاستيلاد لا يحتمل التجزي في محل واحد لانه فرع النسب فيصير متملكا نصيب شريكه لضرورة عدم احتمال الاستيلاد التجزي
ويضمن نصف قيمتها لشريكه يوم وطئها فعلقت لان امية الولد تثبت لها من وقت العلوق فيصير متملكا نصيب شريكه عليه

من ذلك

من ذلك الوقت ولا يتملكها الا بعوض فلهذا يضمن نصف قيمتها من ذلك الوقت ويغرم ايضا نصف عقرها لان الوطي حصل منه
ونصفها ملك للشريك وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر ● وانما قلنا ذلك لانه يملك نصيب الشريك هنا حكما للاستيلاد
لا شرطه فان تمام ملكه في نصفها يكفي لصحة الاستيلاد وحكم الشيء يعقبه وليس عليه من قيمة الولد شيء لان الولد علق
وهو حر الاصل باعتبار قيام الملك له في نصفها وقت العلوق ولانه حين علق كان ماء مهينا لا قيمة له فلهذا لا يغرم من قيمة الولد
للشريك شيئا وضمان قيمتها عليه في حالتي اليسار والعسرة لانه ضمان التمليك الا انه روى المعلى عن ابي يوسف
انه اذا كان المستولد معسرا تؤمر هي بالسعاية في نصف قيمتها للشريك لان حق العتق قد ثبت لها فنصيب الشريك من وجه
كانه احتبس عندها ● وكذلك ان ادعى احدهما نسب الولد واعتق الاخر الولد خرج القول منهما معا فعتق الاخر باطل
وكذلك ان اعتقها الاخر لان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فيكون سابقا معنى ● وان قرنها بالعتق صورة
ولما ثبت للولد حرية الاصل فاعتاق الاخر اياه باطل ● وكذلك الام صارت ام ولد للمدعي للنسب من حين علقت
فاعتقها الاخر وهو لا يملكها فلهذا كان العتق باطلا ودعوة الاخر اولى كافرا كان او مسلما الا ان صحة دعوة النسب
باعتبار ملكه وقت العلوق والمسلم والكافر فيه سواء ● وان كانت الجارية بين مسلم وذمي ومكاتب وعبد فولدت
فادعوا جميعا فدعوة المسلم اولى عندنا ● وعلى قول زفر وهو رواية عن ابي يوسف رح دعوة المسلم والذمي سواء
اما المكاتب والعبد فليس لهما حقيقة الملك ● واما المسلم والذمي فزفر رح يقول لكل واحد منهما ملك في نصيبه على الحقيقة
وصحة الدعوة باعتبار الملك فلا يترجح المسلم باسلامه بعدما استويا في السبب كما في ساير الدعاوى ● ولكنا نقول
دعواه المسلم توجب الاسلام للولد ودعوة الكافر توجب الكفر له فيترجح الموجب للاسلام لانه انفع للولد
توضيحه انه لا بد له من اعتبار دعوة المسلم والحكم باسلام الولد به وبعدما حكم بذلك فقول الكافر على المسلم
ليس بحجة فلهذا كان دعوة المسلم اولى ● وان كان نصيبه اقل الانصباء لان صحة دعوته باعتبار اصل ملكه في جزء منها
اذ لا معتبر بعدد الملك في تصحيح الدعوة وعليه ضمان حصة شركائه من قيمة الام والعقر لما بينا وعلى كل واحد
من الاخرين حصة شركائه من العقر لاقراره بالوطء حين ادعى النسب الا ان العبد يؤاخذ به بعد العتق لان وجوب
هذا الدين لا بسبب التجارة فاقراره به صحيح في حقه فيؤاخذ به بعد العتق ● ولو كان مكان الحر المسلم مدبرا مسلما
كان الولد ولد الذمي الحر لان الملك على الحقيقة له وليس لاحد من شركائه حقيقة الملك ● وقد بينا ان الدعوة
بحقيقة الملك لا تعارض الدعوة بحق الملك ثم في تصحيح دعوة الكافر هنا اثبات الحرية للولد وفيه منفعة ظاهرة
ولا انفال في تصحيح دعوة المملوك اثبات الاسلام للولد لانه في الحال منفعة في الحرية فيما يرجع الى امور الدنيا
اظهر وباعتبار دعوة المال اذ بلغ لا يمكنه ان يحصل الحرية لنفسه بنفسه ● ويمكنه ان يكتسب سبب الاسلام لنفسه
بان يهديه الله تعالى فيسلم ● فلهذا رجحنا جانب الحرية وجعلنا الولد ولد الذمي الحر ولو لم يكن فيهم ذمي كان ابن المكاتب
لان للمكاتب حق الملك في كسبه وليس للعبد والمدبر ذلك فلا تعارض دعوتهما دعوة المكاتب يقرره ان المكاتب
له نوع مالكية فانه مالك يدا ● ولو رجحنا دعوته يثبت للولد مثل ذلك ايضا لانه مكاتب عليه فلهذا رجحنا دعوته
على دعوة المدبر والعبد ولو لم يكن فيهم مكاتب لم تجز دعوى المدبر والعبد لان نسبهما ملك المولى ودعوة النسب
في غير الملك لا تصح من الحر فكيف تصح من العبد وبحوه على فقال من قبل ان المولى لم يزوجهم ولو صدقهما المولى بالولد
وقال انكما وطئتماها بغير نكاح لم يثبت النسب ايضا لما قلنا ● وذكر في كتاب الدعوى ان دعوة العبد المأذون
بسبب جارية من كسبه يكون صحيحا كدعوة المكاتب لان المأذون من اليد في كسبه مثل ما للمكاتب وتأويل ما ذكر هنا ان العبد
اذا كان محجورا عليه فوهب له جارية وهو فارغ من الدين حتى يكون كسبه خالص حق المولى وليس فيه ولا ملك
فحينئذ لا يثبت النسب منه اذا لم يدع شبهة ● واذا ولدت الامة من الرجل ثم اشتراها هو واخر فهي ام ولده
لان نصيبه منها صار ام ولده ● والاستيلاد لا يحتمل التجزي فيثبت في نصيب شريكه ايضا ويضمن لصاحبه
نصف قيمتها موسرا كان او معسرا لان هذا ضمان التمليك فالرضا لا يمنع وجوبه ● وكذلك ان ورثاها لان ضمان
التمليك لا يعتمد الصنع ● وهذا لان وجوب الضمان باحتباس نصيب الشريك عند المستولد ملكا ● وهذا المعنى
يتقرر في الميراث فان ورثا معها الولد وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد عتق عليهما جميعا لان العتق وهو الملك

والقرابة ثم لكل واحد منهما في نصيبه وان كان الشريك اجنبيا عتق نصيب الاب ويسعى للشريك في نصيبه لان وجوب ضمان العتق
يعتمد الصنع والميراث يدخل في ملكه من غير صنع • وكذلك ان اشتريا او وهب لهما عند ابي حنيفة ان عرف الاجنبي ان شريكه
ابوه او لم يعرف وعندهما يضمن الاب نصيب الشريك ان كان موسرا • وقد بينا هذا فيما سبق والامة بين رجلين فولدت
من زوج حر فاشترى الزوج حصة احدهما من الام والولد وهو موسر فهو ضامن لنصيب شريكه من الام لانه يملك
نصيبه حين صارت ام ولده وشريكه في الولد بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء استسعاه • وان شاء اعتقه في قول ابي حنيفة
لان بالشراء صار معتقا لنصيبه من الولد ولم يساعده الشريك على ذلك ولا رضي به • ولو ان امة غرت رجلا من نفسها
فزعمت انها حرة فتزوجها وولدت له ولدا ثم استحقها رجل فانه يقضي له بها وبقيمة الولد والعقر على الواطئ هكذا
روي عن عمر وعلي رض • وقد بينا احكام ولد المغرور في كتاب النكاح والدعوى ثم اذا اعتقت رجع عليها الاب بقيمة الولد
لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والمملوك انما يؤاخذ بضمان الكفالة بعد العتق فاذا كان الغرور منها رجع الاب عليها بما غرم
من قيمة الولد بعد العتق فاذا اشترى الاب الولد نصفها من مولاها صارت ام ولده لان نسب ولدها ثابت منه ويضمن
نصف قيمتها لمولاها لانه يملك النصف الباقي عليه بالاستيلاد • قال واذا ادعى الرجلان ولد جارية بينهما فهو ابنهما
يرثهما ويرثانه وحكم ثبوت النسب من رجلين قد بيناه بتمامه فيما امليناه من شرح الدعوى ومقصوده هنا بيان حكمية
ام الولد فنقول الجارية ام ولد لهما لثبوت ولدها منهما والاستيلاد لا يحتمل التجزي بالوصف في المحل ولكن اذا ثبت
الاسن لا يظهر به حكم التجزي في المحل كالقصاص لا يحتمل الوصف بالتجزي في المحل ثم يجوز ان يجب القصاص لاثنين على شخص
واحد وهو العتق على قولهما لا يتجزى في المحل ثم اذا باشره رجلان كان كل واحد منهما معتقا للنصف فاذا ثبت انها ام ولد
لهما تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تأثير له في الاستيلاد في ابطال ملك الخدمة • واذا مات
احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول
ابي حنيفة رح وعلى قول ابي يوسف ومحمد تسعى في نصف قيمتها للشريك الحي فلو اعتقها احد في حياته عتقت
ولا ضمان على المعتق للشريك ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد
لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان المعتق معسرا • واصل هذه المسئلة ان رق ام الولد ليس بمال متقوم
في قول ابي حنيفة • وعلى قولهما هو مال متقوم • وجه قولهما انها مملوكة بمال محترم فيكون مالا متقوما كالامة القنة
ودليل الوصف انه يملك استخدامها واستكسابها ووطيها بملك اليمين • ولو قال كل مملوك لي حر يدخل ام الولد في ذلك
واذا ثبت بقاء ملك اليمين فصفة المالية والتقوم لا ينفصل عنه لان المملوكية في الادمي ليس الا عبارة عن المالية والتقوم
يكون الملك محترما ولان بالاستيلاد تعلق عتقها بموته فيكون مالا متقوما كالمدبر الا ان المدبرة تسعى للغرما والورثة وام الولد
لا تسعى لانها مصروفة الى حاجته فان الاستيلاد من حوائجه كيلا يضيع ماؤه وحاجته مقدمة على حق الغرما والورثة
كحاجته الى الجهاز والكفن بخلاف المدبرة فان التدبير ليس من اصول حوائجه • وابو حنيفة رح يقول المالية والتقوم انما
بالاحراز • الا ترى ان الصيد قبل الاحراز لا يكون مالا متقوما وبعد الاحراز يصير مالا متقوما والادمي باعتبار الاصل
ليس بمال لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير مالا ولكن من صح احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما ويثبت به
ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها فقد ظهر ان احرازها كان لملك المتعة لا لقصد التمول فصار في صفة المالية
كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا يكون مالا متقوما • وهذا لان ملك المتعة ينفصل عن ملك المالية • الا ترى ان للزوج على المنكوحة
ملك المتعة دون ملك المالية • والدليل عليه من وجه الحكم انها لا تسعى للغرما والورثة وما كان مالا متقوما في حياته
يتعلق به حق غرمائه وورثته وحاجته الى النسب فنقول ليس من ضرورة ثبوت النسب للولد ثبوت حق امية الولد لها
حتى يجعل حاجته مسقطا حق الغرماء والورثة عنها فعرفنا انها انما لا تسعى للغرما والورثة لانه لم يبق فيها صفة المالية
والتقوم بخلاف المدبرة فان احرازها للمالية حين لم يظهر فيه قصد الى احرازها لملك المتعة • ولهذا تقومت
في حق الغرماء والورثة • اذا عرفنا هذا الاصل فنخرج المسائل عليه منها انه لما مات احدهما فلا سعاية عليها في قول
ابي حنيفه لان نصيب الشريك ليس بمال متقوم فلا يلزمها بدله • واذا ابرات عن السعاية عتقت لبراءتها عن السعاية وعندهما
لما كان نصيب الشريك منها مالا متقوما وقد سلم لها بالعتق فعليها السعاية كما في الامة القنة اذا اعتقها احد الشريكين

وهو معسر

وهو معسر • وكذلك لو اعتقها احدهما عند ابي حنيفة لانها ليست بمال متقوم فلا يكون مضمونا على الشريك بالاعتاق ولا بالاتلاف
وعندهما يضمن للشريك ان كان موسرا بمنزلة القنة • ومنها ام الولد بين الشريكين جاءت بولد فادعاه احدهما يثبت النسب منه
بالدعوة وعتق ولم يضمن لشريكه شيئا من قيمته ولا سعاية عليه في قول ابي حنيفة لان ولد ام الولد بمنزلة امه فلا يكون مالا متقوما
عنده • وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا • ومنها ان ام الولد لا يضمن بالغصب
عند ابي حنيفة حتى لو غصبها غاصب فماتت عنده لم يضمن شيئا لان ضمان الغصب يختص بمال متقوم بخلاف ضمان القتل
فان الحر يضمن بالقتل دون الغصب • وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا ويسعى ام الولد يضمن بالغصب لانها مال
متقوم وذكر محمد رح في الزيادات ان عند ابي حنيفة رح ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت
حتف انفها لم يضمن الغاصب شيئا ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب
الا ترى انه يضمن الصبي الحر بمثله • والذي يوضح كلام ابي حنيفة ان الباقي للمولى على ام ولده ملك الخدمة والمنفعة والمتعة
وملك المتعة لا يضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضي دينها من ماليتها بعد موته
والمال يضمن بالاتلاف ويدخل على قول ابي حنيفة فصل ام ولد النصراني اذا اسلمت وفصل المغرور بام الولد وسنبين هذه
كل فصل في موضعه • فان كانت ام ولد لرجل خالصة فاعتق نصفها عتقت جميعها ولا سعاية عليها • اما عند ابي حنيفة رحمه الله
فلا سعاية عليها بحال وبراءتها عن السعاية توجب عتقها • وعندهما هي كالامة القنة في هذا الحكم قال امة بين رجلين ولدت
ولدين في بطن واحد فهما ابناهما جميعا لانهما خلقا من ماء واحد فدعوة كل واحد منهما لاحدهما تكون دعوة لهما وان كانا في بطنين
فالاكبر ولد الذي ادعاه لانه ادعى نسب ولد جاريته ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لمدعي الاصغر فاما الاصغر
في القياس عنه لمدعي الاكبر ادعى نسب ولد ام الغير ولا يصح دعوته ويضمن جميع العقر لاقراره بوطء ام ولد الغير وقد سقط الحد عنه
بشبهة • وفي الاستحسان يثبت نسب الاصغر من مدعي الاصغر لانها حين علقت بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر
مضى ذلك شبهة معتبرة في اثبات نسب الاصغر من مدعيه بالدعوة وقيام الملك له في نصفها ظاهرا عند ذلك
بمنزلة المغرور ونسب ولد المغرور يكون ثابتا باعتبار الظاهر وان تبين الامر بخلافه ويضمن قيمته كاملة لشريكه اما على اصلهما
فلا يشكل لان ام الولد عندهما مال متقوم وقد تبين ان مدعي الاصغر اتلفه بالدعوة على مدعي الاكبر وانما الاشكال
على قول ابي حنيفة والعذر ان نقول سقوط المالية والتقوم باعتبار امية الولد فيها بدعوة مدعي الاكبر وما لم يثبت الحق في الام
لا يسري الى الولد فلهذا ضمن قيمتها لشريكه او عذره هنا نظير عذره في المغرور بام ولد الغير لان الولد يكون حرا بالقيمة لانه تعلق
حر الاصل • وثبوت امية الولد فيه مبني على ثبوت الرق فاذا لم يثبت الرق فيه اصلا لا يثبت حكم امية الولد فيه وانما يضمن قيمته
لانه منع حدوث الولد الرقيق بسبب الغرور فهذا مثله • قال ويضمن العقر لشريكه وقال في موضع من كتاب الدعوى يضمن نصف
العقر لشريكه وليس هذا باختلاف الرواية ولكن مراده جميع ما يجب عليه ومراده بيان حاصل ما يبقى عليه لانه قد وجب له
على مدعي الاكبر نصف العقر • قال وكذلك لو كان مدعي الاكبر ذميا ومدعي الاصغر مسلما لان كل واحد منهما منفرد بما ادعى
والترجيح بالاسلام عند المزاحمة يقع ودعوة الذمي كما يقع دعوة المسلم قال امة بين رجلين جاءت بولدين في بطن واحد
احدهما حي والاخر ميت فادعى احدهما الميت ونفى الحي لانهما خلقا من ماء واحد ودعوته احدهما بمنزلة دعوتهما فيثبت نسب
الحي منه ولا يملك نفيه بعد ذلك فان قيل الميت ليس بمحل الدعوة بدليل انه لو لم يكن معه ولد حي لا يثبت نسبه منه فاذا لم
يصادف دعوته محله كان لغوا • قلنا انما لا يصح دعوته بنسب الميت لكونه غير مفيد • وهذا المعنى ينعدم اذا كان معه
في البطن ولد حي ولان معنى قوله هو ابني اي مخلوق من مائي حتى يصير الجارية ام ولد له فاذا كان معه ولد حي فاقراره بان الميت
مخلوق من مائه اقرار بان الحي مخلوق من مائه لانهما خلقا من ماء واحد فلهذا اثبتنا نسب الحي منه • قال وكذلك لو ادعى كل واحد
الميت او ادعى كل واحد منهما احد الولدين يثبت النسب منهما جميعا لما بينا • قال واذا قال احد الموليين اذا كان في بطنها
غلام فهو مني وان كانت جارية فليست مني وقال الاخر ان كانت جارية فهي مني وان كان غلاما فليس مني والقول منهما جميعا
لان اصل الدعوة من كل واحد منهما صحيح لما في بطنها والتقسيم الذي ذكره باطل فانه رجم بالغيب وتقسيم فيما هو في الرحم
ولا يعلم ما في الرحم الا الله تعالى فاذا الغي هذا التقسيم يثبت النسب منهما بالدعوة اذا كان القول منهما معا • وان كان
احدهما سابقا فالولد ولده غلاما كان او جارية لان اصل الدعوة منه قد صح والتقسيم بطل • وقد صارت الجارية

ام ولده فالدعوة من الاخر حصلت فى غير الملك وفى ولد ثابت النسب من غيره فكان هذا باطلا • قال وان كان احدهما
ان كان ما فى بطنها غلام فهو منى الى سنتين • وقال الاخر بعد ذلك بيوم ان كان ما فى بطنها غلام فهو منى الى سنتين فولدت
غلامين بعد قولهما لتمام ستة اشهر منذ قالا ذلك لا يثبت النسب بهذه الدعوة وهما يقولان رقيقان لهما لانا لم نتيقن
بوجودهما فى البطن وقت الدعوة • وقول المدعيين الى سنتين لغو لانه رجم بالغيب منهما فلا طريق لهما الى معرفة مدة بقاء الولد
فى البطن وان جاءت باحدهما لاقل من ستة اشهر من القول الاول وجاءت بالاول قبل ذلك بثلثة ايام فهما ولدا الاول
لانا تيقنا بوجودهما فى البطن حين ادعى الاول فيثبت نسبهما منه وهذا لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود احدهما
وقت دعوته وجود الاخر كذلك وان جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من اقرار الثانى ولاكثر من ستة اشهر من اقرار الاول
لانا لم نتيقن بوجودهما فى البطن وقت دعوة الاخر فلهذا يثبت نسبهما من الاخر • وصارت الجارية ام ولده وما ولدت
بعد هذا من ولد فهو يلزم الاخر الا ان ينفيه • قال امة بين رجلين ولدت من رجل قال زوجنيها بينهما صدقه احدهما فيه
وقال الاخر بل بعتنا كها فان نصفها بمنزلة ام الولد لان مدعى البيع قد اقر بان المستولد استولد ملك نفسه وانها صارت
ام ولد واقراره فى نصيبه منها صحيح لانه مملوك لها فى الظاهر قال ونصفها رقيق للذى قال زوجناك لانه ينكر امية الولد
فى نصيبه • وقد بينا ان احد الشريكين فى الجارية اذا اقر انها ام ولد للشريك لا يثبت حكم الاستيلاد بهذا الاقرار فى نصيب
شريكه اذا كذبه فكذلك اذا اقر انها ام ولد لغيره قال ويعتق نصف الولد حصة الذى اقر بالبيع لانه اقر بحرية الولد واقراره
فى نصيب نفسه صحيح ويسعى الولد فى نصف قيمته للذى انكر البيع بمنزلة ما لو شهد احد الشريكين على صاحبه بالعتق
الا ان هناك يسعى للشاهد عند ابى حنيفة لا يدعى السعاية وهنا لا يسعى الولد للمقر بالبيع لانه تبرا من السعاية
ويزعم ان الولد حر الاصل ثم يكون على الواطئ العقر لهما نصفه للمقر بالنكاح باخذه حساب المهر لهما دفعها عليه ونصفه
لمدعى البيع باخذ من الوجه الذى ادعى لانهما تصادقان على وجوب المقدار له وان اختلفا فى جهته فان الزوج يقول
ومدعى البيع يقول هو ثمن والاختلاف فى السبب بعد الاتفاق على وجوب اصل المال لا يمنع من الاستيفاء فلهذا يستوفيه
من الوجه الذى يدعيه • فاما اذا امات ابو الولد سعت الجارية فى نصف قيمتها للمقر بالنكاح لان مدعى البيع يزعم انها ام ولد
لابى الولد وانها عتقت بموته ولا سعاية عليها فيعتبر زعمه فى نصيبه ولا يعتبر فى نصيب شريكه فيسعى فى نصف قيمتها لمدعى
النكاح وهذا عندهم جميعا لان امية الولد لم يثبت فى هذا النصف على ما بينا • قال ولو كان الاب ادعى الشراء
كانت ام ولده ويضمن الثمن الذى صدقه بالبيع لان نصيبه منها صار ملكا لابى الولد لتصادقهما على البيع والشراء فيصير الكل
ام ولده ويضمن نصف قيمتها بين اثنين يستولدها احدهما • ولو كانت الجارية مجهولة لا يعرف لمن كانت فقال ابو الولد زوجتمانيها
وقال بعتناكها فهى ام ولده وابنها حر لانها فى الظاهر مملوكة فصارت ام ولد وكان ولدها باعتبار الظاهر ولا يصدق
هو فى الاقرار انها لغيره فيما يرجع الى ابطال حقهما ويكون على الواطئ القيمة لها لان اقراره صحيح فى حق نفسه وقد زعم انها مملوكة
لهما فى يده وقد تعذر عليه رده عليهما فيغرم قيمتها لهذا ولا يسقط حقهما فى هذه القيمة باقرارهما بالبيع لان البيع لم يثبت
حين كذبهما ولان تعذر الاسترداد لم يكن باقرارهما بالبيع • الا ترى انه لو جحد البيع والنكاح جميعا لم يكن لها حق الاسترداد
ثم قال فى نسخ ابى سليمن رح وكذلك لو كانت معروفة بانها لهما وهذا غلط والصواب ما ذكر فى نسخ ابى حفص رحمه الله
وفى نوادر هشام قال ولو كانت معروفة بانها لهما كان عليه العقر • وهذا لان تعذر الاسترداد هنا باقرارهما بالبيع
الا ترى انهما لو انكرا البيع والتزويج كانت امة بينهما فيكون اقرارهما بالبيع مانعا لهما من الاسترداد فلهذا لم يكن لهما ان يضمنا
قيمتها وانما وجب عليه العقر لاقراره بالوطى فى ملك الغير وقد سقط عنه الحد بدعوى النكاح فيلزمه العقر • قال
واذا ادعى الواطئ الهبة وادعيا هما البيع والجارية مجهولة لا يدرى لمن كانت فهى ام ولده باعتبار الظاهر وعليه قيمتها لانه اقر
بغصبها منهما وقد تعذر ردها عليهما لما ثبت فيها من امية الولد • قال وان صدقهم بذلك صدقت وكانت امة لهما لان الحق لهما
فاذا تصادقوا على شىء ثبت ذلك بتصادقهم • وفى رواية ابى حفص وهشام رح قال لا تصدق بعد العتق لانها صارت
لمن هى فى يديه باعتبار الظاهر وكما لا يقبل قولهما فى ابطال حق العتق لها فى ذلك من حق الشرع • ولو كانت لهما بينة عليها الحد
وولدها رقيق لهما لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فظهر انه غاصب زنى بجارية مغصوبة فعليه الحد ان لم يدع الشبهة
وان ادعى بيعا او هبة او نكاحا سقط الحد عنه لتمكن الشبهة فقد ال الامر الى الخصومة والاستحلاف كالحد بمثله يسقط ولكن

لايثبت

لا يثبت النسب لان بمجرد دعواه لم يثبت له فى المحل ملك ولا حق وثبوت النسب يبتنى على ذلك قال وان ملكها يوما مع ولدها
كانت ام ولده وكان الولد ولده لان اقراره صحيح فى حق نفسه وانما يصح لقيام حق الغير فى المحل فاذا زال ذلك بملكه اياها
كان كالمجدد للاقرار فى هذه الحالة فيثبت نسب الولد منه لانه ادعاه بسبب صحيح فيكون الولد حرا وتكون الجارية ام ولده
والله سبحنه وتعالى اعلم بالصواب

باب مكاتبة ام الولد

قال واذا كاتب الرجل ام ولده على خدمتها او على رقبتها جاز لانها مملوكة له وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوسل به الى ملك اليد
والمكاسب فى الحال والحرية فى ثانى الحال وحاجة ام الولد مملوكة للمولى يدا وكسبا فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل
فى المنافع والمكاسب المكاتب وام الولد مملوكة يدا وكسبا فيصح اثبات هذه المالكية لها بالبدل ايضا ثم ما يصلح عوضا فى كتابة العبد
يصلح عوضا فى كتابة ام الولد فاذا ادت المكاتبة عتقت لفراغ ذمتها عن بدل الكتابة • وان مات المولى قبل ان تودى عتقت
لان حكم الاستيلاد باق بعد الكتابة ومن حكم الاستيلاد عتقها بعد موته • قال ولا شىء عليها من البدل لانها كانت تودى
لتعتق وقد عتقت فصارت مستغنية عن اداء البدل كما لو اعتقها فى حال حيوته ويسلم الكسب لها لانها عتقت
وهى مكاتبة وبالعتق تاكد المالكية الثابتة لها بالكتابة • وان باعها نفسها او اعتقها فقبلت فهى حرة والمال دين عليها
لان اول درجاتها ان تكون للمولى عليها ملك المتعة واسقاطه الملك ببدل عليها صحيح كالطلاق بجعل والمال دين عليها كما
لانها التزمته بقبولها • فان مات المولى لم يسقط ذلك الدين عنها لان حكم الاستيلاد بطل بعتقها فى حيوته وانما المال
دين عليها لانها التزمته بقبولها وليس للاستيلاد تاثير فى الابراء عن الدين • قال فان كانت ام ولده فجاءت بولد بعد الكتابة
لاكثر من ستة اشهر ثم مات المولى قبل ان يقر به لا يلزمه النسب لانها بالكتابة حرمت عليه حتى يمنع من وطيها ولو وطيها
يلزمه عقرها فخرجت من ملكه والفراش يعدم بمثل هذه الحرمة فاذا جاءت بالولد لمدة يتوهم انه يكون من علوق حادث
بعد الكتابة لم يثبت النسب منه • وان جاءت به لاقل من ستة اشهر فهو ثابت النسب من المولى لتيقننا انها علقت به قبل الكتابة
وهو حر وقد عتقت هى ايضا بموت المولى وان كان حيا فادعاه فهو ابنه • وان جاءت به لاكثر من سنتين لانها ما صارت
فراشا لغيره وحرمتها على المولى اذا كان بسبب لا يزيل ملكه عنها ولا يجعلها فراشا لغيره يمنع ثبوت النسب منه
قبل الدعوة كما لو حرمت بجماع ابن المولى اياها ولانها قبل الدعوة انما لا يثبت النسب منه تحرزا عن الحكم بارتكاب الحرام
ووجوب العقر وسقط اعتبار هذا التحرز اذا اقر هو بالولد فان جنت فى كتابتها جناية يبعث فيها لان موجب جنايتها
كان على المولى قبل الكتابة لان كسبها للمولى وقد زال ذلك بالكتابة فانها صارت احق بكسبها وكان موجب جنايتها على المولى
لانه بالاستيلاد كان مانعا دفعها بالجناية وقد انعدم هذا المعنى بالكتابة لان المكاتبة ليست بمحل الدفع فهى والقنة المكاتبة
سوا • قال وان جنى عليها كان الارش لها لان ارش الجناية بمنزلة الكسب وهى احق بكسبها • وان ماتت وتركت ولدا ولدته
فى المكاتبة من غير المولى سعى فيما على امه لانه انفصل عنها وهى مكاتبة فيكون حكمه حكمها باعتبار انه جزء من اجزائها وقد كانت
فى حيوتها تسعى على النجوم لحاجتها الى تحصيل العتق لنفسها قبل الاداء وحاجة هذا الجزء الى ذلك كحاجتها فبقى الكتابة
ببقاء هذا الجزء ولو اشترت ابنا لها عبدا لم يكن له ان يبيعه لانه صار داخلا فى كتابتها فان الكتابة يثبت لها نوع مالكية
فاذا كان لها نوع مالكية يثبت مثل ذلك لولدها • وقد بينا ان من يكاتب عليها يكون مملوكا للمولى حتى اذا اعتقه نفذ عتقه
ابنها وابوها فى ذلك سوا الا انه اذا ماتت عن هذا الابن المشترى فعند ابى يوسف ومحمد رح تسعى على النجوم كالابن
المولود فى الكتابة • وعند ابى حنيفة رح يباع هذا الولد فى الكتابة لانه انفصل عنها قبل ثبوت امية الولد فيها فلم يثبت
حق امية الولد لهذا الولد • وان ملكته فيباع بعد موتها فى المكاتبة كشتراكتا بها بخلاف المولود فى الكتابة فانه
بمنزلتها لانه انفصل عنها وهى ام ولد مكاتبة • وفى الاستحسان ان جاء بالمكاتبة ما لا قبل منه ولم يبع فيها لانه فى الحقيقة
جزء منها فيقوم مقامها فى اداء الكتابة الا انه ليس بجزء من مكاتبة فلا يبقى الاصل ببقائه • ولكن ياتى بالمال الحال لا يكون
مقبولا منه لما فيه من حصول مقصود المولى بخلاف المولود فى الكتابة لانه جزء من المكاتبة نفرق ان السراية من الاصل
الى الجزء المتصل دون المنفصل فتثبت حقيقة سرايه العقد الى الولد المولود فى الكتابة فيسعى على النجوم وهو تحصيل العتق

بالاداء حكم هذا الجزء وحكم الاصل سوا فاذا جاء بالمال حالا يقبل منه • قال ولو كانت اشترت اباها او امها فانه يوخذ منهما بالقياس بعد موتها فيباعان في المكاتبة عند ابي حنيفة رح لان الاب والام ليسا بجزء للولد • والامتناع بيعهما عليها في حيوتها كان لما لهما من الحق في كسبها وقد انعدم هذا المعنى بموتها لان حاجتها مقدمة على حاجة ابويها فلهذا يباعان بخلاف الولد فانه جزء منها فيجعل بقاء هذا الجزء كبقائها فيما هو المقصود وقد بينا اختلافهم في غير الوالدين والمولودين من القرابات هل يمتنع عليهم بيعهم الا ان الحاكم رح ذكر فيما سبق ان القياس والاستحسان عند ابي حنيفة رح في الاخوة وغيرهم وقد نص هنا في الاصل ان القياس والاستحسان في الاب والام في القياس لها ان تبيعهما لانهما لا يتبعانها فلا يمكن اثبات حكم الكتابة فيهما بطريق التبعية • ولهذا لا يمتنع بيعهما بعد موتها وفي الاستحسان يمتنع عليها بيعهما لان حق الوالدين يثبت في الكسب ولها كسب على ما قررنا • وهذا هو الاصح • قال واذا اسلمت ام ولد النصراني قومت قيمة عدل فيبعث في قيمتها لانه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ودينه بعد اسلامها واصراره على الكفر فيخرج الى الحرية بالسعاية كما بينا في معتق البعض وهذا لان ملك الذمي محترم ولا يمكن ازالته مجانا وهو اشكال لهما على قول ابي حنيفة في ان رقام الولد ما لا يتقوم وان وراء ملك المتعة عليها شيء اخر فان ملك المتعة في هذه الحالة كما لو اسلمت امراته وابى ان يسلم والعذر لابي حنيفة رح من وجهين • احدهما ان الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويجوز الذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما يبني في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالية الخمر • والثاني ان ملكه فيها محترم وان لم يكن لا متقوما وقد احتبس عندهما المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن لا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل بعفو الاخر لزمه بدله ولم يبين مقدار قيمتها وهي ام ولد وهذا مشكل فانها لو كانت بحيث تباع فلا نقصان في قيمتها ولكن قيمة المدبر قدر ثلثي قيمتها قنة وقيمة ام الولد قدر قيمتها قنة وقيمة ام الولد لان المالك في مملوكه ثلث منافع الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء دينه من ماليته بعده فبالتدبير ينعدم احد هذه المعاني وهو الاسترباح ويبقى منفعتان وبالاستيلاد ينعدم اثنان ويبقى واحد فيتوزع القيمة على ذلك ثم لا يعتق ما لم يؤد السعاية عندنا • وقال زفر رح يعتق في الحال والسعاية دين عليها لان ازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وفي استدامة الملك عليها ذل • ولكنا نقول الذل في الاستخدام قهرا بملك اليمين وذلك يزول بالاستسعاء لانها تصير بمنزلة المكاتبة احق بنفسها ومكاسبها فالمقصود يحصل بهذا ودفع الضرر عن الذمي واجب • ولو قلنا بزوال ملكه عنها في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال في ذمة المفلس تاوي ادى الى الاضرار به • وكان هذا في الحكم بمنزلة ازالتها عن ملكه بغير بدل • ولهذا لا تعتق ما لم تؤد السعاية وليس لها ان تنجز نفسها الا ان يسلم المولى • وان مات المولى عتقت وسقط عنها السعاية • وعلى قول الشافعي تخارج ومعنى هذا انها تخرج من يد المولى وتؤمر بان تكتسب وتنفق على نفسها الى ان يموت المولى فحينئذ تعتق فانه لا يرى السعاية على المملوك فيجعل طريق ازالة الذل اخراجها من يد المولى كما قلنا • ولو ولدت لاكثر من ستة اشهر منذ صارت مستسعاة لم يثبت نسبه من المولى لانها في حكم المكاتبة ولو ماتت كان على هذا الولد ان يسعى فيما على امه بمنزلة المولود في الكتابة • قال واذا اختلف المولى وام الولد في المكاتبة فعلى قول ابي حنيفة الاول يتحالفان لان حكم التحالف في البيع ثابت نصا بخلاف القياس ولا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والكتابة في معنى البيع اما من حيث الصورة فالبيع مشروع للاسترباح مبني على الضيق والمماكسة والكتابة للارفاق مبني على التوسع • ومن حيث المعنى الكتابة بعد تمامها باداء البدل لا يحتمل الفسخ بخلاف البيع • وفي الحال موجب العقد اثبات صفة المالكية يدا في المنافع والمكاسب فيما مضى منه فانه لا يتحقق رده فعرفنا انه ليس في معنى المنصوص من كل وجه ولو الحق به بالمشاركة في بعض الاوصاف كان قياسا والثابت بخلاف القياس لا يمكن اثباته بطريق المقايسة يوضحه ان البيع لازم من الجانبين فكان المصير الى التحالف فيه مفيدا حتى اذا نكل احدهما لزمه قال صاحبه وفي الكتابة هذا لا يتحقق رده فعرفنا انه ليس في معنى المنصوص من كل وجه فانها لو نكلت لا يلزمها شيء وكان لها ان تعجز نفسها فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قولها مع يمينها لانكارها الزيادة وان اقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة الا انها اذا ادت مقدار ما اقامت البينة عليه تعتق لانها اثبتت الحرية لنفسها عند اداء هذا المقدار فوجب قبول بينتها على ذلك بمنزلة ما لو كاتبها على الف درهم على انها متى ادت خمسمائة عتقت • وهذا لانه لا يبعد ان تكون عليها بقية بدل الكتابة بعد عتقها كما لو ادت الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابة عليها بحاله • قال واذا كاتب ام ولد على الف درهم

على ان ترد عليها وصيفا وسطا فالكتابة باطلة في قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي قول ابي يوسف رح يجوز الكتابة وتنقسم الالف على قيمتها وعلى قيمة وصيف وسط فتكون مكاتبة بما يخصها ولا خلاف ان العقد في الوصيف باطل لانها تكون مشترية للوصيف من مولاها وشرى الحيوان بغير عينه باطل • ثم وجه قول ابي يوسف الاول مذكور بمقابلة شيئين فينقسم عليهما بالقيمة وامتناع ثبوت حكم العقد في احدهما لا يمنع ثبوته في الاخر كما لو كان الوصيف بعينه فاستحقه انسان يكون العقد صحيحا في حقها بما يخصها من البدل ولا يجوز ابطال هذا العقد لمعنى الجهالة في بدل الكتابة كما لو كاتبها على وصيف وسط لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان قيمة الوصيف الوسط معلوم فاذا قسم الالف على قيمتها وقيمة وصيف وسط تبين حصتها على وجه لا يبقى بينهما منازعة وابو حنيفة ومحمد يقولان الحيوان بغير عينه ليس بمحل للبيع اصلا • وانقسام البدل من حكم الدخول في العقد فاذا لم يدخل الوصيف في العقد كان هذا كتابة بالحصة ابتدا والكتابة بالحصة لا تصح كما لو كاتبها على ما يخصها من الالف اذا قسم على قيمتها وقيمة عبد اخر • والدليل عليه انه لو خاطب عبدين بالكتابة بالف فقبل احدهما دون الاخر لم يكن صحيحا لانه لو صح كان بحصته من الالف حتى لو كان سمى بمقابلة كل واحد منهما شيئا معلوما صح القبول من احدهما • وهذا لان الكتابة في الحاجة الى تسمية البدل وفسادها في الشروط التي تمكن في صلب العقد بمنزلة البيع والبيع بمثل هذه الجهالة يبطل فكذا الكتابة وليس هذا بمنزلة الكتابة على وصيف فان بالاجماع لو تزوج امراة على وصيف صحت التسمية ولو تزوجها على ما يخصها من الالف اذا قسم على مهر مثلها لا يصح التسمية وكان لها مهر مثلها ثم المعنى الشرط في الوصيف باعتبار استحقاقه بعقد المعاوضة وذلك يتحقق اذا سمي الوصيف بدلا في الكتابة ولا يتحقق هنا لما لم يصر الوصيف مستحقا بالعقد • قال ولو ضمن رجل لام ولد المكاتبة فهو باطل كما في القنة لانه ليس لها ذمة صحيحة في حق المولى ما لم يعتق ولا يكون بدل الكتابة متقررا عليها قال واذا اسلمت ام ولد النصراني فكاتبها باكثر من قيمتها جازت الكتابة لان المقصود يحصل بهذا العقد وهو اخراجها من يد الكافر • قال قيل البدل المستحق عليها يتقدر بالقيمة شرعا فينبغي ان لا يجوز الزيادة على ذلك كما بينا في معتق البعض قلنا انما تعذر على المولى استدامة الملك فيها فانه لو اسلم كان له ان يستديم ملكه فيها فعرفنا ان استحقاق الازالة ببدل مقدر لم يتقرر هنا بخلاف معتق البعض فان عجزت هنا ردت في الرق وتسعى في قيمتها لان اظهار العجز هنا مفيد بخلاف ما اذا كانت مستسعاة في قيمتها • قال مسلم تزوج ام ولد ذمي فولدت له سعى الولد في قيمته لانه مسلم باسلام ابيه والام مملوكة للمولى الذمي فيجب ازالته عن ملكه بالاستسعاء • وكذلك لو كان الزوج كافرا فاسلم لان الولد ما دام صغيرا فانه يصير مسلما باسلام ابيه • قال مكاتب ذمي اشترى امة مسلمة فولدها كانت على حالها لانه يتعذر عليها ويثبت لها نوع حق تبعا لما ثبت من حق الولد • وان عتق المكاتب بالاداء ثم ملكها وصارت ام ولد للذمي فيسعى في قيمتها • وان عجز رد رقيقا اجبر المولى على بيعها • قال الحربي خرج الى دارنا مستامنا ومعه ام ولده لم يكن له ان يبيعها لان حق امية الولد يتبع حق الولد في الكتب والنسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دارنا فكذلك ما ينبني عليه من امية الولد لها وكما لا يمكن من بيع ابنه في دار الاسلام فكذلك لا يمكن من بيع ام ولده • ولو اسلمت بيعت في قيمتها لا لان ملك المستامن محترم كملك الذمي فيتعذر ازالة ملكه عنها مجانا فلهذا يبعث في قيمتها

باب دعوى الرجل والغلام

قال غلام صغير لا ينطق في يدي رجل فقال هذا عبدي هو كما قال اذا لم يعرف خلافه لانه لا يد له في نفسه ولا قول فتقرر يد ذي اليد عليه وما في يده مملوك له باعتبار الظاهر فاذا ادعى ما يشهد له الظاهر به كان القول قوله كما لو كان في يده دابة او ثوب فقال هذا لي وان ادرك الصغير فقال انا حر الاصل فعليه البينة لانه يدعي بطلان ملك ثبت عليه لذي اليد بدليل شرعي فلا يقبل ذلك منه الا بحجة • وان كان حين ادعاه الذي في يديه يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه وله قول معتبر شرعا فلا يتقرر عليه يد ذي اليد مع ذلك بل يده في نفسه تكون دافعة ليد ذي اليد لانها اقرب اليه فكان القول قوله في حريته لتمسكه بما هو الاصل • وكذلك لو قال الغلام انا لقيط لان اللقيط باعتبار الاصل والدار فهو كقوله انا حر وان اقام الذي في يده بينة انه عبده واقام الغلام البينة انه حر فالبينة بينة الغلام لانه يثبت حريته الاصل ببينته وبينة الملك لا تعارض بينة الحرية من وجهين احدهما ان الحرية

لاحتمال النقض والفسخ والملك يحتمل الابطال • والثاني ان الاثبات في بينة الحرية اكثر لانه يتعلق بالحرية احكام متعدية
الى الناس كافة ولان في بينته ما يدفع بينة ذي اليد وما يدفع بينته فان الحرية تتحقق بعد الملك • وان قال الذي في يده هذا عبدي
وقال الغلام انا عبد فلان وهو عبد الذي في يديه لانه لما اقر بالرق على نفسه فلم يبق له يد ولا قول معتبر في نفسه بل يتقرر يد ذي اليد
وليس في بينة ذي اليد ما يدفع بينته فان الحرية تتحقق بعد الملك وان علية فالقول قوله انه ملكه بخلاف الاول فان هناك
هو يتكبر فيه اصلا وقوله في دفع الرق عن نفسه مقبول • وفي تعيين مالك غيره مقبول لانه يتحول به ملكا ثابتا للذي في يده الى غيره
وكذلك لو كان في يدي رجلين يدعي كل واحد منهما انه له فقال هو انا عبد لاحدهما لانه لما اقر بالرق على نفسه تقرر يدهما عليه
ولم يكن له ان ينطق فان اقام احدهما البينة انه عبده واقام الاخر البينة انه ابنه من ام ولده فقضى به للذي ادعاه انه ابنه
لان في بينته زيادة اثبات النسب والحرية للولد فتترجح بذلك • وان اقام كل واحد منهما انه عبده ولد عنده ووقتت احدى البينتين
وقتا قبل وقت الاخرى قضى به للاول اذا كان سن الغلام موافقا للوقت الاول فقد ظهر علامة الصدق
في شهادة شهوده وعلامة الكذب في شهادة شهود الاخر • وان علم انه على غير ذلك الميلاد قضى به للاخر لان علامة الكذب
ظهرت في شهادة اسبق التاريخين وذلك مانع من العمل بها فلو كان يشكل فيه قضى به بينهما لاستواء الحجتين فان كل واحد منهما
اثبت الملك لنفسه من حين ولد لان الملك لا يسبق الولادة ولا يعتبر سبق التاريخ مع ذلك ولكن لما كان كل واحد من الامرين
محتملا قضى به بينهما • ومثل هذا قولهما فاما عند ابي حنيفة رح فينبغي ان يقضى به لصاحب الوقت الاول لانهما استويا
في وقت الاحتمال فصاحب التاريخين اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه احد فيجب القضاء بالملك له ثم لا يستحق عليه
بعد ذلك الا بسبب من جهته وان لم يوقت واحد منهما وقد عرف ان احدى البينتين شهدت ان هذا المولى اعتقه قبل ان تلده
او دبرها او اعتق الغلام وامه حامل به او دبره قضى به لصاحب العتق لان في بينته زيادة اثبات الحرية للغلام اما مقصودا
او تبعا للام ولان العتق يتضمن القبض فيما به العتق والتدبير يثبت ببينته ان البدل له وبينة ذي اليد تترجح في اثبات الملك
وقت الولادة • الا ترى انه لو كان في يدي غيرهما فاقام كل واحد منهما البينة انه عبده غير ان احدى البينتين شهدوا انه دبره
او اعتقه ابنه يقضى به له لان بالتدبير والعتق يستحق الولاء والولاء كالنسب ولو كان في احدى البينتين زيادة اثبات النسب
ترجحت بذلك فكذلك الولاء • قال صبي في يدي رجلين ادعى احدهما انه ابنه والاخر انه عبده فهو حر ابن الذي ادعاه لانه يعتبر له
بالنسب والحرية واقراره فيما في يده صحيح وثبوت النسب والحرية في البعض ينفي الرق فيما بقي منه وان كان في ايديهما جاز بانه
فمات من علمنا بعد هذه المقالة فالدية على عاقلتهما لانهما قتلاه خطا بعدما حكم بحريته ونسبه لمدعي البنوة ويكون ذلك
لاقرب الناس منه بعد الذي ادعى انه ابنه لانه قاتل فيكون محروما عن الميراث لان الاستحقاق باعتبار اليد وقد اختص
احدهما باليد في الام واستويا في اليد في الولد • فان قيل لما ثبت الملك في الامة لاحدهما والولد يتبع الام في الملك
ينبغي ان يقضى بالولد له • قلنا ثبوت الملك له في الامة باعتبار ترجيح واليد حجة دافعة للاستحقاق لا موجبة له فلا يستحق
ما في يد الاخر من الولد وعلى هذا لو كان الصبي في يد احدهما والام في يد الاخر فلكل واحد منهما ما في يده على ما بينا • قال
ارايت لو كانت جدته في يد الاخر اكان يدفع الصبي الى من كانت جدته في يده هذا بعيد • قال واذا كان الصبي في يدي رجل
فاعتقه ثم جاء اخر يدعي انه عبده ويقيم البينة على ذلك فانه يقضى به له لان اليد لا تعارض البينة بل يتبين بهذه البينة
ان ذا اليد اعتق ملك غيره الا ان يقيم البينة المعتق انه كان له ولد عنده او اعتقه فحينئذ تترجح بينته لما قلنا • قال واذا كان
العبد في يدي رجل قد دبره او اعتقه ثم اقام الاخر البينة انه له واقام ذو اليد البينة انه اعتقه او دبره فهو اولى لانه يثبت
زيادة العتق واستحقاق الولاء لان حجة ذي اليد في الحقيقة للعبد فانه يثبت به حريته وولاؤه والولاء كالنسب فكانه هو الذي
يقيم البينة على ذلك • قال واذا كان الصبي في يدي رجل فباعه من رجل ثم ادعى انه كان دبره او اعتقه قبل البيع لم يصدق على ذلك
لانه مناقض في دعواه ولانه يسعى في نقض ما قد تم به وهو البيع • وكذلك لو ادعى انه ابنه ولم يكن العلوق به في ملكه لان هذا
دعوة تحرير ودعوة التحرير لا تصح كالاعتاق من غير المالك الا ان يكون العلوق به في ملكه فيصدق على النسب حينئذ فينفسخ البيع
لان حق استيلادها والنسب يثبت لعبد العلوق في ملكه ولم يبطل ذلك بالبيع لان البيع دونه في احتمال النقض وهذه ترد به موضعها
كتاب الدعوى وان لم يكن شيء من ذلك • ولكن الصبي ادرك فاقام البينة انه حر عتق ولا شيء عليه لانه اثبت حريته بالحجة
وانما يرجع المشتري بالثمن على البايع فان كان كبيرا مقرا بالملك وامر المشتري ان يشتريه واخبره انه عبد للبايع فاشتراه

على ذلك

على ذلك ثم اقام البينة انه حر عتق لانا قد بينا ان التناقض لا يمنعه من اثبات النسب لان حريته الاصل لانا قضينا فان لم يقدر
المشتري على الذي باعه كان له ان يرجع على العبد بالثمن الذي اداه الى البايع لانه مغرور من جهته حين اقر بالملك
وامره ان يشتريه وصحة البيع كان يقوله فانه لو قال انا حر ما كان يشتريه احد لا يصح البيع فيه والغرور متى تمكن في عقد المعاوضة
ضمنا يثبت حق الرجوع للمغرور على الغار وصار كانه التزم للمشتري سلامة نفسه او رد الثمن عليه الا ان البايع اذا كان حاضرا
فرجوعه على البايع لانه هو الذي قبض الثمن حقيقة • والمشتري سلمه اليه مختارا فاذا تعذر الرجوع عليه لغيبته كان له
ان يرجع على العبد لسبب الضمان عنه ثم يرجع العبد بذلك على البايع لانه يقوم مقام المشتري في الرجوع عليه حين ضمن له
بالثمن وان كان المشتري اقر بحرية العبد عتق باقراره وولاؤه موقوف ولا يرجع بالثمن على البايع ولا على العبد
لان اقراره ليس بحجة عليهما والله اعلم

باب ما لا يثبت النسب فيه

قال واذا زوج الرجل امته من عبده فولدت ولدا فادعاه المولى لم يثبت نسبه منه لان نسبه ثابت من العبد بالفراش فلا يثبت
من غيره • ولكنه يعتق عليه وتصير الجارية ام ولد له لما ذكرنا قبل هذا فاذا استولد الرجل جارية غيره وادعى شبهة بشراء
او غيره وكذبه مولاها لم يثبت نسبه لان بمجرد دعواه لم يثبت له شبهة في المحل في حق مولاها حين عارضه بالتكذيب
وثبوت النسب ينبني على وجود الشبهة في المحل فان ملكه يوما يثبت نسبه منه لان الشبهة في المحل في حقه ثبت بقوله فان خبره
محمول على الصدق في حقه الا انه امتنع العمل به للمعارضة من مولاها وحق المعارضة كان له باعتبار ملكه فاذا زال ذلك
معارضته وخلص الحق للمدعي حين ملكه فثبت النسب منه كما لو وجد الاقرار في الحال • وان اعتقه مالكه فهو مولاه ولا يثبت نسبه
من المدعي الا ان يصدقه الغلام فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق في نفسه خلص وقد تقرر التصديق منه وليس في ثبوت نسبه
تعرض للولاء الثابت للمولى اذ لا منافاة بينهما فان قيل قبل العتق ليس في اثبات النسب ايضا تعرض للملك الثابت للمولى قلنا نعم
ولكن النسب لا يثبت الا بحجة ومجرد الدعوى مع قيام المعارضة لا تكون حجة • فاما دعواه عند تصديق الغلام بعد نفوذ
العتق تكون حجة • قال واذا استولد الاب جارية ولده غصبا والولد صغير او كبير مسلما او ذميا ومستامنا ومرتدا وقد علم
الاب انها عليه حرام وادعاه بعد الولادة يثبت نسبه منه كذبه الولد في ذلك او صدقه وهو ضامن قيمتها وهي ام ولد له
ولا عقر عليه اما سقوط الحد عنه مع العلم بالحرمة فلتاويل الثابت له في مال الولد بظاهر قوله عم انت ومالك لابيك
واما ثبوت النسب منه فلان حق التملك له في مال ولده عند حاجته ثابت الا ان ما يكون من اصل الحوائج كالنفقة تملك بغير عوض
وما دون ذلك يتملك بعوض وهو محتاج هنا الى صيانة ماءه عن الضياع فيتملكها بضمان القيمة سابقا على الاستيلاد وقد بينا
فروع هذه المسألة فيما امليناه من شرح الدعوى والفرق بينما اذا كان الولد كافرا او مسلما او على عكس ذلك وما استقر عليه
قول ابي يوسف ان حكمه حكم المغرور وبينا في كتاب النكاح ايضا ان الاب لو كان زوجها باذنه او بغير اذنه بنكاح صحيح او فاسد والاب حر
او عبد لم تصر ام ولد له لانه مستغني عن تملكها في ثبوت نسب ولده فان شبهة النكاح يكفي لذلك • وفي الكتاب قال ان هذا والاول سوا
في القياس يعني لا يتملكها ولكن يثبت النسب باعتبار الغرور كما استقر عليه قول ابي يوسف غير اني وجدت في الاول بالاستحسان
يعني ان يملكها عليه بضمان القيمة هذا النسب نوع استحسان لتحقق صيانة ماءه ولاثبات حرية الاصل للولد وحماية الولد بها
قال ولو ولدت امة الرجل ولدا فادعاه المولى وابوه معا فالمولى احق به لان صحة دعوته باعتبار حقيقة الملك • وصحة دعوة
الاب باعتبار تاويل الملك وتاويل الملك لا يعارض حقيقة الملك ثم دعوة الولد يمنع الاب من ان يتملك الجارية بدعوته وبدون
هذا الشرط لا يصح استيلاده ولا يثبت النسب منه • قال واذا وطي الرجل امة لمكاتبه فولدت ولدا فادعاه وصدقه المكاتب
فهو ولده بالقيمة وعليه العقر لان له حق الملك في كسب المكاتب وذلك بمنزلة الغرور واقوى منه فكما يثبت النسب هناك
ويكون الولد حرا بالقيمة وعليه العقر فكذلك هنا الا انه اعتبر تصديق المكاتب لان المولى محجور على نفسه عن التصرف
في مال المكاتب فلا يحتاج الى تصديق الولد ثم عند التصديق في المكاتب لا تصير الجارية ام ولد له لان حق الملك ثابت له
في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد • الا ترى ان بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد
ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية • يوضحه انه ليس للمولى حق التملك في كسب المكاتب عند الحاجة

ولا يدخل فى ملك الولد فاذا ملك المولى الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه
المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان الحق القائم له فى المحل صار مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا ان المعارضة من المكاتب اياه
بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه ● قال وان وطى مكاتبة مكاتبه فولدت ولدا فادعاه وصدقه
المكاتبة الاخيرة فهو ابنه لانها بعقد الكتابة صارت احق بنفسها وولدها فتصديقها فى هذه الحالة كتصديق المكاتب حين كانت له
فيثبت النسب وعليه العقر لها لانه وطيها بعدما صارت احق بنفسها والغلام بمنزلة امه داخل فى كتابتها بخلاف الاول
فالغلام هناك هو حر بالقيمة لان سبب بعد هذا من المولى كالاول فيمتنع تعدد اسباب البعد بثبوت الحرية للولد ● توضيحه انه لو جعل
الولد هنا حرا كان حرا بغير القيمة لانه لا يمكن ايجاب القيمة للمكاتب لانه لا حق له فى نفسها ولا فى ولدها بعد ما كاتبها ولا يمكن اثبات الحرية
بغير قيمة لانها ربما تعجز فتخلص للمكاتب حقه فيها وفى ولدها فلهذا لا يحكم بحرية الولد هنا ● وفى الاول اثبات الحرية بالقيمة ممكن
فلهذا اثبتناه فان عجزت هى اخذ المولى الولد بالقيمة لان الكتابة الثانية انفسخت فكانها لم تكن وان كانت كذبته لم يثبت النسب منه
وان عجزت لانعدام الدليل الموجب لصحة الدعوة وهو التصديق بمنزلة الحق الا ان يملكه فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق خلص له
فكانه جدد الدعوة الان ● قال فان ادعى ولد جارية امراته او احد ابويه لم يثبت النسب منه بحال لان ثبوت النسب باعتبار الشبهة
فى المحل وقد انعدم الا انه اذا قال ظننت انها تحل لى يندرا عنه الحد ● وان قال علمت بالحرمة يلزمه الحد لان الشبهة من حيث الاشتباه
وهو ان ظن ما ليس بحل حلا فانه قال لما كانت المراة حلالا له تكون لى لانى جزء منه ● وشبهة الاشتباه معتبرة فى اسقاط العقوبة
فى حق من اشتبه عليه ● ولكن لا تعتبر فى اثبات النسب فاذا ملكه يوما عتق ولم يثبت نسبه منه ● وان ملك امه لم تصر ام ولد له
بمنزلة ما لو استولد جارية الغير بالزنا الا ان يدعى شبهة نكاح فحينئذ اذا ملكها مع الولد يثبت النسب منه وتصير هى ام ولد له
قال واذا وطى الرجل جارية رجل فقال احلها لى والولد ولدى وصدقه المولى فى الاحلال وكذبه فى الولد لا يثبت النسب منه لان الاحلال
ليس بنكاح ولا ملك يمين فلا تثبت به شبهة فى المحل فى حق مولاها ويكون تكذيبه اياه فى الدعوة معارضا مانعا من صحة دعوته
فلا يثبت نسبه منه لسقوط المعارض فى الدعوى فان ملكه يوما ثبت نسبه منه ● وهو بناء على الاستحسان الذى بيناه فى كتاب الدعوى
ان المولى اذا صدقه فى الاحلال وفى الدعوة جميعا يثبت النسب منه استحسانا لان التزويج ليس بموجب التزويج الا ملك الحل والتمكن
من الوطى شرعا ● والاحلال يكتفى فى ذلك حما وفى غير هذا المحل من الطعام وغيره الاحلال يكون مثبتا حل التناول فيصير ذلك شبهة
فى اثبات النسب ● ولكنها شبهة ضعيفة جدا فلا بد ان ينضم اليه التصديق من المولى بان الولد ولده او خلوص الملك للولد فى المدعى
فان ذلك اقوى من تصديق المولى فيثبت النسب منه وهو عبد لمولاه ● وكذلك الجواب فى جارية الزوجة والابوين اذا ادعى ان مولاها
احلها له الا ان هنا لا يثبت النسب بالتصديق ويعتق لقرابته من المولى ابا كان او اما ● قال واذا كانت الامة وولدها فى يدى رجل فادعى
رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه ونقده الثمن وقبضها وانها ولدت له هذا الولد ● فان علم الاول منهما فالجارية
وولدها له لانه اثبتها لحق نفسه فى وقت لا ينازعه احد فيه ● وان لم تعلم فالجارية ام ولدهما والولد ولدهما لتحقيق المساواة بينهما
فى نسب الولد فى حق امية الولد للام ● وان كانت فى يدى احدهما فهو احق بها لان شراءه متاكد بالقبض وشرا الاخر مجرد عن القبض
وعند تعارض البينتين يترجح القابض منهما الا ان يقيم الاخر البينة انه الاول فحينئذ يكون اسبق التاريخين اولى ● والله اعلم بالصواب

باب المدبر

اعلم ان التدبير عبارة عن العتق الواقع فى المملوك بعد موت المالك عن دبر منه ماخوذ من قول الله صلى الله عليه وسلم فى ام الولد فهى معتقة
عن دبر منه ● وصورة المدبر ان يتعلق عتقه بمطلق موت المولى كما يتعلق عتق ام الولد به ● ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه المدبر
يعتق من جميع المال كام الولد وهو قول حماد واحدى الروايتين عن ابراهيم ● ولكنا ناخذ بحديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم
جعل المدبر من الثلث ولان التدبير خلافة بعد الموت فيتقدر بقدر حقه بعد الموت وحق المولى بعد الموت فى ثلث ماله فتتعين خلافته
بهذا القدر فيكون من ثلثه كسائر الوصايا ● وفى ام الولد انما يعتق من جميع المال لسقوط قيمة ماليتها على ما قررنا لان الاحراز بعد الاستيلاد
لقصد ملك المتعة لا لقصد المالية وبدون الاحراز لا تثبت المالية والتقوم ● وهذا المعنى لا يتحقق بالتدبير فان التدبير ليس بقصد
الى الاحراز لملك المتعة فيبقى الاحراز بعده للتمول فاذا بقى مالا متقوما كان معتبرا من ثلثه ● وعلى قول علمائنا رحمهم الله لا يجوز بيع المدبر
وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه لحديث عطاء ان رجلا دبر عبدا له ثم احتاج الى ثمنه فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل يقال له نعيم

بن النجام

ابن النجام بثمانماية درهم ● وعن عائشة رضى الله عنها ان امة لها دبرتها فسحرتها وعلمت بذلك فقال لها ما حملك على ما صنعت فقالت احببت العتق
فباعها من اسوأ الناس ملكة ● والمعنى فيه ان التدبير يتعلق بالشرط وذلك لا يمنع جواز البيع كما لو علقه بشرط اخر من دخول الدار
ومجى راس الشهر او التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال ● والوصية لا تمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته
لانسان ● وهذا لان الوصية ايجاب بعد الموت فيمنع الاضافة ثبوت حكم الوجوب فى الحال ● وحجتنا حديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنه
ان النبى عليه السلام قال لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من الثلث ● وتاويل حديث عطاء ما نقل عن ابى جعفر محمد بن على رضى الله عنه ان النبى عليه السلام
انما باع خدمة المدبر لا رقبته يعنى انه اجره والاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة ● ويحتمل انه كان مدبرا مقيدا او كان فى وقت
كان بيع الحر جائزا على ما روى عن النبى عليه السلام انه باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم انتسخ ذلك الحكم ● وعن زيد بن ثابت وابن عمر رضى الله عنهما
قال لا يباع المدبر وما نقل عن عائشة رضى الله عنها محمول على المدبر المقيد ليكون جمعا بينهما ● والمعنى فيه انه مملوك تعلق عتقه بموت سيده
فلا يجوز بيعه كام الولد ● ودليل الوصف ان التعليق حكم التعليق وانما يتعلق به على السيد وهو انما علقه بمطلق الموت
وتاثيره ان الموت كائن لا محالة وهو سبب الخلافة ● الا ترى ان الوارث يخلف المورث فى تركته بعد موته فهو بهذا التعليق يكون مثبتا
للمملوك فى الحال الخلافة فى ذمته بعد موته فيكون ايجابا فى الحال باعتبار وجود سببه على وجه لا يصير محجورا عن ابطاله
كما ان الموت لما كان موجبا الخلافة للوارث فى تركته وسببه المرض يثبت نوع حق له بهذا السبب على وجه لا يصير المريض محجورا عن التبرع
وهذه الخلافة فى العتق الذى لا يحتمل الابطال بعد ثبوته فيتقوى هذا السبب من وجهين ● احدهما ان المعلق به مما لا يحتمل الابطال
والثانى ان التعليق بما هو كائن لا محالة وهو موجب الخلافة ● ولهذه القوة قلنا لا يحتمل الابطال بالفسخ والرجوع عنه بخلاف ما يقوله
الشافعى رحمه الله فى بعض اقاويله وهو ضعيف جدا فان تعليق العتق بسائر الشروط لا يحتمل الفسخ فبهذا الشرط اولى ● ولهذه القوة يجب
حق الحرية له فى الحال على وجه يمتنع بيعه ويثبت استحقاق الولاء للمولى على وجه لا يجوز ابطاله بخلاف التعليق بسائر الشروط فان دخول
الدار ونحو ذلك ليس بكائن لا محالة والتدبير يوجب الخلافة ● وكذلك الوصية برقبته لغيره فان ذلك تمليك يحتمل الابطال بعد ثبوته
فلا يجب الحق بنفسه ونقرر بهذا التحقيق ان المدبر فى معنى ام الولد الا ان هنا المعتبر تعلق باحدهما وجوب حق الحرية فى الحال
وبالاخر سقوط المالية والتقوم ثم يوجد احد المعنيين ههنا دون الاخر فيتعدى بذلك المعنى حكم سقوط المالية والتقوم لانعدام
معناه هنا ● فلهذا كان معتبرا من الثلث ● وعلى هذا نقول ولد المدبرة يكون مدبرا لانه وجب حق الحرية لها فى الحال فيسرى الى الولد
كالاستيلاد ● وهو دليلنا على الشافعى وبعض اصحابه يمنعون سراية التدبير الى الولد وهو ضعيف جدا لانه مخالف لقول الصحابة
والتابعين ● وقد قال ابن مسعود رضى الله عنه ولد المدبرة بمنزلتها ● وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير
يباع وما ولدته بعد التدبير فهو بمنزلتها لا يباع ● وعن شريح وسعيد بن المسيب وقتادة وجماعة منهم انهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها
اذا عرفنا هذا فنقول رجل قال لمملوكه انت حر بعد موتى او اذا مت او ان مت او متى مت او اذا حدث بى حدث فهذا كله واحد
وهو مدبر لانه علق عتقه بمطلق موته فانه وان اطلق الحدث فالمراد به الموت عادة ● وكذلك لو قال انت حر يوم اموت لانه قرن
باليوم ما لا يمتد ولا يختص باحد الوقتين فيكون عبارة عن الوقت فكانه قال انت حر بعد موتى فان نوى باليوم النهار دون الليل
صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه ثم لا يكون مدبرا لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار وربما يموت بالليل
فلا يكون مدبرا ● ولو قال اذا حدث فى مرضى هذا او سفرى هذا فانت حر لم يكن مدبرا لانه علقه بما ليس بكائن لا محالة فربما يرجع من ذلك
السفر ويبرا من ذلك المرض ● وفقه هذا الكلام انا انما نوجب حق الحرية بالتدبير فى الحال بناء على قصده القربة بطريق الخلافة
وهذا القصد منه ينعدم اذا علقه بموت بصفة لان القصد الى القربة لا يختلف بالموت من ذلك المرض او من غيره فلانعدام هذا القصد
لم يكن مدبرا بخلاف ما اذا علقه بمطلق الموت فان القصد الى ايجاب القربة هنالك يتحقق حين علقه بما هو كائن لا محالة ● ولكن ان مات
كما قال عتق من ثلثه لان التعليق بالشرط صحيح مع انعدام القصد الى ايجاب القربة ● واذا وجد الشرط عتق من ثلثه واذا برا من مرضه
او رجع من سفره ثم مات لم يعتق لان الشرط الذى علق به العتق قد انعدم ● فاذا قال انت حر يوم موت فلان لم يكن مدبرا لان
موت فلان ليس بسبب الخلافة فى حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة فاذا لم يوجد ذلك لم يكن مدبرا والى هذا
اشار فقال ● الا ترى ان فلانا لو مات والمولى حى عتق العبد ولا خلافة بعد موته ● ولو مات المولى وذلك الرجل حى صار العبد
ميراثا للورثة ولم يكن مدبرا وتجرى فيه سهام الورثة ● وكذلك ان قال انت حر بعد موتى وموت فلان او بعد موت فلان وموتى
فهذا لا يكون مدبرا لانه ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى فحسب وانما يتعلق بالموتين فان مات المولى قبل موت فلان لم يعتق

لان الشرط تم وصار ميراثا للورثة فكان لهم ان يبيعوه ، وان مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبرا عندنا وليس له ان يبيعه
وعلى قول زفر رح لا يكون مدبرا لانه ما تعلق عتقه بموت المولى فحسب انما تعلق بموتين كما علقه المولى فكان موت المولى
بعد موت فلان منهما للشرط لانه كمال الشرط ، وهذا على اصل زفر مستقيم فانه يجعل كل جزء من الشرط معتبرا في حق
اعتبار وجود الملك عنده وجود بعض الشرط على ما بينا في الطلاق ، ولكنا نقول بعد موت فلان تعلق عتقه بمطلق موت المولى
حتى انه متى مات عتق ، وصورة المدبر هذا فكان مدبرا كما لو قال له اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر
بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا كان مدبرا فكذلك هنا ، وان قال انت حر بعد موتي ان شئت لم يصر مدبرا لانه
ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى بل به وبمشيئته ثم قول المولى ان شئت محتمل يجوز ان يكون مراده المشية في الحال ويجوز ان يكون
مراده المشية بعد الموت فينوي في ذلك فان نوى بالمشية الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لان الشرط
المشية لما وجد من العبد في المجلس يصير عتقه معلقا بمطلق موت المولى بعده فيكون مدبرا ، وان كان نوى بالمشية بعد الموت
فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان ابو بكر الرازي رح يقول الصحيح
هنا ما لم يعتقه الوارث او الوصي لانه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد ذلك الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية
يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وجعل هذا بمنزلة ما لو قال له انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق
الا باعتاق من الوارث او الوصي بعد شهر هكذا ذكر ابن سماعة رح في نوادره وفي ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد
في المجلس بعد موت المولى كما يتقيد بهذا اللفظ مشيته بالمجلس في حال حيوته ، وعن ابي يوسف رح انه لا يتوقت بالمجلس
لان هذا في معنى الوصية ولا يشترط في لزوم الوصية القول في المجلس بعد الموت ، ولو قال انت حر بعد موتي بيوم لم يكن
مدبرا وله ان يبيعه لان عتقه ما تعلق بمطلق الموت بل بمضي يوم وبعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة
وهذا يؤيد ما ذكره الرازي ابو بكر رح ، وقد بينا المعنى فيه من اصحابنا من فرق بين هذا وبين الاول فقال لما اخر العتق عن موته
بزمان ممتد في يوم او شهر فملك الوارث يتقرر في ذلك الزمان ، عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقه ، واما
في مسئلة المشية يتصل مشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا يقع الحاجة الى اعتاق الوارث
اياه ، وكذلك لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي بيوم فهذا وما وجب لمملوك نفسه سواء لما بينا ، ولو قال كل مملوك لي
فهو حر بعد موتي فما كان في ملكه حين قال هذه المقالة فهو مدبر لانه تعلق عتقه بموت المولى وما دخل في ملكه بعد ذلك لم يصر مدبرا
ولكن اذا مات وهو في ملكه عتق من ثلثه مع المدبرين ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح لا يتناول هذا اللفظ
ما يستحدث الملك فيه ، وكذلك لو قال كل مملوك لي املكه فهو حر او قال كل مملوك املكه اذا مت فهو حر فابو يوسف يقول
التعليق معتبر بالتنجيز ولو نجز العتق بهذا اللفظ لم يتناول الا ما هو مملوك له في الحال فكذلك اذا علق بالموت ، وهذا في قوله
كل مملوك لي ظاهر لانه ما سمى ما هو مضاف اليه بالملكية في الحال ، وكذلك في قوله كل مملوك لي املكه فان اهل اللغة يقولون
المراد بهذا اللفظ الحال واذا اريد به الاستقبال يقيد بالسين وسوف فيقال سا املكه او سوف املكه ، والدليل عليه ان ما يستحدث
الملك فيه لا يصير مدبرا بالاتفاق ولو تناوله هذا اللفظ لصار مدبرا كالموجود في ملكه وهما يقولان علق بالموت ما يملكه
فيتناول ما هو مملوك له عند الموت ، والذي يستحدث الملك فيه مملوك له عند الموت كالموجود في ملكه ، وهذا لان الاضافة
الى ما بعد الموت وصية اذا لم يوجد التعيين من الموصي عند الايصاء يعتبر وجوده عند الموت كما لو اوصى بثلث ماله لانسان
يتناول هذا ما يكون له عند الموت فهذا مثله لان التدبير ايجاب العتق كما قررنا فلا يصح الا بالملك او مضافا الى الملك
ففي حق الموجود في ملكه وجد الملك فيصح ايجاب حق العتق لهم وفي حق الذين يستحدث الملك فيهم لم يوجد الايجاب في الملك
ولا الاضافة الى الملك انما وجد الاضافة الى الموت فلم يوجب لهم حق العتق بنفس الملك لانه لا يبدي بقاؤهم في ملكه الى وقت
الموت وباعتبار ذلك يتناولهم كلامه فلهذا كان له ان يبيعهم واذا لم يبعهم حتى مات فقد تناولهم وصيته فيعتقون من الثلث هذا
قال وللمولى ان يواجر المدبرة ويستخدمها ويطاها ويزوجها ومهرها له كام الولد لانهما باقيان على ملكه بعد ما ثبت لهما
من حق العتق ، وانما يمنع من التصرف المبطل لحقهما دون التصرف الذي لا يبطل حقهما كمن زوج امته من رجل فله ان يبيعها لانه
لانه غير مبطل لحق الزوج وليس له ان يطاها ولا يزوجها من غيره فها هنا الهبة والبيع مبطل لحقهما فيمنع المولى من ذلك
وساير التصرفات ليس بمبطل لحقهما فلا يمنع منه وليس له ان يرهنهما لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية

ولا مالية في ام الولد فاستيفا الدين من مالية المدبر غير ممكن لان استيفاء الدين من المالية يكون بطريق البيع وهي لا يحتمل البيع
قال وجناية المدبر على مولاه فيما بينه وبين قيمته لان المولى بالتدبير السابق منع الدفع على وجه لا يصير مختارا للفداء وليس عليه
في جناياته الا قيمة واحدة ، وان كان بعضها بمباشرة وبعضها بسبب لانه انما منع الا رقبة واحدة ، واما عتق المستهلكا
مدبرا في رقبته ويسعى فيه ، وقد بينا نظيره في ام الولد في الجناية على المدبر وما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير
واذا قال لعبده انت مدبر او قال قد دبرتك فهو كما قال لان هذا اللفظ صريح فلا فرق بين ان يذكره بصيغة الانشاء او بصيغة
او صيغة الوصف قال زاين لو كان عجميا لا يفصح بالتدبير فقال هذه المقالة اما حقا ان يكون مدبرا فهذا اشارة
الى ان هذا اللفظ لكثرة الاستعمال في حكم المعلوم لكل واحد ، وروى هشام عن محمد رح انه اذا قال انت مدبر بعد موتي
فهو مدبر في الحال وجعل هذا وقوله انت حر بعد موتي سواء لكثرة استعمال هذا اللفظ لهذا المقصود ، قال وتدبير الصبي
والمجنون باطل طلقا او اضافا الى ما بعد البلوغ والافاقة لان حقيقة الاعتاق منهما باطلة فالايجاب حق العتق بالجزية كذلك
وللشافعي قول ان تدبير الصبي صحيح لان التدبير عنده وصية وهو يجوز وصية الصبي بما هو قربة لان نفوذه يكون بعد وقوع
الاستغناء له عنه ، وفيه حديث شريح غلام نفع وهذا ضعيف لان الوصية عنده تبرع وقول الصبي في التبرعات هدر
وهو بناء على مذهب الشافعي رح في هذا فانه لا يصح اسلامه وقبوله الهدية والصدقة مع ذلك محض منفعة له ، فاما
السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ، واما المكاتب فاعتاقه وتدبيره باطل لان نفوذهما يستدعي
حقيقة الملك في المحل وليس للمكاتب حقيقة الملك في كسبه ، واذا قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه
بعدما اعتق فهو حر ثم اعتق فملك مملوكا فهو حر لانه مخاطب له قول ملزم في حق نفسه وقد صرح باضافة الملك
الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح اضافته ويكون عند وجوده كالمنجز له ، ولو قال كل مملوك املكه فيما استقبل او الى خمسين سنة
فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لم يعتق في قول ابي حنيفة رح ، وقال ابو يوسف ومحمد رح يعتق لان له في المستقبل نوع ملك
لا يقبل العتق وهو حال قيام الكتابة وملك يقبل العتق وهو ما بعد عتقه فينصرف مطلق لفظه اليهما ويصير كالمنجز عند وجود
حقيقة الملك كما في المسئلة الاولى ، وقد بينا هذا بالحر اذا قال كل مملوك اشتريه فهو حر فانه يتناول ما يشتريه لنفسه
وما يشتريه لغيره حتى يعتق ما يشتريه لنفسه وابو حنيفة يقول ملكه في حال قيام الكتابة ملك مجاز وبعد العتق حقيقة
ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز جميعا لان المجاز مستعار والحقيقة غير مستعار وكما لا يتصور ان يكون الثوب الواحد
على انسان ملكا وعارية في حالة واحدة فكذلك لا يتصور الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد والمراد هنا مراد بالاتفاق
حتى لو قال اذا ملكت مملوكا فيما استقبل فملك في حالة الكتابة يحل يمينه فاذا صار المجاز مرادا تنحى الحقيقة ، وهذا المجاز
حقيقة كالشراء لنفسه ثم يرجع الى احكام العقد ولان الاعتاق يستدعي اهلية المعتق والمحلية في المعتق ثم لو انعدمت
المحلية لم يصح الايجاب لا مضافا الى الملك وسببه فكذلك اذا انعدمت الاهلية في الحال لا يصح الايجاب لا مضافا
الى حال الاهلية صحيحا وهو ما بعد العتق فاذا لم يوجد ذلك في الفصل الثاني لم يكن كلامه ايجابا للعتق ، واذا قال للامة
الغير اذا ملكتك فانت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما فالام مدبرة دون الولد ، وكذلك العتق المنجز لان العتق والتدبير
انما يصل اليها بعد الملك وقد انفصل الولد قبل ذلك ولا سراية الى المنفصل ، ولو قال لرجل دبر عبدي ان شئت فدبره
جاز وهذا المجلس لتصريحه بالمشية وقد تقدم نظيره في العتق والطلاق ، وان جعل امر عبده في التدبير الى رجلين فدبره
احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما
بخلاف ما لو قال دبرا عبدي هذا فدبره احدهما جاز لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء
الا ترى انه لو نهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في الفصل الاول ، قال واذا اختلف المولى والمدبرة
في ولدها فقال المولى ولدته قبل التدبير وقالت هي ولدته بعد التدبير فالقول قول المولى لانه يدعي حق العتق لولدها
ولو ادعت ذلك لنفسها كان القول قول المولى اذا انكر فكذلك اذا ادعت لولدها فالقول قول المولى مع يمينه والبينة
بينة المدبرة لما فيها من زيادة اثبات حق العتق لها ، قال وعتق المدبر محسوب من ثلث المال بعد الدين حتى اذا كان الدين
يحيط بماله فعلى المدبر السعاية في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته والعتق لا يمكن رده فكان الرد بايجاب السعاية
وان لم يكن عليه دين فهو حر من ثلث ماله يوم يموت المولى ويستوي ان كان دبره في صحته او في مرضه لان زوال المالية

بالعتق بعد الموت لا بالتدبير السابق فلهذا اعتبر من ماله يوم يموت • قال ولو دبر عبده ثم جن ثم مات فهو حر من ثلثه
لان التدبير قد صح في حال قيام عقله فلا يبطل بجنونه • وكذلك لو قال يوم ادخل الدار فعبدي هذا حر ثم جن فدخل الدار
فهو مدبر بالكلام السابق لان ذلك قد صح منه في حال افاقته • وذكر في اختلاف زفر ويعقوب اذا قال اذا مت او قتلت فانت حر
وعلى قول زفر رح يكون مدبرا وعلى قول ابي يوسف لا يكون مدبرا لانه علق باحد الشيئين الموت والقتل فان كان موتا فالموت
ليس بقتل وتعليقه باحد الشيئين يمنع ان يكون عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه • وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه اذا قال لعبده اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وبشيء اخر بعده ثم اذا مات ففي القياس
لا يعتق وان غسل ما لم يعتق لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان
يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل ان يتقرر ملك الوارث فيه فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من ثلثه
بخلاف دخول الدار فان ذلك لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه

باب تدبير العبد بين اثنين

قال عبد بين اثنين دبره احدهما فعلى قول ابي حنيفة رح تدبير نصيبه خاصة لان التدبير يحتمل التجزي عنده ثم ان كان المدبر
موسرا فللاخر خمس خيارات ان شاء دبر نصيبه لقيام ملكه في نصيبه واذا فعل صار مدبرا بينهما • وان شاء اعتق نصيبه
لقيام ملكه في نصيبه ايضا وان شاء استسعاه لان نصيبه صار كالمحتبس عند المدبر حيث تعذر عليه التصرف
في نصيبه بالبيع ونحوه • وان شاء ضمن صاحبه لانه افسد عليه نصيبه وهو موسر كما لو اعتقه وان شاء تركه على حاله
لان الملك للمدبر باق في نصيبه فيتمكن الشريك من استدامة الملك في نصيبه ايضا بخلاف ما بعد عتق احد الشريكين وان كان
المدبر معسرا فليس للساكت حق التضمين وله الخيار بين الاشياء الاربعة كما قلنا • وان اعتق الساكت نصيبه وهو موسر
فللمدبر الخيار ان شاء ضمنه قيمة نصيبه مدبرا وان شاء استسعى الغلام في ذلك وان شاء اعتق لانه بعد التدبير لان متمكنا من استدامة
الملك في نصيبه • وقد افسد عليه صاحبه ذلك باعتاقه نصيبه فله ان يضمنه ان كان موسرا ويرجع بما ضمن على الغلام
واي ذلك اختار فالولاء بينهما لانه بالتدبير السابق استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فهو وان ضمن شريكه
بعد ذلك لا يتحقق الملك في نصيبه الى الشريك لان المدبر لا يحتمل الانتقال من ملك الى ملك ورجوع الضامن على الغلام باعتبار
انه يقوم مقام من ضمنه لا باعتبار انه يصير نصيبه مملوكا • ولهذا كان الولاء بينهما وان لم يعتقه الثاني ولكن ضمن المدبر
قيمة نصيبه صار الغلام كله للمدبر لان نصيب الشريك غير مدبر فيملكه بالضمان ويكون حاله كحال من دبر نصف عبده
وهو مملوك له نصفه مدبر ونصفه غير مدبر وان لم يضمنه ولكن استسعاه فادى اليه السعاية عتق نصيبه حكما باداء السعاية
فيكون المدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعاه في قيمة نصيبه مدبرا وليس له ان يضمن شريكه بخلاف ما لو اعتقه
لان الاستسعاء كان بمنزلة التدبير الموجود منه فهذا عتق حصل بسبب رضي المدبر به فلهذا لا يضمنه لهذا السبب
واذا اعتقه المدبر لم يكن ذلك العتق بسبب التدبير الموجود من المدبر فله ان يضمن ان شاء هذا قول ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف
ومحمد اذا دبره احدهما كان مدبرا كله ويضمن نصف قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا لان التدبير عندهما لا يتجزى فيصير المدبر
متملكا نصيب شريكه • وروى المعلى عن ابي يوسف ان المدبر اذا كان معسرا فالمدبر يسعى في نصف قيمته سعاية ملك لا سعاية
ضمان • وفي هذا اشارة الى الفرق بين التدبير والاستيلاد كما روينا في نظيره هذا عن ابي يوسف ان السعاية على ام الولد سعاية
ضمان لانه لا يلزمها السعاية في ديون مولاها فاما السعاية على المدبر سعاية ملك بمعنى ان كسبه مملوك للمولى فيكون مصروفا
الى ابيه • الا ترى ان عليه السعاية في دين مولاه بعد الموت وليس ذلك على ام الولد • قال ابن ابي ليلى رح اذا دبر احدهما
كان للاخر بيع حصته منه لانه لما ملك الاخر استدامة الملك في نصيبه غير مدبر عرفنا ان التدبير لم يؤثر في نصيبه فكان له
ان يبيعه • ولكنا نقول بالتدبير يجب حق العتق في بعضه في الحال وذلك مانع من بيعه كحقيقة العتق • وقال ابن ابي ليلى رح
ايضا اذا دبره احدهما ثم اعتقه الاخر فالتدبير باطل والعتق جائز وهو بناء على اصله ان العتق لا يتجزى فيبطل به تدبير
المدبر ويضمن المعتق للمدبر ان كان موسرا • ولكنا نقول المدبر استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فلا يبطل ذلك
باعتاق الاخر • قال امة بين رجلين قالا لها جميعا انت حرة بعد موتنا لم تصر مدبرة لان عتق نصيب كل واحد منهما انت حرة

بعد موتي وموت فلان فلا تكون مدبرة • ولكن اذا مات احدهما صار نصيب الاخر مدبرا لانه يتعلق عتق نصيبه بمطلق
موته الان ونصيب الذي صار ميراثا للورثة لان شرط عتقه لم يتم بموته فيرثه الورثة بالخيار ان كان الشريك موسرا بين الاشياء
الخمسة على قول ابي حنيفة بمنزلة ما لو انشأ تدبير نصيبه في الحال ان كان الشريك موسرا بين الاشياء الخمسة على قوله
فان قيل كيف يكون ضامنا واما تدبير نصيبه بسبب كان مساعدا عليه الميت وورثته في ذلك خلفاؤه قلنا نعم
الورثة خلفاؤه فيما كان ثابتا في نصيب واحد منهما قبل الموت وانما يثبت في نصيب الحي بعد ما انتقل الملك في نصيب
الميت الى ورثته • فلهذا كان لهم ان يضمنوه قال مدبرة بين رجلين مات احدهما عتق نصيبه منها وسعت للاخر
في قيمة نصيبه ولا ضمان له في تركة الميت لان العتق حصل بسبب التدبير الذي رضيا به الا ان نصيبه بعد التدبير
بقي ما لا متقوما وقد احتبس عندها فتسعى له • فان مات الاخر قبل ان تسعى له عتق نصيبه ايضا ان خرج من ثلثه
وسقطت عنها السعاية عند ابي حنيفة رح لان نصيبه كان باقيا على ملكه ما لم تؤد السعاية فيعتق بموته من ثلثه
وعندهما لا تسقط عنها السعاية لان عندهما العتق لا يتجزى فقد عتقت كلها بموت الاول والسعاية دين عليها
فلا يسقط ذلك بموت المولى • قال مدبرة بين رجلين ولدت ولدا فادعى احدهما الولد في القياس لا يثبت نسبه منه
لان نصيب الشريك من الولد مدبر وبالتدبير يجب حق العتق فلا يملك الاخر ابطاله بالدعوة ولانه تعذر اثبات الاستيلاد
في نصيب الشريك لان نصيبه مدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك • ولكنه استحسن فقال يثبت نسبه منه لان تمام
لان تمام ملكه في النصف كاف لصحة دعوته والولد محتاج الى النسب ويكون عليه نصف العقر ونصف قيمته مدبرا
بخلاف الامة القنة فان ههنا المستولد لا يصير متملكا نصيب شريكه منها لانها مدبرة فيصير الولد مقصودا
بالاتلاف فيضمن قيمة نصيب شريكه منه مدبرا • وكذلك لو ادعاه وهي حبلى فولدت كان القول فيه كذلك لان الجنين
في البطن محل للعتق واستحقاق النسب بالدعوة فهو كالمنفصل فان ولدته بعد ذلك ميتا فلا ضمان عليه فيه لانه
لم تعرف حياته واتلاف صاحب الدعوة نصيب شريكه فلا يكون ضامنا وان ضرب انسان بطنها فالقت جنينا ميتا
بعد الدعوة لاقل من ستة اشهر فعلى الجاني نصف عشر قيمته في قول ابي حنيفة ان كان غلاما وعشر قيمتها ان كانت جارية
لان الولد يثبت النسب منه بالدعوة فلم يعتق نصيب الشريك منه وارش الجنين المملوك هذا واعتبار سلامة الارش
لان الولد يجب عليه الضمان اذ لا دليل على حياته الا ذلك فيتقرر الضمان بتقرره لهذا وعليه نصف العقر لاقراره بوطئها
والمدبرة على حالها في خدمتها لهما فان ولدت ولدا اخر فادعاه ابا الولد الاول فهو ابنه لما قلنا وعليه نصف قيمته
مدبرا للاتلاف نصيب الشريك فيه مقصودا بالدعوة وعليه نصف العقر ايضا من قبل الوطء الثاني لان نصيب
الشريك منها باق على ملكه فوطئه في ذلك القدر حصل في غير ملكه وولاء الولد بينهما لان الولد انفصل مدبرا
بينهما فاستحق كل واحد منهما ولاء نصيبه حتى انه ان جنى جناية كان على عاقلتهما باعتبار الولاء الثابت اذ لا منافاة
بين النسب والولاء ولو ولدت اخر بعد ذلك فادعاه الشريك الاخر كان ابنه لقيام الملك له في نصفه وحاجته
الى النسب فان نسب الولد الثاني لا يثبت من المدعي الاول قبل الدعوة لانها صارت فراشا له ووطؤها حرام عليه
لاجل الشركة فلهذا يثبت نسبه من الاخر وكان ضامنا لنصف العقر ونصف قيمته مدبرا • وجوابه في ضمان العقر
قولهم جميعا فاما في ضمان نصف القيمة فهو قول ابي يوسف ومحمد لان نصيب المدعي الاول من الولد يميز له نصيبه
من الام ام ولد ولا قيمة لرقبة ام الولد عند ابي حنيفة فلهذا لا يضمن الشريك بالدعوة له شيئا من قيمة الولد عنده ثم الجارية
صارت ام ولد لهما لان كل واحد منهما استولدها فصح استيلادها في نصيبه منها فاذا مات احدهما عتقت ولا سعاية
عليها للحي في قول ابي حنيفة لان نصيبه صار ام ولد له ولا سعاية على ام الولد عنده • وان مات الولد عتق نصيبه من جميع
المال بالاستيلاد وسعت في نصف قيمتها مدبرة لان نصيب الاخر مدبر وليس بام الولد والمدبر يلزم السعاية
وبهذه المسئلة تبين ان الاستيلاد يحتمل التجزي عند ابي حنيفة رح قال مدبرة بين رجلين جاءت بولد فشهد كل واحد منهما
على صاحبه انه ادعاه وانكراه فالغلام حر لانهما تصادقا على انه حر ولحوقهما لا يعدوهما ولا سعاية عليه لان كل
واحد منهما تبرأ من السعاية وزعم انه حر الاصل والجارية بينهما تخدمهما على حالها لانها كانت مدبرة وبقيت كذلك منهما
بعد قولهما فان مات احدهما عتق نصيبه من ثلث ماله بالتدبير وسعت في نصيب الاخر لان الاستيلاد لم يثبت

شهادة الذي مات في نصيب الحي فانه كان منكرا لذلك . وهذا بخلاف ما اذا كانت امة غير مدبرة فان يعتقون احدهما
لان الاخر لا يبرا من السعاية وبزعم انها ام ولد للشريك الميت قد عتقت بموته وحقه في الضمان فلهذا لا يستسعيها
هنا . قال جارية بين رجلين شهد احدهما على صاحبه انه دبرها وانكر الاخر ذلك فقد دخلها بشهادته حتى لا يباع
ولا يوهب ولا يمهر لان الشاهد في حقه يجعل كانه حق وكان التدبير من احدهما معلوما ما لم يمكن بيعها بعد ذلك
اذا شهد احدهما وهو وشهادته عليه بالعتق سواء في الحكم فان مات الشاهد فهي بين ورثته وبين المشهود عليه كما كا(نت)
لان نصيب الشاهد ليس بمدبر على قول ابي حنيفة باتفاقهما فتخلفه ورثته فيه بعد موته . فان مات المشهود عليه
عتقت وسعت في جميع قيمتها لان الشاهد مقر بعتق نصيب المشهود عليه عند موته فيفسد رقها بزعمه ثم ورثة المشهود عليه
يقولون الشاهد كاذب وقد تعذر استدامة الملك فيها عليه . قلنا ان يستسعيها في قيمته نصيبا والشاهد يقول
عتق نصيب شريكي بموته ولي حق استسعائها في نصيبي فلهذا تسعى في جميع قيمتها بينهما . وان شهد كل واحد منهما
على صاحبه بالتدبير فهي بينهما كالمدبرة لاعتبار زعم كل واحد منهما بدعوى السعاية ويزعم ان نصيب شريكه عتق بموته
او باقرار شريكه . قال واذا اعتق احد الشريكين العبد ثم دبره الاخر فتدبيره صحيح في قول ابي حنيفة رح لان نصيبه
باق على ملكه وتدبيره يكون ابرا للمعتق واختيارا للسعاية فيسعى له الغلام في نصف قيمته مدبرا . قال عبد بين ثلثة نفر
دبر احدهم نصيبه ثم اعتق الاخر نصف نصيبه وهو غني فهذا براءة المدبر عن الضمان لانه لو اعتق جميع نصيبه كان منه
فكذا اذا اعتق البعض اذ ليس له حق التضمين في بعض نصيبه دون البعض ثم يستسعى العبد فيما بقي من نصيبه لان نصيبه
بمنزلة عبد كامل . ومن اعتق بعض عبده فله ان يستسعيه فيما بقي عند ابي حنيفة رح . قال فيضمنه المدبر ان شاء ثلث قيمته
مدبرا وان شاء استسعى الغلام فيه لانه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق جميع نصيبه فهو كما لو تعذر
استدامة الملك فيه باعتاق المعتق جميع نصيبه . واما الثالث فله ان يضمن المدبر ان كان موسرا وليس له ان يضمن الا(خر) لان
المدبر بالتدبير السابق قد اكتسب سبب الضمان للثالث على نفسه وصار نصيبه بحيث لا يحتمل الانتقال الا اليه بالضمان
والسبب الموجود منه لا يحتمل الابطال لانه يثبت به استحقاق العتق والولاء فلا يبطل ذلك الحكم باعتاق الثاني فلهذا لا يكون له
ان يضمن الثاني ولكن يضمن المدبر ويرجع المدبر به على العبد فيستسعيه في ذلك كما يستسعيه في نصيب نفسه لانه
ملكه على الثالث نصيبه بالضمان . قال ولو لم يعتق الثاني حتى ضمن الثالث المدبر نصيبه ثم اعتقه الثاني وهو موسر كان للمدبر
ان يضمنه ثلثي قيمته ثلث مدبر وثلث غير مدبر لانه بالضمان ملك نصيب الثالث فهو مدبر ثم صنع المعتق في الاعتاق وجد
بعد ذلك فله ان يضمنه باعتبار هذا الصنع قيمة جميع نصيبه كل ثلث بصفته بخلاف ما سبق فان صنع المعتق هناك وجد
قبل ان تملك المدبر نصيب شريكه بالضمان فلهذا لا يكون له ان يضمنه قيمة نصيب الثالث باعتبار ذلك الصنع ثم يرجع المعتق على العبد
بما ضمنه للمدبر وذلك ثلثا قيمته وثلثا الولاء للمعتق بقدر نصيبه للذي عتق وثلثا الولاء للمدبر اما مقدار نصيبه وهو الثلث
وهو الثلث فلا اشكال فيه لانه استحق ولاءه بالتدبير . واما نصيب الثالث فلانه كان لا يحتمل الانتقال الا اليه
وبعد الانتقال اليه لم ينتقل الى المعتق وان ضمنه . الا ترى انه لو لم يكن للثالث حق تضمين المعتق ولو كان يجوز نقل هذا النصيب
اليه بحال لكان له ان يضمنه . واذا ظهر انه غير محتمل للانتقال فانما عتق على ملك المدبر فلهذا كان له ان يضمنه واذا ظهر انه غير محتمل
للانتقال فانما عتق على ملك المدبر ولا الثلثين . الا ترى انه لو كان عبد بين اثنين قد دبر احدهما ثلث نصيبه واعتق الاخر نصيبه كله
وهو موسر كان للمدبر ان يضمن المعتق قيمة نصيبه وهو نصف قيمة العبد ثلثه مدبر وثلثاه غير مدبر ويرجع به المعتق على العبد
والولاء بينهما نصفان لان حصة المدبر قد دخلها حين عتق بعضه فلا ينتقل شيء من نصيبه الى المعتق بالضمان فكذلك ما سبق
واذا قال ان ملكت شيئا من هذا العبد فهو حر بعد موتي ثم ملكه مع اخر صار مدبرا نصيبه لان المعلق بالشرط عند وجود
الشرط كالمنجز ولم يكن لشريكه ان يضمنه في قول ابي حنيفة رح والتدبير في هذا وتنجيز العتق سواء . وهذا فرع ما تقدم من اختلافهم
في رجلين اشتريا عبدا وهو قريب احدهما كان ابو بكر الرازي رح يقول هذا غلط فان الملك هنا شرط العتق لا علته ومباشرة
احد الشريكين الشرط لا يسقط حقه للضمان كما في مسألة ضرب السوط تعاونته على تحصيل الشرط ورضاه به كيف يكون مسقطا
ولكنا نقول ما ذكر في الكتاب صحيح وهذا شرط في معنى السبب لانه مصحح للتعليق بان التعليق في غير الملك لا يصح الا مضافا
الى الملك . الا ترى انه لو علق عتق هذا المملوك وتدبيره بشرط اخر كان باطلا فاذا كان مصححا لما هو السبب كان في معنى التتميم

تعاونته

تعاونته اياه يكون مسقطا حقه في الضمان بخلاف ضرب السوط . فان قيل كان ينبغي ان يقال اذا قال لعبد الغير اذا ملكتك
فانت حر ثم اشتراه بنية الكفارة ان يجوز عن الكفارة كما لو اشترى قريبه وبالاتفاق لا يجوز . قلنا هذا الشرط مصحح لليمين
ولكنه غير موجب للعتق بل الموجب للعتق هو اليمين ولا بد من ان تقترن نية الكفارة بالسبب الموجب للعتق فاما الرضا انما يتحقق
اليمين كالرضا باليمين في اسقاط حقه في التضمين . واشار في الكتاب الى علة اخرى فقال لانهما ملكاه جميعا معناه ان وجوب
الضمان يعتمد الصنع وصنعه اتصل بالمملوك بحيث ملكا للشريك فلا يكون له ان يضمنه لان صيغة الشراء والحكم يعقب السبب
بصيغة سبق ملكه كمن قطع يد عبد انسان ثم اشتراه من مولاه فسرى الى النفس عند المشتري ليس للمشتري ان يضمن القاطع
شيا لهذا المعنى . وهذا الطريق يستقيم هذا وفي مسألة شراء القريب ايضا

باب تدبير ما في البطن

قال امة بين رجلين دبر احدهما ما في بطنها جاز كما لو اعتق ما في بطنها فان ولدت لاقل من ستة اشهر بعد هذا القول فهو مدبر
والشريك فيه بالخيار ان شاء التدبير وان شاء استسعى لانا تيقنا انه كان موجودا في البطن وقت التدبير فهو كالمنفصل وان ولدته
لاكثر من ستة اشهر لم يعمل فيه التدبير لانا لم نتيقن بوجوده حين دبر لعلها حبلت بعد ذلك ومع الشك لا يثبت التدبير .
ولو قال احدهما ما في بطنك حر بعد موتي . وقال الاخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة اشهر بعد المنطق الاول
فالولد مدبر بينهما لانا علمنا انه كان موجودا حين دبره الاول فقد دبر نصيبه بتدبيره ونصيب الشريك بتدبيره حصته
من الام فلهذا كان الولد مدبرا بينهما وحصة الذي دبر الام لانا لم نتيقن بوجوده عند تدبير الاول فانما يثبت فيه حكم التدبير
بطريق التبعية باعتبار انه كالجزء من وجه . وفي هذا الاصل بعضه عن بعض فلهذا كان الولد مدبرا كله للذي دبر الام
بخلاف الاول فان نصيب الشريك هناك من الولد صار مقصودا بنفوذ التدبير من جهته فيه ثم نصف الام مدبر للذي
دبرها والاخر بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصف قيمة الام ان كان موسرا والولد للمدبر من غير ضمان لان الضمان انما لزمه
من حين دبر وعلوق الولد بعد ذلك فلا يثبت فيه حق الشريك . الا ترى انها لو ازدادت في بدنها لم يكن للشريك الا تضمين
نصف القيمة وقت التدبير فكذلك اذا كانت الزيادة منفصلة ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت له حق ان يستسعيها
في نصف قيمتها بذلك التدبير والمستسعاة كالمكاتبة يكون احق بولدها فلهذا لم يجب على المدبر شيء من ضمان قيمة الولد وان شاء
الشريك استسعاها في نصف قيمتها ولا يسعى الابن في شيء لما بينا ان المستسعاة كالمكاتبة فلا يثبت لمولاها فيما يحدث
من الولد بعد ذلك حق تمكنه من استسعاية الولد . فان دبر احدهما ما في بطنها ثم اعتق الاخر نصيبه البته ثم ولدت ولدا بعد ذلك
لستة فالمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه من الولد وان شاء استسعاه وان شاء ضمن المعتق ان كان موسرا ويرجع بالذي ضمن به
على الولد لانا تيقنا انه كان موجودا في البطن عند تصرفهما فيكون حكم هذا وحكم ما لو كان تصرفهما في الولد بعد الانفصال سواء
فالحاصل اذا دبر الرجل ما في بطن جاريته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها . وقد ذكر في كتاب الهبة اذا اعتق ما في بطنها
ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها . وقيل في المسألة روايتان . وجه هذه الرواية ان ما في البطن صار بحيث لا يحتمل
التمليك فيملكها بدون ما في بطنها بالهبة لا يتحقق فلهذا لا يجوز . ووجه تلك الرواية ان ما في البطن يصير مستثنى ويجعل
كانه استثناه نصا والهبة لا تبطل في الجارية باستثناء ما في البطن نصا بخلاف البيع . والاصح هو الفرق بين التدبير
والعتق فنقول بعدما اعتق ما في بطنها لو وهب الام جاز كما ذكر هناك وبعدما دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز
والفرق ان بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فاذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك
الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة . واما بعد عتق ما في البطن غير مملوك فالموهوب غير متصل بما ليس
بموهوب من ملك الواهب كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها الى الموهوب له تتم الهبة . فان ولدت لاقل من ستة اشهر
فالولد مدبر . وان ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر فهما مدبران لانا تيقنا بوجود الاول منهما وقت التدبير
وهما توام خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود احدهما من ذلك الوقت وجود الاخر . قال ولو دبر ما في بطن امته
ثم كاتبها جازت الكتابة لان الكتابة بعقد العتق وثبوت حق العتق في الولد لا يمنع عقد العتق في الام . وان وضعت
بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا ولكن يثبت ايضا في الولد حكم الكتابة تبعا للام فاذا ادت

عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان يؤدى عتق الولد بالتدبير من الثلث وعلى الام السعاية فى المكاتبة على حالها • وان لم يمت المولى حتى ماتت الام فعلى الولد ان يسعى فيما على امه لانه ولد مولود فى الكتابة • فان مات المولى خُيّر الولد لانه تلقاه جهتا حرية احدهما بالتدبير والاخر بالاداء كتابة الام فيختار انفع الوجهين له • وان كان يخرج من ثلث مال الميت عتق ولا شىء عليه لان مقصوده قد حصل • ولو قال لامته ولدك الذى فى بطنك ولد حرة او مدبر وهو لا يريد بهذا اعتاقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق وكانه قال لو قال لها انت مثل الحرة والمدبرة وقد بينا هذا فيما سبق

باب مكاتبة المدبر

قال واذا كاتب الرجل مدبرته ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة لوقوع الاستغناء له عن اداء المال وهو بمنزلة ما لو اعتق المولى مكاتبه ولم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شىء من بدل الكتابة فى قول ابى حنيفة رح • وقال محمد رح يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لانه عتق ثلثه بالتدبير ولو عتق كله سقط عنه جميع بدل الكتابة فكذلك اذا عتق ثلثه سقط عنه ثلث بدل الكتابة اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما اذا كاتبه اولا ثم دبره ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذلك اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول ان المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة فى حيوته يعتق كله • ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء صحت الكتابة ووجب المال لعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود عقد الكتابة عليه • ولابى حنيفة وابى يوسف رح طريقتان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا فى المكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت • وقد بينا ان التدبير يوجب استحقاق شىء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة ليكون البدل بمقابلته بل بمقابلة ما وراء ذلك بمنزلة ما لو طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا بالف كان الالف كلها بازاء التطليقة الثالثة • الا ترى انه لو تبين انه كان يستحق جميع نفسه بالتدبير بان خرج من الثلث بطلت الكتابة • فاما ما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق غير متقرر لجواز ان يموت قبل المولى فلا يسقط عنه شىء من بدل الكتابة • وهذا خلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشىء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة • والطريق الاخر ان التدبير وصية بالرقبة له والوصية بالعين لا تنفذ من مال اخر بخلاف ما لو اوصى بعبد لانسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية من ثمنه ولا من قيمته فلو اسقطنا شيئا من بدل الكتابة كان فيه تنفيذ وصيته من غير ما اوصى له به وذلك لا يجوز بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان التدبير هنا لحقه احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى وملك الرقبة ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة • اذا عرفنا هذا فتخرج المسئلة على قول ابى حنيفة رح فيما اذا دبرها او لا ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى قيمته لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية اما السعاية فى ثلثى قيمته بالتدبير او فى بدل الكتابة بهذا العقد فيختار اى الوجهين شاء • وعند ابى يوسف رح يسعى فى الاقل منهما بغير خيار لان العتق عنده لا يتجزى فقد عتق كله والمال عليه فلا يلزمه الا اقل المالين • وعند محمد رح يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلث بدل الكتابة لان ثلث بدل الكتابة قد سقط ولا يتخير لان العتق عنده لا يتجزى • ولو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات المولى فعند ابى حنيفة رح يتخير بين ان يسعى فى ثلثى قيمته او فى ثلثى بدل الكتابة لما بينا انه بلغاه جهتا حرية وربما يكون التخيير مفيدا لمنفعة له فى احدهما دون الاخر • وعند ابى يوسف ومحمد رح يسعى فى اقل المالين بلا خيار لان العتق عندهما لا يتجزى • قال واذا كانت مدبرة فولدت ولدا ثم ماتت سعى الولد فيما عليها لانه مولود فى كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان ادى احدهما المال كله من سعايته لم يرجع على صاحبه بشىء لانه ما ادى عن صاحبه شيئا وانما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل واحد منهما للام • الا ترى انها فى حيوتها كانت احق بكسب كل واحد منهما لتستعين به فى اداء الكتابة فكان اداء احدهما من كسبه بمنزلة اداء الام من مال الام • وكذلك ان كانت مدبرة له جميعا وكل واحد منهما عن الاخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولدته فى مكاتبته من امته فعليه ان يسعى فى جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه

ولنفسه

ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة والله اعلم

باب الشهادة على التدبير

قال واذا شهد شاهد انه دبر عبده وشهد اخر انه اعتقه فالشهادة باطلة لانهما اختلفا فى المشهود به ولا يتمكن القاضى من القضاء بشىء اذ ليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين • وكذلك ان شهدا بالتدبير واختلفا فى شرطه قال احدهما اعتقه بعد موته وقال الاخر بعد موته وموت فلان لان اختلافهما فى الشرط اختلاف فى المشهود به على وجه يتعذر على القاضى القضاء بشىء • وكذلك لو شهد احدهما انه دبر احد عبديه والاخر انه دبر هذا بعينه • وان شهدا انه دبر احد عبديه بغير عينه فالشهادة باطلة لما بيناه فى قول ابى حنيفة فى العتق فى الباب فان مات المولى قبل ان يرتفعوا الى القاضى ثم شهدا بعد موته استحسنت ان اجيز شهادتهما لان العتق يتخير فيهما بالموت ولان فى الوصية معنى حق الموصى وذكر بعد هذا الموضع فى نظير هذه المسئلة ان الشهود قالوا كان ذلك فى المرض • وفى حكم قبول الشهادة سوا قالوا ذلك او لم يقولوا فالشهادة مقبولة • وانما ذكر هذا العبد المقصود اخروا ان كانا شهدا بذلك فى حيوته فابطلها القاضى لم يقبلها بعد ذلك لانه اتصل الحكم برد هذه الشهادة وكل شهادة حكم القاضى بردها لا يقبلها بعد ذلك • قال وان شهدا انه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا عتقا جميعا من ثلثه لان كلمة لا بل للاستدراك الغلط بالرجوع عن الاول واقام الثانى مقامه ولا يصح رجوعه عن تدبير الاول ويصح تدبيره فى الثانى وكانا شاهدين لكل واحد منهما بالتدبير بعينه • وكذلك ان شهدا انه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر لانهما شهدا للاول بعينه بالحرية وللثانى بعينه بالتدبير • ولو شهدا انه قال هذا حر وهذا مدبر لم تجز شهادتهما فى قول ابى حنيفة رح لانهما ما شهدا للمعتق بشىء فان حرف او بين الكلامين يخرج كلامه من ان يكون عزيمة فى واحد منهما والشهادة لغير المعتق بالعتق او التدبير غير مقبولة عند ابى حنيفة رح • ولو شهدا انه قال هذا مدبر وهذا او هذا جازت الشهادة للاول وحده عند ابى حنيفة لان هذا اللفظ لو سمعاه من المولى تثبت به التدبير للاول وحده والمولى فى الباقين فكانا شاهدين للاول بعينه وهو مدع لذلك فتجوز شهادتهما له ولا يجوز لاحد الاخرين بغير عينه وهما كلامان ينفصل احدهما عن الاخر فبطلان احدهما لا يبطل العمل بالاخر • ولو شهدا انه قال لاحد هذين العبدين مدبر لا بل هذا لاحدهما بعينه صار الذى عينه مدبرا لانهما شهدا له بعينه بالتدبير ويحلف للاخر بالله ما عناه باول كلامه فان حلف كان عبدا له • ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها انها ولدته قبل التدبير او بعده • وقد بينا ان القول فى ذلك قول المولى مع يمينه ويحلف على العلم لانه استحلاف على فعلها وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير • واذا شهدا انه دبر احد عبديه ثم شهدا انه اعتق احدهما فى صحته ولا مال له غيرهما فشهادتهما باطلة فى قول ابى حنيفة رح فى العتق والتدبير جميعا فى القياس لانهما يعينا المشهود له • ولكنى استحسن ان اجيزهما فى التدبير لانها وصية فيعتق من كل واحدة منهما ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته • وفى هذا بيان ان طريق الاستحسان لابى حنيفة رح ما بينا ان فى الوصية حق الموصى دون تخير العتق فيهما بالموت فان العتق فى الصحة والتدبير فى ذلك سواء • وان شهدا انه دبر هذا بعينه واعتق احدهما البتة فى صحته كانت شهادتهما فى العتق البات باطلة فى قول ابى حنيفة لانهما شهدا به لغير المدعى المعين اذ المدبر والقن فى المحلية للعتق البات سواء حتى لو اقر الورثة بذلك ولا مال للميت غيرهما عتق من كل واحد منهما نصفه من جميع المال لان الحرية فى الصحة تثبت لاحدهما بشيوع العتق فيهما بموت المولى قبل البيان فيعتق من كل واحد منهما نصفه ويعتق من المدبر ثلث ما بقى منه وهو ثلث رقبته وكان السالم له خمسة اسداس رقبته ويسعى فى سدس قيمته • والاخر يسعى فى نصف قيمته فان اقروا ان العتق الثابت كان فى المرض يعتبر من الثلث • وانما سلم للاخر نصف رقبته فيضرب هو فى الثلث وانما سلم للاخر نصف رقبته فيضرب هو فى الثلث بنصف رقبته والمدبر بجميع رقبته فيصير الثلث بينهما اثلاثا والمال على تسعة الا ان المال رقبتهما ولو جعلنا كل رقبة اربعة ونصف لانكسر بالانصاف فيضعف ويجعله من ثمانية عشر كل رقبة على تسعة وقد كان سهمان فبالتضعيف صار اربعة • ولهذا سلم له اربعة اتساعه ويسعى فى خمسة اتساعه وللقن نصف ذلك سهمان ويسعى فى سبعة اتساعه فيستقيم الثلث والثلثان اذا كانت قيمتهما سواء • فان قيل لماذا لم يجعل للعتق فى المرض للقن كله ليكون كلامه محمولا على الصحة فان المدبر

موصى له بجميع رقبته والعتق في المرض وصية فما يصرف إليه من ذلك يكون لغوا • قلنا إنما لم يجعل هكذا لأن المدبر محل للعتق في المرض والصحة جميعا وبقاء المحلية فيه يمنع تعين الآخر للعتق البات فلا بد من اعتبار الأحوال فيه فهو يعتق في حال دون حال معتق نصفه فلهذا ضرب في الثلث بنصف رقبته والله أعلم

باب المكاتب إذا دبره مولاه

رجل دبر مكاتبه فهو بالخيار إن شاء نقض الكتابة وكان مدبرا وإن شاء مضى على الكتابة لأنه تلقاه جهتا حرية • أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل فله أن يميل إلى أي الجانبين شاء وعقد الكتابة غير لازم في حق العبد لتمكنه من أن يعجز نفسه فلهذا كان له الخيار • وإن مات المولى ولا مال له غيره يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي المكاتبة • وقد بينا أنه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في تخييره في ذلك ولو لم يعلم المكاتب بالتدبير حتى أدى المكاتبة كلها عتق بالأداء والمال سالم للمولى ولا خيار له بعد ذلك لأن التدبير قد بطل بعتقه ولو أدى البعض ثم علم كان الخيار لبقاء الرق فيه فإذا اختار التدبير فما أخذ المولى حلال له لأنه كسب عبده • قال ولو كاتب عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم دبر أحدهما ثم مات المولى وله مال كثير عتق المدبر من ثلثه وسقطت حصته من المكاتبة لوقوع الاستغناء له عن أدائها كما لو أعتقه المولى في حياته وأخذ الورثة بحصة الآخر أيهما شاء ولأن المكاتب الثاني أصيل في حصته والمدبر كان كفيلا عنه مطالبا به فلا تسقط عنه تلك المطالبة بعتقه فإن أداها المدبر رجع بها عليه كما لو أداها قبل عتقه بل أولى لأن هناك هو منتفع بالأداء لأنه يعتق بذلك والآن لا منفعة له في الأداء بل إنما أداها بحكم الكفالة المحضة وإن لم يكن له مال غيرهما عتق المدبر بالتدبير من الثلث وسعى فيما بقي عليه فإن كانت قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ومكاتبتهما ألف بطل حصة المدبر من المكاتبة واعتبر قيمته ثلثمائة لأنه أقل والمتيقن من حق المولى هو الأقل فعرفنا أن المال ثلثمائة قيمة المدبر وخمسمائة حصة الآخر من الكتابة وذلك ثمانمائة ثلثه وللورثة ثلثا ثم يؤخذ المدبر فيما بقي على المكاتبة لأنه كفيل به ولا يؤاخذ المكاتب بما على المدبر لأنه قد خرج من المكاتبة ولزمته السعاية من قبل التدبير والمكاتب لم يكن كفيلا عنه بذلك فإن كانت قيمة كل واحد منهما ألف درهم ومكاتبتهما ألف درهم فاختار المدبر أن يسعى في الكتابة فله ذلك لأن ذلك ربما ينفعه عسى يكون بدل الكتابة منجما مؤجلا فإذا اختار ذلك يسقط ثلث المكاتبة ويبقى للورثة أيضا ثلثا المكاتبة عليهما يأخذون بذلك أيهما شاؤوا فإن أدى المدبر رجع على الآخر بثلاثة أرباع ذلك مقدار حصته وهو خمسمائة • وإن أدى المكاتب رجع على المدبر بربع ذلك وهو مقدار ما بقي من حصته وإذا كان المكاتب بين اثنين فدبره أحدهما فاختار المكاتب أن يسعى فهو على حاله وسعايته لأن التدبير لا ينافي الكتابة ابتداء وبقاء والمدبر غير مفسد على شريكه شيئا بتبقية الكتابة • فإن عجز فالذي لم يدبر بالخيار لأن عمل تدبيره قد ظهر بعد العجز فكان حكمه كحكم عبد بين اثنين دبره أحدهما • وقد بينا رجل قال لأمتين إذا ملكتكما فأنتما حرتان بعد موتي أحدهما فولدت عنده ثم اشترى الأخرى فهذه صارتا مدبرتين لأن الشرط ملكهما قائما ثم عند الشراء الثانية وولد الأولى رقيق يباع لأنه انفصل عنها قبل ثبوت حكم التدبير فيهما فإن المعلق بالشرط لا يصل إلى المحل إلا بعد وجود كمال الشرط • قال وإذا أسلم مدبر ذمي قضي عليه بالسعاية في قيمته • وعند الشافعي يجبر على بيعه لأن المدبر عنده محل للبيع وعندنا هو كأم الولد وقد بينا هذا الحكم في أم الولد فإن أدى السعاية عتق • وإن مات المولى قبل أن يؤدي وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه السعاية لحصول المقصود بدونه • وكذلك إن صالحه المولى على قيمته من غير محاكمة فهذا واستسعاء القاضي سواء فإن عجز عن أدائها لم يرد في الرق كما لو استسعاه القاضي لأن السبب الموجب للاستسعاء قائم بعد عجزه إلا أنه إن كان في مال الصلح فضل على قيمته يبطل القاضي ذلك الفضل عنه إذا عجز ويجبره على أن يسعى في قيمته • قال وإذا دبر الحربي عبده في دار الحرب فهو باطل كما لو أعتقه في دار الحرب لأن ثبوت حق العتق بالتدبير من أحكام الإسلام وأحكام الإسلام لا تجري عليهم في دار الحرب فإن خرجا بأمان فأسلم العبد أجبر على بيعه لأن تدبيره في دار الحرب كان لغوا وإن دبره بعد ما خرجا بأمان فتدبيره جائز لأن حكم الإسلام يجري عليهما في دارنا فيما يرجع إلى المعاملات • فإن أسلم هذا المدبر قضي عليه بالسعاية في قيمته لأن ملك المستأمن محترم بالأمان وبيعه بسبب التدبير متعذر فإن لحق المولى بدار الحرب وهو يسعى ثم قتل المولى وظهر على الدار أو أسر عتق العبد وبطلت عنه السعاية أما إذا قتل المولى فلوجود شرط العتق بالتدبير

وأما إذا أسر فلأن ملكه عنها قد بطل لأنه لما رق ليس من أهل المال والمدبر ليس بمحل النقل من ملك إلى ملك والمملوك متى زال عن ملك المولى لا إلى أحد كان حرا وإن ظهر على الدار فلم يبق للملك حرمة السعاية كانت لحرمة ملكه • فإذا لم يبق ذلك عتق وبطلت عنه السعاية • قال ولو كان خرج بأم ولده ثم أسلمت قضي عليها بالسعاية لأن الاستيلاد في دار الحرب صحيح تبعا للنسب فإن قضي عليها بالسعاية ثم أسلم المولى فأدت السعاية عتقت • وإن عجزت ردت أم ولده لأن المانع من استدامة ملكه فيها قد ارتفع بإسلامه فلو أسلمت وباعها من نفسها بمال قليل أو كثير جاز وكانت حرة بالقبول موت المولى وحيوته بعد ذلك سواء • قال وإذا دبر المرتد عبده فهو موقوف في قول أبي حنيفة كسائر تصرفاته • فإن مات أو قتل ولحق بدار الحرب فتدبيره باطل والعبد رقيق للورثة • وإن أسلم ورجع إلى دار ووجد العبد في يد الورثة فهو مدبر على حاله لأنه يعود إلى قديم ملكه بالأخذ فينفذ ذلك التدبير منه كما لو أسلم قبل اللحاق بالدار ولأن التدبير في حقه كان صحيحا لأنه بالردة لم يخرج من أن يكون مخاطبا • وأصل ملكه باق بعد الردة وإنما كان التوقف لحق الورثة وقد سقط حقهم حين عاد مسلما • وكذلك إن كان القاضي قضى به للورثة وباعوه فبيعهم جائز لأنه مملوك له بعد قضاء القاضي غير مدبر • فإن اشتراه مولاه يوما فهو مدبر لأن التدبير كان صحيحا في حقه فإنه كان مالكا له يومئذ فمتى حصل الملك له بأي وجه حصل كان مدبرا • وإن استولد في ردته فهي أم ولد له إن أسلم أو قتل ولحق بدار الحرب لأن ثبوت أمية الولد لها باعتبار نسب الولد ولا حجر على المرتد عن ذلك لأنه لا حق للورثة فيه ولأن ملكه في كسبه أظهر من ملك الأب في مال ولده • فإذا كان يصح الاستيلاد من الأب فمن الابن لأن يصح أولى وعلى قول أبي يوسف ومحمد التدبير منه صحيح كالاستيلاد فإذا لحق بدار الحرب أعتقه القاضي من ثلثه كما يعتق المدبر الذي دبره في حال إسلامه بناء على مذهبهما في نفوذ تصرفات المرتد وتمام بيانه في السير • قال وإذا دبر المسلم عبده ثم ارتد ولحق بدار الحرب وأسره أهل الحرب فأصابه المسلمون فأسلم رد إلى مولاه مدبرا على حاله لأنه يثبت فيه حق الحرية بالتدبير فلا يبطل بردته ولحاقه كما لا يبطل حقيقة العتق والمدبر ليس بمحل للتمليك بالاستيلاء فلم يملكه أهل الحرب ولا المسلمون للولاء المستحق عليه لمولاه فلهذا رد إلى مولاه مدبرا على حاله • والله أعلم بالصواب

باب الأمة الحامل إذا بيعت

قال رجل باع أمة وسلمها أو لم يسلمها حتى ولدت ولدا فادعياه جميعا فنقول إن كان البائع سبق بالدعوة فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع يثبت النسب منه استحسانا • وفي القياس لا يثبت وهو قول زفر رحمه الله لأنه متناقض في كلامه ساع في نقض ما قد تم به • ولكنا نقول تيقنا أن العلوق كان في ملكه وحصول العلوق في ملكه يثبت له استلحاق النسب فلا يبطل ذلك ببيعه لأن حق استلحاق النسب لا يحتمل الإبطال كالنسب ولأن البيع دونه في احتمال النقض والإبطال والضعيف لا يبطل القوي • وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يصدق البائع لأنا لم نتيقن بحصول العلوق في ملكه • وإن كان المشتري سبق بالدعوة يثبت النسب منه سواء جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من ستة أشهر لأن دعوته حصلت في ملكه ثم لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عنه لثبوت نسبه من المشتري ولأن ثبوت النسب أقوى من حق الاستلحاق والضعيف لا يظهر بإزاء القوي وإن ادعياه معا فإن كانت ولدت لأقل من ستة أشهر فهو ابن البائع عندنا • وعند إبراهيم النخعي هو ابن المشتري لأنه حقيقة الملك وقت الدعوة فيترجح بذلك • ولكنا نقول دعوة البائع أسبق معنى لأنه يستند إلى حالة العلوق • فإن أصل العلوق كان في ملكه فكانت الجارية أم ولده والبيع باطل فإن جاءت به لستة أشهر فدعوة المشتري أولى لأنا نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع • وقد بينا هذه الفصول فيما أمليناه من شرح الدعوى • وإن ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لستة أشهر فالدعوة دعوة البائع لأنهما توأم وقد تيقنا بحصول الأول منهما في ملكه فيتبع الشك اليقين ويجعل كأنهما ولدا لأقل من ستة أشهر وإن كان المشتري أعتق الأم قبل الدعوة لم يرد رقيقا لأن العتق نفذ فيها لقيام ملك المشتري فيها وقت الإعتاق فخرجت من أن تكون محلا لنقض البيع فيها ولأنا لو نقضنا البيع فيها والعتق كانت أم ولد للبائع فيطؤها بالملك بعدما حكمنا بحريتها وذلك لا يجوز إلا أن الولد محتاج إلى النسب بعد عتقها وحق الاستلحاق الذي كان للبائع في الولد باق فلهذا يثبت النسب منه

وينقض البيع فيه بحصته من الثمن لان الولد صار مقصودا بالاسترداد فيكون له حصته من الثمن يرد مثله البائع على المشتري وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت امية الولد في الام كما في ولد المغرور • وان كان اعتق المشتري الولد قبل الدعوة فدعوة البائع باطلة لان الولاء قد ثبت للمشتري وهو اقوى من حق الاستلحاق الذي كان للبائع فلا يبقى الضعيف بعد طريان الاقوى ولا تصير الام ام ولد للبائع لان حقها تبع لحق الولد في النسب فلم يصدق البائع فيما هو الاصل فكذلك في التبع وكذلك ان لم يعتقه ولكنه مات ثم ادعاه البائع لانه بالموت قد استغنى عن النسب وخرج من ان يكون محلا لثبوت نسبه ابتداء • واذا كان للولد ولد حي لم تجز دعوة البائع ايضا بخلاف ولد الملاعنة فان هناك النسب كان ثابتا استتر باللعان فيبقى بعد موته ببقاء ولد خلفه حتى يظهر بدعوته وهنا النسب لم يكن ثابتا اصلا ولا يمكن اثباته بعد موته ابتداء فلهذا لا يعتبر بقاء الولد في تصحيح دعوته وقد قررنا هذا الفرق في الدعوى قال • واذا باع امته فولدت بعد البيع لاكثر من ستة اشهر فادعاه البائع وصدقه المشتري يثبت النسب منه وفسخ البيع لان المانع من صحة دعوته حق المشتري ولانهما تصادقا على ان العلوق كان قبل البيع والحق لا يعدوهما فاذا تصادقا على شيء ثبت ما تصادقا عليه وان لم تلد حتى تبايعها المشتري وتناسخها رجال ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع الاول فادعوه جميعا فهو ابن البائع الاول لان اصل العلوق كان في ملكه فكون دعوته في المعنى اسبق وتنفسخ البيوع كلها لان البيوع في احتمال الفسخ كبيع واحد فلا يبطل به الحق الاستلحاق الذي كان للبائع الاول • وكذلك لو باع ولدها بعد ذلك ثم ادعاه لان اصل العلوق والولادة كان في ملكه فلا يبطل حق استحقاق النسب في هذا الفصل اظهر والتناقض لا يمنعه من الدعوة لخفاء امر العلوق فقد تشتبه عليه في الابتداء فيظن ان الولد ليس منه ثم يعلم انه منه فيتدارك ذلك بالدعوة • قال واذا كان في يدي رجل صبي لا ينطق ولد عنده او لم يولد عنده فزعم انه عبده واعتقه ثم زعم انه ابنه لم يصدق في القياس للتناقض وصدق في الاستحسان لخفاء امر العلوق على ما بينا ولانه يقر له بالنسب في حال حاجته الى النسب وهو في يده بعد العتق • ولو كان لقيطا في يده فادعى نسبه ثبت نسبه منه فهنا اولى • ولو كان عبدا كبيرا فاعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله فان صدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كذبه لم يثبت لانه في يد نفسه وهو معبر عن نفسه فتتوقف صحة دعوة نسبه على تصديقه بخلاف ما قبل العتق فانه في يد مولاه باعتبار ملكه ولا قول له في نفسه فكان مصدقا في دعوة نسبه من غير تصديق • قال وانما استحسن في الصغير كما استحسن في المدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه وهو ضامن لنصف قيمتها مدبرة ونصف عقرها فكانه اشار الى ان العتق يثبت الولاء والولاء لا يحتمل النقض فيبطل حق استحقاق النسب في القياس كما في ولد المدبرة بينهما لما ثبت نصف الولاء لشريكه لم يصدق في الدعوة في القياس ولكنه استحسن فقال لا منافاة بين ثبوت النسب منه وبين الولاء للشريك • وفي اثبات النسب منفعة للصغير فلهذا اثبت النسب منه في الفصلين جميعا ثم قال وولاء الولد بينه وبين شريكه ونحوه اجاب في كتاب الدعوى • وقال في كتاب الولاء نصف ولاء الولد للشريك والنصف الاخر بمنزلة الاب ومعنى هذا ايضا ان الولاء في النصف الاخر للاب ولكن لا يظهر في حقه بعد ثبوت النسب الا عند جناية الولد • وقد بينا هذا فيما سبق • واما الام فنصيب الاب منها ام ولد ونصيب الشريك منها مدبر لانه غير محتمل للانتقال بعد التدبير • وانما نصيب الكل ام ولد له اذا تملك نصيب شريكه بالضمان • فاما اذا تعذر تملكه عليه اقتصر الاستيلاد على نصيبه • ولو كان عبد كبير بينهما ثم دبراه ثم ادعاه احدهما ثبت النسب منه لان بالتدبير لم يزل ملكهما ولم يظهر للعبد يد في نفسه ولا حاجة الى تصديقه ولكن يثبت النسب من احدهما بالدعوة استحسانا كما قبل التدبير والولاء بينهما كما كانا بالتدبير استحقا ولاءه ولا منافاة بين الولاء والنسب • قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فباع المولى احدهما مع الام فادعاه المشتري يثبت نسبهما منه جميعا لان دعوته نسب الذي اشتراه صحيح اعتبارا ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما منه ثبوت نسبهما منه لانهما توام • والذي في يد البائع عبد له لان دعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه فهو بمنزلة الاعتاق والتوام ينفصل احدهما عن الاخر في الاعتاق فان لم يدع المشتري • ولكنه اعتق مع الام ثم ادعى البائع الذي عنده يثبت نسبهما جميعا منه لما قلنا وتثبت حرية الاصل للولد الذي عند البائع لان اصل العلوق كان في ملكه والتوام لا ينفصل احدهما عن الاخر في حرية الاصل فمن ضرورة ثبوته لاحدهما ثبوته للاخر • ومن ضرورة الحكم بحرية الاصل للولد الذي عند المشتري بطلان عتقه لان حر الاصل لا يعتق ولكن ليس من ضرورة ذلك بطلان عتق الام

اذا

اذا الاستيلاد ليس من ضرورة نسب الولد فلهذا رد البائع حصة الابن على المشتري من الثمن ولا يرد حصة الام ولانا لو نقضنا عتقه في الولد انما ننقضه لاثبات ما هو اقوى منه وهي حرية الاصل • ولو نقضنا عتقه في الام انما ننقضه لاثبات ما هو اضعف منه وهو حق امية الولد ويؤدي الى ان يوطأ بملك اليمين بعدما حكم بحريتها وذلك لا يجوز • قال واذا باع امة حاملا فخاف المشتري ان يدعي البائع ولدها فاراد ان يتحرز منه فانه يشهد عليه ان هذا الحمل من عبد كان له تزوجها فاذا اقر بهذا البائع لم يستطع ان يدعيه ابدا في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يستطيع ان يدعيه ان انكر العبد الولد لان اقراره بنسب العبد للولد يبطل بتكذيب العبد فاذا بطل الاقرار صار كالمعدوم من الاصل وشبها هذا بالولاء فان الولاء بمنزلة النسب ثم ادعى المشتري للعبد ان البائع اعتقه فكذبه البائع كان له ان يدعي الولاء لنفسه بعد ذلك فبطلان اقراره بتكذيب البائع وابو حنيفة يقول اقراره يتضمن حكمين انتفاء النسب عنه وثبوته من العبد فانكار العبد يبطل اقراره بالحكم الذي يتصل به وهو ثبوت نسبه منه ولا يبطل به الحكم الاخر وهو انتفاؤه من المقر لان احد الحكمين ينفصل عن الاخر • الا ترى ان ولد الملاعنة ينقطع نسبه عن الملاعن ولا يكون لاحد فيه حق دعوة النسب لان في اثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه من غيره فبعد ذلك وان ابطلنا باللعان حكم اثبات النسب من الملاعن يبقى معتبرا في الحكم الاخر وليس النسب كالولاء لانه اثر من اثار الملك فيتصور فيه الانتقال من شخص الى شخص بخلاف النسب وتمام بيان هذا الفرق في البيوع • قال امة بين رجلين باعها احدهما من صاحبه فولدت لاقل من ستة اشهر فادعياه معا فهو ولدهما ويبطل البيع لان العلوق اصله كان في ملكهما فاستويا في استحقاق النسب واذا صار ابطال البيع في جميعها بدعوة الولد في نصفها اولى • وان ادعاه البائع واعتقه المشتري معا كانت الدعوة احق لانه يستند الى حالة العلوق فقيام ملكه في نصفها وقت العلوق كقيام ملكه في جميعها في ثبوت حرية الاصل واذا الدعوة اسبق وثبت بها حرية الاصل للولد كان عتاق المشتري فيه باطلا

باب المكاتب

اختلف الصحابة رضي الله عنهم في وقت عتق المكاتب فكان ابن عباس رض يقول كما اخذ الصحيفة من مولاه يعتق يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وكانه جعل الكتابة واردا على الرقبة كالعتق بجعل يعتق بالقبول وهو غريم للمولى فيما عليه من بدل الكتابة وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول اذا ادى بدل الكتابة من قيمة نفسه يعتق وهو غريم للمولى في الفضل فكانه اعتبر وصول هذا القدر من مالية الرقبة الى المولى ليندفع الضرر عنه • وكان علي رض يقول يعتق بقدر ما ادى فكانه يعتبر وصول قدر مالية الرقبة الى المولى ليندفع به الضرر عنه البعض بالكل وهو بناء على قوله يعتق الرجل من عبده ما شاء وكان زيد ابن ثابت رض يقول هو عبد ما بقي عليه درهم وبه اخذ جمهور الفقهاء وقالوا لا يعتق ما لم يؤد البدل جميعه • والدليل عليه الحديث الذي جاء به الكتاب ورواه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق فهو رقيق او قال الا اربعون درهما • وفي هذا دليل انه لم يعتق شيء منه الا باداء جميع البدل • وهذا لان موجب العقد مالكية اليد في حق المنافع والمكاسب المكاتب فانه كان مملوكا يدا ورقبة فهو بعقد الكتابة تثبت له مالكية اليد لان مالكية اليد من كرامات بني ادم وهو مع الرق اهل لبعض الكرامات • الا ترى انه اهل لمالكية النكاح ومالكية اليد تنفصل عن مالكية الرقبة • الا ترى ان الراهن يثبت للمرتهن ملك اليد وان الغاصب يضمن بتفويت اليد فكذلك بالكتابة تثبت له مالكية اليد • فاما العتق فمتعلق بشرط الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابل اجزاؤه اجزاء الاخر ثبوت الحكم عند وجود الشرط نظير ثبوت الحكم بالعلة فلهذا لا يعتق شيء منه ما لم يؤد جميع البدل • وفي هذا الحديث ايضا دليل على انه لا يستحق على المولى حط شيء من بدل الكتابة عنه وان كان يستحب له ذلك على ما روي عن علي رض في قوله واتوهم من مال الله الذي اتاكم قال ربع الكتابة وعن عمر رض انه حط عن مكاتبه اول نجم حل عليه وقرا هذه الاية ولكن الامر بمعنى الندب فالحديث المرفوع يتبين ان المراد دون الحتم وهو مذهبنا • وعلى قول الشافعي رح يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رض لظاهر الاية فان مطلق الامر للوجوب ولان هذا عقد ارفاق يجري بين المولى وعبده ولا يقصد المولى به التجارة انما يقصد به ايصاله الى العتق فيكون ارفاقا ويستحق بكل عقد ما كان العقد مشروعا لاجله فاذا كان هذا العقد مشروعا للارفاق ينبغي ان يستحق ما هو محض الارفاق وهو حط بعض البدل

وحجتنا فيه ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون مسقطا ايجابا للبدل اذ الشيء لا يتضمن ضده • والقياس لنا فانه عقد معاوضة فلا يستحق به حط شيء من البدل كسائر المعاوضات اذ يعتبر احد العوضين بالآخر فالمراد بالآية الندب دون الحتم فانه معطوف على الامر المذكور في قوله فكاتبوهم وذلك ندب وليس بحتم اذ لا يجب عليه ان يكاتب عبده وان علم فيه خيرا فكذلك قوله وآتوهم لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه • وذكر الكلبي ان المراد دفع الصدقة الى المكاتبين فيكون هذا خطابا للناس بصرف الصدقة الى المكاتبين ليستعينوا بذلك على اداء الكتابة كما قال في بيان مصارف الصدقات وفي الرقاب والمراد المكاتبون والدليل عليه انه قال من مال الله والمال المضاف الى الله مطلقا هو الصدقة ثم ذكر عن ابن عمر رض ان مكاتبا له عجز فكسر مكاتبته ورده في الرق وفي هذا دليل ان الكتابة تحتمل الفسخ • وفيه دليل ان المكاتب اذا كسر نجما فللمولى ان يفسخ الكتابة ويرده في الرق وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح لانه قد تعذر عليه شرط عتقه وذلك يثبت للعاقد حق الفسخ في العقود المحتملة للفسخ • وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرد في الرق ما لم يكسر نجمين وهو قول علي رض قال اذا اجتمع على المكاتب نجمان نجم حلا رد في الرق وكان هذا استحسانا من ابي يوسف رح لان العقد مبني على الارفاق وفي رده الى الرق عند كسر نجم واحد تضييق عليه فلمعنى التوسع والارفاق شرط ان يتوالى عليه نجمان • وقد روي عن ابي يوسف قال هذا اذا كانت النجوم مستوية فان كانت متفاوتة فكسر نجما واحدا يرد في الرق لانه لما عجز عن اداء الاول فالظاهر انه عن اداء الاكثر اعجز • وفي حديث علي وابن عمر رض دليل على ان للمولى ان يفسخ الكتابة عند عجز المكاتب من غير ان يحتاج فيه الى المرافعة الى القاضي فيكون حجة على ابن ابي ليلى رح لانه يقول لا يرد في الرق الا بقضاء القاضي فان العجز لا يتحقق بدون القضاء لان المال غاد ورائح وجعل العجز نظير عجز العنين عن الوصول الى امرأته ثم الفرقة هناك لا تكون الا بقضاء القاضي • ولكنا نقول العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضي بلزوم هذا العقد الا بشرط فاذا فات عليه ذلك الشرط يتمكن من فسخه بدون رضاه بخلاف النكاح فانه لا يعتمد تمام الرضى وبخلاف الرد بالعيب قبل القبض لان المشتري ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض بشرطه وهو اصل لنا • فاما بعد القبض فقد قال لا دلالة لنا على تمام الصفقة بالقبض وبعد تمام الصفقة لا ينفرد بالفسخ لحاجته الى نقض القبض التام ونقل الضمان الى البائع ثم اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب اذا مات وترك وفاء بالمكاتبة • قال علي وابن مسعود رض تؤدى كتابته ويحكم بحريته حتى يكون ما بقي ميراثا لورثته وبه اخذ علماؤنا رح • وقال زيد بن ثابت رض تنفسخ الكتابة بموته والمال كله للمولى وبه اخذ الشافعي رح واحتج فيه وقال المعقود عليه فات بموته قبل سلامته له وذلك موجب انفساخ العقد كهلاك المبيع قبل القبض • وهذا لان المعقود عليه هو الرقبة فان العقد مضاف اليها والمعقود عليه ما يضاف اليه العقد • والدليل عليه ان عند فساد العقد يرجع الى قيمة المعقود عليه ولانه لو بقي انما يبقى ليعتق بالوصول بدل الكتابة الى المولى والميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز ان تستند العتق الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي استناده الى حال حيوته اثبات العتق قبل وجود الشرط وهو الاداء • وهذا بخلاف ما اذا مات المولى لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد ولانه لو بقي العقد بعد موت المولى يعتق بالاداء الى الورثة وصار المولى معتقا له ويجوز ان يكون الميت معتقا ولكن الميت لا يجوز ان يكون معتقا • الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي كان صحيحا • ولو قال بعد موتك كان لغوا وكذلك لو اوصى بان يعتق عبده عند موته كان صحيحا واذا اعتق كان المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له والفقه في الكل انه كان يبقى ملكه بعد موته حكما لحاجته كما في العبد المشغول بالدين فاذا انتهى ملكه صار معتقا ولكن لا يجوز ان يبقى بعد موته مملوكا حكما لان بقاء المالكية لمعنى الكرامة وليس في ابقاء المملوكية بعد الموت معنى الكرامة له فاذا لم تبق المملوكية لا يتصور ان يكون معتقا بعد موته • وحجتنا فيه انه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احد المتعاقدين فلا ينفسخ بموت الآخر كعقد البيع • وهذا لان قضية مطلق المعاوضة التسوية بين المتعاقدين والشافعي رح لا ينازع في هذا • ولكنه يدعي ان بموت المكاتب فوات المعقود عليه وليس كذلك فان المعقود عليه ما يسلم للعاقد بمطلق العقد والرقبة لا تسلم له بمطلق العقد وانما السالم له مالكية اليد وهو المعقود عليه وقد سلم بنفس العقد واضافة العقد الى الرقبة لا تدل على ان المعقود عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود عليه المنفعة والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة ولكن لان ما هو المعقود عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود عليه المنفعة والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة

ولكن

ولكن لان ما هو المعقود عليه لا يتقوم بنفسه وهو مالكية اليد فيصار الى قيمة اقرب الاشياء اليه كما في الخلع يصار الى قيمة البضع عند فساد التسمية لان ما هو المعقود عليه غير متقوم ثم اذا جاز ان يجعل المولى بعد الموت كالحي حكما حتى يصير معتقا فكذلك يجوز ان يبقى المكاتب حيا حكما حتى يؤدي كتابته فيصير حرا • وهذا لان المملوكية ابقى بحال الميت من المالكية بعد موت المكاتب لما بينا ان بعقد الكتابة تثبت له مالكية اليد لان المملوكية عبارة عن الضعف والمالكية عبارة عن القوة والضعف بحال الميت اليق من القوة • والدليل على جواز ابقاء المالكية بعد موته لحاجته ان كفن العبد بعد موته على مولاه الى الولاء فاذا جاز ابقاء المالكية بعد موت المولى لحاجته الى الولاء فكذلك يجوز ابقاء مالكية المكاتب بعد موت العبد لحاجته الى الحرية ثم بقاء صفة المملوكية يكون تبعا لا مقصودا • ومن اصحابنا من يقول لا يجعله حرا بعد الموت • ولكنا نستند حريته الى حال الحيوة لان بدل الكتابة كان في ذمته والدين بالموت يتحول من الذمة الى التركة لان الذمة لا تبقى محلا صالحا للدين بعد الموت ولهذا يحل الاجل بالموت فاذا تحول بدل الكتابة الى التركة فرغت الذمة منه وفراغ ذمة المكاتب موجب حريته الا انه لا يحكم بحريته ما لم يصل المال الى المولى فاذا وصل المال اليه حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته • فان قيل لو قذفه قاذف بعد اداء بدل الكتابة فانه لا يحد قاذفه عندكم ولو حكم بحريته في حال حيوته لحد قاذفه • قلنا هذا ينبني ثبوته حكما للاستحقاق الثابت بالكتابة وتحقق الضرورة فيه والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا تظهر حريته مطلقا في حال حيوته ولا يصير محصنا باعتبار حرية تثبت بطريق الضرورة والحد لا يجب بقذف غير المحصن مع ان الحدود تندرئ بالشبهات والحرية تثبت مع الشبهة • وكذلك الميراث فانه يثبت مع الشبهات • ومن ضرورة الحكم بموته حرا ان يكون ما بقي من كسبه ميراثا لورثته • قال واذا شرط الرجل على مكاتبه ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه كان هذا الشرط باطلا لانه خلاف موجب العقد فان مالكية اليد تثبت له حق الاستبداد بالخروج الى حيث شاء والمقصود من العقد تمكنه من ابتغاء المال وذلك بالضرب في الارض • قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض الآية فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد والمقصود به فكان باطلا لانه خلاف موجب العقد • وعند سفين الثوري يصح هذا الشرط لانه مفيد كالمودع احفظها في بيتك دون غيره يصح كذا هذا • واذا لم يصح هذا الشرط عندنا لا يبطل العقد بهذا الشرط لان هذا الشرط وراء ما يتم به العقد والشرط الفاسد في الكتابة لا يفسد العقد اذا لم يكن متمكنا في صلبه لمعنى وهو ان الكتابة تشبه البيع من وجه وهو انما يحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من وجه وهو انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظها عليهما فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها ولان هذا العقد مع احتماله للفسخ مبني على التوسع فيتحقق معنى التوسع • قلنا الشرط اذا لم يتمكن في صلبه يكون لغوا بخلاف البيع فانه مبني على الضيق ولمعنى التوسع قلنا يثبت الحيوان دينا في الذمة في هذا العقد وكل ما يصلح مسمى في النكاح يصلح مسمى في الكتابة وقد قررنا هذا في النكاح • قال وان اخذ كفيلا بالمكاتبة عن المكاتب لم يجز عندنا • وقال ابن ابي ليلى رحمه الله يجوز لانه دين مطلوب في نفسه وهو كالدين الثابت في ذمة حر من صداق وغيره • ولكنا نقول المكاتب عبد وليس للعبد ذمة قوية في وجوب الدين عليها للمولى ولانه يملك ان يعجز نفسه فتبرأ ذمته بذلك ولا يمكن اثباته بهذه الصفة في ذمة الكفيل ولا يجوز ان يثبت في ذمة الكفيل اقوى مما هو ثابت في ذمة الاصيل • قال وان كاتب عبدين له وجعل نجومهما واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فهذا في القياس لا يجوز لانه كفالة ببدل الكتابة من كل واحد منهما ولانه كفالة من المكاتب والمكاتب ليس باهل للكفالة • ولكنا نجوز هذا العقد استحسانا لكونه متعارفا فيما بين الناس يحتاجون اليه في تحصيل هذا الارفاق وقد يكون اعتماد المولى على احدهما دون الآخر ولانه بهذا العقد يجعلهما كشخص واحد • ولهذا لو قبل احدهما دون الآخر لم يجز فكأنه شرط جميع المال على كل واحد وعلق به عتق صاحبه • ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله لا يعتق واحد منهما الا باداء جميع المال • وعلى قول زفر رح اذا ادى احدهما حصته من المال يعتق لان العقد لما صح ثبت موجبه وهو انقسام البدل عليهما باعتبار رقبتهما فاذا ادى احدهما حصته من المال فقد برئت ذمته مما عليه وانما يبقى مطلوبا على صاحبه بطريق الكفالة • وهذا لا يمنع ثبوت الحرية • ولكنا نقول شرط المولى ومقصوده معتبر وقد شرط ان لا يعتق واحد منهما ما لم يصل اليه جميع المال فلمراعاة شرطه قلنا له ان يطالب ايهما شاء ولا يعتق كل واحد منهما ما لم يصل اليه جميع المال • ثم ذكر في الكتاب الذي كتبه المولى لهما وليس لهما ان يتزوجا الا باذن

مولاهما وانما يكتب هذا للتوثق فان من العلماء من يقول للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه ليتحقق ثبوت مالكية الاولى
وعندنا لا يملك لانه عبد ما بقي عليه شي من البدل فللتحرز عن هذا القايل يشترط ذلك في الكتاب ٥ قال وان كاتب
عبده على الف درهم وعلى وصيف فهو جايز لان جهالة الصفة بعد اعلام الجنس لا تمنع صحة التسمية في عقد الكتابة
وان كاتبه على الف درهم واشترط خدمته مدة معلومة فهو جايز لان المسمى من الخدمة يصير معلوما ببيان المدة
حتى يصح استحقاقه بعقد الاجارة فكذلك يصح تسميته في الكتابة ٥ وهذا لان المكاتب يكون احق بكسبه ومنافعه
فكما يجوز ان يشترط عليه مالا معلوما يوفيه من كسبه فكذلك يجوز ان يشترط عليه خدمة معلومة يوفيها من منافعه
وان اشترط عليه خدمة مجهوله بعد ذكر الوقت وشرط على المكاتبة ان تخدمه ابدا او يجامعها ابدا فالكتابة فاسدة
لان ما شرط مع الالف مجهول جهالة فاحشة والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا ٥ وهذا المفسد يمكن
فيما هو من صلب العقد وهو البدل فيفسد به العقد ولانه في المعنى استثنى موجب العقد لان موجب العقد اثبات
مالكية اليد له حتى يصير احق بمنافعه ومكاسبه واشتراط الخدمة عليه ابدا يمنع من ذلك وكذلك اشتراط الوطي عليها
بنفسه واستثنا موجب العقد يكون مفسدا للعقد يقول فان ادى الالف عتق ٥ قال بشر المريسي هذا غلط لان العتق
لا يترك الا بعد اداء جميع المشروط عليه وقد شرط المولى عليه مع الالف شيا اخر فكيف يعتق باداء الالف ولكنا نقول
ما ذكر في الكتاب صحيح ٥ واشتراط الخدمة او الوطي عليها ليس بطريق البدل لما اوجبه له باعتبار بقاء ملك نفسه في الخدمة
والوطي كما كان من قبل فلا يكون استثنا لموجب العقد ٥ فاما البدل المشروط عليه وهو الالف فاذا اداه يعتق ويستوي
في ظاهر الرواية ان كان قال اذا اديتها الي فانت حر او لم يقل وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح انه لا يعتق الا ان يكون قال له
اذا اديتها الي فانت حر لان العتق عند فساد العقد باعتبار الشرط فما لم ينص على الشرط لا يعتق ٥ وجه ظاهر الرواية
ان العقد منعقد مع الفساد في تغيير وصف العقد فلا يعدم اصله ٥ واذا بقي العقد كان العتق عند الاداء بحكم العقد
فلا يعتبر فيه التصريح بالتعليق بالشرط كما في البيع الفاسد يثبت الملك عند القبض بحكم العقد ثم كان ابو حنيفة رحمه الله
يقول ولا عليه ان يودي الفضل على الالف الى مكاتبة مثله لانه شرط مع الالف لنفسه منفعه فاذا لم يسلم ذلك
كان عليه مكاتبة مثله كما لو تزوج على الف وكرامتها ودخل بها كان لها تمام مهر مثلها ثم رجع فقال عليه فضل قيمة نفسه
وهو قول ابي يوسف ومحمد رح ان الرقبة هنا اقرب الاشيا الى المعقود عليه في الاعتبار عند فساد العقد فيلزمه
تمام قيمة نفسه كما في البيع اذا تعذر على المشتري الرد بسبب الفساد يلزمه قيمة المبيع ٥ ولهذا قال زفر رح اذا كانت
قيمته دون الالف فله ان يسترد من المولى ما زاد على قيمته من الالف كما في البيع ٥ ولكنا نقول ليس له ان يسترد شيا
من الالف لان المولى ما رضي بعتقه بحكم العقد الا بعد سلامة جميع الالف فاعتبار القيمة لدفع الضرر من المولى
فاذا كان يؤول الى الاضرار به يسقط اعتباره ٥ قال شرى المكاتب من مولاه وبيعه جايز وما استهلك كل واحد منهما
لصاحبه فهو دين عليه لانه صار بمنزلة الحر فيما يرجع الى المكاسب فاختص بملك التصرف في مكاسبه فكان كالحر
المولى في كسبه كما الاجنبي الحر وقد بينا ان الولد المولود في الكتابة يسعى على النجوم ثم كل من دخل في كتابته اذا اعتقه مولاه
نفذ عتقه بعد الموت عند ابي حنيفة رح خلاف المشتري وعندهما كل من يكاتب عليه يقوم مقامه بعد الموت
في السعاية على النجوم ثم من دخل في كتابته اذا اعتقه مولاه نفذ عتقه فيه عندنا كما في رقبة المكاتب لان من يكاتب عليه
كان تبعا له في العقد ٥ ولهذا لا يكون عليه شي من الاصل والبدل مملوك له فكذا ما يبيعه وزفر رح يقول نفذ عتقه فيهم
لان المكاتب احق بكسبه ليستعين به على اداء المكاتبة وفي تنفيذ عتق المولى فيهم ابطال حقه عن كسبهم وليس للمولى
على المكاتب هذه الولاية ٥ ولكنا نقول ينفذ عتقه لمصادفته ملكه ثم يبطل حق المكاتب عن كسبه حكما لثبوت حريته
لا ان يكون بتصرف المولى وقصده ٥ قال واذا اشترى المكاتب امراته فهما على النكاح لان حقيقة الملك في رقبتها لا تثبت
للمكاتب لقيام الرق المنافي فيه انما يثبت له ملك اليد وملك اليد لا يبطل النكاح وله ان يبيعها ما لم تلد منه لان النكاح ليس
بسبب لاستحقاق الصلة فلا يمتنع عليه البيع بسببه فان ولدت منه امتنع بيعها تبعا لثبوت حق الولد وكذلك المكاتبة
تشتري زوجها فله ان يطاها بالنكاح لانها لم تملك رقبته حقيقة ولا تجوز شهادته ولا هبته ولا صدقته ولا عتقه
لقيام الرق فيه وهو مانع في الولاية الشهادة والملك حقيقة وباعتباره يمنع التبرعات وكذلك لو باع عبدا له من نفسه
او اعتقه على مال فهو والعتق بغير جعل سوا في انه لا ينفذ الا ممن له الملك حقيقة ولا تجوز هبته ولا صدقته ولا عتقه لقيام الرق
فيه وهو مانع في الشهادة والملك حقيقة وباعتباره يمنع التبرعات وكذلك لو باع عبدا له من نفسه او اعتقه على مال
وليس للمكاتب ملك على الحقيقة قال وان كاتب عبدا له في القياس لا يجوز ايضا وهو قول زفر والشافعي لان هذا العقد
عتق والمكاتب ليس باهله ولانه منفك الحجر عنه في التجارات ليكتسب المال فيودي الكتابة والكتابة ليست
ليست من عقود التجارة ولانه يستحق بهذا العقد استحقاق الولاء عند تمامه بالاداء والمكاتب ليس من اهله ولكنا نقول
الكتابة من عقود المال والاكتساب وقد يثبت له مالكية الاكتساب المال باليد فيما يرجع الى اكتساب المال ٥ الا ترى انه لو تزوج
امته وان لم يكن له تجارة فكذلك يكاتب وربما تكون الكتابة انفع له من البيع لان البيع يزيل ملكه بنفسه والكتابة لا تزيل
ملكه عن المملوك الا بعد وصول المال اليه فكان هذا انفع له وتستوي عهدة نفسه وعتق نفسه فانه يوجب لمملوكه مثل
ما هو ثابت له وذلك صحيح منه كما يصح من الحر اعتاق مملوكه بخلاف العتق بمال فان هناك يوجب لغيره فوق ما له حقيقة وهو
العتق بمال فان هناك ينفس القبول فلهذا لا يصح منه قال ويجوز كتابة المكاتب لانه تبرع وليس من عقود الاكتساب بالمال
في شي وليس له ان يتبارك معاوضه لان المعاوضه تتضمن الكفالة العامة ولا يجوز نكاحه ولا وصيته لان الوصية
تبرع بعد الموت فيعتبر بتبرعه في حياته والاستبداد بالنكاح في حق نفسه يعتمد الولاية والرق ينفي الولاية ولان التزوج
ليس من عقود اكتساب المال في حقه ٥ قال واذا سرق المكاتب او سرق منه يجب القطع لانه مخاطب ثم جناية السرقة
وحقه في كسبه كملك الحر في ماله فيقطع السارق منه وكذلك هو في حق الشفعة فيما يستحقه او يستحق عليه كالحر
وليس له ان يبيع مولاه ما اشتراه مرابحة الا ان يبين وكذلك مولاه فيما اشترا منه لان كل واحد منهما يسامح صاحبه
في المعامله لعلمه ان ذلك لا ينتقل منه ولان للمولى حق الملك في كسب المكاتب فما يغرمه للمكاتب بالشراء لا يتم خروجه
ولا يبيعه مرابحة الا على اقل الثمنين لان ذلك القدر يتيقن بخروجه عن ملكه او بعد البيان تنتفي التهمة والغرور
ولو اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز لان هذا صريح الربوا والمكاتب في كسبه بمنزلة الحر فيكما قررنا
فصريح الربوا يجري بينه وبين المولى باعتبار هذا المعنى احتياطا ٥ قال فاذا اخذ بالمكاتبة رهنا فيه وفا بها
فهلك الرهن عتق العبد لان عقد الرهن يثبت به الاستيفا على ان يتم ذلك بالاستيفا بالهلاك ٥ ودين الكتابة
ودين الكتابة في حكم الاستيفاء كساير الديون واذا صار مستوفيا بهلاك الرهن عتق المكاتب كما لو استوفاه حقيقة
قال ولو كاتبه على وصيف فاتاه المكاتب باربعين دينارا ثمن الوصيف اجبر المولى على قبولها لما بينا في كتاب النكاح
ان الحيوان في العقود المبنية على التوسع يثبت دينا في الذمة على ان يكون الخيار مترددا بينه وبين قيمته الوصيف
وان قيمة الوصيف عند ابي حنيفة رح اربعون دينارا ٥ قال واذا كاتب على خمر بعينه او خنزير او شبه ذلك
مما لا يحل فالكتابة فاسدة لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يصير مستحقا للمولى بالتسمية فان اداه
قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال له انت حر اذا اديته او لم يقل فانه يعتق وقد بينا هذا فيما سبق ان مع
فساد العقد العقد منعقد فيعتق بالاداء وعليه قيمة نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد
وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه رد قيمته لاجل الفساد بمنزلة المشتري شراء فاسدا اذا اعتق المبيع قبل القبض
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان عند زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة
وانما يعتق باداء البدل وعند ابي يوسف ايهما ادى المشروط او قيمة نفسه فانه يعتق لان البدل صورة هو المشروط
والعتق متعلق باداء به ومن حيث المعنى البدل القيمة فبايهما يعتق لان البدل صورة وبدل الكتابة في جواز الاستبدال
بمنزلة المهر والثمن ٥ قال وان جا المكاتب بالمال قبل محل الاجل فابى المولى ان يقبله اجبر على اخذه لان الاجل حق
فاذا اسقطه سقط وان صالحه المولى على ان يعجل بعض الكتابة قبل محلها ويحط ما بقي فهذا جايز بينهما وان كان لا يجوز
مثله بين الحرين على ما نبينه في كتاب الصلح فعرفنا انه ليس بصحيح في الربوا فلا يجري بين المكاتب ومولاه لانه عبده خلافا
بيع الدرهم والدرهمين على ما بينا ٥ واذا كاتبه على الف درهم وعلى عبد مثله يعمل عمله وهو خياط او شبه ذلك
فهو جايز لان المسمى معلوم الجنس وان كان مجهول الوصف ٥ الا ترى انه لو كاتبه على عبد خياط اجزت ذلك استحسانا
ومراده القياس والاستحسان عنده بيان ان الوصف في بدل الكتابة بعد اعلام الجنس فان في القياس الكتابة كالبيع

حتى لا يصح الا بتسمية البدل وفي الاستحسان هي كالنكاح من حيث انه مبني على التوسع فالبدل كان المقصود به الارفاق دون المال وعلى هذا تتبين فيه الاجال المجهولة المستندة كالحصاد والدياس والعطاء كما بينت في الصداق ويجعل عليه المال في ذلك الوقت حتى اذا تاخر العطاء حل عليه اذ الاجل اجل العطا في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه لان المقصود بيان الوصف لا حقيقة فعل العطا وان كاتبه على قيمته فهو فاسد لان المسمى مجهول الجنس والوصف ولان هذا نفس الكتابة الفاسدة ولو كاتبه على عبد فلان هذا او على دابة فلان هذه لا يجوز لان القدرة على تسليمه معتبر لصحة المكاتبة فانه لا يصح منه التزام التزام التسليم فيما لا يقدر على تسليمه وهذا بخلاف النكاح فان تسمية ملك الغير صحيح هناك لان الشرط كون المسمى مالا متقوما والقدرة على تسليمه ليس بشرط لصحة التسمية كما انه ليس بشرط فيما يقابله ثم في الكتاب على الاعيان روايتان على ما نذكره في كتاب المكاتب وان كاتبه على وصيف ابيض فصالحه من ذلك على وصيفين ابيضين او حبشيين يدا بيد فهو جائز لان الحيوان ليس بمال الربوا فمبادلة الواحد منه بالمثنى يدا بيد صحيح ولا يجوز نسيئة لان الحيوان لا يثبت في الذمة بدلا عما هو مال والاصل فيه قوله عليه السلام لا باس ببيع البخت بالابل والفرس بالافراس بعد ان يكون يدا بيد ولا خير فيه نسيئة والله اعلم

باب موت المكاتب

قال واذا مات المكاتب عن مال وعليه دين وجناية وله اولاد احرار من امراة حرة واولاد ولدوا في المكاتبة من امته بدئ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة لان الحقوق متى اجتمعت في العين وتفاوتت في القوة يبدأ بالاقوى فالاقوى كما يبدأ في التركة بالجهاز ثم بالدين ثم بالوصية. واصله قوله تعالى ويؤت كل ذي فضل فضله والدين اقوى من الجناية لانه كان دينا مستقرا في ذمته في حيوته والجناية لا تتعلق بذمته الا بقضاء القاضي وبعوت الدفع بموته والمال خلف عن ذمته في ثبوت الحق فيه مما كان سبق في ذمته متعلقا وكان متقررا في عينه فهو اقوى ثم الجناية اقوى من الكتابة لان الكتابة ليست بدين مستقر فانه يتمكن من اسقاطها عن نفسه بان يعجز عن نفسه والضعيف لا يزاحم القوي فلهذا قدمنا الجناية ثم بعدها الكتابة واذا اديت الكتابة حكم بحريته في حال حيوته. وحرية كل من كان تبعا له في الكتابة فلهذا كان الباقي ميراثا لجميع اولاده وكذلك اذا كان له ابن مكاتب لانه اذا ضم اليه في عقد الكتابة فهما كشخص واحد لا يعتق احدهما الا بحكم الحرية لصاحبه فتستند حرية هذا الابن الى الوقت الذي استند حرية ابيه وان كان مكاتبا على حدة لم يرث منه شيئا اذا ادى مكاتبته بعد موت ابيه. وان كان قبل اداء كتابة ابيه لان استناد الحرية في حق الاب لاجل الضرورة ولا يوجد ذلك في حق الابن اذا كان مكاتبا على حدة بل تقتصر حريته على وقت الاداء فيكون هو رقيقا عند موت ابيه فلا يرث منه شيئا. وان كان عليه مهر لامراة حرة تزوجها بغير اذن مولاها كان دينها بعد قضاء بدل الكتابة لان مهرها متاخر الى ما بعد العتق لان سببه لم يظهر في حق المولى لانه ممنوع من النكاح بغير اذن المولى والمراة راضية بتاخير حقها حين زوجت نفسها بغير اذن المولى فما لم يسقط حق المولى عن كسبه لا يطالب بالمهر فلهذا كان بعد بدل الكتابة بخلاف الجناية فهي ظاهرة في حق المولى ولم يوجد من المجني عليه الرضا بتاخير حقه وان لم يترك شيئا سعى ولده الذين ولدوا في الكتابة فيها حتى يؤدوها لانه مات عن من يؤدي بدل الكتابة فيجعل كونه عما يؤدي بدل الكتابة وهو المال فاذا ادوا عتق كل من كان تبعا له في المكاتبة وعندهما يعتق بقيا كل من كان داخلا في كتابته حتى لو اذا لم يكن له الا الاولاد الذين اشتراهم فانهم يباعون عند ابي حنيفة اذا لم يؤدوا المال حالا او يكون تمهم تركه له تؤدي منه كتابته وان كان معهم ولد مولود في الكتابة لم يبع هؤلاء لبقاء النجوم باعتباره يسعون به فان عجل على الولد المولود في الكتابة او النجم ولم يكن له مال حاضر ولا غايب ينتظر ردوا جميعا في الرق لانه قائم مقام ابيه ولو كان ابوه حيا رد في الرق فكذلك هو وان كانوا جماعة بعضهم غايب فعجز الشاهد لم يرد في الرق حتى يحضر الغايب لان الذي عجز جعل كالمعدوم فيبقى النجوم ببقاء الغايب ولا يظهر عجزهم عن الاداء ما لم يحضر ولان كل مولود في الكتابة قائم مقام ابيه الا ترى انهم يعتقون باداء احدهم سواء ادى الغايب او الشاهد فما لم يتحقق عجزهم لا تنفسخ الكتابة. واذا مات المكاتب وعليه ديون على الناس وترك ولدا حرا فهو مولى لموالي الام ما لم يخرج الدين ويؤدي الكتابة اما بقا الكتابة فلما له من المنتظر لان الدين مال باعتبار ماله ولكن لا يحكم بعتقه ما لم يؤد الكتابة وما لم يحكم بعتقه لا يظهر لولده ولاء في جانب ابيه فيكون مولى لموالي الام فاذا اديت له ولاء في جانب ابيه فيجر ولاءه الى موالي الاب

لان

لان الولاء كالنسب ولا يرجع موالي الام بما عقلوا من جناية في حيوة المكاتب على موالي الام عند جناية مواليه على الحقيقة فلهذا لا يرجعون بما عقلوا على موالي الاب ويرجعون بما عقلوا من جناياته بعد موت الاب قبل اداء كتابته لما بينا ان عتق الاب يستند الى حال حيوته فيتبين ان ولاءه كان لموالي الاب من ذلك الوقت وموالي الام كانوا مجبرين على الاداء فيرجعون بما ادوا كالملاعن اذا اكذب نفسه بعدما جنى الولد وعقل جنايته قوم امه رجعوا به على قوم الاب لانه تبين بثبوت نسبه من ذلك الوقت. واذا مات الولد بعد موت المكاتب قبل خروج الدين فاختصم موالي الاب وموالي الام في ميراثه قضي به لموالي الام لانه لم يظهر له ولاء في جانب الاب بعد فاذا قضي بذلك بطلت المكاتبة لان ولاءه لموالي الام وقد تقرر عند موته بحكم الحاكم ومن ضرورته بطلان الكتابة اذ لو لم تبطل لكان تؤدي كتابته ويتبين به ان ولاءه لقوم الاب فيبطل حكم الحاكم ولان السبب المبطل لما لم يكن بد من ابطال حكم الحاكم ولان السبب المبطل للكتابة هو عجزه عن الاداء بعد حل المال عليه ظاهر والمنفي وهي قدرته بخروج الدين موهوم والظاهر اذا تايد بحكم الحاكم لا يعتبر الموهوم في مقابلته فان خرج الدين بعد ذلك كان للمولى لانه كسب عبده. وان كان للمكاتب ولد ولد في المكاتبة فقد بقي النجوم ببقائهم فمتى ما خرج دين المكاتب ادينا المكاتبة وحر ولاء الولد لانه حكم بحريته مستندا الى الى حال حيوته وكان ما بقي ميراثا. واذا مات المكاتب عن وديعة فجاء رجل بوديعة فقال هذه للمكاتب فانه تؤدى المكاتبة منه ويتبين بهذه المسألة انه بموته عاجزا لا تنفسخ الكتابة ما لم يفصل القاضي بفسخه لجواز ان يظهر له مال او يتبرع انسان باداء بدل الكتابة وهكذا ذكر ابن سماعة رحمه الله في نوادره ثم اقرار الرجل بالوديعة للمكاتب صحيح في حقه فتؤدى منه الكتابة ولكن لا يصدق على جر الولاء لان اقراره ليس بحجة في حق موالي الام ولانه متهم بالقصد الى ابطال حقهم في جر ولاء الولد قال ارايت لو قال المولى نفسه هذه وديعة عندي للمكاتب او اقر له بدين مثل الكتابة او قال قد كنت استوفيت الكتابة قبل موته اكان يصدق في جر ولاء الولد اليه فكذلك غيره وهذا ينبني على انه ان تبرع انسان عنه بقضاء الدين بعد موته بخلاف ما ذكره ابن سماعة في نوادره وهذا لانه بالموت تخرج من ان يكون محلا صالحا لحكم الكتابة فلا بد من خلف يبقى باعتباره والخلف ماله دون مال الناس فاذا ظهر له مال فقد علمنا بوجود الخلف واذا تبرع انسان بالاداء فلا يتبين به وجود الخلف بعد موته فلهذا لا يحكم بعتقه في حق موالي الام ويجعل المعترف له بالوديعة كالمتبرع بالاداء في حقهم. واذا ترك المكاتب ام ولد ليس معها ولد بيعت في المكاتبة. وان كان معها ولد سعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيرا كان او كبيرا وان ترك مالا لم تؤخر الى اجله وصار حالا في قول ابي حنيفة رح. وقال ابو يوسف ومحمد رح حال ام الولد كحالها مع الولد في جميع ذلك حتى تسعى فيها على الاجل وهذا بناء على ان عندهما يمتنع على المكاتب بيع ام ولده اذا ملكها سوا كان معه ولد او لم يكن لان ثبوت حقها باعتبار نسب الولد ونسب الولد ثابت منه سوا ملك الولد معها او لم يملك. الا ترى ان الحر اذا ملك جارية قد ولدت منه تصير ام ولد له سوا ملك الولد معها او لم يملك فكذلك المكاتب ولما كان في حال حيوته لا يختلف حالها بين ان يكون معها ولد او لم يكن فكذلك بعد موته. واما عند ابي حنيفة اذا ملكها مع الولد يمتنع بيعها واذا ملكها بدون الولد لا يمتنع عليه بيعها لان حقها تابع لحق الولد وثبوت التبع بثبوت الاصل فاذا لم يثبت الاصل لا يثبت التبع وهذا لان حقيقة امية الولد لا تثبت لها في حال الكتابة. الا ترى انه لو عجز المكاتب كانت هي امة فيه للمولى بخلاف الحر فان حقيقة امية الولد تثبت لها وبدخولها في ملك المكاتب لا تصير داخلة في كتابته تبعا بدليل انها لا تعتق بعتقه فعرفنا ان امتناع البيع انما يثبت فيها تبعا لثبوته في الولد فاذا لم يثبت في الولد ما لم تملك الولد معها لا يثبت فيها. واذا ثبت هذا في حيوته فكذلك بعد الموت والولد المولود في الكتابة هو الاصل في بقاء الاجل بوجوده فاذا كان معها الولد فلاجله ثبت الاجل في حقها تبعا في المكاتبة ثم الولد خلف عن المال لان المال كسب المكاتب حقيقة فاما كسب الولد فهو قائم مقام كسب المكاتب في اداء البدل منه فلهذا كان المعتبر هو المال اذا خلفه لا الولد وباعتبار المال لا يبقى الاجل فيصير حالا وجد الولد او لم يوجد وهذا لانه لا منفعة للميت ولا لولده في بقاء الاجل اذا لم يترك وفاء ليكتسب ولده فيؤدي. واذا ترك المكاتب ولدين ولدا له في المكاتبة وعليه دين ومكاتبته سعيا في جميع ذلك لقيامهما مقام الاب وايهما ادى لم يرجع على صاحبه بشيء لان كسبه لابيه اذا لم يحكم بعتقه فيجعل اداؤه من كسبه كادائه من مال ابيه وايهما اعتقه المولى عتق كما لو اعتقه في حيوة ابيه وعلى المولى ان يسعى في جميع المكاتبة التي تجب على الاب لان الولد الذي اعتق قد استغنى عن اداء بدل الكتابة فيجعل كالمعدوم

والآخر محتاج الى بدل الكتابة فان المكاتب لم يخلف الا اياه فيسعى في جميع المكاتبة وللغرماء ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لانهما جميعا مال الميت وقد تعلق حق الغرماء بكل واحد منهما ألا ترى انهما لو عجزا جميعا بدأ بقضاء الدين منهما واعتاق المولى احدهما معتبر في اسقاط حقه غير معتبر في اسقاط حق الغرماء عن كسبه فلهذا كان لهم ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين ولا يرجع الذي يؤدي منهما على صاحبه لانه اداه من مال الميت حكما فكأنه ادى من ماله حقيقة والله اعلم بالصواب

باب جناية رقيق المكاتب وولده

قال واذا قتل عبد المكاتب رجلا خطأ قيل للمكاتب ادفعه او افده بالدية لانه احق بكسبه مستبد بالتصرف فيه كالحر ألا ترى انه يملك بيعه وكذلك يخاطب بدفعه بالجناية بخلاف نفسه وولده الذين لا يستطاع بيعهم فانهم داخلون في كتابته فلا يمكنه دفعهم بالجناية كما لا يمكنه بيعهم ولان من دخل في كتابته فهو مملوك لمولاه لا لنفسه واذا قتل رجلا عمدا فله ان يصالح عنه لانه مستبد بالتصرف فيه فله ان يصالح عن جنايته على مال يؤديه ليسلم له نفسه كما للحر ذلك في ملكه ثم يؤخذ به وان عجز لانه مال التزم بتصرف مملوك له بسبب عقد الكتابة فيؤاخذ بعد العجز بمنزلة ما لزمه بالشراء وان جنت امة جناية خطأ فباعها او وطئها فولدت منه وهو يعلم بالجناية فهذا منه اختيار وعليه الارش لانه منع الدفع بالبيع او بالاستيلاد ومن خوطب بالدفع او الفداء اذا منع الدفع بعد العلم كان مختارا للفداء بعد العلم كالحر وان قتله عبد عمدا فالعبد في قتل مولاه كاجنبي آخر في وجوب القصاص عليه كالحر اذا قتله عبده فالمكاتب مثله ثم المكاتب اذا قتل عمدا فهو على ثلثة اوجه ان لم يترك وفاء فالقصاص واجب للمولى لانه عبده حين مات عاجزا فله ان يستوفي القصاص من قاتله وان ترك وفاء وله وارث سوى المولى فلا قصاص على القاتل لاشتباه من يستوفيه فان على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا فيكون استيفاء القصاص للوارث وعلى قول زيد رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى والخلاف للصحابة رضي الله عنهم تمكن شبهة معتبرة ومع انعدام المستوفي لا يجب القصاص لان الوجوب في القصاص غير مقصود بنفسه بل المقصود الاستيفاء لان الزجر يحصل به وكذلك لو اجتمعا لم يكن لهما استيفاء القصاص لان باصل الفعل لم يجب القصاص لاشتباه المستوفي فلا يجب بعد ذلك باصطلاحهما وان قتل ولا وارث له سوى المولى فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب القصاص لمولاه وعند محمد لا يجب لان سبب ثبوت حق الاستيفاء له مشتبه فان الاستيفاء الكتابة ان انفسخت كما قاله زيد رضي الله عنه فانما يستوفيه بالملك وان بقيت كما قاله علي وابن مسعود فانه يستوفيه بالارث والولاء واشتباه السبب معتبر فيما يندرئ بالشبهات كاشتباه المستوفي ألا ترى ان امة انسان اذا كانت في يد غيره فقال ذو اليد وطئتها بكذا وقال المولى بل بعتها منك بكذا لم يحل له ان يطأها لاختلافهما في سبب ثبوت حل الوطء وان اتفقا على ان الوطء له حلال ولكن من قبل ان حل الوطء لا يثبت مع الشبهات واشتباه السبب كون ما تعاين ثبوته وهما يقولان تيقنا بثبوت حق استيفاء القصاص للمولى فيجب القصاص ويتمكن من استيفائه كما لو قتل عاجزا وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها ألا ترى ان من قال لغيره لي عليك الف درهم غصبا وقال الآخر بل قرض وجب المال ولا ينظر الى اختلافهما في السبب لما اتفقا على وجوب المال فكذا هنا لا يعتبر الاشتباه في السبب بعد ما تعين المولى مستوفيا باي السببين كان بخلاف ما اذا ترك وارثا لان المولى هناك لم يتعين مستوفيا مع اشتباه المستوفي يتعذر الاستيفاء وبخلاف مسئلة الوطء لانا لم نتيقن هنا لك بثبوت الحل له لان كون كل واحد منهما كاذبا فيما يدعي من السبب لان السبب هنا لك حكمي ولا يثبت واحد من السببين بقول احد الخصمين مع تكذيب صاحبه وبدون ثبوت سبب الحل لا يثبت الحل وهنا السبب الموجب للقود وهو العمد المحض متيقن به وثبوت حق استيفاء المولى متيقن به ايضا اما باعتبار الملك او الولاء فلهذا تمكن من الاستيفاء واذا استهلك عبد المكاتب مالا فهو دين في عنقه يباع فيه لظهور سببه في حق المكاتب وان جنى عبده ثم عتق المكاتب فهو على خياره لانه انما كان مخيرا بين الدفع والفداء باعتبار ملكه وقد تقرر ملكه بالعتق وان عجز فالخيار الى المولى لان الملك بعجزه تقرر للمولى فيخير بين الدفع والفداء كما يخير الوارث بعد موت المورث في جنايته عند الحر واذا كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت ولدا فقتله المولى وقيمته اكثر من الكتابة فقيمته على مولاه في ثلاث سنين لان ولدهما مملوك للمولى فلا يجب عليه القصاص بقتله ولكنه داخل في الكتابة فعلى المولى قيمته بقتله كما يلزمه قتل المكاتب ثم المال بنفس القتل يجب مؤجلا في ثلاث سنين وان كانت الكتابة قد حلت فاصمهما لان القيمة واجبة للام فان الولد داخل في كتابتها حتى يكون كسبه لها فكذلك بدل نفسه وقد بينا ان الولد جزء من اجزاء الام يتبعها في الرق والحرية فكذلك في الكتابة وقد كان للمولى ان يطالب الام بجميع الكتابة ومتى التقى الدينان تقاصا اذا استويا لانه لا فائدة

في الاستيفاء ثم على المولى اذا فضل القيمة الى الام لان المقاصة انما وقعت بقدر بدل الكتابة ورجعت الام على الاب بما ادت عنه من ذلك لانها صارت قاضية بدل الكتابة بالمقاصة فكانها ادت كسبها فترجع على الاب بحصته وان كانت المكاتبة لم تحل ادى القيمة الى الام لان المقاصة لا تقع بين الحال والمؤجل فيستوفي منه ما حل وهو القيمة لتستعين به في مكاتبتها اذا حلت وان كان الابن مكاتبا معهما فقتله المولى ثم حلت القيمة اقتص منها بقدر الكتابة ان كانت الكتابة حلت او لم تحل لان الولد المقتول هنا معقود عليه الكتابة وقد كان مطالبا بجميع البدل عند محله والاجل لا يبقى في حقه بعد موته واذا ترك وفاء فاذا حلت القيمة فقد تحقق الوفاء قصاصا ببدل الكتابة حلت او لم تحل ويؤدي الى المولى فضل القيمة والاب والام حصتهما من المكاتبة لان الابن لو ادى جميع البدل في حياته رجع عليهما بحصتهما منه فكذلك اذا صار مؤديا ببدل نفسه بعد موته ثم يقسم ذلك كله بين ورثة الابن على فرائض الله تعالى ويرث ابواه معهم لان عتقه استند الى حال حيوته وكذلك لو اعتقهما لاتحاد العقد في حقهم فان قيل فلماذا لا يجب على المولى الدية قلنا لما بينا ان استناد الحرية الى حال الحيوة لاجل الضرورة وليس من ضرورته وجوب الدية فكم من قتيل حر لا تجب ديته ولان الاستناد فيما هو من حكم عقد الكتابة ووجوب الدية ليس من حكم عقد الكتابة في شيء ولان المولى انما يضمن بجنايته ولا يستند العتق الى وقت جنايته انما يستند الى آخر جزء من اجزاء حيوته بعد الجناية ولو اعتق المولى ام ولد المكاتب لم يجز عتقه بخلاف ما اذا اعتق ولدها لان الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى فاما الولد غير داخلة في كتابته حتى لا يعتق بعتقه بل يكون مملوكا للمولى توضيحه ان في اعتاق الولد تحصيل مقصود المكاتب لان المكاتب لو عتق كانت ام ولده ان يطأها ويستمتع بها وفي العتق تفويت هذا المقصود عليه فلا يملكه المولى ولو ملك المكاتب اب مولاه او ابنه لم يعتق لان المولى لو اعتق رقيق المكاتب لا ينفذ عتقه فعرفنا انه لا يملكهم فلا يعتقون عليه ولا يمتنع بيعهم ايضا بخلاف ما اذا ملك اب نفسه او ابن نفسه وكان ينبغي ان يمتنع بيعهم لان للمولى حقا في كسب المكاتب كما للمكاتب ولكن قال البيع من التصرف في حق المولى من كسب المكاتب اجنبي والمكاتب بمنزلة الحر توضيحه ان عتق اب المكاتب وابنه من مقصود المكاتب وكسبه محل لما هو مقصود من كان في ادخالهم في كتابته ليعتقوا بعتقه معنى تحصيل مقصوده وعتق اب المولى وابن المولى ليس بمقصود للمكاتب فلم يكن في ادخالهم في كتابته تحصيل مقصوده فلهذا لا يكاتبون عليه واذا جنى المكاتب جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية لانه احق بكسبه فان جنى جناية اخرى بعد ما حكم عليه بالاقل في الجناية الاولى تلزمه الجناية الثانية ايضا الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان موجب الجناية الاولى صار دينا في ذمته فتتعلق الجناية الثانية برقبته ويلزمه الاول كالجناية الاولى فان كانت الجناية الثانية قبل ان يحكم عليه بموجب الجناية الاولى فليس عليه الا قيمة واحدة عندنا وقال زفر رحمه الله عليه لولي كل جناية قيمة على حدة لان من اصله ان الجناية لا تتعلق برقبته بل موجبه القيمة ابتداء لان الدفع متعذر فكان القضاء وغير القضاء سواء فيجب عليه قيمته باعتبار كل جناية لكونه احق بكسبه عند كل جناية وعندنا تتعلق جناية المكاتب برقبته لان الدفع موهوم فانه ان عجز انفسخت الكتابة ودفع بالجناية فانما يتحول الى القيمة بقضاء القاضي فاذا اجتمعت الجنايات في رقبته قبل قضاء القاضي لم يلزمه الا قيمة واحدة لانه لو امكن دفعه لم يكن حقهم الا في رقبة واحدة بخلاف ما اذا قضى القاضي بالاول لانه تحول الى القيمة دينا في ذمته بقضاء القاضي ثم تعلقت الجناية الثانية برقبته حتى يدفع بها اذا عجز فلهذا يقضى له بقيمته اخرى ولو قتل رجلا عمدا هو وليس له في ملكه ثم صالح من ذمته على مال جاز الصلح لان من دخل في كتابته تبع له وله ان يصالح عن جناية نفسه فكذلك عن جناية من دخل في كتابته لانه احق بكسبه فان عجز ورد في الرق فان كان اعطى المال لم يكن له حق الاسترداد وان لم يكن ادى المال لم يؤخذ بالمال حتى يعتق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ بالمال في الحال فيباع فيه واصل المسئلة في المكاتب اذا اقر بجناية الخطأ قضي عليه بالقيمة ثم عجز لم يؤخذ به الا بعد العتق في قول ابي حنيفة رحمه الله لان وجوب هذا المال بقوله واقراره فيما ليس من التجارة يكون ملزما اياه بعد العتق لا بعد العجز قبل العتق لان بعد العجز الحق في ماليته لمولاه واقراره ليس بحجة في حق المولى كما لو اقر بالجناية بعد العجز فكذلك في الصلح لان دم العمد ليس بمال فهو في هذا الصلح يلتزم مالا لا بازاء مال فهو وما يقر به سواء وعلى قول ابي يوسف ومحمد كل واحد من المالين ثابت في ذمته وهو مطالب بهما في حال قيام الكتابة فيبقى في ذمته بعد العجز فيباع فيه كسائر الديون وتمام بيان هذه المسائل في الديات قال واذا حفر المكاتب بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فعليه ان يسعى في قيمته يوم حفر لانه جان بطريق التسبيب بالحفر في الطريق فيجعل كالجاني مباشرة وان وقع فيها آخر بعد ما قضى للاول شركه في تلك القيمة لان الموجود من المكاتب جناية واحدة وهو الحفر فلا يلزمه به اكثر من قيمة واحدة ولكن الثاني يشارك الاول في تلك القيمة بخلاف جنايته بالمباشرة فان الثانية غير الاولى ولو سقط حائط له مائل قد اشهد عليه بعد ما اشهد عليه فقتل

كالدافع له على من سقط الحائط عليه فلزمه قيمته وان وجد في داره قتيل اخذ بقيمته يوم وجد القتيل فيها لان التدبير في داره انما يكون كالحر في ذلك ولو وجد القتيل في دار الحر جعل كالقاتل في وجوب البدل فكذلك المكاتب الا ان يكون قيمة المكاتب اكثر من الدية فينقص حينئذ عشرة دراهم من الدية لان وجوب القيمة عليه اذا كانت الجناية منه معتبر بوجوب القيمة اذا كانت الجناية عليه والجناية على المكاتب لا توجب قيمته لان وجوب القيمة اذا كانت الجناية الا عشرة الاف الا عشرة دراهم لانه عبد ما بقي عليه درهم فكذلك المكاتب الا ان يكون قيمة المكاتب اكثر من الدية فينقص حينئذ عشرة دراهم من الدية القيمة الواجبة بالجناية منه وان جنى جناية ثم عجز فان كان قضي عليه بالسعاية فهو دين عليه يباع فيها لان سببه ظاهر في حق المولى وقد صار دينا في ذمته بالقضاء وان لم يقض عليه فيخير المولى بين الدفع والفداء الاعلى قول زفر فانه يقول الواجب عليه قيمته يباع فيها بناء على اصله الذي قلنا ان موجب جنايته القيمة ابتداء وقد ذكر في كتاب الجنايات ان ابا يوسف رح كان يقول بهذا مرة ثم رجع عنه فقال يخير المولى كما هو مذهبهما لان موجب جنايته في رقبته لتوهم امكان الدفع بعد العجز وانما يتحول الى الذمة بقضاء القاضي فاذا عجز قبل القضاء بقيت الجناية في رقبته فكانه جنى الان بعد العجز فيخاطب المولى بالدفع او الفداء وان جني عليه فالواجب ارش المماليك لانه عبد وذلك للمكاتب لانه له كسبه لانه صار احق بنفسه ❁ وان قتل رجلا عمدا فعليه القود لقوله عم العمد قود والرقيق في حكم القود والحر سواء ❁ وان قتل ابن المكاتب وعبده فلا قود على القاتل اما في الابن فلانه من وجه مملوك للمولى حتى لو اعتقه ينفذ عتقه ومن وجه هو مملوك للمولى حتى لو اعتقه ينفذ عتقه ومن وجه هو مملوك للمكاتب حتى يكون احق بكسبه فاشبه من يجب القصاص له وذلك مانع وجوب القصاص واما عبده فلان للمولى فيه حق الملك ❁ الا ترى ان يحرم بيم فيه الملك من وجه هو ملك المكاتب حتى تم ملكه فيه اذا اعتق فيشتبه من له القصاص ولان المكاتب انما صار احق بكسبه ليؤدي بدل الكتابة والقصاص ليس من ذلك في شيء والمولى ممنوع من كسبه فلا يمكن ايجاب القصاص له ايضا ومع الاشتباه لم يجب القصاص فان اجتمعا على ذلك لم يقتص ايضا لانه لم يجب باصل الفعل فلا يجب باتفاقهما بعد ذلك ولكن على القاتل القيمة لما تعذر ايجاب القصاص وهو للمكاتب بمنزلة سائر اكسابه وان عفوا عنه فعفوهما باطل اما المولى فلانه لم يجب له شيء ❁ واما المكاتب فلان العفو تبرع منه فلا يصح كالابراء عن الديون وان قتل المولى مكاتبه خطا او عمدا لا قصاص فيه فاقراره جائز ما دام مكاتبا لان الجنايات في كسبه واقراره في كسبه صحيح وان عجز ورد في الرق بطلت عنه قضي به او لم يقض ❁ وهذا قول ابي حنيفة رح وذكر في كتاب الجنايات ان ابا يوسف ومحمد رحمهما الله قالا يوخذ بما قضي عليه منها خاصة وما اداه قبل العجز لم يسترد عندهم جميعا وقد بينا هذا ولا يلزم المكاتب مهر من نكاح بغير اذن مولاه حتى يعتق ويلزمه ذلك في الشرى عندنا للاستحقاق يعني اذا اشترى جارية فوطيها ثم استحقت يغرم عقرها في الحال لان سقوط الحد هناك كان بسبب الشرى وهو عقد تجارة فما يجب باعتباره من الضمان يكون ضمان التجارة فيؤاخذ به في الحال ❁ وفي النكاح سقوط الحد عنه ووجوب المهر كان بسبب النكاح وهو ليس بتجارة فما يجب بسببه يكون من جنس ضمان التجارة فلا يؤاخذ به حتى يعتق ❁ يوضح الفرق انه صار منفك الحجر عنه في الشرى فضمان الواجب يلتحق بسببه بالحر ولم ينفك الحجر عنه في النكاح نفسه فما يجب بسببه هو كالعبد المحجور ولا يتزوج المكاتب بغير اذن مولاه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب وليس في التزوج اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة ولان حكم المالية انما يثبت له بما يتمكن من اداء بدل الكتابة فكل عقد لا يوصله الى ذلك لا يثبت له حكم المالكية في ذلك بل هو كالعبد لا يتزوج الا باذن مولاه ❁ وكذلك لا يزوج عبده لانه تعييب للعبد وليس باكتساب للمال ❁ وكذلك لا يزوج ابنته لان الرق الباقي فيه يخرجه من اهلية الولاية بالقرابة وسبب الملك في ابنه ابعد عنه من عبده لما بينا ان من دخل في كتابته هو مملوك لمولاه ولهذا لا يزوج ابنته ايضا لانها لما دخلت في كتابته صارت مملوكة لمولاه ولكن يزوج امته بغير اذن مولاها وكذا ان يزوج امته لان تزويج الامة اكتساب في حقه فانه يسقط المهر ويسقط عن نفسه نفقتها وهو منفك الحجر عنه في عقود الاكتساب فان قيل هذا موجود في حق ابنته قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجز وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيه استبراء جديد ويلزمه ذلك في امته ومكاتبته كانه تزوجها برضاها دون اذن المولى لان كتابتها يثبت لها الحق في نفسها دون المولى وانما يعتبر رضاها في تزويجها ولا يعتبر رضى المولى ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها وكان ينبغي ان تملك ذلك لانه اكتساب المهر في حقها ولكن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بالتزوج ايضا لان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فيها وربما يعجز فيبقى هذا العيب في ملك المولى يوضحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لاكتساب المال بل للتحصين والنفقة وانفكاك الحجر بسبب الكتابة في عقود اكتساب المال

فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئا اخر سوى المال لم يكن هذا العقد فيما يتناوله الفك الثابت بالكتابة فان تزوجت بغير اذن مولاها ولم يفرق القاضي بينهما حتى عتقت جاز النكاح ولا خيار لها لان المانع حق المولى وقد سقط بالعتق ونفوذ العقد كان بعد العتق وفي مثله لا يثبت الخيار لها واذا وطئ المكاتب على بكر فافتضها كان عليه الحد لوجود الشرط منه وهو مخاطب فان دخل في ذلك وجه شبهة فلم تطاوعه المراة كان عليه المهر لان هذا الفعل لا ينفك عن عقوبة او غرامة اذا حصل في غير الملك وقد سقطت العقوبة فوجب المهر الا انها اذا طاوعته فقد رضيت بتاخير حقها فيتاخر الى ما بعد العتق وان لم تطاوعه فلم ترض بتاخير حقها فلزمه ذلك في الحال كما لو جنى جناية عليها كان مؤاخذا بالارش في الحال فان قال تزوجتها فصدقته فانما عليه المهر اذا اعتق لوجود الرضى منها بتاخير حقها ❁ وان قال اشتريتها او وهبتها او وهبتك اخذ في المهر في المكاتبة لما بينا في الشراء الواجب من جنس ضمان التجارة وكذلك في الهبة انما يسقط الحد عنه بسبب موجب للملك هو نظير الشرا وهذا لان بعد الملك لا حق لاحد سواه فلا يعتبر قول الغير في الرضا بالتاخير بخلاف التزوج فانه لا يستقط به حقها عن نفسها فيعتبر رضاها وتمكينها في تاخير حقها ولا يجوز هبة المكاتب ولا صدقته ❁ وقال ابن ابي ليلى رح يتوقف عتقه وهبته وصدقته على سقوط حق المولى بعتق المكاتب واذا اعتق بعد ذلك كله لانه احق بكسبه في الحال ولكن فيه حق المولى على ان يصير مملوكا اذا عجز فيمنع نفوذ هذه التصرفات منه في الحال لمراعاة حق المولى فاذا سقط حق المولى بالعتق فقد زال المانع فينفذ تصرفه كالوارث اذا اعتق عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين ولكنا نقول هو ليس باهل للتبرعات لكونه عبدا ولان صحة التبرعات لكونه باعتبار حقيقة الملك وهو ليس من اهله ولا تتوقف التصرفات اذا صدرت من غير اهل فهو كالصبي اذا اعتق او وهب ثم بلغ لم ينفذ ذلك منه لان ما لعتق ثم ملكه في الكتب مقصورا على الحال فلا ينفذ التبرع السابق عليه منه الا ان المولى هو الذي اعتق عبده او وهب ما اكتسبه ثم عجز المكاتب حتى ملك المولى لم ينفذ ذلك التصرف منه فهذا مثله ولا تجوز وصية المكاتب وان نزل وفا لانه تبرع بعد الموت فيكون كتبرعه في حيوته ❁ فان قيل اليس اذا اديت كتابته قلنا قد بينا ان استناد حريته في حكم الكتابة للضرورة ووصيته ليس من ذلك في شيء ولان حريته انما تستند الى اخر جزء من اجزاء حيوته وتلك الحالة للطافتها لا تتسع للوصية ولا يجوز اقراضه ولا كفالته لانه تبرع الا ان كفالته كالكفالة العبد المحجور عليه يطالب في حقه بعد العتق واستقراضه جائز لانه تبرع عليه وهو من اهله بمنزلة قبول الهبة والصدقة ويجوز بيعه وشراؤه بالمحاباة لانه من التجارة وقد تفعله التاجر لاظهار المسامحة حتى يميل الناس اليه ويحابي في تصرف ليتوصل به الى تصرف اخر هو انفع له وكذلك ان حط شيئا بعد البيع بعيب ادعى عليه او زاد في ثمن شي اشتراه فهذا من صنع التجارة ❁ والمكاتب فيما هو من التجارة بمنزلة الحر وان اعار دابة او اهدى هدية او دعا الى طعام فلا باس بذلك وهذا استحسان ❁ فاما في القياس هذا كله تبرع والمكاتب ليس من اهل التبرع ولكنه استحسن فقال هذا من صنع التجارة فانه لا يجد بدا من اتخاذ الدعوة للمجاهزين والاهداء اليهم او اعارة مستكين وغير ذلك منهم اذا اتوه من بلدة اخرى وان لم يفعل ذلك تفرقوا عنه فلكونه من توابع التجارة قلنا يملكه استحسانا وليس له ان يكسوا الثوب لان ذلك تمليك لعين الثوب بطريق التبرع والتاجر لا يحتاج الى ذلك عادة وكذلك لا يعطي درهما فصاعدا لانه تبرع بتمليك العين بخلاف المنفعة فالتجار يتوسعون في المنافع ما لا يتوسعون في الاعيان ففي هذا اشاره الى انه ان يعطي دون الدرهم لانه قد يحتاج الى ذلك فان مجاهزة اذا شرب الماء من سقاء على باب حانوته لا يجد بدا من اعطائه فلسا لاجله وما دون الدرهم قليل يتوسع فيه الناس فهذا لا يملكه استحسانا

باب مكاتبة المكاتب

وقد بينا ان المكاتب ان يكاتب استحسانا فان ادى الثاني قبل الاول كان ولاؤه لمولى الاول لان الاول صار معتقا بخلفه مولاه ولان الاعتاق يعقب الولاء وهو ليس باهل للولاء لانه رقيق بعد فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولان الاعتاق كالعبد الماذون اذا اشترى شيئا يملكه مولاه بهذا الطريق وهو ان الشراء موجب للملك فاذا لم يكن المشتري من اهل الملك خلفه في الملك اقرب الناس اليه وهو المولى فان عتق الاول لم يرجع اليه في الولاء كما لا يرجع الملك في كسب العبد اليه بعد ما يعتقه مولاه وان سبق الاول بالاداء ثم ادى الثاني فولاؤه للاب لان الولاء يعقب العتق وانما عتق الثاني بعد ما تم الملك للاول في رقبته وهو من اهل الولاء بحريته ❁ فان قتل المولى مكاتب مكاتبه وقيمته ومكاتبته خمسمائة وقد بقي على الاول

من مكاتبته ماية فعلى المولى قيمة الف درهم في ثلث سنين فيقبض من تلك المائة التي بقيت من مكاتبة الاول اذا كانت قد حلت وحل على المولى من القيمة فيعتق المكاتب الاول وقد صار مستوفيا من الثاني لانه من مكاتبته ثم يعطيه المولى تسعمائة تمام مكاتبة الثاني والخمسمائة الباقية ميراث للمولى فان لم يكن للثاني وارث فهو لاقرب الناس اليه من المولى من العصبة لان عتقه يستند الى حال حيوة والاول في ذلك الوقت كان مكاتبا فيكون ولاء الثاني للمولى الا ان المولى قاتل ولا ميراث للقاتل فكان ذلك لاقرب عصبة له وان كانت مكاتبته الف ولم يحل على المكاتب الاول شيء من نجومه فان المولى يؤدي جميع القيمة الى المكاتب الاول في ثلث سنين لان الثاني مات عن وفاء فان في قيمته وفاء بمكاتبته فيستوفي الاول مكاتبته من قيمته ويحكم بحريته ولو لم يقتله المولى ولكن قتله المكاتب الاول وقيمة القاتل كان عليه قيمة المقتول يستوفي من ذلك كتابته وان فضل من قيمته شيء اداه للمولى لان ولاءه للمولى حين عتق قبل الاول فيكون ما فضل ميراثا ❁ قال مكاتب كاتب عبدا ثم مات الاول عن ابن حر ولم يترك الا ما على الاخر ثم مات الاخر عن ابن ولد له في المكاتبة فعليه ان يسعى فيما على ابيه فيؤدي ذلك الى المولى من مكاتبته وما فضل عليها فهو ميراث لابن الاول عن ابيه لانه حكم بحريته قبل موته وولاء الابن الاخر لابن الاول لان عتق كل واحد من المكاتبين يستند الى اخر جزء من اجزاء حيوته فانما يحكم بحريته الثاني بعد الحكم بحرية الاول وولاوه وولاء ولده للمكاتب الاول يخلفه فيه ابنه ❁ قال مكاتب اشترى امراته ولم يكن ولدت عنه ثم كاتبها فذلك جايز وما ولدت بعد الكتابة فهو معها في المكاتبة لانه جزء منها وقد صارت هي احق بنفسها وولدها بعقد الكتابة فان مات المكاتب عن وفاء عتقت هي واولادها لان الكتابة الاولى لما اديت فقد حكم بعتقه وصارت المكاتبة ام ولده فيعتق بالاستيلاد هي واولادها واحد اولادها ما بقي من ميراثه بعد اداء الكتابة لانهم عتقوا في حال حيوته حين تم ملكه فيهم وهم اولاده وان لم يترك وفاء فالمراة وولدها ان شاوا سعوا فيما بقي على الاول ليعتقوا بعتق الاول وان شاوا سعوا فيما بقي على الام لانهم يستفيدون العتق باداء ذلك كما لو ادوا المكاتبة الى المكاتب في حيوته ويسعون في الاول من ذلك لان العبد انما يتخير بين شيئين لرفق له في احدهما او لرفق في اختيار الاخر دون الاخر وليس للمكاتب ان يكاتب ولده ووالديه لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة مملوكين للمولى حتى لا يبيعهم وكما لا يكاتب نفسه فكذلك لا يكاتبه ولا يجوز له ان يكاتب من لا يجوز له بيعه الا الام ولدها كان اشترى بنفعا لولدها فلم تدخل في مكاتبته حتى لا يعتق بعتقه قبل موته ولانها لم تصر مملوكة للمولى حتى لا ينفذ عتقه منها والمكاتب احق بكسبها فاذا كاتبها يحصل ما هو المقصود بعقد الكتابة لانها تصير احق بمكاسبها ❁ واذا كاتب المكاتب امراته ولم تلد منه ثم ولدت بعد الكتابة ثم ماتت المراة ولم تترك وفاء فالابن بالخيار ان شاء سعى فيما بقي على امه ليعتق باداءه وان شاء عجز نفسه فيكون بمنزلة ابنه لانه تلقاه جهتا حرية احدهما ببدل يؤديه والاخر بغير بدل عليه وهو النسبية لانه يميل الى ايهما شاء ❁ واذا كاتب المكاتب عبدا له ولد عنده في مكاتبته ثم ادعاه ثبت نسبه منه لان اصل العلوق كان في ملكه ثم الابن بالخيار بين المضي على الكتابة وبين العجز لما بينا فان قيل لما كان لا يكاتبه ابتداء بعد ثبوت نسبه فينبغي ان لا يبقى مكاتبته ايضا قلنا لا يمتنع ❁ الا ترى انه لا يبقى المكاتب منه ثم يشتري امراته فيبقى النكاح ❁ وهذا لانه لا يصدق في دعوى النسب لما فيه من المنفعة للولد ولا يصدق في ابطال ما ثبت له من الحق في كسبه بعقد الكتابة وهذا خير المكاتب عبدا له على نفسه وماله او على نفسه وابنه فهو جايز لان المكاتب مالك بعقد الكتابة في مكاسبه بمنزلة الحر والمكاتبة من الحر صحيح بهذه الصفة فكذلك من المكاتب واذا مات المولى عن ابن وبنت وله مكاتب فاعتقه احدهما فعتقه باطل لان المكاتب لا يورث كما لا يملك بسائر اسباب الملك مع قيام المكاتبة ولان المولى استحق ولاوه بعقد الكتابة في حق جعل رقبته ميراثا ابطال هذا الاستحقاق على المولى فالمعتق منهما اضاف العتق الى ما لا يملكه فلا ينفذ عتقه ولا يسقط به حصته من البدل ايضا لانه اضاف العتق الى ما لا يملكه فلا ينفذ حكمه فيما يملكه كاحد الشريكين في العبد اذا اعتق نصيب شريكه يكون لغوا منه ولا يفسد الرق في نصيبه ❁ واذا اعتق المكاتب جميع الورثة في القياس لا ينفذ ايضا ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لانهم اضافوا التصرف الى ما ليس بملك لهم ❁ وفي الاستحسان يعتق ويجعل هذا بمنزلة الاقرار باستيفاء بدل الكتابة ومعنى هذا ان المكاتب انما يعتق بعد موت المولى بجميع بدل الكتابة فقولهم هو حر يكون اقرارا منهم بما يحصل به الحرية له وهو ايفاء بدل الكتابة بخلاف ما اذا قال ذلك بعضهم لانه لا يعتق شيء منه بايفاء نصيب احدهم من بدل الكتابة فلا يتضمن كلامه الاقرار باستيفاء نصيبه ❁ يوضحه ان عتق جميع المكاتب مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن اعمال كلامهم بطريق المجاز وهو ان يكون اسقاطا منهم لبدل الكتابة ومتى تعذر العمل بحقيقة الكلام يجاز اذا امكن بخلاف ما اذا اعتق بعضه لان عتق البعض ليس مسقط عنه شيئا من بدل الكتابة على ما بينا اذا اعتق بعضه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة بخلاف ما اذا اعتق كله فقد تعذر العمل بحقيقة كلامهم

وجاز الا في ملكه فلهذا كان لغوا ثم ولاوه للابن دون الابنة لما بينا ان المولى يستحق ولاوه وانما عتق على ملكه فيخلفه ابنه في ولايته لانه عصبته ❁ وان وهب له احدهما نصيبه من المال فذلك جايز لان المال الصادر ميراثا لهما فانما اضاف الواهب تصرفه الى ملكه ولا يعتق شيء منه لا يسقط عنه بعض البدل ولا موجب لذلك في العتق او في بعض البدل فان عجز رد في الرق فنصيب الواهب من الرقبة ملك له لان الكتابة انفسخت بالعجز وصارت الرقبة ميراثا لهما وليس بهبة بدل الكتابة تاثير في انتقال ملكه عن الرقبة ولان تبين ان ميراثهم كان هو الرقبة دون المال فكان هبته لنصيبه من المال لغوا ❁ وهذا بخلاف ما اذا كاتب رجلا عبدا لهما ثم وهب احدهما نصيبه من البدل فان هناك يعتق نصيبه لانه مالك لنصيبه حتى يملك اعتاقه فلهذا لا يعتق شيء منه بهبة نصيبه من المال منه كما لو هبه جميع الورثة المال عتق استحسانا كما لو اعتقه جميع الورثة ❁ وهذا اظهر لان ذمته برئت عن جميع المال حين وهبوه له وبراءة ذمة المكاتب توجب حريته ❁ واذا ادى المكاتب مكاتبته الى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين محيط بذلك او لا يحيط لم يعتق لانه لا حق للورثة في قبض بدل الكتابة منه ما دام على الميت دين حتى اداه اليهم قبل موت المولى وان اداها الى الوصي عتق كان عليه دين او لم يكن وصل ذلك الى الغرماء والوارث او لم يصل لان الوصي قائم مقام الموصي والاداء اليه كالاداء الى الموصي ❁ وكذلك ان كانت الورثة حين قبضوا دفعوه الى الوصي فهو كدفع المكاتب بنفسه ❁ وان اداها الى بعض الورثة ولا دين على الميت لم يعتق الا ان يوصل الوارث الى الاخرين انصباهم او كانوا ادوا الى الوصي نصيب الصغير فحينئذ يعتق لان حق القبض لكل واحد منهم في نصيبه ولا ولاية للقابض على الاخرين فلا يعتق بقبضه ما لم تصل اليهم انصباوهم وهم بالخيار ان شاوا اتبعوا المكاتب بحصصهم وان شاوا اتبعوا الوارث القابض بمنزلة سائر الديون اذا قبضها الغرماء بعض الورثة ولا يعتق المكاتب حتى يقع في يد كل انسان نصيبه لانه لا يستفيد البراءة الا بذلك ❁ ولو اعطى المكاتبة الى الورثة وهم صغار فذلك باطل لانه لا يستفيد البراءة الا بذلك ❁ ولو اعطى المكاتبة الى الورثة وهم صغار فذلك باطل بقبضهم فان قبض الصبي دينه من غريمه باطل فما لم يصل الى وصيهم لا يعتق وان كان على الميت دين يحيط بالمكاتبة فاعطاها المكاتب الى الغرماء فذلك جايز اذا اخذ كل ذي حق حصته منها لانه اوصل الحق الى مستحقه ❁ الا ترى انه لو لم يكن عليه دين فاعطاها وهم كبار فاقتسموها بينهم بالحصص كان ذلك جايزا فكذلك الغرماء ❁ واذا اوصى بما على مكاتبه لرجل وهو يخرج من الثلث فاداها الى الموصى له جاز لانه تعين مستحقا لما عليه بايجاب الموصي له وكذلك اذا اداها الى الوصي لانه قائم مقام الموصي فيما هو من حقه وتنفيذ الوصية من حقه فكان للموصي ان يقبض لتنفيذ الوصية فيه فلهذا اعتق المكاتب بالدفع اليه وصل الى الموصى له او لم يصل وان اداها الى الوارث لم يعتق حتى يصل الى الموصى له لانه لا حق للوارث في هذا المال ❁ وكذلك لو كان اوصى بثلث ماله لم يعتق المكاتب بالاداء الى الوارث حتى يصل الثلث الى الموصى له والله اعلم

باب مكاتبة المريض والمرتد

واذا كاتب الرجل عبده في مرضه على مكاتبة مثله ولا مال له غيره ثم مات المولى فانه يقال للمكاتب عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك الى الاجل فان لم يعجل رد في الرق لان التاجيل تبرع منه والتبرع في مرضه بالتاخير كتبرعه بالاسقاط فلا يصح الا في ثلثه بخلاف ما اذا كاتبه في صحته لان تاجيله هناك صحيح مطلقا لكونه كالتبرع بالاسقاط في صحته ولا يبطل الاجل بموت المولى لانه من حق المكاتب ❁ وان كان كاتبه على اكثر من قيمته اضعافا فكذلك الجواب في قول ابي يوسف وهو قول محمد رحمه الله اي حنيفة رحمه الله وفي قول محمد تاجيله فيما زاد على مقدار قيمته صحيح ❁ وكذلك في قدر ثلث قيمته وانما يلزمه ان يعجل قدر ثلثي قيمته لان ما زاد على قدر قيمته لان ما زاد على قدر قيمته فقد كان للمريض ان لا يتملكه اصلا ولا يثبت حق ورثته فيه بان يكاتبه على قيمته فاذا تملك مؤجلا صح تاجيله مطلقا كالمريضة اذا زوجت نفسها بمهر مؤجل صح تاجيلها في ذلك لانها ان لا تملك ذلك اصلا بان تزوج نفسها اصلا وهما يقولان جميع البدل مسمى في الكتابة بمقابلة ما هو حق المولى في رقبته فلا يصح التاجيل الا في ثلثه كما لو كاتبه على قيمته وهذا لان حق المولى في مالية الرقبة ❁ وقد تعلق بها حق الورثة فلهذا لا يصح التاجيل الا في ثلثه بخلاف المهر فانه بدل عما لا حق للوارث فيه ابتداء فاذا كان مؤجلا لم يثبت حقهم الا بتلك الصفة ❁ ولو كاتبه في مرضه على مكاتبة مثله ثم اقر باستيفائها لم يصدق الا من الثلث لانه باشر في المرض من المكاتبة والاقرار بالاستيفاء بمنزلة الاعتاق ولانه متمكن من المواضعة من حيث انه لما علم انه اعتقه كان من ثلثه فواضعه على هذا التحصيل مقصوده بهذا الطريق فلا يصدق في حق الورثة ولكن ان كان عليه دين محيط بماله لا يصدق في شيء الا ان العبد يعتق ويوخذ بالكتابة كما لو اعتقه وان لم يكن عليه دين وهو يخرج من ثلث ماله فهو حر ولا شيء

عليه وان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية في الثلثين في المكاتبة للورثة الا ان يكون قيمته اقل فحينئذ يسعى في ثلثي قيمته لان تهمة المواضعة
انما تمكنت في مقدار القيمة ولا يتمكن في الزيادة على ذلك فيصح اقراره باستيفائه ويجعل هذا واقراره في مرضه ابتداء سواء وكذلك
لو اقر انه كاتبه في صحته واستوفى لان اقراره لا يصح في المرض الا بما يملك انشاءه وتتمكن فيه تهمة المواضعة كما بينا وان كاتبه
في صحته ثم اقر في مرضه بالاستيفاء صدق في ذلك لان تهمة المواضعة هنا منتفية حين باشر العقد في صحته لتمكنه من المطالبة به
ثم استحق براءة ذمته عند اقراره بالاستيفاء فلا يبطل ذلك الاستحقاق بمرضه بخلاف ما اذا كاتبه في مرضه الا ترى انه لو باعه
في صحته من انسان ثم اقر في مرضه بالاستيفاء صدق في ذلك لان تهمة المواضعة هنا منتفية حين باشر العقد في صحته لتمكنه
الثمن كان مصدقا في حق الغرماء بالصحة بخلاف ما لو كان باعه في مرضه • ولو ان مكاتبا اقر عند موته انه كاتب عبده فلانا واستوفى المكاتبة
لم يجز قوله لان هذا بمنزلة الاعتاق والمكاتب لا يملك ذلك اصلا ولان هذا من الحر صحيح من ثلثه وليس للمكاتب ثلث فلهذا كان على
الاخر ان يسعى في جميع المكاتبة • وكذلك لو كاتبه في مرضه باقل من قيمته لم يجز لان محاباته وصية والوصية من المكاتب باطلة ولو كاتبه
على مكاتبة مثله امر الاخر ان يعجل مكاتبته كلها او الارد في الرق لان التاجيل تبرع منه والمريض المكاتب ليس من اهله فان برا من مرضه
صح ذلك منه لان المرض اذا تعقبه برء فهو كحالة الصحة ولو اوصى رجل فقال كاتبوا عبدي على كذا الى اجل كذا ان حدث بي الموت وذلك
كتابة مثله اجزت ذلك ان كان يخرج من الثلث كما لو باشر بنفسه لانه اوصى بما هو من حاجته وقضاؤه استحقاق ولاية فهو كما لو اوصى
بعتقه وان لم يكن له مال غيره عرضت عليه ان يعجل الثلثين ويؤخر عنه الثلث ان كان قبل المكاتبة كما لو باشر بنفسه لانه اوصى في حيوته
فان لم يكاتب لان عقد الكتابة لم يتم بدون رضاه • وكذلك ان حط منها شيئا يكون اكثر من الثلث • ولو كان مكاتبا واوصى بهذا في عبده
لم يجز لانه وصيته ولا يجوز للمكاتب ان يوصي بشيء وان ترك وفاء • ولو كاتب عبده رجل في مرضه ولا مال له غيره فاجاز الورثة في حيوته
فلهم ان يمتنعوا من الاجازة بعد موته كما في سائر الوصايا وهذا لانهم اجازوا قبل ثبوت حقهم لان حقهم انما يثبت في الحقيقة بعد موت المولى
ولان اجازتهم في الحيوة للاستحياء منه فلا يكون ذلك دليل الرضا منهم • وانما دليل الرضا الاجازة بعد الموت قال واذا كاتب
المرتد عبده فكتابته موقوفة فان اسلم جاز وان قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب بطلت في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله كتابته جائزة الا عند ابي يوسف يجوز جوازها من الاصحاء • وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله من المريض حتى يعتبر
من ثلثه وهو بمنزلة اختلافهم في سائر تصرفات المرتدين ورثته فكاتب الوارث عبدا من تركته ثم تاب المرتد ورجع فوجد المكاتب
فهو مكاتب له يؤدي اليه ويعتق وولاؤه له كانه هو الذي كاتبه وعلى قول زفر لا سبيل له عليه لان الوارث بتصرفه استحق ولاءه
فكانه اعتقه ولان المكاتب غير محتمل للنقل من ملك الى ملك فلا يعود اليه من ملك الوارث كالمدبر وام الولد • ولكنا نقول
استحقاق العتق لا يثبت بنفس الكتابة • ولهذا كان محتملا للفسخ والمرتد اذا تاب لا يتملك ماله على الوارث ولكنه يعود الى قديم
ملكه كما كان وعقد الكتابة لا يمنع من ذلك • الا ترى ان المكاتب اذا كاتب عبدا له ثم عجز الاول كان الثاني مكاتبا للمولى ويجعل
كان الاول كان نائبا عن المولى في مكاتبته فكذلك هنا يجعل الوارث كالنائب عنه في مكاتبته وكتابة المرتدة وعتقها وبيعها جائز
كما يكون في الاسلام لان نفسها لا تتوقف بالردة حتى لا تقتل فكذلك ملكها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة وان كاتب على خمر او خنزير
فابي ابطل ذلك ولا اجبر على اهلها الا ما يجوز منها قبل الردة لانها مجبرة على الاسلام فكان حكم الاسلام باقيا في حقها واذا ارتد
العبد والمولى مسلم فكتابته جائز لان المانع من نفوذ تصرف المرتد توقف ملكه على حق ورثته وذلك لا يوجد في العبد ولانه محض
منفعة في حقه بمنزلة قبول الهبة فان قتل وترك مالا اخذت المكاتبة من ماله والباقي ميراث لورثته لانه حكم بحريته مستندا
الى حال حيوته والمرتد الحر يرثه الورثة المسلمون وكذلك لو ترك ولدا له ولده في المكاتبة يسعى فيما عليه لانه مونه عنه تودي
بدل الكتابة فاذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب فاكتسب مالا فاخذ اسيرا وابى ان يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه
من كسبه مكاتبته والباقي ميراث استحسانا وكان القياس ان يكون كله لمولاه ان كان عبدا وان كان حرا فهو فيء لانه كسب ردته
وابو حنيفة لا يقول بتوريث كسب الردة عن المرتد اذا كان حرا ولكن يجعل ذلك فيئا للمسلمين فكذلك في المكاتب لكنه استحسن
فقال في كسب المكاتب حق لمولاه على معنى انه متى عجز كان كسبه لمولاه والمولى مسلم فقيام حقه يمنع من ان يكون كسبه فيئا
فلهذا يجعل هذا وما اكتسبه في حالة الاسلام سواء تؤدي منه كتابته ويكون الباقي ميراثا لورثته واذا لحق بدار الحرب المكاتبة
مرتدا وخلف في دار الاسلام ابنا له ولد في كتابته فلا سبيل على ابنه حتى ينظر ما يصنع المكاتب فان مات او قتل عن وفاء اديت
كتابته والباقي ميراث لابنه وان لم يترك وفاء سعى الابن فيما على ابيه • وكذلك لو لم يترك في دار الاسلام ولدا ولكنه خلف

مالا

مالا اقسم ماله حتى انظر ما يصنع وعلى قول زفر يؤدي مكاتبته من ماله ولا يجعل الباقي ميراثا لورثته لان لحوقه بدار الحرب كموته
الا ترى ان في حق الحر يجعل هذا كالموت في قسمة ماله بين ورثته فكذلك في حق المكاتب • ولكنا نقول لحوقه بدار الحرب ليس بموت بعينه
ولكن باعتبار انه يصير حربيا واهل الحرب في حق المسلمين كالموتى فيجعل ميتا حكما وهذا لا يوجد في حق المكاتب لان ملك المولى في رقبته
باق وقيام ملك المسلم في رقبة العبد يمنعه من ان يصير حربيا فاذا لم يصر حربيا كان هو بمنزلة المرتد في دار الاسلام والحكم فيه اذا كان
مرتدا في دار الاسلام ما بينا فكذلك بعد لحاقه ولو لم يلحق بدار الحرب ولكن اهل الحرب اسروه فباعوه من رجل فاعتقه فذلك باطل
لانهم بالاسر ما ملكوه فان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فاذا لم يملكوه بالاسر لا يملكه المشتري منهم فكان اعتاقه اياه
باطلا وان كان المشتري اشتراه بامره ونقد الثمن لانه مكاتب على حاله فيصح امره المشتري بشرائه في الاستنقاذ كما يصح امر الحر الاسير
بذلك فيرجع عليه بما ادى لانه ادى ماله لنفسه في تخليصه بامره وان اصابه المسلمون في غنيمة اخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة
وبعدها وهو مكاتب على حاله لان الكفار لم يملكوه بالاسر فلا يملكه المسلمون ايضا • وكذلك الجواب في ام الولد والمدبر
واذا كاتب الحربي المستامن عبدا في دار الاسلام فهو جائز كما لو اعتقه بمال او بغير مال فان مات عن وفاء ادت مكاتبته والباقي
ميراث للحربي ان جاء بالعبد من دار الحرب لانه مولاه وهو حربي مثله • الا ترى انه كان متمكنا من الرجوع الى دار الحرب والحربي
يرث الحربي فان كان اشتراه في دار الاسلام وهو مسلم او كافر كان الباقي في بيت المال لان الحربي لا يرث المسلم ولا المعاهد
الكافر الذي اشتراه في دار الاسلام بمنزلة المعاهد حتى لو عتق كان معاهدا لا يترك ان يرجع الى دار الحرب ولا يرثه الحربي بخلاف
العبد الحربي فانه لو عتق فهو حربي على حاله فيرثه الحربي فان لحق الحربي بدار الحرب والمكاتب مكاتب على حاله لان حكم الامان باق فيما خلفه
في دار الاسلام فان بعث اليه بما عليه عتق لبراءة ذمته ان ظهر المسلمون على دار الحرب فقتل الحربي او اسر عتق المكاتب لبراءة ذمته
عن بدل الكتابة فانه لو عتق للمولى ولا لورثته حق حتى بعدما قتل او اسر ولم يخلفه المالك في بدل الكتابة لان الدين في الذمة
لا يتصور ورود القهر عليه والملك للسابق بطريق القهر ولان المكاتب فيما في ذمته اسبق فيملك ما في ذمته ويسقط عنه الكتابة
فلهذا عتق • وكذلك ان اسر من غير ان يظهروا على الدار لان نفسه بالاسر تبدل وخرج من ان يكون اهلا للملك لما لم يخلفه
وارثه في ذلك لبقائه حيا في حق ورثته • فاما اذا قتل ولم يظهر المسلمون على الدار فالكتابة دين عليه يؤديه الى ورثة مولاه
لانهم يخلفونه فيما كان لمولاه حين لم يقع الظهور عليهم فكما وجب مراعاة الامان فيما يخلفه في دار الاسلام لحقه فكذلك يجب مراعاته لحق
ورثته حربي كاتب عبده في دار الحرب ثم اسلموا جميعا او صاروا ذمة اجزت ذلك لان الكتابة يعتمد الرضى كالبيع والشراء
فكما يبقى بيعهم وشراؤهم بعد اسلامهم فكذلك الكتابة فان خرجا مستامنين والعبد في يده على حاله فخاصمه في المكاتبة ابطلها
كما ابطل العتق والتدبير في دار الحرب منهم اذا خرجوا بامان • الا ترى ان رجلا منهم لو قهر رجلا فاسترقه ثم خرج الينا وهو في يده
كان له ان يبيعه • وكذلك المكاتب لانه في حكم القاهر لمولاه فيملك منه فلهذا بطلت المكاتبة • وان كان المولى قاهرا حين خرج بعبده
بدار الاسلام مسلما او ذميا ولو فعل ذلك وهو عبد يملك نفسه حتى يعتق فكذلك اذا فعله وهو مكاتب يملك ما في ذمته
يسقط عنه ويكون حرا مسلما تاجرا في دار الحرب كاتب عبده او اعتقه او دبره كان جائزا استحسانا • وفي القياس لا يجوز شيء
من ذلك منه لانه لو فعله حيث لا يجري حكم المسلمين وتنفيذ هذه التصرفات من احكام المسلمين ووجه الاستحسان انه مسلم
ملتزم لاحكام المسلمين وان كان في دار الحرب • وكذلك العبد مسلم ليس بمحل للاسترقاق بعد حق العتق وحقيقته فوجود هذا
التصرف منهما في دار الحرب كوجوده في دار الاسلام لان الذمي انه ليس بمحل للاسترقاق كالمسلم فان كان العبد كافرا قد اشتراه
في دار الحرب وكاتبه فادى وعتق ثم اسلموا اجزته على المسلم استحسانا • وفي القياس هو عبد له لانه متوقف بالكتابة
واستيفاء البدل وكانه اعتقه مجانا وقد بينا ان اعتاق المسلم العبد الحربي في دار الحرب لا يجوز لانه عرضه للاسترقاق فلا
ينفذ العتق فيه من المسلم كما لا ينفذ من الحربي وللاستحسان فيه وجهان • احدهما ان المسلم ضمن له ترك التعرض له بعدما يؤدي
بدل الكتابة اليه فعليه الوفاء بما ضمن لان التحرز عن الغدر واجب على المسلم في دار الحرب • الا ترى انه لا يحل له ان ياخذ شيئا
من اموالهم بغير طيب انفسهم فلهذا جعلناه حرا • والثاني ان المسلم انما يتملك بالقهر اذا احرزه بدار الاسلام وذلك لا يوجد منه
هنا لان دار الحرب ليست بدار له فلا يتملكه قبل الاسلام وبعد الاسلام يستحيل ان يتملك الحر المسلم بالقهر وعلى هذا
الطريق الاستحسان في الكتابة والعتق جميعا والله اعلم

باب المكاتبة تلد من مولاها

واذا ولدت المكاتبة من مولاها خيرت فان شاءت ابطلت المكاتبة وكانت ام ولده وان شاءت مضت واخذت العقر لانه تلقاها جهتا حرية ٭ احدهما عاجل ببدل والاخر آجل بغير بدل فتختار ايهما شاءت ونسب ولدها ثابت من المولى بالدعوة وهو حر لان المولى مالك للاعتاق في ولدها وان اختارت المضي على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاقراره بوطئها ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ٭ وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى كتابتها منه وما بقي ميراث لابنها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وانما السعاية على ولد هو تبع لها في الكتابة حتى اذا كانت ولدت ولدا آخر فنفاه المولى او لم يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها مكاتبة لا يحل للمولى وطؤها فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة ٭ واذا ماتت سعى الولد فيما بقي عليها ثم موت المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد كامه فيعتق بموت المولى فان ادعى المولى حبل مكاتبة فضرب انسان بطنها بعد ذلك بيوم فالقت جنينا ميتا فان في الولد غرة لامه لانه عتق بدعوته كما لو ادعاه بعد الانفصال وبدل الجنين الحر الغرة وكان ميراثا لابيه لان الام مكاتبة بعد ولا ترث شيئا ٭ ولكنها تاخذ العقر من المولى اذا اختارت المضي في الكتابة فاذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لانها محرمة عليه باعتبار بقاء الكتابة فلا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة فان كان الولد ابنة فولدت هذه الابنة بنتا ثم اعتق المولى الابنة السفلى عتقت هي وحدها لانها داخلة في كتابة الجدة مملوكة للمولى فيعتق باعتاقه اياها وان اعتق الابنة الاولى عتقت هي والابنة السفلى في قول ابي حنيفة رح وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح لا تعتق السفلى ٭ ولكنها تكون مع الجدة على حالهما لان السفلى تبع للجدة في الكتابة بمنزلة ولدها ولو كان لها ولدان فاعتق المولى احدهما لم يعتق الاخر ٭ والدليل على هذا ان الجدة لو ماتت كان على العليا والسفلى السعاية فيما علي‍ها من بدل الكتابة ٭ واذا ادتا السعاية احدهما لم يرجع على الاخر بشي كان الجدة في حال حيوتها احق بكسبهما لتستعين به على كتابتها وهذا لان العليا تبع ولا تبع للتبع فعرفنا انها في الحكم بمنزلة الولدين للجدة وابو حنيفة يقول مع هذا السفلى جزء من العليا كما ان العليا جزء من الجدة ثم لو اعتق المولى الجدة عتقت العليا فكذلك اذا اعتق العليا عتقت السفلى والسفلى تبع للجدة كما قالا ولكن بواسطة العليا ولا يتحقق هذه الواسطة الا بعد جعل السفلى تبعا للعليا ٭ ولو اعتق العليا قبل انفصال السفلى منها عتقت السفلى لا شك فكذلك بعد الانفصال لان المعنى التبعية بالانفصال لا ينقطع لبقاء عقد الكتابة فاذا ولدت المكاتبة من مولاها ثم اقر المولى انها امة لفلان لم يصدق وان صدقته في ذلك لان حق امية الولد قد ثبت لها واستحق المولى ولاها فلا يصدقان على ابطاله ٭ وان قال المدعي بعتكها قبل الفتح وهم ولم انتقدا الثمن ٭ وقال المولى تزوجتها والامة معروفة للمدعي فعلى المولى المهر يستوفيه المدعي قصاصا من الثمن لانهما تصادقا على وجوبه عليه ٭ وان اختلفا في سببه وليس عليه قيمة في الام ولا في الولد لانه تعذر استردادها كان باقرار المولى ببيعها منه ٭ الا ترى انه لو انكر ذلك تمكن من استردادها لكونها معروفة انها للمدعي ضمن له القيمة لانه تعذر استردادها ما لم يكن باقراره بالبيع ولو كان الاستيلاد الموجود من المسؤول ٭ الا ترى انه وان انكر البيع لم يتمكن من استردادها وفقا من المسؤول لها ملك المعزل احتبست عنده فيضمن قيمتها له بعد ان يحلف بالله ما اشتراها منه بما يدعي من الثمن لانه لو اقر بالشراء لزمه الثمن فاذا انكر يحلف على ذلك والله اعلم

باب الايمان في العتق

واذا قال الرجل لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان اوان نزول الشرط المتعلق بالشرط بعد وجود الشرط وبعد البيع وهو ليس بمملوك له فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان بعد وجود الشرط هو باق على ملكه فان البيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه الا ان يكون سلمه الى المشتري قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ٭ ولو قال اذا دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار لم يعتق الا على قول ابن ابي ليلى رح فانه يقول يعتق ويبطل البيع وذلك مذهبه في الفصل الاول لان التعليق قد صح في الملك فنزل العتق من جهته عند وجود الشرط ولا يعتبر قيام ملكه في المحل عند ذلك كما لا يعتبر قيام الاهلية من المولى حتى لو جن ثم دخل الدار عتق ٭ ولكنا نقول المتعلق بالشرط انما يصل الى المحل عند وجود الشرط فلا بد من قيام ملكه في ذلك الوقت ليعتق من جهته والاهلية انما يحتاج اليها لصحة التكلم وتكلمه عند التعليق لا عند وجود الشرط فيستقيم ان يجعل عند وجود الشرط كالمنجز لذلك العتق عند الكلام الذي صح منه فان اشتراها بعد ذلك فدخل الدار لم يعتق ايضا لان يمينه انحلت بوجود الشرط في غير الملك اذ ليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء وان لم يدخل الدار بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق عندنا لبقاء اليمين الى وقت وجود الشرط في ملكه ولا يعتق

عند الشافعي لبطلان اليمين بزوال الملك فان اليمين كما لا ينعقد عنده الا في الملك فكذلك لا يبقى بعد زوال الملك فان قال اذا دخلت هذين الدارين فانت حر فباعه فدخل احدهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لوجود الملك عند تمام الشرط وعند زفر لا يعتق لانه يعتبر قيام الملك عند وجود شرط البعض كما يعتبر عند تمام الشرط ٭ وقد بينا هذا في الطلاق وان دخل احدهما قبل البيع ثم باعه فدخل الاخرى لم يعتق لان الشرط قد تم في غير ملكه وان لم يزل الحل ما بعد تمام الشرط ٭ ولو قال له اذا دخلت هذه الدار فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه ثم دخل الدار ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لانه جعل شرط العتق الكلام وعلق ذلك اليمين بدخول الدار والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فيصير عند دخول الدار كانه قال له انت حر اذا كلمت فلانا ولو قال ذلك لم يصح لانه ليس في ملكه عند دخول الدار فلهذا لا يعتق وان كلم فلانا في ملكه بخلاف الاول فان هناك عقد اليمين وجعل دخول الدارين شرطا للعتق وقد وجد الملك عند التعليق وعند تمام الشرط فلهذا يعتق ٭ ولو قال اذا دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل الدار ثم اشتراه لم يعتق ان مات لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز له عند دخول الدار بعد تمام الشرط مدبرا فلا يعتق بموته ٭ ولو قال ان دخلت الدار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه دخل الدار فهو حر لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار شاهد على فعل العبد كغيره فيثبت الشرط بشهادتهما ٭ ولو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهد فلان واخر انه كلمه لم يعتق لان كلام فلان قول باللسان والانسان لا يصلح ان يكون شاهدا على فعل نفسه فلم يبق على الشرط الا شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يثبت الشرط ٭ وان شهد ابنا فلان انه كلم اباهما فان جحد الاب ذلك جازت شهادتهما لانهما يشهدان على ابيهما بالكلام وعلى المولى بوجود الشرط فان كان ابوهما يدعي ذلك فشهادتهما باطلة في قول ابي يوسف جائزة في قول محمد رح لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة للتهمة وابو يوسف يعتبر الدعوى والانكار لانهما يشهدان لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة للتهمة ونظيره ان صدقه فيما يدعي وقد تقدم بيان هذه المسئلة في كتاب النكاح فاذا حلف رجل بعتق عبد بينه وبين اخر لا يدخل دارا ثم اشترى نصيب الاخر فدخل الدار عتق النصف خاصة لان تعليقه بالنصف صح لوجود الملك وقت التعليق فيصير كالمنجز للعتق في ذلك النصف عند وجود الشرط ٭ ومن اصل ابي حنيفة ان من اعتق نصف عبده يسعى العبد في النصف الاخر وعندهما يعتق كله فهذا مثله ٭ قال ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق لان الشرط وجد بعد زوال ملكه فيما صح فيه التعليق وهو النصف الاول ولم يكن التعليق صحيحا في النصف الذي استحدث الملك فيه بعد التعليق فلهذا لا يعتق ٭ ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق من ميت او اسطوانة او حمار فقال احدكما حر او قال هذا حر او هذا عتق عبده في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد رح لا يعتق الا ان يعنيه لانه ما عين عبده في كلامه بل ردد الكلام بينه وبين غيره ولا يتعين عبده الا بتعيينه كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فقال احدكما حر ولانه لما ضم اليه ما لا يتحقق فيه العتق صار الكلام كانه قال لعبده انت حر او لا ولو قال ذلك لم يعتق بدون النية وابو حنيفة رح يقول وصف احدهما بالحرية والعبد محل لهذا الوصف دون الاسطوانة والحمار فيتعين لذلك ويلغوا ضم الاسطوانة اليه كما لو اوصى بثلث ماله لحي وميت كانت الوصية كلها للحي ولان كلامه ايجاب للعتق فيتعين له المحل الذي يصلح لايجاب العتق فيه وهو الحي دون الميت والاسطوانة وهذا لان كلام العاقل محمول على الصحة ما امكن بخلاف عبد الغير فانه محل لان يعتق بالوصف ومحل لايجاب العتق ايضا ولكن يصير موقوفا على اجازة المالك فلهذا لا يعتق عبده هناك وروى ابن سماعة عن محمد رح انه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب للحرية ٭ ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق لان هذا اللفظ ليس بايجاب للحرية بمنزلة قوله لعبده هذا حر او لا ثم ذكر في بعض النسخ من الاصل بابا من كتاب الولا وشرح ذلك ياتي بتمامه في كتاب الولا ٭ انتهى شرح كتاب العتاق ٭ من مسائل الخلاف والوفاق ٭ املاه المستقبل بمحن الاعتاق ٭ المحصور في طرق من الافاق ٭ حامدا للمهيمن الرزاق ٭ ومصليا على حبيب الخلاق ٭ ومرتحيا لقائه بالاشواق ٭ وعلى اله واصحابه خير الصحب والرفاق

كتاب المكاتب

قال الشيخ الامام الزاهد شمس الائمة السرخسي رحمه الله الكتابة لغة هو الضم والجمع يقول كتبت البغلة اذا جمعت بين شفريها بحلقة ومنه سمي الكتابة لما فيها من الضم والجمع بين الحروف فسمي العقد الذي يجري بين المولى وعبده بطريق المعاوضة كتابة ٭ اما لانه لا يخلوا عن ضم الوسعة عادة ٭ ولهذا سمي مكاتبة على ميزان المفاعلة لان العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده فيكون في يد كل واحد منهما

ما يتوثق به او سمي كتابة لان المولى به يضم العبد الى نفسه في اثبات صفة المالكية له يدا فان موجب ثبوت هذا العقد ثبوت المالكية للعبد يدا في كسبه ونفسه لان المالكية عبارة عن ضرب قوة وقد ثبتت له هذه القوة بنفس العقد حتى يختص بالتصرف في منافعه ومكاسبه ويذهب بالتجارة حيث شاء ولهذا لا يمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه ان لا يخرج كان الشرط باطلا لان ذلك ثابت له بضرورة هذه المالكية ومقصود المولى من اثبات هذه المالكية له من ان يتمكن من اداء المال بالكسب وربما لا يتمكن منه الا بالخروج من بلده الى بلدة وموجب العقد ما يثبت له بالعقد المطلق ثم عتقه عند اداء المال لاتمام هذه المالكية لان العقد معاوضة فيقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكن لا يتم ملكه الا بالقبض لان الذمة تضعف بسبب الرق وان صلاحية الذمة لوجوب المال فيها من كرامات البشر وذلك ينتقص بالرق كالحل الذي ينبني عليه ملك النكاح ٥ ولهذا لا يثبت الدين في ذمة العبد الا متعلقا بمالية رقبته ٥ وهذا لا يتحقق فيما كان واجبا للمولى لان المالية حقه فلهذا كان ما يجب له ضعيفا في ذمته فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا ثم اذا تم الملك للمولى بالقبض تتم المالكية ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة اتمام المالكية ثم جواز هذا العقد يثبت بالنص ٥ قال الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وبظاهر الاية يقول داود ومن تابعه اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب ٥ وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الجواز والاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة والعادة انما يثبت ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف فانه اذا حمل على هذا لم يكن مفيدا شيئا وكلام الله تعالى منزه عن هذا والاولى ان نقول الامر قد يكون للندب والاباحة ثابتة بدون هذا الشرط والندب متعلق بهذا الشرط ٥ وانما ندب المولى الى ان يكاتبه اذا علم فيه خيرا ثم الكتابة قد تكون ببدل منجم وموجل وقد تكون ببدل حال عندنا وظاهر الاية فالتنجيم والتاجيل زيادة على ما يتلى في القران ومثل هذه الزيادة لا يمكن اثباتها بالراي فعرفنا انه ليس بشرط بل هو برمته والشافعي رح لا يجوز الكتابة الا موجلا منجما فله نجمان ٥ قال لان العبد يلتزم الاداء بالعقد والقدرة على التسليم شرط لصحة التزام التسليم بالعقد وهو يخرج من يد مولاه مفلسا فلا يقدر على التسليم الا بالتاجيل والا في المدة فاذا كان موجلا منجما كان ملتزما تسليم ما يقدر على تسليمه فيصح واذا كان حالا فانما يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح العقد ٥ يوضحه ان الحلول يفوت ما هو المقصود بالكتابة لانه يثبت للمولى حق المطالبة عقيب العقد والعبد عاجز عن الاداء وتحقق عجزه يفوت العقد فيفوت ما هو المقصود وكل وصف يفوت المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد وذلك لا يكون الا بالتسليم والتاجيل قال وهذا بخلاف السلم على اصلي فان المسلم اليه قبل العقد كان من اهل الملك والعاقل لا يلتزم الا تسليم ما يقدر على تسليمه فعرفنا قدرته على التسليم بهذا الطريق ٥ وهذا العبد قبل العقد لم يكن اهلا للملك فيتيقن بعجزه عن التسليم في الحال ولان بعقد السلم لا يدخل في ملك المسلم اليه بدل يقدر به على تسليم المسلم فيه في الحال وهو راس المال وهنا لا يدخل بالعقد شيء يقدر به على تحصيل البدل في الحال وحجتنا في ذلك ان البدل في باب الكتابة معقود به كالثمن في البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة الشراء فالقدرة على تسليم البدل في باب الكتابة مثله ٥ وهذا لان العقد انما يرد على المعقود عليه فيشترط القدرة على تسليم المعقود عليه ولهذا لا يجوز البيع الا بعد ان يكون المبيع مملوكا للبائع مقدورا التسليم في الحال ولهذا شرطنا الاجل في السلم لان المسلم فيه معقود عليه وهو غير مقدور التسليم في الحال لانه غير مملوك للمسلم اليه وقدرته على التسليم لا تتحقق الا بملكه فلا يجوز الا موجلا لتثبت قدرته على التسليم بالتحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق على المكاتب ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا انه لا يذكر الاجل يكون منفصلا في حق المطالبة منجما عليه كما كان في اصل العقد ويمتحنه بما تفرس فيه من الخير حتى اذا تبين له خلافه تمكن من فسخ العقد وبه فارق السلم لانه مبني على الضيق والمماكسة فالظاهر انه لا يوخر عنه بعد تاخر المطالبة له اختيارا فلهذا لا يجوز الا بذكر الاجل ليثبت به قدرته على التسليم ثم يعتق المكاتب باداء المال سواء قال له اذا اديت الي فانت حر او لم يقله وللشافعي رح قولان انه لا بد من ان يضم هذا اللفظ وتظهر بيانه ٥ وهذا بعيد لما بينا ان العتق عند الاداء من حكم العقد وثبوت الحكم بثبوت السبب والقصد الى الحكم او الى التكلم به بعد مباشرة العقد ليس بشرط كما في البيع فان اضمار التمليك بالقلب واظهاره باللسان ليس بشرط كما في البيع لثبوته عند مباشرة البيع فهذا مثله ٥ فان عجز عن اول نجم منها او كان نجاله فلم يؤدها حتى طالبه بها

رد في الرق لتعيين شرط العقد وتمكن الخلل في مقصود المولى وقد بينا خلاف ابي يوسف في كتاب العتاق وسوى ان شرط ذلك في الكتابة او لم يشترط وحكي عن ابن ابي ليلى رح قال هذا اذا اشترط عند العقد ان يرد في الرق اذا كسر نجما فان لم يشترط ذلك فانه يكسر نجمين لا يرد في الرق وهذا فاسد لان تمكن الخلل فيما هو مقصود العاقد يمكنه من الفسخ سواء شرط ذلك في العقد او لم يشترط كوجود العيب بالمبيع وهذا لان موجب العقد الوفاء بمقتضاه وبدونه ينعدم تمام الرضا وانعدام تمام الرضا في العقد المحتمل للفسخ يمنع ثبوت صفة اللزوم والعاقد في العقد الذي لا يكون لازما متمكن من الفسخ شرط ذلك او لم يشترط كما في الوكالة والشركة وان كاتبه على الف منجمة فان عجز عن نجم مكاتبته الفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لان العقد لا يصح الا بتسمية البدل كالبيع وفي باب البيع لا يصح التسمية بهذه الصفة لكونها مترددة بين الالف والالفين فكذلك في المكاتبة وهذا في معنى صفقتين في صفقة واحدة وقد ورد النهي في ذلك ثم فيه تعليق وجوب بعض البدل بالخطر وهو عجزه عن اداء النجم وهذا شرط فاسد تمكن فيما هو من صلب العقد وهو البدل فيفسد به العقد وقد قررنا هذا الاصل في العتاق وان كاتبه على الف درهم على نفسه وماله وللعبد الف درهم او اكثر فهو جائز وللعبد خل بينه وبين عبده ربوا قال عم لا ربوا بين العبد وسيده ثم مقصود المولى الارفاق بعبده واشتراط مال العبد للعبد في الكتابة تحقق هذا المقصود لانه كما لا يتمكن من الكسب الا بمنافعه لا يتمكن من تحصيل الربح الا براس ماله فيتحقق معنى الارفاق فصح اشتراط ما له له والربوا هو الفضل الخالي عن العوض في المقابلة اذا كان مستحقا بعقد المعاوضة وهنا ما يكون بطريق الارفاق كما قررنا لا يكون ربوا فان كان في يده مال سيده لم يدخل ذلك في الكتابة لانه شرط له في العقد ما لا اضافة اليه واضافة المال الى المرء اما ان يكون بكونه ملكا له او بكونه كسبا له والعبد ليس من اهل الملك فالاضافة اليه بكونه كسبا له ومال المولى في يده ليس بكسبه بل هو فيه بيد مولاه فهو كسائر الاموال التي في يد المولى وانما يدخل في هذه التسمية كسبه من مال ودقيق وعرض وذلك لانه مضاف اليه شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال وكذلك ما كان من سيده وهبه له او وهبه له غيره بعلمه او بغير علمه لان ذلك كله كسبه فان حصل له بقبوله وتجدد علم المولى لا يخرجه من ان يكون كسبا له فيدخل كله في هذه التسمية ثم موجب عقد الكتابة ان يكون هو احق بكسبه واشتراط ما اكتسبه قبل العقد له من جنس ما هو موجب العقد فيكون داخلا في هذا الايجاب فاما مال المولى ليس من كسب العبد وليس من جنس ما هو موجب العقد فلا يستحقه بهذه التسمية وان كاتبه على ان يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان الخدمة غير معلومة وفيما لا يصح الا بتسمية البدل لا يكون الا ان يكون المسمى معلوما ثم خدمته مستحقة لمولاه بملكه رقبته ٥ وانما يجوز عقد الكتابة اذا كان يستحق به المولى ما لم يكن مستحقا له ولكنه استحسن فقال اصل الخدمة معلومة بالعرف ومقدارها ببيان المدة وانما تكون الجهالة في الصفة وذلك لا يمنع صحة التسمية في الكتابة كما لو كاتبه على عبد او ثوب هروي ثم المولى وان كان يستحقه قبل الكتابة فلم يكن ذلك دينا له في ذمته وبتسميته في العقد يصير واجبا له في ذمته فهو بمنزلة الكسب كان مستحقا لمولاه قبل العقد ٥ وانما يؤدي بدل الكتابة من ذلك بتسميته ولكن لما كان وجوبه في الذمة بالتسمية في العقد بتسميته وكذلك ان كاتبه على ان يحفر له بئرا قد سمى طولها وعرضها واراه مكانها او على ان يبني له دارا قد اراه اجرها وجصها وما يبنى بها فهو على القياس والاستحسان الذي قلنا ٥ وان كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس لان المولى انما يشترط الخدمة لنفسه ثم يجعل غيره نائبا في الاستيفاء فهو واشتراطه الاداء بنفسه سواء الا انه قال في القياس يجوز بخلاف لان خدمته لم تكن مستحقة لذلك الرجل قبل العقد فانما تصير مستحقة له بالعقد فاما خدمته لمولاه وحضرا لبيت وبناء الدار كان مستحقا له قبل العقد بملكه رقبته وذلك الملك يبقى بعد الكتابة فهذا الحرف يفرق بينهما في وجه القياس وان كاتبه على الف درهم يؤديها الى غريم له فهو جائز لانه شرط المال لنفسه فانه تم التزامه بان يقضي دينه عليه وجعل الغريم نائبا له في قبضه منه وقبض نائبه كقبضه بنفسه ٥ وكذلك ان كاتبه على الف درهم يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان وهنا ليس بضمان هو تبرع من المكاتب بل هو التزام اداء مال الكتابة الى من امره المولى بالاداء اليه ولا فرق في حقه بين ان يلتزم الاداء الى المولى والى من امره بالاداء اليه وان ضمن لرجل مالا باذن سيده سوى الكتابة لم يجز لانه انما يضمن المال ليؤديه من كسبه وكسبه لا يحتمل التبرع فكذلك التزامه بطريق التبرع ليؤديه من كسبه لا يجوز وهذا لانه بقي عبدا بعد الكتابة ولا يجب المال في ذمة العبد الا شاغلا لمالية رقبته او كسبه فاذا كان بطريق التبرع لم يكن شغل كسبه فلا يثبت دينا في ذمته في الحال ٥ وكذلك ان اذن له المولى في ذلك لان المولى ممنوع من التبرع بكسبه فلا يعتبر اذنه وبه فارق القن فانه لو كفل بغير اذن مولاه صح لان المولى مالك للتبرع بمالية رقبته فكان صحيحا ٥ وان ضمن عن السيد لغريم له

ثم مال على ان يؤديه من الكتابة او قبل الحوالة فهو جائز لانه لا يتحقق معنى الربا في هذا الالتزام فانه مطلوب ببدل الكتابة سواء كان ضامنا
به المولى والمضمون له ولان دين الكتابة وجب في ذمته شاغلا لكسبه حتى يؤديه من كسبه ثم للمولى مراداه من الكتابة فهو متمكن من اداء
ذلك من كسبه فلهذا صح هذا الضمان وان كاتبه على مال منجم ثم صالحه على ان يعجل بعضها ويحط ما بقي فهو جائز لان عند معنى الارفاق
فما يجري بينهما اظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه
في الشرع وبتعجيله من المكاتب فيما بقي من الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو مندوب اليه في الشرع ايضا بخلاف ما لو جرى
هذه المعاملة بين حرين لان معنى المعاوضة فيما بينهما تغلب على معنى الارفاق فيكون هذا مبادلة الاجل بالدراهم ومبادلة الاجل
بالدراهم ربوا ۝ وكذلك ان صالحه من الكتابة على شيء بعينه فهو جائز لان دين الكتابة يحتمل الاسقاط بالابراء وقبضه غير مستحق
فالابدال به صحيح كالثمن في البيع وهذا لان في الاستبدال اسقاط القبض بعوض فاذا جاز اسقاط القبض بما هو ابراء حقيقة
وحكما بغير عوض فكذلك بالعوض وان فارقه قبل القبض لم يفسد الصلح لانه افتراق عن عين بدين ۝ الا ترى انه لو اشترى ذلك
الشيء بعينه بما عليه من الكتابة جاز وان لم يقبضه في المجلس وان صالحه على عرض او غيره مؤجل او فيه مؤجل لم يجز لانه دين بدين
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي فان كاتبه على الف درهم منجمة على ان يؤدي اليه مع كل نجم ثوبا قد سمى جنسه
او غلاما يؤدي مع كل نجم دراهم فذلك جائز لان ما ضمه الى المسمى في كل نجم يكون بدلا مشروطا عليه بمنزلة الالف الذي ذكره ولو ان الثوب
الذي هو مسمى الجنس يصلح ان يكون بدلا في الكتابة لانه مبني على التوسع فكان هذا بمنزلة قوله كاتبتك على كذا وكذا وهو صحيح
فما ذكر بعده انه لو قال له على ان يؤدي مع مكاتبتك الف درهم لانه لا فرق بين ان يقول كاتبتك على الف درهم مع الف درهم او يقول
على الف درهم والف درهم فان كاتبه على الف درهم فاداها ثم استحقت من يد المولى فالمكاتب حر لوجود شرط عتقه وهو الاداء
والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ بالاداء وان بطل بالاستحقاق بعد الوجود فلا يبطل العتق ولان المكاتبة لم تقع على هذه الالف
بعينها لان بدل الكتابة كان في ذمته وما يؤديه عوض عن ذلك فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وبدل المستحق عليه
مملوك بالقبض والمكاتب قابض لما في ذمته فيكون مملوكا وان كان بدله مستحقا ومن ملك ما في ذمته سقط عنه ذلك
فلهذا كان حرا ويرجع عليه السيد بالف مكانها لان قبضه قد انتقض بالاستحقاق فكانه لم يقبض او وجد المقبوض زيوفا
ورده فلهذا رجع بالف مكانها والله اعلم بالصواب

باب ما لا يجوز من المكاتبة

قال واذا كاتب الرجل عبده على قيمته لم يجز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البدل كعقد البيع والقيمة مجهول الجنس والقدر
عند العقد فلم يصح تسميته وهو يقتضي العقد الفاسد فان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بعد تمامها فاذا ادى اليه قيمته
عتق لان العقد انعقد مع الفساد فينعقد موجبا لحكمه ۝ والاصل ان العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم لان صفة الفساد
العقد اصل العقد بل يدل على انعقاده فان قيام الوصف بالموصوف والصفة تبع وبانعدام التبع لا ينعدم الاصل ثم العقود
الشرعية لا تنعقد الا مفيدة للحكم في الحال وفي الثاني ولا يمكن تعرف الفاسد من نفسه لان الشرع لم يرد بالاذن فيه فلا بد من ان يعرف
حكمه من الجائز ولان الحكم مضاف الى اصل العقد واصل العقد منعقد وقد وجد اداء البدل لانا ان نظرنا الى المسمى فهو القيمة ۝
فلهذا يعتق باداء القيمة وان كاتبه على ثوب لم يسم جنسه لم يجز لان الثياب اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة
في شيء من المعاوضات كما في النكاح وان ادى اليه ثوبا لم يعتق لانا لم نعلم باداء المسمى وحقيقة فاسم الثوب كما يتناول الادمي
يتناول غيره ولم يوجد اداء بدل الكتابة ايضا حكما لان بدل الكتابة هو القيمة في العقد الفاسد وباداء الثوب لا يصير مؤديا القيمة
فلهذا لا يعتق فان قيل المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقة لما ادى فينبغي ان يعتق وان لم يكن هذا هو البدل حكما كما لو كاتبه على خمر
فادى قلنا نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوتة تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى لانه لو لم يتعين لم يكن للمولى ان يرجع
عليه بشيء اخر فانه مال متقوم وقد سلمه له وفي هذا اضرار عليه فلدفع الضرر عنه لا يتعين هذا مسمى ولان هذا بمنزلة الاسم المشترك
وفي المشترك لا يتعين شيء بمطلق الاسم ولا عموم للاسم المشترك فلهذا لا يعتق باداء الثوب ۝ وكذلك لو كاتبه على دار بغير عينها
لان الدار لا تثبت الا في الذمة في شيء من العقود ولان اختلاف البلدان والمحال في الدار كاختلاف الاجناس في الثياب ولهذا لو وكله
بشري دار لم يصح التوكيل ۝ وان كاتب امته على الف درهم على ان يطأها ما دامت مكاتبة لم تجز الكتابة وقد بينا هذه المسألة فيما

من الاختلاف والطعن في كتاب العتاق فان وطئها السيد ثم ادت الكتابة فعليه عقرها لما بينا ان الفاسد من العقد معتبر بالجائز في الحكم
وفي الكتابة الجائزة يلزمه العقر بالوطء ويتقرر عليه العقر اذا ادت الكتابة فكذلك في الفاسد ۝ وهذا بخلاف البيع الفاسد فان البائع
اذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم ثم سلمها الى المشتري فاعتقها لم يكن على البائع عقر في الوطء والفرق بينهما ان الملك للمشتري في البيع
الفاسد يحصل عند القبض مقصورا عليه لان السبب ضعيف فلا يفيد الحكم حتى يتقوى بالقبض فلا يتبين بقبض المشتري ان وطئ
البائع كان في غير ملكه بل كان وطئه في ملكه فلا يلزمه العقر ۝ ولهذا لو وطئها غير البائع قبل التسليم بشبهة كان العقر للبائع ۝
ولو اكتسبت كسبا كان ذلك للبائع بخلاف الكتابة فانها اذا تمت باداء البدل يتبين ان الاستحقاق لها من وقت العقد حتى لو وطئت
بشبهة كان العقر لها ولو اكتسبت كان الاكتساب كلها لها فلهذا يجب العقر على المولى بوطئها وحقيقة المعنى في الفرق ان موجب الكتابة
اثبات المالكية لها في اليد والمكاسب ۝ وكذلك في حكم المسلم اليها بنفس العقد لما لها من البدل في نفسها الا ان المولى كان متمكنا
من الفسخ والاسترداد لفساد السبب فاذا زال ذلك بالعتق تقرر الاستحقاق لها باصل العقد وزوائد المبيع بعد قبض المشتري
فانه يكون مملوكا له ويتمكن البائع من فسخ العقد لفساد السبب فاذا زال بالاعتاق تقرر الملك له من وقت القبض واذا كاتب
عبده مكاتبة فاسدة ثم مات المولى فادى المكاتبة الى الورثة عتق استحسانا ۝ وفي القياس لا يعتق لان العقد الفاسد
لكونه ضعيفا في نفسه لا يمنع ملك الوارث ۝ ومن ضرورة انتقاله الى الوارث بطلان ذلك العقد ولو عتق بالاداء انما يعتق من جهة
الوارث والوارث لم يكاتبه ولكنه استحسن فقال لما هو المعقود عليه مسلم الى العبد بنفس العقد فموت المولى لا يبطل حكمه
وان تمكن الوارث من ابطاله لفساد السبب كالمبيع في البيع الفاسد بعد التسليم فان البائع اذا مات لا يملكه وارثه ولا يبطل
ملك المشتري فيه وان كان الوارث يتمكن من استرداده ويملكه لفساد السبب حتى لو اعتقه المشتري نفذ عتقه فكذلك هنا
بعد الموت يبقى العقد ما لم يفسخه الوارث واذا بقي العقد كان اداء البدل الى الوارث القائم مقام الوارث كادائه الى المورث
في حيوته فلهذا يعتق به ۝ وان كاتب امته مكاتبة فاسدة فولدت ولدا ثم ادت المكاتبة عتق ولدها معها اعتبارا للعقد الفاسد
بالجائز في الحكم لما بينا ان الاستحقاق اذا تم لها بالاداء فانه حكم بثبوته من وقت العقد كما في استحقاق الكسب ۝ فان ماتت
قبل ان تؤدي فليس على ولدها ان يسعى في شيء انما يلزمه السعاية فيما كان واجبا على امه ومع فساد العقد لم يكن عليها شيء
من المال فكذلك لا يكون على ولدها فان استسعاه في مكاتبة الام فاداه لم يعتق في القياس لان العقد فاسد فالاستحقاق
ضعيف والحق الضعيف في الام لا يسري الى الولد ۝ وفي الاستحسان يعتق هو وامه مستندا الى حال حيوتها اعتبارا للعقد
الفاسد بالجائز في الحكم لان الولد جزء منها وكان اداؤه في حيوة الام كادائها فكذلك بعد موت الام اداؤه كادائها ۝ وان كاتبها
على الف درهم على ان كل ولد تلده هو للسيد او على ان تخدمه بعد العتق فالكتابة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد
وهو يمكن في صلب العقد فيفسد به العقد ولانها بالكتابة تصير احق باولادها واكسابها ولو شرط عليها مع الالف شيئا مجهولا
من كسبها لم يصح الكتابة ۝ وكذلك اذا شرط مع الالف ما تلده لنفسه لان ذلك مجهول ثم ان ادت مكاتبتها تعتق وفيه طعن
وقد بيناه في كتاب العتاق وان كاتبها على الف درهم الى العطاء او الى الدياس او الى الحصاد او الى نحو ذلك مما لا يعرف من الاجل
جاز ذلك استحسانا ۝ وفي القياس لا يجوز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البدل كالبيع وهذه الاجال المجهولة اذا شرطت
اذا شرطت في اصل البيع فسد بها العقد وكذلك الكتابة ۝ ولكنه استحسن فقال الكتابة فيما يرجع الى البدل بمنزلة العقود
المبنية على التوسع في البدل كالنكاح والخلع ومثل هذه الجهالة في الاجل لا يمنع صحة التسمية في الصداق فكذلك في الكتابة
وهذا لان الجهالة المستدركة في الاجل نظير الجهالة المستدركة في البدل وهو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس فكما لا يمنع
ذلك صحة التسمية في الكتابة فكذلك هذا ۝ فان تأخر العطاء فانه يحل المال اذا جاء اجل العطاء في مثل ذلك الوقت الذي يخرج فيه
لان المقصود وقت العطاء لا عينه فان الاجال تقدر بالاوقات ولها ان تعجل المال وتعتق لان الاجل حقها فتسقط باسقاطها
ولها في هذا التعجيل منفعة ايضا وهو وصولها الى شرف الحرية في الحال ولو كاتبها على ميتة فولدت ولدا ثم اعتق السيد الام
لم يعتق ولدها معها لان اصل العقد لم يكن منعقدا فان الكتابة لا تنعقد الا بتسمية مال متقوم والميتة ليست بمال متقوم ۝
الا ترى ان البيع به لا ينعقد حتى لا يملك المشتري المبيع بالقبض فكذلك الكتابة واذا لم ينعقد العقد بقي اعتاقه الام بعد الانفصال
الولد عنها فلا يوجب ذلك عتق ولدها بخلاف ما اذا كاتبها على الف درهم مكاتبة فاسدة فولدت ولدا ثم اعتق السيد الام
عتق ولدها معها لان العقد هناك منعقد مع الفساد فيثبت حكمه في الولد اعتبارا للفاسد بالجائز ثم عتق الام باعتاق

السيد اياها بمنزلة عتقها باداء البدل فيعتق ولدها معها وان كاتبها على الف درهم وهي قيمتها على انها اذا ادت فعتقت فعليها
الف اخرى جاز على ما قال لانه جعل بدل الكتابة عليها الفي درهم وهي قيمتها على انها اذا ادت عتقت فعليها الف اخرى جاز على
ما قال لانه جعل الا انه علق عتقها باداء الالف من الالفين وذلك صحيح فاذا ادت الالف عتقت وعليها الالف الاخرى كما كان
الشرط بينهما اذ لا يبعد ان يكون مطالبة ببدل الكتابة بعد عتقها كما لو استحق البدل بعد ما ادت الى المولى تبقى مطالبته ببدل الكتابة
وقد عتقت بالاداء وان كاتبها على حكمه او حكمها لم تجز المكاتبة لانه ما سمى في العقد مالا متقوما لجهالته فقد يكون بغير المال كما يكون بالمال
فاذا ادت قيمتها لم تعتق لان اصل العقد لم يكن منعقدا باعتبار انه لم يسم فيه مالا متقوما فهذا والكتابة على الميتة سواء وان كاتبها
على عبد بعينه لرجل لم يجز وكذلك كل ما عينه من مال غيره من كيل او موزون وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز حتى انه
ان ملك ذلك العين فاداه الى المولى عتق وان عجز عن ادائه رد في الرق لان المسمى مال متقوم وقدرته على التسليم بما يحدث له من الملك
فيه موهوم فتصح التسمية بهذا الطريق فاما في ظاهر الرواية نقول بان العين في عقد المعاوضة يكون معقودا عليه وقدرة العاقد
على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد في العقود التي تحتمل الفسخ وملك الغير ليس بمقدور التسليم للعبد لان القدرة على التسليم
فيما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط لصحة العقد ففيما ليس بمقصود اولى ثم روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله انه ان ملك
ذلك العين فاداه لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق • وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
ان قول زفر رحمه الله كذلك هو رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رحمهم الله انه قال يعتق
بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لو كاتبه
على ثوب او على ميتة • وان قال كاتبتك على هذه الالف درهم وهي لغيره جازت المكاتبة لان النقود لا تتعين في عقد المعاوضات
فانما ينعقد العقد بالف هي دين في ذمتها • الا ترى ان تلك الالف لو كانت من كسبها لم تجبر على ادائها بعينها فاذا ادت غيرها
عتقت وكذلك ان قالت كاتبني على الف درهم على ان اعطيها من مال فلان فالعقد جائز وهذا الشرط لغو لان الالف تجب في ذمتها
والتعيين في اداء ما في ذمتها اليها واذا كاتبها واشترط فيها الخيار لنفسه او لها اكثر من ثلاثة ايام جاز لان عقد الكتابة يتعلق بها اللزوم
ويحتمل الفسخ بعد انعقاده ويعتمد تمام الرضا باللزوم وان ولدت ولدا ثم اسقط صاحب الخيار خياره فالولد مكاتب معها
لان لزوم العقد عند اسقاط الخيار يثبت من وقت العقد • الا ترى ان في البيع تسلم الزوائد المنفصلة والمتصلة للمشتري اذا تم
العقد بالاجازة فكذلك في الكتابة • فان مات المولى قبل اسقاط الخيار وقد كان الخيار له او ماتت الامة والخيار لها فالخيار يسقط بموت
من له كما في البيع ويسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها وان اعتق المولى نصفها قبل ان يسقط خياره فهذا منه فسخ الكتابة
كما لو اعتق جميعها • واذا انفسخت الكتابة فعليها السعاية في نصف قيمتها في قول ابي حنيفة رحمه الله • وكذلك لو اعتق السيد
ولدها كان هذا منه فسخا للكتابة لان الولد جزء منها وهو داخل في كتابتها فاعتاقه الولد كاعتاق بعضها وان كان الخيار لها والولد
باعتاق المولى ولا يسقط عنها به شيء من البدل لان الولد تبع لا يقابله شيء من البدل فلهذا لو مات لا يسقط شيء من البدل
وان كاتبها على الف درهم يؤديها اليه نجوما واشترط انها ان عجزت عن نجم فعليها مائة درهم سوى النجم فالكتابة فاسدة لتعلق
بعض البدل بشرط فيه خطر وقد تقدم نظير هذا والله اعلم

باب مكاتبة العبدين

واذا كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على الف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق
فهو جائز استحسانا وقد بيناه في العتاق فان ادى احدهما جميع الالف عتقا لوصول جميع المال ولان اداء احدهما
كادائهما فان كل واحد منهما مطالب بجميع المال وهما كشخص واحد في حكم الاداء حتى ليس للمولى ان يأبى قبول المال من احدهما
ثم يرجع المؤدي بحصته على صاحبه حتى اذا كانت قيمتهما سواء رجع بنصفه لانه متحمل عنه بامره • وكذلك لو ادى احدهما شيئا
رجع على صاحبه بنصفه قل ذلك او اكثر اعتبارا للبعض بالكل بخلاف مال على حرين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
بنصفه قل ذلك او اكثر ان ادى احدهما هناك النصف يكون عن نفسه خاصة لانه في النصف اصيل وفي النصف كفيل والمال على الاصيل
اقوى منه على الكفيل وصرف المؤدي الى الاقوى ممكن لانه يجوز الحكم ببراءة ذمة احدهما عن نصيبه قبل براءة الاخر وهنا
لا يمكن جعل المؤدي عن نصيب المؤدي خاصة لانه اذا جعل كذلك برئت ذمته عما عليه من البدل فيعتق والحكم بعتق احدهما

قبل

قبل وصول جميع المال الى المولى متعذر فلهذا جعلنا المؤدي عنهما فيرجع على صاحبه بنصفه وللسيد ان يأخذ ايهما شاء بجميع المال
لان كل واحد منهما التزم جميع المال على ان يكون اصيلا في النصف كفيلا في النصف • وان مات احدهما لم يسقط عن الحي شيء
لانه مات عن كفيل فيبقى عقد الكتابة في حق الميت ببقاء كفيله ولان الحي منهما يحتاج الى تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل الى ذلك
الا باداء جميع المال فلحاجته يبقى مطالبا بجميع المال • فان ادى السعاية حكم بعتقهما جميعا وان اعتق المولى احدهما سقطت حصته
لوقوع الاستغناء له باعتاق المولى اياه ولان المولى باعتاقه اياه يصير مبرئا له عن حصته من بدل الكتابة وابراء الاصيل ابراء الكفيل
ويجعل اعتاقه كقبض حصته من البدل منه بطريق انه اتلفه بتصرفه فلهذا يعتق الاخر باداء حصته من البدل ولو كانا امتين فولدت
احداهما واعتق السيد ولدها لم يسقط شيء من المال عنهما لان الولد تبع لا يقابله شيء من البدل والمولى باعتاقه لا يكون مبرئا
ولا يكون قابضا لشيء من بدل الكتابة والمسألة على ثلاثة اوجه • احدها هذا حصته من المال يعتق لان المولى حين اوجب العقد عليهما
ببدل واحد فقد شرط على كل واحد منهما حصته من المال بعتق لان المولى حين اوجب العقد عليهما ببدل واحد فقد شرط على كل
وكذلك هما بالقبول انما يلتزم كل واحد حصته فلا يكون للمولى ان يطالب كل واحد منهما الا بقدر حصته وبالاداء يبرأ في ذمته
فيحكم بحريته • والثالث ان يقول المولى ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولا يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر رحمه الله
هذا الفصل كجواب الثاني يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته • الا ترى انه ليس للمولى
ان يطالب احدهما بجميع المال وان احدهما اذا ادى جميع المال لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا اشترط المولى في العقد ذلك
مراعاة اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما
لم يلتزم بالقبول الا حصته • الا ترى انه ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع كان مخالفا لشرطه ولان كلام العاقل محمول على الفائدة
على ما امكن • ولو عتق احدهما باداء حصته لم يبق لقول المولى ان اديا عتقا وان عجزا ردا فائدة وما استدل به زفر رحمه الله ممنوع فان هذا
عندنا كالفصل الاول في جميع الاحكام فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما رجل كاتب عبدا له على نفسه
وعلى عبد له غائب بالف درهم جاز ذلك استحسانا • وفي القياس الحاضر منهما يصير مكاتبا بحصته من الالف اذا قسم على قيمته
وقيمة الغائب لانه لا ولاية على الغائب للحاضر في قبول العقد في حقه فانما يصح قبوله في حق نفسه فلا يلزمه الا حصته من البدل
والدليل عليه انه ليس للمولى ان يطالب الغائب بشيء من البدل فعرفنا ان حكم الكتابة لم يثبت في حقه وانما يثبت في حق الحاضر خاصة
وجميع البدل ليس بمقابلته فلا يلزمه الا حصته • وجه الاستحسان ان المولى شرط للعتق وصول جميع المال اليه ولا يحصل
هذا المقصود اذا اوجبنا على الحاضر حصته فقط ولكن انما نجعل كانه كاتب الحاضر على الالف وعلق عتق الغائب بادائه وهذا
التعليق ينفرد به المولى ويجعل العقد كله بقبول الحاضر منعقدا فيما لا يضر بالغائب لان تأثير انعدام الولاية للحاضر على الغائب
في دفع الضرر عنه لا في منع اصل العقد فان انعقاد العقد بكلام المتعاقدين وهو مملوك لهما • ولهذا جعلنا البيع الموقوف سببا تاما
مثل اجازة المالك ولكن لا يثبت به ما يضر بالمالك وهو ازالة ملكه فكذلك هنا لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد في حقه ولا في عتقه
عند اداء الحاضر • وانما الضرر عليه في وجوب البدل عليه فلا يثبت هذا الحكم بقبول الحاضر وهذا هو الاصح فان ادى الحاضر
المال عتقا لانعقاد العقد في حقهما ووصول جميع البدل الى المولى سواء قال في الكتابة اذا اديت فانتما حران او لم يقل ولا يرجع
على الغائب بشيء لانه لم يجب في ذمته شيء من البدل ولو كان واجبا وادى هذا بغير امره لم يرجع عليه فاذا لم يكن واجبا اولى
وان مات الغائب لم يرفع عن الحاضر شيء منه لانه ما كان على الغائب شيء من البدل ولان العقد يبقى في حق الغائب بعد موته بقاء
من يؤدي بدل الكتابة عنه • وان مات الحاضر فليس للمولى ان يطالب الغائب بشيء من البدل لانه لم يلتزم له شيئا • ولهذا لا يطالبه
بشيء في حياة الحاضر فكذلك بعد موته ولكن ان قال الغائب انا اؤدي جميع المكاتبة حالها وقال المولى لا اقبلها فعلى القياس للمولى
ان لا يقبل لانه متبرع غير مطالب بشيء من البدل ولان البدل سقط بموت من عليه حين لم يترك وفاء وانفسخ العقد فبقي الغائب
عبدا للمولى وكسبه له فيكون له ان لا يقبل المؤدى منه بجهة الكتابة • ولكنه استحسن فقال ليس للمولى ان لا يقبل منه
ويعتقان جميعا باداء هذا الغائب لان حكم هذا العقد يثبت في حق الغائب فيما لا يضر به وذلك بمنزلة البيع حكم العقد في حق
الحاضر فيكون الحاضر مع الغائب هنا بمنزلة مكاتب اشترى ولده ثم مات وقد بينا ان الولد هناك لا يطالب بالبدل ولكن ان جاء به
وادى عتقا جميعا فهذا مثله • والمعنى ان الحاضر مات عمن يؤدي بدل الكتابة ويختار ذلك لتحصيل الحرية لنفسه وهو الغائب
فيبقى الكتابة ببقائه بهذه الصفة حتى اذا اختار الاداء يكون اداؤه كاداء الحاضر ولكن لا يثبت الاجل في حقه لان الاجل يبتني على وجوب المال

فانه تاخير المطالبة ولا وجوب على الغايب واذا كانا حين فاراد المولى بيع الغايب لم يكن له ذلك في الاستحسان لما بينا ان قبول الحاضر يغير السبب في حق الغايب فيما لا يضره ويجعل قبول الحاضر عنه في هذا الحكم كقبوله بنفسه ۰ وبهذا تبين انه لا يصح هذا الطريق دون تعلق عتقه باداء الحاضر لان مجرد تعليق العتق بالشرط لا يمنع بيع المولى فيه قبل وجود الشرط رجل قال لعبد قد كاتبت عبدي فلان الغايب على كذا على ان يؤديها عنه فرضي بذلك الحاضر فهذا لا يجوز لان الحاضر هنا مملول من لم يدخله في الكتابة والمولى لا يستوجب على عبده دينا ۰ وقد بينا ان بقبول الحاضر لا يمكن ايجاب المال في ذمة الغايب وجواز عقد الكتابة لا ينفك عن وجوب البدل واذا لم يجب البدل هنا على احد لم يجز العقد بخلاف الاول فقد وجب المال هنا على الحاضر لما صار مكاتبا ولكن ان ادى الحاضر هنا المال الى المولى عتق الغايب استحسانا ۰ وفي القياس لا يعتق لان العقد صار لغوا حين لم يتعلق به وجوب البدل على احد ۰ وجه الاستحسان ان هذا التصرف من المولى اما ان يجعل كتعليقه عتق الغايب باداء الحاضر وهو ينفرد بهذا التعليق ويجعل العقد مباشرة المولى وقبول الحاضر منعقدا في حق الغايب فيما لا يضره وعتقه عند اداء الحاضر ينفعه ولا يضره فيثبت حكم العقد في حقه بمباشرتهما لان المولى يستبد بالتصرف في الموجب لعتق العبد لا في الزام المال في ذمته والاداء يتحقق بدون تقدم الوجوب كما يتحقق ممن ليس بواجب عليه وهو المتبرع ۰ وان كاتب الحر على عبده رجل على ان يضمن عنه المكاتبة لم يجز لانه لم يجب البدل بقبول الحر على العبد ولا يمكن ايجاب بدل الكتابة على الحر ابتداء بقبوله ولانه يضمن عنه ما لم يجب عليه ۰ ولو ضمن عنه لسيده ما كان واجبا عليه من بدل الكتابة لم يجز فاذا ضمن عنه ما لم يجب عليه اولى وكذلك ان كان ذلك العبد ابنا لهذا الحر وهو صغير او كبير لانه لا ولاية للحر على ولده المملوك في الزام المال عليه فهو كالاجنبي في ذلك وكذلك عبد وابن له صغير لرجل واحد كاتب الابن على ابيه لم يجز لان البدل لما يدخل في الكتابة لا يلزمه البدل وليس له ولاية على الابن في الزام البدل اياه لكونه مملوكا الا انه ان ادى الاب عنه في الوجهين جميعا يعتق استحسانا لما بينا ۰ رجلان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما معا على الف درهم كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فالمكاتبة لكل واحد منهما بحصته لما حتى اذا ادى حصته من البدل الى مولاه يعتق لان كل واحد منهما انما يستوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه في حق مملوكه لا في مملوك الغير فانما وجب لكل واحد منهما على مملوكه بقبوله حصته من الالف فاذا ادى برئت ذمته عن بدل الكتابة فيعتق بخلاف ما اذا كانا لشخص واحد لان شرط المولى في حقهما معتبر وقد شرط انهما لا يعتقان الا بوصول جميع المال اليه فلهذا لا يعتق واحد منهما باداء حصته هنا ۰ ولو كاتب عبدا له صغيرا يعقل ويعبر عن نفسه جاز لانه من اهل العبارة وقوله معتبر عند اذن المولى الا ترى انه لو اذن له في التجارة نفذ تصرفه فكذلك اذا وجبه الكتابة واذن له في القبول فيعتبر قبوله لان فيه منفعة له وان كان صغيرا لا يعقل فلا معتبر بقبوله والكتابة لا تنعقد بمجرد الايجاب بدون القبول حر كاتب على عبد ثم حل وادى اليه المكاتبة يعتق ولا يرجع الحر بالمال على العبد ولا على المولى اما العبد فلانه لم يلتزم شيئا من المال ولا امر الحر بالاداء عنه ۰ واما على قول المولى فلان القياس ان يسترد المال لانه رشاه حيث اعتق عبده فيثبت له حق الرجوع عليه كما لو قال اعتق عبدك بالف درهم واعطاها اياه فاعتقه كان له ان يرجع فيما اعطاه ويضمنه ۰ وان كان قد استهلكه فكذلك فيما سبق ۰ يوضحه ان المال لو كان واجبا على المطلوب فضمن عنه الحر للسيد وادى كان له ان يرجع عليه فيسترد منه ما ادى اليه فاذا لم يجب المال على العبد اولى ۰ ولكنه استحسن وقال لا يرجع باداء المال عنه ۰ ولو كان العبد قبل الكتابة ثم ادى عنه حر على سبيل التبرع لم يرجع بالمؤدى على المولى فكذلك الحر اذا كان هو القابل للعقد لان قبوله كقبول العبد فيما لا يضره ولانه لو رجع صار المولى مغرورا من جهته واداؤه بقبوله ودفع الضرر والغرور واجب فلهذا جعلناه متبرعا باداء بدل الكتابة فلا يرجع به على احد ۰ رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا ثم عجز احدهما فرده المولى في الرق او قدمه الى القاضي فرده وهو لا يعلم بمكاتبة الاخر معه ثم ادى الاخر جميع المكاتبة فانهما يعتقان جميعا لانهما كشخص واحد ۰ الا ترى انهما لا يعتقان الا باداء جميع المال معا وكما جعلا في حق العتق كشخص واحد فكذلك في العجز فعجز احدهما لا يتحقق بغير شرط الكتابة على المولى ما لم يظهر عجز الجميع فلهذا لا ينفذ قضاء القاضي برده في الرق ولان في هذا القضاء اضرارا بالغايب لانه يسقط حصة الغايب من البدل لا محالة اذا تعذر قضاء القاضي بعجزه والغايب لا يعتق باداء حصته فيتضرر من هذا الوجه والحاضر ليس بخصم عن الغايب فيما يضره ۰ وكذلك ان استسعى الغايب بعد ذلك في نجم او نجمين ثم عجز فرده هو والقاضي فهذا باطل لان رد الاول في الرق لما لم يصح صار كالمعدوم فلا يتحقق العجز بهذا الاخر لتوهم الاول بالاداء بعد العجز فلهذا لا يصح ردهما في الرق الا معا ۰ وكذلك ان كاتب الرجلان عبدا واحدا مكاتبة واحدة فغاب احدهما

وقدم

وقدم الاخر العبد الى القاضي وقد عجز لم يرده في الرق ما لم يجتمع المولى الا ان العقد واحد باتحاد القابل ولان من ضرورة الحكم بعجزه في نصيب الحاضر الحكم بعجزه في نصيب الغايب ايضا والحاضر ليس بخصم عن الغايب فلا يرد في الرق ما لم يجتمعا ۰ ولو كان المولى واحدا فمات عن ورثة كان لبعضهم ان يرده في الرق بقضاء القاضي لان كل واحد منهما خصم عن الميت ورده في الرق قضاء على الميت لانه يبطل به حقه في الولاء ولان بعض الورثة خصم عن البعض فيما هو ميراث بينهم ۰ الا ترى ان احد الورثة اذا اثبت دينا على انسان بالبينة للميت يثبت في حق الكل فكذلك اذا ثبت عليه ولكن لو رده بغير قضاء لم يصح ذلك منه لان الاخر ان ابى في المسامحة والمهلة معه ولا يكون له ولاية الاستبداد بقطع رايهم وان كان المكاتب هو الميت عن ولدين لم يكن للمولى ان يرد احدهما في الرق حتى يجتمعا لان كل واحد منهما بانفراده كالقائم مقام الكاتب باعتباره فعجز احدهما لا يظهر عجز الميت كما لا يظهر عجزه بعدم احدهما عند وجود الاخر ۰ الا ترى انه لو عجز احدهما وادى الاخر عتقا جميعا فلهذا لا يرد هما في الرق ما لم يجتمعا واذا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة فارتد احدهما وقتل فان الحي لا يعتق ما لم يؤد جميع المكاتبة مراعاة لشرط المولى كما في حال حياة الاخر وان ادى عتقا جميعا لانهما في حكم الاداء كشخص واحد فبعد موت احدهما يبقى العقد في حقه ببقاء من يؤدي البدل وهو الحي فلهذا عتقا باداء ۰ وان كان المرتد حين قتل ترك كسبا اكتسبه في ردته فان المولى يأخذ من ذلك المال جميع المكاتبة من تركته فيعتقان جميعا ثم يرجع ورثته على الحي بحصته كما لو اداه في حياته ۰ وهذا لانه مضطر في الاداء حيث لا يتوصل الى العتق الا به ۰ وهذا بين على ما استدل لابي حنيفة فان احدهما اذا ادى لا يرجع على صاحبه فان عندنا يرجع بعد مقابلة المولى ان اديا عتقا وان عجزا ردا ثم بقية المكتسب ميراث لورثته هو لما بينا في العتاق وان قيام حق المولى في كسبه يمنعنا ان نجعل كسب ردته ما يكون ميراثا لورثته ۰ وكذلك ان كان المرتد لحق بدار الحرب اخذنا المال في جميع الكتابة لان اكثر ما فيه ان لحاقه بدار الحرب كموته والاخر لا يتوصل الى العتق الا باداء جميع البدل فاذا ادى رجع على المرتد بحصته اذا رجع كما يرجع في تركته ان مات وان لم يرجع حتى مات في دار الشرك عن مال وظهر المسلمون على ماله لم يرجع هذا المؤدي فيه بشيء لان ذلك المال صار فيئا للمسلمين اذ لم يبق للمولى حق اجبر حكم حريته والدين لا يبقى في المال الذي صار فيئا وان وجد قبل القسمة ۰ الا ترى ان حرا لو استدان دينا ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ولم يخلف مالا ها هنا فظهر المسلمون عليه وعلى ماله فقتلوه لم يكن لغرمائه على ماله سبيل لانه صار فيئا ۰ وهذا لان السبي يوجب صفاء الحق في المسبي للسابي ولا صفاء للحق اذا بقي الدين فيه وان عجز المكاتب الحاضر والاخر مرتد في دار الحرب لم يرده القاضي في الرق لان لحاقه بدار الحرب لم يتم ما بقي حق المولى في كسبه ورقبته فهو بمنزلة الغايب في دار الاسلام ۰ وقد بينا انه اذا كان احدهما غايبا لا يحكم بعجز الحاضر قبل حضور صاحبه مثله ۰ فان رد القاضي هذا في الرق لم يكن رد الاخر حتى اذا رجع مسلما لم يرد الى مولاه رقيقا ۰ وقد بينا ان الحاضر ليس بخصم عن الغايب وان عجز الغايب لم يظهر بعجز الحاضر فلهذا لا ينفسخ الكتابة في حق الغايب وان كان مرتدا في دار الحرب ۰ رجل كاتب عبدا له وامراته مكاتبة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم ولدت ولدا فقتل الولد فقيمته للام دون الاب لانه جزء منها يتبعها في الرق والحرية فيتبعها في الكتابة ايضا فلهذا كان بدل نفسه لها وكسبه وارش الجراحة عليه لها ايضا وان قتله المولى فعليه قيمته وكان قصاصا بالكتابة ان كانت قد حلت او رضيت هي بالقصاص ان لم تكن حلت لان الاجل حقها فتسقط باسقاطها كما لو عجلت المال ثم ترجع على الزوج بحصته اذا حلت الكتابة لانها صارت مؤدية جميع البدل بالمقاصة فترجع على الزوج بحصته بحكم الكفالة ولكن رضاها بسقوط الاجل معتبر في حقها دون حق الزوج فلهذا لا ترجع عليه الا بعد حل المال وان كان في القيمة فضل على الكتابة فذلك الفضل فيما ترك الولد من مال فهو للام دون الاب لان الولد قتل وهو مملوك وقد كان تبعا للام في الكتابة فكسبه وما فضل من قيمته يكون لها خاصة ۰ وكذلك ان كان الولد جارية فكبرت وولدت بنتا ثم قتلت الابنة السفلى كانت قيمتها للجدة لان السفلى كالعليا في انها تابعة للجدة داخلة في كتابتها ۰ وان ماتت الجدة وبقي الولدان والزوج كان على الولدين من السعاية ما كان على الجدة لانها في حكم جزء منها فيسعيان فيما كان عليها ۰ وان ادى احد الولدين لم يرجع على صاحبه بشيء لانه مؤدي عن الجدة وكسبه في حكم اداء بدل الكتابة بمنزلة كسب الجدة فلا يرجع على صاحبه بشيء هذا ۰ ولكنه يرجع على الزوج بحصته كما لو ادت الجدة في حياتها جميع البدل رجعت على الزوج بحصته ثم يسلم له ذلك دون الاخر لانه كسبه وانما يسلم للجدة من كسبه قدر ما يحتاج اليه لاداء بدل الكتابة وتحصيل الحرية لنفسها فما فضل من ذلك يسلم للمكتسب ۰ وهذا الذي رجع به فاضل عن حاجتها فيكون للمكتسب خاصة ۰ رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة بالف درهم وقيمتهما سواء فادى احدهما مائتي درهم ثم عتقه

المولى بعد ذلك فانه يرجع بنصف المؤدى قل او كثر فلا يبطل ذلك بعتقه لان عتقه متى رحمته لا مبطل له ثم يرتفع عن الآخر نصف ما بقي
من الكتابة اعتبارا للبعض بالكل ● وقد بينا انه لو اعتق احدهما في حال بقاء جميع الكتابة صار كالقابض للنصف وكالمبرئ له عن النصف
فكذلك في حق الباقي هنا ● وكذلك ان اعتق الذي لم يؤد لان احدهما كالآخر فلا يختلف حكم عتقهما وايهما اعتق فانه يؤخذ على حاله
لمكاتبة خاصة لانه بمنزلة الكفيل عنه وقد صحت هذه الكفالة تبعا لعقد الكتابة حين كان مطالبا بجميع المال قبل عتق صاحبه فكذا
يبقى مطالبا بنصيب صاحبه بعد عتقه فاذا ادى رجع به عليه وليس من ضرورة صحة كفالته ابتداء بما على صاحبه بعد حريته امتناع
بقاء ما كان ثابتا ● الا ترى ان الاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه والعدة تمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاؤه والله اعلم بالصواب

باب مكاتبة المكاتب

قد بينا ان المكاتب اذا كاتب عبده استحسانا فان اعتقه بعد المكاتبة لم ينفذ عتقه كما قبله لانه لا يملكه حقيقة وهو متبرع في اعتاقه وكذلك
ان وهب له نصف المكاتبة او كلها لانه ابراء بطريق التبرع ● وكذلك لو قال المكاتب لعبده اذا اعطيتني الف درهم فانت حر فهذا باطل
ولو ادى لم يعتق لان تعليق العتق بالشرط لا يصح ممن ليس باهل للتنجيز كالصبي وهذا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة بمنزلة البيع
او انفع منه في حق المكاتب وهذا لا يحتمل الفسخ بالتراضي ولو اعتبر معنى التعليق فيه لم يحتمل الفسخ ● مكاتب كاتب جارية ثم وطئها
تعلقت منه فان شاءت مضت على الكتابة لان الاستيلاد لا ينافي ابتداء الكتابة فكذلك بقاؤها ● واذا اختارت ذلك اخذت عقرها
لان المكاتب مما يلزمه العقر بالوطي كالحر وقد بينا ان الحر اذا وطئ مكاتبته يلزمه عقرها لانها صارت احق بنفسها فكذلك المكاتب
وان شاءت عجزت نفسها فيكون بمنزلة ام ولد لا يبيعها كما لو استولد المكاتب جارية فاعتقها المولى ثم عجز كما لو اعتق جارية من كسب
مكاتبه بخلاف ما لو اعتق ولدها لان الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى لان ثبوت ملك المولى بضرورة التبعية
في الكتابة وامتناع بيعها لا لانها تابعة للولد في هذا الحكم لانها داخلة في الكتابة ● وان مات الولد لم يكن للمكاتب ان يبيعها ايضا لان امتناع
البيع فيها كان يتعلق الولد وحق الولد بموته لا يبطل فكذلك حق الام وانما امتنع بيعها لثبوت نسب ولدها منه وذلك باق بعد موته
مكاتب كاتب جاريته ثم استولدها المولى فعليه العقر لها لانها صارت احق بنفسها والولد مع امه بمنزلتها لانه جزء منها ● وقد بينا
في كتاب العتاق انه لا يمكن الحكم بحرية ولدها مجانا ولا بالقيمة فان عجزت اخذ المولى الولد بالقيمة استحسانا والجارية مملوكة للمكاتب
بمنزلة المغرور فان كان المكاتب هو الذي وطئها ثم مات ولم يترك مالا فانها لم تلد مضت على المكاتبة لان المكاتب مات عن وفاء اعتبارا بما عليها
من البدل ● وقد بينا ان الوفاء بمال هو دين له معتبر كالوفاء بالعين من المال وان كان ولدت خيرت فان شاءت رفضت مكاتبتها وسعت
هي وولدها في مكاتبة الاول وان شاءت مضت على كتابتها لانه تلقاها جهتا حرية اما اداء كتابة نفسها مع ولدها واداء كتابة المكاتب
بعد رفض كتابتها لانها بمنزلة ام الولد للمكاتب اذا مات عن ام ولد ومعها ولده المولود في الكتابة سعت هي مع ولدها في المكاتبة وتعتقان
بالاداء فهذا مثله ● ولو كان ترك مالا فيه وفاء بالمكاتبة اديت كتابته وحكم بحريته وحرية ولده وتبطل المكاتبة عنها لانها صارت
ام ولد للمكاتب فتعتق بموته حين حكمنا بحريته ووقع الاستغناء لها عن اداء مكاتبتها وان عجز فحق المولى هو المدعي للولد والمكاتب للآخر
فالولد حر وعلى المولى قيمته لان مكاتبة المكاتب باقية بعد موته للوفاء بها وبولدها ● وقد بينا انها لو عجزت في حياة المكاتب اخذ المولى
ابنه بالقيمة فكذلك بعد موته وان كان بالقيمة وفاء بالمكاتب عتق المكاتب لان المولى صار مستوفيا لبدل الكتابة بالمقاصة فكانت
الام مملوكة لورثة المكاتب ان كان له وارث سوى المولى وان لم يكن صارت للمولى بالارث وكانت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت
النسب مكاتب كاتب عبدا ثم كاتب عبده امة فاستولدها المكاتب الاول اخذت منه عقرها لما سقط الحد عنه لشبهة حق الملك
فيها بعد عجزها وعجز من كاتبها ومضت على كتابتها لانها احق بنفسها ومكاسبها وولدها بمنزلتها لانه جزء منها فان عجزت كان الولد
للمكاتب في كسب مكاتبه بحق الحر فان الثابت له حق الملك وفي حق الملك المكاتب والحر سواء فكما ان الحر يأخذ ولده بالقيمة في هذه
الصورة استحسانا فكذلك المكاتب الا ان الحر اذا اخذه بالقيمة كان مثله ايضا داخلا في كتابته لان كسب المكاتب يحتمل الكتابة
ولا يحتمل الحرية ● وان اعتق المولى هذا الولد بعد عتقه لانه لما دخل في ملكه صار ملكا للمولى فان كان المكاتب عبده ثم كاتب
الثاني عبدا له ايضا ثم عجز الاوسط فالمكاتب الاخير يصير للمكاتب الاول لان الاوسط صار عبدا فيأخذه ومكاتبه ايضا يصير
ولا يكون عجز الاوسط عجزا للآخر فان ادى عتق وان عجز كان عبدا له ثم ذكر مسألة العتاق اذا ولدت المكاتبة ابنه ثم ولدت
ابنه ثم عتق المولى احدهما وقد بينا هذا بتمامه هناك ● رجل كاتب جاريتين له مكاتبة واحدة ثم استولد احداهما فالولد حر

والام مع الجارية الاخرى مكاتبة كما كانت ولا خيار لها في ذلك بخلاف ما اذا كاتب مكاتبة وحدها لان هناك لها ان تعجز نفسها قبل الاستيلاد
وتفسخ الكتابة فكذلك بعد الاستيلاد وهنا لم يكن لها ان تعجز نفسها قبل الاستيلاد وتفسخ الكتابة في حق الاخرى فانهما كشخص واحد فلا
العجز في حق احدهما دون الاخرى ● الا ترى ان الاخرى لو ادت المكاتبة بعد ما عجزت هذه نفسها عتقا فلهذا لا يجبر ● وكذلك لو كانت حمل
ولدت بنتا فاستولد السيد البنت لم تصر ام ولد له لو لدته بغير قيمة لان المكاتبة تسعى لتحصيل الحرية لنفسها واولادها واولاد
اولادها وفي هذا تحصيل مقصودها ولانه لو تحقق عجزها كان ولدها لو لدته حرا بغير قيمة لثبوت نسبه فكذلك بعد عجزها ومعنى هذا
ان الابنة تصير ام ولد له لانه لا يبطل عنها حكم تبعية الام في الكتابة لان مقصود الام في حقها لا يحصل بالاستيلاد ● الا ترى انا
لو اخرجناها من المكاتبة وجعلناها ام ولد للمولى لم تعتق باداء المال المكاتبة وكان في هذا تفويت مقصوده فلهذا نفينا حكم
الكتابة فيها حتى يعتق الام باداء مكاتبته كانت عبدا ثم ولدت ولدا ثم ماتت ولم تدع شيئا قال يسعى الولد في امه لانه مولود في كتابها
ولا هو يرث بعد ما على المكاتب في اسقاط السعاية عنه لان ذلك دين لا يحل اذا كاتبها منه قبل حله ● الا ترى انه لو كان لها
على حر دين الى اجل قضى على الولد السعاية فكذلك هنا فان كان نجم الكتابة الى سنة قضي على الولد بالسعاية فعجز عنها عند حلوله
قبل حلول ما على المكاتب او قبل حلول الدين الذي على الاجنبي فانه يرد في الرق لانه قائم مقام الام ● ولو عجزت هي في حياتها
عن اداء نجم حل عليها ردت في الرق ولا يلتفت الى ما لها من الدين المؤجل على غيرها لانها لا تصل الى ذلك الا بعد حله فقبل الحلول
بمنزلة المعدوم في تحقق عجزها حتى ترد في الرق فكذلك بعد موتها ولدها فان رد في الرق ثم خرج الدين من الاجنبي والمكاتب فهو للمولى
والولد رقيق له لان كتابتها قد بطلت بقضاء القاضي برد الولد في الرق فهذا المال كسبها فيكون للمولى مع ولدها ● والله اعلم

باب كتابة العبد على نفسه وولده الصغير

رجل كاتب عبدا له على نفسه وولده الصغار قال هو جائز لانه لو كاتب عبدا حاضرا على نفسه وعلى غائب جاز اذا قبل الحاضر فهذا مثله
او اولى لان ولده اليه اقرب من الاجنبي فان عجز قبل اداء الولد او بعده رد في الرق وكان ذلك ردا للولد ايضا لان الاولاد صغار
عن الكسب ولانه ليس عليهم شيء من المال انما المال على الاب وقد تحقق عجزه فيرد في الرق ويكون ذلك ردا للولد ايضا في حق من كان
في العقد الا ان ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل وهذا بخلاف المكاتبين اذا عجز احدهما لان هناك الآخر مطالب بالمال فيعجز احدهما
لا يظهر العجز في الآخر وهنا الاولاد لا يطالبون بشيء من المال لان الاب مملوك الولاية على اولاده في التزام المال بامره فلهذا
يتم العجز به كما يتم العقد بقبوله فان ادى ولده فلو اخذ سعى في المكاتبة لم يلتفت اليهم لان المكاتبة قد سقطت برد الاب
في الرق وكذلك لو كانوا بالغين حين عجز الاب لانه ليس عليهم شيء من المال فقدرتهم على السعاية وعجزهم عنها ● وان مات الاب
ولم يدع شيئا سعوا في المكاتبة على النجوم وكان ينبغي في القياس ان لا يثبت النجوم في حقهم ولكن يؤخذوا بالمال حالا والا ردوا في الرق
كما بينا في العبد الغائب والحاضر اذا مات الحاضر ولكن قال هنا قبول الاب الكتابة في حق اولاده صحيح فيما يرجع الى مقصوده وعتق
الاولاد من مقاصده كعتق نفسه كما يثبت الاجل ويبقى باعتبار رقابه لتحصيل مقصوده فكذلك باعتبار بقاء الولد لان من مقاصده
بخلاف العبد الغائب فانه لا مقصود للحاضر في عتقه ● يوضحه ان حال الاولاد هنا كحال ولد مولود في الكتابة لان ذلك الولد
كما حدث حدث مكاتبا وهذا الولد كما عقد عقد الكتابة صار مكاتبا ثم ذلك الولد يسعى على النجوم فهذا الولد مثله
ان سبب الولاية هو الابوة ثابت هنا حتى اذا تم سقوط حق المولى بعتقهما كان له الولاية فيعتبر قيام السبب ايضا فيما ينفعهما ولا
بالمولى وفي القول بان الولد يسعى على النجوم منفعة لهما فان كانوا صغارا لا يقدرون على السعاية ردوا في الرق لتحقق العجز في حق
الاب حين لم يخلف ما يؤدى به بدل الكتابة ومن لا يؤدي عنه بان كانوا يقدرون عليها فسعى بعضهم في المكاتبة فادى ها لم يرجع
على اخوته بشيء فكذلك بعد موته فان ظهر للاب مال كان ميراثا بينهم لاستناد حريتهم الى ما استند اليه حرية ابيهم ولم يكن لهذا
ان يأخذ من تركة الاب ما ادى لانه متبرع فيما ادى اذ لم يكن مطالبا بشيء من المال كما في حال حياة الاب ولانه بمنزلة الاب
في المكاتبة فانما يؤدي ليحصل العتق لنفسه وكسبه فيما يؤدي به البدل ككسب ابيه فلهذا لا يرجع بالمؤدى في تركة ابيه وكان
للمولى ان يأخذ كل واحد من الاولاد بجميع المال لا باعتبار انه دين في ذمته ولكن باعتبار انه قائم مقام ابيه وفيما هو من حقوق
الاب كان قوله صحيحا في حق الاولاد فيأخذ كل واحد منهما بجميع المال كانه ليس معه غيره ● ولهذا لو مات بعضهم لا يرفع عن بقيتهم
شيء من المكاتبة كما لو كان معدوما في الابتداء ● وهذا لان المكاتبة واحدة في حقهم وفي حق الاب فلا يعتق احد منهم الا بوصول

جميع المال الى المولى فانما عتق المولى بعضهم رجع عليهم حصة قيمة المعتق لان اعتاق المولى بعضهم بمنزلة القبض لحصته وفيما يرجع الى منفعتهم
لكل واحد منهم من البدل حصته وان كان الاب هو القاتل لان العقد مضاف الى الكل قصدا بخلاف الولد المولود في الكتابة اذا اعتقه المولى
فانه لا يسقط شي من البدل لانه كان تبعا في العقد وشي من البدل لا يقابل البيع وان كانت فيهم جارية فاستولدها السيد اخذت عقرها
وهي مكاتبة على حالها ليس لها ان تعجز نفسها لمكان اخوتها ٥ الا ترى انهم لو ادوا عتقت هي ايضا وان كان الولد كبيرا حين كاتب على نفسه وعليهم
بغير امرهم وادى الكتابة عتقوا ولم يرجع بشي منها عليهم في هذا الوجه ولا في الوجه الاول لان بقبوله لم يلزمهم شي من البدل فكان هو متبرعا
المال عن نفسه ٥ رجل كاتب عبداله وامراته مكاتبة واحدة على نفسهما واولادهما وهم صغار ثم ان انسان قتل الولد فقيمته للابوين جميعا
يستعينان بها في الكتابة لانهما قبلا الكتابة عليهم وحالهما في ذلك على السواء اذ لا ولاية لواحد منهما عليه ولا يمكن جعل هذه القيمة للمولى
لان الولد صار مكاتبا بقبولهما فلم يبق للمولى سبيل على كسبه او على قيمة رقبته فلا بد من ان توخذ القيمة عنه فيكون للابوين لانهما كانا ينفقان
عليه في حيوته وكان احق بحضانته ٥ وهذا بخلاف الولد المولود بينهما بعد الكتابة فان قيمة الام خاصة لان ثبوت الكتابة في حق الولد هناك
بطريق التبعية وجانب الام لا يترجح في ذلك لانه جزء منها وهنا ثبوت الكتابة في حق الولد بالقبول والقبول بينهما جميعا فان مات الاب
فاراد المولى سعاية الولد لم يكن له ذلك لان وجوب المال بقبولهما كان عليهما دون الولد فما بقيا حيين لم يكن على الولد شي من المال وليس للابوين
سبيل على كسب الولد لانه مكاتب للمولى مقصود بالعقد معهما وليس للابوين سبيل على كسب المكاتب بخلاف الولد المولود في الكتابة فانه تبع للام
فكانت احق بكسبه تستعين به على اداء البدل ٥ وان مات الولد وترك مالا فما له للابوين مثل قيمة نفسه على ما بينا انه مكاتب معهما فلا سبيل
للمولى على ماله ولكنهما ياخذان ماله فيستعينان به على اداء البدل وان عتق السيد الولد وضعت حصته عن الابوين لما بينا ان العقد يتناوله
مقصودا فكان له من البدل حصته وان لم يكن كان المولى يطالبه به لانعدام القبول من جهته وصار المولى بعتقه قابضا حصته وان لم يعتقه
واراد ان ياخذ بشي من الكتابة لم يكن له ذلك ما بقي احد الوالدين لان تجويزها عليه غير معتبر في الالزام والابوان هما الاصلان في وجوب المال
عليهما بالقبول فما بقي شي من الاصل لا يظهر حكم الخلف فاذا ماتا قلنا ان وقعت الكتابة والولد صغير سعى فيها على النجوم بعد موتهما كما يسعى
الولد المولود في الكتابة ٥ وان وقعت وهو كبير فعليه ان يودي الكتابة حالة والا رد في الرق بمنزلة العبد الحاضر مع الغائب لانه لا ولاية للابوين
على الولد الكبير بعد سقوط حق المولى عنه بمنزلة الاجنبي في حقهما فلا يبقى الاجل بعد موتهما لان الاجل لتاخير المطالبة وهو غير مطالب لانعدام
القبول منه ولم له عليه ولاية فقلنا ان جاء بالمال حالا والا رد في الرق والله اعلم

باب مكاتبة الوصي

وللوصي ان يكاتب عبد اليتيم استحسانا ٥ وفي القياس لا يصح ذلك منه لانه ارفاق في الحال واعتاق باعتبار المال ٥ وجه الاستحسان ان الوصي
قايم مقام اليتيم فيما فيه النظر له والكتابة انظر من البيع لان البيع يزيل ملكه عن العين قبل وصول البدل اليه وبالكتابة لا يزول ملكه عنه الا بعد
وصول المال وتسقط نفقته عنه في الحال فان تعذر وصول المال اليه يعجز بفسخ الكتابة وكان عبدا له على حاله فاذا ملك البيع ملك الكتابة
بطريق الاولى فان وهب المال لم يجز بعد الكتابة لانه تبرع بما لا يملكه فلا يصح من جهته ولا من جهة الصبي لانه ليس بقايم مقامه في التبرع وان اقر
بالقبض صدق لان المال وجب بعقده وهو يملك مباشرة قبضه فيصح اقراره بالقبض فان قيل على قياس هذا ينبغي ان يصح هبته في حق الكتابة
لما كان الوجوب بعقده كما لو باعه من انسان ثم ابرا المشتري عن الثمن جاز في قول ابي حنيفة ومحمد رح قلنا في البيع هو كالعاقد لنفسه فيما هو من حقوق
عقده ولهذا كان قبض الثمن اليه بعد بلوغ اليتيم فاما في الكتابة هو معبر عن اليتيم ٥ ولهذا لا يملك قبض البدل بعد بلوغ اليتيم فيكون هو بالهبة متبرعا
بما لا يملكه ولان هبة البدل من المكاتب اعتاق له والوصي لا يملك الاعتاق فاما الاقرار بالقبض ليس باعتاق ولكنه اقرار بما يملك الانشاء فيه فان قال
قد كاتبته وادى الي لم يصدق لان الاقرار بالكتابة وقبض البدل اعتاق له ٥ فان قيل اليس انه يملك انشاء الكتابة واستيفاء البدل فينبغي ان يصح
اقراره به قلنا انما يملك الانشاء لانه يدخل بتصرفه في ملك اليتيم ظاهرا مثل ما يخرجه عن ملكه وذلك لا يوجد في الاقرار ٥ فان قيل فكذلك اذا اقر
باستيفاء البدل بعد ما باشر الكتابة ٥ قلنا هناك بمباشرة الكتابة يدخل في ملكه ظاهرا مثل ما يخرجه من ملكه ثم بالاقرار بالقبض ليس يخرج عن ملكه
شيا انما يتقرر ملكه في البدل بقبضه ولو وكل الوصي بقبض بدل الكتابة جاز لانه يملك مباشرة القبض بولايته فيصح توكيله به غيره كالاب
فان كاتبه ثم ادرك اليتيم فلم يرض به فالكتابة ماضية لانه تصرف نفذ من الوصي في حال قيام ولايته فلا يملك اليتيم ابطاله بعد البلوغ كالبيع
وهذا لان فعله في حال بقاء ولايته كفعل اليتيم بنفسه غير انه لا يدفع المال الى الوصي لان ولاية القبض له كان بطريق النيابة عن اليتيم وقد زال
ذلك فهو كمن وجب لليتيم لا بعقد الوصي فقبضه بعد بلوغه وهذا لان العاقد في باب الكتابة سفير ٥ الا ترى ان الوكيل بالكتابة لا يملك القبض فانه

ليس عليه تسليم المعقود عليه فلا يقبض البدل بحكم العقد ايضا ولكن القبض الى اليتيم بعد بلوغه ولا يعتق المكاتب الا باداء اليه او الى وكيله
وكذلك لو كان القاضي عزل الوكيل الذي جعل غيره وصيا كان قبض البدل الى الثاني دون الاول فان ادى الى اليتيم لم يعتق ولا يجوز لاحد الوصيين
ان يكاتب بغير اذن صاحبه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول ابي يوسف رحمه الله بمنزلة بيع احد الوصيين عن اليتيم فان عندهما
لا ينفرد به احدهما لان الاب اقام رايهما مقام راي نفسه ورأي المثنى لا يكون كراي الواحد فابو يوسف رحمه الله يقول يصير في الوصي حكم
ولايته ولكل واحد من الوصيين ولاية تامة ولا يجوز للوصي ان يعتق على مال كما لا يعتق بغير مال لان العبد يخرج من ملك اليتيم بنفس القبول
والبدل في ذمة مفلسه كالتاوي وكذلك لا يبيع نفس العبد منه بمال لانه اعتاق بجعل ٥ الا ترى انه اذا صح عتق بنفس القبول قبل اداء
المال بخلاف الكتابة ولا يجوز للوصي ان يكاتب اذا كاتب الورثة كبارا غيبا كانوا او حضورا لانه ليس له على الورثة الكبار ولاية وانما له حفظ
المال عليهم فانما يملك من التصرفات ما يرجع الى الحفظ والكتابة ليست من هذه الجملة ٥ الا ترى انه لا يبيع العقار قال وكذلك لو كانوا
صغارا فادركوا ثم كاتبه الوصي لم يجز كما لو كانوا كبارا ٥ الا ترى انهم لو كاتبوه بانفسهم صح منهم وانما تثبت الولاية للوصي في حال لا يملك
الوصي عليه بمباشرة التصرف بنفسه وكذلك ان كان بعض الورثة كبارا فابوا ان يجيزوا كتابة الوصي لم تجز مكاتبته لانه لا ولاية له في
الكبار والصغير لو كان بالغا فكاتب نصيبه بنفسه كان للاخر ان يفسخ الكتابة فكذلك اذا فعله الوصي فان كانت الورثة صغارا وعلى الميت دين
فكاتب الوصي عبدا من تركته لم يجزوا ان كان الدين لا يحيط بماله لان حق الغرما مقدم وما لم يصل اليهم كمال حقه لا يسلم شي من التركة الى
الوارث فلا يمكن تصحيح كتابة الغرما اذ ليس للوصي عليه ولاية ولا لليتيم لانه لا يسلم له شي الا بعد وفاء الدين ولا للميت لان حقه في تفريغ
ذمته وتتاخر ذلك بكتابته فلهذا لم يجز عقده الا ان يستوفي الغرما حقهم من بقية التركة فحينئذ تنفذ الكتابة لان المانع قيام حق الغرما وقد زال
ذلك بوصول دينهم اليه وكذلك ان كان مكان الدين وصية بالثلث لانه لا ولاية للوصي على الموصي له في كتابة نصيبه وثلث العبد بالوصية
صار له فلا تنفذ الكتابة من الوصي فيه كما لو كان بعض الورثة كبارا ٥ رجل اوصى بثلث ماله وله عبيد لا مال له غيرهم وترك ابنا صغارا
فكاتب الوصي بعض الرقيق فادى اليه جميع المكاتبة فانه يعتق حصة الورثة منه لان ثلثي المكاتب كان لهم لو كانوا هم والوصي قايم مقامهم في الكتابة
وان كانوا بالغين فكاتبوا واستوفوا البدل عتق بعضهم فكذلك اذا فعله الوصي فياخذ الموصى له من المكاتبة حصته لان ثلث العبد بموت
الموصي صار له وانما ادى بدل الكتابة من كسبه وثلث الكسب حقه فكان له ان يستوفي ذلك من الموصي وله ان يضمن الورثة حصته من العبد
ان كانوا اغنيا لانه معتق له واحد الشريكين اذا اعتق وهو موسر يكون ضامنا لنصيب شريكه والصبي لا ينافي اليسار فلا يمنع وجوب
ضمان العتق فالصبي اولى وقد بينا في العتاق ان الرق لا يمنع وجوب ضمان العتق لان الرق بنا في حقيقة الملك والصبي لا ينافيه وليس له
وليس له ان يضمن الصبي شيا لان الوصي نايب عن الورثة بمنزلة الوكيل هم بعد البلوغ فلا يكون معتقا وانما يجب الضمان على المعتق والله اعلم

باب مكاتبة الامة الحامل

رجل كاتب امة له حاملا فما في بطنها داخل في الكتابة ذكرا ولم يذكر كما يدخل في بيعها لانه جزء منها ولانها لو حبلت بعد الكتابة وولدت
كان المولود داخلا في كتابتها واذا كان الموجود عند العقد اولى فان استثنى ما في بطنها لم تجز الكتابة كما لو باعها واستثنى ما في بطنها
لانه بالاستثناء يشترط ما في بطنها لنفسه وهو شرط فاسد متمكن في صلب العقد فيبطل به الكتابة كما لو استثنى وطيها او خدمتها لنفسه ٥
وان كاتب ما في بطنها دونها لم يجز كما لو باع ما في البطن وهذا لان ما في البطن بمنزلة جزء منها فلا يحتمل الكتابة مقصودا ولان الكتابة لا تتم
الا بالقبول والقبول من الجنين لا يتحقق وليس لاحد عليه ولاية القبول الام وغيرها فيه سوا لان القابل يمكن ان يجعل نايبا فان نيابة الغير
شرعا فيما يكون متصورا من المنوب عنه وان كاتبها وهي حامل فولدت ثم ماتت سعى الولد في مكاتبتها على نجومها لانه جزء منها انفصل بعد
ثبوت حكم الكتابة فيها والنجوم تبقى ببقا مثل هذا الجزء وان كان عليها دين سعى فيه ايضا لان هذا الجزء قايم مقامها وهي في حيوتها كانت تسعى
في الدين والكتابة جميعا فان ادى الولد المكاتبة قبل الدين عتق واخذ الغرما بالدين حتى يسعى لهم فيه استحسانا ٥ وفي القياس لا يعتق
لان كسب الولد فيما يرجع الى حاجتها ككسبها فانما يبدا من كسبها بالدين قبل الكتابة لان الدين اقوى من الكتابة ٥ الا ترى انه لا يسقط عنها
بالعجز ولكنه استحسن فقال الولد قايم مقامها وهي في حيوتها لو ادت الكتابة قبل الدين عتقت وكان للغرما ان يطالبوها بالدين فكذلك الولد
اذا ادى ٥ وهذا لان ذمة الولد خلف عن ذمتها وهذا بعينه النجوم ببقاء الولد فما دينا في ذمته فاذا قضى احدهما من كسبه صح قضاؤه
ولا سبيل للغرما على ما اخذه المولى لان حقهم في ذمته فيطالبونه بان يسعى لهم كما لو كانت هي التي ادت الكتابة في حيوتها وهذا لان الدين ثابت
في ذمته والدين في ذمة الرقيق يثبت متعلقا بمالية الرقبة فيباع فيه وان كان المولى قد قبض منه شيا من المال فهو سالم له كما لو كان الحق

في حيوتها وهذا لانه بمنزلة غريم الغريم وللمكاتب ان يقضي بعض غرمائه ويسلم المقبوض للقابض عتق المكاتب وعجز لانه في قضا
الدين بكسبه كالحر واذا قتل الولد خطا اخذت الدية من عاقلة القاتل فيبدا منها بقضا الدين لان بدل نفس الولد بمنزلة كسبه وذلك
في حاجتها بمنزلة مالها فيبدا منه بقضا الدين ثم بالكتابة لان الدية لما جرت تعلقت الحقوق بالمال فيبدا بالاقوى والدين اقوى من الكتابة
ثم يقضي الكتابة بعد ذلك والباقي يكون لورثته الابن دون ورثة الام لانه يحكم بعتقها وعتق الولد باداء الكتابة ولا حق لها فيما كان فاضلا
عن حاجتها من بدل نفس الولد او كسبه الا ترى ان الولد لو كان الفضل بما له فكذا يسلم لورثته بعد موته ويستوي ان كانت هي حاملا
او ولدت في كتابتها وان ماتت الام وتركت مالا وفا بالدين الذي عليها قبض المولى ذلك من المكاتبة تعتق الام والولد اذا كان الولد
هو الذي ادى اليه لانه خلف عنها فاداوه كادائها الا ان الغرما احق بذلك ياخذونه من المولى لان حقهم تعلق بما لها بعد الموت كما تعلق
حق غرما الحر بماله بعد موته وحقهم اقوى من حق المالك وليس للابن ولاية ابطال حقهم فلهذا اخذوا المال منه ثم يرجع هو على الابن ببدل
الكتابة ولكن لا يبطل العتق كما لو استحق المقبوض من البدل وهذا بخلاف ما اذا لم يكن لها مال فادى الولد الكتابة من كسبه لان هناك
حق الغرماء في ذمته لا في حق المولى وهو مكاتب قائم مقام الاول فيملك تخصيص بعض الغرما بانقضا الدين من كسبه وان كان المولى هو الذي قبض
مالها من غير اداء الولد اليه لم يعتق لان هذا مال الغرما فالمولى غاصب في اخذه لا مستوفي لبدل الكتابة بخلاف ما اذا ادى الولد لا يكون
مؤديا ببدل الكتابة بمال هو حق لغيره الا ترى انه لو كان في يدها مال مغصوب لانسان فغصبه المولى ذلك منها لم تعتق ولو ادت اليه
بجهة الكتابة عتقت فكذلك بعد موتها وان كان القاضي دفعه اليه وهو لا يعلمان عليها دين فهو بمنزلة الباب الاول تعتق هي وولدها
لان اداء القاضي كاداء الولد واقوى منه فان للقاضي ولاية قضا الدين الذي على الميت من ماله كما يكون لمن يخلفه ذلك وان اعتق المولى ولدها
في حيوتها عتق ولم يرفع عنها شي من بدل الكتابة لانه تبع محض لا يقابله شي من البدل اذا لم يكن من اهل القبول وقت عقد الكتابة فهو كالولد
المولود في الكتابة وان ماتت فلم تترك وفا فاعتق المولى الولد جاز العتق لانه قايم مقامها ولو اعتقها المولى جاز العتق وان كان عليها دين
ويبقى حق الغرماء في ذمتها فكذلك اذا اعتق ولدها وهذا لان حق غرمائها لا يتعلق برقبة الولد ما بقيت الكتابة انما يتعلق بالكسب
وبالعتق لا يفوت شي من محل حقهم فلا يمنع نفوذ العتق من المولى ولا يضمن للغرما شيا ولكن الولد يسعى لهم في الدين كما يفعله قبل العتق
بحال كتابة امه وهي حبلى او حبلت من بعد ثم اعتق بعضها قبل ان يعتق من الولد قبل ذلك لان الجنين تبع لها وثبوت الحكم في التبع بثبوته
في الاصل فلهذا يعتق منه بقدر ما عتق منها وهي بالخيار ان شات سعت في نصف المكاتبة وان شات سعت في نصف القيمة في قول ابي حنيفة
رحمه الله لان العتق عنده يتجزى وقد تلقاها جهتا حرية الكتابة والسعاية فتختار ايهما شات فان اقامت بعدما ولدت يسعى الولد فيما على
لانها بمنزلة المكاتبة سوا اختارت السعاية في نصف المكاتبة او نصف القيمة والولد مولود في كتابتها فيسعى فيما عليها ولا يسعى في شي
من قيمة نفسه لان ثبوت العتق في نصفه بطريق التبعية للام فلا ينقلب مقصودا فيما كان فيه تبعا وان كان عليها دين يسعى الولد في جميع الدين
ايضا لانه قايم مقامها فيما كان عليها من الدين والكتابة وهذا لانه لا يعتق الا بعتقها فكل هذا والولد المولود في الكتابة سوا وان اعتقه
المولى لم يبطل عنه الدين لان الدين ثبت في ذمته فلان يؤدي من سعايته باعتبار خلافته عنها فلا يبطل باعتاق المولى اياه كما لا يبطل باعتاق
المولى اياها وان كان هذا الولد جارية فعلقت من المولى ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد لانها كانت كالمكاتبة للمولى وسعت في الدين
الذي على امها كما لو كان المولى اعتقها في حيوته ولم تسع في المكاتبة كل سعايتها في المكاتبة كان لتحصيل العتق لنفسها وقد عتقت ولان المولى
باعتاقه اياها بعد موت الام يصير مبرئا لها عن بدل الكتابة الا ترى انه لو اعتقها في حيوتها كان مبريا لها عن بدل الكتابة فكذلك الولد
ويستوي ان عتقها قصدا او بالاستيلاد واذا كاتب الرجل امته فولدت ولدا فجنى الولد جناية واكتسب مالا فجميع ذلك للام لانه تابع لها
في الكتابة فكسبه وارش طرفه لها وليس للولد ان يمنع شيا منها وان كان كبيرا فان عتقا ثم ماتت الام فذلك ميراث عنها سواء كانت اخذته
او لم تاخذ بخلاف ما يكتسبه الولد بعد موتها وهذا لان في حال بقا الاصل لا عبرة للتبع فكان الولد كسبها ولو اكتسب ثم عتقت
ثم ماتت كان كسبها ميراثا عنها سوا كان في يدها او في يد غيرها فكذلك كسب ولدها فاما بعد الموت فات ما هو الاصل ولكن بقي الولد خلفا
عنها فيما كان من حاجتها وحاجتها الى اداء البدل لتعتق به فلهذا كان ما وراء ذلك من كسب الولد له ان مات الولد بعد العتق من تلك الجراحة
كان جميع قيمته للام لان الجاني صار قاتلا له فان بالعتق لم تنقطع السراية هنا حين لم يتبدل المستحق فاذا صار قاتلا له وهو مكاتب وقت
جنايته فيكون الواجب عليه القيمة ويكون ذلك سالما للام وان مات الولد عن مال وورثة احرار ثم ماتت الام قبل ان تاخذه ولم تترك شيا
فذلك المال لها لان سببا لاستحقاق قد تقرر لها في حيوتها فلا يبطل حقها بموتها ولكن القيمة مالها ويأخذ المولى منه المكاتبة والباقي ميراث عنها
ويجوز لولد المكاتبة ان يسعى ويبيع ويشتري لانه بمنزلة امه مكاتب يملك التصرف وان كان كسبه لها بحكم التبعية في الكتابة فان الكسب ملك

الدين الذي عليه وعلى امه وسعى في الكتابة لانه مع لحوق الدين اياه قايم مقام الام بعد موتها فيسعى في جميع ما عليها فان مات
بدا بدينه لان دينه في ذمته اقوى من حيث انه اسبق تعلقا وانه اصل فيه لمباشرة سببه فيبدا من كسبه بدينه ثم بدين امه الا ترى
ان المكاتبة لو اذنت لعبدها في التجارة فلحقه دين ثم ماتت كان غرما العبد احق بمالية الرقبة من غرمائها فكذلك الولد وهذا لان
كسبه بعدما تفرغ من حاجته فان حاجة المكتسب في كسبه مقدم على حاجة غيره مكاتبة ولدت بنتا فكبرت وارتدت ولحقت
بالدار ثم اسرت لم يكن فيا لانها مكاتبة تبع لامها والمكاتبة لا تملك بالاسر فتحبس حتى تتوب او تموت كما لو كانت الام هي التي فعلت
ذلك وبهذا وجوه تبين فساد قول من قال من اصحابنا ان احدا لا يكاتب على احد فان الابنة لو لم تصر مكاتبة حقيقة لصارت
فيا بالاسر فان ماتت المكاتبة عن غير وفا فان القاضي يخرج الابنة من الحبس حتى تسعى فيما على امها مكاتبة ولدت ولدا ثم قتلها الولد
قتلها بمنزلة موتها وليس عليه من جنايته شي لانه جزء منها فكانها جنت على نفسها ولانها لو جنت على غيرها كان موجب
جنايتها في كسبها وكسبه لها فلو وجب بجنايته لها شي لما يجب فيما هو من حقها فلا يكون مفيدا وان جنت الام جناية
على انسان ثم ماتت قبل ان يقضي عليها يسعى الولد في الجناية والكتابة لانه قايم مقامها وهي في حيوتها كانت تسعى فيهما
فان عجزت نظر فان كان القاضي قضى اولى بالجناية بالقيمة فهو بمنزلة الدين على الولد يباع فيه وان كان القاضي لم يقض اولى الجناية
بطلت الجناية بعجزه كما لو عجزت في حال حيوتها قبل قضا القاضي ثم ماتت وهذا لان ولي الجناية في ذمتها وانما يصير دينا
في ذمتها بقضا القاضي فاذا ماتت قبل القضا بطل حقه لفوات محله فكذلك هنا

باب مكاتبة الرجلين

واذا كاتب الرجلان عبدهما مكاتبة واحدة فادى الى احدهما حصته لم يعتق نصيبه ما لم يود جميع المكاتبة اليهما لان العقد واحد
في حق المكاتب فلا يعتق منه شي باداء بعض البدل كما لو كان لرجل واحد وهذا لان المقبوض في حق سالم للقابض بل لشريكه ان يشاركه فيه
نصفه لانه مال وجب لهما بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان اداوه الى احدهما كادائه اليهما فان اعتقه احدهما
جاز لانه مالك لنصيبه متمكن من اعتاقه بعد الكتابة كما كان متمكنا منه قبل ذلك وكذلك ان وهب له نصيبه من المكاتبة او ابرا
منه عتق لانه لو كان مالكا لجميعه كان معتقا له بابرايه عن جميع البدل فكذلك اذا كان مالكا لنصفه كان معتقا لحصته بابرايه اياه
اباه عن حصته من البدل بمنزلة ما لو قال له انت حر بخلاف ما لو استوفى حصته وهذا لان ما اسقط بالهبة والابرا نصيبه
خاصة فيتحقق به براة ذمة المكاتب عن نصيبه فاما المستوفي ليس بنصيبه خاصة حتى كان لشريكه ان يشاركه فلا تتم براة ذمته
عن نصيبه بهذا الاستيفاء وكذلك ان سلم الشريك للقابض ما قبض او كان قبض نصيبه باذن شريكه لانه لا تتم سلامة المقبوض
بهذا ايضا حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما نصفين وهذا لانه انما سلم المقبوض بشرط ان يسلم له ما في ذمة المكاتب
فاما اذا فات شرطه بالعجز يرجع بنصف ما قبض كالمحال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين عليه الى ذمة المحيل ثم المكاتب بالخيار
بعد اعتاق احدهما اياه ان شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله
وبين العتق والسعاية ان كان المعتق موسرا لان بتعجيزه نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه احدهما
وعلى قول ابي يوسف يضمن المعتق نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا كما هو مذهبه في العبد المشترك
وعلى قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة وكذلك يسعى العبد في الاقل عنده عسرته المعتق لان
وجوب الضمان والسعاية لدفع الضرر عن الشريك ويندفع عنه الضرر بايجاب الاقل كان نصحه وقت الاعتاق كان له الاقل الا ترى
انه عتق نصيبه باتصال ذلك الضرر اليه والضرر يندفع عنه باتصال حقه اليه وابو يوسف يقول اعتبار الاقل حكم بقاء
الكتابة وحين عجز نفسه فقد انفسخت الكتابة فكان حق الساكت في نصف العبد عينا ولا يندفع الضرر عنه الا باتصال نصف
القيمة اليه ولا معنى لاعتبار الاقل بعد ذلك وان اختار المضي على الكتابة ثم مات عن مال كثير اخذ المولى الذي لم يعتق نصف المكاتبة
من ماله كما كان يطالبه في حيوته ثم الباقي بعد ذلك لورثته واذا كاتب الرجلان عبدا بينهما مكاتبة واحدة ان ادى اعتقا وان عجز
ردا فان كل واحد منهما يكون مكاتب بينهما على حدة بحصته وذلك بان يقسم المسمى على قيمتهما فيكون كل واحد منهما مطالبا بحصته وايا ادى
احدهما حصته اليهما عتق بخلاف ما لو كاتب الرجل واحد لان هنا لكل واحد منهما ان يجعل ملتزما لجميع البدل البعض بطريق الاصالة
والبعض بطريق الكفالة مراعاة لشرط المولى والمالك واحد فلا يكون ذلك منهما كفالة على الحقيقة فاما هنا نصف كل واحد منهما

لما لك على حدة فلو جعلنا كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل كان بحكم الكفالة فى البعض وفى نصف ذلك كفالة من كل واحد منهما عن مملوك
هو بعينه مولاه فيكون كفالة حقيقة ولا يصح الكفالة من المكاتب ولا ببدل الكتابة فلهذا كان كل واحد منهما مطالبا بحصته خاصة يعتق باداء
ذلك اليهما كما لو كاتبه كل واحد منهما بعقد على حدة • عبد بين رجلين كاتب احدهما نصيبه او بمنزلة ما لو باع احدهما نصيبه لان تصرف
المكاتب لا فى خالص ملكه • ولكنا نقول هذا عقد يحتمل الفسخ وفى ابقائه ضرر على الشريك الاخر اما فى الحال فلانه يتعذر عليه بيع نصيبه
واما بعد الاداء فلانه يتعذر عليه استدامة الملك فى نصيبه فلدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ عقد شريكه كما اذا جاز فسخ الكتابة
لدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ شريكه عقده واذا جاز فسخ الكتابة لدفع الضرر عن المتعاقدين فلان يجوز فسخه لدفع الضرر عن غيرهما
ممن لم يرض بعقدهما اولى ولا يبعد ان يلاقى تصرف الانسان ملكه ثم للغير ان يفسخه لدفع الضرر عن نفسه كالراهن يبيع المرهون والا
بيع المواجر فان اعتقه الشريك الاخر بعد ذلك نفذ عتقه عندنا • وقال ابن ابى ليلى رحمه الله لا ينفذ عتقه حتى ينظر ماذا يصنع
فى المكاتبة فان اداها عتق وضمن الذى كاتبه نصيب شريكه والولاء كله له وان عجز نفذ عتقه • وهذا بناء على اصله ان الكتابة لا تتجزى
وان المولى بعقد الكتابة يستحق الولاء فاذا صار المكاتب مستحقا لجميع ولاية لا يملك الاخر ابطاله عليه بالاعتاق ولكن يتوقف حكم اعتاقه
لو نفذ ملكه فى نصيبه • فاما عندنا نصيب الشريك باق على ملكه فان ادى الكتابة تبين انه كان مشتركا بينهما فينفذ عتق المعتق فى نصيبه
عند ابى حنيفة رحمه الله غير مكاتب • وعندهما مكاتب وهو كان متمكنا من فسخ الكتابة فيعتق نصيبه باعتاقه • واذا اعتق المكاتب
بالخيار فى قول ابى حنيفة رحمه الله ان شاء مضى على الكتابة وادى البدل وكان الولاء لهما فاذا اختار ذلك فليس للمكاتب ان يضمن
المعتق شيئا لانه ما اتلف عليه شيئا من حقه • وان شاء عجز نفسه فعند ذلك يتخير الذى كاتبه بين عتقه واستسعائه وتضمين شريكه
لما بينا • وعندهما يعتق كله باعتاق احدهما وان كان المعتق موسرا فللاخر حق التضمين وان كان معسرا فله حق الاستسعاء على ما بينا
من الاختلاف بينهما • وعلى هذا لو كاتب الاخر نصيبه ايضا عند ابى حنيفة يتفذ منه وعندنا ينفذ ويكون مكاتبا بينهما وليس للكا
الاول ان يفسخ عقد الثانى وان باشره بغير اذنه لان ثبوت حق الفسخ لمعنى دفع الضرر ولا ضرر عليه هنا لان نصيبه مكاتب ثم المسئلة
فى كتابة احد الشريكين على ثلثة اوجه احدها ان يكون بغير اذن شريكه ويستوفى البدل قبل ان يفسخ الشريك الكتابة فنقول على قول ابى حنيفة
يعتق نصيبه لوجود شرط العتق وهو اداء البدل ثم للساكت ان ياخذ من المكاتب نصف ما اخذ من العبد لان المودى كسبه وكسبه
كان مشتركا بينهما فله ان ياخذ نصف ذلك منه ونصف ما بقى من الكسب فى يد العبد ايضا ثم يرجع المكاتب على العبد بما اخذ منه شريكه
لان جميع البدل كان بمقابلة نصيبه وقد سلم نصيبه للعبد ولم يسلم للمولى نصف البدل فيرجع به عليه كما لو استحقه مستحق اخر من يده ثم
ان كان المكاتب موسرا فللشريك خيار بين ثلثة اشيا واذا اختار التضمين يرجع المكاتب بما ضمن على العبد ويكون الولاء كله له وان اختار
الاستسعاء والاعتاق وكان المكاتب معسرا فالولاء بينهما • وعند ابى يوسف ومحمد رحمهم الله الجواب كذلك الا ان المكاتب لا يرجع
على العبد بالنصف الذى اخذه شريكه منه لان عندهما صار الكل مكاتبا فان جميع البدل مقابل بجميع الكسب ولم يسلم له الا النصف
وقد سلم للمولى من جهته نصف البدل ايضا • ثم ان كان المكاتب موسرا فليس للساكت الا التضمين وان كان معسرا فليس له الا الاستسعاء
والوجه الثانى ان كاتب احدهما نصيبه باذن شريكه فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله اذا استوفى البدل عتق نصيبه باذن شريكه فالقول
ان يرجع عليه بنصف ما بقى ايضا وبنصف ما بقى من الكسب فى يد العبد لانه اداه من كسبه واذنه فى العبد لا يكون اذنا فى قبض البدل
الا ترى ان الوكيل بالكتابة لا يملك قبض البدل فلهذا كان هذا الفصل والفصل الاول سواء عنده الا فى حكمين • احدهما انه لا يكون للاخر
حق فسخ الكتابة والاخر انه لا يكون له ان يضمن المكاتب بعد العتق لوجود الرضا منه بالسبب وعلى قولهما اذنه فى كتابة نصيبه يكون اذنا
فى كتابة الكل فيصير الكل مكاتبا بينهما الا ان يقبض احدهما جميع البدل لا يعتق ما لم يصل الى الاخر نصيبه لان المكاتب فى نصيب شريكه
كان وكيلا والوكيل بالكتابة لا يملك قبض البدل فاذا وصل الى الاخر نصيبه حينئذ يعتق وما بقى من الكسب كله سالم للعبد • والثالث
ان ياذن احدهما لشريكه فى ان يكاتب نصيبه ويقبض البدل فعند ابى حنيفة رحمه الله اذا قبض المكاتب البدل فليس للشريك ان يرجع
بشى من المقبوض لانه قبضه برضاه وصار هو اذنا للعبد فى ان يقضى دينه بكسبه فلا يثبت له حق استرداد شى من ذلك بخلاف
الاول • وعند ابى يوسف ومحمد يعتق كله بقبض المكاتب سواء وصل الى الشريك نصيبه او لم يصل لانه كان وكيلا من جهته فى قبض
البدل فيعتق العبد بالاداء اليه والمقبوض مشترك بينهما ولا سبيل للشريك فيما بقى من العبد فى يده سوا وصل اليه نصيبه مما قبضه
المكاتب او لم يصل بان هلك فى يده لان هلاك نصيبه فى يد وكيله كهلاكه فى يده • وان كان احد الشريكين كاتب جميع العبد فهو على قول ابى حنيفة
فى هذا كقولهما حتى اذا عتق بالاداء اليه رجع الشريك عليه بنصف المقبوض واذا كان بغير اذنه لم يكن له ان يرجع على العبد بشى من ذلك

لان

لان جميع البدل هنا بمقابلة جميع الكسب والرقبة ولم يسلم له من جهة المكاتب الا النصف وقد سلم للمكاتب نصف البدل ايضا
فلا يرجع عليه بشى اخر فان اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه ويقبض البدل ثم نهاه بعد ما قبض بعضه صح نهيه لان
اذنه للمكاتب فى قضاء دينه بنصيبه من الكسب لا يكون ملزما شيا اياه فيكون له ان يرجع عن ذلك حتى يشاركه فيما يقبض بعد
ولا يشاركه فيما كان قبض قبل النهى اعتبارا للبعض بالكل • وان كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه حتى كان نصيبه باذن
الاول ثم علم بكتابة الاول فاراد رد ها لم يكن له ذلك لانه بمباشرة الكتابة فى نصيبه صار مسقطا خياره فان الخيار له
كان لدفع الضرر وقد التزم ذلك الضرر ثم يا خذ واحد منهما بعد هذا منه فهو سالم له لا يشاركه الاخر فيه لان نصيب كل
منهما صار مكاتبا بعقد باشره بنفسه فلا يكون بينهما فى البدل شركة كما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد على حدة بخلاف ما اذا
كاتباه معا لان البدل هناك وجب لهما بعقد واحد وان كان الاول اخذ منه شيا قبل كتابة الثانى كان للثانى ان يشاركه
لان الثانى انما يكون مسقطا حقه عن كسبه بكتابة نصيبه فيقتصر ذلك على ما يكتسبه بعد كتابته فلا يتعدى الى ما كان قبله فان
كل واحد منهما لصاحبه فى مكاتبة نصيبه منه فهذا اذن له فى القبض ولا يرجع احدهما فيما قبض الاخر ولا يشركه وقوله
هذا اذن له فى القبض يجوز فى العبارة فان الاذن فى الكتابة لا يكون اذنا فى القبض ولكن انما لا يرجع واحد منهما على صاحبه لان
المكاتب صار راجحا جميع كسبه ونصيب كل واحد منهما من البدل واجب بعقد على حدة فلا شركة بينهما فى المقبوض وان كاتب احدهما
نصيبه منه بعد ما اذن له صاحبه فى الكتابة والقبض فقبض بعد الكتابة ثم عجز الغلام ففى القياس للشريك ان يرجع على القابض
بنصف المقبوض لانه انما رضى بقبضه ليعتق نصيبه به ولم يعتق حين عجز الغلام ولانه انما رضى بالاذن بان يقضى العبد دينه
بنصيبه من الكسب وبعد العجز لا دين فبقى هو كسب عبد مشترك بينهما فله ان ياخذ منه نصفه • وفى الاستحسان لا سبيل له
عليه مما قبض اعتبارا للبعض بالكل • وهذا لانه صار مسقطا حقه عن المقبوض حين اذن له فى قبضه فلا يعود حقه فيه بعجز الغلام
الا ترى انه لو تبرع به فهذا مثله • واذا كاتباه جميعا كله بغير اذن شريكه ثم وهب للعبد نصف المكاتبة لم يعتق منه شى كما لو كان
العبد كله له • وهذا لانه اضاف الهبة الى النصف شايع فلا يتعين لذلك بحصة نصيبه خاصة فلهذا لا يعتق • وان قال وهبت لك
جميع حصتى من هذه المكاتبة فهو يعتق لما لا ان جميع البدل وجب بعقد فكان هذا وقوله وهبت لك المكاتبة كلها سوا اولا
اولانه برى من حصته من البدل حين اضاف الهبة الى نصيبه خاصة بمنزلة ما لو كاتباه ثم وهب احدهما جميع حصته الا ان
الاول صح لان العبد هنا لا يعتق الا باداء جميع البدل اليه بعلم ان هبة جميع حصته تكون هبة لجميع المكاتبة مكاتبة بين رجلين
علقت من احدهما فهى بالخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان شاءت عجزت فكانت ام ولد له ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها لانها
امة بينهما وقد استولدها وان شاءت مضت على الكتابة واخذت عقرها فان مضت على الكتابة ثم علقت من الاخر ثم عجزت فالولد الاول
للاول والولد الثانى للثانى لان نصفها فى الظاهر مكاتبة له حين استولدها وذلك يكفى لثبوت نسب الولد الثانى منه وهى ام ولد
للاول لانه استحق حق امية الولد فى جميعها الا ان المكاتبة فى نصيب الاخر كان مانعا من ظهور هذا الاستحقاق وقد ارتفع
المانع بالعجز فصارت ام ولد له من ذلك الوقت • الا ترى ان الخيار اذا اسقط فى البيع بشرط الخيار يثبت الملك للمشترى من وقت
العقد حتى يستحق الزوائد واذا صارت ام ولد فعليه نصف قيمتها للثانى وعلى الثانى نصف قيمة الولد لانه تبين انه استولد مملوكة
الغير • ولكنه كان مغرورا باعتبار الظاهر الملك فيكون ولده حرا بالقيمة ولم يذكر حكم العقر لانه على رواية هذا الكتاب وجب
نصف العقر على الثانى ونصف العقر على الاول فيكون احدهما قصاصا بالاخر • وقد بينا فى كتاب الدعوى ان الاصح وجوب
جميع العقر على الثانى ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول نصف العقر على الثانى • وبينا هناك قول ابى يوسف
ومحمد ايضا لانه حين استولدها احدهما صارت الكل ام ولد له وهى مكاتبة ولا يصح استيلاد الثانى بعد ذلك ولا يثبت النسب
بالدعوة مكاتبة بين رجلين ولدت بنتا ثم وطى احدهما الابنة فعلقت منه قال يثبت نسبه منه لان للابنة بمنزلة الام مكاتبة
فيثبت نسب ولدها من احدهما بالدعوة كما يثبت نسب ولد المكاتبة والابنة على حالها ليس لها ان تخرج نفسها من الكتابة لتكون ام ولد
للمستولد لانها تابعة فى العقد فلا تملك فسخ العقد فى حق نفسها ولا ولاية لها على فسخ العقد فى حق امها ولان الام انما كانت تخير نفسها
عما عليها من البدل وليس على الولد شى من البدل وقد كان للام منفعة فى التخيير بخلاف ما هو لا منفعة للابنة فى ذلك وعلى المستولد عقرها
لانه وطيها وهى مكاتبة ولكن عقرها للام بمنزلة كسبها وانها تابعة للام فى الكتابة فان عجزت المكاتبة صارت الابنة ام ولد للواطى
لان المانع من ظهور امية الولد فى نصيب شريكه منها قد ارتفع بعجز الام وانما نصير ام ولد له من حين علقت منه فلهذا يضمن لشريكه

نصف قيمتها يوم علقت منه وان لم يعجز فاعتق الشريك الاخر الابنة بعد علوقها من الاول عتقت عند ابي حنيفة رحمه الله لان نصيب الابنة باق على ملكه ما بقيت الكتابة فينفذ عتقه ولا سعاية عليها لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب الاخر بمنزلة ام الولد بين شريكين اعتقها احدهما وولدها حر لانه ثابت النسب من المستولد وقد عتقت بذلك لكونه متمكنا من اعتاقه ولا سعاية عليه في قول ابي حنيفة ايضا لان اعتاق الشريك نصيبه من الام يكون اعتاقا لنصيبه منها كما بينا من عتق السفلى باعتاق العليا على اصله والمكاتبة باقية على حالها تعتق بالاداء او تعجز فتكون امة بينهما مكاتبة بين رجلين ولدت فاعتق احدهما الولد عتق نصيبه منه ليكون ما كان نصيبه بسبب دخوله في كتابة الام وهو على حاله حتى تعجز الام او يعتق لانه صار تبعا للام في الكتابة لا ينقلب مقصودا ما بقي حكم التبعية ○ ولان للام حقا في كسب الولد فلا يتمكن المعتق من ابطال حقها عن كسبه فان عتقت عتق معها لبقاء حكم التبعية في النصف الذي بقي رقيقا منه فان عجزت فقد زال معنى التبعية وصار الولد مقصودا وهو مشترك بينهما اعتقه احدهما ● وقد بينا حكم العبد المشترك يعتقه احد الشريكين واذا اختار التضمين ضمنه نصف قيمته وقت اعتاقه لا وقت عجز الام لان وجوب الضمان بسبب الاعتاق فيعتبر القيمة عند ذلك كما تعتبر قيمة المغصوب وقت الغصب ● مكاتبة بين رجلين ولدت ابنة فوطئا الابنة فعلقت ثم ولدت عندهما ثم ماتا فالابنة حرة لانها كانت ام ولدهما فعتقت بموتهما كما اعتقاها ● وهذا لانها امتنعت عن تبعية الام لما ظهر فيها من سبب العتق حقا وبقيت الام على مكاتبتها لان نفوذ العتق في التبع لا يوجب عتق الاصل ● ولو كانت الام هي التي ولدت منهما ثم ماتا عتقت بجهة الاستيلاد وعتق ولدها ايضا لانه تبع لها وثبوت العتق في التبع بثبوته في الاصل ولان عتقها بالاستيلاد بجهتها باعتاقهما ابتداء ● وقد بينا انهما اذا اعتقاها عتق الولد لان اعتاقهما اياها بمنزلة الاستيفاء لما عليها من المكاتبة ● وان عجزت ثم ولدت منهما بعد ذلك فالولد الاول رقيق لان بعجزها انفسخت الكتابة وصار الولد الاول رقيقا ثم يثبت فيها حق امية الولد بعد انفصال هذا الولد عنها وحق العتق لا يسري الى الولد المنفصل كحقيقة العتق ● وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذا الاخر لانهما لا ان نصيب الشريك عندهما لم يصر مكاتبا فصارت ام ولد للمستولد ولكنه حفظ جوابهما ولم يحفظ جواب ابي حنيفة وهي مكاتبة على حالها لان الكتابة لا تنافي الاستيلاد سابقا ولا طاريا ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك وهذه اجازة للمكاتبة لان العقد في حقها فكان نافذا ● وانما امتنع نفوذه في حق الشريك لدفع الضرر عنه وقد زال ذلك بتحول نصيبه الى المستولد ● قال وهذا بمنزلة رجل له ام ولد كاتبها في التشبيه في حكم لزوم الكتابة ● فاما في مسئلة الاصل المستولد ضامن نصف العقر لان كتابته في نصيبه كان نافذا ● ومن استولد مكاتبة يلزمه العقر لها وقد فسر بعد هذا فقال جارية بين رجلين كاتبها احدهما بغير اذن شريكه ثم وطئ الذي كاتبها قبل ان يعلم شريكه بالكتابة فولدت منه فهي ام ولد له والمكاتبة جائزة ويضمن الواطئ نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك ونصف العقر لها والمكاتبة بالخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان اختارت الكتابة اخذت نصف العقر منه ● وان اختارت ان تكون ام ولد له لم يكن لها نصف العقر لان استحقاق نصف العقر لكونها احق بنفسها بعقد الكتابة وقد زال ذلك حين اختارت الاستيلاد فان الولد لا يستوجب على مولاها دينا وان اجاز شريكه المكاتبة بعد ما علقت منه فاجازته باطلة وهي مكاتبة لانه اجاز عقدا جائزا ولان نصيبه تحول الى المكاتب بالاستيلاد وانما تعتبر اجازته باعتبار ملكه فان وطئها الذي لم يكاتب فعلقت منه فهي ام ولد للذي علقت منه لانه مالك لنصيبه منها فيصح استيلاده فيها ● والمكاتبة جائزة على حالها حتى يردها الواطئ لانه لا منافاة بين الاستيلاد والكتابة فكل واحد منهما يطرى على صاحبه فلم يكن اقدامه على الاستيلاد ابطالا منه للكتابة ● ولكنه لو انفسخت الكتابة بعد ذلك صار الكل ام ولد له لان المانع من انتقال نصيب الشريك اليه بالاستيلاد هو الكتابة وقد ارتفعت وان كاتبها احدهما باذن شريكه ثم استولدها الاخر فان شاءت عجزت وكانت ام ولد للمستولد لزوال المانع في نصيب الشريك وان شاءت مضت على كتابتها واخذت نصف العقر لان الكتابة في نصيب الشريك هنا لازمة حين باشرها باذن شريكه وتاخذ منه نصف العقر لانها احق بنفسها في ذلك النصف فاذا ادت الكتابة عتقت ولم يثبت للمستولد في شيء لان نصيبه منها ام ولد ولا سعاية على ام الولد للمستولد في قول ابي حنيفة رحمه الله وان كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه فاكتسبت مالا ثم قضيت عليه الكتابة فعتقت ثم اكتسبت مالا اخر ثم حضر الذي لم يكاتب فله نصف ما اكتسبته قبل اداء الكتابة ولها نصفه لان نصيب المكاتب منها مكاتبة ونصيب الشريك مملوك له والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسبته بعد اداء الكتابة ولها نصفه لان نصف المكاتبة منها مكاتبة ونصيب الشريك بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية والمكاتب احق بكسبه من المولى ● فلهذا لم يكن للشريك شيء مما اكتسبت بعد اداء الكتابة ● فان ماتت قبل ان تؤدي شيئا وتركت مالا فنصفه للذي لم يكاتب لانه كسب نصيبه منها وياخذ الذي كاتب من النصف الباقي المكاتبة لانه كسب نصيبه منها والمكاتبة كانت نافذة في نصيبه فيأخذ بدل الكتابة من ذلك بعد موتها ثم ياخذ الذي لم يكاتب نصف قيمتها مما بقي ان كان شريكه لانه ثبت لها حق استسعائها في نصف القيمة ان كانت حية وقد ماتت

عن

عن مال فياخذ تلك السعاية من مالها والباقي ميراث لورثتها الاحرار لان حكم نصفها بالاداء السعاية مستندا الى حال حياتها فان لم يكن لها وارث غيرهما كان ما بقي بينهما نصفين لان نصيب كل واحد منهما اعتق على ملكه في قول ابي حنيفة فهي مولاتهما ● وان شاء الشريك ضمن شريكه لانه موسر كان له ذلك لان المكاتب صار معتقا لنصيبه ثم يرجع به المكاتب في مالها كما يرجع عليها لو كانت حية ويكون ولاؤها بينهما ان لم يكن لها وارث لانه يملك نصيب شريكه بالضمان ● وان كانت ماتت بعد ما ادت المكاتبة وقد تركت مالا لا ندري متى اكتسبته قبل الاداء ام بعده فالمال لها لان الكسب حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات وهو ما بعد اداء الكتابة ولان سبب الاستحقاق قد ظهر وهو اكتسابها واستحقاق الشريك لم يعلم سببه وهو كون نصيبه فيما حين اكتسب ولا يقال قد عرفنا نصيبه مملوكا فيا له فيجب التمسك بذلك حتى يتبين خلافه لان هذا ظاهر علم زواله بعد ما ادت الكتابة واستصحاب الحال انما يعتبر اذا لم يكن خلافه معلوما في الحال ● جارية بين رجلين كاتبها احدهما بغير اذن شريكه فادت الكتابة اليه ثم وطئها الاخر فعلقت منه قال تسعى له في نصيبه لان نصيبه بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية ولا تصير ام ولد له ● اما عندهما لانها عتقت باداء الكتابة ● وعند ابي حنيفة ○ لانه تعذر استدامة الملك لما نفذ فيها من العتق من جهة المكاتب وانما تكون ام ولد له اذا عجزت عن السعاية وليس ها ذلك هاهنا حتى لو مات المستولد قبل ان تؤدي السعاية عتق نصيبه بجهة الاستيلاد وسقط عنها السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله ● رجلان كاتبا جارية ثم ماتت عن شيء فاستولدها احدهما فهي بالخيار ان شاءت عجزت وكانت ام ولده ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لان الكتابة انفسخت بالعجز فصارت مشتركة بينهما ارثا فاستولدها احدهما ● فان شاءت مضت على كتابتها واخذت العقر لان المكاتب لا يورث ما بقيت الكتابة وسقط الحد عن الواطئ بشبهة حق الملك الثابت له فيها باعتقاد سببه فيجب العقر لها واذا كان الرجلان جارية بينهما مكاتبة فاجرم ثم ارتد احدهما عن الاسلام فادت المكاتبة اليهما ثم قتل مرتدا قال لا يعتق وليس اداؤها الى شيء في قول ابي حنيفة رحمه الله ● وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق لان قبض المرتد عندهما جائز كقبض المسلم بمنزلة قولهما في تصرفات المرتد ● واما عند ابي حنيفة رحمه الله تصرفات المرتد تتوقف وتبطل بقتله فكذلك قبضه نصيبه من البدل كان موقوفا وبالقتل تبين انه كان حق الوارث فكان قبضه باطلا ويرجع الورثة على الشريك بنصف ما اخذ كما لو كان هو اخذ نصيبه وحده ولهذا لا يعتق نصيب الشريك منها ايضا ثم يستسعونها في النصف الباقي فان عجزت ردت في الرق بمنزلة مكاتبة ادت نصف البدل الى المولين ثم عجزت ثم اشار في الاصل الى انه وان كاتبه في حالة الردة وقبض منه كان جائزا من قبل ان بالردة صار ماله كانه للوارث والعاقد في باب الكتابة لا يستحق قبض البدل بعقده اذا كانت المكاتبة لغيره بخلاف العاقد في باب البيع فان حق قبض الثمن له وان كان البيع لغيره وكان هذا في الكلام لان بيعه في كسب اسلامه لا ينفذ بعد الردة ما لم يسلم وبعد الاسلام يجوز قبضه من المكاتبة وفي الثمن جميعا ● وانما هذا الفرق فيما اذا كان البيع والكتابة قبل الردة فلا يجوز قبضه لبدل الكتابة بعد الردة ويجوز قبضه الثمن لحق العقد وان لحقه الحجر بالردة كالعبد المأذون اذا باع شيئا ثم حجر عليه مولاه كان قبضه الثمن صحيحا ● ولو لحق المرتد منهما بدار الحرب فادت جميع الكتابة الى الشريك الاخر لم تعتق لان قبضه في نصيب ورثة المرتد باطل ● وان ادت الى الشريك الباقي والى ورثة المرتد عتقت اذا كان قضى بلحاقه كما لو مات فدفعت الكتابة الى الشريك الحي والى ورثة الميت وان عجزت بعد ما ارتد احدهما فرداها في الرق ثم قتل المرتد على ردته فهي على مكاتبتها لان فسخ الكتابة في نصيب المرتد باطل عند ابي حنيفة رحمه الله كتابته والكتابة اذا كانت واحدة لا يمكن فسخها في البعض دون البعض بسبب العجز كما لو كان احد الشريكين غائبا فعجزت عن الكتابة ثم يفسخ القاضي العقد بخصومة الشاهد منهما حتى يحضر الاخر ● واذا ارتد الشريكان معا ثم عجزت المكاتبة فرداها في الرق فان اسلما فهي امة بينهما وان قتلا على الردة فهي على مكاتبتها ● واذا كانت المكاتبة بين رجلين ولدت ابنة ثم ان احد المولين وطئ الابنة فعلقت منه ووطئ الاخر الام فعلقت منه فقالتا نحن نعجز فذلك لهما ● ومراده ان للام ان تعجز نفسها لانه تلقاها جهتا حرية ● واما الولد فليس من هذا الخيار في شيء لانه ليس عليه من البدل شيء فاذا اختارت الام المضي على الكتابة اخذت كل واحدة منهما عقرها من الواطئ وعقر الابنة يكون للام بمنزلة الكسب وان عجزت كانت كل واحدة منهما ام ولد للذي وطئها وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ● وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كاتب الرجل نصيبه بغير اذن شريكه فللشريك ان يرد ذلك ولا يرده الا بقضاء القاضي الا ان يرضى العبد ومولاه الذي كاتبه ان ينقض الكتابة ● وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ايضا لان ثبوت حق الفسخ للاخر مختلف فيه بين العلماء فلا يتم الا بقضاء القاضي والتراضي كالرجوع في الهبة ● وهذا لانه لا ينفسخ ○ انما ينفسخ باعتبار ملكه والعاقد يمنعه باعتبار ملكه ايضا فاذا استوى الامران كان الفصل الى القاضي والله اعلم بالصواب

باب مكاتبة الرجل نصفا من عبده

اذا كاتب الرجل نصف عبده جاز ذلك فصار كله مكاتبا بذلك في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الكتابة عندهما لا تتجزى كالعتق وعند ابي حنيفة رحمه الله يقتصر على القدر الذي كاتب منه فان ادى المكاتبة عتق منه ذلك القدر الذي كاتب منه وسعى فيما بقي من قيمته على قدر ما يطيق بمنزلة رجل اعتق بعض عبده ومعنى هذا انه ليس للمولى ان يطالبه بالسعاية في الحال ولكن يجعله منجما عليه بحسب ما يعلم انه يطيق اداه لانه معسر فيستحق النظرة الى الميسرة بالنص ولان المقصود تكميل العتق دون التضييق عليه ● وان اكتسب العبد مالا قبل الاداء اليه فنصفه له ونصفه للمولى لان نصفه مملوك للمولى غير مكاتب والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسب بعد الادا ليس للمولى منه شي لان النصف منه عتق بالاداء والنصف الاخر مستسعى كالمكاتب فيكون هو احق بجميع كسبه بعد الاداء ● واذا كاتب نصفه ثم اراد ان يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لان مقصود المولى بالكتابة تمكينه من التقلب والتكسب ليؤدي به البدل وقد ثبت هذا الحق للمكاتب بكتابة النصف لازما فكما لا يكون له ان يفسخ الكتابة لا يكون له ان يحول بينه وبين الكسب ● واذا اراد ان يخرج من المصر فله ان يمنعه في القياس لان نصفه مملوك وللمولى ان يمنع ملكه عن السفر ولا يتاتى السفر في جزء ما صار مكاتبا منه وحده فكان للمولى ان يمنعه دفعا للضرر عن ملكه كمن استاجر دابة ليركبها هو ليس له ان يركب غيره او استاجر ثوبا ليلبسه هو ليس له ان يلبس غيره لان الركوب واللبس متفاوت فيه الناس فيصير المستاجر ممنوعا من التصرف فيما يملكه من المنفعة على وجه يلحق الضرر بصاحب الثوب ولكنه في الاستحسان لا يمنع من ذلك لان المولى اثبت له حق التقلب والتكسب وربما لا يحصل له هذا المقصود في المصر والخروج من المصر للطلب متعارف بين الناس فيصير مثبتا له ذلك الحق حين كاتب نصفه ولا يمنعه بعد ذلك منه ● وهذا اولى الوجهين بالاخذ به لان المقصود من هذا العقد الارفاق به ● وكذلك ان اراد ان يستخدمه او يستسعيه يوما ويخلي عنه يوما للكسب فله ذلك في القياس لان خدمته ومنفعته ككسبه فكما ان للمولى ان ياخذ نصف كسبه فكذلك له ان يجعل نصف خدمته لنفسه بالتهايؤ بينه وبين نفسه ● وفي الاستحسان لا يتعرض له في شي حتى يؤدي او يعجز لانه اثبت له حق التقلب والتكسب وذلك بمنافعه فيكون من ضرورة ثبوت هذا الحق له لازما ان يكون احق بمنافعه وهذا اولى الوجهين بالاخذ به لانه ارفق به وليس فيه ضرر على مولاه فانه اذا اكتسب بمنافعه كان للمولى ان ياخذ نصفه فيكون هذا تحويلا لحقه من المنفعة الى الكسب ولا ضرر فيه ● ولو جعلنا المكاتب احق بكسبه كان فيه ابطال حق المولى عن نصف الكسب فلهذا لا يعتبر الارفاق في ذلك ● واذا كاتب نصف جاريته فولدت ولدا كان ولدها بمنزلتها ونصف كسبه للمولى لان نصف الولد مملوك له كنصف الام ونصف كسبه للام لانه داخل في كتابتها فياخذ حصته ذلك من كسبه فان ادت عتق نصفها ونصف الولد معها ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لان كل واحد منهما معتق البعض وقد احتبس ما بقي من ملك المولى فيه عنده وكل واحد منهما مقصود في هذه السعاية ● فاذا اكتسب الولد بعد ذلك فذلك الكسب له دون امه ومولاه لانه صار كالمكاتب بما لزمه من السعاية في نصف قيمته مقصودا ولا يجب عليه ما كان واجبا من السعاية لان ذلك في حكم التبعية ولا تبعية هنا في حق ذلك النصف وهو بمنزلة رجل اعتق نصف جاريته ونصف ولدها ثم ماتت الام فلا سعاية على الولد من قبل الام ● ولو كان اعتق نصف امته وهي حبلى فولدت بعد ذلك او حبلت بعد العتق فهذا الولد يسعى فيما على امه اذا ماتت لان جميع الولد تبع لها ● الا ترى انه ليس عليه شي من السعاية مقصودا فيسعى فيما عليها بعد موتها ● واذا كاتب نصف امته فولدت ولدا ثم ماتت الام وتركت مالا وعليها دين قضي الدين من جميع تركتها اولا لان نصفها مكاتب ونصفها ماذون وقد بينا ان دين الماذون في كسبه فيقدم على حق المولى ويكون للمولى نصف ما بقي بعد الدين لان نصفه ملكه وكسب ذلك النصف له بعد الفراغ من الدين ونصف الكسب لها فيؤدي من ذلك مكاتبتها فان بقي شي اخذ المولى نصف قيمتها لانه كان يستسعيها في نصف القيمة بعد اداء الكتابة لو كانت حية فياخذ ذلك من تركتها بعد موتها والباقي ميراث لورثتها لانا حكمنا بموتها حرة ولا يرث هذا الولد منها شيا لان استناد العتق في الولد الى حال حيوتها كان في النصف الذي هو تبع لها ● وفي النصف الباقي الولد مقصود فان عليه ان يسعى في نصف قيمته ولا يعتق الا بعد اداء سعايته فكان بمنزلة المملوك عند موت امه فان لم تدع الام شيا سعى الولد في الدين كله لان في حكم الدين الولد قائم مقام الام كولد الماذونة وولد المكاتبة يسعى ايضا لهذا المعنى ثم يسعى في نصف قيمة نفسه لانه معتق البعض بعد اداء الكتابة ولا يسعى في نصف قيمة الام لما بينا انه ليس بتبع لها في هذا النصف فان ادى الكتابة قبل ان يؤدي دين الغرما عتق نصفه ونصف امه كما لو ادت في حيوتها ولم يرجع الغرما على المولى بما اخذ لانهم يتبعون الولد بالدين لانه قائم مقامها فاخذه بدل الكتابة منه كاخذه منها وان اخذ منها كان الماخوذ سالما له والغرما يتبعونها بديونهم فكذلك الولد وما اكتسب الولد قبل ان يؤدي الكتابة فنصفه للمولى بعد الدين لان الولد بمنزلتها ● وقد بينا انه يبدا بالدين من كسبها ثم يسلم للمولى

نصف ما بقي باعتبار ملكه في نصفها فكذلك الولد ● رجل كاتب نصف امته فاستدانت دينا سعت في جميع الدين لان كتابة النصف من المولى تتضمن الاذن للنصف الاخر في التجارة على ما بينا انه تمكين من التقلب والتكسب ● ومن ضرورته الاذن في التجارة فان عجزت كان جميع الدين في جميع رقبتها تباع فيه لان جميع الدين ظهر وجوبه في حق المولى باعتبار الاذن فتباع فيه بعد العجز ● وكذلك ان كاتبها الشريكان او كاتب احدهما باذن شريكه فاستدانت دينا ثم عجزت فالدين في جميع رقبتها تباع فيه لان رضا الشريك بالكتابة يتضمن الاذن لها في التجارة فاستدانت دينا فهو في نصيب الاذن خاصة لان الاذن رضي بتعلق الدين بمالية رقبته وذلك منه صحيح في نصيبه دون نصيب شريكه ● وكذلك ان كاتب احدهما بغير اذن شريكه لان الشريك لم يرض بتعلق الدين بنصيبه ولا بثبوت حكم الاذن في نصيبه بخلاف ما اذا كاتب باذنه فان اشترى الذي اذن له في التجارة نصيب شريكه بعد ما لحقها الدين فالدين في النصف الاول خاصة كما كان قبل شرائه وكذلك ما استدان بعدها بغير علم مولاه لان حكم الاذن لم يثبت في المشترى بنفس شرائه ● وهذا النصف كان محجورا قبل الشرا وتاثير الشرا في رفع الاذن الثابت لا في اثباته ● وان علم انه يشتري ويبيع ولم ينهه في القياس كذلك ان بيعه وشراءه صحيح باعتبار الاذن في نصفه وتاثير سكوت المولى في اثبات الرضا بتصرفه لينفذ ذلك دفعا للضرر والغرور عن عامله وذلك حاصل بدون ثبوت الاذن في النصف الباقي ولا يجعل سكوته اذنا وفي الاستحسان يلزمه ذلك في جميع الرقبة اعتبارا للبعض بالكل فانه لو كان الكل محجورا فراه المولى يبيع ويشتري فلم ينهه صار الكل ماذونا فكذلك اذا كان النصف محجورا الا ان سكوته عن النهي بعد العلم بتصرفه بمنزلة التصريح بالاذن ● واذا كاتب نصف عبده لم يكن له ان يبيع النصف الباقي لانه يثبت للعبد حق التكسب والتقلب لازما وفي بيع الباقي ابطال هذا الحق عليه ● فان باعه من العبد عتق النصف الذي باعه لان بيع النصف من نفسه اعتاق وكتابة البعض لا يمنع اعتاق ما بقي منه لان في الاعتاق تقرير حقه لا ابطاله وله الخيار ان شاء عجز وسعى في نصف قيمته وان شاء مضى على الكتابة ثم عجز بعد ما ادى نصفها حسب له ما ادى من نصف القيمة وسعى فيما بقي منه لان بعتق النصف صار هو احق بجميع كسبه وللمولى عليه اما الكتابة واما نصف القيمة فما يستوفيه يكون محسوبا مما له عليه وذلك بدل الكتابة في حال قيام العقد ونصف القيمة بعد العجز عنه وما كان كسبه قبل ان يشتري نفسه فله نصفه وللمولى نصفه لان نصفه كان مملوكا للمولى حين اكتسب هذا المال فان كان اداه من شي كسبه ● وان كان اداه من دين استدانه فلا شي للمولى من ذلك لما قلنا ان في النصف الاخر ماذون له ولا يسلم كسبه للمولى الا بعد الفراغ من دينه ● ولو كاتب نصف عبده ثم اشترى السيد من المكاتب شيا جاز الشرى في النصف لان النصف منه مكاتب والنصف ماذون وشرى المولى من مكاتبه معتبر وشراوه من الماذون اذا لم يكن عليه دين غير معتبر فلهذا كان نصفه المشترى للسيد بنصف الثمن والنصف الاخر للسيد بتقدم ملكه ● وان اشترى المكاتب من مولاه عبدا ففي الاستحسان يجوز شراوه في الكل كما لو اشتراه من غيره لان النصف منه مكاتب والنصف ماذون ● وفي القياس لا يجوز شراوه الا في النصف لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى وشرى المملوك من مولاه لا يجوز اذا لم يكن عليه دين لانه غير مفيد ويجوز اذا كان عليه دين لانه مفيد فكذلك هنا ● وبالقياس ناخذ لانه اقوى الوجهين فالعقود الشرعية غير مطلوبة لعينها بل لفايدتها والله اعلم

باب مكاتبة العبد الماذون

واذا كاتب الرجل عبده الماذون جاز اذا لم يكن عليه دين يحيط برقبته او لا يحيط بها فللغرما ان يردوا الكتابة بمنزلة ما لو باعها المولى لان هناك الغرما يتوصلون الى حقهم من الثمن في الحال وهنا لا يتوصلون الى حقهم لان بدل الكتابة منجم مؤجل عليه فاذا كان لهم ان ينقضوا البيع لدفع الضرر عنهم فلان يكون لهم ان ينقضوا الكتابة اولى فان اخذ المولى الكتابة او بعضها ثم علم الغرما بذلك فلهم ان ياخذوا ذلك من المولى لان حق الغرما في كسبه مقدم على حق المولى فلا يسلم للمولى شي من كسبه ما بقي حق الغرما ولكن العبد قد عتق ان كان ادى جميع الكتابة لوجود الشرط بمنزلة ما لو اعتقه المولى فان قيام الدين لا يمنع صحة اعتاق المولى اياه فان بقي من دينهم شي كان لهم ان يضمنوا المولى قيمته لان مالية رقبته كان حقا حتى يبيعوه في ديونهم وقد ابطل ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن قيمته ثم يتبعون العبد ببقية دينهم لانه كان في ذمته وبالعتق يقوى ذمته ولا يرجع المولى على العبد بالمكاتبة لانه انما كاتبه ليؤدي البدل من كسبه وهو كان عالما في ذلك الوقت ان كسبه مشغول بالدين فيكون راضيا بقبض البدل مشغولا ولان البدل للمولى بما اوجبه للعبد من الحق في كسبه وانما اوجب له الحق في كسبه مشغولا بالدين فاذا سلم البدل للمولى مشغولا بالدين تحققت المساواة وان لم ياخذ المولى المكاتبة ولم يردها الغرما حتى قضى المولى دينهم جازت الكتابة لان المانع دينهم وقد ارتفع بوصول دينهم فجازت الكتابة كما لو باعه ثم قضى الدين فلا يرجع على العبد بما ادى عنه من الدين لانه طهر ملكه بما ادى فهو كما اذا ادى الفدا عن العبد الجاني ولانه اصلح لمكاتبته فيكون عاملا لنفسه

فى ذلك ولانه لم يكن مطالبا باداء الدين فكان هو فى الاداء متبرع احق ٭ وكذلك ان ابى المولى ان يؤدى الدين فاداه الغلام عاجلا لانه
سقط حقهم بوصول دينهم اليهم من جهة العبد ٭ رجل كاتب امته وعليها دين فولدت ولدا وادت المكاتبة ثم حضر الغرماء فلهم ان يردوا
الكتابة من السيد لانه كسبها ويضمنونه قيمة الجارية لانه اتلف ماليتها عليهم بالعتق ويرجعون عليهم بفضل الدين ان شاؤا على الجارية وان شاؤا
على الولد لان حق الغرماء كان متعلقا بمالية الولد لما انفصل بعد لحوق الدين اياها ٭ الا ترى انه يباع فى ديونهم وقد احتبست تلك المالية
عند الولد بالعتق فيبيعونه بديونهم ان شاؤا ولكن لا ياخذون منه الا مقدار قيمته لان وجوب الدين باحتباس ماليته عنده فيتقدر بذلك
القدر وان شاؤا رجعوا على الجارية بجميع ديونهم لان دينها تاكد بالعتق وليس لهم ان يضمنوا المولى قيمة الولد لانه ما صنع فى الولد شيا وانما
عتق الولد تبعا للام بجهة الكتابة ٭ وان ماتت الام بعد اداء الكتابة ضمن الولد الاقل من قيمته ومن الدين لما بينا ٭ امة بين رجلين اذن لها احدهما
فى التجارة فاستدانت دينا ثم كاتب الاخر نصيبه منها باذن شريكه فابى الغرماء ان يجيزوا ذلك فهو لهم لانهم استحقوا بيع نصيب الاذن بديونهم
وفى لزوم الكتابة فى النصف الاخر ابطال هذا الحق عليهم لان مكاتبة البعض لا تباع ولان اذن الشريك غير معتبر فى حق الغرماء لان حقهم فى نصيبه
مقدم على حقه فيجعل وجود اذنه كعدمه فان رضوا به جاز لان المانع حقهم وان لم يحضر الغرماء حتى اخذ المولى الكتابة عتق نصيبه لوجود الشرط
ويأخذ الغرماء نصف ما اخذ لانه اخذ من حصته ونصف حصة نصيب الاذن وهو مشغول بديونهم ثم يرجع به الذى كاتبه على المكاتبة
لان نصيبها المكاتب من الكسب قد سلم لها ولم يسلم لها جميع البدل من جهتها فكان له ان يرجع عليها بما استحق من يده من الكسب امة ما ذونها
فى التجارة عليها دين فولدت ولدا وكاتبها السيد والولد فللغرماء ان يردوا ذلك ان لم يكن بالام وفا بالدين لان حقهم تعلق بمالية الولد حتى يباع
فى ديونهم ٭ وهذا لان الام اصل والولد تبع فاذا كان فى الاصل وفا بالدين لان حقهم تعلق بماليته عند عدم الوفاء فى الام وقد اتلف
ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن لهم قيمته كما لو اعتق الام فان كان السيد معسرا فلهم ان يستسعوا الابن فيما بقى من الدين لان حقهم كان متعلقا
بماليته وقد احتبس ذلك عنده بالعتق وكان لهم ان يستسعوه فى الاقل من قيمته وفيما بقى من الدين وان كانت الام عليها دين فولدت ولدا
فتبيت الولد وباع واشترى ولزمه دين ثم جاء الغرماء الاولون فردوا المكاتبة فقد بطلت المكاتبة بردهم لقيام حقهم فى مالية الام فتباع
الام لغرمائها ويباع الولد لغرمائه خاصة دون غرماء امه لان دينه فى ذمته وقد تعلق بماليته فهو اكد من دين غرماء الام اذ ليس فى ذمته
من ديونهم شى ٭ الا ترى ان دين العبد ودين المولى اذا اجتمعا فى مالية العبد بعد موت المولى تقدم دينه على دين المولى فان قيل هناك دينهم
اسبق تعلقا بمالية الولد ٭ قلنا الترجيح بالسبق انما يكون بعد المساواة فى القوة ٭ وقد بينا ان دين الولد اقوى حتى يبقى كله بعد العتق
والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى ولا معنى للترجيح بالسبق مع التفاوت فى القوة والضعف ٭ وكذلك ان لم يكن كاتب الام ولكنه
اذن للولد فى التجارة لان بالاذن يتعلق دينه بمالية رقبته كما يتعلق بثبوت حكم الكتابة فيه ٭ رجل كاتب عبدين له تاجرين عليهما دين
مكاتبة واحدة فغاب احدهما ثم جاء الغرماء فليس لهم ان يردوا الحاضر فى الرق لان كتابتهما واحدة فلا يرد ان فى الرق الا معا والحاضر لا ينتصب
خصما عن الغائب فكان غيبة احدهما كغيبتهما ٭ الا ترى انه لو رد الحاضر فى الرق وبيع فى الدين ثم ادى الغائب البدل عتقا جميعا وبطل
البيع فعرفنا ان رد الحاضر فى الرق غير مفيد شيا ولكنهم يستسعونه فيما عليه من الدين لان ديونهم ثابتة فى ذمته فياخذون ذلك من كسبه
وما ادى من الكتابة فالغرماء احق به لان ذلك من كسبه ايضا وليس لهم ان يضمنوا المولى قيمتهما لان المولى ما اتلف ماليتهما على الغرماء
ولا كسبهما ٭ الا ترى انهما لو حضرا ردا فى الرق وبيعا للغرماء فى الدين وهذا لان تلاف المالية على الغرماء يكون بثبوت حقيقة العتق
فى الرقبة او حق العتق ومجرد الكتابة لم يثبت شى من ذلك وهذا احتمل الكتابة الفسخ ٭ الا ترى ان حق الغرماء بمنزلة حق الشريك
ولو كاتب احد الشريكين لم يكن للشريك الاخر ان يضمنه شيا قبل اداء الكتابة فكذلك الغرماء ولكنهم ان شاؤا ضمنوه قيمة هذا العبد الشاهد
لانه منعهم من بيعه بتصرفه والتاخير كالابطال فى ايجاب الضمان ٭ ولو ابطل حق البيع بتصرفه بالتدبير كان ضامنا لهم فكذلك
اذا اخر وليس لهم ان يضمنوه قيمة الغائب لان امتناع بيعه ليس بتصرفه بدليل انه لو حضر تمكنوا من بيعه ٭ ولو حضر العبدان فاجاز
الغرماء مكاتبة احدهما لم يكن لهم ان يردوا الاخر فى الرق لان مكاتبتهما واحدة فلما تم العقد فى احدهما تكون اجازة فى الاخر

باب ميراث المكاتب

واذا مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره وترك ولدا احرارا وولدا ولدوا له فى المكاتبة من امته بدا من تركته بديون
الاجانب لان دين الاجنبى اقوى من دين المولى حتى يبقى دين الاجنبى عليه بعد العجز دون دين المولى ثم بدين المولى ان كان من غير الكتابة لانه
المولى اقوى من بدل الكتابة اذ ليس بدل الكتابة حكم الدين ما لم يقبض ولانه يملك ان يعجز نفسه عن المكاتبة فيسقطها عن نفسه ولا يمكن

ان يعجز نفسه عن سائر الديون سوى المكاتبة ثم بالمكاتبة بعد ذلك فان ادت حكم بحريته والباقى ميراث بين اولاده ويطلب وصاياه لانه
متبرع ٭ وقد بينا ان اسناد العتق انما يظهر فى الكتابة دون وصاياه ووصايا المكاتب فى الحاصل على ثلثة اوجه ٭ احدها ان يوصى
بشى من اعيان كسبه فهذه الوصية باطلة سواء ادى الكتابة فى حال حيوته او مات قبل الاداء لان الوصية بالعتق تعتمد قيام الملك
للموصى وقت الايصاء وملكه وقت الايصاء لا يحتمل الوصية ٭ والثانى ان يقول اذا اعتقت فثلث مالى لك فان ادى بدل الكتابة
وعتق ثم مات جازت الوصية لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وان لم يؤد حتى مات فهذه الوصية باطلة ٭ والثالث
ان يقول ثلث مالى وصية لفلان ثم يؤدى بدل الكتابة ثم يموت فهذه الوصية باطلة عند ابى حنيفة صحيحة عندهما ٭ وهو نظير
ما تقدم فى العتاق واذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك مملوكا فان مات المكاتب وترك ابنا وعليه للمولى
الف درهم دين وبدل الكتابة يؤدى بدل الكتابة استحسانا ٭ وفى القياس يبدا بالدين لان الدين اقوى من بدل الكتابة وللاستحسان
وجهان ٭ احدهما ان المولى لو قبض هذا المال بجهة الكتابة يسلم له من تلك الجهة ولو قبض بجهة الدين لا يسلم له من تلك الجهة
لانه تبين انه مات عاجزا والمولى لا يستوجب على عبده دينا ٭ والثانى انه اذا قبض بجهة الكتابة سلم له المال ووصل المكاتب
الى شرف الحرية ٭ واذا قبض بجهة الدين لا يسلم له الا ذلك المال ايضا ولا يحصل الحرية للعبد فكان قبضه من جهة يحصل
للعبد بها الحرية اولى فان لم يترك الا دينا على الناس فما استسعى الولد المولود فى الكتابة ولا دين على المكاتب سواها فعجز عنه
وقد يئس من الدين ان يخرج فانه يرد فى الرق لان الدين المايوس بمنزلة التاوى فلا يثبت باعتبار القدرة على الاداء وبدونه قد تحقق عجز الولد
ولم يتحقق عجز الام فى حيوتها لكانت ترد فى الرق ولا يعتبر بالدين المايوس عن خروجه فكذلك اذا تحقق عجز الولد فاذا خرج الدين
بعد ذلك كان للمولى لانه كسب امته ٭ واذا ماتت المكاتبة عن وفاء وولد قد كوتبت عليه مكاتبة واحدة وهو صغير او كبير
او عن ولد مولود فى كتابتها ورثته بعد قضاء مكاتبته لان عتق الولد يستند الى ما يستند اليه عتق الابا ما لانه مكاتب معه مضموم
اليه فى العقد او لانه تبع له ٭ وان كان الولد منفردا بكتابته فاداها بعد موت الاب قبل قضاء مكاتبة الاب وبعده لم يرثه
لانه مقصود بالكتابة فانما يعتق من وقت اداء البدل مقصورا عليه لان الاسناد للضرورة ولا ضرورة فى حقه هنا ٭ فادام لم يستند
عتقه كان هو عبدا عند موت ابيه فهذا لا يرثه ٭ وان مات المولى عن مكاتبه وله ورثة ذكور واناث ثم مات المكاتب عن وفاء
فانه يؤدى كتابته فيكون ذلك بين جميع ورثة المولى لانه ماله فيكون ميراثا لهم عنه كسائر امواله وما فضل عنها فللذكور منهم
دون الاناث ان لم يكن للمكاتب وارث سوى ورثة المولى لان باداء مكاتبته بعد موته يحكم بحريته وكان ولاؤه للمولى لانه يستحق
ولاؤه بكتابته فى حيوته فانما يخلفه فى الميراث بالولاء الذكور من عصبته دون الاناث ٭ وكذلك ان لم يمت المكاتب حتى ادى
المكاتبة اليهم او وهبوها او عتقوه ثم مات فميراثه للذكور من ورثة المولى لانه بهذه الاسباب عتق على ملك المولى فانه عتق
وهو مكاتب والمكاتب لا يورث فهذا كان ولاؤه للمولى

باب مكاتبة الصغير

رجل كاتب عبدا صغيرا لم يعقل لم يجز لان الكتابة لا تنعقد الا بالقبول والذى لا يعقل ليس من اهل القبول فان كان يعقل جاز
لانه من اهل القبول ٭ الا ترى ان اذن المولى له فى التجارة يصح وانه يقبل الهبة والصدقة لانه ينفع فكذلك الكتابة ٭ واذا صح العقد
كان بمنزلة الكبير فى جميع الاحكام ٭ فان كان لا يعقل وكاتبه ثم اداها عنه رجل فقبل المولى لم يعتق لان اداء البدل انما يعتبر بعد انعقاد
العقد ولم ينعقد العقد حين لم يقبله احد فلا يحصل العتق بالاداء كما لو كاتب ما فى بطن جاريته فجاء رجل وادى عنه المال لم يعتق ثم يرد المال
على صاحبه لان اداءه لمقصود لم يحصل ذلك المقصود ولانه اداه باعتبار سبب باطل ٭ واذا كاتب عبدين صغيرين يعقلان مكاتبة
واحدة فهما كالكبيرين فى ذلك لان الصغير الذى يعقل من اهل قبول الكتابة فكان كالكبير فيما يبنى عليه ٭ وقد بينا ان حقيقة الكفالة لا
فى هذه الكتابة ٭ اذا كان العبد لرجل واحد فالصغير فيه كالكبير ٭ رجل كاتب على عبد له رجل رضيع فرضى المولى بذلك لا يجوز
لانه لا ولاية للقابل على عبد الصغير ولا يلزمه البدل بالقبول فى كتابة الغير ولكن ان ادى اليه المكاتبة عتق استحسانا وفى القياس
لا يعتق لما بينا فى الفصل الاول لان قبول الرجل على الرضيع غير معتبر ٭ ولكنه استحسن هنا فقال يعتق وقال فى وجه الاستحسان
ان جعل هذا بمنزلة قوله اذا اديت الى كذا فعبدى حر ومعنى هذا انه خاطب الاجنبى هنا بالعقد فيمكن ان يجعل معلقا عتقه باداء
الاجنبى ٭ وفى الاول ما خاطب الاجنبى بعقد انما خاطبه الذى لا يعقل فلا يمكن ان يجعل عتقه معلقا باداء الاجنبى وحقيقة المعنى فيه

ان العقد منعقد هنا لقبول الاجنبي ولكن لم يلزمه من اقامه المولى حتى لو يجب له البدل على احد فاذا ادى اليه المكاتبه عتق وصل اليه حصته قلنا بانه يعتق ● الا ترى انه لو كاتب حرا على عبد له غايب ثم رجع الغايب فاجاز فعلمه اذا الدرهم الباقي ويعتق اذا
فبهذا يتبين معنى الاستحسان في الرضيع والله اعلم

باب مكاتبة عبده على نفسه

رجل كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له اخر غايب بغير امره على الف درهم مكاتبة واحدة وضمنها الحاضر ● قال المكاتبة على نفسه جايزة ولا يجوز على الغايب لانه لا ولاية له على الغايب في الالزام ● وقد بينا ان على طريقة القياس الحاضر يصير مكاتبا بحصته من البدل وعلى طريقة الاستحسان يصير مكاتبا بجميع البدل ويثبت حكم العقد في حق الغايب فيما لا يضره حتى يمتنع بيعه ويعتق باداء الحاضر جميع المال ولا يرجع هو على الغايب بشي لانه لم يكن له على الغايب شي من البدل ولا كان هو مامورا بالاداء عنه ● وان عجز الحاضر رد في الرق لان المال عليه خاصه وقد تحقق عجزه ولا قول للغايب في ذلك من قبول ولا رد لان العقد غير موقوف على اجازته بل نفذ حين وجب جميع المال على الحاضر فانما يثبت حكم العقد في حقه تبعا ولا قول للتبع في القبول والرد وان ادى الحاضر حصته لم يعتق استحسانا لانه ملتزم جميع البدل والمولى غير راض بعتقه ما لم يؤد جميع البدل ● وان مات عن غير وفا فان عجل الاخر جميع المكاتبه قبل منه استحسانا لانه تبع في حكم العقد بمنزلة الولد المشترى في قول ابي حنيفة رحمه الله ● وكذلك ان دفع العقد مع هذا الاخر حاضر ساكت لان سكوته لا يكون التزاما للبدل ● واذا لم يكن عليه شي من البدل فحضوره وغيبته سوا ● وكذلك المكاتبه على نفسه وولده صغير ولا ولاية له على ولده من الزام البدل الا في وجه واحد انما تاول سعي الولد في المكاتبة على نجومها بمنزلة الولد المولود في الكتابة وقد بينا معنى هذا جاز
كاتب خليته له على نفسها وعلى جارية اخرى ثم استولد السيد المكاتبه فلها الخيار ان عجزت فلها ذلك لانها مقصودة بالكتابة والمال كله عليها وقد تلقاها جهتا حريه فلها الخيار ● وان استولد الاخرى على طريقة القياس تصير ام ولد لانها غير داخلة في الكتابة وتسعى المكاتبه في حصتها من المال وعلى طريقة الاستحسان تكون على حالها حتى ينظر ما ذا تصنع الاخرى لان حكم الكتابة قد ثبت فيها تبعا ● وهذا منع بيعها وقد بينا ان قول البايع لا يعتبر فان ظهر له حق عتق بجهة اخرى ● فاذا ادت الاخرى عتقتا جميعا وان عجزت فحينيذ تصير ام ولد له
وان كان دبر لم يرتفع عن المكاتبه شي من الكتابة لان بالتدبير لا يتغير حكم الكتابة فيها بخلاف ما لو اعتقها فانه تسقط حصتها من البدل لتغير حكم العقد فيها بالاعتاق ● الا ترى انه لو اعتق الحاضرة منهما سقطت حصتها وجعل كالقابض للمال منها فكذلك اذا اعتق الاخرى يجعل كالقابض حصتها لان الاخرى انما التزمت المال عنها ● ولو ادت الغايبة وجب القبول منها فكذلك يسقط حصتها باعتاقه اياها فان لم يدبرها ولكنها ولدت ولدا لم يكن له ان يبيع ولدها لان الولد بمنزلة الام وما كان له ان يبيعها لثبوت حكم الكتابة فيها فكذلك لا يبيع ولدها واكره للمولى ان يطاها لان حكم الكتابة قد ثبت فيها على وجه الاستحقاق ● الا ترى انه امتنع بيعها فكذلك يحرم وطيها كالولد المولود في الكتابة وان قتلت فاخذ المولى قيمتها وفيها وفاء بالكتابة عتقت المكاتبه لان قيمة نفسها ككسبها ● ولو ماتت عن كسب كان يؤدي بدل الكتابة من كسبها ويحكم بحريتهما فكذلك يجعل المولى مستوفيا لبدل الكتابة بما اخذ من قيمتها ولم يرجع المولى على المكاتبة بشي منه لانها لو كانت حية فادت الكتابة لم ترجع على المكاتبة بشي فكذلك من خلفها وهو المولى سببا لو لا يكون ان ترجع على المكاتبة بشي

باب الكتابة على الحيوان وغيره

رجل كاتب عبده على عبد مؤجل او على وصيف جاز استحسانا ● وفي القياس لا يجوز لان هذا العقد لا يصح الا بتسمية البدل فلا يثبت الحيوان دينا في الذمة كالبيع والاجارة ● وفي الاستحسان قال هذا عقد مبني على التوسع في حكم البدل والبدل بمقابلة ما ليس بمال وذلك ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في الصداق ثم قيمة الوصيف اربعون دينارا في قول ابي حنيفة وعندهما على قدر الغلاء والرخص فان جاء بوصيف وسط او قيمته اجبر المولى على القبول كما في الصداق ● وقد بينا معنى هذا في النكاح فان كاتبه على دابة او ثوب لم يجز حتى يتبين الجنس لان اسم الدابة والثوب يشتمل على اجناس ومع جهالة الجنس لا يصح التسمية في شي من العقود كما في الصداق والخلع ● رجل كاتب عبده على جارية فدفعها اليه فوطيها المولى ثم استحقها رجل قال ياخذها المستحق وعلى المولى عقرها وقيمة ولدها لانه المغرور فانه استولدها على انها مملوكة ثم يرجع المولى بقيمة الولد على المكاتب ولا يرجع بالعقر لانه مغرور من جهة المكاتب والمغرور يرجع على الغار بقيمة الولد دون العقر ● وهذا لان المكاتب في حكم المغرور من المولى كالاجنبي الا ترى انه

لو ابتاع من مكاتبه جارية فاستولدها ثم استحقها مستحق اخذها وعقرها وقيمة ولدها ويرجع المولى على المكاتب بالثمن وبقيمة الولد كما لو اشتراها من اجنبي اخر ثم لا يبطل عتق المكاتب لانه قد عتق بتسليم الجارية الى المولى والعتق بعد وقوعه لا يبطل باستحقاق البدل ولكن يرجع المولى على المكاتب بالجارية التي كاتب عليها لان بقبضه انتقض بالاستحقاق من الاصل فيما يحتمل النقض فيكون رجوعه بموجب العقد كما لو كانت الكتابة على دراهم فاستحقت بعد القبض وان كانت على دار هو فسماها ووصفها او على ارض لم يجز لان الدار والارض لا تثبت دينا في الذمة في شي من العقود وهو مجهول جهالة فاحشة ● والى نحو هذا اشار فان لم يعين الدار فقد كاتب على شي لا يعرف واذا جهلنا فقد كاتب على ما لا يملك دينا ● وقد بينا اختلاف الروايات في الكتابة على الاعيان ولو كاتبها على ياقوتة او لولوة او ما اشبه ذلك من العروض لم يجز ● اما اذا كانت بعينها فلانه لا يملك وان كانت بغير عينها فلان الياقوتة واللولوة لا يثبت دينا في الذمة صداقا فكذلك في الكتابة ● وهذا لان التفاوت في اليواقيت واللآلي عظيم في المالية وهو مقصود ● وان كاتبه على كر حنطة او ما اشبه ذلك من المكيل والموزون جاز وله الوسط من جنسه لان جنس المسمى معلوم وجهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في الكتابة بخلاف السلم ● وان كاتبه على وصيف فاعطاه وصيفا وعتق به ثم اصاب السيد عيبا فاحشا رده على المكاتب ويرجع بمثله لان بدل الكتابة كالصداق يرد بالعيب الفاحش كما لم يرجع المكاتب رقيقا بعد ما عتق ● وكذلك ان استحق نصف الوصيف كان للمولى ان يرد ما بقي لان الشركة عيب فاحش يرد الصداق به فكذلك بدل الكتابة فيرده ان شاء ويطالبه بموجب العقد وهو وصيف وسط

باب مكاتبة اهل الكفر

ومن ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز ولا يرد لان شراءه صحيح عندنا فانما كاتب ملكه وكان مجبرا على بيعه ليزول به ذل الكفر عن المسلم وقد حصل هذا بالكتابة لان المكاتبة بمنزلة الحر ما لكتابة على خمر او خنزير لم يجز لان القابل مسلم وهو ليس من اهل ان يلتزم في ذمته الخمر بالعقد ● ولكنه ان ادى الخمر عتق لان الكتابة انعقدت مع الفساد فيعتق باداء البدل المشروط وعليه قيمته لان رقبته سلمت له بحكم عقد فاسد فيلزمه قيمته وكذلك ان كان المولى هو المسلم ● وقد بينا هذا الحكم فيما اذا كانا مسلمين فاذا كان احدهما مسلما اولى ● ذمي كاتب عبدا كافرا على خمر فهو جائز لان الخمر في حقهم مال متقوم بمنزلة العصير والخل في حقنا فان اسلم العبد فالمكاتبة جائزة وعليه قيمة الخمر وهذا استحسان ● وفي القياس يبطل العقد لان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيجعل كالمقترن بالعقد كما في البيع ● ولكنه استحسن فقال قد صحت الكتابة بصحة التسمية في الابتداء وباعتبار صحة العقد يثبت للعبد صفة المالكية يدا فاسلامه يتاكد ملك المالكية ولا يجوز ان يكون اسلامه مبطلا مالكيته ● واذا بقيت الكتابة وقد تعذر تسليم الخمر باسلامه مع بقاء السبب الموجب للتسليم فيجب قيمته كما لو تزوج الذمي ذمية على خمر بغير عينها ثم اسلم احدهما الا ان ابا يوسف رحمه الله هناك يوجب مهر المثل لان بقاء العقد بعد فساد التسمية هناك ممكن فيجعل الاسلام الطارئ كالمقارن وهنا لا يمكن ابقاء العقد مع فساد التسمية ولا بد من ابقاء العقد لما بينا فبقي التسمية معتبرة ايضا فلهذا يجب قيمة الخمر وان كاتبه على ميتة او دم لم يجز لان هذا ليس بمال في حقهم وشرط صحة التسمية في الكتابة ان يكون المسمى مالا ثم قد بينا هذا في حق المسلمين انه لا يعتق بالاداء لان العقد غير منعقد اصلا الا ان يكون المولى قال في المكاتبة ان اديت الي فانت حر فاداه وقبله السيد فيعتق بقوله انت حر بالاداء ولا يرجع على السيد بشي فكذلك في حق الذمي لان معنى انعدام المالية في الميتة يعمهما ● واذا كاتب النصراني ام ولده فادت بعض الكتابة ثم اسلمت ثم عجزت فردها القاضي وقضى عليها بالقيمة لتعذر بيعها بسبب الاستيلاد فانه لا يحتسب بما اخذ السيد عنها بهذه القيمة ● وكذلك ان ادته بعد اسلامها لانها حين ردت في الرق صارت مملوكة له وصار هو احق بجميع مكاسبها ● الا ترى انه لو اسلم كان متمكنا من استدامة الملك فيها وكسبها سالم له فانما قضي عليها بالسعاية بعدما صار هذا المال للسيد ● فلهذا لا يحتسب بذلك المال من هذه القيمة ● ذمي وطي مكاتبته فولدت منه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت ● وكذلك ان اسلمت فهي على خيارها فان مضت على الكتابة اخذت عقرها من سيدها وان عجزت نفسها قضي عليها بالسعاية في قيمتها لانها اسلمت وهي ام ولده ولا عقر على السيد لان عقرها ككسبها وقد بينا حكم ذلك في الفصل الاول وكذلك هنا عبد كافر بين مسلم وذمي فكاتب الذمي نصيبه باذن شريكه على خمر يجوز المكاتبة في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول ابي يوسف لان عندهما الكتابة لا تتجزى ولا يمكن تنفيذها في نصيب المسلم في الخمر فكذلك في نصيب الكافر وعند ابي حنيفة

الكتابة لا تتجزى فيقتصر العتق على نصيب الكافر خاصة ۔ ولو باعه من كافر بخمر جاز فكذلك اذا كاتبه على خمر ولا يضمن المسلم فيما اخذ
النصراني من الخمر سواء كاتبه باذنه او بغير اذنه لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم والعبد قضى به دينا عليه وقد استهلكه القابض
فلا يكون له ان يرجع عليه بشيء منه لان الذمي لا يضمن الخمر للمسلم باستهلاك وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم يجز في نصيب واحد
منهما لان العقد واحد ۔ الا ترى انه لا يعتق باداء جميع البدل لو كان دراهم وقد تعذر تصحيحه في نصيب المسلم اذا كان الخمر بدلا فلا يصح
في نصيب الاخر ايضا اذ لو صححناه يعتق باداء نصيب المسلم اذا كان البدل خمرا فلا يصح في نصيب الاخر من الخمر وذلك خلاف شرطهما
فان ادى اليهما عتق لوجود الشرط وعليه نصف قيمته للمسلم لان العقد في نصيبه فاسد وقد تقرر بالاداء مع صفة الفساد فيرجع على العبد
بقيمة نصيبه وللذمي نصف الخمر لان المفسد قد زال في نصيبه حين عتق بالاداء وتسمية الخمر في حقه كان صحيحا وقد سلم له نصف الخمر
كما شرط فلهذا لا يرجع على العبد بشيء ۔ ولو ان ذميين كاتبا عبدا على خمر ثم اسلم احدهما فلهما جميعا قيمة الخمر ولو اسلما لان العقد واحد
فيجعل اسلام احدهما في تعذر قبض الخمر كاسلامهما ۔ ولو اسلما تحول الخمر قيمة عليه ولا يعتق باداء الخمر بعد ذلك فكذلك اذا اسلم احدهما
وهذا لان نصيب المسلم تحول الى الدراهم باسلامه ومن ضرورته تحول نصيب الاخر الى الدراهم ايضا لان العقد في نصيبهما واحد فلهذا
لا يعتق واحد منهما باداء الخمر ۔ واذا قبض احدهما حصته من القيمة كان المقبوض مشتركا بينهما والباقي مشترك بينهما كما لو قبض احدهما الخمر
قبل الاسلام ۔ وهذا لان القيمة انما سميت فيه لقيامها مقام العين ۔ واذا مات عبد المكاتب فالمكاتب احق بالصلوة عليه لانه كسبه
وقد كان احق به في حيوته وعليه كفنه بعد موته فيكون هو احق بالصلاة عليه الا ان يحضر مولاه فينبغي ان يقدمه للصلوة عليه لانه
ملك مولاه فلا ينبغي ان يتقدم عليه في الصلوة على الجنازة وان كان الحق له ۔ حربي دخل دار الاسلام بامان واشترى عبدا مسلما او كا
جاز لانه ملكه بالشرى حتى لو اعتقه او دبره جاز ذلك فكذلك اذا كاتبه فان دخله معه دار الحرب فهو حر ساعة ادخله في قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله لانه لو ادخله قبل الكتابة عتق عبده فكذلك اذا ادخله بعد الكتابة لان عنده لو اعتقه جاز عتقه فادخاله اياه في دار الحرب
بمنزلة اعتاقه ۔ وهذا لان الحربي لا يستبقي الملك في دار الحرب على من هو من اهل دار الاسلام فكذلك لا يبقى له عليه الملك ۔ وتمام بيان هذا
في السير الكبير ۔ وكذلك لو كان دبره فقضى القاضي عليه بالسعاية في قيمته ولم يقبض حتى ادخله في دار الحرب او كاتب جارية فاستولدها
ثم ادخلها دار الحرب فانها تعتق وتسقط السعاية عنها وعن المدبر كما لو اعتقها ۔ وكذلك ان كان العبد ذميا او الامة ذمية لانهما من اهل
دار الاسلام كالمسلم ۔ وان كان اشترى عبدين فكاتبهما كتابة واحدة ثم رجع الى دار الحرب باحدهما فالذي ادخله فهو دار الحرب حر
قصدا والاخر لا يعتق كما لا يعتق باعتاق احدهما قصدا ۔ ولكنه على مكاتبته يسعى في حصته منها فان رجع الحربي الى دار الاسلام اداها
وان لم يرجع فاداها الى القاضي عتق لان من في دار الحرب حربي في حق من هو في دار الاسلام كالميت وللقاضي ولاية في قبض ديون الميت
فلهذا يعتق المكاتب باداء البدل الى القاضي ويكون ذلك المال للحربي اذا جاء اخذه لبقاء حكم الامان له في المال الذي خلفه في دارنا وولاء
العبد له لانه استحق ولاءه حين عتق على ملكه فهو كما لو اعتقه ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام فان ولاء العبد يكون له ۔ حربي مستأمن
في دارنا اشترى عبدا فادخله دار الحرب عتق وان لم يكن له ولاؤه عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده حين ادخله دار الحرب فقد سقطت
حرمة ملكه وبقي العبد في يد نفسه وبرئ من محنته فيعتق بذلك لانه لو قهر مولاه صار هو مالكا والمولى مملوكا فكذلك اذا استولى على نفسه
ومتى عتق العبد بملكه نفسه لم يكن عليه ولاء كالمراغم وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق العبد المسلم اذا ادخله دار الحرب
حتى يظهر عليه المسلمون او يهرب منه الينا بمنزلة العبد الحربي اذا اسلم في دار الحرب وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا اعتق الحربي في دار الحرب
عبدا مسلما فالعتق جائز لانه لا يملكه بعد العتق بالقهر فان حريته تتاكد باسلامه فلهذا نفذ اعتاقه في دار الحرب وله ولاؤه لان الولاء
كالنسب يثبت ممن باشر سببه في دار الحرب كما يثبت في دار الاسلام فكذلك الولاء وقد باشر الحربي هنا اكتساب سبب الولاء وهو اعتاقه
اياه وكل معتق يجري عليه السبي بعد العتق والمولى حربي او مستامن في دار الحرب فان في قول ابي حنيفة رحمه الله للمعتق ان يوالي من شاء ۔ وقد بينا
في كتاب العتاق ان عتق الحربي عبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله ۔ وان الطحاوي رحمه الله
جعل هذا الخلاف في الولاء وكانه اخذ ذلك من رواية المكاتب فانه نص هنا على الخلاف في الولاء ان المعتق يوالي من شاء في قول ابي حنيفة
ومحمد وعلى قول ابي يوسف ولاؤه للذي اعتق استحسانا ۔ وفي بعض النسخ جعل ذلك الاستحسان من ابي يوسف في المسلم خاصة نص
الحربي انه ولاؤه بمنزلة الحربيين يعتق احدهما صاحبه ثم اسلما اشار الى الاستحسان في الفصلين جميعا فاشتبه مذهب ابي يوسف
رحمه الله في هذا ۔ وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الفصلين له ان يوالي من شاء قال لان الحكم على المولى اذا كان مسلما حكم اهل الاسلام
ففي التعليل اشارة الى ان الاستحسان فيما اذا كان المولى مسلما وفي قوله هو بمنزلة الحربيين يعتق احدهما صاحبه ثم اسلما كان العبد حربيا كاملا

في دار الحرب لا يلزمه حكم الاسلام والتزام الولاء عليه من حكم الاسلام فلا يلزمه ذلك في دار الحرب فاذا خرج الينا فقد خرج ولا
ولاء عليه فله ان يوالي من شاء والله اعلم

باب ضمان المكاتب

ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال بامر المكفول عنه ولا بغير امره لانه تبرع واصطناع معروف فانه يلتزم المال في ذمته من غير منفعة له
في ذلك وهو ليس من صنيع التجار عادة ويحترزون عنها وكذلك كفالته بالنفس لانه التزام بطريق التبرع وهو يتضرر بذلك من حيث انه يحبس
اذا غاب المطلوب ويستوي ان كان باذن مولاه او بغير اذن مولاه لانه لا ملك للمولى في التزام شيء في ذمته ۔ وكذلك قبوله الحوالة فان معنى
التزام المال في قبول الحوالة اظهر منه في الكفالة فان كفل بمال باذن سيده ثم عجز لم يلزمه تلك الكفالة لان اصل ضمانه كان باطلا في حالة رقه لانعدام
اهلية التبرع مع الرق وبالعجز يتاكد رقه ولا معتبر باذن سيده فان ادى المكاتبة لم تلزمه تلك الكفالة لان التزامه صحيح في ذمته باعتبار انه
مخاطب وله قول ملزم ولا يكون هو في هذا الالتزام ادون من العبد ۔ ولو ان عبدا محجورا كفل بكفالة ثم عتق لزمته فالمكاتب مثله الا ان العبد
اذا كفل باذن سيده يطالب به في حالة رقه لانه لا حق له ولاية التزام المال في رقبته بخلاف المكاتب ۔ ولو كان المكاتب صغيرا حين كفل لم يؤاخذ بها
وان عتق لان الصغر يبطل قوله ملزما في التبرعات في حق نفسه ۔ الا ترى انه لو كان حرا لم يلزمه بذلك شيء فكذلك اذا اعتق بعد الكفالة
وكذلك ابن المكاتب وابوه وقرابته لان من دخل في كتابته فحاله كحال المكاتب ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد محجور عليه فلا يصح كفالته
وان كان باذن المكاتب لان اذنه انما يعتبر فيما يملك مباشرته بنفسه وان كفل لسيده بمال على انسان جاز لانه بمنزلة الاجنبي عنه حتى يشتري
ويبيع كسائر الاجانب وكفالة الاجنبي له بالمال صحيح لانه تبرع عليه كالمنة ۔ وكذلك كفالة المولى فان عجز المكاتب رجع السيد بالمال على
المكفول عنه ان كان كفل بامره وان كان كفل بغير امره بطل المال عنهما جميعا ولم يرجع عليه بشيء لان ما في ذمة الاجنبي وهو المال المكفول به
بهذا الطريق ملكه والهبة منه وهناك يسقط عنهما ويرجع على المكفول عنه ان كان كفل بامره ولا يرجع اذا كفل بغير امره ضمنا مثله ولو كان
ادى السيد المال ثم عجز المكاتب رجع به المولى على الذي ضمنه بامره لانه بالاداء استوجب الرجوع عليه وصار ذلك المال دينا له
في ذمته فلا يسقط بعجز المكاتب بعد ذلك ويستوي ان كان المقبوض قائما بعينه في يد المكاتب او مستهلكا لان ما قبضه المكاتب يحيى كسائر
امواله فكان عوده له الى المولى بالعجز لا يمنعه من الرجوع على المكفول عنه فكذلك عود هذا المال اليه ۔ وكذلك لو حلت المكاتبة فصار
قصاصا بماله على المولى من الضمان لان للمولى بالمقاصة يصير قاضيا دين الكفالة للمكاتب او يصير متملكا في ذمته فيثبت له حق الرجوع
على المكفول عنه اذا كفل بامره ولا يجوز مكاتبة ما في البطن وان قبلتها الام عليه لان ما في البطن غير معلوم الوجود والحيوة ولا ولاية
عليه في القبول والقبول منه لا يتصور ۔ وقد بينا ان كتابة الصبي الذي يعقل باطل فما في البطن اولى وكذلك ان تولى قبول ذلك الحر على ما في البطن
وضمنه لانه لا ولاية عليه في القبول وما في البطن ليس بمحل للكتابة والعقد متى اضيف الى غير محله كان باطلا ۔ وانما يجعل قبول الغير قبول
من هو المقصود في موضع يتحقق القبول ممن هو المقصود الا ان المولى ان كان قال للحر اذا اديت الي الفا فانت حر فاداه عتق اذا وضعت
لاقل من ستة اشهر حتى يتيقن بوجوده في البطن يومئذ ۔ وهذا لان ما في البطن محل لتنجيز العتق فيكون محلا لتعليق عتقه بالشرط ويعتق
ويعتق بوجود الشرط ثم يرجع صاحب المال بماله لان المؤدي لم يملكه من المولى بسبب صحيح وعتق الجنين كان بوجود الشرط والشرط
هو الاداء الى المولى دون التمليك منه فبقي المال على ملك المؤدي فلهذا يرجع به وان عتق الجنين ۔ واذا وهب المكاتب هبة او تصدق
بصدقة فهو باطل لانه تبرع فان عتق بالاداء ردت الهبة والصدقة حيث كانت لانه لم يكن اهلا لما صنع ولا كان كسبه محتملا له
فلغى فعله وبقي المال على ملكه فياخذه حيث ما يجده بعد العتق بخلاف كفالته فان ذلك التزام في ذمته وله ذمة صالحة للالتزام للحقوق
فينفذ ذلك بعد عتقه ۔ وان استهلك الموهوب له او المتصدق عليه ضمنها من قيمته باستهلاكه مالا لا حق له فيه ويستوي في ذلك
المكاتب في حال قيام الكتابة وبعد العتق ويستوفيه المولى بعد عجز المكاتب بطريق الاولى لان الحق في كسبه خلص له ۔ واذا اشترى المكاتب
عبدا من مولاه او من غيره فوجد به عيبا فله ان يرده على البائع لانه في حقوق عقد الشراء كالحر والمولى منه في ذلك كالاجنبي فان عجز
ثم وجد السيد به عيبا وقد اشتراه السيد من غير المكاتب فللسيد ان يرده بالعيب لان الحق خلص له بعجز المكاتب كما يخلص للمكاتب
بعتقه ثم يمتنع عليه الرد بالعيب بعد العتق فكذلك على المولى بعد العجز والمولى خليفته في كسبه بعد العجز خلافة الوارث المورث وللوارث
حق الرد بالعيب فيما اشتراه مورثه فكذلك للمولى ذلك ولكن المكاتب هو الذي يلي رده لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك الى العاقد
خاصة ما بقي حيا وهو كالعبد الماذون يشتري شيئا ثم يحجر عليه مولاه ۔ مكاتب اشترى عبدا ثم باعه من سيده ثم عجز فوجد به السيد عيبا

لم يستطع رده على عبده لانه لا يستوجب على عبده بالرد شيئا ثم باعه من غيره ثم عجز فان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولا يخاصم بالعيب
بناء على ثبوت المطالبة بتسليم الجزء الفائت في ذلك فيثبت للمولى على عبده ولا يرده على بايعه من عبده لانه ما عامله بشيء ولا كان ملكه
مستفادا بذلك العقد وانما كان المستفاد بعقده ملك المكاتب فلم يعد ذلك الملك لا تتصور الخصومة معه في العيب ● وكذلك لو مات
المكاتب بعد العجز وجد السيد بالعبد عيبا لم يرده لان اعادة الملك المستفاد للمكاتب متعذر بعد موته عاجزا كما كان متعذرا بعد عجزه
في حيوته واذا عجز المكاتب وعليه دين لمولاه ودين لاجنبي فانه يبطل دين المولى عنه لان الدين في ذمة العبد لا يثبت الا شاغلا لماليته ومالية
ملك مولاه وهو لا يستوجب الدين في ملكه ويباع في دين الاجنبي لانه كان ثابتا في ذمته وبقي بعد العجز كذلك فان العجز لا ينافي وجوب
الدين عليه للاجنبي ابتداء اذا وجد سببه فكذلك لا ينافي بقاءه واذا بقي الدين عليه كان متعلقا بماليته فيباع فيه فان لم يعجز ولكنه مات
عن مال كثير بدا بدين الاجنبي لانه اقوى ثم بقضاء دين المولى ومكاتبته ● وفي هذا اشارة الى التسوية بين المكاتبة والدين الاخر للمولى وفيه روايتان
وجه واذا عجز المكاتب وفي رقبته وقد ذكرنا قبل هذا مفسرا ان دين المولى مقدم في القضاء على المكاتبة وهو الصحيح دين بجناية رجل لعبد
فاشتراه منه ثم يريد رده عليه بالعيب فله ذلك لانه حق استوجبه عليه قبل العجز فلا يبطل بالعجز فان رده وسلمه اليه كان الثمن دينا
في ذمته كساير الديون والعبد المردود عليه كسبه فيباع ويقسم ثمنه بين الراد وساير الغرماء بالحصص لاستواء حقهم في كسبه فان قال
الراد لا اريده حتى اخذ ثمنه كان له ذلك لان حال المشتري مع البايع عند الرد كحال البايع مع المشتري في ابتداء العقد وكما ان له
ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك المشتري بعد الرد له ان يحبسه لاسترداد الثمن وباعتبار يده هو احق بماليته من ساير الغرماء
فيباع له خاصة ● واذا سبى المكاتب فاستدان دينا فهو بمنزلة استدانته في ارض الاسلام لان المكاتب لا يملك بالاسر فهو باق
على ملك مولاه سواء كان في دار الحرب او دار الاسلام ● وان ارتد المكاتب وعليه دين واستدان في ردته ايضا ثم علم ذلك باقراره ثم قتل
على ردته فما استدانه في ردته بمنزلة دين المرض حتى يبدا بما استدانه في حال الاسلام من كسابه ثم ما بقي للذي اداته في حال ردته
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله ● وعند ابي يوسف رحمه الله الكل في ذلك سواء لان من اصل ابي يوسف ان الحر بعد الردة في التصرف
بمنزلة الصحيح لا يمكنه من دفع ما يريد به عن نفسه بالتوبة فكذلك المكاتب ● ومن اصل محمد انه في التصرفات بمنزلة المريض لكونه مشرفا
على الهلاك فكذلك المكاتب ● ومن اصل ابي حنيفة رحمه الله ان الحر بالردة تتوقف تصرفاته ويصير في حكم المحجور عليه كالمكاتب
انما ينفذ تصرفه بعد الردة لمراعاة مولاه لان كسبه قد تعلق به حق مولاه فاما في حق نفسه السبب الموجب للحجر متقرر فلهذا كان بمنزلة
المريض فيما يلزمه باقراره ويقدم دين الاسلام عليه ويستوي في هذا كسب الاسلام وما اكتسبه بعد الردة لان حق المولى ثابت في ذلك
كله لتقاعد الكتابة فلهذا يستوي الكسبان فيه وما بقي بعد قضاء ديونه واداء مكاتبته لورثته المسلمين لان قيام حق المولى يمنع
من ان يجعل كسب ردته فيئا فيكون موروثا عنه بعد عتقه ككسب اسلامه ● ولو ارتد العبد المأذون ثم استدان في ردته ثم اسلم
فجميع ذلك في رقبته لانه باق على اذنه بعد الردة واذا اسلم صار كان الردة لم تكن فيكون هذا وما استدانه في حال اسلامه سواء
ولو قتل مرتدا عن مال كان غرماؤه احق به من المولى لانهم في حال حيوته كانوا احق بكسبه من المولى فكذلك بعد موته واذا ادى
الولد المكاتب المولود في كتابته وقضى مكاتبته وعتق ثم حضر غرماء ابيه لم يكن لهم ان ياخذوا من المولى ما اخذ ولكنهم يتبعون الولد
بدينهم لانه بعد موت ابيه قايم مقامه ● والمكاتب في حيوته لو ادى المكاتبة او اعتق ولا سبيل للغرماء على ما اخذه المولى فكذلك الولد
بعد موته استحسانا نقول فان كان المكاتب ترك مالا فاداه الابن الى السيد كان للغرماء ان يرجعون بذلك المال على السيد لان حقهم
يثبت في ذلك المال بموت المكاتب وهو مقدم على حق المولى فلا يملك الولد ابطال ذلك الحق عليهم ثم قال ويعود الابن مكاتبا كما كان لان
اداءه لما بطل صار كانه لم يؤد فيكون مكاتبا ما لم يؤد بدل الكتابة الى المولى وقد قال قبل هذا في هذا الفصل بعينه انه يكون حرا وهكذا
يذكر في اخر هذا الكتاب ونسبه الى ابي يوسف ومحمد رحمهم الله ان ابن المكاتب اذا ادى من تركة المكاتب مالا من المكاتبة وعليه دين
كان على الميت فالعتق ماض فيوخذ من المولى ما اخذ ويرجع على الابن ببدل الكتابة وهذا هو الاصح لان شرط عتقه قد وجد وهو الاداء
فيعتق وان كان المال مستحقا للغرماء ويكون على الرواية الاخرى يقول هو لا يخالف اباه في كسبه ما بقي من الرق فيه فلا معتبر باداه في ذلك
ولكنما خلف فيما اكتسبه بنفسه فيعتبر اداؤه في ذلك ● ولهذا يسلم للمولى ما يقبضه من كسب الابن دون ما يقبضه من تركة المكاتب
وقد بينا فيما سبق وجوه وصية المكاتب فان اوصى لعبده فقال بيعوه بعد موتي نسمة فهذا باطل لان هذا وصية للعبد بقدر ثلثه
لان البيع نسمة يكون للعتق والمشتري لا يرغب فيه بمثل الثمن ● الا ترى ان الحر لو اوصى بهذا حط عنه من الثمن بقدر ثلث ماله
اذا لم يكن يرغب في الشراء باكثر منه ● ووصية المكاتب بالثلث باطلة وان مات عن وفاء لما بينا ان كسبه لا يحتمل التبرع فان اجاز

بعد

بعد الموت ثم اذا ادوا ان يرجعوا قبل ان يدفعوه الى صاحبه فلهم ذلك لان العقد كان لغوا باعتبار انه لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة
في لزومه بخلاف ورثة الحر اذا اجازوا وصيته بما زاد على الثلث لان ذلك صادف محله لكونه مملوكا له ولكنه امتنع نفوذه لحق الورثة
فاجازتهم تكون اسقاطا لحقهم فلهذا يتم بنفسه ● وهذا لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة فيه ولكنهم لو دفعوه الى صاحبه بعد الاجازة
ففي القياس لهم الاسترداد ايضا لان الاجازة لا تنعقد بها العقد ابتداء ● الا ترى ان الصبي لو طلق امرأته ثم اجازه بعد البلوغ كان باطلا
ولكنه استحسن فقال دفعهم المال الى صاحبه تمليك منهم لذلك المال وتمليكهم صحيح بعدما خلص المال لهم من الوجه الذي قصدنا عليه
فلهذا يصح ذلك لتحصيل مقصودهم ● واذا تصدق على المكاتب بصدقة فقضى منها الكتابة او لم يكن فيها وفاء فعجز عن المكاتبة والصدقة
في يده فهي طيبة للمولى لان الصدقة تمت وصار المقبوض كسبا للمكاتب فانما يسلم للمولى جهة الكتابة او جهة الخلافة عنه في كسبه بعد
العجز فيكون طيبا له كساير اكسابه ● والاصل فيه حديث بريرة وقول النبي عليه السلام ورضي عنها هي لها صدقة ولنا هدية
وكذلك ما تصدق به على عبد المكاتب فهو جايز لان المكاتب في حكم الصدقة كالفقير المحتاج ● ويجوز التصدق على عبد الفقير وان كثر
المال ويحل ذلك لمولاه فكذلك على عبد المكاتب والله اعلم

باب الاختلاف في المكاتبة

قد بينا في كتاب العتاق الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فيما اذا اختلف المولى مع المكاتب في مقدار البدل او جنسه
في حكم التحالف ثم فرع على قول ابي حنيفة قال اذا قال المكاتب كاتبتني على الف درهم وقال المولى على الفين فجعل القاضي القول قول المكاتب
مع يمينه والزمه الف درهم كما هو قول المكاتب ثم اقام السيد البينة انه كاتبه على الفين فبينته مقبولة لما فيها من اثبات زيادة المال
وهو حجته ثم ان المكاتب لم يؤد شيئا بعد العتق الا باداء الالفين لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ● وان كان ادى الفا
وامضى القاضي عتقه ثم اقام المولى البينة فهذا والاول سواء لانه تبين بالحجة ان بدل الكتابة الفان وان القاضي مخطئ في امضاء عتقه
بعد اداء الالف ● ولكنه استحسن فقال هو حر وعليه الف درهم لان القاضي قضى بعتقه ببدل شرعي والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ثم بينة
المولى بعد ذلك مقبولة على اثبات الزيادة له في ذمته غير مقبولة على نفي العتق المقضي به اذ ليس من ضرورة وجوب المال على المكاتب
بطلان العتق كما لو استحق البدل من المولى لانا قد بينا اختلاف الصحابة في وقت عتق المكاتب فمنهم من يقول يعتق بنفس العقد ومنهم
من يقول يعتق باداء قدر قيمته وقضاء القاضي بعتقه صادف موضع الاجتهاد فكان نافذا فان ادى المكاتب الف درهم ولم يخاصمه الى القاضي
حتى اقام المولى البينة على الالفين لم يعتق حتى يؤدي الالف الباقية لانه تبين ان بدل الكتابة الفان فلا يعتق باداء بعض المال وما لم
يخاصمه الى القاضي لا يمكن اثبات العتق له محالا به على قضاء القاضي في المجتهدات لان القاضي لم يقض بشيء فلهذا لا يعتق حتى يؤدي
جميع البدل ● واذا اختلفا فقال المولى كاتبتك على الفين وقال العبد كاتبتني على الف اذا اديت فانت حر واقاما البينة فانه يقضي
بالفين فيؤخذ ببينة المولى على المال وبينة العبد على العتق فاذا ادى الفا عتق وعليه الف اخرى لان العبد قد اقام البينة على عتقه
بعد اداء الالف حتى شهد شهوده انه قال اذا اديت الي الفا فهو حر بمنزلة رجل اعتق عبده على الف ● وقد بينا معنى هذه المسألة
في كتاب العتاق الا ان هناك ابهم الجواب وهنا فسر وفرق بين ما اذا شهد شهود العبد انه قال اذا اديت الي فانت حر وبين ما اذا شهدوا
بذلك ولم يكن شهدوا انه كاتبه على الف ونجمها عليه نجوما فانه لا يعتق هنا حتى يؤدي الالف الاخرى وهذا الفرق صحيح لان في الفصل الاول
عتقه عند اداء الالف بحكم الشرط مصرح به في شهادتهم ولا يوجد ذلك في الفصل الثاني فانه يعتق بحكم العقد وقد ثبت ببينة المولى
ان البدل بحكم العقد الفان فلا يعتق الا باداء الالفين وكذلك عند اقامة البينة لانه يجعل كان الامرين كانا ● وان اختلفا فقال العبد
كاتبتني على نفسي ومالي على الف درهم وقال المولى بل كاتبتك على نفسك دون مالك فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان العبد
في هذا الفصل يدعي زيادة في حقه والمولى ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه لانكاره والبينة بينة العبد لما فيها من اثبات الزيادة
وكذلك لو قال المولى كاتبتك على نفسك خاصة وقال العبد على نفسي وولدي فان قال المولى كان هذا المال في يدي حين كاتبتك
فهو مالي وقال العبد اصبته بعد ذلك فالقول قول العبد والبينة بينة المولى لان المال في يد العبد فهو مستحق له بحكم يده والمولى
يحتاج الى اثبات الاستحقاق عليه بالبينة ولان الكسب حادث فيحال بحدوثه على اقرب الاوقات وهو ما بعد الكتابة ويحتاج المولى
الى اثبات التاريخ بالبينة ● وان ادعى احدهما فسادا في الكتابة وانكر الاخر فالقول قول المنكر لان اتفاقهما على العقد يكون اتفاقا
منهما على ما يصح به العقد فان مطلق فعل المسلم محمول على الصحة فلا يقبل قول من يدعي الفساد الا بحجة ولان المفسد شرط زايد على ما به

ثم المكاتبة فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل اقامة الحجة • ولهذا لو اقاما البينة كانت البينة بينة من يدعي الفساد لانه يثبت زيادة شرط
ببينته • وان قال المولى كاتبتك على الف الى سنة وقال العبد الى سنتين فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاجل حق العبد
فهو يدعي زيادة في حقه وهو منكر • الا ترى ان المولى لو انكر اصل الاجل كان القول قوله والبينة بينة العبد فكذلك اذا انكر زيادة في الا
وان ادعى انه كاتبه نجوما على الف كل شهر مائة وقال المولى نجومك مائتان كل شهر فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاختلاف
بينهما حقيقة في فصل الاجل العبد يدعي ان الاجل عشرة اشهر والمولى يدعي ان الاجل خمسة اشهر • ولو قال العبد كاتبني على مائة دينار
واقام البينة وقال المولى على الف درهم واقام البينة فالبينة بينة المولى لان حق المكاتب ثابت باتفاقهما وانما قامت البينتان وقال المولى
على الف درهم واقام البينة فالبينة بينة المولى فيما هو حق المولى وبينته على اثبات حق نفسه اولى بالقبول من بينته على حقه ولو قال
المولى لمكاتبته ولدت هذا الولد قبل ان كاتبتك فهو عبدي وقالت بل ولدت في مكاتبتي فالقول قول من بيده الولد منهما لانه مستحق له باعتبار
يده والاخر يريد استحقاقه عليه فلا يستحقه الا باقامة البينة • فان قيل اذا كان في يد السيد فلماذا جعل القول قوله وولادتها الولد
حادث فالحال بالحادث على اقرب الاوقات قلنا نعم ولكن هذا نوع ظاهر والظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق
والمكاتب يحتاج الى استحقاق الولد على المولى في الولد والظاهر هذا لا يكفي فان اقاما البينة فالبينة بينة المكاتب • اما الاول فان الولد
في يد المولى فلانه يثبت الاستحقاق بنسبها والمولى ينفي ذلك الاستحقاق • فاما اذا كان في يد المكاتبة فلانها ببينتها يثبت حكم الكتابة
في الولد وحريته عند ادائها والمولى ينفي ذلك ببينته فكان المثبت من البينتين اولى كما لو اعتق جاريته ثم اختلفا في ولدها والمولى
في المكاتبة فهو كاختلاف المولى والام في قول ابي حنيفة رحمه الله الاخر لان الولد قام مقام الام فاختلافه مع المولى في مقدار البدل
بمنزلة اختلاف الام • ولهذا لو ادعى الولد انه ادى البدل او ان الام ادت البدل لم تصدق الا بحجة كما لو ادعت الام ذلك في حياتها
وكذلك اذا كان الاختلاف من المكاتبة وابن المولى بعد موت المولى • ولو كاتب الذمي عبدا مسلما ثم اختلفا في مقدار البدل واقام الحربي
بينة من النصارى لم تقبل لان الخصم مسلم وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم • حربي دخل دار الاسلام بامان فاشترى عبدا
ذميا وكاتبه ثم اختلفا في المكاتبة فاقام المولى البينة من اهل الحرب ممن دخل معه بامان لم تقبل شهادتهم على العبد الذمي لانه من اهل
دارنا وشهادة اهل الحرب على من هو من اهل دارنا لا تكون حجة كشهادة الكافر على المسلمين

باب مكاتبة المريض

مريض كاتب عبده على الف درهم يحلها عليه نجوما وقيمته الف درهم وهو لا يخرج من ثلثه فانه يخير العبد فان شاء عجل ما زاد
من القيمة على ثلث مال الميت والا رد في الرق لانه بتاجيل المال عليه اخرجوا الورثة الى مضي الاجل وفيه ضرر عليهم فلا
فيما هو من حقهم • وهذا لان ضرر التاجيل كضرر الابطال من حيث ان الحيلولة تقع بين الورثة وبين حقهم عقيب موته • الا ترى
ان المريض اذا اجل في دين له على اجنبي يعتبر له من الثلث كما لو شهدوا بالتاجيل في الدين اذا رجعوا ضمنوا كشهود الابرا فان عجل
ما زاد على الثلث حسب ذلك من كل نجم بحصته لانه في كل نجم كان ثابتا في جميع المال • وان عجل شيا عند اعتراض الورثة يشيع المعجل
في جميع النجوم فيكون من كل نجم بحصته اذ ليس بعض النجوم بان يجعل المؤجل عنه اولى من البعض • وان كاتبه على الفين وقيمته الف درهم
لا مال له غيره قيل له عجل ثلثي الالفين في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يقال له عجل ثلثي قيمتك لان من اصلهما ان مال
ان مال المولى بدل الكتابة فلا يصح تاجيله الا في قدر الثلث • ومن اصل محمد رحمه الله ان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض ممكنا من ان لا
اصلا واذا ملكه مؤجلا لا يثبت للاولياء حق الاعتراض على الاجل • وقد بيناه في كتاب العتاق وان كاتبه على الف وقيمته الفان
ولا مال له غيره قيل له عجل ثلثي قيمتك وانت حر والا رددناك في الرق لانه حاباه بنصف المال والمحاباة في المرض وصية فلا تجوز الا
ثلثه • واذا استغرقت المحاباة الثلث لا يمكن تصحيح التاجيل في شيء منه فيؤمر بان يعجل ثلثي قيمته او يرد في الرق • رجل كاتب عبده في
ومرضه لا يبطل الاستحقاق الثابت للمكاتب كما لو اقر في مرضه ثم اقر باستيفاء البدل مستلما كان العقد في صحته ومرضه لا يبطل الا
الثابت للمكاتب كما لو اقر في مرضه ثم اقر باستيفاء البدل فانه لا يصح الا بقدر ثلثه لانه ما استحق هنا براءة ذمته عند اقراره واما
براءة ذمته عند ابطال المال اليه ظاهر التعلق به حق ورثته كما كان حقهم متعلقا برقبته ثم تمكن تهمة المواضعة هنا انه قصد بتصرفه
تحصيل العتق له فجعل في حق الورثة كان المولى اعتقه مكان الكتابة فلهذا كان معتبرا من ثلثه • ولو كاتبه في صحته على الف درهم وقيمته
خمسمائة ثم اعتقه في مرضه ثم مات ولم يقبض شيئا فانه يسعى في ثلثي قيمته ولان اعتاقه اياه ابطال الكتابة لان الاعتاق المبتدا

فخن

في حق المولى عتق المعتق بجهة الكتابة • واذا كان هذا ابطالا للكتابة جعل كانه لم يكاتبه • وكذلك لو وهب له جميع ما عليه
من الكتابة في مرضه وهو حر ويسعى في ثلثي قيمته لان المولى هو الاقل فانما يعتبر تبرعه من الهبة بالثلث فيما يعلم انه حقه وهو
وفي الكتاب قال لانه متى ادى ثلثي قيمته عتق • وان كان على المكاتبة في قول يعقوب ومراده قول يعقوب في انه اذا كان العتق
سعى في اقل ما يلزمه من جهة السعاية ومن جهة المكاتبة بينهما لان التخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد غير مفيد وعلى
قول ابي حنيفة اذا كاتبه في صحته ثم اعتقه في مرضه فهو بالخيار ان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي ما عليه • وقد بينا
هذا في كتاب العتاق وان كان المولى قد قبض منه قبل ذلك خمسمائة ثم اعتقه في مرضه سعى في ثلثي قيمته ولم يحتسب له شيء مما ادى
قبل ذلك لانه لما عتق بالاعتاق المبتدا بطل حكم الكتابة في حق المولى فما ادى قبل ذلك كسب عبده فيكون سالما غير محسوب مما عليه
من السعاية وهذا عندهما • وكذلك عند ابي حنيفة ان اختار فسخ الكتابة والسعاية في ثلثي قيمته • قال وان ادى المكاتبة
الا مائة درهم ثم اعتقه في مرضه او وهب له الباقي سعى في ثلثي المائة لان ما بقي هنا من بدل الكتابة اقل • وقد بينا ان المولى الفذ
وهو الاقل فلهذا يعتبر الثلث والثلثان من بدل الكتابة لانه اقل • واذا ولدت المكاتبة ولدا واشترت ولدا اخر لها ثم ماتت سعيا في الكتابة
على النجوم لان المولود في الكتابة قايم مقام الام في ايفا النجوم ببقايه وهو المطالب ببدل الكتابة وهو الذي يلي الادا عند حلول النجوم
دون المشترى لان المشترى لو كان وحده لا يطالب بالمال على النجوم ولكن اذا لم يود المال حالا فهو بمنزلة عندهما يباع فعرفنا انه غير
وانما القايم مقامها هو المولود في الكتابة • الا ترى انه لو كان المال في ذمته كان وحده وانما يطالب به عند حلول الاجل
صار المولود في الكتابة في حق الولد الاخر كالام وفي حال حياتها كانت هي التي تطالب بالمال وهي تلي الادا دون الولد فكذا هنا
فان سعى الولد المولود في الكتابة وادى لم يرجع على اخيه بشيء لانه ادى عن امه ولان كسبهما في ادا بدل الكتابة منه بمنزلة تركتها
وعند الادا من التركة لا يرجع على اخيه فكذلك اذا ادى من كسبه ولو اكتسب هذا الابن المشترى مالا فلاخيه ان ياخذه ويستعين
في كتابته لانه قايم مقام امه وكان لها في حال حياتها ان تاخذ كسبه فكذلك لمن قام مقامها • وهذا لانه لما نفى الاجل باعتبار
بقا المولود في الكتابة ولا يبقى الاجل الا باعتبار من هو الاصل عرفنا انه اصل في هذا العقد والمشترى تبع له • وعلى هذا
لو اراد ان يسلمه في عمل لياخذ كسبه ليستعين به في مكاتبته كان له ذلك ويامره القاضي ان يواجر نفسه او يامر اخاه ان يواجر
كما لو كانت الام حية كان لها ان تواجره بامر القاضي اذا ابى ان يواجر نفسه ليودي المكاتبة من اجارته وما اكتسبه المولود في الكتابة
بعد الام قبل الادا فهو له خاصة وما اكتسب اخوه حسب من تركتها تقضى منه الكتابة والباقي ميراث بينهما لان المشترى بمنزلة
عبدها فيكون كسبه لها بمنزلة ما اخلفته تقضى منه بدل الكتابة والباقي ميراث عنها بين الاثنين فاما المولود في الكتابة فلا تتصل
اصلا فاذا حكم بعتقه مستندا الى وقت عتق امه كان ما اكتسب بعد ذلك له خاصة • وهذا كله مذهب ابي حنيفة واما عندهما
الولد المولود في الكتابة وكل من كانت عليها في حكم السعاية على النجوم سوا فلا يكون لاخيه ان ياخذ منه شيا من كسبه اذ كل واحد
قايم مقام الام وليس لاحدهما ان يبيع لصاحبه • واذا كان العبد بين رجلين فمرض احدهما ثم كاتبه الصحيح باذنه جاز ذلك وليس للوارث
ابطاله لانه قام مقام مورثه ولم يكن للمورث ابطاله فكذلك لا يكون ذلك لوارثه • وهذا لانه ليس في هذا الاذن ابطال شيء من حق
الورثة عما تعلق حقهم به انما هو مجرد اسقاط خيار يثبت له • وكذلك ان اذن له في القبض فقبض بعض المكاتبة ثم مات المريض
لم يكن للوارث ان ياخذ منه شيا من اصحابنا من قال هذا غلط وينبغي ان يكون للوارث ان ياخذ منه ما زاد على الثلث لان اذنه
في القبض رضى منه بان يقضي المكاتب دينه بنصف الكسب الذي هو حق المريض • وهذا تبرع منه فانما يعتبر من ثلثه ولكنا نقول
المريض يمكن من اسقاط حق ورثته عن كسبه بان يباشر على الكتابة فيحمل رضاه ايضا بقضا بدل الكتابة من كسبه ولا يكون للورثة سبيل
على ابطال ذلك • وهذا لان الكسب بدل المنفعة وتبرعه بالمنفعة بنفسه لا يكون معتبرا من ثلثه فكذلك تبرعه من بدل المنفعة
ولا يجوز ان يزوج امة من عبده لان فيه تعييب لهما لان النكاح عيب في العبد والامة جميعا ولا تسقط بهذا العقد نفقتهما عنه
ولا يجب المهر ايضا فكان هذا ضررا في حق المكاتب فلهذا لا يصح منه • وللمكاتب ان ياذن لعبده في التجارة بقصد به اكتساب المال
والمكاتب منفك الحجر عنه في مثله ولان الفك ثابت بالكتابة فوق الثابت بالاذن • واذا جاز للماذون ان ياذن لعبده في التجارة
فلان يجوز للمكاتب اولى فان لحقه دين بيع الا ان يودي عنه المكاتبة • ويجوز ان يودي عنه الدين وان كان اكثر من قيمته لان هذا
تناوله الفك فان عجز المكاتب وقد لحق كل واحد منهما دين بيع كل واحد منهما في دين نفسه الا ان يفديهما المولى بعجز المكاتب
صار كل واحد منهما مملوكا للمولى فيكون الراي اليه في ان يودي عنهما الدين ويباع كل واحد منهما في ذمته فان فضل من ثمن المكاتب شيء

يستوفى من دين المكاتب لان العبد كسبه وحق غرمائه ثابت فى كسبه الا ان دين العبد كان مقدما فى مالية رقبته فيما فضل من دينه وصح
فى دين المكاتب فان قضى المولى بعض غرمائه دينه ثم جا الاخرون لم يكن لهم على من اقتضى دينه سبيل اذا لم يكن اصل الدين مشتركا بينهم
لان المولى انما قضى من خالص ملكه ولاحق للغرماء فى خالص ماله فهو فيه متبرع احرمتبرع بعضا ببعض دينه فلا يكون للباقين على المقتضى سبيل
ولكنهم يأخذون العبد فيبيعونه لتعلق حقهم بمالية رقبته ولا يخاصمهم المولى بما قضى من دينه فى رقبته لانه لا يستوجب دينا فى ذمة
عبده ولا فى مالية رقبته فكان هو فى الاداء بمنزلة متبرع وعجز المكاتب حجر على عبده لان ثبوت الاذن باعتبار اهلية التصرف
للمكاتب وقد زال بعجزه ذلك فيكون عجزه كموت الحر وموت الحر يصير العبد محجورا عليه فكذلك بعجز المكاتب ● وكذلك موته لانه ان
عاجزا فقد انفسخت الكتابة ● وان مات عن وفاء فهو كموت الحر فيكون حجرا على العبد فى الوجهين جميعا فان كان له ولد فاذن له
فى التجارة وعليه دين لم يصح اذنه لان غرماء العبد احق بمالية رقبته والولد المولود فى الكتابة انما يخلف اباه فيما هو حقه فاما ما هو
حق غرمائه فلا فلهذا لا يصح اذنه له فى التجارة ● واذا اذن المكاتب لعبده فى التجارة فاستدان دينا فدفعه المولى الى الغرماء
بدينهم جاز ذلك ● والمراد بالمولى هو المكاتب دون مولى المكاتب لانه لا حق لمولى المكاتب فى التصرف فى كسبه ما بقيت الكتابة
والمكاتب فى التصرف فى كسبه كالحر فيما بينا وله الفك ودفع العبد الى الغرما بدينهم يجوز من الحر فكذلك من المكاتب فاذا اذن المكاتب
لعبده فى التزوج لم يجز لانه لا يملك مباشرته بنفسه لما فيه من الضرر عليه فكذلك لا يأذن للعبد فيه ● وان اذن لامته فى التزوج
جاز ذلك استحسانا كما لو زوجها بنفسه لانه يأخذ مهرها ويسقط نفقتها عن نفسه ● وفى القياس لا يجوز ايضا لان هذا التزويج
ليس من صنع التجارة عادة والله اعلم

باب الخيار فى الكتابة

ويجوز من اشتراط الخيار فى الكتابة ما يجوز فى البيع لانه عقد معاوضة يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد نفوذه كالبيع فان شرط
المولى لنفسه فيها الخيار ثلثا فاكتسب العبد كسبا او كانت جارية فوطيها بالشبهة او ولدت ولدا ثم اجاز الكتابة كان ذلك كله
للمكاتب والمكاتبة لان الخيار كان مانعا من نفوذ حكم الكتابة فاذا زال المانع باسقاط الخيار صار كان لم يكن فيتم العقد من حين عقد
كما فى البيع اذا اجاز من له الخيار يسلم المبيع للمشترى بزوائده وهى احق بمنافعها بحكم الكتابة كانها احق بنفسها ● ولو باع المولى الولد
او وهبه وسلمه او اعتقه فهو جائز وهو رد للكتابة كما فى البيع ولو ولدت الجارية المبيعة فى مدة الخيار للبائع فاعتق الولد او باعه
كان ردا للبيع والمعنى فى الكل واحد ان الولد جزء منها ● ولو باشر هذا التصرف فيها كان ردا للكتابة فكذلك فى جزئها وهذا لان
الولد لا يسلم لها بنفوذ الكتابة بالاجازة ومقصود المولى تصحيح بيعه وهبته ولا يمكن تصحيحه الا بفسخ الكتابة فجعلناه فاسخا لهذا
ولكن فيه بعض الاشكال فى العتق لانه لا منافاة بين عتق الولد وبين نفوذ الكتابة فيها ● الا ترى انه لو اعتق ولدها بعد نفوذ الكتابة
ولزومها كان عتقه صحيحا فاذا ينبغى ان لا يجعل اعتاقه الولد ردا للكتابة على هذا الطريق ● ولكنه مستقيم على الطريق الاول ان كتابة
عبد على نفسه وولده الصغير على انه بالخيار ثلثة ايام فمات بعض ولده ثم اجاز الكتابة جازت ولا يسقط عنه شئ من البدل كله فليه
دون الولد اذ لا ولاية له على ولده فى الزام البدل اياه فكذلك موته لا يؤثر فى كتابته ولا يسقط عنه شئ من البدل ● وان كانت امته
على انها بالخيار ثلثا فولدت فاعتق السيد الولد فهو على خيارها لان تنفيذ عتق السيد فى الولد مع بقاء الكتابة فيها ممكن ● الا ترى انه
لو اعتق ولدها بعد لزوم الكتابة بعد عتقه ثم لا يحط عنها شئ من البدل فكذلك قبل تمام الكتابة اذا اعتق الولد ● وهذا بخلاف ما اذا
كان الخيار للمولى فان اقدامه على العتق هناك فسخ منه للعقد ● الا ترى انه لو اعتق الام كان فسخا للعقد حتى لا يعتق الولد معها فكذلك
اعتاقه الولد لانه جزء منها وهو متمكن من فسخ الكتابة بخياره فاما اذا كان الخيار لها فالعقد لازم من جانب المولى ● الا ترى انه لو اعتقها
لم يكن فسخا للكتابة حتى يعتق الولد معها فكذلك اذا اعتق ولدها ● فان ماتت بعد الولادة والخيار للمولى فله الاجازة ثم الولد بمنزلة
الام استحسانا ● وفى القياس الكتابة باطلة وهو القياس فى قول محمد رحمه الله لان وان لزوم العقد عند اسقاط الخيار فلا بد من بقاء
من هو الاصل والمقصود بالعقد عند ذلك ● وهذا لان البدل انما يجب عند اسقاط الخيار ولا يمكن ايجابه على الميت ولا على الولد
ابتداء لانه خلف فما لم يثبت الوجوب فى حق من هو الاصل لا يظهر حكمه فى حق الخلف ● وجه الاستحسان ان الولد جزء منها فبقاؤه
عند اسقاط الخيار كبقائها ● الا ترى انه بعد نفوذ العقد لو ماتت يجعل الولد قائما مقامها فى تنفيذ العقد بالاجازة وانما استحسنا
ذلك لحاجتها وحاجة ولدها الى تحصيل العتق عند اداء البدل ● ولو كان الخيار لها فموتها بمنزلة قبول المكاتبة ايضا لان الخيار

لا يورث ممن هو حر فكيف يورث من المكاتب ● ولكنها لما اشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها
فلو كان الخيار للمولى فاشترت وباعت فى مدة الخيار ثم رد المولى المكاتبة لم يجز شئ مما صنعت لان المكاتبة بطلت بفسخ المولى قبل
تمامها ● والاذن فى التجارة من ضرورة نفوذ الكتابة ولزومها فاذا لم يثبت ذلك لم تكن ماذونة فى التجارة فلا ينفذ تصرفها
الا ان يكون المولى رآها فلم ينهها فيكون ذلك منه اجازة ● الا ترى ان رجلا لو باع عبدا على ان البائع بالخيار ثلثا
وقبضه المشترى فاذن له فى التجارة فاستدان دينا ثم رد البائع البيع لم يلزمه شئ من ذلك فكذلك فى المكاتبة ● فاما اذا
رآه يتصرف فهذه مسئلة لا لنا ان سكوته عن النهى بعد العلم بتصرفه يكون دليل الرضا ودليل الرضا كصريح الرضا
ولو صرح بذلك كان اجازة منه للكتابة ● وان كان الخيار للمكاتب كان شراؤه وبيعه رضا منه بالكتابة لانه تصرف منه فى
المعقود عليه على ما هو مقتضى العقد منه فيتضمن الاجازة للعقد منه ● وهو نظير ما لو اشترى عبدا على انه بالخيار ثم اذن له
المشترى فى التجارة كان هذا رضى منه بالبيع فكذلك الكتابة

باب مكاتبة ام الولد والمدبرة

رجل باع ام ولده او مدبرته خدمتها من نفسها جاز ذلك وهما حرتان والثمن عليهما بمنزلة ما لو باع رقبتهما من نفسهما
وهذا لان المملوك للمولى عليهما الخدمة بملك الرقبة وهو بكل واحد من هذين اللفظين يكون مسقطا حقه عنهما بعوض ومضيفا
تصرفه الى ما هو المملوك له عليهما فيصح ويجب البدل بنفس القبول ام ولد بين شريكين كاتبها احدهما بغير اذن شريكه فللآخر
ان ينقض الكتابة كما لو كانت قنة ولا يقال هنا ليس لهما ان يبيعاها قبل الكتابة فلما يثبت للساكت حق فسخ كتابة صاحبه
لان لهما ان يستخدماها ويؤاجراها ولان لهما ان يستديما الملك فيها ● وان ادت الكتابة تعذر على الشريك استدامة
الملك فيها فكان له ان يفسخ الكتابة لدفع هذا الضرر عن نفسه ● ولو كانت ام ولده وامة له وقيمتهما سواء ثم اعتق
ام الولد وعتقت بموته فالاخرى تسعى فى نصف البدل يتوزع على قيمتهما وقيمتهما سواء ● وباعتاق ام الولد يصير مستوفيا
حصتها من البدل ● وكذلك لو كاتب مدبرا له وقنا وقيمتهما سواء ثم مات المولى فان خرج المدبر من الثلث فانه يسقط نصف
البدل ويسعى الاخر فى نصف البدل وانما يعتبر هنا بين المسئلتين ان تكون قيمته مدبرا او قيمتها ام ولد مثل قيمة القن لانه الا بتقسيم
انما تعتبر لقيمته على الصفة التى بينا وهذا العقد والله اعلم

باب دعوة المكاتب

جارية بين مكاتب وحر ولدت فادعاه المكاتب فالولد له والجارية ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها للحر يوم
علقت منه ولا يضمن من قيمة الولد شيا لان المكاتب بما له من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحر فيقام الملك له فى نصفها
ويثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد فى متناع البيع تبعا لثبوت حق الولد ويصير متملكا نصيب
صاحبه منها من حين علقت فيضمن نصف عقرها لشريكه ونصف قيمتها من ذلك الوقت ولا يضمن من قيمة الولد شيا لانه
حادث على ملكه والحر فى نظير هذا لا يكون ضامنا شيا من قيمة الولد فكذلك المكاتب ● واشار فى الاصل الى ان الجنين تبع
الا ترى ان امة اذا كانت بين رجلين وهى حبلى فاشترى احدهما نصيب صاحبه منها كان ما فى بطنها ايضا للمشترى فان ضمن
ثم عجز كانت الجارية وولدها مملوكا للمولى لانهما كسبه وقد خرجا من حكم الكتابة بعجزه وكانا مملوكين له ● وان لم يخاصمه ولم يضمنه
شيا حتى عجز كان نصف الجارية ونصف الولد لشريكه الحر لانهما خرجا من الكتابة بعجزه ونصفها على ملك الشريك الحر ما لم يصل
اليهما بالضمان اذ لا منافاة بين ثبوت النسب منه وبين بقاء الملك للشريك بخلاف الاول ايضا فان المكاتب بالضمان هناك
يصير متملكا نصيب الشريك ● والضمان كان واجبا ما بقيت الكتابة وقد زال ذلك بالعجز وصار الحر متمكنا من التصرف فى نصيبه
نفسه منها ولكن عليه نصف العقر لاقراره بوطيها بسبب الملك وهى مشتركة ● وان كانت مكاتبة بينهما وادعى المكاتب ولدها
جازت الدعوة لبقاء حق ملكه فى نصفها بعد الكتابة وهى بالخيار ان شاءت مضت الكتابة وان شاءت اخذت العقر من المكاتب ايضا
بوطيه اياها ● وان شاءت عجزت وضمن المكاتب نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ايضا ● الا ترى ان الحر لو ادعى
الولد كان الحكم فيه كذلك فكذلك المكاتب الا انه اذا كان الحر هو المدعى ولحارت ان تعجز نفسها فهى بمنزلة ام الولد

واذا كان المكاتب هو المدعي فهو بمنزلة ام الولد في امتناع بيعها ولكن لا تثبت امية الولد فيها حقيقة ما لم يعتق المكاتب بالاداء فان كانا
ادعيا الولد فالدعوة دعوة الحر لان له حقيقة الملك في نصفها وحق الملك لا يعارض حقيقة الملك ولان تصحيح دعوة الحرية للولد
في الولد في الحال وحقيقة امية الولد للام وذلك لا يوجد في دعوة المكاتب فان اختارت المضي على الكتابة ثم ادى الحر سقط
نصيب الحر من المكاتبة عنها لان نصيبه عتق بموته وكانه عتق باعتاقه وسعت في الاقل من حصة المكاتب من المكاتبة ومن نصف
قيمتها وهذا قول محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف رحمه الله تسعى في نصف قيمتها كما بينا في مكاتبة بين اثنين يعتقها احدهما
وان اختارت العجز سعت في نصف قيمتها ان كان المعتق معسرا وان كان موسرا ضمن نصف القيمة للمكاتب اما عندهما فظاهر وعنده
رحمه الله لان امية الولد لم تثبت في نصيب المكاتب بعد الا ترى انه لو عجز كان نصيبه ملكا للمولى فهذا بقي فيه رقها في حكم الضمان
والسعاية ثم لا ترجع عليها بما يضمن لانه كما ملك نصيب المكاتب بالضمان صارت ام ولد له ومن اعتق نصيب شريكه من ام ولد عتقت كلها
ولا سعاية عليها فان كان المكاتب وطئها اولا فولدت له ثم وطئها الحر فادعيا الولد معا ولم يعلم الاول فهو ابنهما فولد كل واحد منهما
بغير قيمته ويغرم كل واحد منهما لها الصداق وبهذا اللفظ يتبين ان العقر المذكور هو الصداق وانه في كل موضع يستعمل لفظ العقر
فانما يريد به الصداق وهي بالخيار بين العجز والمضي على المكاتبة فان عجزت كانت ام ولد للحر خاصة لان دعوته التقت فيها بالولدين
ولو التقت دعوتهما فيها في ولد واحد كان الحر اولى بها لان في دعوته اثبات امية الولد لها في الحال فكذلك هنا وعليه نصف قيمتها
للمكاتب لانه تملك نصيب المكاتب منها لانه لم يثبت في حق امية الولد للمكاتب بعد وولد المكاتب ثابت النسب منه لانه حين وطئها
كان نصفها مملوكا له وعليه نصف قيمتها للحر لان الولد صار مقصودا في حق المكاتب بالدعوة حين لم تملك نصيب صاحبه من الام
فيضمن قيمة نصيب شريكه من الولد بخلاف الحر فان عجزت وعجز المكاتب معها كان ولد المكاتب رقيقا بين مولاه وبين الحر لان
وجوب ضمان نصف قيمة الولد للحر على المكاتب باعتبار تملكه اياه بالاستيلاد في الكتابة وقد زال ذلك بعجزه وان كان وطء المكاتب
بعد وطء الحر فهي ام ولد للحر كما بينا وولد المكاتب بمنزلة امة لا يثبت نسبها في المكاتب لانه تبين انه استولد ام ولد الحر وقال ابو يوسف
رحمه الله استحسن ان اثبت نسبه وهو للحر بمنزلة امه لانه حين وطئها كان نصفها مملوكا له في الظاهر وذلك يكفي لثبوت النسب
ولا اختلاف بينهم في هذه المسئلة وانما في القياس والاستحسان كما نص عليه في كتاب الدعوى والزيادات في الجارية الا انهما
مدعي الاصغر يضمن قيمة الولد لشريكه لانه حر بحكم الغرور ولا يثبت فيه حكم امية الولد اذا علق حر الاصل وهنا لا يعتق الاصغر
على المكاتب لانه ليس من اهل الاعتاق فيبقى مملوكا لمدعي الاكبر بمنزلة امه ومحمد رحمه الله يثبت الحرية بسبب الغرور في حق المكاتب
في النكاح دون ملك اليمين لان ما ثبت للمكاتب هنا لو كان حقيقة لم يكن الولد حرا

باب كتابة المرتد

مرتد كاتب عبده ثم لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فان كان رفع المكاتبة الى القاضي فرده في الرق فالمكاتبة باطلة والا فهو على
مكاتبته لان عقده كان موقوفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقد بطل بقضاء القاضي فلا يعود بعد ذلك وان عاد الملك اليه واذا كاتب
المسلم عبده ثم ارتد المولى وان لحق بدار الحرب فهو على مكاتبته لان لحوقه بدار الحرب مرتدا كموته وبموت المولى لا تبطل الكتابة بعد صحتها
ولكن تؤدي المكاتبة الى ورثته وان كان المرتد قبض منه كتابته فان اسلم فهو حر وان قتل مرتدا لم يجز اقراره كسائر تصرفاته
ولا يبطل اذا قتل على ردته عند ابي حنيفة قال فان كان يعلم ذلك يجوز اخذه للدين بشهادة الشهود في كل ما وليه ولا يجوز ان يخرج
شيئا من ملكه بثمن وغير ذلك واكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون هذا الجواب غلط في الكتابة وانما يستقيم هذا في ثمن المبيع لان في
المبيع حق القبض فيه للعاقد فاما في بدل الكتابة حق القبض ليس للقابض ولكنه للمالك الا ترى ان الوكيل بالكتابة لا يقبض البدل
فكان هذا دينا وجب لا بمباشرته فلا يصح قبضه في براءة المديون اذا قتل على ردته قال رضي الله عنه عندي ان ما ذكره
في الكتاب صحيح لان القبض هنا يبتنى على عقد الكتابة فانه باشر العقد في ملكه فهذا يستحق ولاؤه وان قبض ورثته البدل فاذا ثبت
حق القبض له بالعقد لا يبطل ذلك بردته كما في البيع وهذا لان المكاتب يستحق الحرية عند تسليم المال اليه وردته لا تبطل استحقاق
المكاتب فان قيل لماذا لا تقول في الاقرار هكذا يستحق براءة ذمته عند اقراره بالقبض فلا يبطل ذلك بردته قلنا انما يستحق براءة
ذمته عند اقراره بالقبض ملكه منه والملك هنا صار لورثته وهذا لان الاقرار مخرج لبدل الكتابة من ملك ورثته بغير عوض
وهو لا يملك ذلك بعد الردة والقبض مقرر حق ورثته في المقبوض فيمكن تنفيذ ذلك في حقهم فان لم يقبض شيئا حتى لحق بدار الحرب

بحمر

القاضي ماله ميراثا لورثته فاخذوا المكاتبة ثم رجع مسلما فولاء العبد له لانه يستحق الولاء بعقد الكتابة واذا رجع مسلما فهو من اهل
ان يثبت الولاء عليه الا ترى انه لو كان مسلما ثم اعتقه القاضي بعد لحوقه بدار الحرب ثم رجع مسلما كان الولاء له دون الورثة
وهذا لان الولاء من اثار العقد فيعاد اليه ما يجد من ملكه قائما بعد اسلامه فكذلك الولاء الذي هو اثر الملك ولا ياخذ من الورثة
ما قبضوه من بدل الكتابة ان وجد بعينه سواء قبضوا جميع البدل او بعضه لانه قد وجد عين ماله قال عليه الصلاة والسلام
من وجد عين ماله فهو احق به

باب المكاتب وشركته وشفعته

قال وليس للمكاتب ان يشارك حرا شركة مفاوضة لانها تبتنى على المساواة في التصرف ولا مساواة بين الحر والمكاتب في التصرف
ولان شركة المفاوضة تتضمن الكفالة العامة فان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه والمكاتب ليس من اهل الكفالة وهذا على اصل
ابي حنيفة رحمه الله اظهر فان عنده كفالة احد المتفاوضين يلزم شريكه فلو صححنا المفاوضة بينهما لكان اذا كفل الحر بمال يلزم ذلك
المكاتب ولا يجوز ان يلزم المال على المكاتب بعقد الكفالة ويجوز له ان يشارك الحر شركة عنان لانها تتضمن توكيل كل واحد منهما
صاحبه بالبيع والشراء والمكاتب في ذلك كالحر فان عجز المكاتب بعد ذلك انقطعت الشركة بينهما لانه لما رد في الرق صار
عبدا محجورا عليه لا يملك مباشرة التصرف لنفسه فكذلك لا يملك شريكه ان يشتري له بحكم الوكالة فلهذا تبطل الشركة قال
وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان بعقد الكتابة التحق بسائر الاجانب في حقه في حكم البيع والشراء الا ترى ان كل واحد منهما
يشتري من صاحبه فيجوز فكذلك في حكم الاخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة شراء قال ولو اعتق المكاتب بعد الشركة كانت
بقيت الشركة على حالها لان ملكه تاكد بالعتق وكذلك قدرته على التصرف فيبقى شريكه على وكالته قال وان شارك الحر شركة
مفاوضة بغير اذن سيده او باذنه ثم عتق لم تصح تلك الشركة لان المكاتب ليس من اهل المفاوضة والعقد اذا بطل لانعدام
الاهلية بعد ذلك قال وان اشترى المكاتب دارا على انه بالخيار ثلثة ايام فعجز ورد في الرق انقطع خياره لان الخيار
كان ثابتا له بين الفسخ والامضاء فلا يبقى بعد العجز لما صار محجورا عليه عن التصرف كما لو مات ولا يخلفه المولى في ذلك لان
الانسان لا يحمل العمل لغيره ولان الدار بعجزه خرجت من حكم ملكه وصارت مملوكة للمولى وكذلك يسقط خيار المشتري فان
كان البائع بالخيار فهو على خياره بعد عجز المكاتب كما بعد موته وان كان الخيار للمكاتب المشتري فبيعت الشفعة باعتباره
واخذه بالشفعة يكون اسقاطا منه لخياره لانه تقرر به ملكه في المشتري حين حصل ثمرة ذلك الملك لنفسه وان لم ياخذها
بالشفعة حتى رد المشتري على البائع فلا شفعة في الدار الاخرى لواحد منهما اما المكاتب فلانه زال الجوار برد المشترى
واما البائع فلانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار قال ولا يقطع المكاتب في سرقته من مولاه لانه مملوك له يدخل بيته
من غير حشمة ولا استيذان فلا يتم احراز المال عنه والقطع لا يجب الا بسرقة بمال محرز فتم احرازه وكذلك ان سرق
من ابن مولاه او من امرأة ابن مولاه او من ذي رحم محرم من مولاه لان المولى لو سرق من احد هؤلاء او سرق واحد من هؤلاء من المولى
لم يقطع باعتبار ان بعضهم يدخل دار البعض من غير استيذان ولا حشمة فكذلك المكاتب لانه مملوكه يدخل عادة في كل بيت
يدخل فيه مالكه من غير استيذان فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنه وكذلك لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب
لانه لو سرق واحد من هؤلاء من المولى لم يقطع فكذلك من المكاتب لان المكاتب للمولى في كسبه حق الملك قال وان سرق
المكاتب من اجنبي ثم رد في الرق فاشتراه ذلك الرجل لم يقطع لان القطع عقوبة تندرئ بالشبهات وفي مثله المعترض بعد القضاء
قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب الا ترى ان السارق لو ملك المسروق بعد وجوب القطع عليه يسقط عنه القطع وان
ملكه بسبب حادث فكذلك المسروق منه اذا ملك السارق بعد وجوب القطع قال وان سرق المكاتب من رجل
وكذلك الرجل عليه دين فانه يقطع لانه لا شبهة بينهما بسبب وجوب الدين للمسروق منه على السارق فان عجز المكاتب
فطلب المسروق منه دينه فقضى القاضي ان يباع له في دينه ولم الاستحسان وقيل الاستحسان ينبغي ان لا يقطع لان رقبة
العبد صارت له بقضاء القاضي فانه اذا بيع في الدين يصرف ثمنه اليه فيجعل هذا بمنزلة ما لو صار الملك له في رقبته في ايراث
الشبهة ولكنه استحسان ضعيف فلهذا لم يذكره وكذلك العبد الماذون في جميع ما ذكرنا قال وان سرق المكاتب من مكاتب
اخر لمولاه لم يقطع كما لو سرق من مولاه لان كسب ذلك المكاتب من وجه لمولاه او يجعل سرقة المكاتب كسرقة مولاه ايضا

ولو سرق المولى من ذلك المكاتب لا يقطع فكذا مكاتبه • وكذلك ان سرق من عبد كان بين مولاه وبين اخر وقد اعتق المولى نصيبه
لان هذا كالمكاتب لمولاه من وجه • الا ترى ان الشريك اذا اختار ضمان المولى رجع به المولى عليه فيكون بمنزلة المكاتب له
قال وان اسرق المكاتب من مضارب مولاه من مال المضاربة لا يقطع لانه مال المولى لو سرقه منه لا يقطع فكذا من مضاربه
وكذلك لو سرق المكاتب مال رجل لمولاه عليه مثل ذلك دين لان فعله في السرقة كفعل المولى • ولو سرق المولى هذا المال لم يقطع
وكيف يقطع وانما اخذه حق لان من له الحق اذا ظفر بجنس حقه له ان ياخذه • فاما اذا كانت السرقة عروضا قطع استحسانا لان دين
المولى ثابت في ذمة المديون وذلك لا يوجب له حقا ولا شبهة فيما ليس من جنس حقه في مال المديون فهذا يقطع المولى والمكاتب
بسرقته • قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة رحمه الله • انتهى شرح المكاتب • بالملاء المحصور المعاتب
والمحبوس المعاقب • وهو متنحوين على الصبر مواظب • وللنجاة بلطيف صنع الله مراقب • وبالله التوفيق

كتاب الولاء

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاد شمس الائمة ابو بكر بن ابي سهل السرخسي رحمه الله اعلم بان الولاء نوعان ولاء نعمة
وولاء موالاة فولاء النعمة ولاء العتاقة • وانما اخترنا هذه العبارة اقتداء بالله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه
اى انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالعتق والاية في زيد بن حارثة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنه واكثر اصحابنا
رحمهم الله يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والاصح
ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق وولاء الموالاة سببه العقد
فان الموالاة عقد يجري بين اثنين والحكم يضاف الى سببه والمطلوب لكل واحد منهما التناصر وقد كانوا يتناصرون في الجاهلية
باسباب منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء حتى قال عليه السلام موالي القوم من انفسهم وحليفهم منهم
فالمراد بالحليف مولى الموالاة فانهم كانوا يؤكدون ذلك بالحلف ولمعنى التناصر اثبت الشرع حكم التعامل بالولاء وبنى على ذلك
حكم الارث وفي حكم الارث تفاوت بين الشيئين لما ثبوت اصل الشيئين بالميراث ففي كتاب الله تعالى اشارة اليه • قال الله تعالى
ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والمراد الموالاة وفيه تحقيق مقابلة الغنم
بالغرم من حيث انه يعقل جنايته ويرث ماله الا ان الارث بولاء العتاقة اقوى لكونه متفقا عليه • ولهذا قلنا مولى العتاقة
اخر العصبات مقدم على ذوي الارحام وهو قول علي رضي الله عنه وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول مؤخر عن ذوي الارحام
لقوله عليه السلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذوو الارحام
من جملة الورثة وقال عليه السلام الولاء مشبه بالنسب • وقال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وما يشبه الشيء
لا يزاحمه ولا يقدر عليه بل يخلفه عند عدمه • ولكنا نحتج بما روي عن بنت حمزة رضي الله عنها اعتقت عبدا فمات المعتق وترك بنتا
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف المال للبنت ونصفه لبنت حمزة رضي الله عنها والباقي نصيب صاحب الفرض للعصبة
مقدم على ذوي الارحام • وفي حديثه عليه السلام اشارة الى هذا فانه قال كنت انت عصبته فتبين بهذا اللفظ ان مراده ولم يدع
هو عصبته • وقوله والولاء كالنسب دليلنا عندنا تحقيق لان المعتق يضاف الى المعتق بالولاء من حيث انه مسبب لاحيائه فان الحرية
حياة والرق تلف حكما كان كالاب الذي هو المسبب لايجاد الولد فيستحق العصبة بهذه الاضافة كما يستحق العصوبة بالابوة واما
قرابة ذوي الارحام لا يستحق بها الاضافة على كل حال والانسان لا يضاف الى عمه وخالته حقيقة فكان مؤخرا عن الولاء وكان
الولاء خلفا عن الابوة في حكم الاضافة فيستحق به العصوبة ثم تقدم العصبة على ذوي الارحام • فاما ولاء الموالاة سبب لاستحقاق
الارث عندنا ولكنه مؤخر عن ذوي الارحام • وعند الشافعي رحمه الله ليس بسبب للارث اصلا وهو بناء على ان من اوصى بجميع
ماله ممن لا وارث له عندنا يكون للموصى له جميع المال وعنده يكون له الثلث لان من اصله انما زاد على الثلث كان حقا لبيت المال
عند عدم العصبة فلا يملك ابطال ذلك الحق بعقد طريق الوصية والموالاة • وعندنا المال ملكه وحقه وانما يمتنع نفوذ تبرعه فيما زاد
على الثلث لحق الورثة والصرف الى بيت المال عند عدم الوارث لانه مستحق لبيت المال فاذا انعدم الوارث كان له ان يوجبه بعقده
لمن شاء بطريق الوصية او الموالاة • قال ابن مسعود رضي الله عنه السائبة تضع ماله حيث احب وتمام هذه المسئلة في الوصايا
والفرائض • اذا عرفنا هذا فنقول بداء الكتاب بما رواه عن الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود

الانصاري وابي اسامة بن زيد رضوان الله عليهم اجمعين انهم قالوا الولاء للكبر وهو قول ابراهيم وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وكان
شريح رحمه الله يقول الولاء بمنزلة المال ولسنا ناخذ بهذا وفائدة هذا الاختلاف ان ميراث المعتق بالولاء بعد المعتق يكون
لابن المعتق دون بنته عندنا • وعند شريح رحمه الله بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين هو يقول الولاء اثر من اثار الملك
وكان اصل ملك الاب في هذا العبد يخلفه فيه الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين فكذلك الولاء الذي هو اثر من اثار الملك فكانه بالعتق زال
بعض الملك وبقي بعضه فهذا معنى قوله الولاء بمنزلة المال ولكنه ضعيف فان النبي عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يورث وانما يورث به فكذلك الولاء هذا لان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في العتق وبقي المملوكية فكيف يكون الولاء جزءا
من الملك ومعنى قول الصحابة الولاء للكبر للقرب فالكبر بمعنى العظم وبمعنى القرب فقد دخل كل واحد من المعنيين في قوله تعالى
ومكروا مكرا كبارا وتفسيره رجل اعتق عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات احد الابنين وترك ابنا ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه
دون ابن ابنه لان ابن المعتق لصلبه اقرب الى المعتق من ابن ابنه فهذا كان احق بميراثه فكذلك بالارث بولايه • وهذا لان الولاء
نفسه لم يصر ميراثا بين الابنين حتى يخلف ابن الابن اباه في نصيبه ولكنه للاب على حاله • الا ترى ان المعتق ينسب بالولاء الى المعتق
دون اولاده وكان استحقاق الاب بالولاء لمن هو منسوب اليه حقيقة ثم يخلف فيه اقرب عصبته كما يخلفه في ماله • ولو مات الاب
يكون لابنه دون ابن ابنه ودون بنته لان هذا الاستحقاق بطريق العصوبة والبنت لا تكون عصبة بنفسها انما تكون عصبة بالابن
فعند وجوده لا يزاحمه وعند عدمه لا تكون هي عصبته • وهذا لان السبب هو التناصر والتناصر لا يحصل بالنساء
الا ترى ان النساء لا يدخلون في العاقلة عند تحمل ارش الجناية فكذلك في الارث بولاء العتق • وان كان للمعتق بنت فلها النصف
والباقي لابن المعتق لان الارث بالولاء طريقه العصوبة وحق اصحاب الفرائض مقدم فلهذا نعطي نصيب بنت المعتق • وكذلك
نصيب زوجته ان كانت ثم حكم الباقي هنا كحكم جميع المال في المسئلة الاولى فيكون لابن المعتق دون ابن ابنه • فاذا مات هذا
الابن بعد ذلك عن ابن ثم ماتت بنت المعتق فميراثها لابني ابن المعتق جميعا لانها تابعة لابيها في الولاء فان كان الولاء كالنسب
والولد منسوب الى ابيه حقيقة فكذلك يكون مولى لمولى ابيه فكان ميراثها بهذا الطريق لمعتق الاب يخلفه في ذلك ابنه وابنه
كما في ماله لو مات الاب وكذلك هذا القول في كل عصبة للمعتق وقد طول محمد رحمه الله ذلك في الاصل وحاصله يرجع الى
ما ذكرنا ان اقرب عصبة المعتق عند موت المعتق يخلفه في ميراث المعتق في ذلك الوقت وهو معنى قول الصحابة رضي الله عنهم الولاء
للكبر • قال فان كان لاحد الابنين ابنان وللاخر ابن واحد فالميراث بينهم على عدد رؤسهم لان الجد لو مات الان كان ميراثه
بينهم بالسوية فكذلك ميراث المعتق وكذلك الحكم في ولاء المدبر وميراثه وولاء ام الولد والمكاتب وميراثهما لان المدبر وام الولد
والمستولدة يستحق ولاءهم لما باشر السبب ولا فرق بين ان يكون نزول العتق بهذا السبب بعد موته او قبله • وكذلك
في العبد الموصى بعتقه او بشرائه او بعتقه بعد موته لانه يستحق الولاء بما اوصى به وفعل وصيه بعد موته كفعله في حيوته فان كان
بنت المعتق ماتت عن بنت ثم ماتت ابنتها فليس لابني ابن المعتق من ميراث هذه الاخرى شيء لان المعتق لو كان حيا لم يرثها لانه
ليس بمولى لها وانما هو مولى لامها • وقد بينا ان الولاء كالنسب والولد في النسب لا يتبع امه اذا كان له نسب من جانب الاب
فكذلك في الولاء ثم روى عن عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود الانصاري واسامة بن زيد انهم
قالوا ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او كاتبن او اعتق من اعتقن • وعن شريح رحمه الله ليس للنساء من الولاء شيء الا ما اعتقن
او كاتبن • وهذا الحديث مخالف لما ذكره الاعمش عن ابراهيم عن شريح رحمهم الله ان الولاء بمنزلة المال • وتطابق الاثار فيه
فقد روي مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب
من كاتبن او جر ولاء معتق معتقهن • والحديث ان كان شاذا فقد تاكد بما اشتهر من قاويل الكبار من الصحابة رضي الله عنهم وبالحديث
المشهور الذي روينا ان بنت حمزة رضي الله عنها ورثت النصف • فتبين بهذا ان المراة تكون عصبة لمعتقها وهذا لان سبب النسبة
للولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش والفراش للرجل
على المراة فلا تكون المراة صاحبة فراش • ولانها اصل في هذا الولاء لمباشرتها سببها وكان المراة في ملك المال تساوي الرجل
فكذلك فيما يترتب عليه بخلاف النسب فان سببه وهو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل • والمراة لا تساوي الرجل في ملك النكاح
لانها بصفة الانوثة مملوكة نكاحا فلا يكون مالكة نكاحا • واذا ثبت انها اصل في هذا الولاء لمباشرتها كان ميراث معتقها لها
فكذلك ميراث معتق معتقها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وهو مثل الرجل في الولاء الذي هو الاصل على المعتق الاول

ولان ميراث معتق المعتق يكون لمعتقه بالعصوبة ومعتقه معتقها في هذا الفصل فيخلفه في استحقاق ذلك المال بالعصوبة لو مات الا
وعلى هذا مكاتبها ومكاتبة مكاتبتها لان المكاتبة سبب في استحقاق الولا كالعتق وعلى هذا جر ولاء معتق معتقها لان سببه العتق على ما بينا
فتستوي هي بالرجل في استحقاق ذلك • قال وكذا اذا اعتقت المراة عبدا ثم ماتت عن زوج وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه
لابن المراة خاصة لانه اقرب عصبتها اذ ليس لزوجها في العصوبة حظ والبنت لا تكون عصبة بنفسها فكان اقرب عصبتها الابن
يخلفها في ميراث معتقها وتستوي ان كانت اعتقته بجعل او بغير جعل لان ثبوت الولاء لها باحداث قوة المالكية في المعتق وبهذا تستوي
العتق بجعل وبغير جعل • قال واذا اشترت امراتان اباهما فعتق عليهما ثم اشترت احداهما مع الاب اخاهما من الاب فعتق ثم مات
الاب فميراثه بينهم جميعا للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات عن ابن وابنتين • فان مات الاخ بعد ذلك فلهما من ميراثه الثلثان
بالنسب لانهما اختاه لاب وللاختين الثلثان ثم التي اشترت الاخ مع الاب بالولاية نصف الاخ ولهما جميعا نصف الثلث الباقي
بولاء الاب لان الاب كان هو المعتق لهذا النصف من الاخ بشرائه وهما كانتا معتقتين للاب بشرائهما اياه • وقد بينا ان المراة
في ميراث معتق معتقها كالرجل • ولهذا كان نصف الثلث الباقي لهما بطريق الخلافة عن ابيهما • قال امراة اعتقت عبدا ثم ماتت
وتركت ابنها واباها ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ثم رجع فقال للاب منه السدس
والباقي للابن • وجه قول ابي يوسف ان الابوة يستحق بها العصوبة كالبنوة • الا ترى ان الاب عصبة عند عدم الابن ولا استحقاق
الميراث بالولاء بني على العصوبة • ووجود الابن لا يكون موجبا حرمان الاب اصلا عن الميراث • الا ترى انه لم يحرم شيئا عن ميراثها
فهنا للاب السدس والباقي للابن وهذا لان كل واحد منهما ذكر في نفسه ويتصل بها بغير واسطة فلا يجوز ان يكون احدهما محجوبا
بالاخر فهذا يشبه الاستحسان من ابي يوسف • فاما القياس ما قاله ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لان اقرب عصبة المعتق
تقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب • واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة
فهو كاستحقاق البنت نصف مالها بالفريضة مع الاب • وكذلك لا يكون سببا لمزاحمتها مع الاب في ميراث معتقها فكذلك هنا
قال رجل اعتق امة ثم غرقا جميعا لا يدرى ايهما مات اولا لم يرث المولى منها شيئا لان الولاء اثر الخلافة فشرط استحقاق ميراثه بقاؤه
حيا بعد موته وذلك غير معلوم هنا ولان كل امرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا اذ ليس احدهما بالتقديم باولى
من الاخر • ولو علمنا موتهما معا لم يرث المولى منها فهذا مثله ولكن ميراثها لاقرب عصبة المولى ان لم يكن وارث لان المولى لما لم يرثها
جعل كالمعدوم فكانه كان كافرا او ميتا قبلها فيكون ميراثها لاقرب عصبته • قال واذا اعتق الرجل الامة ثم مات وترك ابنا ثم مات
الابن وترك اخا من امه ثم ماتت الامة فميراثها لعصبة المعتق وليس للاخ لام من ذلك شيء سواء كان اخ المعتق لامه او اخ الابن
لان الولاء للمعتق واخ الابن المعتق لامه اجنبي من المعتق واخ المعتق لامه ليس بعصبة له انما هو صاحب فريضة ولا يخلف المعتق
في ميراث معتقه الا من كان عصبة له • قال امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما
فالميراث للابن لانه اقرب عصبتها مقدم على الاخ في الارث عنها • وكذلك في الخلافة في ميراث معتقها وان جنى جناية فعقله
على عاقلة الاخ لان جناية معتقها كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها • واستدل عليه
بحديث ابراهيم عن علي بن ابي طالب والزبير بن العوام رضي الله عنهما انهما اختصما الى عمر رضي الله عنه في مولى لصفية بنت
عبد المطلب مات فقال علي رضي الله عنه عمتي وانا ارث مولاها واعقل عنها • وقال الزبير رضي الله عنه امي وانا ارث مولاها
فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه • وقال الشعبي رحمه الله شهدت على الزبير انه ذهب بموالي صفية
وشهدت على جعدة بن هبيرة انه ذهب بموالي ام هانئ وكان ابنها خاصمه على ميراث مولاها فهذين الحديثين بينا ان ميراث
المعتق يكون لابن المعتقة وان كان جنايته على قوم ابيها

باب جر الولاء

روي عن عمر رضي الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوهم جر الولاء به بما حدث لان
الولد جزء من اجزائها • وهي حرة بجميع اجزائها فينفصل الولد منها حرا والتمام الولاء كالنسب والولد ينتسب الى ابيه فكذلك
في الولاء يكون منسوبا الى ابوه الاب بعد العتق بسبب الولد الى معتقه فكذلك ولده • واستدل على اثبات جر الولاء بحديث الزبير
ايضا فانه ابصر بخيبر فتية لعسا اعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع

فاشترى

فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير
وفي هذا دليل ان الولد منسوب الى موالي امه ما لم يظهر له ولاء من جانب ابيه فاذا ظهر بالعتق جر الاب ولاء الولد
الى مواليه • وهذا لان في النسب الولد منسوب الى امه اذا لم يكن له نسب من ابيه للضرورة كالولد من الزنا وولد الملاعنة
ما انقطع نسبه من ابيه ثم اذا ظهر له نسب من جانب الاب بان اكذب الملاعن نفسه صار الولد منسوبا اليه فكذلك
في الولاء • وقوله فتية لعسا اي ملاحتهم وهو حمرة يضرب الى السواد
كما قال الشاعر
شعر
لمياء في شفتيها حوة لعس • وفي اللثات وفي انيابها شنب
وقوله اعجبه ظرفهم اي ملاحتهم وقيل كياستهم ثم كان بهذا اللون هو ليس عادة ثم ذكر الشعبي قال اذا اعتق الجد جر الولا
وهكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية الجد لا يجر الولاء بخلاف الاب وقد بينا في صدقة الفطر
ان هذه اربع مسائل جر الولاء وصدقة الفطر وصيرورته مسلما باسلام جده ودخول الجد في الوصية للقرابات بخلاف الاب
في الفصول الاربعة روايتان بين وجه الروايتين هناك • واستدل محمد رحمه الله قول من يقول النافلة باسلام الجد يصير مسلما
فقال لو كان ذلك لكانوا بنو ادم مسلمين باسلام ادم صلوات الله عليه ولا يسبى صغير ابدا وهذا باطل • وكذلك في جر
الولاء بعتق الجد لو اعتق الاب فلا بد من القول بان الاب يجر ولاء الولد الى مواليه • والحاصل وبعدما يثبت جر الولاء
بالابوة لا يتحقق نقله الى غيرهم • قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه ثم اشترى ابوه فاعتق فالابن يكون مولى لمولى الاب
لان موالي الموالاة ضعيف والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي فكانه لا ولاء على الولد لاحد • وهذا بخلاف ما لو كان الابن معتق
انسان فاعتق اباه انسان اخر فانه لا يجر ولاء الابن اليه لان الولاء الثابت على الولد مثل الولاء الذي ظهر للاب وهو في هذا
مقصود فبعد ما صار مقصودا في حكم لا يمكن جعله تبعا في غير ذلك • قال واذا تزوج العبد حرة فولدت له اولادا فاولادها
موالي لموالي الام معتقة كانت او موالية متى اعتق ابوهم جر ولاءهم الى مواليه • اما اذا كانت موالية فلانه لو كان الولد
مقصودا بولاء الموالاة كان يسقط اعتباره بظهور ولاء العتق للاب فكيف اذا كان تبعا • واما اذا كانت معتقة فلان الولد هنا
تبع في الولاء • وانما كان يثبت للام ضرورة عدم الولاء للاب والثابت للضرورة لا يبقى بعد ارتفاع الضرورة • واذا كانت الام
معتقة انسان والاب حر مسلم نبطي لم يعتقه احد فالولد مولى لموالي الام في قول ابي حنيفة ومحمد • وكذلك ان كان الاب
والى رجلا • وعند ابي يوسف في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالي الام • ولكنه منسوب الى قوم ابيه قال وليس بسبب الى قوم ابيه
وابوه حر له عشيرة وموالي بخلاف ما اذا كان الاب عبدا وتقرير هذا من وجهين • احدهما ان العبد فيه بجميع اجزائه وماله
حر ومنه فان ما يثبت الحرية لما به باتصاله بحريتها فلهذا كان الولد مولى لمواليها حتى يعتق الاب وهذا المعنى معدوم اذا كان
الاب حرا • الا ترى انه لو كان حرا عربيا كان الولد منسوبا الى قوم ابيه ولا يكون مولى لموالي امه فكذلك اذا كان نبطيا لان الولد
في الحكم كحال من لا اب له فيكون منسوبا الى موالي الام • وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حيوة باعتبار صفة
المالكية والعرب والعجم فيه سواء • وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان ولاء العتاقة ولاء نعمة وهو قوي معتبر
في الاحكام والحرية والنسب في حق العجم ضعيف • الا ترى ان حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب
ولان العجم ضيعوا انسابهم واليه اشار سلمان رضي الله عنه حين قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف
من جانب الاب كان هذا وما لو كان الاب عبدا سواء • وكذلك ان كان الاب مولى موالاة الاب لان الموالاة ضعيف لا يظهر
في مقابلة ولاء العتاقة ووجوده كعدمه • فاما اذا كان الاب عربيا فله نسب معتبر • الا ترى ان الكفاءة في النسب تعتبر في حق
العرب ولا تعتبر في حق العجم • والاصل في النسبة النسب فاذا كان في جانب الاب نسب معتبر وولاء قوي كان الولد
منسوبا اليه واذا عدم ذلك كان الولد مولى لموالي الام • واستدل ابو يوسف رحمه الله بعربية تزوجها رجل من الموالي فولدت له
ابنا فان الولد ينسب الى قوم ابيه دون قوم امه فكذلك اذا كانت معتقة عربية وزوجها معتقه سواء كما سوينا بينهما في جانب
الاب ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بينهما وقالا في الفرق ان العربية لم يجر عليها نعمة عتاق • ومعنى هذا ان الام اذا كانت
معتقة فالولد ينتسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء قوي معتبر شرعا • واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما
ينسب بالنسب والانتساب بالنسبة الى الام ضعيف جدا • وكذلك بواسطة الام الى ابنها حتى لا يستحق العصوبة بمثل هذا

النسب فهذا رجحانا للاب لان النسبة اليه بالنسب ◦ واذا كان نسبه ضعيفا لا يستحق به العصوبة ◦ قال واذا اعتق
الرجل امة وولدها وكانت حبلى حين اعتقها او عتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر وقد اعتق الاب رجل حر كان
الولد مولى للذي اعتقه مع امه دون من اعتق اباه ◦ اما اذا كان الولد منفصلا فهو مملوك لمالك الام فيثبت وله العتق مقصودا
والولد اذا صار مقصودا بالولاء بالعتق لا يكون تبعا للاب ◦ وكذلك ان كانت حبلى به لان الجنين باعتاقها يعتق مقصودا
فان الجنين في حكم العتق كشخص على حدة حتى يتفرد بالعتق فهو والمنفصل سوا ◦ وكذلك لو ولدت لاقل من ستة اشهر بيوم
لان التوأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة التيقن بوجود احدهما حين اعتقت التيقن بوجود الآخر ◦ فاما اذا ولدت
لاكثر من ستة اشهر ولم يتيقن بوجود هذا الولد حين اعتقت فكان مولى لموالي الاب بعد هذا لان الحمل اذا كان فيما
بين الزوجين فانما يستند العلوق الى اقرب الاوقات اذ لا ضرورة في الاسناد الى ما وراءها الا اذا كانت معتدة
من موت او طلاق فحينئذ اذا جاءت به لاقل من سنتين منذ يوم مات او طلق فالولد مولى لموالي الام لان الحمل يستقيم في المعتدة
من طلاق بائن وموت فيستند العلوق الى ابعد الاوقات لضرورة الحاجة الى اثبات النسب ◦ واذا حكمنا بذلك
ظهر ان الولد كان موجودا في البطن حين عتقت ◦ وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لانا لا نثبت الرجعة بالشك
ومن ضرورة اثبات النسب الى سنتين ان يجعل مراجعا الحكم بان العلوق قبل الطلاق ◦ وان جاءت به لاكثر من سنتين
كان الولد مولى لموالي الاب لانه صار مراجعا لتيقننا ان العلوق حصل بعد الطلاق ◦ وان كانت اقرت بانقضاء العدة ثم
جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر بعد ذلك ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالي الام لانا علمنا بمجازفتها في الاقرار
ولا يصير مراجعا الا ان يكون جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلق فحينئذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضاء العدة ○
صار لغوا حين تيقنا انها كانت حاملا يومئذ فكان ولاء الولد لموالي الاب لانا لم نتيقن بكونه موجودا في البطن حين اعتقت
ولا يصير مقصودا بالولاء الا بذلك ◦ وان امة معتقة ولدت من عبد فالمولى مولى لموالي امه فان اعتق الولد وامه فمولاه
لموالي الام لم يكن مشتركا مع التي اعتقتها ◦ وكذلك ان اسلم على يديها ووالاها كان مولى لمواليها هذا مثله ◦ فان اعتق الاب
بعد ذلك جر ولاءهم كلهم حتى يكون مولى لموالي الاب لان ولاء الابن انجر الى قوم الاب فكذلك ما يبتنى عليه من ولاء معتقه
ومولاه الى قوم الام كان بواسطته وقد انقطعت هذه الواسطة حين صار منسوبا الى قوم الاب ويستوي ان كان للولد
المعتقة حيا او ميتا له ولد او ليس له ولد لانه تبع في حكم الولاء لمعتق امه وبنا الاصل عن بقا البيع لان ثبوت الحكم في التبع
بثبوته في الاصل ولا يرجع عاقلة الام على عاقلة الاب بما عقلوا من ارش جنايته لانهم غرموا ذلك حين كان مولى لهم حقيقة
فان حكم جر الولاء في الولد يثبت مقصورا على الحال لان سببه وهو عتق الاب مقصور غير مستند الى وقت سابق وكذلك الحكم
بخلاف الملاعن اذا اكذب نفسه وقد عقل جناية الولد قوم امه فانهم يرجعون على عاقلة الاب بذلك لان النسب يثبت
من وقت العلوق فتبين باكذابه نفسه انه ثابت النسب منه من حين علق وقوم الاب كانوا مجبرين على اداء الارش فلا يكونون
متبرعين في ذلك ولم يعتق الاب فاراد المولى الذي اسلم على يدي ابنه ان يتحول بولايه الى مالك ابيه وقد عقل عنه موالي الام
لم يكن له ذلك لان عقده مع الابن تاكد بحصول المقصود به فلا يحتمل الفسخ وفي التحول الى غيره فسخ الاول بخلاف ما اذا اعتق
الاب فانه ليس في تحول ولايه الى موالي الاب فسخ ذلك العقد الذي جرى بينه وبين الابن بل فيه تاكيد ذلك ولان هذا التحول
يثبت حكما لضرورة امتناع البيع الاصل والاول يكون عن قصد منه وقد يثبت الشيء حكما في موضع لا يجوز اثباته قصدا

باب ولاء الموالاة

قال ابراهيم رحمه الله اذا اسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولايه الى غيره ما لم يعقل عنه
فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه الى غيره وبهذا ناخذ والاسلام على يديه ليس بشرط لعقد الموالاة ◦ وانما ذكره على سبيل
العادة وسوا اسلم على يديه او اتاه مسلما وعاقده عقد الولاء كان مولى له ◦ وكان الشعبي رحمه الله يقول لا ولاء الا لذي نعمة
يعني العتاق وبه اخذ الشافعي وانما اخذنا فيه بقول ابراهيم لحديث ابي الاشعث حيث سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه
عن رجل اسلم على يديه ووالاه فمات وترك مالا فقال عمر رضي الله عنه ميراثه لك فان ابيت فلبيت المال والحديث زياد عن علي
رضي الله عنه ان رجلا من اهل الارض اتاه مواليه فابى علي رضي الله عنه فاتى ابن العباس رضي الله عنه فوالاه والحديث

مسروق

مسروق ان رجلا من اهل الارض والى ابن عم له واسلم على يديه واحدا فاول الصحابة حديث تميم الداري قال سألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الرجل يسلم على يدي الرجل ما السنة فيه قال هو اولى الناس بمحياه ومماته وايد هذا بقوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فآتوهم نصيبهم ◦ وقد بينا في اول الكتاب ان من اسلم على يديه ولم يواله لم يعقل عنه ولم يرثه الا على قول الروافض ○
فانهم يقولون بالاسلام على يديه يكون مولى له لانه احياه باخراجه اياه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو
كانه احياه بالعتق ◦ وعلى هذا يزعمون ان الناس موالي علي واولاده رضي الله عنهم فان السيف كان بيده واكثر الناس اسلموا
من هيبته وهذا باطل عندنا فان الله تعالى هو الذي احياه بالاسلام بان هداه لذلك ◦ وبيان ذلك في قوله تعالى او من كان
ميتا فاحييناه اي كافرا فرزقناه الهدى ◦ وقال تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه يعني بالاسلام فدل ان المنعم عليه
بالاسلام هو الله تعالى فلا يجوز ان يضاف ذلك الى الذي عرض عليه الاسلام لانه بما صنع نائب عن الشرع مباشر لحق
الله تعالى فهو كغيره من المسلمين لا يكون مولى له ما لم يعاقده عقد الولاء ثم من يزعم هذا التحكم ان اكثر الناس اسلموا من هيبة علي
وهو كان صغيرا حين اسلم الكبار من الصحابة وابو بكر وعمر كانا مقدمين عليه في امور القتال وغير القتال لا يخفى ذلك
على من يتأمل في احوالهم ولكن الروافض قوم بهت لا يحترزون عن الكذب بل بنوا مذهبهم على الكذب فان اسلم رجل على يدي رجل
ووالى رجلا اخر فهو مولى هذا الذي والاه يرثه ويعقل عنه لانه بالاسلام على يدي الاول لم يصر مولى عنه ◦ ولو كان صار مولى له
بان عاقده كان له ان يتحول عنه وقد فعل ذلك حين عاقد مع الثاني فكيف اذا لم يكن مولى للاول ◦ فان مات عن عمة او خالة او غيرهما
من القرابة كان ميراثه لقرابته دون المولى لما بينا انه لا يملك ابطال حق المستحق عن ماله بعقده كما لو اوصى بجميع ماله وله
وارث وذووا الارحام من جملة الورثة ◦ قال عليه السلام الخال وارث من لا وارث له فلا يملك ابطال حقه بعقده ثم يوضحه
ان سبب ذي الرحم وهو القرابة اقوى لانه متفق على ثبوته شرعا ◦ وان اختلفوا في الارث به وعقد الولاء مختلف في ثبوته
شرعا فلا يظهر الضعيف في مقابلة القوي ◦ فان قيل كان ينبغي ان يكون للمولى الثلث لانه خالص حقه يملك وضعه فيمن شاء
قلنا نعم ولكنه بعقد الولاء ما صنع شيئا من ماله فيه انما جعله وارثا عنه ◦ وفي سبب الوراثة ذي القرابة تترجح فلا يظهر
استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث لانه خالص حقه يملك وضعه خلافه في المال
مقصودا يوضحه ان التملك بالوصية غير التمليك بالارث ◦ الا ترى ان الموصى له لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما
اشتراه الموصي بخلاف الوارث فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما اوجبه ذلك ولا بطريق الارث
ليترجح استحقاق القريب عليه ◦ واذا والى رجل رجلا ثم ولد له ابن من امراة قد والت رجلا فولاء الولد لموالي الاب
لان الاب هو الاصل في النسب والولاء فاذا كان للولد في جانب الاب ولاء هو مساو للولاء الذي في جانب الام ترجح
جانبه كما في ولاء العتق ◦ قال وكذلك ان كانت والت وهي حبلى به كان ولاء الولد لموالي ابيه لان الولد ههنا ليس
مقصودا بالسبب وهو العتق فان الجنين محل للعتق مقصودا ◦ وهنا الجنين ليس بمقصود بالولاء لانه ما دام في البطن
فليس بمحل لعقد الموالاة مقصودا لان تمام هذا العقد بالايجاب والقبول وليس لاحد عليه ولاية القبول ◦ واذا كان تبعا
فاتباعه الاب اولى كما بينا ◦ وكذلك لو كان لهما اولاد صغار حين والى الاب انسانا وقد والت الام قبل ذلك رجلا آخر
فالاولاد موالي لموالي الاب لانه ليس للام ولاية انعقاد الولاء على الاولاد في قولهما وفي قول ابي حنيفة هكذا ذلك
عند عدم الاب اما مع وجود الاب فلا وليس كان هذا ذلك مع وجود الاب فهي ما عقدت عليهم انما عقدت على نفسها خاصة
ولم يجعل عقدها على نفسها عقدا على الولد وعقد الاب كذلك على نفسه عقد على الاولاد وولاء الموالاة يقبل التحول
فيتحول الابن بتحول الولاء بهم الى من والاه وذلك صحيح منه ◦ ولهذا كان الاولاد موالي لموالي الاب فان جنى الابن جناية
فعقل الذي والاه عنه فليس لولده ان يتحول عنه الى غيره بعد ذلك لان ولاء الاب تاكد بعقل الجناية وبتاكده يتاكد الاصل
فكما ليس للاب ان يتحول عنه لان الاب مع اولاده كالشخص الواحد في حكم الولاء فعقل جناية احدهم يتأكد في حقهم جميعا بخلاف
ما قبل عقل الجناية عن احد منهم لان هناك الولاء لم يتأكد فان تأكد العقد بحصول المقصود ◦ وانما لم يجعل هذا العقد تاما
قبل حصول المقصود به لانه ليس فيه معنى المعاوضة بل احدهم متبرع على صاحبه بالقيام على نصرته وعقل جنايته والآخر
متبرع على صاحبه في جعله اياه خليفة في ماله بعد وفاته ◦ وعقد التبرع لا يلزم بنفسه ما لم يتصل به القبض فان كان له ابن
كبير حين والى الاب فاسلم الابن على يدي رجل آخر ووالاه فالابن موقوف على انه لا يكون مولى لموالي الاب بخلاف المولود

فى ولائه والصغير عند عقد الاب لان عقد الولاء يترتب على الاسلام فكذلك عادة والابن الكبير لا يتبع اباه فى الاسلام فكذلك فى حكم الولاء الذى يترتب عليه • وهذا لان الصغير ليس باصل فى اكتساب سبب الولاء • الا ترى انه لا يصح منه هذا العقد بدون اذن وليه فيجعل فيه تبعا لابيه اما الكبير اصل فى اكتساب هذا الولاء حتى يصح منه عقد هذا الولاء بدون اذن ابيه وبين كونه اصلا فى حكم وتبعا فيه منافاة • ولهذا لا يصير مولى للذى والاه ابوه واذا اسلمت الذمية ووالت رجلا ولها ولد صغير من زوج ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها فى قول ابى يوسف ومحمد وفى قياس قول ابى حنيفة رحمه الله يكون ولاء ولدها لمولاها فبعضهم من جعل هذه المسئلة قياس ولاية التزويج ان عند ابى حنيفة يثبت ذلك للام على ولدها الصغير حتى يصح عقدها ولا يتعلق به صفة اللزوم حتى يثبت للولد حيار البلوغ فكذلك يصح هذا العقد منها فى حق الولد لانه لا يتعلق به صفة اللزوم بنفسه وعندهما ليس للام ولاية فى التزويج مع اختلاف فى الرواية عن ابى يوسف هناك فكذلك ولاء الموالاة • والاظهر ان هذه مسئلة على حدة • ووجه قولهما ان حكم الولاء يثبت بعقد يشتمل على الايجاب والقبول ويتردد بين المنفعة والمضرة ولو عقد لا بعضا ل لا يكون تبعا للام فى مثل هذا العقد ولا يكون لها عليه ولاية المباشرة • وهذا العقد نظير الكتابة وابو حنيفة رحمه الله يقول ولاء الموالاة فاما ان يعتبر بالاسلام من حيث انه يترتب عليه عادة او بولاء العتاقة فان اعتبر بالاسلام فالولد الصغير يتبع امه فى الاسلام فكذا فى هذا الولاء • وان اعتبر بولاء العتاقة فالولد يتبع امه فيه اذا لم يكن له ولاء من جانب ابيه وهذا لا يتمحض منفعة فى هذا الولد لانه ما دام حيا فمولاه يقوم بنصرته ويعقل جنايته • واذا بلغ فله ان يعقل جنايته كان له ان يتحول عنه ان شاء فعرفنا انه منفعة محضة فى حقه • واذا اسلم حربى او ذمى على يدى رجل ووالاه ثم اسلم ابوه على يدى اخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذى والاه ولا يجر بعضهم ولاء بعض وليس هذا كالعتاق واشار الى الفرق ولا فرق فى الحقيقة لان كل واحد منهما مقصود فى سبب الولاء وهو العقد • ولو كان مقصودا فى سبب ولاء العتق ايضا لم يجر احدهما ولاء الاخر • وانما المراد من الفرق ان الولد الكبير لما اسلم على يدى الثانى لا يصير مولى لموالى ابيه لان هنا سبب الولاء العقد لا الاسلام وهو اصل فى العقد متمكن من مباشرته بنفسه فهذا لا يجعل فيه تبعا لابيه • حربى اسلم ووالى مسلما فى دار الحرب وكان احدهما فى دار الاسلام او فى دار الاسلام فهو مولاه لان سببه العقد الذى حصل بين المسلمين صحيح سواء كانا فى دار الحرب او فى دار الاسلام كعقد النكاح • وهذا لان المقصود التناصر والمسلم يقوم بنصرته حيث يكون ويجنى ولاء الموالاة بولاء العتق • ولو ان مسلما فى دار الاسلام اعتق عبدا مسلما له فى دار الحرب كان مولى له فكذلك فى الموالاة فان اسلم فاعتق لم يجر ولاء الولد لان الولد لا يتبع ولده فى الولاء فان الولاء كالنسب والوالد لا ينتسب الى ولده لانه عرفه والاصل لا ينتسب الى الفرع فهذا لا يجر الابن ولاء الاب • وان سبى ابوه فاعتق جر ولاه لما بينا ان ولاء الموالاة لا يظهر فى مقابلة ولاء العتق وكان الابن بعد عتق الاب بمنزلة من لا ولاء له فيجر الاب ولاءه بخلاف ما اذا اسلم الاب ووالى رجلا لان ولاء الابن هنا مساوى لولاء الاب فيظهر فى مقابلته فيكون كل واحد منهما مولى لمولاه • ولو كان ابن ابنه لم ينتسب ولكنه اسلم على يدى رجل ووالاه ثم سبى الجد فاعتق لم يجر ولاءه فلما بينا ان الجد لا يجر الولاء الا ان يجر ولاء ابنه فان تحقق ذلك فحينئذ ولاء ابيه • وانما تصور جره ولاء ابيه فيما اذا سبى ابوه فاشتراه هذا الجد حتى عتق عليه فيصير ابنه مولى لمواليه ويجر ولاء النافلة بهذه الواسطة • فاما اذا اعتق الابن غيره فالجد لا يجر ولاءه لكونه مقصودا بالعتق ولا يجر ولاء ولده ايضا قال وموالاة الصبى باطلة يعنى اذا اسلم على يدى صبى ووالاه لان بالعقد يلتزم نصرته فى الحال • والصبى ليس من اهل النصرة • ولهذا لا يدخل فى العاقلة وهو من اهل الالتزام ايضا بخلاف ما اذا اسلم على يدى امراة ووالاها لان المراة من اهل الالتزام بالعقد ومن اهل اكتساب سبب الولاء بالعتق فكذلك بالعقد فان والى رجل عبدا لم يجز الا ان يكون باذن المولى فحينئذ يكون مولى له لانه عقد التزام النصرة والميراث بعد الموت ونصرة العبد لمولاه وهو ليس باهل للملك بالارث فلهذا يجعل المولى خلفا عنه فيما هو حكم هذا العقد • فان والى صبيا باذن ابيه او وصيه لا يجوز لان عبارة الصبى انما تعتبر فى العقود والتزامه بالعقد باذن وليه صحيح فيما لا يكون محض مضرة كالبيع والشراء ونحوه لان المولى يملك عليه هذا العقد فانه لو قبل الولاء لو كان على انسان كان صحيحا • وكذلك يملك الولد باذن ابيه ثم يكون مولى للصبى لانه اهل لولاء بنفسه اذا صح سببه • الا ترى انه اذا ورث قريبه يعتق عليه ويكون مولى له فكذا حكم ولاء الموالاة بخلاف العبد ولو اسلم على يدى مكاتب ووالاه كان جائزا لان المكاتب من اهل الالتزام بالعقد ومن اهل مباشرة سبب الولاء الا ترى

انه يكاتب

انه يكاتب عبده فيكون صحيحا منه فاذا ادى مكاتبه فعتق قبل اداءه كان مولى لمولاه فلهذا هنا يكون مولى لمولاه لانه لمكان الرق ليس باهل لموجب الولاء وهو الارث فيخلفه مولاه فيه • ولو والى ذمى مسلما او ذميا جاز وهو مولاه وان اسلم الاسفل لان الذمى من اهل الالتزام بالعقد ومن اهل الاكتساب سبب الولاء كالمسلم • واذا صح العقد فاسلام الاسفل لا ينافيه الا وكاده وهو مولى له بعد اسلامه حتى يتحول الى غيره • ولو اسلم رجل من نصارى العرب على يد رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته واصله وهم يعقلون عنه ويرثونه • وكذلك المراة لما بينا ان النسب فى حق العرب معتبر وانه نصا هى لا العتق ومن كان عليه ولاء العتق لم يصح منه عقد الموالاة مع احد • وهذا خلاف ولاء العتق فان من ثبت عليه الرق من نصارى العرب اذا اعتق يكون مولى معتقه لان ولاء العتق قوى كالنسب فى حق العجم فيظهر مع وجوده ويتقرر حكمه بتقرر سببه • فاما ولاء الموالاة ضعيف لا يتقرر سببه مع وجود النسب فى حق العرب والحكم ينبنى على السبب • ذمى اسلم ولم يوال احدا ثم اسلم اخر على يديه ووالاه فهو مولاه لانه من اهل الالتزام بالعقد ومن اهل المقصود بالولاء • وان لم يكن لاحد عليه ولاء وان اسلم ذمى على يدى حربى فانه لا يكون مولاه لانه من اهل الالتزام بالعقد ومن اهل المقصود بالولاء وان لم يكن لاحد عليه وان اسلم ذمى على يدى حربى فانه لا يكون مولاه وان اسلم الحربى بعد ذلك وهذا ظاهر لانه لو اسلم على يدى مسلم لم يكن مولى له • ولكن فائدة هذه المسئلة بيان ان الحربى الذى يعرض الاسلام على غيره ويلقنه لا يصير مسلما بذلك • الا ترى انه قال وان اسلم الحربى بعد ذلك لم يكن مولاه • وهذا لان من يلقن غيره طلاق امراته وعتق عبده • قال رجل والى رجلا فله ان يتحول عنه ما لم يعقل عنه ولكن انما ينتقض العقد بحضرته لان العقد تم بهما • ومثل هذا العقد لا ينفسخ احدهما الا بمحضر من الشهود كعقد الشركة والمضاربة والوكالة • وهذا لان تمكن كل واحد من الفسخ باعتبار ان العقد غير لازم نفسه ففى احدهما الاخر حكم الفسخ فى عقد كان ملتزما فى حقه فلا يكون الا بمحضر منه لما عليه من الضرر لو ثبت حكم الفسخ فى حقه قبل علمه وهو نظير الخطاب بالشرعيات فانه لا يظهر حكم الخطاب فى حق المخاطب ما لم يعلم به لدفع الضرر عنه • وكذلك لو ان الاعلى برئ من ولاء الاسفل صح ذلك اذا كان بمحضر منه لان انتقاض العقد فى حق الاول هنا يثبت حكما لصحة العقد مع الثانى وفى العقد مع الثانى لا يشترط حضرة الاول فكذلك فيما يثبت حكما له بخلاف الفسخ مقصودا • وهو نظير عزل الوكيل حال غيبته لا يصح مقصودا ويصح حكما لعتق العبد الذى وكله ببيعه • فان قيل لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبا فسخ الاول • قلنا لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول ثم ولاء الموالاة بعد صحته معتبر بولاء العتق حتى اذا اعتق الاسفل عبدا ووالاه رجل فهو لمعتقه وولاؤه للاعلى الذى هو مولاه • ولو مات الاعلى ثم مات الاسفل فانما يرثه الذكور من اولاد الاعلى دون الاناث على نحو ما بيناه فى العتق

باب بيع الولاء

ذكر عن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب وبه نأخذ دون ما روى عن سليمان بن يسار انه مولى لميمونة بنت الحرث فوهبت ولاءه من العباس • وهذا لان الهبة عقد تمليك فتستدعى محلا مملوكا مضافا اليه عقد الهبة ليصح التمليك فيه وليس للمعتق على معتقه شئ مملوك • وعلى هذا لو تصدق بولاء العتاقة او اوصى به لانسان فهو باطل • وكذلك لو باع ولاء العتاقة فهو باطل لما قلنا ولان البيع يستدعى مالا متقوما والولاء ليس بمال متقوم • وقد بينا فى اول الكتاب ان الولاء نفسه لا يورث انما يورث به كالنسب والارث قد يحتمل ما لا يحتمل البيع والهبة كان اولى وولاء الموالاة قياس ولاء العتق لا يجوز بيعه من احد ولا هبته لما قلنا بل اولى لان ولاء الموالاة يعتمد التراضى والاسفل غير راض بان يكون ولاؤه لغير عاقده وولاء العتق لا يعتمد التراضى فاذا لم يصح التحويل هنا فالاولى فان كان الذى اسلم ووالى هو الذى باع ولاءه من اخر او وهبه كان ذلك نقضا للولاء وموالاة مع هذا الثانى ان لم يكن عقل عنه الاول لان قصده بتصرفه ان يكون ولاؤه للثانى فيجب تحصيل مقصوده بطريق الامكان • الا ترى انه لو عقد مع الثانى بغير محضر من الاول كان ذلك نقضا منه للولاء الاول بخلاف الاعلى فانه لا يملك نقضه ولا يه بغير محضر منه بحال ولكن

ولكن بيع الاسفل من الباى باطل حتى يرد عليه ما قبض من الثمن لان البيع لا ينعقد الا على مال متقوم والولاء ليس بمال متقوم
واذا باع رجل ولاء عتق او مال متقوم مولاه بعد قبضه كما اعتقه فعتقه باطل لان البيع مبادلة مال بمال والولاء ليس بمال
فلا ينعقد البيع مضافا اليه كالميتة والدم واذا لم ينعقد البيع لا يملك البدل بالقبض فلا ينفذ عتقه فيه والله اعلم

باب عتق الرجل عبده عن غيره

ذكر في الاصل حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها ان بريرة اتتها تستعينها في مكاتبتها فقالت لها ان شئت
اوفيت عنك اهلك فذكرت لهم ذلك فقالوا لا الا ان تشترط الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
اشتريها واعتقيها فان الولاء لمن اعتق فاشترتها واعتقتها وقام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال ما بال اقوام
يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله احق وشرط الله اوثق ما بال اقوام يقول احدهم
اعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن اعتق ثم قال هذا وهم من هشام بن عروة ولا يأمر النبي عليه السلام بباطل ولا بغرور وهو
من الحديث لا يكاد يصح انما القدر الذي يصح ما ذكره ابراهيم لما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها الولاء لمن اعتق
وهو بيان للحكم بعث لاجله رسول الله صلى الله عليه وسلم ● فاما ما زاد عليه ذكره هشام فهو وهم لان النبي عليه السلام كان
لا يأمر بالعقد الفاسد والشراء بهذا الشرط فاسد ● واستدل بحديث الزهري ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى
من امرأته الثقفية جارية وشرط لها انه ان باعها فهي لها بالثمن اذا استغنى عنها فسأل عمر رضي الله عنه عن ذلك فقال لا تطأها ولاحد فيها
شرط فكان عمر رضي الله عنه اوثق واعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه من غيره وفي البيع مع الشرط اختلاف بين العلماء نذكره
في باب البيوع ● وفايدة هذا الحديث ان بيع المكاتبة برضاها يجوز وان الولاء يثبت لمن حصل العتق على ملكه الا لمن شرط لنفسه
بدون ملك المحل فانه قال الولاء لمن اعتق ولاجله روى الحديث في هذا الكتاب ● واذا اعتق الرجل عن حي او ميت قريب
او اجنبي باذنه او بغير اذنه فالعتق جائز عن المعتق والولاء له دون المعتق عنه في قول ابي حنيفة ومحمد ● اما اذا كان بغير اذنه
فهو قول الكل لانه ليس لاحد ولاية ادخال الشي في ملك غيره بغير رضاه سواء كان قريبا او اجنبيا حيا او ميتا فانما نفذ العتق
على ملك المعتق فيكون الولاء له ● وهذا بخلاف ما اذا تصدق الوارث عن مورثه فان ذلك يجزيه لان نفوذ الصدقة لا يستدعي
ملك من يكون الصدقة عنه لا محالة ● ولانه بالتصدق عنه يكتسب له الثواب ولا يلزمه شيئا وبالعتق عنه تلزمه الولاء فان
وليس للوارث ان يلزم مورثه الولاء بعد موته بغير رضاه ● فاما اذا كان باذنه فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله كذلك
لان التمليك من المعتق عنه بغير عوض لا يحصل الا بالقبض ولم يوجد ● وعلى قول ابي يوسف يكون الولاء للمعتق وقد بينا في باب الظهار
وفي كتاب الطلاق ● واذا قال الرجل اعتق عبدك على الف درهم اضمنها لك ففعل لم يكن العتق عن الامر بخلاف ما لو قال اعتق عبدك عني
على الف درهم لان هناك التمليك يندرج فيه وذلك مستقيم اذا كان في لفظه ما يدل عليه وهو قوله اعتقه عني فاما هناك
ليس في لفظه ما يدل على التماس التمليك منه فلا يندرج فيه التمليك وبدونه يكون العتق عن المعتق دون الامر وليس على الامر
من المال شي لانه ضمن ما ليس بواجب على احد ولانه التزم له مالا بازاء اعتاقه عبد نفسه وتحصيله الولاء لنفسه وهذا باطل كما
قد بينا في العتاق ● وان كان ادى المال رجع فيه لانه ادى بطريق الرشوه ولو ان امراة تزوجت رجلا على ان يعتق اباها ففعل فالولاء
للزوج ولها مهر مثلها بخلاف ما اذا تزوج على ان يعتق اباها عنها فان التمليك منها يندرج هنا فيتقرر ملكها رقبة الاب صداقا لها
وهنا لا يندرج التمليك حين لم يكن في اللفظ عليه دليل فيبقى النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها ● قال وكذلك الخلع يعني
ان تختلع من زوجها على ان يعتق اباها فالعتق عنها والاب مولى لها لانه عتق على ملكها ولم يتبين ان الزوج هل يرجع عليها بشي فمن
اصحابنا من يقول يرجع عليها بما ساق اليها لانه شرط عليها منفعة الولاء لنفسه ولم ينل والاصح انه لا يرجع عليها بشي لان
الولاء ليس بمال متقوم ● ولو خلعها على خمر لم يرجع عليها فهذا مثله ● ولو قال اعتق عبدك على الف درهم ففعل فهو حر على الاخر
والمال لازم له والولاية له وفي هذا خلاف زفر رحمه الله ● وقد بينا في باب الظهار وكذلك ان كان الامر بذلك امراة العبد فسد
النكاح لانها قد ملكته الرقبة وذكر حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها انها حلفت ان لا تكلم عبد الله بن الزبير
فتشفع عليها حتى كلمته فاعتقت عنها خمسين رقبة في كفارة يمينها ● وبهذا استدل ابو يوسف رحمه الله فان البدل ليس بمذكور في الحديث
ولكنا نقول كما لم يذكر البدل في الحديث فلم يذكر انها امرته بذلك وبالاتفاق بدون الامر لا يكون العتق عن المعتق عنه فانما يحمل

على انها كفرت يمينها وابن الزبير رحمه الله انما اعتق شكرا لله تعالى حيث كلمته ● وذكر عن عائشة رضي الله عنها انها اعتقت عن عبد
الرحمن بن ابي بكر رضي الله عنهما عبدا من تلاده بعد موته وانما يحمل هذا على ان عبد الرحمن اوصى بعتقهم وجعل اليها ذلك والله اعلم

باب الشهادة في الولا

رجل اعتق رجلا مالا ولا وارث له فادعى رجلان انه وارثه بالولا فشهد له شاهدان ان الميت مولاه ووارثه ولا وارث له غيره لم تجز
الشهادة حتى يفسرا الولا لان اسم المولى مشترك قد يكون بمعنى الناصر ● قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين
لا مولى لهم وقد يكون بمعنى ابن العم ● قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي وقد يكون بالعتق وقد يكون بالموالاة فما لم يفسرا
لا يتمكن القاضي من القضا بشي وكذا لو شهدا ان الميت مولى هذا مولى عتاقة لان اسم مولى العتاقة يتناول الاعلى ويتناول الاسفل
فلا يدري القاضي باي الامرين يقضي وايهما كان اعتق صاحبه فان فسر هذا الاحتمال يزول بقولهما ووارثه فان الاسفل لا يرث
من الاعلى وانما يرث الاعلى من الاسفل قلنا بهذا لا يزول الاحتمال فمن الناس من يرى توريث الاسفل من الاعلى وهو باطل
عندنا ولعل الشاهدين اعتقدا ذلك وقصدا التلبيس على القاضي لعلمهما انهما لو فسرا لم يقض القاضي له بالميراث ثم قد يكون
مولى عتاقة له باعتاق منه وباعتاق من ابيه ● وبعض قارته وبين الناس كلام في الارث بمثل هذا الولا يختص به العصبة
ام تكون لجميع الورثة ولهذا لا يقضي بشهادتهما ما لم يفسرا ● فان شهدا ان هذا الحي اعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه
لا يعلمون له وارثا سواه جازت الشهادة لانهم فسروا ما شهدوا به لم يبق فيه تهمة التلبيس ويستوي في هذا الشهادة
على الشهادة وشهادة الرجال مع النسا لانهم يشهدون بسبب يستحق به المال فهو بمنزلة شهادتهم على النسب وان شهدوا
انه وارثه لم يرث منه شيا لان استحقاق الارث بولاية على العتاقة مفيد بشرط وهو ان لا يكون للميت عصبة نسبا ولا يثبت ذلك
الشرط الا بشهادتهم وهو لا يعلمون له وارثا غيره ليس بشهادة انما الشهادة على ما يعلمون وكما انهم لا يعلمون فالقاضي لا يعلم
فعرفنا انه ليس هذا المشهود به فلا بد من ان يشهدوا انه وارثه ● وكذلك ان شهدوا على عتق كان من ابيه على وجه يثبت
وراثته منه فان قالوا لا نعلم له وارثا غير هذا المعتق ولكنا قد علمنا هذا لم تجز شهادتهما على هذا اما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
فلانا لا نجوز الشهادة على الولاء بالتسامع ● واما ابو يوسف يجوز ذلك ولكن اذا اطلقا الشهادة عند القاضي فاما اذا اطلقا
انهما لم يدركا وانهما يشهدان بالتسامع فالقاضي لا يقبل ذلك ● وبيان هذا في كتاب الشهادات ولو اقام المدعي شاهدين انه
انه اعتق ام هذا الميت وابوها ولده بعد ذلك من عبد فلان وان اباه مات عبدا وما تناله ثم مات وهو وارثه فهذا تفسير
للامر على وجهه فان القاضي يقضي له بالميراث فان اقام رجل البينة انه كان اعتق اباه قبل ان يموت وهو يملكه وانه وارثه
فانه يقضي له بالميراث لانه اثبت سبب جر الولاء وهو عتق الاب فتبين ان القاضي اخطأ في قضائه بالميراث لمولى الام وكذلك
هذا في ولاء الموالاة اذا اثبت الثاني خطأ القاضي في الاول فانه يبطل ما قضى به ويكون الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار منهم
او بالمعاينه ● ولو ادعى رجلان ولاء بسبب الاعتاق واقام كل واحد منهما البينة جعلت ميراثه بينهما للاستواء بينهما في
الاستحقاق لانه لا يتصور ارث رجلين بالولاء من واحد كما لو اعتقا عبدا بينهما والبينات حجج يجب العمل بها بحسب الامكان
فان وقت كل واحد من البينتين وقتا وكان احدهما سابقا فهو اولى لانه اثبت الولاء لنفسه في وقت لا ينازعه الاخر فيه
فهو كالنسب اذا اقام رجلان البينة عليه واحدهما اسبق تاريخا ولانه بعد ما ثبت العتق من الاول في الوقت الذي ارخ
شهوده لا يتصور ملك الثاني فيه حتى يعتقه فتبين بشهادة الذين ارخوا تاريخا سابقا بطلان شهادة الفريق الثاني وان
ذلك في ولاء الموالاة فصاحب العقد الاخر اولى لانه بعد عقد الموالاة مع الاول يتحقق منه العقد مع الثاني ويكون
ذلك نقضا للولاء الاول فشهود الاخر اثبت بشهادتهم ما ينسخ الولاء الاول فالقضاء بشهادتهم اولى الا ان يشهد
شهود صاحب الوقت الاول لانه كان عقل عنه فحينئذ تأكد ولاؤه ولا ينقض بالعقد مع الاخر بل يبطل الثاني وهو
الاول لحاله فلهذا كان الاول اولى وان اقام رجل البينة انه اعتقه وهو يملكه وقضى له القاضي بولايه وميراثه ثم اقام
الاخر البينه وهو يملكه لم يقبل القاضي ذلك كما في النسب اذا ترجح احد المدعيين بتقدم القضا من القاضي بينته لم يقبل
البينة من الاخر بعد ذلك ● وهذا لان القاضي يعلم كذب احد الفريقين وقد تأكد شهادة الفريق الاول باتصال القضاء بها
فانما الحال بالكذب على شهادة الفريق الثاني الا ان يشهدوا انه كان اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم اعتقه وهو يملكه فحينئذ

يقضي القاضي له بالميراث ويبطل قضاؤه الاول لانهم اثبتوا سببا كونه مخطيا في القضاء للاول وهو ان الاول لم يكن مالكا
حين اعتق لما كان اشتراه منه قبل ذلك • رجل مات وادعى رجل ان اباه اعتقه وهو يملكه وانه لا وارث لابيه
ولا لهذا الميت غيره وجاء بابني اخيه فشهدوا على ذلك قال لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لجدهما على ما بينا ان الولاء
للمعتق والارث به كان للمعتق بطريق العصوبة على ان يخلفه في ذلك اقرب عصبته وشهادة الحفدة للنافلة لا تقبل وكذا
شهادة بنات المعتق بذلك لا تجوز لانهما تشهدان لابيهما • واذا ادعى رجل ولاء رجل واقام البينة انه اعتقه وهو يملكه
واقام الآخر البينة انه حر الاصل لانا قضينا بها فبعد ثبوتها تندفع بينة المعتق ضرورة لان العتق يبتنى على الملك وقد انتفى
الملك بثبوت حرية الاصل • وهذا لا يقضي بولايه للذي والاه • وكذلك لو كان ميتا عن تركة لان احدى البينتين
يقوم على رقه والاخرى على حريته فالمثبتة للحرية اولى ولان صاحب الولاء اثبت ببينته انه ادعى عليه الولاء وذلك
اقرار منه بانه حر ولا ولاء عليه فبثبوت هذا الاقرار بالبينة كثبوته بالمعاينة ان لو كان حيا وادعى ذلك فان كان حيا
واقر انه مولى عتاقة لهذا جرت بينه العتاقة وذلك نقضا من الغلام لمولاه لو كان حيا والى هذا الآخر لان العبد مكذب
للذين شهدوا بحريته في الاصل ومدعي الولاء خرج من ان يكون خصما في اثبات ذلك لان العبد باقراره بولاء العتاقة
على نفسه يصير ناقضا لولاء الموالاة لما بينهما من المنافاة وهو متمكن من نقض ولايه ما لم يعقل عنه فاذا لم يبق خصم يدعي
حرية الاصل له يصح اقراره بالملك وولاء العتاقة • ومن اصحابنا من يقول هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان من اصله
ان البينة على حرية العبد لا تقبل من غير الدعوى وعندهما تقبل فتثبت حرية الاصل بحجة حكمية وذلك لا يحتمل النقض
باقراره فينبغي ان لا يثبت عليه ولاء العتاقة عندهما والاصح ان هذا قولهم جميعا لان بينة العتاق تعارض بينة حرية الاصل
مما لا تقبل البينة عليه عندهما وهو اثبات حقوق الشرع عليه ثم يترجح بخصم يدعيها اولما انتفى ولاء الموالاة فهذا حر لا ولاء عليه
وقد اقر بانه مولى هذا الذي يدعي ولاء العتق عليه فيكون اقراره صحيحا لانه يقر بما هو من خالص حقه كما لو اقر بالنسب لانسان
ولا نسب له • رجل مات عن بنين وبنات فادعى رجل ان اباه اعتقه وهو يملكه وشهد ابنا الميت على ذلك وادعى آخر ان اباه
اعتقه فاقرت بذلك ابنة الميت فالاقرار باطل والشهادة جائزة لان الابنين يشهدان على ابيهما بالولاء ولا تهمة في شهادة الولد
على والده بالولاء ثم الاقرار لا يعارض البينة لان الاقرار لا يعدو المقر والشهادة حجة في حق الناس كافة فلا بد من ان يقضي القاضي
بان الميت معتق للمدعي • ومن ضرورة هذا القضاء تكذيب الابنة فيما اقرت به فيسقط اعتبار اقرارها وهو بمنزلة ما لو مات
عن الف درهم وابنين وابنة وادعى رجل دينا الف درهم على الميت وشهد له ابنا الميت وادعى آخر دينا الف درهم واقرت
ابنة الميت بذلك فانه لا يلتفت الى اقرارها ويجعل المال كله للذي اثبت دينه بالبينة • ولو شهد للآخر ابن له وابنتان ولم يوقتوا
وقتا كان الولاء بينهما نصفين للمساواة بين الحجتين فان شهادة النساء مع الرجال في الولاء مثل شهادة الرجال ولا ترجيح من حيث
التاريخ في احدى البينتين فلهذا كان الولاء بينهما نصفين • ولو جاء رجل من الموالي فادعى على عربي انه مولاه وان اباه اعتق اباه
وجاء باخوته يشهدان لامه بذلك والعربي منكر لم تقبل شهادتهما لان في الحقيقة هنا بينهم دعوى بان المدعي مع اخوته في هذا
الولاء سواء لانهما يشهدان لابيهما ما لا فان الولاء كالنسب تتحقق الدعوى فيه من الجانبين فاذا كان العربي منكرا كان المدعي هو الابن
الذي يدعي الولاء بطريق الخلافة عن ابيه فيجعل كان الاب حي يدعيه وشهادة الابنين لابيهما فيما يدعيه لا تكون مقبولة وان ادعى العربي
وانكر المولى جازت الشهادة لان انكار الابن كانكار ابيه لو كان حيا فانهما يشهدان على ابيهما للعربي ولا تهمة في هذه الشهادة وان ادعى
رجل ولاء رجل فجاء بشاهدين فشهد احدهما ان اباه اعتقه في مرضه ولا وارث له غيره وشهد الآخر ان اباه اعتقه عن دبر منه
وهو يملكه فالشهادة باطلة لاختلافهما في المشهود به لفظا ومعنى فان التدبير غير العتق المنجز في المرض وعلى هذا لو شهد احدهما
ان اباه قد علق عتقه بكلام فلان وقد فعل وشهد احدهما ان اباه كاتبه واستوفى البدل والآخر انه اعتقه بمال فان الكتابة غير العتق بمال
الا ترى انه يملك الكتابة من لا يملك العتق فكان هذا اختلافا في المشهود به لفظا ومعنى بخلاف ما لو اختلفا في الزمان والمكان حيث
تقبل شهادتهما لان العتق قول ولا يختلف باختلاف الزمان والمكان ان ذا القول يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول • ولو مات رجل
فاخذ رجل ماله وادعى انه وارثه لم آخذه منه لانه لا منازع له في ذلك وخبر المخبر محمول على الصدق في حقه اذا لم يكن هنالك من يعارضه
ولان المال في يده في الحال وهو يزعم انه ملكه فالقول قوله في ذلك فان خاصمه فيه انسان سألته البينة لانه يدعي استحقاق اليد عليه
في هذا المال ولا سبب للاستحقاق الا بينة فما لم تقم البينة لا يثبت سبب استحقاقه لا يؤخذ المال من يد ذي اليد • فان ادعى رجل انه عتقه

دعو

وهو يملكه وانه لا وارث له غيره واقام البينة واقام الذي في يديه المال البينة على ذلك قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين لان
المقصود بهذه البينة اثبات النسب وهو الولاء فانما قامت بينة كل واحد منهما على الميت واستوت البينتان في ذلك
فيقضى بينهما بالولاء ثم استحقاق المال ينبني على ذلك فان قيل لا كذلك بل المقصود اثبات استحقاق المال واحدهما فيه صاحب
اليد والآخر خارج فان يجعل هذا كبينة ذي اليد والخارج على الملك المطلق فيقضى للخارج او يجعل كما لو ادعيا تلقي الملك من واحد
واقاما البينة فتكون بينة ذي اليد اولى • قلنا لا كذلك بل الولاء حق مقصود يستقيم اثباته بالبينة وان لم يكن هنالك مال
وانما ننظر الى ما قامت البينة على الولاء اولا وهما في ذلك سواء ثم استحقاق الميراث ينبني على ذلك • وهو نظير ما لو ادعيا
تلقي الملك من واحد بالشراء لان السبب هنالك غير مقصود حتى لا يمكن اثباته بالبينة بدون الحكم وهو الملك ولان السبب هنالك
يتأكد بالقبض فذو اليد يثبت سببا متأكدا بالقبض فلهذا كانت بينته اولى • وهنا الولاء متأكد بنفسه ولا تأثير لليد على المال
في تأكد السبب فلهذا قضى بينهما • فان اقام مسلم شاهدين مسلمين انه اعتقه وهو يملكه وانه مات وهو مسلم ولا وارث له غيره
واقام ذمي شاهدين مسلمين انه اعتقه وانه يملكه وانه وارثه كافر لا وارث له فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لاقرب الناس اليه
من الذمي من المسلمين فان لم يكن له منهم قرابة جعلته لبيت المال لما بينا ان المقصود اثبات الولاء وقد استوت الحجتان في ذلك
فان شهود الذمي مسلمون وهو حجة على المسلم كشهود المسلم فيثبت الولاء بينهما نصفين ثم احدى البينتين توجب كفره عند الموت
والاخرى توجب اسلامه عند الموت فالذي تثبت اسلامه اولى • واذا اثبتنا انه مات مسلما فالمسلم يرثه المسلم دون
الكافر ولكن الارث بحسب السبب وللمسلم نصف ولايه فلا يرثه الا نصف الميراث ونصف الولاء للذمي وهو ليس باهل
ان يرثه فيجعل كالميت ويكون هذا النصف لاقرب عصبته له من المسلمين فان لم يوجد ذلك فهو لبيت المال بمنزلة ما لو مات الذمي
ولا وارث له فالولاء في هذا مخالف للنسب فان النسب لا يحتمل التجزي بحال فتكامل النسب في حق كل واحد منهما واذا لم يكن
احدهما ممن يرثه فللآخر جميع المال لتكامل السبب في حقه • فاما الولاء يحتمل التجزي حتى لو اعتق رجلان عبدا كان لكل واحد منهما
نصف ولايه فلهذا لا يرثه المسلم الا نصف الميراث فان كان شهود الذمي نصارى لم تجز شهادتهم على المسلم لان اسلام الميت يثبت
بشهادة الشهود المسلمين والحجة في الولاء تقوم عليه وشهادة النصارى ليست بحجة عليه ولان المسلم اثبت دعواه بما هو حجة
والذمي اثبت دعواه بما هو حجة على خصمه فلا تتحقق المعارضة بينهما ولكن يقضى بولايه للمسلم ويجعل الميراث له فان وقتت
كل واحد من البينتين وقتا في العتق وهو حي والشهود كلهم مسلمون قضى لصاحب الوقت الاول لان صاحب الوقت الاول اثبت عتقه
من حين ارخ شهوده فلا يتصور العتق من الآخر بعد ذلك • ومتى كانت احدى البينتين طاعنة في الاخرى دافعة لها فالعمل بالدافعة
اولى ذمي في يده غلام عتقه فاقام مسلم شاهدين انه اعتقه وهو يملكه واقام الذمي شاهدين مسلمين انه اعتقه وهو يملكه قضيت بالعتق
والولاء للذمي لان في بينته اثبات العتق وفي بينة المسلم اثبات الملك وفي كل واحد منهما اثبات على الخصم فيترجح بينة العتق
كما لو كان كل واحد من المدعيين مسلما واذا كان شهود الذمي كفارا قضيت به للمسلم لان بينته في اثبات الملك حجة على خصمه
وكانها لم تقم في حقه • وان كان المسلم اقام شاهدين مسلمين انه عبده دبره او كانت جارية اقام البينة انه استولدها
واقام الذمي شاهدين مسلمين على الملك والعتق فبينة الذمي اولى لان المسلم يثبت ببينته حق العتق وحق العتق لا يعارض حقيقة
العتق • ولو قبلنا بينة المسلم لوطئها بالملك بعدما قامت البينة على حريتها وذلك قبيح • وهذا لو كانت بينة الذمي اولى
لان المسلم يثبت ببينته حق العتق والذمي حقيقة العتق • ولو كانت امة في يد ذمي قد ولدت له ولدا فادعى رجل انها امته غصبها
هذا منه واقام البينة على ذلك واقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا منه في ملكه فبينتها والولد للمدعي لان بينته
طاعنة في بينة ذي اليد دافعة لها فانهم انما شهدوا بالملك لذي اليد باعتبار يده اذ لا طريق لمعرفة الملك حقيقة سوى اليد
وقد اثبتت بينة المدعي ان يده يد غصب من جهته لا يد ملك فلهذا كانت بينة المدعي اولى • واذا قضى بالملك للمدعي قضى له بالولد
ايضا لانه جزء منها وولادتها في يد الآخر بعدما ثبت انه ليس بمالك لها لا يوجب ثبات النسب لولدها • وكذلك لو ادعى المدعي
انها امته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او وهبها منه وسلمها اليه لان بهذه الاسباب تثبت ان وصولها الى يده كان
من جهته وان يده فيها ليست بيد ملك فهذا وفصل الغصب سواء • ولو كان المدعي اقام البينة انها امته اعتقها واقام المدعى
البينة انها ولدت في ملكه فبينة العتق اولى لان فيه اثبات حريتها ولا يجوز ان يوطأ بالملك بعدما قامت على حريتها ولو شهد
شهود كل واحد منهما مع ذلك بالغصب على الآخر كان شهود العتق ايضا اولى لان البينتين تعارضتا في ان كل واحد منهما

دافعة للاخرى طاعنة فيها وللمعارضة لا تندفع واحدة منهما بالاخرى ثم في بينة ذي اليد زيادة اثبات الحرية لها واستحقاق الولا عليها ● وهذا لان الولاء اقوى من الملك لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته ● واذا كان في احدى البينتين اثبات حق في نسب الولد في الاخرى ترجح هذه البينة والله اعلم بالصواب

باب ولاء المكاتب والصبي

واذا كاتب المسلم عبدا كافرا ثم ان المكاتب كاتب امة مسلمة ثم ادى الاول فعتق فولاؤه لمولاه وان كان كافرا لان الولاء كالنسب ونسب الكافر قد يكون ثابتا من المسلم فكذلك يثبت الولاء للمسلم على الكافر اذا تقرر سببه ولان الولاء اثر من اثار الملك واصل الملك يثبت للمسلم على الكافر فكذلك اثره ولكنه لا يرثه لكونه مخالفا له في الملة وشرط الارث الموافقة في الملة ولا يعقل عنه جنايته لان عقل الجناية باعتبار النصرة والمسلم لا ينا صر الكافر فان ادت الامة فعتقت فولاؤها للمكاتب الكافر لانها اعتقت من جهته على ملكه وهو من اهل ان يثبت الولاء له لكونه حرا ● وكما يثبت الملك للكافر على المسلم فكذلك الولاء او يعتبر بالنسب ونسب المسلم قد يكون ثابتا من الكافر ● فان مات فميراثها للمولى المسلم وان جنت فعقل جنايتها على عاقلة المولى المسلم لان مولاها وهو المكاتب الكافر ليس من اهل ان يعقل جنايتها ولا ان يرثها فيجعل كالميت وعند الموت معتقه يقوم مقامه في ولاء معتقه في حكم الارث وعقل الجناية فهذا مثله ● فان قيل فاي فايدة في اثبات الولاء للمسلم على الكافر وللكافر على المسلم اذا كان لا يرثه ولا يعقل جنايته بعد ذلك قلنا اما فايدة النسبة اليها بالولاء كالنسب مع ان الكافر لا يسلم فيرثه ويعقل جنايته بعد ذلك وقبل الاسلام فقد ظهرت من الوجه الذي قلنا ان المولى المسلم معتقه يرثه ويعقل جنايتها عاقلته ● رجل باع مكاتبا فبيعه باطل لانه استحق نفسه بالكتابة وفي بيعه ابطال هذا الحق الثابت له وقد صار بمنزلة الحر يدا فلا يقدر المولى على تسليمه بحكم البيع ومالية رقبته وصار كالتاوي لان حق المولى في بدل الكتابة دون مالية الرقبة فان اعتقه المشتري بعد القبض فعتقه باطل وهو مكاتب على حاله لانه مع بقاء الكتابة ليس بمحل للبيع والبيع لا ينعقد بدون المحل والملك لا يثبت بالقبض اذا لم يكن العقد منعقدا فلهذا كان عتق المشتري باطلا ● وان قال المكاتب قد عجزت وكسر المكاتبة فباعه المولى فبيعه جايز لان المكاتب يملك فسخ الكتابة بان يعجز نفسه فانما صادفه البيع من المولى وهو قن ● وكذلك لو باع المكاتب برضاه يجوز في ظاهر الرواية لما روينا من حديث بريرة ولانهما قصدا تصحيح البيع ولا وجه لذلك الا بتقديم فسخ الكتابة فيتقدم فسخ الكتابة ببيع البيع وقد بينا في هذا الفصل من اختلاف الروايات فيما امليناه من شرح الجامع ● رجل كاتب عبده على الف درهم حالة فكاتب العبد امة على الفين ثم وكل العبد مولاه بقبض الالفين منها على ان الفا منها قضاء له من مكاتبته ففعل فان ولاء الامة للمولى لان المولى وكيل في قبض الالفين منها فتعتق هي بالاداء اليه ثم المولى يقبض احدى الالفين نفسه بعدما يقبضه للمكاتب فتبين بهذا ان عتقها يسبق عتق المكاتب ولو ادت الى المكاتب فعتقت قبل عتق المكاتب كان ولاؤها للمولى لان المكاتب ليس من اهل ان يثبت له الولاء فيخلفه مولاه في ذلك فهذا مثله ولانا لم نعلم ان المكاتب لم يعتق قبلها وما لم يعتق قبلها لا يكون هو اهلا لولايتها وليس للعبد الماذون له ان يعتق وان اذن له مولاه او يبيعه مناب نفسه ● وان فعل والدين على العبد محيط بكسبه ورقبته ففي نفوذه اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله بناء على ان المولى هل يملك كسب العبد المديون وهي مسئلة الماذون وان لم يكن عليه دين جاز ذلك منه باذن المولى لان المولى يملك مباشرته بنفسه فان كسبه خالص ملكه فيملك ان ينيب العبد مناب نفسه وكذلك الكتابة فان كاتب عبدا باذن المولى ثم اعتقه مولاه ثم ادى المكاتب المكاتبة عتق وولاؤه للمولى دون العبد المعتق لان العبد كان نايبا عن المولى في عقد الكتابة كالوكيل ● الا ترى ان المولى هو الذي يقبض بدل الكتابة منه فانما عتق عند الاداء على ملك المولى فلهذا كان الولاء له وهذا بخلاف ولاء المكاتب اذا ادى بعدما عتق الاول لان الثاني مكاتب من جهة الاول باعتبار حق الملك الذي له في كسبه وقد انقلب ذلك بالعتق حقيقة ملك ● ولهذا كان حق قبض البدل له فانما عتق على ملك الاول فكان له ولاؤه وليس للعبد في كسبه ملك ولا حق وبعد عتقه يكون كسبه للذي اكتسبه في حال الرق لمولاه وللصبي ان كاتبت عليه ابيه او وصيه وليس له ان يعتقه على مال لان وليه يملك مباشرة المكاتبة في عبده دون العتق بمال فكذلك يصح اذنه في الكتابة دون العتق بمال واذا ادى المكاتب اليه البدل فولاؤه للصبي لانه عتق على ملكه ● واذا ثبت ان للصبي من اهل ولاء العتق فكذلك ولاء الموالاة للصبي ان يقبل ممن يواليه باذن وصيه او ابيه ولهما ان يقبلا عليه هذا الولاء لما بينا ان عقد الولاية يرد دوره بين المنفعة والمضرة ومعنى المنفعة فيه اظهر ● ومثل هذا العقد يملكه الوصي على الصبي ويصح من الصبي باذن المولى لانه يتايد رايه بانضمام راي المولى اليه كما في التجارات ● وان اسلم صبي على يدي رجل ووالاه لم يجز عقد الموالاة لان حق الاستبداد باعتبار ما ظهر له من العقد والتمييز يثبت

فيما يتمحض منفعة له فيصح منه ● واما عقد الولاء فمتردد بين المنفعة والمضرة فلا يصح منه مباشرته ما لم ينضم اليه راي وليه الى رايه وكذلك ان فعله باذن ابيه الكافر لانه لما حكم باسلامه فلا ولاية للاب الكافر عليه بل هو كاجنبي اخر منه في مباشرة هذا العقد عليه فكذلك في الاذن له فيه ● وان اسلم رجل على يدي رجل على ان يكون ولاؤه لما في بطن امراته وعلى ان يكون للاول ولد فلذلك لم يجز ذلك لانه لا ولاية لاحد على ما في البطن في ايجاب العقد ولا في قبوله وبدونه لا يثبت عقد الولاء فلهذا كان الحكم في الموجود هكذا ففي المعدوم اصلا اولى ● رجل اعطى رجلا الف درهم على ان يعتق عبده عن ابن المعطي وهو صغير ففعل فالعتق عن المولى الذي اعتق ولا يكون عن الصبي لان الصبي ليس له وارثة العتق في ملكه ولا لوليه ذلك عليه ولا يمكن اضمار التمليك من الصبي في هذا الالتماس لان الا ليصحح ما صرح به ان اعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف ان كان قبض فان لم يكن في الاضمار تصحيح ما صرح به فلا معنى للاشتغال به ولا يمكن اضمار التمليك من المعطي للمال في كلامه ايضا لانه ما التمس اعتاقه عن نفسه والتمليك في ضمن هذا الالتماس فظهر ان العبد باق على ملك مولاه الى ان اعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف عنه ان كان قبض ● وكذلك اذا كان الامر به مكاتبا او عبدا تاجرا بان قال اعتق عبدك عني على الف درهم لانه ليس في اضمار التمليك هنا تصحيح ما صرح به فان المكاتب والعبد ليس لهما اهلية العتق في كسبهما وان كان العبد للصبي فقال رجل لابيه او وصيه اعتقه عني بالف درهم ففعله الاب جاز لانه يصير متملكا العبد من الملتمس بالالف ثم نايبا عنه في العتق وللمولى حق هذا التصرف في مال الصبي كالبيع ● وكذلك لو قال هذا لمكاتب او عبد ماذون له في التجارة عبده فقال اعتقه عني على الف درهم لانه يصير متملكا العبد منه بالف درهم وذلك صحيح من المكاتب والماذون في كسبهما ثم ينوب عن الملتمس في العتق وذلك صحيح منهما ايضا ● وان قال ذلك المكاتب لمكاتب اخر لم يعتق لان اضمار التمليك انما يجوز لتصحيح ما صرح به والمكاتب الملتمس ليس باهل للعتق فلا يثبت التمليك منه بهذا الالتماس في المامور معتقا ملك نفسه وهو مكاتب فيكون لاغيا وباطلا والله اعلم

باب الولاء الموقوف

رجل اشترى عبدا ثم شهد ان البايع كان اعتقه قبل ان يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف فاذا جحد ذلك البايع لان المشتري ملكه في الظاهر وقد اقر بحريته بعتق نفذ فيه ممن يملكه ولو انشا فيه عتقا نفذ منه فكذلك اذا اقر بحريته بسبب صحيح ثم كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فالبايع يقول المشتري كاذب وانما عتق عليه باقراره والمشتري يقول عتق على البايع وولاؤه له وليس لواحد منهما ولاية الزام صاحبه الولاء فبقي موقوفا فان صدقه البايع بعد ذلك لزمه الولاء ورد الثمن لانه اقر ببطلان البيع وانه كان حرا من جهته حين باعه ● وكذلك ان صدقه ورثته بعد موته اما في حق رد الثمن فلانه اوجب من التركة والتركة حقهم ● واما في حق الولاء ففي القياس لا يعتبر تصديق الورثة لانهم يلزمون المسبب ولاء قد انكره وليس عليهم الزام الولاء ● الا ترى انهم لو اعتقوا عنه عبدا لم يلزمه ولاؤه فكذلك هذا ● ولكنه استحسن فقال ورثته يخلفونه بعد موته ويقومون مقامه في حيوته فيكون تصديقهم كتصديقه في حيوته ● الا ترى ان في النسب يجعل اقرار جميع الورثة اذا كانوا عددا كاقرار المورث فكذلك في الولاء ● وان كان اقر بالتدبير فانكره البايع فهو موقوف لا يخدم واحدا منهما لان كل واحد منهما يبرا عن خدمته ولكنه يكتسب فينفق على نفسه ● فاذا مات البايع عتق لان المشتري يقر انه مدبر البايع قد عتق بموته والبايع كان يقر انه ملك المشتري وان اقراره فيه نافذ فيحكم بعتقه وولاؤه موقوف فان صدقه الورثة لزم الولاء للبايع استحسانا لما قلنا ● امة بين رجلين شهد كل واحد منهما انها ولدت من صاحبه وصاحبه ينكر فانها تبقى موقوفة لا تخدم واحدا منهما لان كل واحد منهما يبرا عنها ويزعم انها ام ولد لصاحبه وان جنت في ضمان نصف القيمة على صاحبه فيبقى موقوفا حتى يموت احدهما فاذا مات عتقت لان الحي منهما مقر بانها كانت ام ولد للميت وقد عتقت بموته والميت منهما كان مقرا بانها ام ولد للحي وان اقراره فيها نافذ فتعتق باتفاقهما وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ● امة لرجل معروفة انها له ولدت من اخر فقال رب الامة بعتكها بالف درهم وقال الاخر زوجتنيها فالولد حر لان في زعم والد انه ملك المولى لاجل فان استولدها بالنكاح ومولى الامة يزعم انها حرة لانه باعها من ابي الولد وانما استولدها بملك نفسه فتثبت حرية الولد لاتفاقهما على ذلك عند اقرار مولى الامة وولاؤه موقوف لان مولى الامة ينفي ولاءه عن نفسه ويقول هو حر الاصل علق في ملك ابيه والجارية موقوفة بمنزلة ام الولد لا يطاها واحد منهما ولا يستخدمها ولا يشغلها لان الاب يبرا عنها لانكاره الشراء ويزعم انها امة لمولاها ومولاها يقول هي ام ولد لا تحل لي لبيعها منه فتبقى موقوفة بمنزلة ام الولد لان مولاها اقر بذلك وابا الولد مقر بان اقرار مولاها فيها نافذ ● فاذا مات ابو الولد عتقت لان مولاها مقر بانها عتقت بعد موت ابي الولد لكونها ام ولد وابو الولد كان مقرا بان اقرار مولاها فيها نافذ ● ولهذا عتقت وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ويأخذ البايع العقر من ابي الولد قصاصا من الثمن لتصادقهما على وجوب هذا القدر من المال له عليه

وبعدما نفذ اقراره في وجوب المال في ذمته لا تعتبر اختلافهما في السبب ولكن يؤمر عليه بان يؤدي ذلك من الوجه الذي يدعيه
ويقبضه الاخر من الوجه الذي يدعي انه واجب له ● رجل اقر انه اعتق اباه في صحته او مرضه ولا وارث له سواه فولاؤه
موقوف في القياس ولا يصدق الاب في انه اقر بما انشاه فانه لا يملك ان يلزمه ولاه اياه بانشاء العتق فلا يصدق في اقراره
لكونه متهما في حق ابيه ولان الولاء كالنسب وبا قرار الوارث اذا كان واحدا لا يثبت النسب عند ابيه فكذلك لا يثبت الولاء
ولكنه استحسن والزم ولاؤه للاب اذا كان عصبتهما واحدا وقومهما من حي واحد لان الولد اذا ملك واقرانه في اصل الملك
بعد موت الاب كاقرار الابن في حيوته فكذلك في تزلزم الارث بحكم ذلك الولاء انما يثبت للابن الحر كما لو اعتقه بنفسه وعقل
الجناية يكون على قومه ● فاذا كانا من حي واحد فهو غيرمتهم في حق قومه لانه لو شاء اعتقه بنفسه يلزمهم عقل جنايته فكذلك
اذا اقر على ابيه ● وان كان الاب اعتقه قوم والابن اعتقه اخرون فالولاء موقوف لانه متهم في حق موالي الاب فانه لا يملك ان يلزمهم
عقل جنايته بانشاء العتق فيكون متهما في الاقرار به ● وهذا الفصل نظير النسب فانه لا يملك اثبات حكمه في حق الاب وقومه
بطريق الانشاء فلا يصدق في الاقرار به عليه ايضا وان كان معه ابن اخر فكذبه كان له ان يستسعي العبد في حصته لان نصف العبد
مملوك وهو يزعم ان صاحبه قد افسد عليه باقراره كاذبا ولم يصر به راضيا كما لو شهد على شريكه في العتق بل حبس نصيبه
عند العبد فله ان يستسعيه في نصف قيمته ثم عند ابي حنيفة رحمه الله ولاء هذا النصف الذي يستسعي لانه يدعيه ويزعم انه
اعتق على ملكه باداء السعاية وولاء النصف الاخر للميت لان الولد المقر به يزعم ان ولاء الكل للميت واقراره صحيح فيما هو من حقه
كما لو لم يكن معه غيره ● ولهذا جعلنا ولاء حصته للميت اذا كان قومهما واحدا وعند ابي يوسف ومحمد ولاء النصف الذي هو نصيب
المقر للميت لهذا المعنى ايضا وولاء النصف الذي يستسعاه موقوف لان عندهما العتق لا يتجزى فالذي استسعاه ينكر الولاء ويقول
انما عتق هذا النصف باقرار شريكي لان اقراره كانشاء العتق فالولاء في الكل لي والمقر يزعم انه ليس له بل للميت فتعارض قولهما في
الذي استسعاه فبقي موقوفا حتى يرجع احدهما الى تصديق صاحبه ● وكذلك ان كان في الورثة رجال ونساء فاقرت امراة منهم بذلك
فان قيل على قولهما لما اقر المستسعي بولاية نصيبه لصاحبه وصاحبه مقر به للميت فينبغي ان يثبت ولاء العبد كله من الميت قلنا نعم
ولكن من ضرورة اثبات كل الولاء من الميت الحكم بانه عتق من وجه الميت وذلك يسقط حق المستسعي في السعاية فلا يصدق في
حقنا ولاء هذا النصف موقوفا ● عبد بين رجلين قال احدهما ان لم يكن دخل المسجد امس فهو حر وقال الاخر ان كان دخل فهو حر
فقد بينا هذه المسئلة في كتاب العتاق في استيفاء نصيب السعاية عن المملوك عادها البيان حكم الولاء وهو انهما اذا كانا معسرين يسعى
العبد في نصف قيمته بينهما فالولاء بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله لان نصيب كل واحد عتق على ملكه باعتبار ما ادى اليه من السعاية
وما سقط باسقاطه باعتبار الاحوال فيكون لكل واحد منهما ولاء نصيبه وفي قول ابي يوسف الولاء موقوف لان كل واحد منهما ينفيه
عن نفسه ويزعم ان صاحبه حانث وان الولاء كله له فلهذا يوقف الولاء وكل الولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال لان صاحبه
وهو غير معلوم والمال الذي لا يعرف مستحقه يوقف في بيت المال حتى يعرف مستحقه وجنايته على نفسه لا يعقل عنه بيت المال
لان بيت المال انما يعقل جناية من يكون ولاؤه للمسلمين ومن عليه ولا عتاقة لا يكون ولاؤه للمسلمين ونحن نتيقن ان على هذا الرجل ولاء عتاقة
فلهذا لا يجعل عقل جنايته على بيت المال والله اعلم

باب اخر من الولا

واللقيط حر ميراثه لبيت المال ويعقل عنه هكذا نقل عن عمر وعلي رضي الله عنهما ● وهذا لان الحرية والاسلام يثبت له باعتبار الدار
فيكون ولاؤه لاهل دار الاسلام يرثونه ويعقلون جنايته وما لبيت المال مال المسلمين بخلاف من عليه ولاء موقوف لان ذلك
منسوب الى المعتق وهذا غير منسوب لاحد حتى لو والى اللقيط انسانا قبل ان يعقل بيت المال جنايته فولاؤه له لانه صار منسوبا اليه
بالولاء حين عاقده وولاؤه لبيت المال لم يتاكد بعقل الجناية حتى لو تاكد بعقل الجناية لم يملك ان يوالي احدا فان قيل الولاء عليه للمسلمين
ثبت شرعا فلا يملك ابطاله بعقده كولاء العتق قلنا نعم ولكن ثبوته لمعنى ذلك المعنى يزول بالعتق وهو انه منسوب الى احد بخلاف
مولى العتاقة فان ثبوت الولاء لمعنى لا يزول ذلك الا بالعقد وحكم مولى اللقيط كحكم اللقيط لانهم ينتسبون اليه بولاء العتق والولاء
وولاؤه للمسلمين فكذلك ولاء مواليه كما في معتق المعتق ● وكذلك الكافر اذا اسلم ولا يوالي احدا لانه غير منسوب الى احد بالولاء
وهو من اهل دار الاسلام فهو كاللقيط فان كان بينه وبين العربي عبد فاعتقاه فجنى جناية كان نصف الجناية على عاقلة العربي لان نصف

ولايته

ولايته على من هو مولى المسلمين ● وكذا اذا ادعيا ولدا واقاما البينة فهو ولدهما ونصف جنايته على قبيلة العربي ونصفه على بيت المال
باعتبار دعوته من اللقيط والعربي جميعا ذمي اعتق مسلما او كافرا فاسلم الكافر كان ميراثه لبيت المال لانه مولى الكافر والكافر لا يرث المسلم
وعقل على نفسه لانه منسوب بالولاء الى انسان ولا يمكن ايجاب عقل جنايته على نفسه ● الا ترى انه لو مات مولاه ولا عشيرة له من الكفار
كان ماله مصروفا الى بيت المال ولو جنى جناية كان عقل جنايته على نفسه فكذلك الحال للمعتق وهذا اذا لم يكن للذمي عشيرة من المسلمين
فان كان له ذلك فميراثه له لانه اقرب عصبة من المعتق وان والى هذا المعتق رجلا لم يجز لان عليه ولاء عتاقة الكافر فلا يتمكن من ابطاله
بعقد الموالاة ● وان اسلم مولاه المعتق ووالى رجلا صار هذا المعتق مولاه لانه منسوب اليه بالولاء وقد صار مولى لمن عاقده ● نصراني
اعتق عبدا مسلما فولاه قبيله مولاه الذي اعتقه ان كان من بني تغلب وبني تغلب ينتسبون اليهم يعقلون عنه ويرث المسلمون منهم اقربهم
الى مولاه عصوبة لان الولاء للمعتق ● وان كان نصرانيا الا انه لا يرث لكونه مخالفا في الدين فيقوم اقرب عصبته مقامه في استحقاق
ميراثه وعقل جنايته على قبيلة مولاه كعقل جناية مولاه لانه منسوب اليهم بالولاء ● وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض
الولاء الاول وكان حكم الولاء للعتق الذي حدث من بعد عندنا ● وعند الشافعي لا ينتقض الولاء الاول بالاسترقاق فرقا بقول
لا يسترق من عليه ولاء المسلم لان الولاء كالنسب ولا يبطل النسب بالاسترقاق ولمراعاة حق المسلم في الولاء لا يجوز استرقاقه
كالحرية المؤكدة بالاسلام لا يجوز ابطالها بالرق ● ولكنا نقول سبب الولاء الاول قد انعدم بالاسترقاق وهو العتق وقوة المالكية
التي حدثت فيه ولا بقاء للحكم بعد بطلان السبب ولا يجوز ان يمتنع الاسترقاق لان سببه قد تقرر فلا يمتنع الا لمانع وهي العصمة
ولا عصمة باعتبار الولاء كما لا عصمة باعتبار نسب المسلم حتى يجوز استرقاق الحربي ● وان كان له والد مسلم واد اصار
للثاني واعتقه فقد اكتسب سبب الولاء عليه لنفسه ايضا فلهذا كان مولى له ● حربي اعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين كان
ان يوالي من شاء لما بينا ان عتقه في دار الحرب باطل ان لم يخل سبيله فلا ولاء عليه وان خلى سبيله كان عتقه نافذا ولكن لا يثبت
الولاء له لان ذلك من حكم الاسلام فلا يجري على اهل الحرب وبين ثبات الولاء وهو اثر من اثار الملك ولا حرمة لملكه فكذلك
لا حرمة لاثر ملكه ولكن باحراز العبد نفسه الى دار الاسلام بطل ذلك كله فله ان يوالي من شاء ● حربي دخل دارنا بامان فاشترى
عبدا فاعتقه او اعتق عبدا جارية من دار الحرب معه ثم رجع الى دار الحرب واسر وجرى عليه الرق فمعتقه مولاه لا يتحول عنه ابدا
لان سبب ثبوت الولاء لما العتق ● واحداث القوة في المملوك وذلك باق بعد ما صار رقيقا وضعف حاله بسبب الرق لا يكون
فوق ضعف حاله بالموت والولاء الثابت للمعتق لا يبطل بالموت فكذلك برقه ● فان قيل الرق الذي حدث فيه بنافي ابتداء الولاء
بالعتق وان تقرر سببه منه كما بينا في المكاتب فكذلك ما في بقائه ● قلنا لا كذلك ولكن الرق منافي حقيقة الملك وعليه يترتب
العتق الذي يعقب الولاء ولا حاجة الى ذلك في بقاء الولاء وهو نظير الموت في انه ينافي الولاء الملك للميت ولا ينافي بقاءه فان مات
معتقه كان ميراثه في بيت المال لان مولاه رقيق لا يرثه وليس له عشيرة من المسلمين فوضع ماله في بيت المال لانه مصب كل مال ضايع
وعقل جنايته على نفسه لانه منسوب بالولاء الى انسان ● فان عتق هذا الحربي صار مولى لمعتقه وكذلك معتقه يكون مولى له
بواسطة ام ولد الحربي خرجت الينا مسلمة فهي حرة توالي من شاءت لما بينا انها احرزت نفسها بدار الاسلام ● ولو كانت قد
فاحرزت نفسها بالدار كانت تعتق لملكها نفسها ولا ولاء عليها لاحد فكذلك اذا كانت ام ولد ولهذا لها ان توالي من شاءت
والاصل فيه ما روي ان ستة من عبيد اهل الطائف خرجوا مسلمين حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحاصرهم ثم خرج
مواليهم يطلبون ولاءهم فقال عليه السلام اولئك عتقاء الله ● مسلم دخل دار الحرب بامان واسلم حربي هناك
ثم اعتق عبدا له اشتراه في دار الحرب ثم اسلم عنده لم يكن مولاه في القياس وله ان يوالي من شاء في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان ثبوت الولاء عليه من حكم الاسلام وحكم الاسلام لا يجري على الحربي في دار الحرب فاذا لم يثبت على هذا المعتق الحربي
ولاء حين اسلم فله ان يوالي من شاء ● وقال ابو يوسف رحمه الله اجعله مولى استحسانا لما ورد من الخبر من عتق النبي عليه السلام
زيد بن حارثة وعتق ابي بكر رضي الله عنه سبعة ممن كان يعذب في الله تعالى بمكة منهم صهيب وبلال وكان ولاؤهم له ● وقال
ابو حنيفة رحمه الله هذا كان قبل ان يؤمر النبي عليه السلام بالقتال وقبل ان تصير مكة دار الحرب ● وانما صارت دار حرب
بعدما هاجر النبي عليه السلام منها وامر بالقتال فجرى حكم الاسلام في دار الاسلام على ان اولئك المعتقين كانوا مسلمين
وكانوا يعذبون بمكة ● والمسلم اذا اعتق عبدا مسلما في دار الحرب فاشتراه العبد فولاء الاول للاخر وولاء الاخر للاول
لانه يعتق من كل واحد منهما اكتساب سبب الولاء في صاحبه ولا منافاة بين الولاءين لانه اذا كان يجوز نسبة كل واحد من الا

بالاخوة الى صاحبه فكذلك النسبة كل واحد من المعتقين الى صاحبه بالولاء • حربي مستأمن اشترى عبدا مسلما فادخله دار
الحرب فهو حر عند ابي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في كتاب العتاق ولا يكون ولاؤه للذي ادخله في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه
انما عتق بعد وصوله الى دار الحرب وزوال العصمة عن ملك الحربي وثبوت الولاء باعتبار عصمة الملك فاذا لم يبق لملكه عصمة
لا يثبت له ولاؤه • وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان اعتقه الذي ادخله فولاؤه له لان المسلم من اهل دار الاسلام وان كان
في دار الحرب فهو ملتزم حكم الاسلام فيثبت الولاء عليه بالعتق ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول انما عتق ملكه لنفسه لانه لما دخل
دار الحرب حل له قتل مولاه واخذ ماله وهو قاهر لمولاه في حق نفسه فيعتق ملكه لنفسه فلهذا لا يكون عليه ولاء • واذا اسلم
عبد الحربي في دار الحرب لم يعتق بنفس الاسلام لانه لم يكن محرزا نفسه بدار الاسلام قبل هذا وملكه نفسه بالاحراز خلافا للاول
على قول ابي حنيفة رحمه الله فان كان محرزا نفسه بدار الاسلام قبل هذا وملكه لم يبطل ذلك بادخال الحربي اياه دار الحرب
فان باعه المولى من مسلم او حربي مثله فهو حر في قول ابي حنيفة رحمه الله لان ملك الحربي زال عنه بالبيع وملك الحربي متى زال عن العبد
المسلم في دار الحرب يزول الى العتق كما لو خرج مراغما • وعندهما لا يعتق لان المشتري يخلف البائع في ملكه وهي مسألة السير
فان غنمه المسلمون عتق بالاتفاق لان يده في نفسه اقرب من ايدي المسلمين اليه فيصير محرزا نفسه بمنعة الحبس (?) • عبد خرج مستأمنا
في تجارة مولاه فاسلم لم يعتق ولكن الامام يبيعه ويمسك ثمنه على مولاه لان ماليته للحربي فيه صار معصوما بالامان فلا يعتق ولكن
بعد الاسلام لا يجوز ابقاء المسلم في ملك الكافر • الا ترى ان مولاه لو كان معه يجبره الامام على بيعه ولم يتركه ليرجع به الى دار
الحرب فان لم يكن المولى معه ناب الامام عنه في البيع ويمسك ثمنه على مولاه حتى يجيء فياخذه • وكذلك لو كان اسلم في دار الحرب ثم خرج
في تجارة لمولاه لانه ما قصد بالخروج احراز نفسه على مولاه كما لو خرج مع مولاه في تجارة بخلاف ما اذا خرج مراغما لانه قصد احراز نفسه
على مولاه فكان حرا يوالي من شاء ما لم يعقل عنه بيت المال فاذا عقل عنه بيت المال لم يكن له ان يوالي احدا لان ولاءه للمسلمين وقد تأكد بعقل جنايته
رجل ارتد ولحق بدار الحرب فمات مولى له كان قد اعتقه قبل ردته فورثه الرجال من ورثته دون النساء ثم رجع تائبا اخذ ما وجد من مال نفسه
في يد ورثته ولم يأخذ ما وجد من مال مولاه في ايديهم لانه كان مرتدا حين مات مولاه والمرتد لا يرث احدا وانما يعاد بعد الاسلام الملك
الذي كان له قبل الردة • فاما اذا لم يكن مملوكا له قط لا يعاد اليه لو اسلم لان هذا كان تمليكا مبتدأ له وبسبب اسلامه لا يستحق تمليك المال
على احد ابتداء • وكذلك ان كان في دار الاسلام حين مات مولاه لانه مرتد فلا يرث المسلم ولكن يجعل هو كالميت في ارث مولاه فيكون ميراثه
لاقرب عصبته منه من المسلمين • امراة من بني اسد اعتقت عبدا في ردتها او قبل ردتها ثم لحقت بدار الحرب فسبيت فاشتراها رجل
من همدان فاعتقها فانه يعقل عن العبد بنو اسد في قول ابي يوسف الاول وترثه المراة ان لم يكن له وارث لان من قبل ردتها كان عقل جناية
هذا المعتق على بني اسد باعتبار نسبة المعتقة اليهم وذلك باق بعد السبي فان النسب لا ينقطع بالسبي وبعدما اعتقت هي منسوبة اليهم
بالنسب ايضا فيكون عقل جنايته عليهم • الا ترى ان بعد السبي قبل العتق كان الحكم هذا فلا يزداد بالعتق الا وكادة ثم رجع يعقوب
عن هذا وقال يعقل عنه همدان وهو قول محمد رحمه الله لان المعتقة لما اعتقت صارت منسوبة بالولاء الى قبيلة معتقها فكذلك معتقها يكون
منسوبا اليهم بواسطتها • وهذا لان ولاء العتق في الحكم اقوى من النسب • الا ترى ان عقل جنايتها يكون على قوم معتقها ولو اعتقت
بعد هذا عبدا كان مولى لقوم معتقها فكذلك ما سبق وقبل ردتها انما كان المعتبر النسبة لانعدام ولاء العتق عليها فاذا ظهر ولاء العتق عليها
كما ينسب الولد بالولاء الى قوم امه ما لم يظهر له ولاء في جانب ابيه فاذا ظهر كان الحكم له • وكذلك لو كانت معتقة للاولين لما بينا ان الولاء
الثابت للاولين عليها قد بطل حين سبيت واعتقت فكذلك ما ينبني عليه ولاء معتقها • رجل ذمي اعتق عبدا فاسلم العبد ثم نقض الذمي
العهد ولحق بدار الحرب فليس للعبد ان يوالي احدا لان الولاء ثابت عليه لمعتقه وان صار حربيا باعتبار ان مصيره حربيا كموته وان جنى
جناية لم يعقل عنه بيت المال وكانت عليه في ماله لانه منسوب بالولاء الى انسان وانما يعقل بيت المال عمن لا عشيرة له من المسلمين ولا ورثة
واذا اسلمت المراة من اهل الذمة ثم اعتقت عبدا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبي ابوها من دار الحرب كافرا فاعتقه رجل لم يجر ولاء
مولاها لانها حرة حربية فلا يصير مولى لابيها لما بينا ان حكم الاسلام لا يجري على الحربية في دار الحرب وانما يجر ولاء معتقها الى موالي الاب
بواسطتها فاذا لم يثبت هذه الواسطة في حقهم لا يجر اليهم الولاء فان كان مولاها الذي اعتقته مسلما فجنى جناية فعقله على بيت المال
لانها حين اعتقت العبد كانت مولاة لبيت المال • الا ترى انها لو جنت كان عقل جنايتها على بيت المال فيثبت ذلك الحكم في حق مولاها
ايضا ثم يبقى بعد ردتها ولحاقها كما يبقى بعد موتها لو ماتت لان من لحق باهل دار الحرب فهو في حق المسلمين كالميت • امراة من العجم اسلمت
ثم اعتقت عبدا ثم سبي ابوها فاسره رجل فاعتقه فان ولاء المراة وولاء مولاها يكون للذي اعتق الاب لانها حرة من اهل دار الاسلام حين

عليها

عليها ولاء لازم فاذا اعتق ابوها انجر ولاؤها الى موالي الاب وانجر بواسطتها ولاء معتقها الى موالي الاب ايضا • وهذا لان ثبوت
الولاء للمسلمين لا يمنعها من ان توالي انسانا فلا يمنع جر ولائها الى قوم الاب بعدما عتق الاب • حربي ومرتد اسلم في دار الحرب
ثم اعتق عبدا مسلما ثم رجعا على الاسلام فاسرها (?) واسلم العبد وابى المولى ان يسلم فقبل قول العبد للمولى لا يتحول عنه لان
بعد الردة كموته والولاء الثابت لا يبطل بموته • فان كان له عشيرة كان عقله عليهم وان لم يكن له عشيرة فميراثه لبيت
المال وعقله على نفسه لما بينا انه منسوب بالولاء الى انسان بعينه فلا يعقل عنه بيت المال فاذا تعذر ايجاب عقل جنايته
على غيره جعل على نفسه والله اعلم

باب الاقرار بالولاء

رجل اقر انه مولى عتاقة من فوق او من تحت وصدقه الاخر فهو مولاه ويعقل عنه قومه لان الولاء كالنسب والاقرار بالنسب
صحيح من الاب والابن جميعا فكذلك الاقرار بالولاء • وهذا لان الاسفل يقر على نفسه بانه منسوب الى الاعلى بالولاء والاعلى
يقر على نفسه بانه منسوب اليه وان عليه نصرته واقرار كل واحد منهما على نفسه صحيح اذا صدقه صاحبه • فان كان له اولاد
كبار فانكروا ذلك وقالوا ابونا مولى عتاقة لفلان اخر فالاب مصدق على نفسه والاولاد مصدقون على انفسهم لانه لا ولاية
للاب عليهم بعد البلوغ • واذا ثبت هذا في ولاء الموالاة فكذلك في ولاء العتاقة لانهما في النسبة والنصرة سواء وان كان
الاولاد صغارا كان الاب مصدقا عليهم لانه يملك مباشرة الولاء عليهم بولاية الابوة فينفذ اقراره عليهم ايضا ولان الصغار
من الاولاد يتبعونه في الاسلام ولا يعتبر اعتقادهم بخلاف الكبار فكذلك في حكم الولاء يتبعونه في الاسلام ولا يعتبر اعتقادهم
خلافه • فان كانت امهم امراة فقالت انا مولاة فلان مولى عتاقة وصدقها مولاها بذلك فالولد مولى لموالي الاب لان كل واحد
من الابوين مصدق في حق نفسه • ولو كان ولاء كل واحد منهما معروفا كان الولد مولى لموالي الاب لان كل واحد من الابوين
ولو قالت الام للاب انت عبد فلان وقال كنت عبد فلان فاعتقني وصدقه فلان فالقول قول الاب لانه بتصادقهما ظهر
في جانب الاب ولاء فلا يلتفت الى قولها في حق الولد بعد ذلك • وكذلك لو قالت هو ولدي من غيرك لان الولد للفراش والفراش
للزوج عليها ظاهر فلا يصدق فيما يدعي من فراش اخر عليها غير معلوم • ولو قالت ولدته بعد عتقي بخمسة اشهر فهو مولى لموالي
وقال الزوج ولدته بعد عتقك بستة اشهر فالقول قول الزوج لظهور قرابته عليها في الحال فكذلك في الولاء
لظهور ولاء الاب في الحال وهو حجة جر ولاء الولد ما لم يعلم انه كان مقصودا بالعتق • امراة في يدها ولد لا يعرف ابوه اقرت
انها معتقة هذا الرجل وصدقها ذلك الرجل لم تصدق على الابن في قول ابي يوسف ومحمد وهي مصدقة في قول ابي حنيفة لان عند
ابي حنيفة رحمه الله هي تملك مباشرة عقد الولاء على ولدها ويتبعها الولد في الاسلام فتصدق في الاقرار عليه بالولاء ايضا • وكذلك
ان قالت كان زوجي رجلا من اهل الارض مسلما او كان عبدا صدقت على ابنه في قول ابي حنيفة رحمه الله لان الولد بما له من النسب
مستغني عن الولاء واعتبار قولهما عليه لمنفعة الولد فاذا انعدمت المنفعة هنا لا يعتبر قولها عليه بخلاف ما سبق والاقرار بولاء
العتاقة والموالاة سواء في الصحة والمرض كالاقرار بالنسب • وهذا لان تصرفه في المرض انما يتعين في المحل الذي يتعلق به حق الغرماء
والورثة وذلك غير موجود في الولاء • واذا قال فلان مولاي قد اعتقته وقال فلان بل انا اعتقتك لم يصدق واحد منهما على صاحبه
لان كل واحد منهما يدعي لنفسه على صاحبه النسبة اليه بالولاء وهو منكر فلا يمين على واحد منهما في قول ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للولاء
بالنسب • ولو قال انا مولى لفلان وفلان اعتقاني فاقر احدهما بذلك وانكر الاخر وحلف ما اعتقه فهو بمنزلة عبد بين اثنين يعتقه احدهما
وان قال انا مولى فلان اعتقني ثم قال لا بل اعتقني فلان فهو مولى للاول لانه رجع عن الاقرار بالولاء للاول وهو لا يملك ذلك وبعدما ثبت
عليه الولاء للاول لا يصح اقراره بالولاء للثاني • وان قال اعتقني فلان او فلان وادعى كل واحد منهما فهذا الاقرار باطل لجهالة المقر له
فان الاقرار للمجهول غير ملزم اياه شيئا فيقر بعد ذلك لايهما شاء او لغيرهما انه مولاه فيجوز ذلك كما لو لم يوجد الاقرار الاول
رجل اقر انه مولى لامراة اعتقته فقالت لم اعتقك ولكنك اسلمت على يدي وواليتني فهو مولاها لانهما تصادقا على ثبوت اصل الولاء
واختلفا في سببه والاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها فليس له ان يتحول عنها في قول ابي حنيفة رحمه الله وله ذلك في قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه انما ثبت عليه بالولاء كانما اقر به حق وفي زعمه ان عليه ولاء عتاقة لها وذلك يمنعه من التحول
واصل المسألة في النسب اذا اقر لانسان فكذبه ثم ادعاه لم يصح في قول ابي حنيفة وهو صحيح في قولهما • وقد بيناه في العتاق فان اقر انه

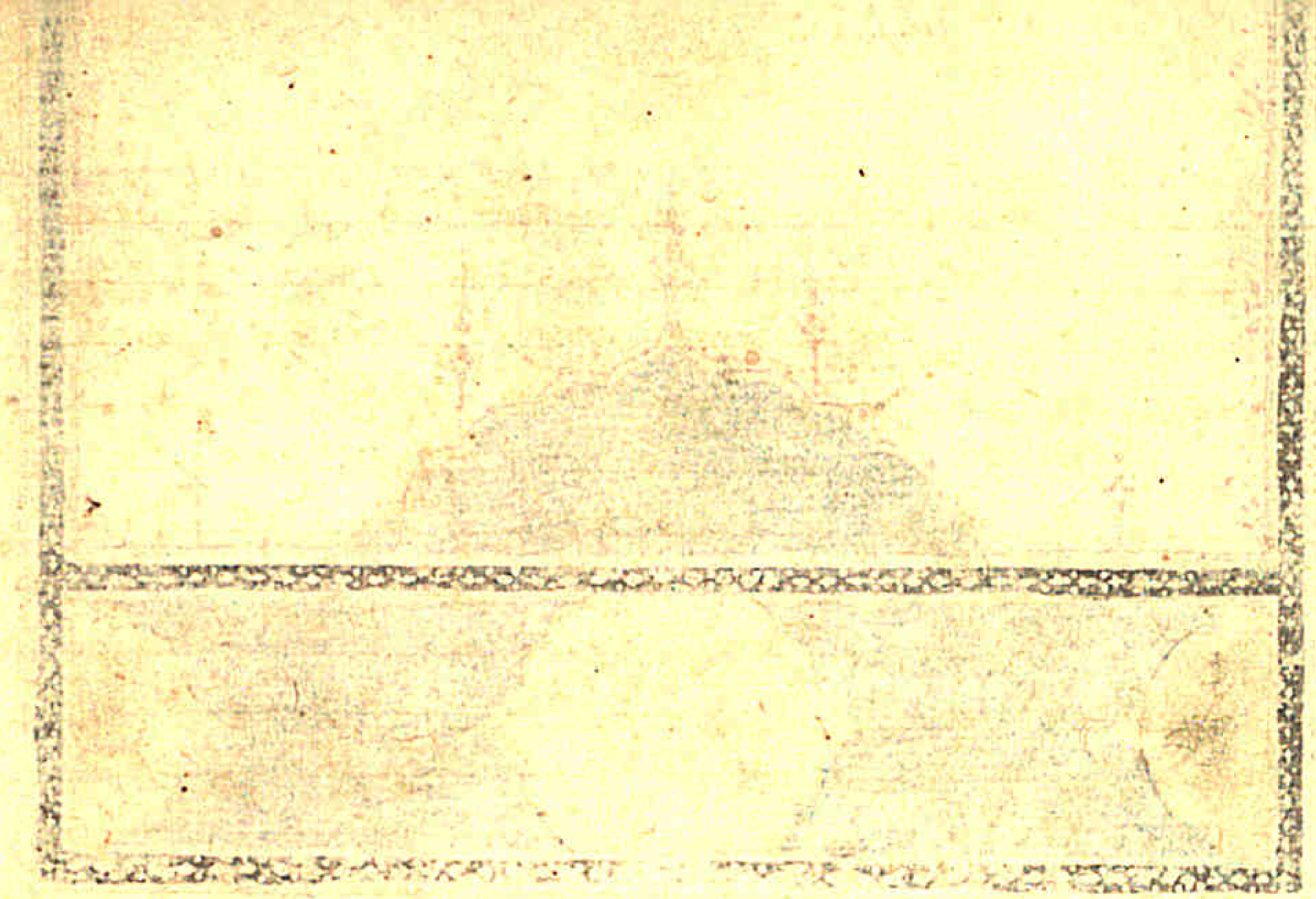
وان اقرّ انه اسلم على يدها وقالت بل اعتقتك فهو مولاها وله ان يتحول عنها ما لم يعقل عنه قومها لان الثابت عند التصديق مقدار ما اقر به المقر وهو انما اقر بولاء الموالاة وذلك لا يمنعه من التحول ما لم يعقل عنه كالجناية • وان اقرّ ان فلانا اعتقه وقال فلان ما اعتقته ولا اعرفك فاقرّ انه مولى لآخر لا يجوز ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله ويجوز في قولهما اعتبارا للولاء بالنسب في نظيره خلاف ظاهر بينهم فكذلك في الولاء • واذا مات رجل فادعى رجلان كل واحد منهما انه اعتقه وصدق بعض اولاده من الذكور والاناث احدهما وصدق الباقون الآخر فكل مولى للذي صدقه لان الاولاد البالغين كل واحد منهم اصل في مباشرة الولاء على نفسه ذكرا كان او انثى فاقرار كل واحد منهما بالولا الذي صدقه صحيح في حق نفسه

باب عتق ما في البطن

رجل قال لامته ما في بطنك حر ثم قال ان حملت فسالم حر فولدت بعد هذا القول لاقل من سنتين فالقول فيه قول المولى لجواز ان يكون الولد موجودا في البطن وقت الايجاب فانما يعتق هذا ولو كان من حمل حادث فانما يعتق سالم • وقد بينا ان العلوق انما يستند الى اقرب الاوقات اذا لم يكن فيه اثبات العتق بالشك • فاما اذا كان فيه اثبات العتق بالشك فانه يعتبر اليقين فان بالشك لا يترك وهنا يتيقنا بحرية احدهما فالبيان الى المولى كما لو قال لعبدين له احدكما حر فان اقر انها كانت حاملا يومئذ فهذا منه اقرار بعتق الولد • وان اقر انه حمل مستقبل عتق سالم لانا تيقنا انه علوق حادث • رجل اوصى بما في بطن امته لرجل فاعتقه الموصى له بعد موته فان عتقه جائز وهو مولاه لان الوصية اخت الميراث فكما ان الجنين يملك بالارث فكذلك بالوصية وعتق الموصى به ملكه نافذ فان ضرب انسان بطنها فالقته ميتا ففيه ما في جنين الحرة وهو ميراث لمولاه الذي اعتقه لان بدل نفس الجنين موروث عنه وابواه مملوكان فكان ميراثا لمولاه • ولو اوصى بما في بطن امته لفلان فاعتقه الموصى له به واعتق الوارث الامة واعتق مولى الزوج زوج الامة فولاء الولد للموصى له لانه مقصود بالعتق من جهته فان ضرب انسان بطنها فالقته ميتا ففيه ما في جنين الحرة ميراثا لابويه لانهما حران عند وجوب بدل نفس الجنين فان كانا اعتقا بعد الضربة قبل ان يسقط او بعد الاسقاط فالغرم للذي اعتق الولد لانا نحكم بموت الجنين عند الضربة • ولهذا اوجب البدل به وعند ذلك كانا مملوكين فلا يرثانه وان اعتقا بعد ذلك بل الميراث للمعتق وانما يستقيم هذا الجواب وهو ان ولاء الجنين للمعتق اذا كان ما في البطن عتق ولدا او كانا سواء • فاما اذا اعتق الوارث الام اولا فان الجنين يعتق بعتق الام ويكون الوارث ضامنا للموصى له قيمة الجنين يوم تلد لا يتصور الاعتاق من جهته في الجنين بعد ذلك ولا يثبت له ولاؤه • واذا اعتق الرجل ما في بطن امته فولدت لستة اشهر فقالت للمولى قد اقررت انى حامل بقولك ما في بطنك حر وقال المولى هذا حبل حادث فالقول قول المولى لانكاره العتق وما تقدم لا يكون اقرارا منه بوجود الولد في البطن يومئذ بل معناه ما في بطنك حر ان كان في بطنك ولدا • ولو اعتق امته وهي معتدة فجات بولد لتمام سنتين من وقت وجوب العدة عليها فهو مولى لقوم الام لانا حكمنا بان العلوق كان سابقا على عتاقه اياها حين اثبتنا نسب الولد من الزوج • فان ولدت ولدين احدهما لتمام سنتين والآخر بعد ذلك بيوم فكذلك ايضا هكذا ذكر في الاصل وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف فاما عند محمد يكون الولد لمولى الاب هنا وكانهما ولدتهما لاكثر من سنتين قال اتبع الشك اليقين وهما يتبعان الثاني للاول • وقد بينا هذا فيما امليناه من شرح الزيادات ولا يمين في الولاء في قول ابي حنيفة ان ادعى الاعلى او الاسفل • وقال ابو يوسف ومحمد فيه اليمين هذا مع نظاير في كتاب النكاح والدعوى ولا خلاف ان المولى اذا جحد العتق فانه يستحلف لان العتق مما يعمل فيه البدل فيجري فيه الاستحلاف وعند نكوله يقضي بالعتق ثم الولاء يبتني عليه وهو نظير المراة تستحلف في انقضاء عدتها ثم اذا نكلت يبتنى عليه صحة رجعة الزوج • وكذلك لو ادعى رجل عربي على ورثة ميت قد ترك ابنة وما لا انه مولاه الذي اعتقه وله نصف ميراثه ولا يمين على الابنة في الولاء ولكنها تحلف انها ما تعلم له في ميراث ابيها حقا ولا ارثا لان هذا استحلاف في المال والمال مما يعمل فيه البدل وهو كمن ادعى ميراثا بنسب لا يستحلف المنكر على النسب عنده ويستحلف على الميراث • واذا ادعى عربي على نبطي انه مولاه وجحد النبطي فلا يمين عليه في قول ابي حنيفة وولاء الموالاة في هذا كولاء العتاقة فان اقر به بعد انكاره فهو مولاه ولا يكون جحوده نقضا للولاء وكذلك لو كان العربي هو الجاحد لان النقض تصرف في العقد الموقع بعد الثبوت والانكار اصل الشيء لا يكون نقضا فامنه بالرفع كانكار الزوج لاصل النكاح وان ادعى نبطي على عربي انه مولاه الذي اعتقه والعربي غايب ثم ادعى النبطي ذلك على آخر واراد استحلافه فانه لا يحلف لوجهين احدهما ان ابا حنيفة لا يرى الاستحلاف في الولاء والثاني انه قد ادعى على غيره • ولو اقر الثاني له بذلك لم يكن مولاه في قول ابي حنيفة فكيف يستحلف على ذلك • وعندهما ان قدم الغايب فادعى الولاء فهو احق به وان انكر فهو مولى للثاني • رجل من الموالي قتل رجلا خطأ فادعى ورثته على رجل من قبيلته انه اعتقه واراد استحلافه فليس لهم ذلك لا يمين في الولاء ولانه لا يستحلف لهم وان اقر الرجل انه اعتقه لم يصدق على العاقلة لانه متهم

في حق العاقلة وانما يريد ان يلزمهم مالا باقراره وهو لا يملك ان يلزمهم ذلك بانشاء التصرف في هذه الحالة فكذلك بالاقرار وتكون الدية على القاتل في ماله لان اصل وجوب الدية على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة ومن لا يعرف له عاقلة تبقى الدية عليه في ماله لان اصل وجوب الدية على القاتل ثم يتحمل عنه وان كان المقتول هو المولى فادعى رجل انه اعتقه قبل القتل وانه لا وارث له غيره واراد استحلاف القاتل على الولاء وهو مقر بالقتل لم يستحلف عليه ولكن يستحلف ما تعلم هذا في ذمة فلان المسمى عليك حقا لانه لو اقر بما ادعاه المدعي امر بتسليم الدية اليه فان انكر يستحلف على ذلك لرجاء نكوله • فاما اصل الولاء فلا يمين عليه على من يدعيه فكيف على غيره وولد الملاعنة من قوم امه وعقل جنايته عليهم لانه لا نسب له ولا ولاء من جانب الاب فيكون منسوبا الى قوم الام بالنسب ان كانت من العرب وبالولاء ان كانت من الموالي فان اعتق ابن الملاعنة عبدا فعقل جنايته على عاقلة الام ايضا لان المعتق منسوب بالولاء الى من ينسب اليه المعتق بواسطة • وقد بينا ان المعتق منسوب الى قوم امه عليهم عقل جنايته فكذلك معتقه • وان مات العبد بعد موت الام ولا وارث له ورثه اقرب الناس من الام من العصبات لان الولد لما كان منسوبا اليها كانت هي في حقه كالاب ولو كان له اب كان ميراث معتقه لاقرب عصبة الاب بعد موته فكذلك هنا • ولو كان لها ابن ثم مات المولى ولا وارث له غير ابن الام وهو اخو المعتق لامه وابنه لان هذا الابن اقرب عصبة الام ولان الام في نسبه فانه يرث المولى كانه اخ المعتق لابيه وامه المعتق اليها كالاب فكذلك ابنها في استحقاق ميراث المعتق كابن الاب • ولو كان للمعتق اخ واخت كان ميراث المولى للاخ دون الاخت لهذين المعنيين ولو لم يكن له وارث غير امه لم يكن لها شيء من الميراث لما بينا انه لا يرث النساء بالولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن وكان الميراث لاقرب الناس منها من العصبات لانها لم ترث شيئا كانت كالميتة فان ادعاه الاب وهو حي ثبت نسبه منه لان النسب قد انتفى باللعان بعدما كان ثابتا منه بالفراش ويبقى موقوفا على حقه فاذا ادعاه في حال قيام حاجته يثبت نسبه منه ويرجع موالية العتاقة والموالاة اليه ويرجع عاقلة الام بما عقلوا عنهم على عاقلة الاب لما بينا ان النسب ثابت من وقت العلوق فتبين ان عاقلة الام ادوا ما كان مستحقا على عاقلة الاب وكانوا متبرعين في هذا الاداء بل كانوا مجبرين عليه في الحكم فيرجعون عليهم • وقد بينا الفرق بين هذا وبين ما اذا عتق الاب ولا الولد بعدما عقل عنه مولى الام وانما يرجعون على عاقلة الاب لما بينا ان النسب ثابت من وقت العلوق فتبين ان عاقلتهم ادوا ما كان مستحقا على عاقلة الاب • وان كان الابن ميتا لم تجز دعوة الاب الا ان يكون قد بقي له ولد لانه بالموت استغنى عن النسب فدعوى الاب لا يكون اقرارا بالنسب بل يكون دعوى للميراث وهو في ذلك مناقض فان خلف الولد ابنا فحاجة ابن الابن كحاجة الابن في تصحيح دعوة الاب • ولو كان ولد الملاعنة ابنة فمات وترك ولدا ثم ادعاه الاب جازت دعوته في قول ابي يوسف ومحمد لان موتها عن ولد كموت ابن الملاعنة عن ولد • وهذا لان ولد الابنة يحتاج الى النسب الى امه ليصير كريم الطرفين وفي قول ابي حنيفة لم تجز دعوته لان نسبة هذا الولد الى ابيه دون امه فان الولد من قوم ابيه • الا ترى ان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنه كان من قريش وان اولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة فلا معتبر بوجود هذا الولد لما لم يكن منسوبا اليها فلهذا لا تصح دعوة الاب • فان كان ولد الملاعنة اعتق عبدا ثم مات لا عن ولد فادعى الاب نسبه لم يصدق باعتبار بقاء مولاه لان الولاء اثر الملك ولو بقي له اصل الملك على العبد لم يصدق في الدعوة باعتبار بقاء الولاء اولى لانه انما يعتبر بقاء من يصير منسوبا اليه بالنسب اذا صحت دعوته والمولى لا يصير منسوبا اليه واذا ادعى بولدين توأم ثم اعتق احدهما عبدا ومات فادعى الاب الحي منهما يثبت نسبهما لانهما خلقا من ماء واحد فيما احدهما محتاجا الى النسب كانا محتاجين واذا اثبت نسب الحي من الاب ولا معتق الميت منهما الى نفسه كما لو كان ثابت النسب منه حين اعتقه • انتهى شرح كتاب الولاء بطريق الاملاء • من الممتحن بانواع البلاء • نسأل الله تبديل البلاء والجلاء • بالعز والعلاء فان ذلك عليه يسير • وهو على ما يشاء قدير • تم الجزء الاول بحمد الله وعونه ويليه في الجزء الثاني كتاب الايمان

372



بسم الله الرحمن الرحيم قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة رضي الله عنه اليمين في اللغة القوة ومنه قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال القايل

رايت عرابة الاوسي تسموا ... الى الخيرات منقطع القرين

اذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

فيما يستعمل بالعهود والتوثيق والقوة تسمى يمينا وقيل اليمين الجارحة فلما كانت تستعمل بذلها في العهود سمي ما يوكد به العقد باسمها وهي نوعان نوع تعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفي الشرع هذا النوع من اليمين لا يكون الا بالله فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال والنوع الاخر الشرط والجزا وهو يمين عند الفقها لما فيها من معنى اليمين وهو المنع او الايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم ثم بدا بالكتاب ببيان النوع الاول فقال الايمان ثلث وهذا اللفظ على النحو الذي ذكره محمد رحمه الله يروي عن رجلين من الصحابة ابي مالك الغفاري وكعب بن مالك ولم يرد عدد الايمان فان ذلك اكثر من ان يحصى وانما اراد اليمين بالله تعالى تنقسم في احكامها ثلثة اقسام يمين تكفر ويمين لا تكفر ويمين نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها فاما اليمين الذي يكفر فهو اليمين على امر في المستقبل لايجاد فعل او نفي فعل وهذا عقد مشروع امر الله تعالى به في بيعة نصرة الحق ودفع المظالم والخصومات وهي في وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها يجب اتمام البر فيها وهو ان يعقد على فعل طاعة امر به او الامتناع عن معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة ونوع لا يجوز وهو ان يحلف على ترك طاعة او فعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصي الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين البر والحنث والحنث خير من البر فيندب فيه الى الحنث لقوله عليه السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر وادنى درجات الامر الندب ونوع يستوي فيه البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بالبر بعد وجودها فعرفنا ان المراد حفظ البر ومن حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة كما قال الله تعالى فكفارته اطعام عشرة ويتخير بين الطعام والكسوة والاعتاق للتنصيص على حرف او لان البداية بالاخف والختم بالاغلظ اشارة الى ذلك لانها لو كانت مرتبة كانت البداية بالاغلظ والتي لا يكفر اليمين الغموس وهي المعقودة على امر في الماضي او الحال كاذبة متعمدا صاحبها ذلك وهذه ليست بيمين حقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة لاستعمال صورة اليمين كما سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة لاستعمال صورة البيع ثم لا ينعقد هذه اليمين فيما هو حكمه في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعي تنعقد موجبة الكفارة فمن اصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها العقد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجا الصدق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوت البر والخبر الذي يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن

يواخذكم

يواخذكم بما كسبت قلوبكم فالله اثبت المواخذة في اليمين المكسوبة واليمين الغموس بهذه الصفة لانها بالقلب مقصودة ثم فسر هذه المواخذة بالكفارة في قوله تعالى بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم والعقد هو القصد ومنه سميت النية عقيدة واوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفا للوصل وقال في اخر الاية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما يتصور وحفظ البر وحفظ اليمين يذكر لمعنى الامتناع وقال القايل

قليل الالايا حافظ ليمينه ... وان بدرت منه الالية برت

ولان قوله خالف فعله في يمين بالله مقصودة فيلزمه الكفارة كما في المعقودة على امر في المستقبل واقرب ما يقيسون عليه اذا حلف ليمسن السما او ليحولن هذا الحجر ذهبا وهذا لان وجوب الكفارة في المعقودة على امر في المستقبل لمعنى الحظر ولهذا سميت كفارة اي ستارة وهذا الحظر من حيث الاستشهاد بالله تعالى كاذبا وذلك بعينه موجود في الغموس ولان الغموس انما يخالف المعقودة على امر في المستقبل في توهم البر والبر مانع من الكفارة وانعدام ما يمنع الكفارة يحقق معنى الكفارة فيها ولان في احد نوعي اليمين وهو الشرط والجزا يستوي بين الماضي والمستقبل في موجبه فكذلك في النوع الاخر وحجتنا في ذلك قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الاية فقد بين جزا اليمين الغموس بالوعيد في الاخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها ولان الكفارة لو وجبت انما تجب لرفع هذا الوعيد المنصوص وذلك لا يقول به احد وقال عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيهن وذكر منها اليمين الفاجرة يقتطع بها مال امري مسلم وقال اليمين الغموس تدع الديار بلاقع اي خالية من اهلها وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا نعد اليمين الغموس من التي لا كفارة فيها والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين في الحظر او الايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال الخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولا قا ربها ما يحلها لانها عقدت على فعل في المستقبل ولو طرى عليها ما يفسدها فاذا قاربها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السما ونحوه فان لم يقارنها ما يحلها لانها عقدت على فعل في المستقبل فما يحلها انعدام الفعل في المستقبل فما يحلها انعدام الفعل في المستقبل ولهذا يتوقت تلك اليمين بالتوقيت ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشروعات تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الا جزا اشبه العبادات فينبغي ان يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر في المستقبل لانها باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى باليمين مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فاما الغموس محظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا يجب في المعقود على امر في المستقبل بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قايم فاذا حنث فقد فات الاصل فيجب الكفارة ليكون خلفا ويصير باعتبارها كانه تم على بره وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصدق فانه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا عنه وفي مس السما هكذا لان السما عينه ممسوسة فلتصور البر انعقدت اليمين ثم لفواته بالعجز من حيث العادة تلزمه الكفارة في الحال خلفا عن البر فاما فيما نحن فيه لا يتصور البر فلا ينعقد موجبا لما هو الاصل فلا يمكن ان يجعل موجبا للخلف لانه حينيذ لا يكون خلفا بل يكون واجبا ابتدا ولا يمكن جعل الكفارة واجبة لليمين ابتدا لانها حينيذ لا تكون كبيرة بل يكون سبب التزام القربة ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم ومن اسباب الوجوب ما هو مضمر في الكتاب لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فافطر فعدة من ايام اخر ثم ان الله تعالى اوجب الكفارة بعد عقد اليمين بقوله بما عقدتم الايمان والقراة بالتشديد لا يتناول الا المعقودة وكذلك بالتخفيف لانه يقال عقدته فانعقد كما يقال كسرته فانكسر وانما يتصور الانعقاد فيما يتصور فيه الحل لانه ضده قال القايل

ولقلب المحب حل وعقد

ولا يتصور ذلك في الماضي والمراد بقوله بما كسبت قلوبكم المواخذة بالوعيد في الاخرة لان دار الجزا في الاخرة فاما في الدنيا قد يواخذ المطيع ابتلا وينعم على العاصي استدراجا والمواخذة المطلقة محمولة على المواخذة في الاخرة ويفصل الشرط والجزا ليستدل على ما قلنا فانه اذا اضيف الى الماضي لا يكون يمينا واليه يشير في الكتاب ويقول امر الغموس امر عظيم والباس فيه

شديد معناه ان ما يلحقه من المأثم فيه اعظم من ان يرتفع بالكفارة والنوع الثالث يمين اللغو فيبقى المواخذة بها منصوص
في القران قال الله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم واختلف العلما في صورتها فعندنا صورتها ان يحلف على امر في الماضي
او في الحال وهو يرى انه حق ثم ظهر بخلافه وهو مروي عن زرارة بن ابي اوفى وعن ابن عباس رضي الله عنه في احدى الروايتين
وعن محمد رحمه الله قال هو قول الرجل في كلامه لا والله بلى والله وهو قريب من قول الشافعي رحمه الله فان عنده اللغو ما يجري على
اللسان من غير قصد في الماضي كان او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس قال اليمين اللغو يمين الغضب وروي
عن عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال في تفسير اللغو قول الرجل لا والله بلى والله وهو قول عايشة رضي الله عنها ولنا
عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفايدة والخبر الماضي خال عن فايدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا فاما
الخبر في المستقبل عدم القصد لا ينعدم فايدة اليمين على ما قررنا وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في اليمين سوا ولما اخذ
المشركون حذيفة بن اليمان واستحلفوه ان لا ينصر محمدا عليه السلام اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال عليه السلام
اوف لهم بعهودهم ونحن نستعين بالله عليهم والمكره غير قاصد ومع ذلك امره بالوفا به فدل ان عدم القصد لا يمنع انعقاد
اليمين ممن هو اهله وتاويل قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان رفع الاثم ومن السلف من قال اللغو اليمين المكفرة وهذا
باطل فان الله تعالى عطف اليمين التي فيها الكفارة على اللغو والشي لا يعطف على نفسه ومنهم من يقول يمين اللغو اليمين على المعصية
وقال بعضهم لا كفارة فيها وقال بعضهم هي محيطة بالكفارة اي لا مواخذة فيما بعد الكفارة وهذا ايضا فاسد فان كون الفعل
معصية لا يمنع عقد اليمين عليه ولا يخرجه عن كونه سببا للكفارة كالظهار فانه منكر من القول وزور ثم كان موجبا للكفارة
عند العود وهذا النوع لا يتحقق الا في اليمين بالله تعالى فاما في الشرط والجزا لا يتحقق اللغو هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
لان عدم القصد لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق فان قيل فما معنى تعليق محمد رحمه الله نفي المواخذة في هذا النوع بالرجا بقوله
نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن
صورة تلك اليمين مختلف فيها فانما علق بالرجا نفي المواخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص مع انه لم يرد
بهذا اللفظ التعليق بالرجا انما اراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى كما روي ان النبي عليه السلام كان اذا مر بالمقابر
قال عليكم السلام دار قوم مومنين وانا ان شا الله بكم لاحقون وما ذكر الاستثنا لمعنى الشك فانه كان متيقنا بالموت وقد قال الله
تعالى انك ميت وانهم ميتون ولكن معنى ذكر الاستثنا ما ذكرنا واذا حلف ليفعلن كذا ولم يوقت لذلك وقتا فهو على يمينه حتى
يهلك وذلك الشي الذي حلف عليه فتلزمه الكفارة حينيذ واعلم ان اليمين ثلثة انواع موبدة لفظا ومعنى بان يقول والله لا افعل
كذا ابدا او يقول لا افعل مطلقا والمطلق فيما يتابد يقتضي التابيد كالبيع وموقته لفظا ومعنى بان يقول لا افعل كذا اليوم او لا افعل
كذا اليوم فيتوقت اليمين بذلك الوقت لان توجه الحظر او الايجاب وذلك يحتمل التوقيت فيتوقت بتوقيته وموبد لفظا موقت معنى
يمين الفور اذا قال تعال تغد معي فقال والله لا اتغدى يتوقت يمينه بذلك الغدا المدعو اليه وهذا النوع من اليمين سبق به
ابو حنيفة رحمه الله ولم يسبق به واخذ من حديث جابر بن عبد الله وابنه حيث دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه
بعد ذلك ولم يحنثا وبناه على ما عرف من مقصود الحالف وهو الاصل في الشرع ان يبنى الكلام على ما هو معلوم من مقصود المتكلم
قال الله تعالى واستفزز من استطعت منهم بصوتك والمراد الامكان والاقدار لاستحالة الامر بالشرك والمعصية من الله تعالى
ثم الكفارة لا تجب الا بعد فوات البر في اليمين المطلقة وانما يفوت البر بهلاك ذلك الشي الذي حلف عليه او يموت الحالف واما
في اليمين الموقتة فوات البر بمضي الوقت مع بقا ذلك الشي الذي حلف عليه ومع بقا الحالف واما اذا كان الحالف قد مات قبل
مضي ذلك الوقت لا تجب الكفارة واذا هلك ذلك الشي ففيه خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله بينته في
موضعه ان شا الله تعالى واذا قال ورحمة الله لا افعل كذا او غضب الله وسخط الله وعذاب الله وثوابه ورضاه وعلمه لا يكون
يمينا والحاصل ان نقول اليمين اما ان يكون باسم من اسما الله تعالى او بصفة من صفاته وذلك يبنى على حروف القسم فلا بد من
معرفتها الا فيقول حروف القسم البا والواو والتا اما البا فهي للالصاق في الاصل وهي تدل على فعل محذوف فمعنى قوله
بالله اي احلف بالله قال الله تعالى يحلفون بالله واقسم بالله قال واقسموا بالله ولهذا يصح اقترانها بالكناية فيقول القايل به وبك ثم
الواو وتستعار للقسم بمعنى البا لما بينهما من المشابهة صورة ومعنى اما الصورة فلان مخرج كل واحد منهما بضم الشفتين واما
المعنى فلان الواو للعطف وفي العطف معنى الالصاق الا انه لا يستقيم اظهار الفعل مع حرف الواو بان يقول احلف والله لا

الاستعاره

الاستعارة لتوسعة صلات الاسم لا لمعنى الالصاق فاذا استعمل مع اظهار الفعل يكون لمعنى الالصاق ولهذا لا يستقيم حرف
الواو مع حرف الكناية وانما يستقيم مع التصريح بالاسم سوا ذكر اسم الله تعالى او غير اسم الله فيقول وابيك وابي ثم التا تستعار
لمعنى الواو لما بينهما من المشابهة فانهما من حروف الزوايد تستعمل العرب احداهما بمعنى الاخرى كقولهم تورات وورات ولكن
هذه الاستعارة لتوسعة صلة القسم بالله تعالى خاصة ولهذا لا يستقيم ذكر التا الا مع التصريح بالله حتى لا يقال تالرحمن
وانما يقال تالله خاصة قال الله تعالى تالله لقد اثرك الله علينا تالله لاكيدن اصنامكم ثم الحلف باسما الله يمين في الصحيح من الجواب
ومن اصحابنا من يقول كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كقوله والله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعالم
فان اراد به اليمين فهو يمين وان لم يرد به اليمين لا يكون يمينا وكان بشر المريسي يقول في قوله والرحمن ان اراد به اسم الله فهو
يمين وان اراد به سورة الرحمن لا يكون يمينا لانه حلف بالقران وقد بينا في كتاب الطلاق ان قوله والقران لا يكون يمينا
ولكن الاول اصح لان تصحيح كلام المتكلم واجب ما امكن ومطلق الكلام محمول على ما يفيد دون ما لا يفيد وذلك في ان يجعل
يمينا ويستوي ان يقال والله او بالله او تالله فكذلك ان قال الله لان من عادة العرب حذف بعض الحروف والايجاز قال القايل

قلت لها قفي فقالت قاف

اي وقفت الا ان عند نحويي البصرة حذف حرف القسم يذكر منصوبا لانتزاع حرف الخافض منه وعند نحويين الكوفة يذكر محفوضا
ليكون كسر الها دليلا على محذوفه وكذلك لو قال لله لان معناه بالله فان البا واللام يتقاربان قال الله تعالى امنتم له وامنتم به وقال
ابن عباس رضي الله عنه دخل ادم الجنة لله ما غربت الشمس حتى خرج وذكر القفال في تفسيره اذا قال له وعنى به اليمين يكون يمينا

واستدل بقول القايل
هل من عدته كرميه على هوان كادت من يقولها

معناه انك ولو قال وايم الله فهو يمين قال محمد رحمه الله ومعناه ايمن فهو جمع اليمين وهذا مذهب نحويين الكوفة واما البصريون
يقولون معناه والله وايم صلة كقولهم صه ومه وما شاكله وكذلك لو قال لعمر والله فهو يمين باعتبار النص قال الله تعالى لعمرك
وعمرو وهو البقا والبقا من صفات الذات فكانه قال والله الباقي واما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون الحلف
بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبريا يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يمينا
وقالوا صفات الذات ما لا يجوز ان يوصف بضده كالقدرة وصفات الفعل ما لا يجوز ان يوصف بضده يقال رحم فلان ولم
يرحم فلانا وغضب على فلان ورضي عن فلان قالوا وعلى هذا ينبغي في القياس في قوله وعلم الله ان يكون يمينا لانه من صفات
الذات فانه لا يوصف بضد العلم ولكنهم تركوا هذا القياس لان العلم يذكر بمعنى المعلوم كقول الرجل في دعايه اللهم اغفر
لنا علمك فينا اي معلومك ويقال علم ابو حنيفة اي معلومه والمعلوم غير الله فان قيل وقد يقال ايضا انظر الى قدرة الله والمراد
المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين قلنا معنى قوله انظر الى قدرة الله اي الى اثر قدرة الله ولكن يحذف المضاف ويقام المضاف اليه
مقامه فان القدرة لا تعاين ولكن هذا الطريق غير مرضي عنه فانهم يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات
الفعل غير الله تعالى والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل
في حكم اليمين ومنهم من يعلل فيقول رحمة الله الجنة قال الله تعالى ففي رحمة الله هم فيها خالدون واذا كانت الرحمة بمعنى الجنة فالغضب
والسخط بمعنى النار فيكون حلفا بغير الله تعالى وهذا غير مرضي ايضا عندنا فان الرحمة والغضب عندنا من صفة الله تعالى
والاصح ان نقول الايمان مبنية على العرف والعادة فيما يتعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لم يتعارفوا الحلف به لا يكون
يمينا والحلف بقدرة الله وكبريايه وعظمته متعارف فيما بين الناس ورحمته وغضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل قوله وعلم
الله يمينا ولهذا قال محمد رحمه الله في قوله وامانة الله انه يمين ثم لما سيل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بامانة
الله عادة فجعله يمينا وذكر الطحاوي ان قوله وامانة الله لا يكون يمينا لانه عبادة من العبادات والطاعات لكن امر الله بها وهي
غير الله تعالى وجه رواية الاصل انه تتعذر الاشارة الى شي بعينه على الخصوص انه امانة الله والحلف به متعارف وعلمنا انهم يريدون
به الصفة فكانه قال والله الامين فان قال ووجه الله روي عن ابي يوسف انه يمين لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى
ويبقى وجه ربك قال الحسن هو هو وعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو من ايمان السفلة يعني الجهلة الذين يذكرونه بمعنى
الجارحة وهذا دليل على انه لم يجعله يمينا ولو قال وحق الله فهو يمين في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
رحمه الله وفي الرواية الاخرى لا يكون يمينا لان حق الله على عباده الطاعات كما فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله

لمعاد اتدري ما حق الله على عباده ان يعبدوه ولا يشركوا به والحلف بالطاعات لا يكون يمينا وجه قولنا ان معنى وحق الله والله
الحق والحق من صفات الله قال الله تعالى ذلك بان الله هو الحق ولا خلاف انه لو قال والحق لا افعل كذا انه يمين كقوله والله قال الله
تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم ولو قال حقا لا يكون يمينا لان التنكير في لفظه دليل على انه لم يرد به اسم الله وانما اراد به تحقيق الوعد
معناه افعل هذا لا محالة فلا يكون يمينا قال الشيخ الامام رحمه الله وقد بينا في باب الاملاء من كتاب الطلاق الفاظ القسم ما اتفقوا
عليه وما فيه اختلافهم كقوله هو يهودي او نصراني او مجوسي وما روي عن محمد رحمه الله انه قال اذا قال هو يهودي ان فعل
كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من
الكلامين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني الكلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة ولو حلف على امر في الماضي بهذا اللفظ فان
كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فكان محمد بن مقاتل يقول يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والموجود
والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو كافر وعن ابي يوسف انه لا يكفر اعتبارا للماضي بالمستقبل ففي المستقبل هذا اللفظ يمين
يكفرها كاليمين بالله ففي الماضي بمنزلة الغموس ايضا والاصح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل
وان كان جاهلا عنده انه يكفر بالحلف يصير كافرا في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به صار راضيا
بالكفر ومن هذا الجنس تحريم الحلال فانه يمين يوجب الكفارة عندنا وقال الشافعي لا يكون يمينا الا في النساء والجواري لان تحريم
الحلال قلب الشريعة واليمين عقد شرعي فكيف ينعقد بلفظ هو قلب الشريعة ولانه ليس في هذا تعظيم المقسم به ولا معنى
الشرط والجزاء من حيث انه بوجود الشرط لا يثبت غير ما علق به الجزاء واليمين يتنوع بهذين النوعين وحجتنا في ذلك قوله تعالى
قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم قيل ان النبي عليه السلام حرم العسل على نفسه وقيل حرم مارية على نفسه فعمل بها ولم يثبت بهذه
الاية ان التحريم المضاف الى الجواري يكون يمينا فلذلك التحريم المضاف الى سائر المباحات كقوله والله فكما ان هناك عند وجود
الشرط لا يثبت ما علق به من التحريم فكذلك في الجواري ثم معنى اليمين في هذا اللفظ يتحقق بالقصد الى المنع والايجاب لان
المؤمن يكون ممتنعا من تحريم الحلال واذا جعل ذلك بيمينه علامة فعله عرفنا انه عرف قصد منع نفسه عن ذلك الفعل كما في
قوله والله لانه ثبت ان الانسان يكون ممتنعا من تحريم الحلال اسم الله تعالى كان يمينا وعلى هذا القول في قوله هو كافر ان فعل
كذا كان يمينا لان حرمة الكفر حرمة تامة مصمتة كهتك حرمة اسم الله تعالى فاذا جعل فعله علامة لذلك كان يمينا فاما اذا
قال هو ياكل الميتة او يستحلها او الدم او لحم الخنزير ان فعل كذا فهذا لا يكون يمينا لان هذه الحرمة ليست حرمة تامة مصمتة حتى
انه ينكشف بها عند الضرورة وكذلك قوله يترك الصلوة والزكوة ان فعل كذا لان ذلك يجوز عند تحقق الضرورة والعجز فلم
يكن في معنى اليمين من كل وجه ولو الحق به باعتبار بعض الاوصاف لكان قياسا ولا مدخل للقياس في هذا الباب وكذلك لو
حلف بحد من حدود الله او بشيء من شرائع الاسلام لم يكن حالفا بغير الله ولان الحلف بهذه الاشياء غير متعارف وقد بينا ان
العرف معتبر في اليمين ولو قال عليه لعنة الله او غضب الله او امانة الله او عذبه بالنار او حرم عليه الجنة ان فعل كذا فشيء من هذا
لا يكون يمينا انما هو دعا على نفسه قال الله تعالى ويدع الانسان بالشر دعاءه بالخير ولان الحلف بهذه الالفاظ غير متعارف
وسئل محمد رحمه الله عمن يقول وسلطان الله لا افعل كذا فقال لا ادري ما هذا من حلف بهذا فقد اشار الى عدم العرف والصحيح
من الجواب في هذا الفصل انه اذا اراد بالسلطان القدرة فهو يمين لقوله وقدرة الله ولو جعل عليه حجة او عمرة او صوما
او صلاة او صدقة او ما اشبه ذلك بما هو طاعة ان فعل كذا ففعل لزمه ذلك الذي جعله على نفسه ولم تجب كفارة اليمين
فيه في ظاهر الرواية عندنا وقد روي عن محمد رحمه الله قال ان علق النذر بشرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي او رد
غائبي لا يخرج عنه بالكفارة وان علق بشرط لا يريد كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين عين ما التزمه وهو
قول الشافعي رحمه الله في الجديد وقد كان يقول في القديم يتعين عليه كفارة العتق وروي ان ابا حنيفة رحمه الله رجع الى التخيير
ايضا فان عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرات كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة
رحمه الله فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف من رايي ان ارجع فلما رجعت من الحج ابو حنيفة رحمه الله قد توفي فاخبرني
الوليد ابن ابان انه رجع عنه قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد رحمه الله قال رضي الله
عنه هو اختياري ايضا لكثرة البلوى في زماننا وكان من مذهب عمر وعائشة رضي الله عنهما انه يخرج منه بالكفارة ومن
مذهب عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم انه لا يخرج عنه بالكفارة حتى كان ابن عمر يقول

لا اعرف

لا اعرف في النذر الا الوفاء واما وجه قوله الاول قوله عليه السلام من نذر نذرا وسمى فعليه الوفاء بما سمى ومن نذر نذرا
ولم يسمه فعليه كفارة يمين والمعنى فيه انه علق بالشرط ما يصح التزامه في الذمة فعند التزامه بالشرط يكون كالمنجز ولو نجز
النذر لم يخرج عنه بالكفارة الا ترى ان الطلاق المعلق بالشرط يجعل عند وجود الشرط كالمنجز فهذا مثله وتحقيق هذا
وهو ان معنى اليمين لا يوجد هنا لانه ليس فيه تعظيم المقسم به لانه جعل دخول الدار علامة التزام الصوم والصلاة وفي
الالتزام معنى القربة والمسلم لا يكون ممتنعا من التزام القربة يوضحه ان الكفارة تجب بمعنى الحظر لانها ستارة للذنب
ومعنى الحظر لا يوجد هنا وفي القول بالخيار له تخيير بين القليل والكثير في جنس واحد حتى اذا قال ان دخلت الدار فعلي طعام
الف مسكين فمن يقول بالخيار يخيره بين اطعام عشرة مساكين وبين اطعام الف مسكين فاذا قال المعسر ان دخلت الدار فعلي
صوم سنة يخيره بين صوم سنة وبين صوم ثلثة ايام والتخيير بين القليل والكثير في جنس واحد غير مفيد شرعا فلا يجوز ان
يكون حكما شرعا ووجه قوله الاخر قوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين فيحمل هذا على النذر المعلق بالشرط
وما رووه على النذر المرسل والمعلق بما يريد كونه ليكون جمعا بين الاخبار والمعنى فيه ان كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين
جميعا اما معنى النذر ظاهر واما معنى اليمين فلانه قصد بيمينه هذا منع نفسه عن ايجاد الشرط لان الانسان يمتنع من
من التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة ان لا يفي بها فيلحقه الوعيد الذي ذكره الله في قوله ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها
عليهم الى قوله وكثير منهم فاسقون فاذا جعل دخول الدار علامة التزام ما يكون ممتنعا من التزامه يكون يمينا وكذلك من
حيث العرف تسمى يمينا يقال حلف بالنذر فلوجود اسم اليمين ومعناها قلنا يخرج بالكفارة ولوجود معنى النذر قلنا يخرج
عنه بعين ما التزمه بخلاف النذر المرسل فاسم اليمين ومعناها غير موجود فيه وكذلك المعلق بشرط يريد كونه لان معنى اليمين
غير موجود فيه وهو القصد الى المنع بل قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا يقرر هذا ان معنى الحظر يتحقق هنا لان
الالتزام بالنذر قربة بشرط ان يفي بما وعد فاما بدون الوفا يكون معصية قال الله تعالى لم تقولون ما لا تفعلون وقال
ومنهم من عاهد الله لئن اتانا من فضله لنصدقن ولنكونن الاية ولا ندري انه هل يفي بهذا او لا يفي فيكون مترددا بين الحظر
والاباحة بمنزلة اليمين بالله تعالى فيصلح سببا لوجوب الكفارة فان قيل هذا في النذر المرسل موجود قلنا نعم ولكن
لا بد من اعتبار اسم اليمين لايجاب الكفارة ولانها تسمى كفارة اليمين واسم اليمين لا يوجد في النذر المرسل ومنهم من يقول
هو يمين تتوقف موجبها على تنفيذ من جهته بل بوجود الشرط يقع الطلاق والعتاق وذلك غير مشروع وهنا لو شرعت
الكفارة كانت مشروعة خلفا عن البر ليصير كانه تم على بره وذلك مشروع فانه لو تم على بره لا يلزمه شيء والتخيير بين القليل
والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن له مولاه باداء الجمعة يتخير بين اداء الجمعة ركعتين
وبين الظهر اربعا فهذا مثله وكذلك اذا حلف بالمشي الى بيت الله ان افعل كذا ففعل ذلك الفعل لم يلزمه شيء في القياس لانه انما
يجب بالنذر ما يكون من جنسه واجب شرعا والمشي الى بيت الله ليس بواجب شرعا ولانه لا يلزمه غير ما التزمه وهو المشي
فلان لا يلزمه شيء اخر اولى وهو الحج والعمرة وفي الاستحسان يلزمه حجة او عمرة وهكذا روي عن علي رضي الله عنه ولان
في عرف يذكر هذا اللفظ بمعنى التزام الحج والعمرة وفي النذور والايمان يعتبر العرف فجعلنا هذا عبارة عن التزام
حجة وعمرة مجازا لان المقصود بالكلام استعمال الناس لاظهار ما في باطنهم فاذا صار اللفظ في شيء مستعمل مجازا يجعل كالحقيقة
في ذلك الشيء ثم يتخير بين الحج والعمرة لانهما النسكان المتعلقان بالبيت لا يتوصل الى اولهما الا بالاحرام والا بالذهاب الى
ذلك الموضع ثم يتخير ان شاء مشى وان شاء ركب واراق دما لحديث عقبة بن عامر انه قال يا رسول الله ان اختي نذرت الحج
ماشية فقال عليه السلام ان الله غني عن تعذيب اختك مرها فلتركب ولترق دما ولان النسك بصفة المشي يكون
اتم على ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه بعدما كف بصره كان يقول لا اتاسف على شيء كتاسفي على ان لا احج
ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة قال ياتوك رجالا وعلى كل ضامر فاذا ركب فقد ادخل فيه نقصا ونقايص النسك تجبر بالدم
وان اختار المشي فالصحيح من الجواب انه يمشي من بيته الى ان يفرغ من افعال الحج وما سواه فيه من الكلام قد بيناه في المناسك
انه ثمان فصول في ثلث يلزمه بلا خلاف وهو المشي الى بيت الله تعالى او الكعبة او مكة وفي ثلث لا يلزمه شيء بالاتفاق وهو اذا نذر
بالذهاب الى مكة او السفر الى مكة او الركوب وفي فصلين خلاف وهو ما اذا نذر بالمشي الى الحرم او الى المسجد الحرام كان ابو حنيفة
رحمه الله يا خذ فيهما بالقياس وهما بالاستحسان ولو حلف بالمشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام

لم يلزمه شيء لأن المنوي من محتملات لفظه فالمساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى انها تحرزت عن حقوق العباد فصارت معدة لاقامة
الطاعات فيها لله تعالى فاذا عملت نيته صار المنوي كالملفوظ به وسائر المساجد يتوصل اليها بغير احرام فلا يلزمه بالتزام المشي
اليها شيء ومسجد بيت المقدس ومسجد المدينة في ذلك سواء عندنا بخلاف المسجد الحرام فانه لا يتوصل اليها الا بالاحرام والملتزم
بالاحرام يلزمه احد النسكين المختص اداؤهما بالاحرام وهو الحج او العمرة اذا قال انا احرم ان فعلت كذا او انا محرم او اهدي
او امشي الى البيت وهو يريد ان يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئا فليس عليه شيء لان ظاهر كلامه وعد فانه يخبر عن فعل
يفعله في المستقبل فالوعد فيه غير ملزم وانما يندب الى الوفاء بما هو قربة منه من غير ان يكون ذلك واجبا عليه وان اراده
الايجاب لزمه ما قال لان المنوي من محتملات لفظه فالفعل الذي يفعله في المستقبل قد يكون واجبا وقد يكون غير واجب
فاذا اراد الايجاب فقد خص احد النوعين بنيته وتعليقه بالشرط دليل على الايجاب ايضا لانه يدل على انه يثبت عند وجود
الشرط ما لم يكن ثابتا من قبل وهو الوجوب دون التمكن من الفعل فانه لا يختلف بوجود الشرط وعدمه وان لم يكن له نية
ففي القياس لا يلزمه شيء لان ظاهر لفظه عدة ولان الوجوب بالشك لا يثبت وفي الاستحسان يلزمه ما قال لان العرف
بين الناس انهم يريدون بهذا اللفظ الايجاب وانما قال محمد رحمه الله القياس والاستحسان في المناسك واذا حلف ان
يهدي ما لا يملكه لا يلزمه شيء لقوله عليه السلام لا نذر فيما لا يملكه ابن ادم ومراده من هذا اللفظ ان يقول ان فعلت كذا فلله
علي ان اهدي هذه الشاة وهي مملوكة لغيره واما اذا قال والله لاهدين هذه الشاة ينعقد يمينه لان محل اليمين خبر
فيه رجاء الصدق وذلك يكون ممكنا ومحل النذر ما هو قربة واهداء شاة الغير ليس بقربة الا ان يريد اليمين فحينئذ ينعقد
لان في النذر معنى اليمين حتى ذكر الطحاوي انه اذا اضاف النذر الى ما هو معصية عينه اليمين بان قال لله علي ان اقتل فلانا
كان يمينا ويلزمه الكفارة بالحنث لقوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين واذا قال لله علي ان انحر ولدي
او اذبح ولدي لم يلزمه شيء في القياس وهو قول ابي يوسف والشافعي وفي الاستحسان يلزمه ان يذبح شاة وهو قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فان ذكر بلفظ الهدي فذلك يختص بالحرم وفي سائر الالفاظ اما ان يذبحها في الحرم او في ايام النحر وجه القياس
انه نذر باراقة دم محقون فلا يلزمه شيء كما لو قال ابي وامي وهذا لان الفعل الذي سماه معصية ولا نذر في معصية الله
ولانه لو نذر ما يملك ذبحه ولكن لا يحل ذبحه كالحمار والبغل لا يلزمه شيء ولو نذر بذبح ما يحل ذبحه ولكن لا يملك ذبحه كشاة
الغير لا يلزمه شيء فاذا نذر ذبح ما لا يحل ذبحه ولا يملك ذبحه اولى ان لا يلزمه شيء وجه الاستحسان ما روي ان رجلا سال
ابن عباس رضي الله عنه عن هذه المسيلة فقال ارى عليك مائة بدنة ثم قال ائت ذلك الشيخ فاساله واشار الى مسروق
فساله فقال ارى عليك شاة فاخبر بذلك ابن عباس رضي الله عنه فقال وانا ارى عليك ذلك وفي رواية عن ابن عباس
رضي الله عنه انه اوجب فيه كفارة اليمين وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اوجب فيه بدنة او مائة بدنة وسالت امراة
عبد الله بن عمر فقالت اني جعلت ولدي نحيرا فقال امر الله الوفاء بالنذر فقالت ايامرني بقتل ولدي فقال نهى الله عن قتل الولد
ان عبد المطلب نذر ان تم له عشر بنين ان يذبح عاشرهم فتم له ذلك بعبد الله ابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقرع بينه
وبين عشر من الابل فخرجت القرعة عليه فما زال يزيد عشرا عشرا والقرعة تخرج عليه حتى بلغت الابل مائة فخرجت القرعة
عليه ثلاث مرات فنحر مائة من الابل وارى عليك مائة من الابل والصحابة اتفقوا على صحة النذر واختلفوا فيما يخرج به فاستدللنا
باتفاقهم على صحة النذر لان من الاجماع ان يشتهر قول عن بعض الكبار منهم ولا يظهر خلاف ذلك من غيره ولا شك ان
رجوع ابن عباس الى قول مسروق وقد اشتهر ولم يظهر من احد خلاف ذلك والذي روي عن مروان اخطا الفتيا لا نذر في
معصية الله شاذ لا يلتفت اليه فان قول مروان لا يعارض قول الصحابة مع ان الاجماع لا يعتبر فيما يكون مخالف القياس ولكن
قول الواحد من فقهائهم فيما يخالف القياس حجة يترك بها القياس لانه لا وجه لحمل قوله الا على السماع ممن ينزل عليه الوحي ثم
اخذنا بفتوى ابن عباس ومسروق في ايجاب الشاة اما لان هذا القدر متفق عليه فان من اوجب بدنة او اكثر فقد اوجب
الشاة والزيادة او لان من اوجب الشاة فانما اوجبها استدلالا بقصة الخليل عليه السلام ومن اوجب مائة من الابل فانما
اوجبها استدلالا بفعل عبد المطلب وهو الاستدلال الفقهي في المسيلة فان الشاة محل لوجوب ذبحها بايجاب ذبح مضاف
الى الولد فكانه اضافة النذر بالذبح الى الولد بهذا الطريق كالاضافة الى الشاة فيكون ملزمه وبيانه ان الخليل صلوات
الله عليه امر بذبح الولد كما اخبر به ولده فقال الله تعالى مخبرا عنه اني ارى في المنام اني اذبحك اي امرت بذبحك

بدليل

بدليل ان ابنه قال في الجواب يا ابت افعل ما تؤمر ولانهما اعتقدا الامر بذبح الولد حيث اشتغلا به فاقرا عليه وتقرير الرسل
على الخطا لا يجوز خصوصا فيما لا يحتمل العمل فيه تغالب الراي من اراقة دم شيء ثم وجب عليه بذلك الامر ذبح الشاة لان الله تعالى
وناديناه ان يا ابراهيم قد صدقت الرؤيا اي حققت وانما حقق ذبح الشاة ولا يجوز ان يقال انما سماه مصدقا رؤياه
قبل ذبح الشاة لان في الاية تقديما وتاخيرا معناه وفديناه بذبح عظيم وناديناه ان يا ابراهيم قد صدقت الرؤيا وهذا
قبل ذبح الشاة انما اتى بذبح الولد من تله للجبين وامرار السكين على حلقه وبه لم يحصل الامتثال لانه ليس بذبح ولانه حصل
الامتثال به لم تكن الشاة ان يكون فداء ولا يجوز ان يقول وجوب الشاة لامر اخر لان بيان امر اخر بالراي غير ممكن ولانه حينئذ
لانه لا يكون فداء والله تعالى سمى الشاة فداء على معنى انه دفع مكروه الذبح عن الولد بالشاة وهذا اذا كان وجوب الشاة بذلك
الامر ولا يجوز ان يقال وجب عليه ذبح الولد بدليل انه اشتغل بمقدماته وانما كانت الشاة فداء عن ولد وجب دفعه وهذا
لانه ما وجب عليه ذبح الولد حتى جعل الشاة فداء اذ لو كان واجبا لما تادى بالفداء مع وجود الاصل في يده ولان الولد كان معصوما
عن الذبح وقد ظهرت العصمة حينا على ما روي ان الشفرة كانت تنبو ولا تقطع وبين كونه معصوما عن الذبح وبين
كونه واجب الذبح منافاة فعرفنا انه ما وجب ذبح الولد بل اضيف الايجاب اليه على ان يحل الوجوب بالشاة وفائدة هذه
الاضافة الابتلاء في حق الخليل عليه السلام بالاستسلام واظهار الطاعة فيما لا يطلع عليه احد من المخلوقين وللولد بالانقياد
والصبر على مجاهدة بذل الروح الى مكاشفة الحال وليكون له ثواب ان يكون له قربانا لله كما قال عليه السلام انا ابن الذبيحين
وما ذبحا بل اضيف اليهما ثم فديا بالقرابين ولا يقال قد وجب ذبح الولد الى الشاة بانتساخ المحلية فتكون الشاة واجبة بذلك
الامر كالدين يحال من ذمة الى ذمة فيفرغ المحل الاول منه بعد الوجوب فيه ويكون واجبا في المحل الثاني بذلك السبب وهذا
لان الوجوب في المحل لا يكون الا بعد صلاحية المحل وبعد ذلك ان تحول الى محل اخر بقي المحل الاول صالحا لمثله كالدين اذا حول من
ذمة الى ذمة ولم يبق الولد محلا صالحا للذبح هو قربان فعرفنا انه لم يكن محلا وان الوجوب بحكم ذلك الايجاب حل بالشاة من
حيث انه تقدم بالولد في قبول حكم الوجوب في هذا سمي فداء نظيره من الحساب ان يرمي الى انسان فيفديه غيره بنفسه من حيث
انه يتقدم عليه ليتفدا السهم فيه لا ان يتحول اليه بعد ما وصل الى المحل ويقول لغيره فديتك نفسي عن المكاره والمراد هذا ومن
الشرعيات الخف يتقدم على الرجل في قبول حكم الحدث ولو سلمنا انه وجب ذبح الولد فانما كان ذلك لغيره وهو الفداء لا لعينه
وهذا صار محققا رؤياه بالفداء وفي مثل هذا ايجاب الاصل في حال العجز عنه يكون ايجابا للفداء كالشيخ الفاني اذا نذر بالصوم
يلزمه الفداء لان وجوب الصوم عليه شرعا لغيره وهو الفداء لا لعينه فانه عاجز عنه وذكر الطبري في تفسيره ان الخليل عليه
السلام كان نذر بالذبح لاول ولد يولد ثم بني لك فذكر في المنام ان ثبت هذا فهو نص لان شريعة من قبلنا تلزمنا ما لم تنهى
ما نتبعه خصوصا شريعة الخليل صلوات الله عليه قال الله تعالى فاتبع ملة ابراهيم حنيفا فاما اذا نذر ذبح عبده فمحمد رحمه الله
اخذ فيه بالاستحسان ايضا وقال يلزمه ذبح الشاة لان العبد كسبه وملكه فاذا صح اضافة النذر الى الولد لكونه كسبا له وان
لم يكن ملكا له فلان يصح اضافته الى كسبه وهو ملكه اولى وابو حنيفة رحمه الله اخذ بالقياس فقال لا يلزمه شيء لان جعل الشاة فداء
عن الولد لكرامة الولد والعبد في استحقاق الكرامة ليس بنظير الولد ولا مدخل للقياس في هذا الباب وان نذر ذبح ابن ابنه ففيه
روايتان عن ابي حنيفة في احدى الروايتين لا يلزمه شيء وهو الاظهر لان ابن الابن ليس نظير الابن من كل وجه ولا مدخل للقياس في
هذا الباب وفي الرواية الاخرى قال يلزمه لانه مضاف اليه بالبنوة كالابن وهو في معنى الكرامة كالابن في حقه وان اضاف النذر
الى ابيه او امه لا يلزمه شيء وفي الصحيح من الجواب لانه لا ولاية له عليهما وهما كالاجانب في حقه في حكم النذر بالذبح وفي الهارونيات
يشير الى انه يلزمه ذبح الشاة وكانه اعتبر احد الطرفين بالطرف الاخر ثم بين الفرق في المناسك من النذر والهدي والبدنة
والجزور واذا حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى لان المنوي من محتملات لفظه فيكون كالملفوظ به وان لم
يكن له نية فعليه كفارة اليمين لقوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين ولانه التزام بحق الله تعالى والحلف في مثله
يوجب الكفارة ستارة للذنب وان حلف على معصية بالنذر فعليه كفارة يمين وقال الشعبي لا شيء عليه لان المعاصي لا يلتزم
بالنذر والكفارة خلف عن البر الواجب او الوفاء الواجب بالنذر وذلك لا يوجد في المعصية وحكي ان ابا حنيفة دخل على
الشعبي رحمهما الله وساله عن هذه المسيلة فقال لا شيء عليه لان المنذور معصية فقال ابو حنيفة اليس ان الظهار معصية وقد
امر الله بالكفارة فيه فتحير الشعبي وقال انت من الارايين وفي الكتاب استدل لهذا وبقوله عليه السلام فليات الذي هو خير

ولْيكفر يمينه واذا حلف بالنذر وهو ينوي صياما ولم ينو عددا فعليه صيام ثلثة ايام اذا حنث لان ما اوجبه على نفسه
معتبر بما اوجب الله تعالى عليه وادنى ما اوجب من الصيام ثلثة ايام وكذلك اذا نوى صدقة ولم ينو عددا فعليه اطعام عشرة
مساكين لكل مسكين نصف صاع من الحنطة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما اوجب الله تعالى عليه من اطعام عشرة مساكين في كفارة
اليمين وقد بينا هذه الفصول في المناسك ولا ينبغي ان يحلف فيقول وابيك وابي فانه بلغنا ان النبي عليه السلام نهى
عن الحلف ونهى عن الحلف بالطواغيت وفي الباب حديثان احدهما حديث عمر رضي الله عنه قال سمعني رسول الله صلى الله عليه
وسلم في بعض الاسفار وانا احلف بابي قال لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر فما حلفت
بعد ذلك لا ذاكرا ولا اثرا وفي حديث اخر ان النبي عليه السلام قال من حلف بغير الله فقد اشرك ومن قال لغيره اقامرك
فليقل لا اله الا الله واذا حلف على يمين او نذر فقال ان شا الله موصولا به فليس عليه شي عندنا وقال مالك رحمه الله يلزمه حكم
اليمين والنذر لان الامور كلها بمشية الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الكلام ولكنا نستدل بقوله تعالى ستجدني ان شا الله
صابرا ولم يصبر ولم يعاتبه على ذلك والوعد على ذلك من الانبيا عليهم السلام كالعهد من غيرهم وقال عليه السلام من استثنى
فله استثناه وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شا الله فقد
استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة الا ان ابن عباس كان يجوز الاستثنا وان كان مفصولا لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت
يعني اذا نسيت الاستثنا موصولا فاستثن مفصولا ولسنا ناخذ بهذا فان الله تعالى بين حكم الزوج الثاني بعد التطليقات
الثلث ولو كان الاستثنا المفصول صحيحا لكان المطلق يستثني اذا ندم ولا حاجة الى محلل وفي تصحيح الاستثنا مفصولا
اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة من ان تكون ملزمة قال والى هذا اشار ابو حنيفة رحمه الله حين عاتبه الخليفة فقال
ابلغ من قدرك ان تخالف جدي قال فيما ذا يا امير المومنين قال في الاستثنا المفصول قال انما خالفته مراعاة لعهودك فاذا جاز
الاستثنا المفصول فبارك الله في عهودك اذا فانهم يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون فيستثنون فلا يبقى عليهم لزوم طاعتك
فندم الخليفة فقال استر هذا علي وتاويل قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا لم تذكر ان شا الله في اول كلامك فاذكره
في اخر كلامك موصولا بكلامك ثم الاستثنا مبطل للكلام ومخرج له من ان يكون عزيمة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي
قول ابي يوسف رحمه الله هو بمعنى الشرط وقد بينا هذا فيما املينا من ايمان الجامع فاذا حلف على يمين فحنث فيها فعليه اي
الكفارات شا ان شا اعتق رقبة وان شا اطعم عشرة مساكين وان شا كسا عشرة مساكين لقول ابرهيم النخعي رحمه الله
كل شي في القران او فهو بالخيار فان لم يجد شيا من ذلك فعليه صيام ثلثة ايام متتابعة عندنا وهو بالخيار عند الشافعي
ان شا تابع وان شا فرق لان الصوم مطلق في قوله تعالى فصيام ثلثة ايام ولكنا نشترط صفة التتابع بقراة ابن مسعود
رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعة وقد بينا هذا في كتاب الصوم فيحتاج الى الفرق بين هذا وبين صدقة الفطر فقد
ورد هناك حديثان احدهما قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد والثاني قوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لم نحمل
المطلق على المقيد حتى اوجبنا صدقة الفطر عن العبد الكافر وهذا لان المطلق والمقيد في السبب ولا منافاة بين
السببين فالتقييد في احد الحديثين لا يمنع بقا حكم الاطلاق في الحديث الاخر بنا على اصلنا ان التعليق بالشرط لا يقتضي
نفي الحكم عند عدم الشرط وهنا المطلق والمقيد في الحكم وهو الصوم الواجب في الكفارة وبين التتابع والتفرق منافاة
في حكم واحد ومن ضرورته ثبوت صفة التتابع بقراة ابن مسعود رضي الله عنه ان لا يبقى مطلقا قال ويجوز في كفارة اليمين
من الرقاب ما يجزي في كفارة الظهار والحكم في هذه الرقبة مثل الحكم في تلك الرقبة سوا على ما ذكرنا في باب الظهار رجل اعتق
نصف عبده عن يمينه واطعم خمسة مساكين فذلك لا يجزيه عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله فاما عندهما العتق لا يتجزى
وينادي هو اعتاق رقبة او اطعام عشرة مساكين او كسوتهم ولم يوجد ذلك لان نصف الرقبة ليس برقبة ولو جوزنا هذا كان
نوعا رابعا فيما يتادى به الكفارة واثبات مثله بالراي لا يجوز وهذا بخلاف ما لو اطعم كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع
من شعير لان التقدير في الطعام غير منصوص عليه في القران واثبات ذلك لمعنى حصول كفاية المسكين في يومه وذلك لا يفترق
الحال بين الادا من نوع واحد ومن نوعين وهنا الرقبة في التحرير وعشرة مساكين في الاطعام منصوص عليه ولو جوزنا
النصف من كل واحد منهما كان اخلالا بالمنصوص عليه وذلك لا يجوز وان حنث وهو معسر واخر الصوم حتى ايسر لم يجزه
الصوم هكذا نقل عن ابن عباس وابرهيم النخعي اذا صام المكفر يومين ثم وجد في اليوم الثالث ما يطعم او يكسو لم يجزه الصوم

وعليه

وعليه الكفارة بالاطعام او الكسوة لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فيسقط به حكم البدل كالمعتدة بالاشهر
اذا حاضت والمتيمم اذا ابصر الما قبل ادا الصلوة وهذا لان الله تعالى شرط عدم الوجوب بقوله فان لم يجد وهذا الشرط
ليس لتصحيح الصوم فان اصل الصوم صحيح من الواجد للمال ولكنه شرط ليكون الصوم كفارة يسقط به الواجب وذلك عند
الادا والفراغ منه فاذا انعدم هذا الشرط لم يكن الصوم كفارة له وللشافعي في هذه المسالة ثلثة اقاويل في قول مثل قولنا
وفي قول اخر ان المعتبر حاله الى الوجوب في اليسار والعسرة وما وجب عند ذلك صار دينا في ذمته لا يتغير بتغير حاله بعد ذلك
كالزكوة وصدقة الفطر واعتبره بالحدود وان المعتبر عند الوجوب يتنصف بالرق وهذا ضعيف لان الواجب باليمين
الكفارة لا ما يكفر به كالواجب بالحدث الطهارة دون ما يتطهر به من الما والتراب بل ذلك يختلف باختلاف حاله في القدرة
والعجز عند الادا ووجوب الحد باعتبار هتك حرمة النعم بالجناية والنعم تختلف بالرق والحرية وذلك عند ارتكاب الجناية
لا بعده مع ان الحدود تدرا بالشبهات فاذا وجب نصفه للنقصان لا يتكامل بالحرية الطارية من بعد وله قول اخر انه لا يجوز
الصوم ما لم يكن معسرا من وقت الوجوب الى وقت الادا لان التكفير بالصوم عن ضرورة محضة وذلك لا يتحقق اذا كان
موسرا في احدى الحالين ولانه اذا كان موسرا عند الحنث فقد وجب عليه التكفير بالمال فهو بالتاخير الى ان يعسر مفرط فلا
يستحق التخفيف باعتبار تفريطه ولكنا نقول كما ان هذه كفارة ضرورية كالتيمم طهارة ضرورية ثم كان المعتبر
فيه وقت الادا لا وقت الوجوب وهذا لان الضرورة باعتبار حاجته الى اسقاط الواجب عن ذمته وذلك للادا وان
اشترى عبدا شرا فاسدا فقبضه واعتقه عن يمينه اجزاه لانه ملك العبد بالقبض واعتاقه في ملك نفسه نافذ ونية التكفير
به صحيح لكونه متصرفا فيما يملك وان وجب عليه كفارات ايمان متفرقة فاعتق رقابا بعددهن ولا ينوي لكل يمين رقبة
بعينها او نوى في كل رقبة عنهن اجزاه استحسانا لان نية اليمين في الجنس الواحد لغو وقد بيناه في باب الظهار وكذلك
لو اعتق عن احديهن واطعم عن الاخرى وكسا عن الثالثة لان كل نوع من هذه الانواع يتادى به الكفارة مطلقا
فيكون الحكم في كلها سوا وقد بينا في الظهار اعتاق الجنين لا يجزي في الكفارة وان كان موجودا لكونه في حكم الاجزا فكذلك
في اليمين وكفارة المملوك بالصوم ما لم يعتق لانه اعسر من الحر المعسر لانه لا يملك وان ملك فلا يجزي ان يعتق عنه مولاه
او يطعم او يكسو الا على قول مالك رحمه الله فانه يقول للمولى ان يملكه حتى يشتري باذن مولاه وقد بينا هذا في كتاب الطلاق
والنكاح وهذا بخلاف الحر اذا امر انسانا ان يطعم عنه لان الحر من اهل ان يملك فيجوز ان يجعل هو متملكا بان يكون المسكين
قابضا له اولا ثم لنفسه والعبد ليس من اهل الملك لان الرق المنافي فيه موجود وبين صفة المالكية والمملوكية منافاة
مغايرة على سبيل المنافاة والمكاتب والمدبر وام الولد في هذا بمنزلة القن والمستسعي في قول ابي حنيفة رحمه الله كذلك
لانه بمنزلة المكاتب وان صام المعسر يومين ثم وجد في اليوم الثالث ما يعتق فعليه التكفير بالمال لانعدام شرط جواز
البدل قبل حصول المقصود به والاولى ان يتم صوم يومه وان افطر فلا قضا عليه الا على قول زفر رحمه الله وهذا والصوم
المظنون سوا ذمي حلف على يمين ثم اسلم ثم حنث في يمينه لم يكن عليه كفارة عندنا وقال الشافعي يلزمه الكفارة لانه من
اهل اليمين فان المقصود من اليمين الحظر او الايجاب والذمي من اهله قال الله تعالى الا تقاتلون قوما نكثوا ايمانهم والدليل
عليه انه يستحلف في المظالم والخصومات بالله وانه من اهل الطلاق والعتاق ومن اهل اليمين بالطلاق والعتاق فيكون
من اهل اليمين بالله تعالى واذا انعقدت يمينه تلزمه الكفارة عند الحنث ان حنث قبل الاسلام كفر بالمال لانه ليس من اهل
التكفير بالصوم ونظيره العبد تلزمه الكفارة بالصوم لانه ليس باهل التكفير بالمال وان حنث بعد الاسلام كفر بالصوم
اذا لم يجد بالمال والدليل على ان الكافر اهل الكفارة ان الكفارة في معنى العقوبة ومعنى العبادة فيجب على الكافر بطريق
العقوبة وعلى المسلم بطريق الطهرة كالحدود فانها كفارات وعلى الكافر عقوبة وحجتنا في ذلك حديث قيس بن عاصم المنقري
حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني حلفت في الجاهلية او قال نذرت فقال عليه السلام هدم الاسلام
ما كان في الشرك ولان وجوب الكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وما فيه من الشرك اعظم من ذلك فعند
هتك حرمة اسم الله تعالى باصراره على الشرك ما بلغ الجهات وعقد اليمين لما فيه من الحظر والاباحة تعظيما لحرمة اسم الله تعالى
والكافر ليس باهل له قال الله تعالى فقاتلوا ايمة الكفر انهم لا ايمان لهم والاستحلاف في المظالم والخصومات لانه من اهل
مقصودها وهو النكول او الاقرار وانعقاد يمينه بالطلاق والعتاق لانه من اهلها تنجيزا فاما هذه اليمين فوجها

البر تعظيم حرمة اسم الله تعالى والكافر ليس من اهله وبعد الحنث موجبها الكفارة والكافر ليس باهل لها لان الكفارة كاسمها
ستارة للذنب قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيات ومعنى العقوبة في الكفارة صورة فاما من حيث المعنى والحكم والمقصود
كان عبادة الا ترى انما يوتى بها من غير ان تقام عليه كرها وانه يتادى بالصوم الذي هو معنى العبادة ولا يتادى الا بنية
العبادة والمقصود بها التطهير كما بينا بخلاف الحدود فانما تقام جزا وعذابا ونكالا ومعنى التكفير به اذا جا تائبا مستسلما
موثرا عقوبة الدنيا على عقوبة الاخرة كما فعله ماعز رضي الله عنه فلهذا يستقيم اقامتها على الكافر بطريق الخزي والنكال
رجل اعتق رقبة عن كفارة يمينه ينوي ذلك بقلبه ولم يتكلم بلسانه وقد تكلم بالعتق اجزاه لان النية عمل القلب
وبه يتادى سائر العبادات فكذلك الكفارات لان اشتراط النية فيها لمعنى العبادة وهو معنى قوله عليه السلام
ان الله لا ينظر الى صوركم واعمالكم وانما ينظر الى قلوبكم قال ولا يجوز التكفير بعد اليمين قبل الحنث عندنا وقال الشافعي
يجوز بالمال دون الصوم وان كان يمينه على معصية فله في جواز التكفير قبل الحنث وجهان احتج بقوله تعالى ولكن يواخذكم
بما عقدتم الايمان فكفارته وحرف الفا للتعقيب مع الوصل فيقتضي جواز ادا الكفارة موصولا بعقد اليمين وقال عليه السلام
من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليكفر يمينه وليات الذي هو خير وفي رواية فليكفر ثم ليات بالذي هو خير وهذا
تنصيص على ان الامر بالتكفير قبل الحنث واقل احواله ان تفيد الجواز ولان السبب في الكفارة اليمين بانها تضاف الى اليمين
والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة لو من قال على يمين يلزمه الكفارة باعتبار ان التزام السبب يكون كناية عن الواجب
والدليل عليه اليمين بالطلاق فالسبب هناك اليمين دون الشرط حتى يكون الضمان على شهود اليمين دون شهود الشرط فكذلك
اليمين بالله واذا ثبت هذا فنقول اذا الحق المالي بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جايز كادا الزكوة بعد كمال النصاب
قبل الحول واما الذي لا يجوز الا بعد تقرر الوجوب لان التكفير بالصوم للضرورة ولا ضرورة قبل تقرر الوجوب ولان
هذه كفارة مالية يتوقف وجوبها على معنى فيجوز اداوها قبله ككفارة القتل في الادمي والصيد اذا جرح مسلما ثم كفر
بالمال قبل زهوق الروح او جرح المحرم صيدا ثم كفر قبل موته يجوز بالمال بالاتفاق وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام
لا تسال الامارة فانك ان اعطيتها عن مسيله وكلت اليها وان اعطيتها من غير مسيلة اعنت عليها وان حلفت على يمين
ورايت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير وكفر عن يمينك وما رواه الشافعي محمول على التقديم والتاخير بدليل ما روينا وهذا
لمعنيين احدهما ان الامر يفيد الوجوب حقيقة ولا وجوب قبل الحنث بالاتفاق والثاني ان قوله فليكفر امر بمطلق التكفير
الا بعد الحنث اما قبل الحنث يجوز عنده بالمال دون الصوم وليس من باب التخصيص لان ما يكفر به ليس في لفظه والتخصيص في
الملفوظ الذي له عموم دون ما يثبت بطريق الاقتضا والمعنى فيه ان مجرد اليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى
حد السبب ان يكون مؤديا الى الشي طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون موجبة لما يجب بعد الحنث الا ترى ان
الصوم والاحرام لما كان مانعا فيما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور لم يكن بنفسه سببا لوجوب الكفارة بخلاف الجرح فانه
طريق يفضي الى زهوق الروح وبخلاف كمال النصاب فانه تحقق الغني المؤدي الى النما الذي به يكون المال سببا لوجوب الزكوة
ولان الكفارة لا تجب الا بعد ارتفاع اليمين فان بالحنث اليمين يرتفع وما يكون سببا فالوجوب متردد على تقرره لا على ارتفاعه
والدليل عليه ان اليمين ليست بسبب للتكفير بالصوم حتى لا يجوز اداوه قبل الحنث وبعد وجود السبب الادا جايز ماليا
كان او بدنيا الا ترى ان صوم المسافر في رمضان يجوز لوجود السبب وان كان الادا متاخرا الى ان يدرك عدة من ايام اخر
واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بحيث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام لهذا الطريق ولان سلمنا
ان اليمين سبب والكفارة انما تجب خلفا عن البر الواجب ليصير عند الادا بها كانه تم على بره ولا يعتبر بالخلف في حال بقا الواجب
وقبل الحنث ما هو الاصل وهو البر فلا تكون الكفارة خلفا كما لا يكون التيمم طهارة مع القدرة على الما يقرره ان الكفارة توبة
كما قال الله تعالى في كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الذنب لا يكون وهو في عقد اليمين معظم حرمة اسم الله تعالى فاما
الذنب في هتك حرمة الله تعالى فالتكفير بمنزلة الطهارة قبل الحدث بخلاف كفارة القتل فانه جزا جنايته وجنايته في الجرح اذ
لا صنع له في زهوق الروح وبخلاف الزكوة لانه شكر النعمة والنعمة المال دون مضي الحول فكان الحول تاجيلا فيه والتاجيل
لا ينافي الوجوب فكيف ينفي تقرر السبب قال واذا اعتق عبدا عند الموت عن كفارة يمينه وليس له مال غيره عتق ثلثه وسعى
في ثلثي قيمته لان ما يباشره المريض من العتق كالمضاف الى ما بعد الموت ولو اوصى به بعد الموت كان معتبرا من ثلثه على ما بيناه في

الزكوة وساير الحقوق الواجبة لله تعالى واذا لم يكن له مال سواه لزمه السعاية في ثلثي قيمته وكان هذا عتقا بعوض فلا يجزيه
عن الكفارة وكذلك ان اعتقه في صحته على مال قليل او كثير لان العتق بمال لا يتمحض قربة والكفارة لا تتادى الا بما هو قربة
قال ابراه من المال بعد الدين ولا مدخل له في الكفارات ولا يجزيه عن كفارته لان اصل العتق وقع عن يجزي به عن الكفارة
والابرا عن المال بعد ذلك اسقاط الدين ولا مدخل له في الكفارات فلهذا لا يجزيه

باب الاطعام في كفارة اليمين

قال بلغنا عن عمر رضي الله عنه انه قال لمولى له ارفا وفي رواية يرفا اني احلف على قوم ان لا اعطيهم ثم يبدو لي فاعطيهم فاذا انا
فعلت ذلك فاطعم عني عشرة مساكين نصف صاع من حنطة او صاعا من تمر وفي هذا دليل انه لا باس للانسان ان يحلف
مختارا بخلاف ما يقوله المتقشفة ان ذلك مكروه بظاهر قوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ولكنا نقول قد حلف
رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة من غير ضرورة كانت له في ذلك وتاويل تلك الاية انه يجازف في الحلف من غير مراعاة
البر والحنث وفيه دليل على ان الحالف اذا راى الحنث خيرا جاز له ان يحنث نفسه وقد روينا فيه حديث عبد الرحمن بن
سمرة وفي حديث ابي مالك الاشعري قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفر من الاشعريين نستحمله فحلف ان لا
يحملنا ثم رجع قوم من عنده بخمس ذود وقالوا احملنا عليها فقلت لعله نسي يمينه فاتيته فاخبرته بذلك فقال اني اذا حلفت ثم اري
غيره خيرا منه فاتحلل يميني وفيه دليل ان اوان التكفير ما بعد الحنث كما هو مذهبنا وان ما روي فليكفر يمينه وليات الذي
هو خير لان ثم قد تكون بمعنى الواو وقال الله تعالى ثم كان من الذين امنوا اي وكان ثم الله شهيد اي والله شهيد وفيه
دليل ان التوكيل بالتكفير جايز بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لا توكيل في العبادة اصلا بظاهر قوله وان ليس للانسان الا ما سعى
ولكنا نقول المقصود فيما هو مالي الابتلا باخراج جزء من المال عن ملكه وذلك يتحقق بالنايب وفيه دليل ان الوظيفة لكل مسكين
نصف صاع حنطة او صاع من تمر او صاع من شعير وهكذا روي عن عايشة وابن عباس رضي الله عنه وذكر بعده عن علي
رضي الله عنه نصف صاع من حنطة وقد بينا هذه المسيلة في كتاب الظهار وكفارة اليمين مثله وقد بينا ان دقيق الحنطة وسويقها
بمنزلة الحنطة لان ما هو المقصود يحصل للفقير بهما مع سقوط مونة الطحن عنه وقد بينا ان طعام الاباحة يتادى به
الكفارة عندنا والمعتبر فيه اكلتان مشبعتان سوا كان خبز البر مع الطعام او بغير ادام وان اعطى قيمة الطعام يجوز فكذلك
في كفارة اليمين وكذلك ان غداهم واعطاهم قيمة العشا اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان المقصود واحد وقد اتى من
كل وظيفة نصفه وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيا لم يجز لانه لا يستوفي كمال الوظيفة كما يستوفيه
البالغ وعليه طعام مسكين واحد مكانه فان اعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه ان يعيد عليهم مدا مدا
وان لم يعد عليهم استقبل الطعام لان الواجب لا يتادى الا باتصال وظيفة كاملة الى كل مسكين وذلك نصف صاع
من حنطة وذكر هشام عن محمد رحمهما الله انه لو اوصى بان يطعم عنه عشرة مساكين في كفارة يمينه فغدى الوصي عشرة
مساكين ثم ماتوا قبل ان يعشيهم فعليه الاستقبال لان الوظيفة في طعام الاباحة لكل مسكين الغدا والعشا فلا يتادى الواجب
الا باتصال وظيفة كاملة الى كل مسكين ولا يكون الوصي ضامنا لما اطعم لانه فيما صنع كان ممتثلا لامره وبقاوهم الى ان
يعشيهم ليس في وسعه ولو كان اوصى بان يطعم عنه عشرة مساكين غدا وعشا ولم يذكر الكفارة فغدى الوصي عشرة
فماتوا فانه يعشي عشرة اخرى ويكفي ذلك لان الموصى به اكلتان فقط دون اسقاط الكفارة بهما وقد وجد بخلاف الاول
ثم قد بينا في باب الظهار ان المسكين الواحد في الايام المتفرقة كالمساكين عندنا وعند تفريق الدفعات في يوم واحد فيه
اختلاف بين المشايخ فكذلك في اليمين وبينا هناك ان اطعام فقرا اهل الذمة في الكفارة يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهم الله وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة الفرق بين المنذور والكفارة فقال اذا نذر
الطعام عشرة مساكين فله ان يطعم فقرا اهل الذمة اعتبارا لما اوجب الله عليه من الكفارات بالزكوة وقد بينا انه يجوز صرف
الكفارة الى من يجوز صرف الزكوة اليه ولو اطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين اجزاه ذلك من الطعام ان كان الطعام
ارخص من الكسوة وان كانت الكسوة ارخص من الطعام لم يجزه اما لا يجزي كل واحد منهما عن نفسه لان المنصوص عليه ثلثة
انواع فلو جوزنا اطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا فيكون زيادة على المنصوص وهذا بخلاف ما اذا

ادى الى كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير لان المقصود واحد وهو سد الجوعة فلا يميز نوعا ربعا فاما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام الا ترى ان الاباحة تجزى في احدهما دون الاخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا ثم مراده من هذه المسئلة اذا اطعم خمسة مساكين بطريق الاباحة والتمكين دون التمليك فان التمليك فوق التمكين واذا كان الطعام ارخص من الكسوة امكن اكمال التمكين بالتمليك فيجوز الكسوة مكان الطعام وان كانت الكسوة ارخص لا يمكن اقامة الطعام مقام الكسوة لان التمكين دون التمليك وفي الكسوة التمليك معتبر فلا يمكن اقامة الكسوة مكان الطعام لانه ليس فيهما وفا بقيمة الطعام فاذا ملك الطعام خمسة مساكين فانه يجوز على اعتبار انه ان كان الطعام ارخص تقام الكسوة مقام الطعام وان كانت الكسوة ارخص يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التمليك فيما اليه اشار في باب الكسوة بعد هذا ولو اطعم خمسة مساكين ثم افتقر كان عليه ان يستقبل الصيام لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان وليس له ان يسترد من المساكين الخمسة ما اعطاهم لانها صدقة قد تمت بالوصول الى يد المسكين ومن كان له دار يسكنها او ثوب يلبسه ولا يجد شيا سوى ذلك اجزاه الصوم في الكفارة لان المسكن والثياب من اصول حوائجه وما لا بد منه فلا يصير به واجدا لما يكفر به بخلاف ما لو كان عبد يخدمه فان ذلك ليس من اصول الحوائج الا ترى ان كثيرا من الناس يتعيش من غير خادم ولان الرقبة منصوص عليها فمع وجود المنصوص عليه في ملكه لا يجزيه الصوم وفي الكتاب علل فقال لان الصدقة تحل له وهذا يؤيد مذهب ابي يوسف رحمه الله الذي ذكره في الامالي انه اذا كان الفاضل من حاجته دون ما يساوي ماتين يجوز له التكفير بالصوم لان الصدقة تحل له فلا يكون موسرا ولا غنيا فاما ظاهر المذهب انه اذا كان يملك فضلا عن حاجته مقدار ما يكفر به لا يجوز له التكفير بالصوم لان المنصوص عليه الوجود دون الغنى واليسار قال الله تعالى فمن لم يجد وهذا قد وجد وقد بينا في كتاب الاعتاق ان المعتبر في وجوب الضمان ملكه مقدار ما يؤدي الضمان وان كان اليسار منصوصا عليه هناك فهنا اولى وبينا في الظهار انه لو اعطى كل مسكين صاعا عن ظهارين لا يجزيه الا عن احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف بخلاف ما اذا اختلف جنس الكفارة فكذلك في كفارة اليمين وان اعطى عشرة مساكين ثوبا عن كفارة يمين لم يجزه عن الكسوة لان الواجب عليه لكل مسكين كسوته وهو ما يصير به مكتسيا وبعشر الثوب لا يكون مكتسيا ويجزي من الطعام اذا كان الثوب يساويه وقال ابو يوسف لا يجزيه الا بالنية لانه يجعل الكسوة بدلا عن الطعام وهو انما نواه بدلا عن نفسه فلا يمكن جعله بدلا عن غيره الا بنيته ووجه ظاهر الرواية انه يؤدي للتكفير به يكون بدلا عن الطعام الا ان ابا يوسف يقول الدراهم ليست باصل فاداؤها بنية الكفارة يكون قصدا الى البدل فاما الكسوة اصل فاداؤها بنية الكفارة لا يكون قصدا الى جعلها بدلا عن الطعام ولكنا نقول عشر الثوب ليس باصل في الكسوة لكل مسكين فهو والدراهم سوا مسلم حلف بيمين ثم ارتد ثم اسلم فحنث فيها لا يلزمه شي لانه بالردة التحق بالكافر الاصلي ولهذا حبط عمله قال الله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وكما ان الكافر الاصلي ينافي الاهلية لليمين الموجبة للكفارة فكذلك الردة تنافي بقا اليمين موجبة للكفارة واذا جعل الرجل لله على نفسه طعام مساكين فهو على ما نوى من المساكين وكيل الطعام لان المنوي من محتملات لفظه وهو شي بينه وبين ربه وان لم يكن له نية فعليه اطعام عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما اوجب الله عليه من اطعام المساكين وادنى ذلك عشرة مساكين في كفارة اليمين الا انه قال في بدل الطعام المساكين فله ان يصرف الكل الى مسكين واحد جملة وان قال اطعام المساكين فله ذلك لان بهذا اللفظ يلتزم مقدارا من الطعام وباللفظ الاول يلتزم الفعل لان الاطعام فعل فلا يتادى الا بافعال عشرة ويعطى من الكفارة من له الدار والخادم لانهما يزيدان في حاجته فالدار يسترم والخادم يستنفق وقد بينا انه يجوز صرف الزكوة الى مثله فكذلك الكفارة وان اوصى بان يكفر عنه بعد موته فهو من ثلثه لانه لا يجب اداؤه بعد الموت الا بالوصية ومحل الوصية الثلث ثم ذكر الاختلاف في مقدار الصاع وقد بيناه في صدقة الفطر والله اعلم

باب الكسوة

والكسوة ثوب لكل مسكين ازار او ردا او قميص او قبا او كسا هكذا نقل عن الزهري في قوله تعالى او كسوتهم انه الازار فصاعدا من ثوب تام لكل مسكين وعن ابن عباس رضي الله عنه قال لكل مسكين ثوب ويعطى في الكسوة العباة والذي روي عن ابي

موسى الاشعري انه كان يعطي في كفارة اليمين لكل مسكين ثوبين فانما يقصد التبرع باحدهما فاما الواحد يتادى به الواجب وهكذا نقل عن مجاهد قال ادناه ثوب لكل مسكين واعلاه ما شيت وهذا لان الكسوة ما يكون المرء به مكتسيا حتى يجوز له ان يصلي في ثوب واحد واذا كان في ثوب واحد فالناس يسمونه مكتسيا لا عاريا والمراد بالازار الكبير الذي هو كالردا فاما الصغير الذي لا يتم به ستر العورة لا يجزي ولو كسا لكل مسكين سراويلا ذكر في النوادر عن محمد رحمه الله انه يجزي لانه يكون به مكتسيا شرعا حتى يجوز صلوته فيه وعن ابي يوسف انه لا يجزيه عن الكسوة لان لابس السراويل وحده يسمى عريانا لا مكتسيا الا ان تبلغ قيمته قيمة الطعام فحينئذ يجزيه من الطعام اذا نواه ولو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكتسا به لا يجزي ولكنه يجزي من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ولو كسا كل مسكين قلنسوة او اعطاه نعلين وخفين لا يجزيه من الكسوة لان الاكتسا به لا يحصل ولكنه يجزي من الطعام وان اعطى كل واحد منهم عمامة فان كان ذلك يبلغ قميصا او قميصا اجزاه والا لم يجزه من الكسوة لان العمامة كسوة الراس كالقلنسوة ولكن يجزيه من الطعام اذا كانت قيمته تساوي قيمة الطعام ولو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوي صاعا من تمر لم يجز عنه من الطعام ولو كان هذا المد من الحنطة يساوي ثوبا كان يجزي من الكسوة دون الطعام وهذا يعتبر لما بينه قبل هذا من انه لا يجوز اقامة الطعام مقام الكسوة وتبين بهذا ان المراد هناك التمكين دون التمليك ولو اعطى مسكينا واحدا عشرة اثواب في مرة واحدة لم يجزه كما في الطعام وان اعطاه في كل يوم ثوبا حتى استكمل عشرة اثواب في عشرة ايام اجزاه كما في الطعام وان اعطاه في كل يوم ثوبا حتى استكمل عشرة اثواب في عشرة ايام اجزاه كما في الطعام فان قيل الحاجة الى الطعام تتجدد بتجدد الايام والحاجة الى الكسوة لا تتجدد بتجدد الايام وانما تتجدد في كل ستة اشهر او نحو ذلك قلنا نعم الحاجة الى الملبوس كذلك ولكن اقمنا التمليك مقامه في باب الكسوة والتمليك يتحقق في كل يوم واذا قام الشي مقام غيره يسقط اعتبار حقيقته نفسه وهذا لان الحاجة الى الملك لا نهاية لها الا انا لا نجوز اداء الكل دفعة واحدة للتنصيص على تفريق الافعال وذلك بتفرق الايام في حق الواحد وقد يحصل ايضا بتفرق الدفعات في كل يوم واحد الا انه ليس لذلك حد معلوم فقدرنا الايام وجعلنا تجدد الايام في حق الواحد كتجدد الحاجة تيسيرا وان اعطى مساكين عبدا او دابة قيمته تبلغ عشرة اثواب وبلغت قيمة الطعام اجزاه من الطعام لان مقصوده معلوم وهو سقوط الواجب به عنه يحصل مقصوده بالطريق الممكن ولو اقام رجل البينة عليه انه ملكه واخذه فعليه استقبال التكفير لان المؤدي استحق من يد المسكين فكانه لم يصل اليه ولو كسا عن رجل بامره عشرة مساكين اجزى عنه وان لم يعط عنه ثمنا لان فعل الغير ينتقل اليه بامره كفعله بنفسه والمسكين يصير قابضا له اولا ثم لنفسه وقد بينا في الطعام مثله في الظهار ولو كسا هم بغير امره ورضي به لم يجز عنه لان الصدقة قد تمت من جهة المؤدي فلا يتصور وقوعها عن غيره بعد ذلك وان رضي به ولو اعطى عن كفارة ايمانه في اكفان الموتى او في بنا مسجد او في قضاء دين ميت او في عتق رقبة لم يجز عنه لان الواجب انما يتادى بالتمليك الى الفقير والتمليك لا يحصل بهذا وقد بينا مثله في الزكوة انه لا يجزيه فان قيل في باب الكفارة التمليك غير محتاج اليه عندكم حتى يتادى بالتمكين من الطعام بخلاف الزكوة قلنا لا يعتبر التمليك عند وجود ما هو المنصوص عليه وهو فعل الاطعام وهذا لا يوجد في هذه المواضع فلا بد من اعتبار التمليك وذلك لا يحصل بتكفين الميت وبنا المسجد وان اعطى منها ابن السبيل منقطعا به اجزاه لانه محل لصرف الزكوة اليه وقد بينا ان مصرف الكفارة من هو مصرف الزكوة ولو كانت عليه يمينان فكسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبين عنهما اجزاه عن يمين واحدة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله كما في الطعام ولو كسا مسكينا عن كفارة يمينه ثم مات المسكين فورثه هذا منه او اشتراه في حيوته او وهبه له لم يفسد ذلك عليه لان الواجب قد تادى بوصول الثوب الى يد المسكين فلم يبطل ذلك بما اعترض له من الاسباب وقد بينا في الزكوة نظيره والاصل فيه ما روي ان بريرة كان يتصدق عليها وتهديه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقول هي لها صدقة ولنا هدية فهذا دليل على ان اختلاف اسباب الملك تنزل منزلة اختلاف الاعيان وفي حديث ابي طلحة انه تصدق على امه بحديقة ثم ماتت فورثها منها فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ان الله قبل منك صدقتك ورد عليك حديقتك ه

باب الصيام

واذا حلف الرجل وهو معسر فعليه صيام ثلثة ايام متتابعة فان اصبح في يوم مفطرا ثم عزم على الصوم عن كفارة يمينه لم يجزه لانه دين في ذمته وما كان دينا في الذمة لا يتادى الا بنية من الليل وهذا لانه انما يتادى بالنية من النهار صوم يوم يتوقف الامساك في اول النهار عليه باعتبار ان النية يستند اليه وهذا فيما يكون عينا في الوقت دون ما يكون دينا في الذمة واذا افطرت المراة في هذا الصوم لمرض او حيض فعليها ان تستقبل لانها تجد ثلثة ايام خالية عن الحيض والمرض فلا يعذر فيها بالافطار بعذر الحيض بخلاف الشهرين المتتابعين وقد بينا هذا في الصوم ولا يجزي الصوم عن هذا في ايام التشريق لانه واجب في ذمته بصفة الكمال فان كان لهذا المعسر مال غايب عنه او دين وهو لا يجد ما يطعم او يكسو او لا ما يعتق اجزاه ان يصوم لان المانع قدرته على المال وذلك لا يحصل بالملك دون اليد فما يكون دينا على مفلس او غايبا عنه فهو غير قادر على التكفير به الا ان يكون في ماله الغايب عبد فحينئذ لا يجزيه التكفير بالصوم لانه متمكن من التكفير بالعتق فان نفوذ العتق باعتبار الملك دون اليد وكذلك ابقا وهو يعلم حيوته فانه لا يجزيه التكفير بالصوم لقدرته على التكفير بالعتق ولو كان له مال وعليه دين مثله اجزاه الصوم بعد ما يقضي دينه من ذلك المال وهذا غير مشكل لان بعد قضا الدين بالمال عين واجد لمال يكفر به وانما الشبهة فيما اذا كفر بالصوم قبل ان يقضي دينه بالمال فمن مشايخنا من يقول بانه لا يجوز ويستدرك بالتقييد الذي ذكره بدينه بعد ما يقضي دينه وهذا لان المعتبر هنا الوجود دون الغنا وما لم يقض الدين بالمال فهو واجد والاصح انه يجزيه التكفير بالصوم لما اشار اليه في الكتاب من قوله الا ترى ان الصدقة تحل لهذا في التعليل لا فرق بين ما قبل قضا الدين وبعده وهذا لان المال الذي في يده مستحق بدينه فيجعل كالمعدوم في حق التكفير بالصوم كالمسافر اذا كان معه ما وهو يخاف العطش يجوز له ان يتيمم لان الما مستحق لعطشه فيجعل كالمعدوم في حق التيمم وان صام العبد عن كفارة يمينه فعتق قبل ان يفرغ منه واصاب مالا لم يجزه الصوم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وقد بينا مثله في الحر المعسر اذا ايسر فكذلك في غيره لان السبب الموجب للكفارة بالمال متحقق في حقه ولكن لانعدام الملك كان يكفر بالصوم وقد زال ذلك بالعتق فكان هو والحر سوا ولو صام رجل ستة ايام عن يمينين اجزاه وان لم ينو ثلثة ايام لكل واحدة لان الواجب عليه نية الكفارة دون نية التمييز فان التمييز في الجنس الواحد غير مفيد وانما يستحق شرعا ما يكون مفيدا والصوم في نفسه انواع فلا يتعين نوع من الكفارة الا بالنية فاما كفارات الايمان نوع واحد فلا يعتبر نية التمييز فيما بينها كقضا رمضان فان عليه ان ينوي القضا وليس عليه نية تعيين يوم الخميس والجمعة ثم فرق ابو حنيفة وابو يوسف بين هذا وبين الطعام والكسوة من حيث ان هناك لو اعطى كل مسكين صاعا او ثوبين عن يمينين لم يجز الا عن واحدة لان الادا يكون دفعة واحدة وهنا صوم ستة ايام عن يمينين لا يتصور دفعة واحدة بل ما لم يفرغ صوم ثلثة ايام لا يتصور صوم ثلثة اخرى فلهذا اجاز كل ثلثة عن كفارة وورد ان هذا من الطعام والكسوة ما لو فرق فعل الدفع وان كان عنده طعام احدى الكفارتين فصام لاحديهما ثم اطعم للاخرى لم يجزه الصوم لانه كفر بالصوم في حال وجود ما يكفر به من المال وعليه ان يعيد الصوم بعد التكفير بالاطعام لانه لما كفر بالاطعام عن يمين فقد صار غير واجد في حق اليمين الاخرى ونظيره هو محدثين في سفر وجدا من الما مقدار ما يكفي لوضو احدهما فتيمم احدهما اولا ثم توضا الاخر به فعلى من تيمم اعادة التيمم بعد ما توضا به الاخر لهذا المعنى ولا يجوز صوم احد عن احد حي او ميت في كفارة او غيرها لحديث ابن عمر رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا لا يصوم احد عن احد ولان معنى العبادة في الصوم في الابتلا بما هو شاق على بدنه وهو الكف عن اقتضا الشهوات وهذا لا يحصل في حق زيد باداء عمرو

باب من الايمان

واذا حلف الرجل على امر لا يفعله ابدا ثم حلف في ذلك المجلس ومجلس اخر لا يفعله ابدا ثم فعله كان عليه كفارة يمينين لان اليمين عقد يباشره بمبتدا وخبر وهو شرط وجزا والثاني في مثل ذلك الاول فهما عقدان فبوجود الشرط مرة واحدة

يحنث

يحنث فيهما وهذا اذا نوى يمينا اخرا ونوى التغليظ لان معنى التغليظ لهذا يتحقق او لم يكن له نية لان المعتبر صيغة الكلام عند ذلك ثم الكفارات لا تتداخل بالشبهات خصوصا في كفارة اليمين فلا يتداخل واما اذا نوى بالكلام الثاني اليمين الاول عليه كفارة واحدة لان قصدا لتكرار والكلام الواحد قد يتكرر فكان المنوي من محتملات لفظه وهو امر بينه وبين ربه وروي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله قال اذا كان يمينه بحجة او عمرة او صوم او صدقة اما اذا كانت يمينه بالله فلا يصح بنية وعليه كفارتان قال ابو يوسف رحمه الله هذا احسن ما سمعنا منه ووجهه ان قوله فعليه حجة مذكور بصيغة الخبر فكان الثاني اخبارا كالاول فلا يحتمل معنى التكرار فان ذلك في الاخبار دون الايقاع والايجاب واذا كانت احدى اليمينين بحجة والاخرى بالله فعليه كفارة وحجة لان معنى تكرار الاول غير محتمل هنا فانعقدت يمينا وتد حنث فيهما بايجاد الفعل مرة فيلزمه موجب كل واحدة منهما فان حلف ليفعلن كذا الى وقت كذا وذلك الشي معصية فحق عليه ان لا يفعله لانه منهي عن الاقدام على المعصية ولا يرتفع النهي بيمينه ولكن اليمين منعقدة فاذا ذهب الوقت قبل ان يفعله فيه تحقق الحنث فيها لفوت شرط البر فيلزمه الكفارة فان لم يوقت فيه وقتا وذلك الفعل مما يقدر ان ياتي به كشرب الخمر والزنا ونحوه لم يحنث الى ان يموت لان الحنث بفوت شرط البر وشرط البر وجود ذلك الشي منه في عمره فاذا مات قبل ان يفعله فقد تحقق الحنث بفوت شرط البر حين اشرف على الموت ووجبت عليه الكفارة فينبغي له ان يوصي بها ليقضي بعد موته كما ينبغي ان يوصي بما عليه من حقوق الله تعالى كالزكوة ونحوها واذا حلف بايمان متصلة معطوفة بعضها على البعض واستثنى في اخرها كان ذلك استثنا من جميعها لان الكلمات المعطوفة بعضها على بعض ككلام واحد فيوثر الاستثنا في اعتبار كلها اعتبارا للايمان بالايقاعات وقيل هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الاستثنا عندهما لابطال الكلام وحاجة اليمين الاولى كحاجة اليمين الثانية فاما عند ابي يوسف رحمه الله الاستثنا بمنزلة الشرط فانما ينصرف الى ما يليه خاصة كما لو ذكر شرطا اخر لان اليمين الاولى تامة بما ذكر لها من الشرط والجزا فلا ينصرف الشرط المذكور اخرا اليها وقد بينا هذا في الجامع وكذلك لو قال الا ان يبدو لي او الا ان ارى غير ذلك او الا ان ارى خيرا من ذلك فهذا كله من الفاظ الاستثناوية يخرج الكلام من ان يكون عزيمة وايجابا وان قال الا ان لا استطيع فهذا على ثلثة اوجه فان كان يعني ما سبق من القضا فهو موسع عليه ولا تلزمه الكفارة لان المنوي من محتملات لفظه فالمذهب عند اهل السنة ان كل شي بقضا وقدر وان الاستطاعة مع الفعل فاذا لم يفعل فقد علمنا ان الاستطاعة التي استثنى بها لم توجد ولكن هذا في اليمين بالله فان موجبه الكفارة وذلك بينه وبين ربه فان كانت اليمين بالطلاق والعتاق فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن لا يدين في الحكم لان العادة الظاهرة ان الناس يريدون بهذه الاستطاعة ارتفاع الموانع فان الرجل يقول انا مستطيع بكذا ولا استطيع ان افعل كذا على معنى انه يمنعني مانع من ذلك قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة فاذا كان الظاهر هذا والقاضي مامور باتباع الظاهر لا يدينه في الحكم فان كان يعني شيا يعرض من البلايا لم يسقط عنه يمينه ما لم يعرض ذلك الشي وكذلك ان لم يكن له نية في الاستطاعة فهو على امر يعرض له فلا يكون على القضا والقدر ما لم ينوه لما بينا ان الكلام المطلق محمول على ما هو الظاهر والمتعارف ولو قال والله لا اكلم فلانا والله لا اكلم فلانا رجلا اخر ان شا الله تعالى يعني بالاستثنا اليمينين جميعا كان الاستثنا عليهما لكون احد اليمينين معطوفة على الاخرى وفي بعض النسخ لم يذكر حرف العطف ولكن قال والله لا اكلم فلانا وهذا صحيح ايضا لان موجب هذه اليمين الكفارة وذلك امر بينه وبين ربه فاذا لم يسكت بين اليمينين كان المنوي من محتملات لفظه اذ يجعل الواو في الكلام الثاني للعطف دون القسم فكانه قال والله وكذلك لو قال علي حجة ان كلمت فلانا ان شا الله فكلمه لم يحنث لان الكلام الثاني معطوف على الاول فاما اذا قال عبدي حر ان كلمت فلانا عبدي الاخر حر ان كلمت فلانا ان شا الله ثم كلمه فان عبده الاول حر في القضا ويدين فيما بينه وبين الله لانه لم يذكر بين الكلامين حرف العطف فانعدم الاتصال بينهما حكما ووجد الاتصال صورة حين لم يسكت بينهما فان نوى صرف الاستثنا اليهما كان مدينا فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولا يدين في الحكم لانه خلاف الظاهر فان الكلام الثاني غير معطوف على الاول فيصير فاصلا بين الاستثنا والكلام الاول ان قال لامراته ان حلفت بطلاقك فعبدي حر فهذه يمين بالعتق لان اليمين تعرف بالجزا والجزا عتق العبد لان الجزا انما يتعقب حرف الجزا فان عبده يعتق لانه بالكلام الثاني حلف بطلاق امراته بذكر الشرط والجزا والطلاق انما يوجد به

الشرط في اليمين الاول فلهذا يعتق عبده ولا تطلق امراته لان الحلف بعتق العبد لو كان سابقا على الحلف بطلاقها وما يكون
سابقا على اليمين لا يكون شرطا لان الحالف انما يقصد منع نفسه عن ايجاد الشرط وذلك لا يتحقق فيما كان سابقا على يمينه
ولو قال لامراته ان حلفت بطلاقك فانت طالق فطلقت ثنتين ان كان دخل بها لانه باليمين الثانية يحنث في اليمين الاولى
فتطلق واحدة ثم في اليمين الثالثة يحنث في اليمين الثانية فتطلق اخرى لانها في عدته وان لم يكن دخل بها لا تطلق الا واحدة
لانها بانت بالاولى لا الى عدة ولان شرط الحنث في اليمين الثانية لا يوجد باليمين الثالثة لان الشرط هو الحلف بطلاقها وذلك
لا يتحقق في غير الملك بدون الاضافة الى الملك فلهذا لا تطلق الا واحدة ولو قال عبده حر ان حلف بطلاق امراته ثم قال
لامراته انت طالق ان شئت لا يعتق عبده وليس هذا بيمين وان وجد الشرط والجزاء صورة بل هو تخيير بمنزلة قوله امرك
بيدك او اختاري فقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه مع نهيه عن اليمين بالطلاق والدليل عليه انه يشترط
وجود المشيئة منها في المجلس ولو كان يمينا لم يتوقت بالمجلس لقوله انت طالق ان كلمت وكذلك اذا قال اذا حضت حيضة
لم يعتق لان هذا تفسير لطلاق السنة بمنزلة قوله انت طالق للسنة وعلى قول زفر رحمه الله لان هذا يمين بايقاع الطلاق
للسنة بدليل انه لو جامعها في الحيض ثم طهرت وقع الطلاق عليها ولو كان هذا كقوله للسنة لم يقع واما اذا قال لها اذا
حضت فانت طالق او اذا جاء غد فانت طالق عتق عبده عندنا وعند الشافعي لا يعتق قال لان الحالف يكون مانعا نفسه من ايجاد
الشرط وانما يكون الكلام يمينا بذكر شرط يتصور المنع عنه فاما بذكر شرط لا يتصور المنع عنه لا يصير حالفا بطلاقها فلا يعتق
عبده كما لو قال انت طالق غدا ولكنا نقول الكلام يعرف بصيغته وقد وجد صيغة اليمين بذكر الشرط والجزاء ولم يغلب عليه
غيره فكان يمينا بخلاف قوله انت طالق غدا فانه ما ذكر الشرط والجزاء انما اضاف الطلاق الى وقت وبخلاف قوله انت طالق ان
شئت او اذا حضت حيضة لانه غلب عليه معنى اخر كما بينا وان لم يكن في وسعه منع هذا الشرط لا يخرج من ان يكون يمينا كما
لو جعل الشرط فعل انسان اخر لا يقدر على منعه من ذلك

باب المساكنة

واذا حلف الرجل لا يساكن فلانا ولا نية له فساكنه في دار كل واحد منهما في مقصورة على حدة لم يحنث لان المساكنة على ميزان المفاعلة
فشرط وجود السكنى مع فلان والسكنى المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فتكون المساكنة لوجود هذا الفعل منهما
على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك اذا سكنا بيتا واحدا او سكنا في دار كل واحد منهما في بيت منها لان جميع الدار مسكن واحد
فاما اذا كان في الدار مقاصير وحجر فكل مقصورة مسكن على حدة فلا يكون هو مساكنا احدا فلا يحنث في يمينه بمنزلة ما لو
سكنا في محلة كل واحد منهما في دار على حدة والدليل على الفرق ان الدار التي تشتمل على المقاصير كل مقصورة منها حرز على حدة
حتى لو اخرج السارق المتاع من مقصورة فاخذ في صحن الدار يقطع ولو سرق من سكان احدى المقصورتين من المقصورة
الاخرى يقطع والدار التي تشتمل على بيوت حرز واحد حتى لو اخرج السارق المتاع من بيت فاخذ في صحن الدار لا يقطع ومن كان
مأذونا في الدخول في احد البيوت من الدار اذا سرق من البيت الاخر لا يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله فكان هذا اذا كانت الدار
كبيرة نحو دار الوليد بالكوفة ونظيره دار نوح ببخارى لان ذلك بمنزلة المحلة فاما اذا لم تكن بهذه الصفة فانه يحنث
ولو كانت دارا تشتمل على مقاصير او على بيوت لان في عرف الناس هذا مسكن واحد ويعد الحالف مساكنا لصاحبه وان كان
كل واحد منهما في مقصورة وان كان نوى حين حلف ان لا يساكنه في بيت واحد او في حجرة او في منزل واحد يكونان فيه جميعا
لم يحنث حتى يساكنه فيما نوى لان المنوي من محتملات لفظه فكيف تعمل نيته في تخصيص المسكن ونية التخصيص فيما لا يقتضي
المصدر لا محالة لان بذكر الفعل يصير المصدر كالمذكور لغة وهو انما نوى اكمل ما يكون من السكنى لان اكمل ما يكون ذلك ان
يجمعهما في بيت واحد وما دون هذا عند المقابلة يكون قاصرا فيكون هذا منه نية نوع من السكنى وذلك صحيح نظيره ما قال
في الجامع ان خرجت ونوى السفر تعمل نيته لانه نوى نوعا من الخروج والخروج الذي هو مصدر كالمذكور بذكر الفعل فيصح
نيته في نوع منه بخلاف ما اذا نوى الخروج الى بغداد لان المكان ليس في لفظه فلا تعمل نيته في ذلك وان كان نوى ان لا يساكنه
في مدينة او قرية وسمى ذلك فان ساكنه في شيء من ذلك حنث ولا تكون المساكنة في ذلك الا ان يسكنا بيتا واحدا او دارا واحدة
من دار البلدة او القرية على ما بينا ان المساكنة فعل على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك لا يكون الا في مسكن واحد وفائدة

تخصيصه

تخصيصه البلدة او القرية اخراج سائر المواضع من يمينه وعن ابي يوسف رحمه الله انه في هذا الفصل يحنث اذا جمعهما المكان
الذي يجمع في السكنى وان كان كل واحد منهما في دار على حدة لان العرف فانه يقال فلان ساكن فلانا في قرية كذا او بلدة كذا وان كان
كل واحد منهما في دار على حدة فاما في ظاهر الرواية لا يحنث في ذلك الا ان ينويه فحينئذ تعمل نيته لما فيه من التشديد عليه
وان حلف لا يساكنه في بيت فدخل عليه فيه زائرا او ضيفا واقام فيه يوما او يومين لا يحنث لان هذا ليس بمساكنة انما المساكنة
بالاستقرار والدوام وذلك بمتاعه ونقله الا ترى ان الانسان يدخل في المسجد كل يوم مرارا ولا يسمى ساكنا فيه ويدخل
على الامير ويكون في داره يوما ولا يسمى ساكنا في داره فكذلك هذا الذي دخل على فلان زائرا او ضيفا لا يكون ساكنا معه
فيه فلا يحنث الا ان ينويه فحينئذ في نيته تشديد عليه فيكون على ما نوى الا ترى ان الرجل قد يمر بالقرية فيبيت بها ويقول
ما سكنتها قط ويكون صادقا في ذلك ولو كان ساكنا في دار فحلف ان لا يسكنها ولا نية له ثم اقام فيها يوما او اكثر لزمه الحنث
لان السكنى فعل مستدام حتى يضرب له المدة فيقال سكن يوما او شهرا والاستدامة على ما يستدام كالانشاء قال الله تعالى
واما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى اي لا تمكث قاعدا فيجعل استدامة السكنى بعد يمينه كانشائه وكذلك
اللبث والركوب لانه يستدام كالسكنى فاما اذا اخذ في النقلة من ساعته او في نزع الثوب او في النزول عن الدابة لم يحنث
عندنا استحسانا وفي القياس يحنث وهو قول زفر رحمه الله لوجود جزء من الفعل المحلوف عليه بعد يمينه الى ان يفرغ منه
ووجه الاستحسان ان هذا القدر لا يستطاع الامتناع عنه فيصير مستثنى لما عرف من مقصود الحالف وهو البر دون
الحنث ولا يتاتى البر الا بهذا ولان السكنى هو الاستقرار والدوام في المكان والخروج ضده فالموجود منه بعد اليمين ما هو
ضد السكنى حين اخذ في النقلة في الحال ولو خرج منها بنفسه ولم يشتغل بنقل الامتعة يحنث عندنا وقال الشافعي لا يحنث
لانه عقد يمينه على سكناه وحقيقة ذلك بنفسه فينعدم بخروجه عقيب اليمين وحكي عنه في تعليل هذه المسالة خرجت
من مكة وخلفت فيها دفيترات فاكون ساكنا بمكة وحجتنا في ذلك انه ساكن فيها بثقله وعياله فما لم ينقلهم فهو ساكن فيها بيانه
ان السكنى فعل على سبيل الاستقرار والدوام وذلك لا يتاتى الا بالنقل والمتاع والعرف شاهد لذلك فانك تسال
السوقي اين تسكن فيقول في محلة كذا وهو في السوق بتجارة يكون في السوق ثم يشير الى موضع ثقله وعياله فعرفنا ان السكنى
كذلك بخلاف الدفيترات فان السكنى لا تتاتى بها مع ان مشايخنا رحمهم الله يقولون اذا كان يمينه على البلد فكما خرج منها
بنفسه لم يحنث وان خلف ثقله بها وقد روي بعض ذلك عن محمد رحمه الله بخلاف السكنى في الدار فان من يكون في المصر
في السوق يكون ساكنا في الدار التي فيها ثقله ومتاعه وعياله فاما المقيم باوزجند لا يسمى ساكنا ببخارى وان كان بها
ثقله وعياله قال رضي الله عنه وهذه المسالة تنبني على اصل في مسائل الايمان بيننا وبين الشافعي رحمه الله ان عنده العبرة
بحقيقة اللفظ والعادة بخلافها لا تعتبر لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعندنا العادة الظاهرة اصطلاح طارئ على حقيقة
اللغة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه الا ترى ان المديون يقول لصاحب الدين والله لا اجرنك على الشوك
فيحمل ذلك على شدة المطل دون حقيقة اللفظ وكان مالك رحمه الله يقول الفاظ اليمين محمولة على الفاظ القران وهذا بعيد
ايضا فان من حلف لا يستضيء بالسراج فاستضاء بالشمس لا يحنث والله تعالى سمى الشمس سراجا ومن حلف لا يجلس على البساط فجلس
على الارض لم يحنث والله تعالى سمى الارض بساطا ولو حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحنث وقد سمى الله الجبال اوتادا فعرفنا
ان الصحيح ما قلنا فان نقل بعض الامتعة فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يحنث اذا ترك بعض امتعته فيها لانه كان
ساكنا فيها بجميع الامتعة فيبقى ذلك ببقاء بعض الامتعة فيها وهو اصل لابي حنيفة رحمه الله حتى جعل بقاء صفة السكون في
العصير مانعا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد اهلها مانعا من ان تصير دار حرب الا ان مشايخنا قالوا
هذا اذا كان الباقي يتاتى بها السكنى اما بقاء مكنسة او وتد او قطعة حصير فيها لا يبقى ساكنا فيها ولا يحنث وعن ابي يوسف
رحمه الله قريب من هذا قال ان بقي فيها ما يتاتى به السكنى يحنث والا فلا وعن محمد رحمه الله قال ان نقل الى المسكن الثاني
ما يتاتى به السكنى بر ولا يحنث لانه بهذا صار ساكنا في المسكن الثاني فلا يبقى ساكنا في المسكن الاول ولو كان في طلب مسكن اخر
فبقي في ذلك يوما او اكثر لم يحنث في الصحيح من الجواب لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى
لما عرف من مقصوده اذا لم يفرط في الطلب وكذلك ان بقي في نقل الامتعة اياما لكثرة امتعته ولم يستاجر لذلك حمالا
بل جعل ينقل بنفسه شيئا فشيئا لم يحنث وان بقي في ذلك شهرا اذا لم يفرط لان نقل الامتعة ضد الاستقرار في ذلك المكان

فاشتغاله بمنعه من ان يكون ساكنا فيه ولا يحنث لهذا ولو حلف لا يساكن فلانا في دار فقسماها بنفسه واقتسما وضربا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما بابا لنفسه ثم سكن الحالف طائفة والاخر طائفة لزمه الحنث لانه قد ساكنه فيها بعينها والمعنى ان شرط حنثه حين عقد اليمين ان يجمعهما فعل السكنى في الموضع الذي عينه وقد وجد ذلك بعد القسمة وضرب الحائط كما قبله وهذا بخلاف ما لو كانت يمينه على ان لا يساكنه في منزل ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها لان هناك بالقسمة وضرب الحائط صار كل جانب منزلا على حدة ولان في غير العين تعتبر الوصف وفي العين تعتبر العين دون الوصف كما لو حلف ان لا يكلم شابا فكلم شيخا كان شابا وقت يمينه لم يحنث بخلاف ما لو حلف ان لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يحنث وهذا لانه في الدار المعينة المظهر بيمينه التبرم منها لامن فلان وفي غير المعين انما اظهر التبرم من مساكنة فلان ولا يكون مساكنا له اذا لم يجمعهما منزل واحد ولو حلف ان لا يساكنه وهو ينوي في بيت واحد فساكنه في منزل كل واحد منهما في بيت لم يحنث لانه نوى اكمل ما يكون من المساكنة فتصح نيته ويصير المنوي كالملفوظ ولو حلف ان لا يسكنها في دار بعينها فهدمت وبنيت بناء اخر فسكنها يحنث لانها تلك الدار بعينها ومعنى هذا ان البناء وصف ورفع البناء الاول واحداث بناء اخر يغير الوصف وفي المعين لا معتبر بالوصف واسم الدار يبقى بعد هدم البناء حتى لو سكنها كذلك صار حانثا وهذا لان الدار اسم لما ادير الحائط عليه ولذلك يرفع البناء الا ترى ان العرف يطلق اسم الدار على الخربات التي لم يبق منها الا الاثار قال القائل

عفت الديار محلها فمقامها

وقال اخر

يا دار مية بالعلياء فالسند

وهذا بخلاف ما لو حلف لا يسكن بيتا بعينه فهدم حتى ترك صحراء ثم بني بيت اخر في ذلك الموضع فسكنه لم يحنث لان اسم البيت يزول بهدم البناء الا ترى انه لو سكنه حين كان صحراء لم يحنث وهذا لان البيت اسم لما يكون صالحا للبيتوتة فيه والصحراء غير صالح لذلك واليمين معقودة باسم لا يبقى بعد زوال ذلك الاسم ثم انما حدث اسم البيت لذلك بالبناء الذي احدث فكان هذا اسما غير ما عقدت به اليمين ووزانه من الدار ان لو جعلها بستانا او حماما ثم بني دارا فسكنها لم يحنث لان الاسم زال حين جعلها بستانا او حماما ثم حدث اسم الدار بصنعة حادثة فلم يكن ذلك الاسم الذي انعقدت به اليمين واذا حلف لا يسكن دار فلان فباعها فسكنها الحالف ولم يكن له نية لم يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر يحنث وكذلك العبد والثوب وكل ما يضاف الى انسان بالملك وجه قول محمد وزفر انه جمع في كلامه بين الاشارة والاضافة فيتعلق الحكم بالاشارة لانها ابلغ في التعريف من الاضافة فانها تقطع الشركة والاضافة لا تقطع فكان هذا بمنزلة قوله لا اسكن هذه الدار والدليل عليه ما لو قال والله لا اكلم زوجة فلان هذه وصديق فلان هذا فكلم بعد ما باع الطيلسان يحنث وابو حنيفة رحمه الله يقول عقد يمينه على ملك مضاف الى المالك فلا يبقى بعد زوال الملك كما لو كان اطلق دار فلان وتحقيقه من وجهين احدهما ان الدار لا يقصد هجرانها لعينها بل للاذى حصل من مالكها واليمين تتقيد بمقصود الحالف فصار بمعنى مقصوده كانه قال ما دامت لفلان بخلاف الزوجة والصديق فانما يقصد هجرانهما لعينهما وكذلك قوله صاحب الطيلسان لانه يقصد هجرانه لعينه لا للطيلسان فكان ذكر هذه الاشيا للتعريف لا للتقييد في اليمين فان قيل في العبد هو ادمي يقصد هجرانه لعينه ومع ذلك قلتم اذا حلف لا يكلم عبد فلان هذا فكلمه بعد ما باعه لا يحنث قلنا ذكر ابن سماعة في نوادره ان عند ابي حنيفة يحنث بهذا في العبد وجه ظاهر الرواية ان العبد مملوك ساقط المنزلة عند الاحرار فالظاهر انه اذا كان الاذى منه لا يقصد هجرانه باليمين فلا يجعل له هذه المنزلة ولكن انما يحلف اذا كان الاذى من مالكه ولان اضافة المملوك الى المالك حقيقة كالاسم ثم لو جمع في يمينه بين ذكر الاسم والعين وزوال الاسم لم يبق اليمين كما لو حلف لا يدخل هذه الدار بعينها فجعلت بستانا فدخل لم يحنث لزوال الاسم فلذلك اذا جمع بين الاضافة والتعيين فزالت الاضافة لا يبقى اليمين بخلاف الزوجة والصديق فالاضافة هناك ليست بحقيقة ولكنه تعريف كالنسبة وكما انه يتعلق اليمين بالعين دون النسبة فكذلك هنا يتعلق بالعين دون الاضافة فان نوى ان لا يسكنها وان زالت الاضافة فله ما نوى لانه شدد الامر على نفسه بنيته وكذلك عن محمد رحمه الله لو نوى ان لا يسكنها ما دامت لفلان فله ما نوى لان المنوي من محتملات لفظه واذا حلف لا يسكن دار فلان او دارا لفلان ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها فسكن دارا له قد باعها بعد يمينه لم يحنث لانه جعل شرط الحنث وجود السكنى في دار مضافة الى فلان ولم يوجد بخلاف قوله زوجة فلان او صديق فلان لان هناك انما يقصد

هجرانهما

هجرانهما لعينهما فتعين ما كان موجودا وقت يمينه بناء على مقصوده كما لو عينه وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف التسوية بينهما ووجهه انه عقد اليمين بالاضافة وحقيقة ذلك فيما كان موجودا وقت يمينه ولكن على هذه الرواية لا بد ان اذا جمع بين الاضافة والتعيين يبقى اليمين بعد زوال الاضافة عند ابي يوسف كما هو قول محمد رحمه الله واما اذا سكن دارا كانت مملوكة لفلان من وقت اليمين الى وقت السكنى فهو حانث بالاتفاق وان سكن دارا اشتراها فلان بعد يمينه حنث في قول ابي حنيفة ومحمد ولم يحنث في قول ابي يوسف وكذلك العبد والدابة والثوب ولو حلف لا ياكل طعام فلان ولا يشرب شراب فلان فتناول شيئا مما استحدث فلان لنفسه فهو حانث بالاتفاق وقد اشار ابن سماعة الى التسوية بين الكل عند ابي يوسف لما قلنا انه عقد اليمين على الاضافة فما لم يوجد حقيقة وقت اليمين لا يتناوله اليمين فاما وجه قوله بالفرق على ظاهر الرواية ان الطعام والشراب يستحدث الملك فيهما في كل وقت تعرفنا ان مقصود الحالف وجود الاضافة وقت التناول فاما الدار والعبد والدابة لا يستحدث فيها في كل وقت تعرفنا ان مقصوده ما كان موجودا في الحال دون ما يستحدث فيه فكان هذا بمنزلة الزوجة والصديق وجه قول ابي حنيفة ومحمد على انه عقد يمينه على ملك مضاف الى المالك فاذا وجدت الاضافة وقت الفعل كان حانثا كما في الطعام والشراب وتحقيقه ان شرط حنثه وجود السكنى في دار مضافة الى فلان بالملك وانما حمله على اليمين اذا دخله من فلان وفي هذا لا فرق بين الموجود في ملكه وقت اليمين وبما استحدث الملك فيه بخلاف الزوجة والصديق وقد روى محمد عن ابي يوسف في قوله دارا لفلان انه لا يحنث اذا سكن دارا اشتراها فلان بعد يمينه بخلاف قوله دار فلان لان اللام دليل فلان على الملك فصار تقدير كلامه انه قال لا اسكن دارا هي مملوكة لفلان فتعين الموجود في ملكه دون ما يستحدثه ولا يوجد ذلك في قوله دار فلان وروى بشر عن ابي يوسف على عكس هذا قال في دار فلان لا يتناول ما يستحدثه الملك بخلاف دارا لفلان لان في قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة الا ترى انه لو لم يذكر فلان كان كلاما مختلا فلا بد من تمام الملك لفلان وقت يمينه لتناوله اليمين وفي قوله دارا لفلان الكلام تام بدون ذكر فلان فانه لو قال لا اسكن دارا كان مستقيما فذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى وان حلف لا يسكن دارا لفلان وقت السكنى وان حلف دارا لفلان فسكن دارا بينه وبين فلان اخر لم يحنث قل نصيب الاخر او كثر لانه جعل شرط الحنث وجود السكنى في دار يملكها فلان والمملوك لفلان بعض هذه الدار وبعض الدار لا يسمى دارا وان حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان فسكن دارا اشتراها لغيره حنث لان المشتري لغيره كالمشتري لنفسه فيما ينبني على الشرا الا ترى ان حقوق العقد يتعلق به وانه استغنى عن اضافة العقد الى غيره وانما رتب الحالف يمينه على الشرا دون الملك فان قال اردت ما اشتراه لغيره دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضا اذا كانت يمينه بالطلاق لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر او فسطاط او خيمة لم يحنث اذا كان من اهل الامصار وحنث اذا كان من اهل البادية لان البيت اسم لموضع يبات فيه واليمين يتقيد بما عرف من مقصود الحالف فاهل الامصار انما يسكنون البيوت المبنية عادة واهل البادية يسكنون البيوت المتخذة من الشعر فاذا كان الحالف بدويا فقد علمنا ان هذا مقصوده بيمينه فيحنث بخلاف ما اذا كان من اهل الامصار واسم البيت المبني حقيقة فلا يختلف فيه حكم اهل الامصار واهل البادية لان اهل البادية يسمون البيت المبني حقيقة والاصل في هذا ان سائلا سال ابن مسعود رضي الله عنه فقال ان صاحبا لنا اوجب بدنة افتجزي البقرة قال ممن صاحبكم قال من بني رباح قال ومتى اقتنت بنو رباح البقر انما وهم صاحبكم الابل فدل ان عند اطلاق الكلام يعتبر عرف المتكلم فيما يتقيد به كلامه واذا حلف لا يسكن بيتا لفلان فسكن صفة له حنث لان الصفة بيت الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فيدين فيما بينه وبين الله ولا يدين في الحكم لانه نوى تخصيص اللفظ العام من اصحابنا من يقول هذا الجواب بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم البيت يسكنونه صيفا وشتاء في ديارنا تسمى كاسانه فاما الصفة في عرف ديارنا غير البيت فلا يطلق عليه اسم البيت بل ينفى عنه فيقال هذا صفة فيقال ليس ببيت فلا يحنث قال والاصح عندي ان مراده حقيقة ما يسميه الصفة ووجهه ان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا ان مدخله اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا له فيحنث بسكناه الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته ولو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها حنث لان السكنى في الدار هكذا تكون فان الانسان يقول انا ساكن في دار فلان وانما يسكن في بعضها فانه لا يسكن تحت الزر

وعلى العرف والمجاز الا ان يكون نوى ان يسكنها كلها فلا يحنث حينئذ حتى يسكنها كلها لانه نوى حقيقة كلامه ومطلق الكلام وان
كان محمولا على المتعارف ففيه احتمال الحقيقة يصح نيته كما لو قال يوم يقدم فلان فامرأته طالق حمل على الوقت المعروف فان نوى حقيقة
بياض النهار عملت نيته في ذلك فهذا مثله حتى لو كان حلف بعتق او طلاق يدين في القضاء لان هذه حقيقة غير مهجورة ولو حلف
لا يسكن دارا لفلان وهو نوى باجر او عارية وسكنها على غيرها عنى ولم يجر قبل ذلك كلام فانه يحنث وما نوى لا يعتبر شيئا لانه نوى
التخصيص فيما ليس في لفظه فان في لفظه فعل السكنى وهو نوى التخصيص في السبب الذي يتمكن به من السكنى الا ان يكون قبل
هذا كلام يدل عليه فان استعارة فاني حلف وهو ينوي بالعارية ثم سكن باجر فحينئذ لا يحنث لان مطلق الكلام يتقيد بدلالة
الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه

باب الدخول

واذا حلف لا يدخل بيتا لفلان ولم يسم بيتا بعينه ولم يكن له نية فدخل بيتا هو ساكن فيه باجر او عارية فهو حانث عندنا وقال الشافعي
لا يحنث لان الاضافة الى فلان بالملك حقيقة وبالسكنى مجاز فلا يجتمع الحقيقة والمجاز في لفظ واحد والحقيقة هنا مرادة بالاتفاق
فينتفي المجاز واللام في قوله لفلان دليل الملك ايضا وحجتنا في ذلك انه عقد يمينه على الاضافة الى فلان وما يسكنه فلان بعارية
او اجارة مضاف اليه بمنزلة ما يسكنه بالملك الا ترى انك تقول بيت فلان ومنزل فلان وان كان نازلا فيه باجر او عارية فكذلك
مع حرف اللام فان النبي عليه السلام حين قال لرافع بن خديج هذا الحائط فقال استاجرته لم ينكر عليه اضافته الى نفسه بحرف اللام
ولا يقول انه اذا دخل بيتا هو ملك فلان انه يحنث بحقيقة الاضافة بالملك لوجود الاضافة بالسكنى وحاصل هذا المعنى انه
يحنث باعتبار المجاز وفي ذلك الملك والمستعار سواء كمن حلف لا يضع قدمه دار فلان فدخلها حافيا او متنعلا او راكبا يحنث
باعتبار عموم المجاز وهو الدخول دون حقيقة وضع القدم فان قيل كيف يكون المجاز عموم والمصير اليه بطريق الضرورة قلنا
العموم للحقيقة ليس باعتبار انه حقيقة بل انه بدليل ذلك الدليل بعينه موجود في المجاز وهذا لان المجاز كالمستعار ويحصل بلبس
الثوب المستعار دفع الحر والبرد ما يلبس الثوب المملوك ولا يقال بان المجاز يصار اليه للضرورة بل هو احد نوعي الكلام الا ترى انه في
كتاب الله تعالى مجاز وحقيقة والله تعالى يتعالى ان يلحقه الضرورة فعرفنا ان العموم يعتبر في المجاز كما في الحقيقة وعلى هذا روي
عن محمد رحمه الله انه اذا حلف لا يدخل بيتا لفلان فدخل بيتا اجره فلان من غيره لم يحنث لانه مضاف الى المستاجر بالسكنى دون
الاجر ولو حلف لا يسكن حانوتا لفلان فسكن حانوتا لا يحنث بهذا ايضا وان كان لا يسكن حانوتا فحينئذ يحنث لما عرف من مقصود
الحالف فان من حلف لا يسكن حانوت الامير يعلم ان كل احد ان مراده حانوت يملكه الامير واذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم شيئا
ولم يكن له نية فدخل في بيته او في بيت غيره او في صفة حنث لانه وجد الدخول على فلان فان الدخول عليه في بيت يبيت هو فيه او
مجلس لدخول الزائرين عليه وذلك يكون في بيته وفي بيت غيره اخرى والصفة في هذا كالبيت فيحنث لهذا وان دخل عليه مسجد
لم يحنث لانه معد للعبادة فيه لا للبيتوتة والجلوس لدخول الزائرين عليه وكذلك ان دخل عليه في ظلة او سقيفة او دهليز باب دار
لم يحنث لان العرف الظاهر ان دخوله كدخول الزائرين عليه لا يكون في مثل هذه المواضع عادة وانما يكون نادرا عند الضرورة
فاما الجلوس عادة يكون في الصفة او البيت فهو وان اتاه في هذه المواضع لا يكون داخلا عليه ولا يحنث وكذلك لو دخل عليه في فسطاط
او خيمة او بيت شعر لم يحنث الا ان يكون الحالف من اهل البادية والحاصل انه جعل قوله لا ادخل على فلان وقوله لا ادخل عليه بيتا
سواء لاعتبار العرف كما بينا واذا حلف لا يدخل بيتا عليه فدخل عليه في المسجد او الكعبة لم يحنث لانه مصلى والبيت اسم للموضع المعد
للبيتوتة فان قيل اليس الله سمى الكعبة بيتا بقوله ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله قلنا قد بينا
ان الايمان لا تبنى على لفظ القران وقد سمى بيت العنكبوت بيتا فقال ان اوهن البيوت لبيت العنكبوت ثم هذا لا يدل على ان
مطلق اسم البيت في اليمين يتناوله قال وكل شيء من المساكن يقع عليه اسم بيت حنث فيه ومراده ما يطلق عليه الاسم عادة في الاستعمال
وان دخل بيتا هو فيه ولم ينو الدخول عليه لم يحنث لان شرط حنثه الدخول عليه وذلك بان يقصد زيارته او الاستخفاف به بان
يقصد ضربه وهذا اذا لم يوجد اذا لم ينو الدخول عليه او لم يعلم انه فيه الا ترى ان السقاء يدخل دار الامير في كل يوم ولا يقال دخل
على الامير وقد روي عن محمد رحمه الله انه يحنث وان لم يعلم كونه فيه ولم ينو الدخول عليه بان دخل على قوم هو فيهم والحالف
لا يعلم مكانه لان حقيقة الدخول عليه قد وجد فلا يسقط حكمه باعتبار جهله واذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم بيتا ولم ينوه

فدخل

فدخل دارا هو فيها لم يحنث الا ترى انه لو كان في بيت منها لا يراه الداخل فانه لا يكون داخلا عليه ارايت انه لو كانت الدار عظيمة
فيها منازل فدخل منزلا منها وفلان في منزل اخر كان يحنث انما يقع اليمين في هذا اذا دخل عليه بيتا او صفة لانه يكون حينئذ
داخلا عليه لزيارته حقيقة فاما بدون ذلك لا يكون داخلا عليه حقيقة الا ان يكون داخلا عليه حقيقة وحلف ان لا
يدخل عليه دارا فحينئذ يحنث اذا دخل داره لان اعتبار العرف عند عدم التصريح بخلافه وكذلك ان نوى دارا لانه شدد
الامر على نفسه بهذه النية ولو حلف لا يدخل بيتا وهو فيه داخل فيه فمكث فيه اياما لم يحنث لان الدخول هو الانفصال من
الخارج الى الداخل ولم يوجد ذلك بعد يمينه انما وجد المكث فيه وذلك غير الدخول وهذا بخلاف السكنى لانه فعل مستدام
يضرب له مدة فيكون الاستدامة فيه حكم الانشاء فاما الدخول ليس بمستدام الا ترى انه لا يضرب له المدة فانه لا يقال دخل
يوما او شهرا انما يقال دخل ومكث فيه يوما ولو قال والله لا ادخله غدا فاقام حتى مضى الغد حنث لان شرط وجود فعل الدخول
وغد لم يوجد انما وجد المكث فيه فان نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث لان المنوي من محتملات لفظه فان الدخول المقصود
الاقامة وكانه جعل ذكر الدخول كناية عما هو المقصود فلهذا لم يحنث ولو قال والله لا ادخلها الا عابري سبيل فدخلها ليقعد
فيها او يعود مريضا او يطعم حنث لانه عقد يمينه على الدخول واستثنى دخولا بصفة وهو ان يكون عابر سبيل اي مجتازا او
مارا لطريق ولا جنبا الا عابري سبيل وقد وجد الدخول لا على الوجه المستثنى فيحنث وان دخلها مجتازا ثم بدا له يقعد فيها
لم يحنث لان دخوله على الوجه المستثنى فلم يحنث وبقي ما وراء ذلك مكث في الدار وذلك غير الدخول فلا يحنث به ايضا وان نوى
بكلامه ان لا يدخلها يريد النزول فيها صحت نيته لانه عابر سبيل من يكون مجتازا في موضع ولا يكون نازلا فيه فجعل هذا مستثنى
دليل على ان مراده منع نفسه عما هو ضده وهو الدخول للنزول فاذا صحت نيته صار الملفوظ كالملفوظ واذا دخلها يريد ان يطعم
او يقعد لحاجة ولا يريد المقام فيها لم يحنث لان شرط حنثه دخول بصفة وهو ان يكون للسكنى والقرار ولم يوجد واذا حلف لا يدخل
دار فلان فجعلها بستانا او مسجدا فدخلها لم يحنث قال الا انها قد تغير عن حالها ولم يرد بعينها بوصف لان ذلك لا يرفع اليمين
اذا لم يكن وصفا داعيا الى اليمين وانما اراد تغير الاسم لانه عقد اليمين باسم الدار والبستان والمسجد والحمام غير الدار فاذا لم يبق
ذلك الاسم لا يبقى اليمين وكذلك لو كانت دارا صغيرة فجعلها بيتا واحدا واشرع بابه الى الطريق او الى دار فدخله لم يحنث لانها
قد تغيرت وصارت بيتا وهذه اشارة الى ما قلنا لان اسم البيت غير اسم الدار فمن ضرورة حدوث البيت لهذه البقعة زوال
اسم الدار وان حلف لا يدخل بيتا بعينه فهدم سقفه وبقيت حيطانه يحنث لانه بيت وان انهدم سقفه قال الله تعالى فتلك
بيوتهم خاوية بما ظلموا اي ساقطة سقفها ولان البيت اسم لما هو صالح للبيتوتة فيه وما بقيت الحيطان فهو صالح لذلك وان لم
يكن مسقفا بخلاف ما لو انهدمت الحيطان لانه صار صحراء غير صالح للبيتوتة فلا يتناوله اسم البيت وان حلف لا يدخل دار فلان
فاحتمله انسان وادخله وهو كاره لم يحنث لانه مدخل لا داخل الا ترى ان الميت قد يدخل الدار وفعل الدخول منه لا يتحقق وان
ادخله بامره حنث لان فعل الغير بامره كفعله بامره فاما اذا لم يامره ولكنه غير ممتنع راض بقلبه حتى ادخله فقال بعض
مشايخنا يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يفعل صار كالامر وادخاله مكرها انما كان مستثنى لانه لا يستطيع الامتناع عنه
والاصح انه لا يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه وقد انعدم فعله حقيقة وحكما لان فعل الاخر بغير امره واستعماله
اياه لا يصير مضافا اليه حكما الا بامره ولم يوجد انما ترك المنع والرضا فلا وان دخلها على دابة حنث لان سير الدابة مضاف الى
راكبها الا ترى ان الراكب ضامن لما تطا دابته وانه يتمكن من ايقافه متى شاء فكان هذا والدخول ماشيا سواء وان حلف لا يضع
قدمه فيها فدخلها راكبا او ماشيا عليه حذاء او لم يكن حنث لان وضع القدم عبارة عن الدخول عرفا فان نوى حين حلف
ان لا يضع قدمه ماشيا فدخلها راكبا لم يحنث لانه نوى حقيقة كلامه وهذه حقيقة مستعملة غير مهجورة وان حلف لا يدخلها
فقام على حائط منها محيطا بها بين خارج منها عرفنا انه داخل فيها الا ترى ان السارق لو اخذ في ذلك الموضع ومعه المال لم يقطع
كالواخذ في صحن الدار يوضحه ان الدار اسم لما ادير عليه الحائط فيكون الحائط داخلا فيه الا ترى انه يدخل في بيع الدار من غير ذكر
وان حلف لا يدخل في الدار فقام على السطح يحنث لان السطح من الدار الا ترى ان من نام على سطح الدار يستخبر من نفسه ان يقول
بت الليلة في داري ولو قام في طاق بيت الدار والباب بينه وبين الدار لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فكل موضع اذا رد
الباب بقي خارجا فليس ذلك من الدار فلا يحنث لانه لم يدخلها وان كان بحيث لو رد الباب بقي خارجا فليس ذلك منها فلا يحنث وهذا
اذا دخلها فيحنث ولو كان داخلا فيها فحلف ان لا يخرج فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار اذا اغلق حنث لان الخروج قد انفصل

من الداخل الى الخارج وقد وجد ذلك حين وصل الى هذا الموضع وان اخرج احدى رجليه لم يحنث وكذلك ان حلف لا يدخلها فادخل
احدى رجليه لم يحنث لان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما خارجا ولا داخلا الا ترى ان النبي عليه السلام لما وعد ابي بن كعب رضي
الله عنه ان يعلمه سورة ليس في التوراة ولا في الانجيل مثلها قبل ان يخرج من المسجد فعلمه بعد ما اخرج احدى رجليه ولم يكن مخالفا
لوعده من اصحابنا من يقول هذا اذا كان الداخل والخارج مستويان فان كان الداخل اسفل من الخارج فبادخال احدى الرجلين
يصير داخلا لان عامة بدنه تمايل الى الداخل وان كان الخارج اسفل من الداخل فباخراج احدى الرجلين يصير خارجا لهذا المعنى
والاول اصح لانه لم يوجد شرط الحنث حقيقة فلا يحنث واعتبار احدى الرجلين يوجب ان يكون حانثا والرجل الاخرى تمنع
من ذلك فلا يحنث بالشك وان ادخل من حايطها حتى قام على سطح من سطوحها قد بينا ان السطح مما ادير عليه الحايط فالداخل
اليه يكون داخلا فيها ولو دخل بيتا من تلك الدار وقد اشرع الى السكة حنث لانه مما ادير عليه الحايط وهذا اذا كان لذلك البيت
باب في الدار وباب في السكة وان دخل في علوها على الطريق الاعظم لو دخل كنيفا منها شارعا الى الطريق حنث وهذا اذا كان
مفتحه في الدار لانه من حجر الدار ومرافقه فالداخل اليه لا يكون خارجا من الدار واذا لم يكن خارجا كان داخلا في الدار

باب الخروج

واذا حلف على امراته بالطلاق حتى تخرج ان لا تخرج حتى ياذن لها فاذن لها مرة سقطت اليمين لان حتى للغاية قال الله تعالى حتى
مطلع الفجر واليمين يتوقت بالتوقيت ومن حكم الغاية ان يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فاذا انتهت اليمين بالاذن مرة لم يحنث
وان خرجت بغير اذنه الا ان ينوي الاذن في كل مرة فحينئذ يكون مشددا الامر على نفسه بلفظ يحتمله ولو قال الا باذني فلا
بد من الاذن لكل مرة حتى اذا خرجت مرة بغير اذنه حنث لانه استثنى خروجا بصفة وهو ان يكون باذنه وهو ان الباء للالصاق
بكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان شرط الحنث ومعنى كلامه الا ملصقا قال الله تعالى وما نتنزل الا بامر ربك اي ما مورين بذلك
ونظيره ان خرجت الا بقناع او بملاءة فاذا خرجت مرة بغير قناع او بغير ملاءة حنث فاما اذا قال الا ان اذن لها فهذا بمنزلة
حتى اذا وجد الاذن مرة لا يبقى اليمين لان الا ان بمعنى حتى فيما يتوقت قال الله تعالى الا ان يحاط بكم اي حتى يحاط بكم الا ترى انه
لا يستقيم اظهار المصدر هنا خلاف قوله الا باذني فلا يستقيم ان يقول خروجا باذني فعرفنا انه صفة المستثنى وهنا لو قال
لا خروجا ان اذن لك كان كلاما مختلا فعرفنا انه بمعنى التوقيت وفيه طعن الفراء وقد بيناه وان حلف عليها ان لا تخرج من بيته
فخرجت الى الدار حنث لانه جعل شرط الحنث الخروج من البيت نصا والبيت غير الدار فبالوصول الى صحن الدار صارت خارجة من
البيت بخلاف ما لو حلف ان لا تخرج لان مقصوده هناك الخروج الى السكة والوصول الى موضع يراها الناس فيه ولا يوجد ذلك
بخروجها الى صحن الدار وان حلف لا يدخل فلان بيته فدخل داره لم يحنث لما بينا انه سمى بيتا والدار غير البيت فالداخل في الدار
لا يكون داخلا في البيت الا ترى ان الانسان قد ياذن لغيره في دخول داره ولا ياذن في دخول بيته ولو حلف على امراته لا تخرج من
باب هذه الدار فخرجت من غير الباب لم تحنث لانه حلف بتسمية الباب فان قيل مقصوده منعها من الخروج لكي لا يراها الاجانب
وذلك لا يختلف بالباب وغير الباب قلنا اعتبار المقصود مع مراعاة لفظه ولا يجوز الغاء اللفظ لاعتبار المقصود ثم قد منعها
من الخروج لكي لا يراها الجار المحاذي وربما يتهمها بشان اذا خرجت من الباب رآها واذا خرجت من غير الباب لم يرها وربما يكون على
الباب كلب عقور فكان تقييدا لباب مقيدا فيجب اعتباره وكذلك على باب بعينه فخرجت من باب اخر لم يحنث مراعاة للفظه الا ترى
ان يعقوب قال لاولاده عليهم السلام لا تدخلوا من باب واحد وادخلوا من ابواب متفرقة وكان ذلك منه امرا بما هو مقيد ولو
حلف ان لا تخرج الا باذنه فاذن لها من حيث لا تسمع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو اذن لان
الاذن فعل الاذن يتم به كالرضا ولو حلف ان لا تخرج الا برضاه فرضي بذلك ولم تسمع فخرجت لم يحنث فهذا مثله وابو حنيفة ومحمد
قالا الاذن اما ان يكون مشتقا من الوقوع في الاذن وهو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله وذلك لا يحصل الا بالسماع
بخلاف الرضا فانه بالقلب يكون يوضحه ان مقصوده من هذا ان لا تبادر بالخروج قبل ان تستاذنه وهذا المقصود لا يحصل اذا
لم تسمع باذنه فكان وجوده كعدمه ولو حلف عليها لا تخرج من المنزل الا في كذا فخرجت كذلك مرة ثم خرجت في غيره لم يحنث لانه
خص اللفظ العام بنيته وان خرجت كذلك ثم بدا لها فانطلقت في حاجة اخرى ولم تنطلق في ذلك التي لم تحنث لان خروجها بالصفة
المستثنى ثم وجد ذلك وجد منها الذهاب في حاجة اخرى لا الخروج وشرط حنثه الخروج وان حلف عليها ان لا تخرج مع فلان من المنزل

خرجت

خرجت مع غيره او خرجت وحدها ثم لحقها فلان لم تحنث لان الخروج الانفصال من الداخل الى الخارج ولم يكن مع فلان وذلك شرط
حنثه فلهذا لا تحنث وان لحقها فلان بعد ذلك وكذلك لو حلف لا يدخل فلان عليها بيتا فدخل فلان اولا ثم دخلت هي فاجتمعا
فيه لم تحنث لانها دخلت على فلان وشرط حنثه دخول فلان عليها وان حلف عليها ان لا تخرج من الدار فدخلت بيتا او كنيفا في علو
شارعا الى الطريق الاعظم لم يكن هذا خروجا الى هذا الموضع من الدار على ما بينا ان الواصل الى هذه المواضع يكون داخلا في الدار
فلا تصير هي خارجة من الدار على ما بينا ان الواصل الى هذه المواضع يكون داخلا في الدار فلا تصير هي خارجة من الدار بالوصول اليه

باب الاكل

واذا حلف لا ياكل طعاما ولا يشرب شرابا فذاق شيئا من ذلك ولم يدخله حلقه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل الاكل والشرب
والذوق ليس باكل ولا شرب لان الاكل ايصال الشيء الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم ممضوغا او غير ممضوغ مما ياتي فيه الهشم
والمضغ والشرب ايصال الشيء الى جوفه وفيه مما لا ياتي فيه الهشم والمضغ في حال ايصاله والذوق معرفة طعم الشيء بفيه من غير
ادخال عينه في حلقه الا ترى ان الصايم اذا ذاق شيئا لم يفطره والاكل والشرب مفطر له ومتى عقد يمينه على فعل فاتى بما هو دونه
لم يحنث وان اتى بما هو فوقه حنث لانه اتى بالمحلوف عليه وزيادة وان كان قال لا اذوق حنث لوجود الذوق حقيقة وان لم يدخله
حلقه الا اذا تمضمض بماء فحينئذ لا يحنث لان قصده التطهير لا معرفة طعم الماء فلم يكن ذلك ذوقا وان اعني بالذوق الاكل في الاكل
والشرب في المشروب لم يحنث ما لم يدخله في حلقه لان المنوي من محتملات لفظه وفيه عرف ظاهر فان الرجل يقول ما ذقت اليوم
شيئا اي ما اكلت وجاء في الحديث انهم كانوا لا يتفرقون الا عن ذوق فاذا نوى ذلك عملت نيته وان لم يكن له نية بيمينه على حقيقة
ذلك لان ذلك متعارف ايضا الا انه روى هشام عن محمد رحمهما الله انه اذا تقدم ما يدل على ان مراده الاكل لا يحنث ما لم ياكل
بان قال تغد معي فحلف ان لا يذوق طعامه فيمينه على الاكل لان ما تقدم دليل عليه وذلك فوق نيته وان قال لا اذوق طعاما
ولا شرابا فذاق احدهما حنث لانه كرر حرف النفي فتبين ان مراده نفي كل واحد منهما على الانفراد كما قال الله تعالى لا يسمعون فيها لغوا ولا
تاثيما وكذلك لو قال لا اكل كذا ولا كذا او لا اكلم فلانا ولا فلانا وكذلك ان ادخل حرف او بينهما لان او في موضع النفي حرف او بمعنى ولا
قال الله تعالى ولا تطع منهم اثما او كفورا يعني ولا كفورا فصار كل واحد منهما كانه عقد اليمين بانفراده بخلاف ما لو ذكر حرف الواو بينهما
ولم يعد حرف النفي لان الواو للعطف فيصير في المعنى جامعا بينهما ولا يتم الحنث الا بوجودهما وان حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا طريا
او مالحا لم يحنث الا على قول مالك رحمه الله فانه يحمل الايمان على الفاظ القران وقد قال الله تعالى لتاكلوا منه لحما طريا وقد بينا ما نعد
هذا والدليل عليه ان من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وقد قال الله تعالى ان شر الدواب عند الله الذين كفروا ثم معنى اللحمية
ناقص في السمك لان اللحم ما يتولد من الدم وليس في السمك دم ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك من حيث العرف لا يستعمل
السمك استعمال اللحم في اتخاذ الباجات منه وبايع السمك لا يسمى لحاما والعرف في اليمين معتبرة الا ان يكون نوى السمك فحينئذ تعمل
نيته لانه لحم من وجه ففيه تشديد عليه وهو نظير قوله كل امراة له طالق لا تدخل المختلعة فيه الا بالنية وكل مملوك له لا يدخل
فيه المكاتب الا بالنية قال الا ترى انه لو اكل صبرا او كبدا لم يحنث وفي رواية ابي حفص رحمه الله او صحا وان اكل لحم ابل او غنم
او طير مشوي او مطبوخ او قديد حنث لان الماكول لحم مطلق الا ترى ان معنى الغذاء تام فيه ويستوي في ذلك الحلال والحرام
حتى لو اكل لحم خنزير او انسان حنث لانه لا نقصان في معنى اللحمية فيه فان كمال معنى اللحمية متولد من الدم وما يحل ويحرم
من الحيوانات والطيور فيهما دم قال وكذلك لو اكل شيئا من الرؤوس فانما على الراس لحم لا يقصد باكله سوى اللحم بخلاف ما لو اشترى
لحما فاشترى راسا لم يحنث لان فعل الشراء لا يتم به بدون البايع وبايع الراس يسمى رآسا لا لحاما فكذلك هو لا يسمى مشتري اللحم بشراء
الراس فاما الاكل فيتم به وحده فيعتبر فيه حقيقة الماكول وكذلك ان اكل شيئا من البطون كالكرش والكبد والطحال قيل هذا
بناء على عادة اهل الكوفة فانهم يبيعون ذلك مع اللحم فاما في البلاد التي لا تباع مع اللحم عادة لا يحنث وقيل يحنث بكل حال لانه يستعمل
استعمال اللحم لاتخاذ المرقة واللحم ما يتولد من الدم والكبد والطحال عينه دم فمعنى اللحمية فيهما اظهر وكذلك ان اكل شحم الظهر لانه
لحم الا انه سمين الا ترى انه يباع مع اللحم وانه يسمى سمين اللحم ولا يحنث في شحم البطن والالية لانه ينفى عنه اسم اللحم ويقال انه شحم وليس
لحم ولا يستعمل اللحم في اتخاذ الباجات والالية كذلك فانه ليس بلحم ولا شحم بل له اسم خاص وفيه مقصود لا يحصل بغيره الا ان ينوي
ذلك فحينئذ تعمل نيته لانه من محتملات لفظه وفيه تشديد عليه ولو حلف لا ياكل اداما ولا نية له فالادام الخل والزيت واللبن

والزبد واشباه ذلك مما يصطبغ الخبز به ويختلط به فاما الخبز والبيض والسمك واللحم ليس بادام في قول ابي حنيفة وهو الظاهر
من قول ابي يوسف وعلى قول محمد رحمه الله ادام وهو رواية عن ابي يوسف في الامالي وروى هشام عنه ان الجوز اليابس ادام كالجبن
وجه قول محمد ان الادام ما يوكل مع الخبز غالبا وانه مشتق من المؤادمة وهو الموافقة قال عليه السلام للمغيرة بن شعبة لما نظرها
احرى ان يؤدم بينكما اي يوافق فما يوكل مع الخبز غالبا فهو موافق له فيكون اداما وقال عليه السلام سيد ادام اهل الجنة اللحم واخذ
لقمة سمينة وتمرة فقال هذه ادام هذه فعرفنا ان ما يوافق الخبز في الاكل فهو ادام الا انا خصصنا ما يوكل غالبا وحده كالبطيخ
والتمر والعنب لان الادام تبع فيما يوكل وحده غالبا لا يكون تبعا فاما الجبن والبيض واللحم لا يوكل غالبا فكان اداما ولكن ابو
حنيفة رحمه الله قال الادام تبع ولكن حقيقة التبعية فيما يختلط بالخبز ولا يحتاج الى ان يحمل معه كالخل قال النبي عليه السلام نعم
الادام الخل فما يصطبغ به فهو بهذه الصفة واما اللحم والجبن والبيض يحمل مع الخبز فلا يكون اداما وان كان قد يوكل معه كالعنب
يوضحه ان الادام ما يتاتى اكله وحده كالملح فانه ادام والخل واللبن لا يتاتى فيه الاكل وحده لان ذلك شرب لا اكل فعرفنا انه
ادام فاما اللحم والجبن والبيض يحمل مع الخبز لا يكون اداما وان كان قد يوكل معه كالعنب يوضحه ان الادام ما لا يتاتى اكله وحده
كالملح فانه ادام والخل واللبن لا يتاتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا اكلا فاما اللحم والجبن والبيض يتاتى الاكل فيها وحدها
فلم يكن اداما الا ان ينوي ذلك فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ولو حلف لا ياكل طعاما ينوي طعاما بعينه او حلف لا ياكل لحما
ينوي لحما بعينه فاكل غير ذلك لم يحنث الا انه كانت يمينه بالطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضا لانه نوى
التخصيص في اللفظ العام فانه ذكر الطعام منكرا في موضع النفي يعم وان قال لا اكل ونوى طعاما دون طعام لم يدين في القضا
ولا فيما بينه وبين الله تعالى عندنا وعند الشافعي هذا والاول سوا لان الاكل يقتضي ماكولا لا انه صرح بذكر الطعام وهو بنا على
اصله ان الثابت بمقتضى اللفظ كالملفوظ فاما عندنا لا عموم للمقتضى ونية التخصيص انما تصح فيما له عموم دون ما لا عموم له
فالاصل عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول او الحال او الصفة كانت نيته لغوا لانه تخصيص ما لا لفظ له اما
نية التخصيص في المفعول كما بينا ونية التخصيص في الحال بان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قايم بين يديه وينوي حال قيامه فنيته
لغو بخلاف ما لو قال هذا الرجل وهو قايم وهو ينوي حال قيامه فان نيته فيما بينه وبين الله تعالى وتخصيص الصفة ان يقول لا اتزوج
امراة وهو ينوي كوفية او بصرية فان نيته تلغوا ولو نوى عربية او حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص
في الجنس وذلك في لفظه ولو حلف لا ياكل شويا ولا نية له فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غيره لان الناس يطلقون هذه اللفظة
على اللحم عادة دون الباذنجان والجزر المشوي الا ترى ان الشوا اسم لمن يبيع اللحم المشوي فمطلق لفظه ينصرف اليه للعرف الا انه نوى
كل ما يشوى من بيض وغيره فتعمل نيته لما فيه من التشديد ولو حلف لا ياكل راسا فالعهد على رووس البقر والغنم وهذا
لانا نعلم انه لم يرد راس كل شي وان راس الجراد والعصفور لا يدخل في هذا وهو راس حقيقة فاذا علمنا انه لم يرد الحقيقة وجب
اعتبار العرف وهو الراس الذي يشوى في التنانير ويباع مشويا فكان ابو حنيفة يقول ولا يدخل فيه راس الابل والبقر والغنم
لانه راى عادة اهل الكوفة انهم يفعلون ذلك في هذه الرووس الثلثة ثم تركوا هذه العادة فرجع وقال يحنث في راس البقر
والغنم خاصة ثم ان ابا يوسف ومحمدا رحمهما الله شاهدا عادة اهل بغداد وساير البلدان انهم لا يفعلوا ذلك الا في راس الغنم
خاصة ليعلم ان الاختلاف اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم وبيان والعرف الظاهر اصل في مسايل الايمان وان حلف
لا ياكل بيضا فهو على بيض الطير من الدجاجة والاوز وغيرهما ولا يدخل بيض السمك ونحوه فيه الا ان ينويه لانا نعلم انه لا يريد
بهذا بيض كل شي فان بيض الدود لا يدخل فيه فانما يحمل على ما يطلق عليه اسم البيض ويوكل عادة وهو كل بيض له قشر كبيض
الدجاجة ونحوها وان حلف لا ياكل طبيخا فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غيره استحسانا وفي القياس يحنث في اللحم وغيره مما
هو مطبوخ ولكن لا اخذ بالقياس يحنث فان المتمهل من الدوا مطبوخ ونحن نعلم انه لم يرد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو
اللحم لانه هو الذي يطبخ في العادات الظاهرة قال الطبيخ في العادة ما يتخذ من الالوان والباجات وهو الذي يسمى متخذ
ذلك طباخا فاما من يطبخ الاجر لا يسمى طباخا قالوا وانما يحنث واذا اكل اللحم المطبوخ فاما القلية اليابسة فلا وما طبخ بالماء
اذا اكل المرقة او الخبز يحنث وان لم ياكل عين اللحم لان اجزا اللحم فيه ولان تلك المرقة تسمى طبيخا واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل
عنبا او رطبا او رمانا لم يحنث في قول ابي حنيفة ويحنث في قول ابي يوسف ومحمد لان الفاكهة ما يوكل على سبيل التفكه وهو التنعم
وهذه الاشيا اكمل ما يكون في ذلك ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك الفاكهة ما يقدم للضيفان للتفكه به لا للشبع
والرمان

والرمان والرطب من انفس ذلك كالتين وابو حنيفة رحمه الله يقول هذه الاشيا غير الفاكهة قال الله تعالى فيهما فاكهة ونخل
ورمان وقال وقضبا وزيتونا ونخلا وحدايق غلبا وفاكهة وابا فتارة عطف الفاكهة على هذه الاشيا وتارة عطف هذه الاشيا
على الفاكهة والشي لا يعطف على نفسه مع انه مذكور في مواضع المنة ولا يليق بالحكمة ذكر الشي الواحد في موضع المنة بلفظين
ثم الاسم مشتق من التفكه وهو التنعم قال الله تعالى انقلبوا فاكهين اي متنعمين وذلك معنى زايد على ما به القوام والبقا
والرطب والعنب يتعلق بهما القوام وقد يجتزى بهما في بعض المواضع والرمان كذلك في الادوية فلا يتناولهما مطلق اسم
الفاكهة الا ترى ان يابس هذه الاشيا ليس من الفواكه فان الزبيب والتمر قوت وحب التوابل دون الفواكه وما تكون رطبه
من الفواكه فيابسه من الفواكه ايضا كالتين والمشمش والخوخ وما لا تكون يابسه من الفواكه فرطبه لا يكون من الفواكه
كالبطيخ فانه يقدم من الفواكه بين يدي الضيفان ولا يتناوله اسم الفاكهة واما القثا والقند والجزر ليس من الفواكه ايضا
كالتين والمشمش والخوخ وما لا يكون يابسه من الفواكه انما هي من البقول والتوابل بعضها يوضع على المايدة مع البقل وبعضها
يوضع في القدر مع التوابل قال ويدخل في الفاكهة اليابسة اللوز والجوز واشباه ذلك وقد بينا ان ابا يوسف رحمه الله
يجعل الجوز اليابس من الادام دون الفاكهة لانه لا يتفكه به عادة انما يوكل مع الخبز او يجعل مع التوابل في القدر ولكن في
ظاهر الرواية يقول رطب الجوز من الفاكهة فكذلك يابسه للاصل الذي بينا وان حلف لا ياكل طعاما فاكل خبزا او فاكهة او غير
ذلك حنث ومراده او غير ذلك مما يسمى طعاما عادة دون ما له طعم حقيقة فان كل احد يعلم انه لا يريد التقوت بهذا اللفظ ولو
طعم عرفنا ان مراده يسمى في العادة طعاما ويوكل على سبيل التطعم ولو حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فاكله غيره في اليوم لم
يحنث في قول ابي حنيفة ومحمد يحنث اذا غابت الشمس والاصل فيه ان اليمين اذا كانت موقتة بوقت فانعقادها يوجب البر في اخر ذلك
اليوم الا ان عند ابي يوسف وجود ما حلف عليه بشرط لانعقاد اليمين حتى اذا قال لاشربن الما الذي في هذا الكوز ولا ما فيه تنعقد
اليمين هنا لما انعدم الطعام في اخر الوقت وهذا لان شرط حنثه ترك اكل الطعام في اخر جزء من اجزاء اليوم ولا يتصور ذلك
اذا لم يبق الطعام وقد بينا ان بدون توهم البر لا تنعقد اليمين وان لم يكن وقت فيه وقتا حنث لان اليمين انعقدت في الحال
لتوهم البر فيها لكون الطعام قايما في الحال ثم فات شرط البر باكل الغير اياه فيحنث قال وكذلك ان مات الحالف قبل ان ياكله والطعام
قايم بعينه لان شرط البر قد فات بموته وكذلك ان مضت المدة وهو حي والطعام قايم بعينه لان شرط البر قد فات وفعل
الاكل في الوقت وقد تحقق فواته بمضي الوقت فحنث في يمينه وعلى هذا لو حلف ليقضين حق فلان غدا فقضاه اليوم لم يحنث في قول
ابي حنيفة ومحمد ويحنث عند ابي يوسف كما جا الغد لان عنده كما جا الغد انعقدت اليمين فان عدم المحلوف عليه لا يمنع
انعقاد اليمين عنده وان حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه فلان مع اخر حنث لان ما اشتراه فلان
من ذلك طعام وقد اكله فان كل جزء من الطعام يسمى طعاما بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان فسكن دارا اشتراها فلان
واخر معه لان نصف الدار لا يسمى دارا الا ان يكون نوى في الطعام ان يشتري هو وحده فتعمل نيته لانه نوى الخصوص في اللفظ
العام فان شري الطعام قد يكون وحده وقد يكون مع غيره وكذلك لو حلف لا ياكل من طعام يملكه فلان بخلاف ما لو حلف
لا يلبس ثوبا لفلان او ثوبا اشتراه فلان لان اسم الثوب للكل وبعض الثوب ليس بثوب الا ترى انه لو قال هذا الثوب لفلان
وهو بينه وبين اخر كان كذبا ولو قال هذا الطعام لفلان وهو يعني نصفه كان صدقا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق شيا
فاكل خبزه حنث لان عين الدقيق لا يوكل عادة فينصرف يمينه الى ما يتخذ منه كما لو حلف لا ياكل من هذه النخلة واختلفوا
فيما لو اكل عين الدقيق لا يوكل عادة فمنهم من يقول يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان
عين الدقيق ما كول والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن
قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنا بها لم يحنث لانه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطي وان كان عنى اكل الدقيق بعينه
لم يحنث باكل الخبز لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا ياكل من هذه الحنطة شيا فان نوى ان ياكلها حبا فاكل من خبزها او سويقها لم
يحنث كان المنوي حقيقة كلامه فهو كالملفوظ وان لم يكن له نية فاكل من خبزها لم يحنث في قول ابي حنيفة ويحنث في قول ابي يوسف ومحمد
قال في الكتاب يمينه على ما يصنع منها وهذا اشارة الى ان عندهما لو اكل من عينها لم يحنث ولكن ذكر في الجامع الصغير وان اكل من
خبزها يحنث عندهما ايضا فهذا يدل على انه يتناول عين الحنطة عندهما وهو الصحيح ووجه قولهما ان الحنطة في العادة هكذا يكون
فانك تقول اكلنا اجود حنطة في الارض تريد الخبز ويقال اهل بلدة كذا ياكلون الحنطة واهل بلدة كذا ياكلون الشعير والمراد

الخبز الا ان ابا حنيفة ومحمدا رحمهما الله يقولان عين الحنطة ماكول عادة فانها تقلى وتوكل ويتخذ منها الهريسة وما انعقدت يمينه على كل عين ماكول ينصرف يمينه الى اكل عينه دون ما يتخذ منه كالعنب والرطب وهذا لان للكلام حقيقة مستعملة ومجاز متعارف ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز لان المجاز مستعار والثوب الواحد في حالة واحدة لا يتصور ان يكون ملكا وعارية فاذا كانت الحقيقة مرادة ينتفي المجاز وهما لا ينكران هذا الاصل ولكنهما يقولان ان اكل الحنطة انما يحنث باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الحقيقة وقد بينا نظايره في وضع القدم وغيره قال واذا اكل من سويقها لم يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك عند محمد ايضا لان الموجود في الحنطة لبها وهو ما يصير بالطحن دقيقا رحمهما الله ان السويق جنس اخر غير الدقيق ولهذا جوزا اكل السويق بالدقيق متفاضلا فما تناول اليمين من جنس ما كان موجودا في الحلقة التي عينها فلا يحنث وعند ابي حنيفة رحمه الله يمينه تناولت الحقيقة فلا يحنث باكل السويق وان حلف لا ياكل من هذا الطلع شيا فاكل منه بعدما صار بسرا لم يحنث لان البسر ليس من جنس الطلع الا ترى ان بيع البسر بالطلع يجوز كيف ما كان وكذلك لو حلف لا ياكل من هذا البسر فاكل منه بعدما صار رطبا لان البسر عينه ماكول ولان الرطب وان كان من جنس البسر الا ان الانسان قد يمتنع من تناول البسر ولا يمتنع من تناول الرطب والاصل متى عقد يمينه على عين بوصف يدعوا ذلك الوصف الى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف وينزل منزلة الاسم ولهذا لو حلف لا ياكل من هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لم يحنث لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يمتنع الانسان من تناول الرطب دون التمر وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ حنث لان صفة الشباب ليست بداعية الى اليمين وكذلك لو حلف لا ياكل من هذا الحمل فاكله بعدما كبر حنث لان الصفة المذكورة ليست بداعية الى اليمين ولو حلف لا ياكل من هذا السويق فشربه شربا لم يحنث لان الشرب غير الاكل فان الله تعالى قال كلوا واشربوا والشي لا يعطف على نفسه وقد بينا حد كل واحد من الفعلين وكذلك لو حلف لا ياكل من هذا اللبن فشربه او حلف لا يشربه فاكله لم يحنث واكل اللبن بان يثرد فيه الخبز وشربه ان يشربه كما هو ولو تناول شيا مما يصطنع منه كالجبن والاقط لم يحنث لان عينه ماكول وقد عقد اليمين عليه الا ترى انه لو حلف لا يذوق من هذا الخمر فذاق بعدما صار خلا لم يحنث ولو حلف لياكلن هذا السويق فاكله كله الا حبة لم يحنث لانه يسمى في العادة اكلا ولانه لا يتصوره اكله كله على وجه لا يبقى حبة في الاناء او بين لهواته او اسنانه فيحمل يمينه على ما ياتي به البر اذا كان ذلك متعارفا بين الناس وعلى هذا لو حلف لياكلن هذه الرمانة فاكلها كلها الا حبة واحدة كان قد بر في يمينه لان اكل الرمانة هكذا يكون فانه لا يمكنه ان ياكلها على وجه لا يسقط منه حبة الا ان يكون نوى ذلك فحينيذ قد يشدد على نفسه بنية حقيقة كلامه ولو مصها ورمى بالحبل يحنث سوا حلف على اكلها او شربها لان هذا ليس باكل ولا شرب ولكنه مص وان قال لامراتيه ايتكما اكلت هذه الرمانة فهي طالق فاكلتا جميعا لم تطلقا لان كلمة اي تتناول كل واحدة من المخاطبتين على الانفراد وشرط الطلاق اكل الواحدة جميع الرمانة ولم يوجد ذلك فلهذا لا تطلق واحدة منهما وان حلف لا ياكل سمنا فاكل سويقا قد لت بسمن واوسع حتى يستبين فيه طعمه ويرى مكانه حنث وكذلك كل شي فيه سمن يوجد طعمه ويستبين فيه وان كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لانه عقد نيته على اكل عين السمن ولا بد من قيام عينه عند الاكل ليحنث وقيام عين الماكول بذاته او طعمه فاذا كان يرى مكانه ويستبين طعمه فقد علمنا وجود شرط حنثه زاد هشام رحمه الله في نوادره ان يكون بحال يمكن عصر السمن فاما اذا كان لا يرى مكانه ولا يستبين طعمه فقد صار مستهلكا فيه ولم يذكر في الكتاب ما اذا عقد اليمين على مايع فاختلط بمايع من جنسه او من غير جنسه وذكر في النوادر عن ابي يوسف اذا حلف لا يشرب لبنا فصب الما في اللبن وشربه فان كان اللون فيما شرب لون اللبن ويوجد طعمه وهو الغالب فيحنث به وان اللون لون الما فيه علمنا ان اللبن مغلوب مستهلك فلا يحنث به الا ترى انه يقال للاول لبن مغشوش وللثاني ما خالطه لبن وهذا ذكر في بعض نسخ الاصل وعن محمد رحمه الله انه تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة لان القليل لا يظهر في مقابلة الكثير وان كانا سوا لم يحنث في القياس للشك والتردد وفي الاستحسان هو حانث لان ما حلف عنه لا يصير مغلوبا بما سواه وان حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط بلبن بقرة اخرى فعند ابي يوسف هذا والاول سوا لان المغلوب في حكم المستهلك سوا كان الغالب من جنسه او من خلاف جنسه وعند محمد يحنث هنا على كل حال لان الشي لا يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به ولو حلف لا ياكل من هذه التمرة فاختلطت بتمرة فاكله كله حنث لانه قد اكل تلك التمرة حقيقة فانه ياكل تمرة تمرة وجملته بما حلف عليه لا يمتنع حينه وان حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث لانه قد اكل المحلوف عليه بيقين وهذا بخلاف ما سبق من السمن اذا كان لا يرى مكانه في السويق والعسل لان هناك ياكل الكل جملة فما ياكله من السمن مستهلك اذا كان لا يرى مكانه وهنا انما ياكل حبة حبة فاذا اكل حبة الشعير وحدها

فقد

فقد وجد شرط الحنث حتى اذا كانت يمينه على الشرا لم يحنث لانه يشتري للاكل جملة ومشتري الحنطة لا يسمى مشتريا للشعير وان كان فيها لان بايعها لا يسمى بايع الشعير وان حلف لا ياكل شحما فاكل شحم البطن فهو حانث وان اكل لحما يخالطه شحم يعني شحم الظهر لم يحنث في قول ابي حنيفة رحمه الله وهو حانث في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وذكر الطحاوي قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهم وجه قول ابي يوسف ان شحم الظهر شحم بذاته ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما والمستثنى من جنس المستثنى منه هو الحقيقة وابو حنيفة رحمه الله يقول هذا لحم عند الناس الا ترى انه لو حلف لا ياكل لحما يحنث بهذا وكذلك يقال في العادة في العربية سمين اللحم وبالفارسية فربهى لاي والدليل عليه ان يمينه لو كان على الشرا لم يحنث بهذا الا ان ابا يوسف رحمه الله يفرق لما ذكرنا ان الشرا لا يتم به وحده بخلاف الاكل ثم سمين اللحم يستعمل استعمال اللحوم في استعمال القلايا والباجات لا استعمال الشحوم وقد بينا ان الايمان لا تنبني على لفظ القران وفي الاية استثنا الحوايا ايضا وما اختلط بعظم ولا احد لا يقول ان مخ العظم يكون شحما واذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا حنث وكذلك لو حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا فيه بعض البسر فهو حانث لانه اكل المحلوف عليه حقيقة وعرفا ولو حلف لا ياكل رطبا ونيه شي من البسر فهو على الخلاف ابو يوسف يقول المذنب لا يسمى رطبا وانما يسمى بسرا حتى يحنث باكله لو كانت يمينه على البسر فكيف يكون رطبا وبسرا في حالة واحدة وابو حنيفة ومحمد قالا الجانب الذي ارطب منه رطب الا ترى لو ميز ذلك واكله وحده حنث في يمينه فكذلك اذا اكله مع غيره ولهذا يحنث لو كانت يمينه على اكل البسر لان احد الجانبين بسر وهذا ينبني على الاصل الذي بينا فان الرطب والبسر جنس واحد ومن اصل ابي يوسف رحمه الله ان المغلوب مستهلك بالغالب وان كان الجنس واحدا فان عند ابي حنيفة ومحمد في الجنس الواحد لا يكون الاقل مستهلكا بالاكثر فيعتبر كل واحد منهما على حدة وان حلف لا ياكل من هذا العنب شيا فاكل منه بعدما صار زبيبا لم يحنث لان الوصف المذكور داع الى اليمين فقد يمتنع المرء من تناول العنب دون الزبيب وقد بينا نظيره في الرطب مع التمر ولان الزبيب غير العنب الا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا لا يحنث وانقطع حق صاحبه عنه ويمينه على عين ماكول فلا يتناول ما يتخذ منه ولو حلف لا ياكل جوزا فاكل منه رطبا او يابسا حنث وكذلك اللوز والفستق والتين واشباه ذلك لان الاسم الذي عقد به اليمين حقيقة في الرطب واليابس منه فانه بعد اليبس لا يتجدد للعين اسم اخر بخلاف الزبيب وان حلف لا ياكل شيا من الحلوا فاي شي من الحلوا اكله من خبيص او عسل او سكر او ناطف حنث والحلوا اسم لكل حلو لا يكون من جنسه غير حلو وذلك موجود في هذه الاشيا وان اكل عنبا او بطيخا لم يحنث وان كان حلوا لان من جنسه حامض غير حلو خصوصا باوزجند وان حلف لا ياكل خبيصا فاكل منه يابسا او رطبا حنث لان اليابس والرطب خبيص حقيقة وعرفا وان حلف طايعا او مكرها شيا سماه فاكره حتى اكله حنث وهذا لان الاكراه لا يعدم القصد ولا يمنع عقد اليمين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد بيناه في الطلاق وبعد انعقاد اليمين لا يمنع حصول الشبع والذي به وكذلك ان اكله وهو مغمى عليه او مجنون لان شرط حنثه الاكل والجنون والاغما لا يعدم فعل الاكل ووجوب الكفارة باليمين لا بالحنث وهو كان صحيحا عند اليمين فيحنث عند وجود الشرط وان اوجر او صب في حلقه مكرها وقد حلف لا يشربه لا يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه وهو ليس بفاعل بل مفعول به فلا يحنث ولكن لو شرب منه بعد هذا حنث لان ما سبق غير معتبر في ايجاد شرط الحنث ولكن لم ترتفع اليمين به لان ارتفاعها بوجود شرط الحنث وان حلف لا ياكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه من ماءه ثم القاه لم يحنث لانه ما اوصل الى جوفه عين الطعام وانما ياتي به المضغ والهشم وقد بينا ان الاكل لا ياتي بهذا وان حلف لا ياكل تمرا فاكل قسبا لم يحنث لان القسب يابس البسر ولو اكله رطبا لم يحنث فكذلك اذا اكله يابسا وكذلك ان اكل بسرا مطبوخا وان حلف لا ياكل حبا فاي حب اكل من سمسم او من غيره لان كل شي يقع عليه اسم الحب مما ياكله الناس فهو داخل في يمينه باعتبار العادة الا ان ينوي شيا بعينه فيكون على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وكل شي يوكل ويشرب كالسويق والعسل واللبن فان عقد اليمين على اكله لم يحنث بشربه وان عقد على شربه لم يحنث باكله لانهما فعلان مختلفان وان كان المحل واحدا وشرط حنثه الفعل دون المحل وان حلف لا ياكل خبزا فاكل خبز حنطة او شعير حنث لانه يسمى خبزا مطلقا وان كان اكل الارز فان كان من اهل بلد ذلك طعامهم كاهل طبرستان فهو حانث فاما في ديارنا لا يحنث لان اكل خبز الارز غير معتاد في ديارنا ولا يسمى خبزا مطلقا وان حلف لا ياكل تمرا فاكل حيسا حنث لان هذا هو التمر بعينه لم تغلب عليه غيره فان الحيس تمر يوقع في اللبن حتى ينتفخ به فيوكل رجل دخل على رجل فدعاه الى الغدا فحلف ان لا يتغدى ثم رجع الى اهله فتغدى لم يحنث لان يمينه انما وقعت جوابا لكلامه ومعنى هذا ان مطلق الكلام يتقيد بما سبق فعلا او قولا حتى لو قامت امراته لتخرج فقال لها ان خرجت فانت طالق كانت يمينه على تلك الخرجة فكذلك اذا دعاه الى الغدا

فقال ان تغديت معناه الغدا الذي دعوتني اليه ولو صرح بذلك لم يحنث اذا رجع الى اهله وتغدى ولا اذا تغدى عنده في يوم اخر فكذلك هاهنا

باب الشرب

رجل حلف لا يشرب شرابا فاي شراب شربه من ما او غيره حنث في يمينه لان الشراب ما يتاتى فيه فعل الشرب وقد بينا حده والما في ذلك كغيره فانه شراب طهور قال الله تعالى وسقاهم ربهم شرابا طهورا فيدخل في ذلك كل شراب يشربه الانس وان عنى شرابا بعينه دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضا لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان حلف لا يشرب نبيذا فاي نبيذ شربه حنث والنبيذ الزبيب والتمر ينقع في الما فيستخرج حلاوتهما ثم يجعل شرابا ماخوذا من النبيذ وهو الطرح قال الله تعالى فنبذوه ورا ظهورهم فان شرب سكرا او نجيعا او عصيرا لم يحنث لانه ليس بنبيذ ولا يطلق عليه اسم النبيذ عادة وهذا اذا كانت يمينه بالعربية اما بالفارسية اسم النبيذ يطلق على كل مسكر والايمان تبنى على العرف في كل موضع ولو حلف لا يشرب ما فشرب نبيذا لم يحنث لانه غير الما فانه قد تغير بما غلب عليه من حلاوة الزبيب والتمر وان طبخ فلا اشكال فيه انه غير الما وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا في مجلس واحد من شراب واحد حنث وان كان الانا الذي يشربان منه واحدا او مختلفا لان الشرب مع الغير هكذا يكون الا ترى ان الامير مع ندمائه يشرب ثم اناوه الذي يشرب منه غير انائهم وربما يشرب العرق ويمزج لهم الا ان يكون نوى شرابا واحدا حين حلف فحينئذ نوى اكل ما يكون مع الشراب مع فلان ونيته كذلك صحيح ولو حلف لا ياكل الطعام فاكل منه يسيرا حنث وكذلك لو حلف لا يشرب الما لان الاسم حقيقة للقليل والكثير والفعل يتحقق في القليل والكثير فان عنى الما كله والطعام كله لم يحنث لهذا لان الما والطعام اسم جنس فاذا عنى الكل فانما نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته ثم لا يحنث هذا لانه لا يستطيع ان يشرب الما كله ولا ان ياكل الطعام كله ولو حلف لا يذوق شرابا وهو يعني لا يشرب النبيذ خاصة فاكله الا لم يحنث لانه ذكر الشراب والشراب كشرب فنيته الشرب فيما ذكر من الذوق صحيح وقد بينا انه متى عقد يمينه على فعل الشرب لم يحنث بالاكل ولو حلف لا يذوق لبنا ولا نية فاكله او شربه حنث لانه قد ذاقه وزاد عليه وان حلف لا يشرب من دجلة فغرف منها بقدح وشربه لم يحنث في قول ابي حنيفة الا ان يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب وعلى قول ابي يوسف ومحمد يحنث لان الشرب من دجلة هكذا يكون في العادة فانه يقال اهل بلد كذا يشربون من دجلة وانما يراد به طريق الاغتراف في الاواني ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول حقيقة الشرب من دجلة يكون بالكرع وهذه حقيقة مستعملة فيحال الحديث ان النبي عليه السلام قال لقوم هل عندكم ما بات في الشن والا كرعنا وقد بينا ان الحقيقة اذا كانت مستعملة فاللفظ يحمل عليه دون المجاز والحقيقة مراده هنا فانه لو كرع يحنث وهو حقيقة الشرب من دجلة لان من للتبعيض فالحقيقة ان يضع فاه على بعض دجلة والحقيقة استعمال اللفظ في موضوعه والمجاز استعماله في غير موضوعه ولا يتصور ان يكون اللفظ الواحد مستعملا في موضعه معدولا به من موضوعه فبهذا وما تقدم من مسئلة الحنطة سوا فان عندهما في الفصلين انما يحنث لعموم المجاز قال الا ترى انه لا يشرب في هذا الجب فغرف منه بقدح فشرب فانه يحنث وهذا عندهما فاما عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان فلان فيمينه على الكرع خاصة وان لم يكن على الكرع وان لم يكن فلان فحينئذ للجواب كما قال لان الكرع لا ياتي هنا كما لو حلف لا يشرب من هذا البير وان تكلف الكرع من البير ففيه اختلاف المشايخ كما بيناه في مسئلة الدقيق والله اعلم

باب اللبس

واذا حلف الرجل لا يشتري ثوبا ولا نية له فاشترى كسا خز او طيلسانا او فروا او قبا او غير ذلك مما يلبس الناس حنث لان اسم الثوب حقيقة لهذا او يطلق عليه عرفا وان اشترى مسحا او بساطا لم يحنث لان اسم الثوب لا يطلق عليه عادة وانما يطلق على ملبوس بني ادم في الايمان للعادة غيره ولو اشترى قلنسوة لم يحنث لانه ليس بثوب فالثوب ما يستر العورة ولا يتادى به الكسوة في الكفارة وان اشترى اكثر من نصف الثوب حنث لان اسم الثوب ينطلق على اكثر الثوب لانه يستر العورة وكذلك ان اشترى ثوبا صغيرا حنث ومراده ما يكون ازارا او سراويل يستر العورة ويجوز الصلوة فيه وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا فلو سمى ثوبا بعينه وليس منه طايفة يكون اكثر من نصف حنث لانه يسمى لابسا له الا ترى ان الانسان قد يلبس الردا وبعض جوانبه على الارض وان حلف لا يلبس ثوبا بعينه فاتخذ منه جبة وحشاها ولبسها حنث لانه جعل شرط حنثه لبس العين وعقد اليمين باسم الثوب والثوب باق بعد ما اتخذ منه الجبة فان لابس الجبة يسمى لابسا للثوب بخلاف ما لو حلف على قميص لا يلبسه ابدا فجعل منه قبا فلبسه لم يحنث

لانه

لانه عقد اليمين باسم القميص ولا يبقى هذا الاسم بعد ما جعله قبا الا ترى ان لابس القبا لا يسمى لابسا للقميص وان حلف لا يلبس من غزل فلانة شيئا فلبس ثوبا من غزلها حنث لان لبس الثوب هكذا يكون في العادة وفي القياس لا يحنث لان الثوب غير الغزل الا ترى ان من غصب غزلا فنسجه كان الثوب له ولكنه ترك هذا القياس للعرف فان احدا لا يلبس الغزل على نفسه هكذا ولو فعله لا يسمى لابسا ثوبا وانما يسمى لابسا للغزل وان نوى الغزل بعينه قبل ان ينسج لم يحنث اذا لبسه لانه نوى حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل اخرى لم يحنث لان الذي من غزلها بعض الثوب ويستوي ان نسج غزلهما مختلطا او غزل كل واحدة منهما في جانب على حدة وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان او من شرا فلان وهذا اذا كان فلان ذلك يباشر الشرا والنسج بيده فان كان ممن لا يعقل ذلك وانما ينسج له غلمانه واجراوه فهو حانث اذا لبس ثوبا نسجوه له لان مقصود الحالف معتبر في اليمين وان حلف لا يلبس خزا فلبس ثوبا من هذا الذي تسميه الناس الخز حنث وان لم يكن لان مطلق الاسم ينصرف الى ما هو المتعارف باعتبار ان العرف اصطلاح حادث على اصل اللغة وهو مقصود المتكلم عند الاطلاق وان حلف لا يلبس حريرا او ابريسما فلبس ثوب خز سداه حرير او ابريسم لم يحنث لان الثوب لا ينسب الى سداه وانما ينسب الى لحمته فان اللحمة هي التي تظهر دون السدى الا ترى ان لبس الحرير حرام على الذكور ثم لا باس بلبس العتابي والمصمت وان كان سداه حريرا لان لحمته غزل ولو لبس ثوبا لحمته ابريسم او حرير حنث عندنا بمنزلة ما لو كان حريرا كله الا ترى انه لا يحل للرجال لبسه والشافعي رحمه الله يعتبر اللون والبريق فيقول ان كان الغالب عليه بريق الابريسم ولينه حنث والا فلا واشار الى هذا والى الفرق بين هذا وبين الخز ولا معنى للفرق سوى العرف فان الناس يسمونه ثوب الخز وان لم يكن له لحمة خز ولا يسمون ثوب الحرير الا ان يكون حريرا كله ويكون لحمته حريرا قال الا ان يعني سدى الثوب او لحمته او علمه فحينئذ يحنث اذا لبسه بتلك الصفة لانه شدد الامر على نفسه بنيته وان حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن حنث لان القطن هكذا يلبس وان لبس قبا ليس بقطن لم يحنث لان القبا ينسب الى الظهارة لا الى الحشو ولا يسمى في الناس لابسا للحشو وانما يسمى لابسا للقبا المحشو فلا يحنث يكون حشوه قطنا الا ان يعنيه وان حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبا من قطن وكتان حنث لانه قد لبس الكتان فشرط حنثه وهو لبس الكتان قد وجد لانه يقال هذا ثوب قطن وكتان فان القطن والكتان يستويان في اضافة الثوب اليهما فلا يصير منسوبا الى احدهما دون الاخر بخلاف الخز فانه يغلب على الابريسم في نسبة الثوب اليه وبخلاف الابريسم مع الغزل فان الابريسم يغلب على الغزل في نسبة الثوب اليه حتى يسمى ملحما وان كان سداه قطنا وان حلف لا يلبس هذا القطن فجعله ثوبا فلبسه حنث لان القطن هكذا يلبس والحاصل في هذه المسايل على معاني كلام الناس فلا يشكل على من يتامل في كلام الناس وان حلف لا يلبس ثوبا قد سماه بعينه فاتزر به او ارتدى به فانه لا يحنث في القياس في الفصلين سوا ولكنه استحسن الفرق بينهما على الحرف الذي بينا ان الوصف في غير المعين معتبر وفي المعين لا يعتبر وانما يصير مغلوبا بوصفه ثم لبس القميص بصفة مخصوصة متعارف والثابت بالعرف كالثابت بالنص واذا لم يعين القميص انصرف يمينه الى اللبس بالصفة المعروفة فاذا اتزر به او ارتدى لم يحنث الا ترى انه لو قال لما لبست اليوم قميصا كان صادقا واما في المعين لا يعتبر الوصف فعلى اي وجه لبسه كان حانثا الا ترى انه لو قال لما لبست هذا القميص وقد اتزر به كان كاذبا وان لبس قميصا ليس له كمين حنث في يمينه لانه يسمى قميصا وان لم يكن له كم فان القميص كالدرع وقد يشتري الرجل لدرعه كمين فعرفنا ان القميص والدرع ينسب الى البدن فلا ينعدم الاسم بعدم الكمين كالرجل يسمى رجلا وان لم يكن بيدان وان حلف لا يلبس ثوبا فوضعه على عاتقه يريد به الحمل لا يحنث لانه حامل حافظ لا مستعمل لابس الا ترى ان الامين اذا فعل ذلك بالامانة لم يضمن وان نوى نوعا من الثياب دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان حلف لا يلبس من ثياب فلان شيا وهو ينوي ما عنده فاشترى فلان ثيابا فلبس منها لم يحنث لان المنوي من محتملات لفظه فانه عقد يمينه على فعل في ملك مضاف الى فلان ونوى حقيقة الاضافة في الحال فتصح نيته ويجعل ما نوى كالملفوظ به ولو حلف لا يكسو فلانا شيا فكساه قلنسوة او خفين او نعلين او جوربين حنث لان الكسوة عبارة عن التمليك وما ملكه شي فيتم شرط حنثه بخلاف ما لو حلف لا يكسوه ثوبا فان الثوب ما يكون ساترا للبدن وذلك لا يوجد في الخف والقلنسوة ولهذا لا يتادى بهما الكسوة في الكفارة ولو حلف لا يكسوه ثوبا فاعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا لم يحنث لانه ما كساه الثوب انما وهب له الدراهم واشار عليه بمشورة والموهوب له الخيار ان شا اشترى بها ثوبا وان شا غيره فلو ارسل اليه بثوب كسوة حنث لانه قد كساه فان فعل رسوله كفعله فان نوى ان يعطيه من يده الى يده لم يحنث لانه نوى حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس سلاحا فتقلد سيفا او سكينا قوسا او ترسا لم يحنث لانه لا يسمى في الناس لابسا

انما يسمى متقلدا للسيف او حاملا للسلاح او علافا له على نفسه ولو لبس درع حديد حنث لانه يسمى به لابسا للسلاح ولو حلف
لا يلبس درعا فلبس درع حديد او درع امراة حنث لان اسم الدرع يتناولهما حقيقة وعادة فان عنى احدهما فقد نوى
التخصيص في العام وذلك صحيح فلا يحنث الا بلبس ما عنى وان حلف لا يلبس شيئا فحنث بلبس درع حديد او درع امراة او
خفين او قلنسوة حنث في ذلك كله لانه عقد يمينه على فعل اللبس في محل هو شي واسم الشي يتناول هذا كله وفعل اللبس يوجد
في كلها فلهذا حنث

واذا حلف ليعطين فلانا ماله راس الشهر او عند الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها كلها لان الشهر جزو
من الزمان يشتمل على الليل والنهار وراس كل شهر اوله فاول الليلة واول الليل من اليوم يكون الا ترى ان في العرف يقال اليوم
راس الشهر وانما اهل البارحة وعند عبارة عن المقرب وذكره في المعنى وذكر الراس سوا وان حلف ليعطينه حقه صلوة الظهر
فله وقت الظهر كله لان الصلوة تذكر بمعنى الوقت قال عليه السلام ان للصلاة اولا واخرا والمراد الوقت ولان الاعطا
انما يكون في الزمان لا في الصلوة فعرفنا ان مراده الى ان يبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس
ثم النهي ممتد الى ان تبيض وان قال ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال مسا فالمسا مسا ان احدهما
بعد الزوال والاخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وان قال سحرا فوقت السحر ما بعد ذهاب ثلثي الليل الى طلوع
الفجر الثاني فان لم يعطه حتى مضى الوقت الذي سماه حنث لفوات شرط البر وان قال يوم كذا فله ذلك اليوم كله فاذا
غابت الشمس قبل ان يعطيه حنث لان اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس الا ترى ان صوم اليوم يتادى بوجود الامساك
في هذا القدر وان اعطاه قبل مجي الوقت المسمى او وهبه له او ابراه منه ثم جا الوقت وليس عليه شي لم يحنث في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لما بينا ان عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ولو مات احدهما قبل مضي الوقت لم يحنث لان شرط
حنثه ترك فعل الاداء في ذلك الوقت اليه ولا يتحقق ذلك اذا مات احدهما قبله وكذلك لو قضى الى وكيل الطالب بر لان
دفعه الى وكيل الطالب وان حلف لا يعطيه حتى ياذن له فاعطاه لم يحنث في قول ابي حنيفة ومحمد ويحنث في قول ابي يوسف
لانه عقد يمينه على فعل الاعطا وجعل لذلك غاية وهو اذن فلان بموت فلان يفوت الغاية وذلك يوجب صيرورة
اليمين مطلقة لا طلاقها واذن فلان كان مانعا من الحنث فبفواته يتحقق ايجاد شرط الحنث فلا يتعدم وهما يقولان
المعقود عليه حرمة الدفع الى غاية وهو اذن فلان وقد فات اذنه بموته فيفوت المعقود عليه والعقد لا يبقى بعد
فوات المعقود عليه يوضحه انها لو بقيت بقيت بحرمة الدفع مطلقا لا موقتا وهذا المطلق لم يكن ثابتا بيمينه فلا يبقى
من بعد ولانه جعل شرط حنثه ترك الاستيذان من فلان قبل الاعطا وذلك لا يتحقق بعد موت فلان فمن هذا الوجه
يفوت شرط الحنث بموت فلان وان حلف ليقضين فلانا ماله وفلان قد مات وهو لا يعلم لم يكن عليه حنث في يمينه وان
كان يعلم بموته حين حلف حنث وكذلك لو حلف ليضربنه او ليكلمنه او ليقتلنه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يحنث علم او لم يعلم لانه اضاف اليمين الى محلها فانعقدت ثم شرط البر فائت منه وفوات شرط البر موجب للحنث كما
لو كان عالما بموته او كان حيا قبل ان يقتله وبيان الوصف ان محل اليمين خبر في المستقبل سوا كان الحالف قادرا عليه او
عاجزا عن ايجاده فهذا مثله وابو حنيفة ومحمد قالا محل اليمين المعقودة خبر فيه رجا الصدق لانها تعقد للحظر او للايجاب
اولا لها رمعنى الصدق وذلك لا يتحقق فيما ليس فيه رجا الصدق فلا ينعقد اصلا كاليمين الغموس ثم اذا كان لا يعلم
بموته فمقصوده ازهاق روح موجودة فيه وقت اليمين ولا تصور لهذا اذا كان ميتا وان كان يعلم بموته فمقصوده ازهاق
روح يحدثه الله تعالى فيه اذا احياه وذلك متوهم فانعقدت يمينه ثم حنث لوقوع الياس عما هو شرط البر ظاهرا وعلى
هذا والله لاشربن هذا الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء في الكوز لم تنعقد يمينه في قول ابي حنيفة ومحمد لانه عقد يمينه على
خبر ليس فيه رجا الصدق الا انه لا فرق هنا بين ان يعلم ان الكوز لا ماء فيه او لا يعلم لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في
الكوز والله تعالى وان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين بخلاف مسيلة القتل اذا كان
يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان فكان ما عقد عليه اليمين متوهما
ورا هذا لغير مسيلة الكوز ان لو قال لا اقتلن هذا الميت فان يمينه لا تنعقد لانه لا تصور لما حلف عليه فانه اذا احياه الله تعالى

حتى

تحقق فيه فعل القتل لا يكون ميتا وفي مسيلة القتل رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة على ضد ما ذكره في الاصل انه اذا كان
لا يعلم بموته تنعقد يمينه باعتبار ان ما يتوهمه يجعل كالموجود حقيقة في حقه وان كان يعلم بموته لا تنعقد يمينه ولكن
الاول اصح فاما اذا حلف ليمسن السما فنقول تم في هذا اليمين لان المقصود باليمين تعظيم المقسم به وانما يحصل منه هتك حرمة
الاسم باستعمال اليمين في هذا المحل ولكن عليه الكفارة عندنا خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبر لعقد اليمين ان يكون ما يحلف
عليه في وسعه ايجاده وذلك غير موجود هنا ولكنا نقول انعقاد اليمين باعتبار توهم الصدق في الخبر وذلك موجود فان
السما غير ممسوس والملايكة يصعدون السما ولو اقدره الله تعالى على صعود السما يصعد وكذلك الحجر محل قابل للتحول فانعقدت
يمينه وحنث في الحال لعجزه عن ايجاد شرط البر ظاهرا وذلك كاف للحنث الا ترى ان في الفعل الذي يقدر عليه يحنث اذا
مات قبل ان يفعله لوجود العجز عن ايجاد شرط البر ظاهرا فلا فايدة في انتظار الموت هنا لان ذلك العجز ثابت في الحال ولا
يقال اعادة الزمان الماضي في قدرة الله تعالى وقد فعله لسليمان صلوات الله عليه فكان ينبغي ان تنعقد اليمين الغموس بالطريق
الذي قلتم وهذا لان هناك اخبر عن وجد منه وذلك لا يكون له وان اعاد الزمان الماضي لا يصير الفعل موجودا من الحالف
حين يفعله وفي مسيلة مس السما لو وقت يمينه لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت لما بينا ان انعقاد اليمين الموقتة في اخر الوقت
المسمى وعن ابي يوسف انه يحنث في الحال لانه انما يتوقت انعقاد اليمين اذا ما حلف عليه في وسعه ايجاده عند ذلك ولما
اذا لم يكن في وسعه ايجاده كان توقيته لغوا فيحنث في الحال وهكذا على مذهبه في مسيلة شرب الما الذي في الكوز اذا وقت
يمينه فان كان في الكوز ما لم يحنث الا في اخر الوقت وان لم يكن في الكوز ما حنث في الحال ولو حلف بطلاق امراته لتاتين
البصرة فمات قبل ذلك طلقت عند الموت لان بموته فات شرط البر وهو اتيان البصرة ولا نقول انه يحنث بعد موته
ولكنه كما اشرف على الموت وتحقق عجزه عن اتيان البصرة حنث حتى ان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها ولا عدة عليها وان
كان قد دخل بها فلها الميراث وعليها العدة وتعتد ابعد الاجلين بمنزلة امراة الفار وان ماتت وهو حي لم تطلق لانه
قادر على اتيان البصرة بعد موتها فلم يحنث بموتها ولو حلف بطلاق امراته ان لم تات البصرة هي فماتت فلا ميراث للزوج لانها
لما اشرفت على الموت فقد تحقق عجزها عن اتيان البصرة فتطلق ثلثا قبل موتها ولو مات الزوج كان لها الميراث لانها تقدر
على اتيان البصرة بعد موته ولو حلف بعتق كل مملوك له لا يكلم فلانا فانما يتناول هذا اللفظ الموجود في ملكه حين حلف فان
بقي في ملكه وقت الكلام عتق والا فلا فان لم يكن في ملكه حين حلف مملوك لم تنعقد يمينه ولو قال اذا كلمت فلانا فكل مملوك
لي يوم اكلمه حر فهو كما قال اذا ملك مملوكا ثم كلمه عتق وان قال كل مملوك اشتريه حر يوم اكلم فلانا فاشترى رقيقا ثم كلم
فلانا ثم اشترى اخرين عتق الذين اشتراهم قبل الكلام ولم يعتق الذين اشتراهم بعد الكلام لان قوله كل مملوك اشتريه شرط
وقوله فهو حر يوم اكلم فلانا جزا لما بينا ان الجزا ما يتعقب حرف الجزا فانما جعل الجزا عتقا معلقا بالكلام وهذا يتحقق في
الذين اشتراهم بعد الكلام ليعتقوا بنفس الشرا فلم يكن هذا هو الجزا الذي علقه بالشرا وان حلف بعتق عبده ان لم يكلم
فلانا فمات الحالف عتق العبد من ثلثه لان شرط حنثه فوت الكلام في حيوته وذلك يتحقق عند موته فكان هذا بمنزلة
العتق في المرض يعتبر من ثلثه وان كان المحلوف عليه وبقي الحالف عتق العبد لفوات شرط البر وهو الكلام مع فلان فان الميت
لا يكلم فان المقصود من الكلام الافهام وذلك لا يحصل بعد الموت وان حلف لا يطلق امراته فامر رجلا فطلقها او جعل امرها
بيدها فطلقت نفسها حنث لان الموقع للطلاق هو الزوج ولكن بعبارة الوكيل او بعبارتها وحقوق العقد في الطلاق ثم
لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر عن الامر فكانه طلقها بنفسه الا ان يكون نوى ان لا يتكلم بلسانه فحينئذ يدين فيما بينه وبين
الله تعالى ولا يدين في القضا لانه نوى التخصيص ولان الظاهر ان مقصوده ان لا يفارقها ويحتمل ان مقصوده ان لا
يتكلم بطلاقها ولكن القاضي مامور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ما في ضميره ولهذا لو خلعها فقال انت باين حنث لان
ما منع نفسه عنه وقصده بيمينه قد اتى به ولو الى منها فمضت المدة بانت وحنث في يمينه في قول ابي يوسف لان الايلا طلاق
موجل فعند مضي المدة يقع الطلاق ويكون مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما باعتبار دفع
الضرر عنها فلا يكون شرط الحنث موجودا وعلى هذا لو كان الزوج عنينا ففرق القاضي بينهما بعد مضي المدة لم يحنث في قول
زفر وعن ابي يوسف هنا روايتان احداهما سوى بين هذا وبين الايلا لان القاضي نايب عن الزوج في الطلاق شرعا بعد
مضي المدة والاخرى فرق بينهما فقال هنا لم يوجد من الزوج معنى يصير به مباشرا للطلاق وذلك شرط حنثه والعتق قياس

الطلاق لان الحقوق فيه تتعلق لمن وقع له دون من باشره فاما اذا حلف لا يبيع ولا يشتري فامر غيره ففعل ذلك لم
يحنث لان حقوق العقد في البيع والشرا تتعلق بالعاقد والعاقد لغيره بمنزلة العاقد لنفسه فيما يرجع الى الحقوق
العقد فلا يصير الحالف بفعل الوكيل عاقدا الا ان يكون نوى ان لا يامر غيره فحينئذ قد شدد الامر على نفسه
بنيته ولذلك ان كان الحالف ممن لا يباشر البيع والشرا بنفسه لان اليمين تتقيد بما عرف من مقصود الحالف وان حلف
لا يتزوج امراة فامر غيره فزوجه حنث لان حقوق العقد في النكاح تتعلق بالامر دون العاقد وان الوكيل لا يضيف
العقد الى نفسه انما يضيف العقد الى الموكل فكان بمنزلة الرسول ولذلك ان زوجه بغير امره فاجازه بالقول حنث
لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا وعن محمد رحمه الله انه لا يحنث لان في اصل العقد العاقد ليس بمعبر عنه
اذ لم يكن مامورا به من جهته والاجازة ليست بعقد الا ترى ان ما هو شرط النكاح وهو الشهود لا يشترط عند الاجازة
فلهذا لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال رضي الله عنه والاصح عندي انه لا يحنث لان عقد النكاح يختص
بالقول حتى لا ينعقد بالفعل قال ولا يمكن الخبر بالفعل عاقدا حقيقة ولا حكما انما يكون راضيا وشرط حنثه العقد
دون الرضى وان قال كل امراة اتزوجها فهي طالق ان كلمت فلانا فتزوج امراة قبل الكلام واخرى بعده تطلق التي تزوج
قبل الكلام خاصة لما بينا ان التزوج بشرط والطلاق جزو معلق بالطلاق وذلك يتحقق في التي تزوجها قبل الكلام دون
التي تزوجها بعد الكلام لانها لو طلقت طلقت بنفس التزوج وذلك لم يكن جزا شرطه وفيه اختلاف زفر وقد بيناه في الجامع
وبينا هناك الفرق بين ما اذا وقت يمينه فقال الى ثلثين سنة او لم يوقت وبين ما اذا قدم الشرط او اخر وقال ان كلمت فلانا
فكل امراة اتزوجها فهي طالق فانما تطلق بهذا اللفظ التي تزوجها بعد الكلام وقت يمينه او لم يوقت واذا حلف لا يبيع لرجل
شيا قد سماه بعينه فباعه لاخر طلبه اليه لم يحنث وكذلك الشرا لان معنى قوله لا ابيع لفلان اي لاجل فلان وما باعه
لاجله حين امره غيره وانما باعه لاجل من امره به بخلاف ما لو قال لا ابيع ثوبا لفلان لان معنى هذا الكلام لا ابيع ثوبا
هو مملوك لفلان وقد وجد ذلك وان امره به غيره واتضاح هذا الفرق في الجامع وان حلف لا يهب لفلان هبة
فوهب ولم يقبل فلان او قبل ولم يقبض فهو حانث عندنا وقال زفر لا يحنث لان الهبة عقد تمليك كالبيع وفي البيع لا يحنث ما لم
يقبل المشتري ولان الملك لا يحصل قبل قبوله فكذلك في الهبة ولهذا قال زفر في البيع لو باع بيعا فاسدا لم يحنث حتى يقبضه المشتري
ولكنا نقول الهبة تبرع وذلك يتم في جانب المتبرع بفعله الهبة لا يقابله استيجاب وذلك يتم بالموجب وحده كالاقرار بخلاف البيع فانه
معاوضة وايجاب يقابله استيجاب والدليل عليه العرف فان الرجل يقول وهبت لفلان فرد علي هبتي واهديت اليه فرد علي هديتي
وكذلك كل عقد هو تبرع كالصدقة والعوض حتى لو حلف لا يقرض فلانا شيا فاقرضه ولم يقبل حنث الا في رواية عن ابي يوسف رحمه
الله قال في القرض لا يحنث كما في البيع فان القرض عقد ضمان فانه يوجب ضمان المثل على المستقرض وذلك لا يحصل الا بقبضه وعلى
هذه الرواية يفرق ابو يوسف بين هذا وبين من حلف لا يستقرض فانه يحنث اذا طلب القرض من اخر وان لم يقرضه لان السين في قوله استقرض
تنبي عن السوال فانما شرط حنثه طلب القرض وقد وجد بخلاف ما لو حلف لا يقرض او حلف لا يضرب فامر غيره حتى فعل حنث وكذلك لو حلف لا
ولا يحمله على دابة لان هذا من العقود التي لا تتعلق الحقوق فيها بالعاقد الا ترى انه يقال كسى الامير فلانا وانما امر غيره به وان حلف ليضربن
او ليخيطن ثوبه او ليبنين داره فامر غيره ففعل بر في يمينه لانه هو الفاعل لذلك وان امر غيره به فان العرف يقال بنى فلان دارا او
فلان ثوبا على معنى انه امر غيره به وان لم يكن هو بناء ولا خياطا الا ان يكون عنى ان يفعله بيده فحينئذ المنوي حقيقة فعله وفيه تشديد عليه
وكذلك كل شي يحسن فيه ان يقول فعلته وقد فعل وكيله ولو حلف على حر ليضربنه فامر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده لانه لا ولاية
له على الحر فلا يعتبر امره فيه الا ترى انه لا يثبت للضارب حل الضرب ولان العادة الظاهرة ان الانسان يترفع من ضرب عبده بيده
وانما يامر به غيره فعرفنا ان ذلك مقصوده ولا يوجد مثله في حق الحر الا ان يكون الحالف السلطان او القاضي فحينئذ يبر اذا
امر غيره بضربه لانه لا يباشر الضرب بنفسه عادة وضرب الغير بامره يضاف اليه فيقال الامير اليوم ضرب فلانا وضرب القاضي
فلانا الحد الا ان ينوي ان يضربه بيده فحينئذ نوى حقيقة كلامه فيعمل كلامه ويدين في القضا

باب اليمين في الخدمة

قال واذا حلف الرجل لا يستخدم خادما قد كانت تخدمه قبل ذلك ولا امر له فجعلت الخادم تخدمه من غير ان يامرها حنث لانه يستخدمها

بادامة

بادامة ملكه فيها فانه انما اشتراها للخدمة فما دام مستديما للملك فيها فهو دليل استخدامها ولانها كانت تخدمه قبل اليمين باستخدام
كان منه فاذا جعلت تخدمه على حالها ولم ينهها فهو مستخدم لها بما سبق منه حتى لو نهاها ثم خدمته لم يحنث لانه بالنهي قد انقطع حكم
الاستخدام السابق ولان ادامة الملك دليل الاستخدام ولا معتبر بالدليل بعد التصريح بخلافه ولو حلف على خادم لا يملكها ان
لا يستخدمها فخدمته بغير امره لم يحنث لانعدام الاستخدام صريحا ودلالة فانه ليس بمالك ليكون طالبا خدمتها باستدامة الملك ولم يجعل
الاستخدام السابق باعتباره قايما وان كان حلف لا يخدمه حنث لانه عقد اليمين على فعل الخادم وقد تحقق ذلك منه سوا كان بامره او بغير
امره بخلاف الاول فانه عقد اليمين على فعل نفسه لان الاستخدام طلب الخدمة وكل شي من عمل بيته فانه خدمة لان الانسان انما يتخذ الخادم
لذلك وكذلك لو سقاه او وضاه او شد له بابا او اومى اليه بذلك فهذا استخدام لها لان الاستخدام بالايما والاشارة ظاهر ممن يرفع عن
ان يخاطب بالكلام خدمه وكذلك لو حلف ان لا يستعين بها فاشار اليها بشي من ذلك حنث ان اعانته او لم تعنه لان الاستعانة طلب الاعانة
وقد تحقق منه الا ان يكون نوى ان يفعله فلا يحنث حينئذ حتى تعينه لان هو المقصود هو الاعانة دون الاستعانة فاذا ذكر السبب وعنى
به ما هو المقصود عملت نيته فان حلف لا يخدمه خادم فلان فجلس على مايدة مع قوم يطعمون وذلك الخادم يقوم في طعامهم وشرابهم
حنث لانه قد خدم كل واحد منهم فوجد به شرط الحنث في حق الحالف بدليل حديث انس كن جواري عمر رضي الله عنه يخدمن الضيفان
كاشفات الروس مضطربات الثدي وان حلف ان لا يستخدمها لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه حقيقة ولا
حكما لانها غير مملوكة له وسوا في ذلك اذا استخدم غلاما او جارية صغيرا كان او كبيرا لان اسم الخادم يتناولهما والاستخدام يتحقق
منهما وهو متعارف بيننا فلهذا حنث في ذلك كله

باب الركوب

واذا حلف لا يركب دابة فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب كالبعير والفيل لان اسم
الدابة يتناوله حقيقة وعرفا فان الدابة ما يدب على الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الاية وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنا انه لم
يرد التعميم في كل ما يدب على الارض وقد وقع يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال
والحمير وقد تايد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وانما ذكر منه الركوب في هذه الانواع الثلثة فاما في الانعام
ذكر منفعة الاكل بقوله والانعام خلقها لكم وان كان يركب الفيل والبعير في بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين تتناوله الا ترى ان البقر
يركب في بعض المواضع ثم لا يفهم من قول القايل فلان ركب دابة البقر الا ان ينوي جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد
عليه وان عنى الخيل خاصة لم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان قال لا اركب وعنى الخيل خاصة لم يدين في القضا ولا فيما بينه
وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب والخيل ليس بمذكور ونية التخصيص تصح في الملفوظ دون ما لا لفظ له وان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا
لم يحنث وكذلك ان حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لان البرذون فرس العجم والفرس اسم العربي فهو كما لو حلف لا يكلم عربيا فكلم عجميا او
عكس هذا لم يحنث وان حلف لا يركب شيا من الخيل فركب فرسا او برذونا حنث لان اسم الخيل يجمع الكل قال الله تعالى ومن رباط الخيل
الاية وقال عليه السلام الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيمة ولهذا يستحق الغازي السهم بالبرذون والفرس جميعا وان حلف
لا يركب دابة فحمل عليها مكرها لم يحنث لانه عقد يمينه على فعله في الركوب وهو ما ركبها بل حمل عليها مكرها الا ترى ان الحمل يتحقق فيما يستحيل
فيما يستحيل نسبة الفعل اليه كالجمادات وان ركب دابة عريانا او بسرج او اكاف حنث لانه ركبها والركوب بهذه الاوصاف معتاد وان
حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبده ولا دين عليه لم يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان ينويها وفي قول محمد رحمه الله
هو حانث لانه عقد يمينه على دابة هي مملوكة لفلان فان اللام دليل على الملك وكسب العبد مملوك لمولاه فيكون حانثا به وكونها في يد عبده
ككونها في يد اجيره وهما يقولان عقد يمينه على دابة هي منسوبة الى فلان وهذه منسوبة الى العبد حقيقة من حيث انه اكتسبها وعرفا
من حيث انه يقال دابة عبد فلان وشرعا فان النبي عليه السلام قال من باع عبدا وله مال فقد اضاف المال الى العبد فلا يحنث به الا ان ينويه
وهو نظير ما تقدم في قوله لا ادخل دار فلان ان المعتبر هو النسبة بالسكنى دون الملك فهذا مثله على قول ابي حنيفة رحمه الله ان كان على العبد
دين محيط برقبته وكسبه لم يحنث وان نواها لان من اصله ان المولى لا يملك كسب عبده المديون بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان هناك اذا نواها
حنث لانه نوى اضافة الملك وهو مملوك له وعند ابي يوسف سوا كان عليه دين او لم يكن عليه دين فان نواها حنث لان حق كسب العبد
بالدين لا يمنع ملك المولى وعند محمد حنث على كل حال لان المعتبر عنده اضافة الملك واستغراق كسب العبد بالدين لا يمنع ملك المولى وان

ركب دابة المكاتب فلان لم يحنث وكذلك الدار والثوب لانه اعتبر اضافة الملك لكسب المكاتب غير مملوك لما بقي مكاتبا وان اعتبر اضافة النسبة فهي منسوبة الى المكاتب دون المولى وان حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب بنفسه او محملا او دابة حنث لانه ذكر المركب هنا وكل هذا مركب والمركب ما يركب ومن حيث العرف تسمى السفينة مركبا وكذلك شرعا قال الله تعالى يا بني اركب معنا وقال اركبوا فيها وان حلف لا يركب هذا السرج فزاد فيه شيئا او نقص منه حنث لانه ذلك السرج الذي عينه وقد ركب به والنقصان والزيادة في شيء لا يبدل اصله ولو بدل السرج نفسه وترك اللبد والصفة لم يحنث لان اسم السرج لها اصل واللبد والصفة وصف فيه والمعتبر هو الاصل دون الوصف وهذا لان الذي يدعو الى اليمين ضيق السرج وسعته وذلك الحاد دون اللبد والصفة واذا حلف بالله ما له مال وله دين على مفلس او على ملي وليس له غيره لم يحنث لان الدين ليس بمال حقيقة فالمال ما يتمول ويتمول ما في الذمة لا يتحقق والمال ما يتوصل به الى قضاء الحوائج وما في الذمة باعتبار عينه غير صالح لذلك بل باعتبار ما له وهو ما القبض والمقبوض عين وكذلك ان كان رجل قد غصبه مالا فاستهلكه او اودعه او جحده وهو قائم بعينه لم يحنث اما اذا استهلكه فقد صار دينا في ذمته واما ما كان قائما بعينه اذا كان جاحدا له فهو ناوي في حق الحالف الا ترى انه لا يلزمه الزكوة باعتباره ولا يحرم عليه الصدقة باعتباره والتاوي لا يمكن تموله فلا يعد ذلك مالا له ولو كانت له وديعة عند انسان حنث لان الوديعة عين ماله ويد مودعه كيده الا ترى انه يتمكن من استرداده متى شاء وانه ينفذ تصرفاته فيها مطلقا ولم يذكر المغصوب اذا كان قائما بعينه والغاصب مقر به قيل هنا يحنث لانه يتمكن من استرداده بقوة السلطان لما كان الغاصب مقرا به وتصرفه فيه ينفذ فهو كالوديعة وقيل لا يحنث لان الغاصب اذا كان فاجرا فالظاهر انه لا يتمكن من الاسترداد عنه وان كان مقرا وفي العرف اذا اصود رجل يقال له قد افتقر ولم يسو له مال وان كان من صادره مقرا وفي باب الايمان العرف معتبر وان كانت عنده فضة او ذهب قليل او كثير حنث لان النقد مال على كل حال الا ترى ان زكوة المال تجب في النقود باعتبار العين الا ان اعتبار النصاب هناك لا يبان صفة الغنا فلا لانه اما هنا اسم المال يتناول القليل والكثير وكذلك مال التجارة والسايمة كان ذلك مالا حقيقة وشرعا حتى يجب الزكوة فيها وان نوى الفضة والذهب خاصة لم يدين في القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان كان له عروض او حيوان غير السايمة لم يحنث وفي القياس يحنث لان ذلك مال الا ترى ان الوصية تتناول ذلك كله ولكنه استحسن فقال لا يسمى ذلك بالمال شرعا وعرفا حتى لا يجب الزكوة فيها ولا يعد صاحبه متمولا بها والايمان مبنية على العرف والعادة وان لم يكن له مال وكان له عبد له مال لم يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويحنث في قول محمد رحمهم وهذا ومسئلة الدابة سوا

باب الوقت في اليمين

قال واذا حلف الرجل ليعطين فلانا حقه اذا اصل الاولى فله وقت الظهر الى اخره لان المراد بذكر الصلوة الوقت والاولى هي الظهر في لسان الناس فلا يحنث ما لم يخرج وقت الظهر قبل ان يعطيه وان حلف ليعطينه كل شهر درهما ولا نية له وقد حلف في اول الشهر فهذا الشهر يدخل في يمينه و ان يعطيه فيه درهما قبل ان يخرج وكذلك لو حلف في اخر الشهر الا ترى انه لو حلف ليعطينه في الشهر كان عليه ان يعطيه قبل ان يهل الهلال سوا كان في اول الشهر او اخره وكذلك لو قال في كل شهر لان الشهر الذي هو فيه اقرب الشهور اليه الا ترى انه لو قال في كل يوم كان اليوم الذي حلف فيه داخلا في الجملة وكذلك اذا قال في كل شهر وكذلك لو كان المال عليه نجوما عند انسلاخ كل شهر فحلف ليعطينه النجوم في كل شهر كان له ذلك الشهر الذي حلف فيه النجم فمتى اعطاه في اخر ذلك الشهر فقد بر لانه فعل شرط اعطا كل نجم بعد حلوله في الشهر والشهر اسم لجزء من الزمان مرض يهل الهلال الى ان يهل الهلال فاذا اعطاه في ذلك او في اخره فقد تم شرط بره وان حلف ليعطينه عاجلا ولا نية له فالعاجل قبل ان يمضي الشهر لان الاجال في العادة يتقدر بالشهور وما دون ذلك شهر فما دونه في حكم العاجل وكذلك لو حلف لا يكلم فلانا عاجلا فان كان يعني شيئا فهو على ما نوى وان لم يكن له نية فاذا كلمه بعد شهر لم يحنث وكذلك اذا قال مليا فالمراد به البعيد قال الله تعالى واهجرني مليا فان كان يعني شيئا فهو على ما نوى والا كان على الشهر فصاعدا لان البعيد والاجل سوا وان حلف ليعطينه في اول الشهر الداخل فيه فله ان يعطيه قبل ان يمضي منه نصفه وان مضى قبل ان يعطيه حنث لان للشهر اولا واخرا وله عند الاطلاق يتناول النصف الاول منه والاخر منه يتناول النصف الاخر وعلى هذا روي عن ابي يوسف رحمه الله انه لو قال والله لا اكلمه اخر يوم من اول الشهر واول يوم من اخر الشهر ان يمينه يتناول الخامس عشر والسادس عشر وان حلف لا يعطيه مالا عليه حينا فاعطاه قبل ستة اشهر حنث لان الحين قد يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد وقت الصلوة ويذكر بمعنى اربعين سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر ويذكر بمعنى ستة اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك الرطب فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور اوساطها ولانا نعلم انه لم يرد به الساعة فانه اذا اقصد المماطلة ساعة واحدة لا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد الاربعين سنة فانه اذا اراد ذلك يقول ابدا فعرفنا ان المراد ستة اشهر والزمان في هذا كالحين لانهما يستعملان استعمالا

واحدا فان الرجل يقول لغيره لم القك منذ حين لم القك منذ زمان ويستوي ان كان ذكره معرفا بالالف واللام او منكرا لان ستة اشهر لما صار معهودا في الحين والزمان فالمعرف ينصرف الى المعهود وكذلك الدهر في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر من اصحابنا من يقول هذا الاختلاف فيما اذا ذكره منكرا وقال دهرا فاما اذا ذكره معرفا فذلك على جميع العمر فالاستعمال حين من الدهر فقد جعل الحين من الدهر جزءا فيبعد ان يستوي بينهما في التقدير ومنهم من قال ان الخلاف في الكل واحد وهما يقولان الدهر في العرف يستعمل استعمال الحين والزمان فان الرجل يقول لغيره لم القك منذ دهر لم القك منذ حين وفي الفاظ اليمين المعتبر هو العرف وابو حنيفة يقول قد علمت بالنص ان الحين بعض الدهر ولم اجد في تقدير الدهر شيئا نصا ونصب المقادير بالراي لا يكون وانما يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه فلهذا توقف ولا عيب عليه في ذلك الا ترى ان ابن عمر رضي الله عنه لما سئل عن شيء فقال لا ادري حين لم يحضره جواب ثم قال طوبى لابن عمر سئل عما لا يدري فقال لا ادري وقيل انما قال لا ادري لانه حفظ لسانه عن الكلام في معنى الدهر فقد جاء في الحديث عن النبي عليه السلام انه قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر معناه انه خالق الدهر وفي حديث اخر ان النبي عليه السلام قال فيما يأثر عن ربه استقرضت من عبدي فابى ان يقرضني و هو يسبني ولا يدري ويسب الدهر ويقول وا دهراه وانا الدهر حديث فيه طول فلهذا الاثار الظاهرة حفظ لسانه وقال لا ادري ما الدهر وهو كما روي ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى سال ربي فصعدا الى السماء ثم نزل فقال سالت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير اهلها من يكون اولا الناس دخولا واخرهم خروجا عرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان فان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد سبعة ايام لان الالف واللام للمعهود فيما فيه معهود والمعهود في الايام السبعة التي يدور عليها الشهور والسنين كلما دارت عادت وفي الشهور اثنا عشر شهرا وليس في السنين معهود فيستغرق العمر وابو حنيفة رحمه الله يقول الكلام للكثرة فكانه قال اياما كثيرة واكثر ما يتناوله اسم الايام مقرونا بعدد المعدود مما سمي وان قال اياما ولا نية له على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ثلثة ايام لانه ذكر الجمع وادنى ما يطلق عليه اسم الجمع المتفق عليه ثلثة وكذلك قول ابي حنيفة على ما ذكره في الجامع الكبير هو الصحيح وذكر هنا ان على قوله يكون على عشرة ايام سوا قال اياما او قال الايام واكثر مشايخنا على ان هذا غلط والصحيح ما ذكر في الجامع وقد بيناه وان حلف ليعطينه غدا في اول النهار فاذا اعطاه قبل ان ينتصف النهار بر لما بينا اولا واخرا كالشهر وان حلف ليعطينه مع حل المال او عند حله او حين يحل المال او حيث يحل ولا نية له فهذا يعطيه ساعة يحل وان اخر من ذلك حنث لان مع للضم وعند للقرب وحين في مثل هذا الموضع يراد به الساعة عادة فكانه حلف ليعطينه ساعة يحل فاذا اخر من ذلك حنث وان حلف لا يضرب عبده سوطا او قرصه او خنقه او مد شعره او عضه حنث لان الضرب فعل موجع على قصد الاستخفاف او التاديب وهذا كله موجع موصل للالم الى قلبه فكان ضربا وكذلك من حيث العادة القاصد الى الضرب عبده انما يقصد ما يقدر عليه من هذه الافعال ويسمى فعله ضربا ومن يعانيه يفعل ذلك يسميه ضاربا عبده ولو حلف ليضربنه ماية سوط فضربه ماية سوط وخفف بر لان شرط بره اصل الضرب دون نهايته والخفيف ضرب كالشديد ومطلق الاسم لا يتناول نهاية الشيء وان جمعها جماعة ثم ضربه بها لم يبر لانه انما يكون ضاربا له بما يتصل اليه بدنه والواصل الى بدنه بعض السياط حين جمع الكل جمعا فلهذا لا يبر ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين ووقعت الشعبتان عليه بر لان كل شعبة سوط واقع على بدنه ضربا فيعتبر بكل ايقاع ضاربا له بسوطين فاذا ضربه خمسين فقد ضربه ماية سوط وهو شرط بره الا ترى ان الامام يقيم حد الزنا بهذا المقدار فكذلك الحالف

باب البشارة

قال واذا قال اي غلماني بشرني بكذا فهو حر فبشره بذلك واحد ثم اخر عتق الاول دون الثاني لان الاول بشير والاخر مخبر فان البشير من يخبر بما غاب عنه علمه فيعتبر عند سماعه بشره وجهه وانما وجد هذا من الاول دون الثاني وان بشروه معا عتقوا لان كل واحد اخبره بما غاب علمه فالعلم بالخبر به متعقبا الخبر لا يقترن به والدليل على ان البشارة تتحقق من الجماعة قوله تعالى فبشروه بغلام حليم ولو بعث احد غلمانه مع رجل بالبشارة فقال ان غلامك يبشرك بكذا عتق لان عبارة الرسول كعبارة المرسل والرسول مبلغ قال الله تعالى يبشرك بكلمة منه اسمه المسيح وانما سمعت من رسل الله وهم الملائكة ثم كان بشارة من الله لها وكذلك لو كتب به اليه كتابا لان البيان بالكتاب كالبيان باللسان فان قال نويت المشافهة لم يعتق لانه نوى حقيقة كلامه فان البشارة انما يكون حقيقة منه اذا سمعه مشافهة واذا قال اي غلماني اخبرني بكذا فالاول والثاني والكاتب والمرسل يعتقون جميعا لان الخبر يتحقق منهم فقد اخبره بما هو معلوم له كما اخبر بما غاب عنه الا ان يعني المشافهة فيعمل نيته لانه حقيقة كلامه ووقع في بعض نسخ الاصل التسوية بين الاخبار والاعلام والمراد ان الاعلام يحصل بالكتاب والرسول بالاخبار فاما ما

الاعلام لا يكون من الثاني بعد الاول لان الاعلام ايقاع العلم بالخبر وذلك لا يتكرر بخلاف الاخبار الا ترى ان الرجل يقول اخبرني بهذا غير واحد ولا يقول اعلمني غير واحد واذا قال اي غلام لي حدثني فهو على المشافهة بمنزلة قوله كلمني الا ترى انا نقول اخبرنا الله بكذا في كتابه او على لسان رسوله ولا نقول حدثنا الله ولا كلمنا الله وان حلف ان علم بكذا ان يخبره به ثم علما جميعا به فلا بد من ان يخبره بذلك كتبا لان الاخبار يتحقق وان كان المخبر به معلوما له ولو قال ان بشرتني به لم يحنث في قول ابي حنيفة ومحمد وهو حانث في قول ابي يوسف لانهما اذا علما جميعا به فما هو شرط بره وهو الاعلام فات فهو بمنزلة قوله لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه وان قال يوم افعل كذا فعبدي حر ففعله ليلا عتق لان اليوم يذكر بمعنى الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا فالرجل يقول انتظر يوم فلان ويذكر والمراد بياض النهار فقلنا اذا قرن به ما يمتد كالصوم علم ان المراد بياض النهار واذا قرن به ما لا يمتد فالمراد به الوقت وانما قرن بذكر اليوم هنا فعلا لا يمتد فكان بمعنى الوقت وان قال نويت النهار دون الليل دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة وان قال ليلة افعل كذا فهو على الليل خاصة لان الليل ضد النهار قال الله وهو الذي جعل الليل والنهار خلفة وكما ان النهار يختص بزمان الضياء فالليل يختص بزمان الظلمة والسواد وان حلف لا يبيت في مكان كذا فاقام فيه ولم ينم حنث لان البيتوتة هو المكث والقرار بالليل في مكان ولهذا يسمى الموضع الذي يكون المرء فيه بالليل مبيتا واللفظ لا يدل على النوم واليقظة فيحنث نام او لم ينم الا ان يعني النوم فيكون على ما نوى لانه نوى التخصيص في لفظه والعرف والاستعمال يشهد له وكذلك ان اقام فيه اكثر من نصف الليل وان اقام فيه اقل من نصف الليل لم يحنث لان الانسان قد يكون بعض الليل في غير منزله ثم يرجع الى منزله واذا سئل اين بات قال في منزلي لان الاكثر بمنزلة الكمال والاقل تبع للاكثر فاذا اقام فيه اكثر من نصف الليل فكانه اقام فيه جميع الليل فيحنث وان حلف لا يظله ظل بيت فدخل بيتا حنث لان هذا اللفظ عبارة عن الدخول في عرف الناس فانه انما يظله ظل البيت اذا حصل تحت سقفه وان اقام في ظله خارجا لم يحنث الا ان ينوي ذلك لان لفظه عبارة عن الدخول لغلبة الاستعمال ولم يوجد ذلك وان حلف لا ياويه بيت فاواه بيت ساعة من الليل او النهار ثم خرج لم يحنث حتى يكون فيه اكثر من نصف الليل والنهار في قول ابي يوسف الاول لان الايواء والبيتوتة متقارب في الاستعمال الا ان البيتوتة يستعمل في الليل خاصة يقال بات يفعل كذا اذا فعل ليلا وظل يفعل كذا اذا فعله نهارا فاما الايواء يستعمل فيهما ثم البيتوتة لا تكون الا في اكثر من نصف الليل فكذلك الايواء لا يكون الا في اكثر من نصف الليل والنهار ثم رجع وقال اذا دخل ساعة حنث وهو قول محمد لان الايواء الحصول في مكان قال الله تعالى ساوي الى جبل الجا اليه فاكون فيه وقال ابو سعيد الخدري لابن عباس رضي الله عنه لا اوى بي واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول اي لا اجتمع معك وقال عليه السلام ما اواه الحرس ففيه القطع فاذا اواه اي حصل فيه فاذا دخل البيت ساعة فقد وجد الايواء فيحنث ولو دخل احدى قدميه لم يحنث لانه ما حصل في البيت بادخال احدى القدمين وكذلك ان ادخل جسده وهو قائم ولم يدخل رجليه لم يحنث لان اعتماد القائم على رجليه والجسد تبع للرجلين فاما اذا لم يدخلهما لم يكن كاملا في البيت فلا يحنث والله اعلم

باب اليمين في الكفالة

واذا حلف لا يكفل بكفالة فكفل بنفس رجل او بعبد او ثوب او دابة او بدرك في بيع فهو حانث لان الكفالة التزام المطالبة بما على الغير من تسليم مال او نفس وقد تحقق ذلك منه ويسمى به في الناس كفيلا والمحترز من الكفالة يكون ممتنعا من ذلك والضمان والقبالة قياس الكفالة لانه يستعمل استعمالا واحدا وان حلف لا يكفل عن انسان بشيء فكفل بنفس رجل لم يحنث لان صلة عن لا تستعمل الا في الكفالة بالمال فاما الصلة في الكفالة بالنفس الباء يقال كفل بنفس فلان وكفل عن فلان بكذا من المال وان حلف لا يكفل عنه بشيء فاشترى له بامره شيئا لم يحنث لان الكفالة التزام المطالبة بما على الغير والثمن بالشراء اذا اشترى له بامره شيئا لم يحنث لان الكفالة التزام المطالبة هنا في ذمة الوكيل دون الموكل فلا يكون الوكيل كفيلا عن الموكل بل يكون هو في حقه بمنزلة البائع ولهذا طالبه بالثمن وان ابراه البائع عنه وحبس المبيع الى ان يستوفي الثمن وان كفل بامره عن انسان شيئا لم يحنث لانه ما التزم عن الامر شيئا هو عليه وانما التزم ما على المطلوب ولكن بمثله الامر كان كفيلا عن المطلوب دون الامر الا ترى انه يبرا ببراءة المطلوب وانه لا يرجع عند الاداء على الامر بشيء وانما يرجع على المطلوب اذا كان بسؤاله ولو كان المال على فلان وبه كفيل فامر فلان الحالف فكفل بها عن كفيله لم يحنث لان الكفيل غير الاصيل الا ترى انه لو برئ الكفيل الاول برئ الكفيل الثاني وان بقي المال على الاصيل ولو حلف لا يكفل له فكفل لعبده والعبد ماذون له لم يحنث لان الكفالة ان يلتزم مطالبة عليه ولم يوجد ذلك فان المطالبة انما تتوجه للمكفول له دون من يملك اصل المال وكذلك لو كفل لعبده لانه ما التزم المطالبة للمولى انما التزمها للعبد وان كان اصل المال للمولى ولا بد من مراعاة لفظ الحالف في بره وحنثه وان كفل لفلان واصل الدين هو لغيره حنث لانه التزم المطالبة لفلان ومتى كان وجوب المال لغيره فهو في حكم المطالبة كانه الواجب له وان كان اصل الملك لغيره وان حلف لا يكفل عنه فضمن عنه حنث لان الكفالة والضمان يتفاوت في

الاستعمال

الاستعمال كالهبة مع النحل والعمرى وان كان عنى اسم الكفالة ان لا يكفل ولكن يضمن دين فيما بينه وبين الله لانه نوى حقيقة لفظه ولكنه نوى الفصل بين الضمان والكفالة وهذا خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ولو حلف لا يكفل عن فلان واحال لفلان عليه بما له عليه لم يحنث اذا لم يكن عليه للمحتال له دين على المحيل لان الكفالة عنه ان يلتزم المطالبة عنه لغيرها لم يكن عليه قبل الكفالة وذلك لم يوجد هنا وكل فلان المحتال له بقبض دينه من الحالف وذلك لا يكون كفالة عنه للمحتال له وكذلك ان ضمنه له ولو كان للمحتال له على المحيل مال ولم يكن للمحيل مال على المحتال عليه حنث لانه التزام المطالبة عنه للمحتال له بما لم يكن عليه من قبل والالتزام بقبول الحوالة ابلغ من الالتزام بالكفالة والضمان فاذا كان يحنث هناك فكذلك يحنث هنا لانه لا فرق بينهما في حق الملتزم وانما الفرق في حق المضمون عنه ان الحوالة توجب براءة الاصيل والكفالة لا توجب والله اعلم

باب اليمين في الكلام وغيره

قال واذا حلف لا يتكلم اليوم فصلى لم يحنث استحسانا وفي القياس يحنث وهو قول الشافعي لانه بالتسبيح والتهليل والتكبير وقراءة القرآن متكلم فان التكلم ليس الا تحريك اللسان وتصحيح الحروف على وجه يكون مفهوما من العباد وقد وجد ذلك الا ترى انه لو اتى به في غير الصلوة كان حانثا فكذلك في الصلوة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة ولا يفهم من هذا ترك القراءة واذكار الصلوة وكذلك المتفاهم في العرف يقال فلان لم يتكلم في صلوته وان كان قد اتى باذكار الصلوة يعني حرمة الصلوة تمنع الكلام ولا يراد به الاذكار والعرف معتبر في الايمان فاما اذا قرأ في غير الصلوة او سبح او هلل او كبر حنث لانه قد تكلم الا ترى انه يقال القرآن كلام الله وان التكلم مما لا يتحقق من الاخرس والقراءة والذكر باللسان لا يتحقق من الاخرس فكان كلاما وكذلك لو انشد شعرا او تكلم باي لسان كان فهو حانث لوجود الشرط ولو حلف لا يسمع صوته لا يحنث وان كان بحيث يسمع صوته فهو حانث لانه يكون مكلما فلانا بايقاع صوته في اذنه وان لم يفهم لتغافله عنه واشتغاله بغيره فحنثه الا ترى ان الاول سماه داعيا والثاني سمي مناديا له وكذلك لو ناداه وهو نائم فايقظه حنث وهذا ما هو وقع في بعض نسخ الاصل فناداه او ايقظه وهذا اشارة الى انه وان لم ينتبه بندائه فهو حانث لانه اوقع صوته في اذنه ولكن لم يفهم لمانع والاظهر انه لا يحنث لان النائم كالغائب وان لم ينتبه كان بمنزلة ما لو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فلا يكون حانثا واذا انتبه فقد علمنا انه اسمعه صوته فيكون مكلما له وقيل في الخلاف عند ابي حنيفة يحنث لانه يجعل النائم كالمنتبه وعندهما لا يحنث بناء على من رمى سهما الى الصيد فوقع عند نائم حيا ثم لم يدرك ذكوته حتى مات على ما بيناه في كتاب الصيد وان مر على قوم فسلم عليهم وهو فيهم حنث لانه مخاطب كل واحد بسلامه الا ان ينوي القوم دونه فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يكون مكلما له اذا قصد بالخطاب غيره ولكنه لا يدين في القضاء لانه في الظاهر مخاطب لهم وان كتب اليه او ارسل لم يحنث لما بينا ان الكلام لا يكون الا مشافهة الا ترى ان احدنا لا يستجيز ان يقول كلمني وقد اتانا كتابه ورسوله وانما يقال كلم الله موسى لانه اسمعه كلامه بلا واسطة وكذلك لو اوما او اشار لم يحنث لان الكلام مما لا يتحقق من الاخرس والايماء والاشارة يتحقق منه فلا يكون كلاما وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال سالني هارون عمن حلف لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم ان كان ممن يملي يا امير المؤمنين وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة وانما يامر به غيره ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة وعن ابن سماعة قال سالت محمدا رحمه الله عمن حلف لا يقرا كتابا لفلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأه فقال سال هارون ابا يوسف عن هذا وقد كان ابتلي بشيء منه فقال لا يحنث وانا ابين من ذلك ثم ندم وقال واما انا فلا اقول فيه شيئا وذكر هشام وابن رستم عن محمد رحمه الله انه يحنث لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين القراءة وفي الايمان يعتبر المقصود وجه قول ابي يوسف ان اللفظ شرعي في لفظة القراءة والنظر والتفكر ليس لا يكون قراءة الا ترى انه لا يتادى به فرض القراءة في الصلوة وان قال لا اكلم مولى فلان وله موليان اعلى واسفل ولا نية له حنث ايهما كلم وكذلك لو قال لا اكلم جدك وله جدان من قبل امه وابيه لان هذا اسم مشترك والاسماء المشتركة في موضع النفي تعم لان النفي لا يتحقق بدون التعميم وهو بمنزلة النكرة تعم في مواضع النفي دون الاثبات وهذا اشارة الى الفرق بين هذا وبين الوصية لمولاه وقد بينا تمام هذا الفرق في الجامع وان حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما له عليه فلزمه ثم فر منه الغريم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه في المفارقة وهو ما فارق غريمه انما الغريم هو الذي فارقه وكذلك لو كابره حتى انفلت منه لانه يقصد بيمينه منع نفسه عما في وسعه دون ما ليس في وسعه قال ولو ان المطلوب احال بالمال على رجل وابراه الطالب منه ثم فارقه لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يحنث لان ما جعله غاية وهو استيفاء ما له عليه قد فات حين برئ المطلوب بالحوالة وقد بينا ان فوات الغاية عندهما يسقط اليمين لا الى حنث خلافا لابي يوسف كما في قوله لا اكلمك حتى ياذن لي فلان فان توى المال على المحتال عليه ورجع الطالب الى المطلوب لم يحنث ايضا لان الحوالة تنفسخ بالتوى ولا يتبين انه لم يكن وانما تنفسخ الحوالة في حق حكم يحتمل الفسخ بعد ثبوته وسقوط اليمين لا يحتمل الفسخ فلهذا لا يعود اليمين بانفساخ الحوالة وان لم يحل بالمال

ولكنه قضاه وفارقه ثم وجدها زيوفا او نبهرجة او ستوقا فان كان الغالب عليه الفضة لم يحنث وان رده لانه مستوف بالقبض الا ترى انه لو تجوز بها
في الصرف والسلم جاز فمن شرط بره ثم انتقض قبضه بالرد فلا ينتقض به حكم البر لانه لا يحتمل الانتقاض وان حلف ليعطينه حقه عن قريب
فهو وقوله عاجلا سواء وان نوى وقتا فهو على ما نوى لان الدنيا كلها قريب عاجل وان لم يكن له نية فهو على اقل من شهر استحسانا وقد بيناه هذا
وان حلف لا يحبس من حقه شيئا ولا نية له فينبغي ان يعطيه ساعة حلف لان الحبس عبارة عن التاخير فاذا لم يوخره بعد الحلف لم يكن حابسا
وان اخره كان حابسا ولكن الحبس قد يطول ويقصر فان حاسبه فاعطاه كل شيء له عنده وافترقا بعد ذلك الطالب ثم التقيا بعد ايام فقال بقي لك
لي عندك كذا من قبل كذا فتذكر المطلوب ذلك وصدقه ناسيا ذلك جميعا لم يحنث انما اعطاه ساعة بعدما قال له حتى لان الحبس لا يتحقق فيما يكون
معلوما له وبعد التذكر لم يحبسه ولكنه اعطاه بالمناولة او التخلية بينه وبينه فلهذا لم يحنث وان حلف لا يقعد على الارض ولا نية له فقعد
على بساط او غيره لم يحنث لان القاعد على الارض من يباشر الارض عليه من غير ان يكون بينه وبين الارض ما هو منفصل عنه ولم يوجد ذلك
وفي العرف الرجل يقول لغيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض ويقول فلان جالس على الارض وفلان على البساط والعرف معتبر في الايمان
وان قعد على الارض ولباسه بينه وبين الارض لان الانسان انما يمتنع من الجلوس على الارض كيلا تترب ثيابه وهذا يوجد وان كان ذيله بينه
وبين الارض ولا يوجد اذا جلس على بساط وان حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث لان المشي على الارض هكذا يكون في العرف وان
مشى على بساط لم يحنث لانه ماش على الارض ولو مشى على ظهر اجار حافيا او بنعلين حنث لان ظهر الاجار يسمى ارضا عرفا فان من اراد الجلوس عليه يقول
لغيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض وان حلف لا يدخل في الفرات فمر على الجسر او دخل بنفسه لم يحنث وان دخل الماء حنث لان في العرف
دخول الفرات بالشروع في الماء والجسر والسفينة ما اتخذ للعاجزين عن الشروع في الفرات فعرفنا ان الحاصل على الجسر او السفينة لا يكون داخلا في
الفرات عرفا وفي النوادر لو حلف لا يدخل بغداد فمر في الدجلة في السفينة فهو حانث في قول محمد وعند ابي يوسف لا يحنث ما لم يخرج الى
الجد قال ولو كان من اهل بغداد فجاء من الموصل في السفينة في دجلة حتى دخل بغداد كان مقيما وان لم يخرج الى الجد فمحمد رحمه الله سوى بينهما ه
ويقول الموضع الذي حصل فيه من بغداد فيكون حانثا فيه كما لو حلف لا يدخل الدار فدخل سطحها وابو يوسف يقول مراد الحالف دخول
الموضع الذي يوطن فيه اهل بغداد ولا يوجد ذلك ما لم يخرج الى الجد فان ثم الما يمنع ثم عرم وان حلف لا يكلم فلانا الى كذا وكذا فان نوى
شيئا فهو على ما نوى وان لم يكن له نية ولم يسم شيئا فله ان يكلمه بعد ذلك اليوم لان الكلام كان مطلقا له قبل اليمين فلا يمتنع الا القدر المتيقن
به والمتيقن به ذلك اليوم لانا نعلم انه اذا كان مراده اقل من يوم لا يحلف على ذلك ولا معنى فيما وراء ذلك فلا يحنث بالشك فان قيل اليس انه
لو قال لفلان علي كذا وكذا درهما يلزمه احد وعشرون درهما قلنا وههنا لو قال كذا وكذا يوما فالجواب كذلك فاما اذا لم يقل يوما فيحتمل ان
مراده الساعة واليوم والليل يشتمل على ساعات كثيرة فطلقنا له ان يكلمه لان مراده وقت القدوم ووقت الحصاد وقد علمنا بدخول ذلك
فهو كما لو حلف لا يكلمه الى الغد فكما طلع الفجر من الغد له ان يكلمه ولو حلف لا يوم الناس فام بعضهم حنث لان الناس اسم جنس وقد علمنا انه
لم يرد استغراق الجنس لان ذلك لا يتحقق فيتناول ادنى ما ينطلق عليه اسم الجنس وان حلف لا يكلمه حتى الشتاء فجا اول الشتاء سقطت اليمين وكذلك
الصيف وقد بينا الفصول الاربعة في كتاب الطلاق وان حلف لا يستعير من فلان فاستعار منه حائطا يضع عليه جذوعه حنث لان الاستعارة
طلب العارية وقد تحقق منه بما استعار من حائطه ليضع عليه جذوعه فهو كما لو استعار منه بيتا او دارا او دابة ولو سار اليه ضيفا او دخل عليه
فاستقى من بئره لم يحنث لانه لا يسمى مستعيرا شيئا فان موضع جلوس الضيف وما جلس عليه في يد المضيف ومن استقى البئر من بئر في دار غيره ه
لا تثبت يده على الرشا والدلو فلا يكون مستعيرا شيئا من ذلك وان حلف لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لم يحنث لانه يعرفه
من وجه دون وجه فانه يمكنه ان يشير اليه اذا كان حاضرا ولا يمكنه احضاره اذا كان غائبا والثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا ه
مطلقا والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سال رجلا عن رجل فقال هل تعرفه فقال نعم فقال هل تدري ما اسمه قال لا قال
فانك اذا لا تعرفه الا ان يعني معرفة وجهه فان عنى ذلك فقد شدد الامر على نفسه واللفظ يحتمل لما نوى وهذا اذا كان للمحلوف عليه اسم
فان كان لم يكن له اسم بان ولد من رجل فراى الولد جاره ولكن لم يسم اذا كان المحلوف عليه اسم انه لا يعرف هذا الولد فهو حانث لانه يعرف
وجهه ويعرف نسبه وليس له اسم خاص ليشترط معرفة ذلك فكان حانثا في يمينه ه

باب في الاستثنا

واذا قال الرجل لامراته انت طالق الا ان يقدم فلان فان قدم فلان لم تطلق فان مات قبل ان يقدم طلقت لان معنى كلامه انت طالق ان لم
يقدم فلان فان قوله الا ان يقدم فلان اي ان لا يقدم فلان فلا يكون طالقا وانما لا يكون طالقا عند قدوم فلان اذا كان الوقوع متعلقا

بشرط

بشرط عدم القدوم وسواء كان الشرط نفيا او اثباتا فما لم يوجد لا يترك الجزاء فاذا قدم فلان فشرط الوقوع قد انعدم واذا مات قبل ان يقدم فقد تحقق
شرط الوقوع الان وهذا بخلاف ما لو قال انت طالق ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان فانها ان كلمت قبل القدوم طلقت فان سبق القدوم لم تطلق
بعد ذلك فان كلمت فلانا بمنزلة وجود الشرط والجزاء قابله للتوقيت فكان قوله الا ان يقدم فلان توقيتا ليمينه بمعنى واذا كلمت قبل القدوم فقد
وجد الشرط واليمين فاما في الاول قوله انت طالق ايقاع لا يحتمل التوقيت فلو جعلنا قوله الا ان يقدم فلان بمعنى حتى كان لغوا وكلام العاقل مهما
امكن تصحيحه لا يجوز الغاؤه فجعلناه بمعنى الشرط لان الايقاع يحتمل التعليق بالشرط ولو قال انت طالق الا ان يرى فلان غير ذلك فهذا اليه على
مجلسه الذي يعلم فيه فان قام قبل ان يرى غيره طلقت لان معنى كلامه ان لم ير فلان غير ذلك ولو قال الا ان راى فلان غير ذلك كان بوقت المجلس
عليه وكذلك اذا قال الا ان لم ير فلان غير ذلك لانه تمليك للامر من فلان وكذلك لو قال الا ان يشا فلان غير ذلك او الا ان يبدو لفلان غير
ذلك وذلك كله بلسانه لانا لا نقف على ما في ضميره وانما يعبر عما في قلبه لسانه ولو قال الا ان ارى غير ذلك او الا ان اشا او الا ان يبدو لي
فهو الى الموت لان في حقه لا يمكن ان يحمل على معنى تمليك الامر بنفسه فان كان تمليك الامر منها فيحمل على حقيقة الشرط وعدم رويته غير ذلك
بعد موتها يتحقق والحال بعد موتها في حقه كالحال قبله وكذلك قوله انت طالق ان شا فلان او احب او رضي او هوي او اراد ذلك كله
على مجلس علمه به ولو اضاف الى نفسه فكان على الابد لان في حق الغير يجعل تمليكا للامر منه فيختص بالمجلس وفي حق نفسه لا يمكن ان يحمل تمليكا ه
فبقي حقيقة الشرط معتبرا ولو قال ان لم اشا ثم قال بعد ذلك لا اشا لا يقع به الطلاق لان الشرط عدم مشيئته طلاقها في عمره ولم يوجد ذلك
بقوله لا اشا فانه متمكن من ان يشا بعد ذلك ولو قال لها انت طالق ان كرهت طلاقك ثم قال لست اشا طلاقها وقد ابغضه طلقت لانه جعل
الشرط عدم المشيئة فكانه قال ان سكت عن مشيئة طلاقك حتى اموت فلا يصير الشرط موجودا بقوله لا اشا فلهذا لا تطلق ولو قال ان لم يشا
فلان ذلك فقال فلان لا اشا طلقت لا بقوله لا اشا ولكن بخروج المشيئة عن يده فقوله لا اشا بمنزلة ما لو قام عن المجلس او اخذ في عمل اخر
حتى انه لو وقت كلامه في حق فلان فقال ان لم يشا فلان اليوم فقال فلان لا اشا لم تطلق لان هذا يتوقت باليوم دون المجلس فبقوله لا اشا ه
لا ينعدم المشية منه في بقية اليوم فلهذا لا تطلق ه

باب اليمين في الادهان والرياحين

واذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان ه
المنتقل الى الدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكنا نعتبر العرف فانه اذا اطلق اسم البنفسج في العرف يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير
هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخي في مختصره انه يحنث ايضا وهذا شيء يبنى على العرف وفي عرف اهل
الكوفة بائع الاوراق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي رحمه الله عرف اهل بغداد انهم
يسمون بائع الورق بائع البنفسج ايضا فقال يحنث به وهكذا في ديارنا ولا نقول اللفظ في احدهما حقيقة وفي الاخر مجاز ولكن فيهما حقيقة او يحنث
فيهما باعتبار عموم المجاز والحيري والبنفسج فاما الحنا والورد قال فاني استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما
لم يحنث والقياس في الكل واحد ولكن بنى الاستحسان على العرف وان الورد والحنا يسمى به العين دون الدهن والبنفسج والحيري يسمى الدهن
بهما مطلقا والياسمين قياس الورد ويسمى به العين فاما الدهن يسمى زنبقا وان حلف لا يشتري بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى
الحب لم يحنث لاعتبار العرف الظاهر ولو حلف لا يشتري دهنا فهذا على الدهن الذي يدهن به الناس عادة حتى لو اشترى زيتا او بزرا لم يحنث
والزيت من حيث هو انه يلقى فيه الاوراح ويطبخ ثم يدهن به يكون دهنا ومن حيث انه لا يدهن به لا يكون دهنا مطلقا فاذا كانت يمينه على الشرا
لم يحنث به واذا كانت على الادهان حنث فاما السمن والبزر لا يدهن بهما في العادة بحال ولو حلف لا يشتري بزا فاشترى فروا او مسحا لم يحنث
وكذلك الطيالسة والاكسية لان بائع هذه الاشيا لا يسمى بزازا ولا يباع في سوق البزازين ايضا فلا يصير مشتريا للبز بشرائها ولو حلف
لا يشتري طعاما فاشترى تمرا او فاكهة حنث في القياس لان الطعام اسم لما يطعمه الناس والفاكهة والتمر بهذه الصفة الا ترى انه لو عقد يمينه
على الاكل حنث بها فكذلك الشرا ولكنه استحسن فقال لا يحنث الا في الحنطة والخبز والدقيق لانه عقد يمينه على الشرا والشرا انما يتم به وبالبايع
وما يسمى بائعه بائع الطعام او يباع في سوق الطعام يصير بشرائه هو مشتريا للطعام ايضا بخلاف الاكل فانه يتم بالاكل وحده فيعتبر فيه حقيقة
الاسم وان حلف لا يشتري سلاحا فاشترى حديدا غير معمول لم يحنث لان بائعه لا يسمى بائع السلاح وانما يسمى حدادا وكذلك يباع في سوق الحدادين
ولا يباع في سوق الاسلحة وان اشترى سكينا لم يحنث ايضا لان بائعه لا يسمى بائع السلاح وانما يسمى سكاكا فاما اذا اشترى سيفا او درعا او قوسا
يحنث لانه سلاح يباع في سوق السلاح ويسمى بائعه بائع السلاح فيصير هو مشتريا للسلاح بشرائه قال واذا سال رجل رجلا عن حديث ما

اذا كان كذا وكذا يقال نعم وسعه ان يشهد ذلك عليه وان حلف لا يشم طيبا فدهن به لحيته فوجد ريحه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل منه
يسمى شم الطيب ولم يوجد وانما وصلت رائحة الطيب الى دماغه فهو كما لو مر في سوق العطارين فدخلت رائحة الطيب في انفه الا ترى ان المحرم لهذا
لا يلزمه شيء وانه لو ادهن قبل احرامه ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يلزمه شيء وهو ممنوع من شم الطيب في الاحرام وليس الدهن بطيب اذا
لم يجعل فيه طيبا انما الطيب ما يجعل فيه المسك والعنبر ونحوهما لان الطيب ما له رائحة مستلذة وليس للدهن ذلك اذا لم يكن فيه طيب
وانما يستعمل الدهن لتليين الجلد ودفع اليبوسة لا للتطييب اذا لم يكن متطيبا وان حلف لا يشم دهنا او لا يدهن فالزيت فيه كغيره من
الادهان وقد بينا الفرق بين هذا والشرا وان حلف لا يشم ريحانا فشم آسا او ما اشبه ذلك من الرياحين حنث وان شم الورد والياسمين
لم يحنث لانهما من جملة الاشجار والريحان اسم لما ليس له شجر الا ترى ان الله قال والنجم والشجر يسجدان والحب ذو العصف والريحان فقد جعل
الريحان غير الشجر عرضا انما له شجر ليس بريحان وان كان له رائحة مستلذة وكذلك في العرف لا يطلق اسم الريحان على الورد والياسمين وانما
يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له وقيل الريحان ما يكون لعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للورد
خاصة فلا يكون من جملة الرياحين قال ولو ان امراة حلفت ان لا تلبس حليا فلبست خاتم الفضة لم تحنث لان الرجل ممنوع من استعمال الحلي وله ان
يلبس الخاتم الفضة فعرفنا انه ليس بحلي وقيل هذا اذا كان مصوغا على هيئة خاتم الرجال فاما اذا كان على هيئة خاتم النساء انما له فصوص فهو
من الحلي لانه يستعمل استعمال الحلي للتزين بها حتى يختص بلبسها من يلبس الحلي والله تعالى وعد ذلك لاهل الجنة بقوله يحلون فيها من اساور من ذهب
فاما اللؤلؤ عند ابي حنيفة لا يكون حليا الا ان يكون مرصعا بالذهب والفضة وعند ابي يوسف ومحمد هو حلي لقوله تعالى يحلون فيها من
اساور من ذهب ولؤلؤا وبقوله وتستخرجون حلية تلبسونها وكذلك من حيث العرف يستعمل ذلك استعمال الحلي والمراة قد تلبس عقد
لؤلؤ للتحلي بها ولكن ابو حنيفة رحمه الله شاهد العرف في عصره وانهم يتحلون باللؤلؤ مرصعا بالذهب والفضة ولا يتحلون باللؤلؤ
وحده فبنى الجواب على ما شاهده وقد بينا انه لا يبنى مسائل الايمان في الفاظ القران ولكن قولهما اظهر واقرب الى عرف ديارنا ولو حلف
لا يقطع بهذا السكين فكسره فجعل منه سكينا اخر فقطع به لم يحنث لانه حين كسره فقد زال الاسم الذي عقد به اليمين فلهذا لا يحنث وقد بينا
نظير هذا في الدار اذا جعلها بستانا ولو حلف لا يتزوج امراة فتزوج امراة بغير شهود حنث في القياس لانه منع نفسه عن اصل العقد
والفساد والجواز صفة لا ينعدم اصل العقد بانعدامها كالبيع الا ترى انه لو عقد يمينه على الماضي بان قال ما تزوجت كان على الفاسد
والجائز فكذلك في المستقبل ووجه الاستحسان ان المقصود بالنكاح ملك الحل وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد كيف وقد نفى
رسول الله صلى الله عليه وسلم اصل العقد بغير شهود حيث قال لا نكاح الا بشهود بخلاف البيع فالمقصود هناك هو الملك يحصل بالعقد
الفاسد اذا تاكد بالقبض وبخلاف ما لو تكلم في النكاح لانه في الخبر الماضي من النكاح ليس بمقصود الحل والعقد واما يمينه
في الماضي على مجرد الخبر والخبر يتحقق عن العقد الفاسد والجائز ولو حلف لا يشتري عبدا فاشتراه شراء فاسدا حنث عندنا وعند زفر رحمه الله
لا يحنث الا بالقبض لان القبض في الشراء الفاسد نظير القبول في الشراء الصحيح من حيث ان الملك لا يحصل الا به ولكنا نقول شرط حنثه
العقد بالايجاب والقبول ينعقد العقد فاسدا كان او صحيحا والملك غير معتبر في تحقيق شرط الحنث الا ترى انه لو اشتراه بشرط الخيار
او اشتراه لغيره حنث وان لم يثبت الملك له قال وهذا والنكاح سواء في القياس ولكني استحسن في البيع وهذا الاستحسان يعود الى القياس
في النكاح واشار الى الفرق فقال الا ترى انه لو اعتقه بعد القبض عتق وانه لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد فدل ان العقد منعقد هنا
غير منعقد هناك ولو حلف لا يصلي ركعتين فصلاهما بغير وضوء فهو في القياس يحنث وفي الاستحسان وهذا والنكاح سواء لان المقصود
بالصلوة العبادة بل الثواب ولا يحصل ذلك بالصلوة بغير وضوء لقوله عليه السلام لا صلوة الا بطهور قال ولو حلف لا يصلي فافتتح
الصلوة لم يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا وفي القياس يحنث لان شرط حنثه فعل يكون به مصليا وقد حصل ذلك بالتكبير لانه في
العادة يسمى مصليا ويحرم عليه ما يحرم على المصلين ولكنه استحسن فقال الصلوة تشتمل على اركان منها القيام والقراءة والركوع والسجود
لانها عبادة بجميع البدن وكل ركن من هذه الاركان لا يتناوله اسم الصلوة فلا يكون مصليا ما لم يات باركان الصلاة وانما يسمى مصليا
بعد التكبير مجازا على اعتبار انه اشتغل بالاركان التي يصير بها مصليا فاذا قيد الركعة بسجدة فقد اتى باركان الصلاة وما بعد ذلك
يكون تكرارا ولا يشترط التكرار في تمام شرط الحنث وقد بينا في كتاب الصلوة ان القعود من اسباب التحلل وان حلف لا يصوم فاصبح
صائما ثم افطر حنث لان الصوم ركن واحد وهو الامساك وشرط النية فلما اصبح ناويا للصوم فقد اتى بما هو ركن الصوم فيتم شرط
الا ان يكون قال يوما فحينئذ اذا افطر قبل الليل لم يحنث لان شرط حنثه صوم يوم كامل ولا يحصل ذلك الا بامتداد الامساك الى
غروب الشمس وان حلف لا يفطر عند فلان ولا نية له فافطر على ماء وتعشى عند فلان حنث لانه جعل شرط بره الفطر عند فلان وقد تعشى

عند

عند فلان وما افطر عنده فالفطر الحكمي بغروب الشمس وحقيقته بوصول المفطر الى جوفه وقد وجد ذلك قبل ان ياتي فلانا وان كان نوى
حين حلف العشاء لم يحنث لان المفطر يذكر في العادة والمراد العشاء فان الرجل يقول افطرت عند فلان وفلان يفطر عنده جماعة والمراد
التعشي وان حلف لا يتوضا بكوز فلان فصب فلان عليه الماء من كوزه فتوضا حنث لان التوضي بالماء الذي في الكوز لا بعين الكوز وقد وجد
ذلك وان كان الذي يصب عليه ذلك الماء من ذلك الكوز غيره وكوز الصفر والادم وغيره في ذلك سواء وهذا اذا كان ذلك يسمى كوزا عادة
فاما اذا توضا باناء لفلان غير الكوز لم يحنث ولو كان فلان هو الذي وضاه وغسل يديه ووجهه لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه
وهو التوضي ولم يوجد وكذلك لو حلف لا يشرب بقدح فلان والله اعلم

باب اليمين في العتق

قال رجل تزوج امة ثم قال لها ان مات مولاك فانت طالق ثنتين فمات المولى والزوج وارثه وقع الطلاق عليها ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره
في قول ابي يوسف وقال محمد لا يقع الطلاق لان موت المورث سبب لانتقال الملك الى الوارث وذلك مفسد للنكاح واوان وقوع الطلاق
بعد وجود الشرط فيقترن الطلاق بحال فساد النكاح ولا يقع الطلاق في هذه الحالة كما اذا قال اذا باعك مني فانت طالق ثنتين ثم اشتراها
لم تطلق يوضحه ان الطلاق لا يقع الا في النكاح المستقر وهو غير مستقر في نكاح حال انتقال الملك اليه ولهذا قال محمد رحمه الله لو قال اذا مات
مولاك فانت حرة فمات المولى وهو وارثه لا يعتق لان العتق لا ينزل الا في الملك المستقر وبنفس موت المولى لا يستقر الملك للوارث ولكن اوان
استقرار ملكه بعده بخلاف ما لو قال اذا مات مولاك فملكتك لان اوان العتق هناك ما بعد استقرار الملك وابو يوسف يقول وجد شرط
الطلاق وهي منكوحة بعد فيقع الطلاق كما لو لم يكن الزوج وارثه وبيان ذلك ان موت المولى سبب لزوال ملكه فانما يزول ملكه بعد
الموت ثم ينتقل الى الوارث بعد ذلك ثم يفسد النكاح بعد ما يدخل في ملكه ووقوع الطلاق قبل هذا بعد حين لان وقوع الطلاق يقترن
بزوال ملك المولى وزوال ملك المولى غير مؤثر في دفع استقرار النكاح والدليل عليه انه لو قال لها اذا مات مولاك فانت حرة لم يعتق
لان اوان وقوع العتق مع زوال ملك المالك وملك الوارث يكون بعد ذلك فاذا لم يعتبر الملك الذي يتاخر للوارث في تصحيح عتقه فكذلك
لا يعتبر في المنع من وقوع الطلاق الا ترى انه لو شرط الملك بقوله اذا ملكتك فملكتك وقع العتق دون الطلاق فاذا لم يشترط الملك
يقع الطلاق دون العتق لان الملك منفذ للعتق مانع من وقوع الطلاق رجل قال لامته اذا مات فلان فانت حرة ثم باعها من فلان ثم ورثها
ثم قال لها اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه على قول ابي يوسف لا يعتق ويقع الطلاق وعلى قول زفر يقع العتاق
ولا يقع الطلاق على قول محمد لا يقع الطلاق ولا العتاق اما ابو يوسف مر على اصله ان الطلاق لا يمتنع وقوعه الا بعد الملك وقد علقهما
الحالف بموت فلان والذي يثبت بموت فلان زوال ملكه ثم ثبوت الملك للوارث بعد ذلك فاوان العتق والطلاق قبل ثبوت الملك له فيقع
الطلاق ولا يقع العتق ومحمد مر على اصله ان وقوع الطلاق مع وقوع الملك وحال وقوع الملك للزوج في رقبتها ليس بحال استقرار النكاح
فلا يقع الطلاق ولا يقع العتق لانه يقترن بوقوع الملك واوان نفوذ العتق ما بعد الملك واما زفر فانه يقول لا يقع الطلاق لما قال محمد رحمه
الله ان ما بعد موت المولى ليس بحال استقرار النكاح ويقع العتق باعتبار انه حلف بالعتق في الملك والشرط تم في الملك لان تمام الشرط بعد
موت المولى المورث وكمال ملك المورث انتقل الملك الى الوارث فيقع العتق ولا يعتبر تخلل زوال الملك بعد ذلك كما لو قال لها ان دخلت الدار
فانت حرة ثم باعها ثم اشتراها ثم دخلت الدار يوضحه ان العتق لما كان اوان نزوله بعد الملك يصير تقدير كلامه كانه قال اذا مات مولاك
ثم ورثتك ولا يدرج مثل هذا في الطلاق لانه يبطل الطلاق والادراج للتصحيح لا للابطال او يدرج حتى لا يقع الطلاق ويقع العتق كما هو مذهب
زفر واذا قال لامته اذا باعك فلان فانت حرة فباعها من فلان ثم اشتراها منه لم تعتق لان الشرط بيع فلان اياها وبيع فلان من الحالف سبب
لزوال ملكه فاما وقوع الملك للحالف بشرائه لا ببيع فلان فلهذا لا يعتق الا ترى انه لو قال اذا وهبك فلان فانت حرة فباعها من فلان وسلمها ثم اشتراها
البايع ثم قال للبايع هبها لي فقال هي لك انها له وهذا قول ولا يعتق لان العتق والهبة وقعا وهي في ملك غيره فانه انما يملكها بالهبة والشرا
بعد خروجها من ملك البايع والواهب فكان العتق متصلا بزوال ملك البايع والواهب او مقترنا بوقوع الملك للحالف ولا ينفذ العتق الا بعد
تقدم الملك في المحل وان قال اذا وهبك فلان مني فانت حرة ثم وهبها منه وهو قابض لها عتقت وكذلك قوله اذا باعك فلان مني فانت حرة لانه
صرح بما هو سبب الملك في حقه واضافة العتق الى سبب الملك كاضافته الى نفس الملك رجل قال لاخر يا فلان والله لا اكلمك عشرة ايام
والله لا اكلمك تسعة ايام والله لا اكلمك ثمانية ايام فقد حنث مرتين لانه باليمين الثانية صار مخاطبا له فيحنث في اليمين الثانية وعليه اليمين
الثالثة حتى ان كلمه في الثمانية الايام حنث ايضا وان قال والله لا اكلمك ثمانية ايام والله لا اكلمك تسعة ايام والله لا اكلمك عشرة ايام فقد

مرتين وعليه اليمين لما قاله ان كلمه في العشرة ايام حنث ايضا رجل قال علي المشي الى بيت الله تعالى ولم يلزمه عتق ولا طلاق لان الثاني صرح بكلمة
على وهي كلمة الالتزام وكانت عاملة فيما يصح التزامه في الذمة دون ما لا يصح التزامه في الذمة والمشي الى بيت الله يصح التزامه في الذمة فيتعلق بدخوله
الدار وعند الدخول يصير كالمنجز فاما الطلاق لا يصح التزامه في الذمة والعتق وان كان يصح التزامه في الذمة ولكن لا ينجز في المحل بدون .
التنجيز فلهذا لا يعتق مملوكه ولا تطلق زوجته اذا دخل الدار وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان الرجل اذا قال لامرأته انت طالق ان دخلت
الدار وقال الاخر علي مثل ذلك في امراتي من الطلاق ان دخلتها فدخل الثاني الدار لم تطلق امرأته عند ابي يوسف وطلقت عند زفر لانه
الزم نفسه عند دخول الدار في امرأته من الطلاق ما الزمه الاول والاول انما الزم نفسه وقوع الطلاق عليها عند الدخول لا لزوم
الطلاق دينا في ذمته فيثبت ذلك في حق الثاني قال في الكتاب الا ترى انه لو قال لله علي طلاق امراتي لا يلزمه شيء وهذا يصير رواية
في فصل فيه اختلاف ان من قال لامرأته طلاقك علي واجب او طلاقك لي لازم فكان محمد بن سلمة يقع الطلاق فيهما جميعا والعراقيون
من مشايخنا كانوا يقولون في قوله علي واجب لا يقع وفي قوله لي لازم يقع والاصح ما ذكره محمد بن مقاتل ان عند ابي حنيفة لا يقع الطلاق فيهما
جميعا لان الوجوب واللزوم يكون في الذمة والطلاق لا يلتزم في الذمة وليس لالتزامه في الذمة عمل في الوقوع وعلى قول محمد في قوله
لي لازم يقع لان معناه حكم الطلاق لي لازم وجعل السبب كناية عن الحكم صحيح وعلى قول ابي يوسف في ذلك الاحتمال ان يكون المراد لزوم
الحكم اياه فان نوى الوقوع وقع فاما العتق فقد جعل الثاني بهذا اللفظ عليه عتق مماليكه فيؤمر بالوفاء بالنذر من غير ان يجبر عليه في
القضاء كما لو قال لله علي ان اعتق عبدي هذا لم يعتق بهذا القول ولكن الافضل ان يفي به معناه ان يؤمر بالوفاء فيما بينه وبين الله كما هو
موجب نذره الا ترى ان رجلا لو قال عبدي سالم حر ان دخلت الدار فقال رجل اخر علي مثل ما جعلت على نفسك ان دخلت الدار فدخلها انه لا
عليه وهذا ظاهر لان الثاني يلتزم بالدخول عتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن ادم فان عنى به عتق عبد من عبيده الذي يملكه فالاحسن
له ان يفي به وهو اثم ان لم يف به لترك الوفاء بالمنذور وبيانه في قوله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن اتانا من فضله الاية واما المشي الى
بيت الله تعالى والحج والعمرة والنذر والصيام وكل شيء يتقرب العبد به الى ربه فاذا قال رجل اخر علي مثل ما حلفت به ان فعلت ففعله
الثاني لزمه عليه وكذلك لو قال الاول علي عتق نسمة ان فعلت كذا ففعل فعليه عتق نسمة لانه قربة يصح التزامها في الذمة بالنذر والوفاء بالمنذور
به النادر فيما بينه وبين ربه تم كتاب الايمان بعون الله وتوفيقه

كتاب الحدود

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي املاء رحمه الله الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس من
الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه فسميت العقوبات حدودا لكونها مانعة من ارتكاب اسبابها .
وفي الشرع الحد اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى ولهذا لا يسمى به التعزير لانه غير مقدر ولا يسمى به القصاص لانه حق العباد وهذا لان
وجوب حق العباد في الاصل بطريق الجبران فاما ما يجب حقا لله تعالى فالمنع من ارتكاب سببه لان الله تعالى عن ان يلحقه نقصان ليحتاج في حقه
الى الجبران وهي انواع فبدا الكتاب لبيان نوعين منها حد الزنا وحد النسبة الى الزنا وسبب كل واحد منهما ما يضاف اليه لان الواجبات تضاف
الى اسبابها والموجب هو الله تعالى ولكن الاسباب لتيسير المعرفة على العباد الا ان يكون الاسباب هي الموجبة ثم حد الزنا نوعان رجم في حق
المحصن وجلد في حق غير المحصن وقد كان الحكم في الابتداء الحبس في البيوت والتعيير والاذى باللسان كما قال تعالى فامسكوهن في البيوت وقال
فآذوهما ثم انتسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت ان النبي عليه السلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد كان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا
عن الله ثم انتسخ ذلك بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة واستقر الحكم على الجلد في حق غير المحصن والرجم في حق المحصن فاما الجلد
فهو متفق عليه بين العلماء واما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون
الاخبار اذا لم تكن في حد التواتر والدليل على ان الرجم حد في حق المحصن ان النبي عليه السلام رجم ماعزا بعدما سال عن احصانه ورجم
الغامدية وحديث العسيف قال واغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها دليل على ذلك وقال عمر رضي الله عنه على المنبر وان مما انزل
في القران الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسياتي قوم ينكرون ذلك ولولا ان الناس يقولون زاد عمر في كتاب الله لكتبتها على حاشية
المصحف والجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن غير مشروع حدا عندنا وعند اصحاب الظواهر يجمع بينهما في حق المحصن بقوله عليه السلام والثيب
بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وبحديث علي رضي الله عنه فانه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها ثم قال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بالسنة

وفي ذلك حديث ماعز والغامدية فقد رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدهما وقال ان اعترفت فارجمها وقد بينا ان المقصود الزجر عن ارتكاب
والابلغ ما يكون من الزجر بعقوبة تاتي على النفس باخس الوجوه فلا حاجة معها الى الجلد والاشتغال به اشتغال بما لا يفيد وما لا فائدة فيه لا يكون مشروعا
حدا وقد بينا ان الجمع بينهما قد انتسخ وقيل تاويل قوله جلد مائة ورجم بالحجارة في حق ثيب هو غير محصن والرجم في حق ثيب هو محصن وحديث علي
تاويله انه جلدها لانه لم يعرف احصانها ثم علم احصانها فرجمها وهو القياس عندنا على ما بيناه في الجامع ثم سبب هذا الحديث يثبت عند
الامام بالشهادة تارة وبالاقرار اخرى فبدا الكتاب ببيان ما يثبت بالشهادة والزنا مختص من بين سائر الحقوق في انه لا يثبت الا بشهادة اربعة
لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقد تكلف بعضهم فيه معنى وهو ان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل
واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولكن هذا ضعيف فان شهادة شاهدين كما يثبت فعل الواحد يثبت فعل الاثنين ولكنا نقول ان الله تعالى يحب الستر
على عباده والى ذلك ندب وذم من احب تشييع الفاحشة فلتحقيق معنى الستر شرط زيادة العدد في الشهود على هذه الفاحشة واليه اشار عليه
السلام في قوله لهلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك واليه اشار عمر رضي الله عنه حين شهد عنده ابو بكرة
وشبل بن معبد ونافع بن الازرق على المغيرة بن شعبة فقال للرابع وهو زياد بم تشهد قال انا رايت اقداما بادية وانفاسا عالية وامرا منكرا
وفي رواية قال رايتهما تحت لحاف واحد ينخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخيزران وفي رواية رايت رجلا امعى على امراة صرع
ورجلين مخضوبتين واستا تذهب وتجيء ولم ار ما سوى ذلك فقال الله اكبر الحمد لله الذي لم يفضح واحدا من اصحاب رسوله ففي هذا بيان ان
اشتراط الاربعة لابقاء ستر العفة قال واذا شهدت الاربعة بالزنا بين يدي القاضي ينبغي ان يسالهم عن الزنا ما هو وكيف هو وبمن زنى
واين زنى لانهم شهدوا بلفظ محتمل فلا بد ان يستفسرهم اما السؤال عن ماهية الزنا لان من الناس من يعتقد في كل وطء حرام انه زنى ولان
الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما
المشي والفرج يصدق ذلك كله والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا حتى فسر كالميل
في المكحلة والرشاء في البئر وقال له مع ذلك لعلك قبلتها لعلك مسستها حتى ذكر الكاف والنون قبل الراء والزنا لغة ماخوذ من الضيق
ولا يكون ذلك الا بالجماع في الفرج فلهذا يسالهم عن ماهية الزنا وكيفيته واما السؤال عن الوقت لجواز ان يكون متقادما فان حد الزنا بحجة البينة
لا يقام بعد تقادم العهد عندنا والسؤال عن المكان لتوهم ان يكون فعل ذلك في دار الحرب حيث لم يكن تحت ولاية الامام والسؤال عن المزني بها لان
النبي عليه السلام سال ماعزا عن ذلك الا ان اقر بها فيمن زنيت ولان من الجائز ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير
معلوم للشهود فاذا فسروا وبينوا ذلك للقاضي والحاصل ان القاضي يحتال ويبالغ في الاحتيال لدرء الحد كما قال عليه السلام ادرؤوا الحدود
بالشبهات ولقن المقر الرجوع بقوله اسرقت ما اخاله سرق وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين يعني الذين يقرون على انفسهم بالسبب الموجب
للحد ومن اسباب الاحتيال للدرء ان يستقصي مع الشهود ولان المتعلق بهذه الشهادة ما اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيستقصي للتحرز عن
ذلك فاذا بينوا ذلك والقاضي لا يعرف عدالة الشهود فانه يحبسه حتى يسال عن الشهود وهذا لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا
وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس ايضا قلنا حبسه ليس
بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا ولهذا لا يحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود
لان الحبس اقصى العقوبة هناك فانه بعد ما ثبت الحق لا يعاقبه الا بالحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف الحدود فاذا ظهرت
عدالة الشهود نظر في امر الرجل فان كان محصنا رجمه وان كان غير محصن جلده والاحصان الذي يتعلق به الرجم له شرائط فالمتقدمون
يقولون شرائطه سبعة العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الاخر في
صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله
فاما العقل والبلوغ فهما شرط للاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون اهلا لالتزام شيء من العقوبات والحرية
شرط تكميل العقوبة لا ان يكون شرط الاحصان على الخصوص فاما الدخول شرط ثبت بقوله عليه السلام الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بعد
الدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيوبة على ما عليه اصل حال الادمي والحرية لا تتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح وكان
المقصود به تغليظ الحرمة لان الرجم اغلظ العقوبات فيستدعي اغلظ الجنايات وتمام الجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال يكون اغلظ ولهذا
لا يشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ في الحرمة من الزنا بعد العفة فاما الاسلام شرط
في قول علمائنا وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وهو قول الشافعي لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا وزاد في بعض .
الروايات وقد احصنا والمعنى ان هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها فيقام عليه كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص

بخلاف حد الشرب فانه لا يعتقد حرمة شربه وما سوى ما بينا انما يشترط في الاحصان انما يشترط لمعنى تغلظ الحرمة باعتبار الدين من حيث اعتقاد الحرمة.
فاذا كان هو في دينه معتقدا للحرمة كالمسلم فقد حصل ما هو المقصود فكان به محصنا فان المحصن من يكون في حصن ومنع من الزنا وهو باعتقاد
ممنوع من الزنا وقد اعتاد عليه بالعقوبة في دينه فكان محصنا ثم لا يجوز اشتراط الاسلام لمعنى الفضيلة والنعمة كما يشترط سائر الفضائل من
العلم والشرف ولا يجوز اشتراط الاسلام لمعنى التغليظ لان الكفر الذي يضاد الاسلام فالاسلام للتخفيف والعصمة والكفر من دواعي التغليظ ثم
كان يقام هذه العقوبة على المسلم بارتكاب هذه الفاحشة فعل الكافر اولى وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن معناه
ليس بكامل الحال فان المحصن من هو كامل الحال والرجم لا يقام الا على من هو كامل الحال والاعتماد في المسئلة على الاستدلال بالثيوبة فان الثيوبة
بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم ومعلوم ان المقصود انكسار شهوته باصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالاصابة بملك اليمين كما يتم
بالنكاح ثم شرط ان يكون بالنكاح فما كان ذلك الا لاعتبار معنى النعمة وتبين بهذا انما يشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة فكذلك
اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة وذلك بالاسلام بل اولى لان اصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود ثم انعدم نهايتها واصل
النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر وتاثيره ان الجريمة كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ولهذا هدد الله تعالى نساء رسوله
بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى يضاعف لها العذاب ضعفين لزيادة النعمة عليهن وعوتب الانبياء على الزلات بما لم يؤاخذ
به غيرهم لزيادة النعمة عليهم والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة الحرية في حق الحر من العبد اكثر ما لا الجلد من
بدن الحر فعرفنا ان زيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة فاما سائر الفضائل فانا لا نشترط لان شرط
الحد بالراي لا يمكن اثباته ونحن قلنا ما يكون شرطا بالاتفاق ينبغي ان يشترط بطريق هو نعمة استدلالا بالثيوبة فاما ما لم يعرف شرطا لو اثبتناه
لاثبتناه بالراي بكل مع انه انما يشترط في الاحصان ما ينطلق عليه اسم الاحصان وسائر الفضائل لا ينطلق عليه اسم الاحصان واما الاسلام
فينطلق عليه اسم الاحصان في قوله والذين يرمون المحصنات فاذا احصن فان اتين بفاحشة فاما العفة وان كان ينطلق عليه اسم الاحصان
ولكن العفة انزجار عن الزنا وانا لا انزجار عن الزنا مع الاقدام على الزنا لا يتحقق فلا يمكن اشتراط العفة مقترنا بالزنا ولا سابقا على الزنا لانه
لا يتغلظ به الجريمة كما بينا فان الاصرار على الزنا الخشوع الجريمة مع ان الفقه الوقوف على حدود الدين فاذا شرطنا اصل الدين بطريق
هو نعمة فقد حصل ما هو المقصود فاما الحديث فانما رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة الا ترى انه دعا بالتوراة وبابن
صوريا الاعور وناشده الله حتى اعترف بان حكم الزنا في كتابهم الرجم فرجمهما وقال انا احق من احيا سنة اماتوها واحيا سنة اميتت انما يكون
بالعمل بها فدل انه انما رجمهما بحكم التوراة ولم يكن الاحصان شرطا في الرجم بحكم التوراة وقوله وقد احصنا شاذ ولو ثبت فمراده الاحصان
من حيث الحرية كما في قوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم واما اشتراط احصان كل واحد منهما في الاخر فهو مذهبنا وفي رواية
عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ليس بشرط حتى ان المملوكين اذا كان بينهما وطء بنكاح صحيح في حالة الرق ثم عتقا لا يكونان محصنين عندنا
وكذلك الكافرين وفي رواية ابي يوسف هما محصنان وكذلك الحر اذا تزوج امة او صغيرة او مجنونة ودخل بها وكذلك المسلم اذا تزوج
كتابية ودخل بها او اسلمت المراة قبل ان يدخل بها الزوج الكافر فدخل بها قبل ان يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الدخول عندنا وعلى
قول ابي يوسف والشافعي يثبت الاحصان لان ما هو المقصود قد تم وهو انكسار الشهوة باصابة الحلال وان يكون بطريق هو نهاية في
النعمة ولكنا نقول يستدل بما روي ان كعب بن مالك اراد ان يتزوج يهودية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم دعها فانها لا تحصنك وحذيفة
بن اليمان رضي الله عنه اراد ان يتزوج يهودية فقال له عمر رضي الله عنه دعها فانها لا تحصنك وقال عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية
ولا الحر العبد ولا الحرة الامة وفيه معنيان احدهما ان الزوجية مبني على المساواة فذلك المفهوم من قولهم زوج نعل زوج خف وقد صار
الزوجية هنا شرطا فيشترط المساواة بينهما في الصفة لان تمام الزوجية يكون به ورسبب الرق تنقص ملك الحل وقد بينا ذلك في كتاب الطلاق
فلا بد من اعتبار حريته كل واحد منهما لتكون الثيوبة بعد كمال ملك الحل واذا ثبت اشتراط الحرية ثبت اشتراط البلوغ والعقل فيهما بطريق
الاولى لان سبب الصغر يدخل في هذا الفعل نقصان فان تمام ميل طبع المرء البالغة العاقلة وكذلك يشترط الاسلام لان الكافر في حق المسلم
ناقصة الحال لا يتم سكونه اليها وقد بينا ان الرجم اقصى العقوبات وفي شرائطه يعتبر النهاية ايضا احتيالا لدرء هذه العقوبة فان اقر الزاني
بانه محصن فاقراره عليه حجة تامة لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه ولكنه يستفسر الامام لان الاحصان لفظ مبهم وهو ينطلق على اشياء يسمى به كل
واحد منها وان قال لست بمحصن فشهد عليه شاهد انه محصن استفسرهما عن الاحصان ما هو وكيف فاذا بينا رجمه ذلك رجمه ان كان الشاهد
بالاحصان رجلين ولا يشترط في الاحصان عدد الاربعة لانه ليس بسبب موجب للعقوبة قال وكذلك لو شهد رجل وامراتان بالاحصان.
وعلى قول زفر والشافعي لا يثبت الاحصان بشهادة رجل وامراتين اما الكلام مع الشافعي ينبني على ما بيناه في النكاح ان النكاح وغيره من الحالة عنده

لا يثبت بشهادة الرجال مع النساء لانه ليس بمال ولا من حقوق ما هو مال وانما يتحقق الكلام هنا بيننا وبين زفر فحجته ان المقصود بالاحصان هنا تكميل
العقوبة وباعتبار ما هو المقصود لا يكون للنساء فيه شهادة لان المكمل للعقوبة بمنزلة الموجب لاصل العقوبة فكما لا يثبت اصل العقوبة بشهادة
النساء فكذلك تكميلها الا ترى ان هذا الراي لو كان عبدا مسلما لذمي فشهد ذميان ان مولاه كان اعتقه قبل الزنا وقد استجمع سائر شرائط الاحصان
لا تقبل شهادتهما ومعلوم ان في غير هذه الحالة شهادة اهل الذمة على العتق على الذمي مقبولة ولكن لما كان المقصود هنا تكميل العقوبة على المسلم
نظرا الى المقصود دون المشهود به توضيح ما قلنا ان الاحصان شرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا فكما لا يثبت
سبب العقوبة بشهادة النساء فكذلك شرطها وحجتنا فيه ان الاحصان ليس بسبب موجب للعقوبة فيثبت بشهادة الرجال مع النساء كسائر الحقوق
وهذا الاشكال فيه فان الاحصان عبارة عن خصال حميدة بعضها مامور به وبعضها مندوب اليه فيستحيل ان يكون سببا لايجاب العقوبة ولا
هو شرط ايضا لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود الاحصان بعد الزنا فانه وان صار محصنا بعد
الزنا لم يرجم ولكنه عبارة عن حال في الزاني يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجم والحكم يضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فعرفنا ان الشهادة
بالنكاح في هذه الحالة وفي غير هذه الحالة سواء واما شهادة اهل الذمة فبقول العتق هناك يثبت وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا التاريخ ينكره المسلم
وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة ولان المسلم يتضرر بهذه الشهادة من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه ولا يجوز ان يتضرر المسلم بشهادة
الكفار وحقيقة ان شهادة اهل الذمة دخلها الخصوص في المشهود عليه لا في المشهود به فان شهادتهم على المسلمين غير مقبولة وعلى اهل الذمة مقبولة في
الحقوق وغيرها فاذا كان الخصوص في المشهود عليه ينظر الى من يقام عليه الحكم بعد شهادتهم والذي يقام هنا الحد الكامل على المسلم فلا تقبل شهادتهم
فيه فاما شهادة الرجال مع النساء فدخلها الخصوص في المشهود به لا في المشهود عليه فانما يمتنع قبولها اذا كان المشهود به سببا للعقوبة او شرطا لو
في العقوبة وقد بينا ان ذلك غير موجود في الاحصان فلهذا قبلت شهادة النساء مع الرجال هنا وان كان شهود الاحصان حتى استفسرهم القاضي
انه تزوج امراة فجامعها او باضعها فذلك كاف لان مطلق الجماع بيننا والجماع في الفرج خاصة ولهذا انما تعلق من الاحكام شرعا انما يتعلق بالجماع في
الفرج والمباضعة مفاعلة من ادخال البضع في البضع فاما اذا قالوا دخل بها فذلك يكفي لثبوت الاحصان في قول ابي حنيفة ولا يكفي في قول محمد رحمه الله
ولم يذكر قول ابي يوسف وهو كقول ابي حنيفة رحمه الله محمد يقول الدخول مشترك وقد يراد به الوطء وقد يراد به الملاقاة وكل لفظ مشترك
او مبهم ذكره الشهود فعلى القاضي ان يستفسرهم ليكون اقدامه على الامر عن بصيرة الا ترى انهم لو قالوا اتاها او قربها لا يكتفى بذلك وابو حنيفة
يقول انهم ذكروا الدخول مضافا اليها والدخول مضافا الى النساء عرفا انما يراد به الجماع قال الله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن واذا قيل فلان
دخل بامراته لا يفهم منه الا الجماع والاسم مشترك بدون الصلة واما مع هذه الصلة والاضافة فلا وهو كاسم الوطء فقد يراد به الوطء بالقدم ثم
اذا قالوا وطئها كان ذلك كافيا لثبوت الاحصان فهذا مثله ولكن محمد يقول قد يقال يدخل بها والمراد مر بها اي حل بها الا ان ذلك نوع مجاز
والمجاز لا يعارض الحقيقة وان شهدوا على الزوج فقط عين ان له منها ولدا فهو احصان ولا يكون الاحصان بناء من هذا لانا لما حكمنا بثبوت
النسب منه فقد حكمنا بالدخول بها وذلك اقوى من شهادة الشهود على انه جامعها ولان الذي يقع به العلم بالدخول بها اذا كان بينهما اولاد فوق
ما يقع بشهادة الشاهدين قال ولا يكون محصنا بالخلوة الموجبة للمهر والعدة لان المقصود انكسار الشهوة باصابة الحلال لاستغنائه عن الحرام وذلك
لا يحصل بالخلوة وانما يجعل الخلوة تسليما للمستحق بالعقد في حكم المهر والعدة الا ترى ان سائر الاحكام المتعلقة بالوطء لا يثبت شيء منها بالخلوة فكذلك الاحصان
قال ولا يجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن فقد بينا واما في حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفي عندنا وقال الشافعي يجمع بينهما فيجلد مائة ويغرب سنة واحتج
بذلك في حديث العسيف ان النبي عليه السلام قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام وروي ان النبي عليه السلام ضرب وغرب وابو بكر رضي الله عنه ضرب
وغرب واشتغل بعضهم بالقياس فقال النفي مما يقع به التعزير فكان من جنسه حدا كالجلد ولكن هذا كلام الجهال فان اثبات الحدود وتكميلها
بالقياس لا يكون ولكن الحرف لهم ان الزنا قبل ان يحرم المراة عادة يكتسب به اما بسبب من الصحبة والموانسة والفراغ والتغريب قاطع لهذا السبب
والحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه فما يكون قاطعا للسبب يحصل به المقصود فيكون حدا الا ترى ان حد السرقة مشروع بقطع اليد والرجل
لان تمكنه من هذا الفعل بالمشي والبطش فقطع الالة الماشية والباطشة مانع له من ذلك ولا معنى لقوله كيف يبقى مع المحرم او بغير محرم لان
النفي محرم واجبة فلا يعتبر فيه المحرم كالهجرة في التي اسلمت في دار الحرب ولما كان حدا فعلى الامام ان يتكلف لما يحتاج اليه في اقامته كالجلد وحجتنا
في ذلك قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فقد جعل الجلد جميع حد الزنا فلو اوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة
على النص وذلك بعض النسخ وروي ان مجدجا سقيما وجد على بطن امة من اماء الحي يخبث بها فاتي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اضربوه
مائة فقالوا انه اضعف من ذلك لا يحتمل الضرب فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ولم يامره بالتغريب ولو كان ذلك حدا
لتكلف له كما تكلف للحد وان عمر رضي الله عنه جلد ابا بكرة في اداء على الزنا وامرا اسرائه ان كتم فلو كان التغريب متمما للحد لما امرها بالكتمان لان

ذلك لا يتصور وكما بقي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال والله لا ابقى احدا بعد هذا فلو كان مشروعا حدا لما حلف ان لا يقيمه وقال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا وعن ابراهيم رحمه الله ان عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في ام ولد زنت بعد موت مولاها فقال علي تجلد ولا تنفى وقال ابن مسعود رضي الله عنه شيء واحد ما تقول علي لانه اقرب الى دفع الفتنة والفساد ومعنى هذا ما ذكر في الكتاب قال ارايت شابة زنت اكنت تنفيها اي في نفيها تعريض لها على مثل ما اسلفت فانها عندما ابويها تكون محفوظة تفرغ ادا الغربة تكون خليعة العذار فالنار على وجه الاما ذهب عنهن وانما ينفي المراة محفوظة بالحافظ والاستحيا وذلك يتعدم بالتغريب فيكون تعريضا لها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المانع وهذا معنى ما قاله الخصم لان ما ينشا عن الصحبة والموانسة يكون مكتوما وما ينشا عن الوقاحة وهو افحش ثم قال ارايت امة زنت اكنت تنفيها فاحول بينها وبين خدمة مولاها وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على حق الشرع واذا ثبت ان الامة لا تنفى فكذلك الحرة لان الله تعالى قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فاذا اثبتنا نصف الحد خمسون جلدة ثبتنا ان كماله مائة جلدة ولا يجوز ان ينفى الحرة مع المحرم لان المحرم لم يزن فكيف يقام عليه وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا فلا يجوز اقامة الحد بطريق فيه ابطال ما هو مستحق شرعا فاما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وانما تقصد التخلص من المشركين حتى لو وصلت الى جيش المسلمين في دار الاسلام وامنت لم تكن لها ان تسافر بغير محرم بعد ذلك فاما الحديث فقد بينا ان الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتدا ثم انتسخ بنزول سورة النور والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير فيما فيه تاويل قوله تعالى او ينفوا من الارض انه الحبس وكما قال القائل ومن يك امسى بالمدينة رحله فاني وقيار بها لغريب اي محبوس ونحن نقول يحبس بطريق التعزير حتى يظهر توبته وان ثبت النفي عن احد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد كما نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم هيت المخنث من المدينة ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول — هل من سبيل الى خمر فاشربها او سبيل الى نصر بن حجاج — نفاه والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ما ذنبي يا امير المؤمنين قال لا ذنب لك وانما الذنب حيث لا اطهر دار الهجرة منك وقول ابن ابي ليلى في النفي كقول الشافعي الا انه يقول ينفى الى بلد غير البلد الذي فجر فيه ولكن دون مسيرة سفر قال ولا يكون محصنا بالجماع في النكاح الفاسد لانه نوع من الوطء الحرام فلا يتم به عليه النعمة ولا يستفيد كمال الحال والاحصان عبارة عن ذلك ولا بالجماع في النكاح الصحيح اذا قال لها ان تزوجتك فانت طالق لان الدلالة قامت لنا على انها تطلق بنفس العقد فجماعه اياها بعد ذلك زنا الا انه لا يجب به الحد للشبهة اختلاف العلما ولكن لا يستفاد بهذا الفعل كمال الحال وكذلك ان تزوج المسلم مجوسية او مسلمة بغير شهود ودخل بها لان هذا من انواع النكاح الفاسد قال واذا ثبت الزنا عند القاضي سال الزاني احصنت لانه لو اقر بالاحصان استغنى القاضي عن طلب احصانه بالحجة فان انكر احصانه وشهد الشهود عليه فرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا شيئا لانهم ما شهدوا بسبب العقوبة ولا بشرط طهارة سبب العقوبة ما ثبت بقاء شهود الزنا على شهادتهم فان رجع شهود الزنا وشهود الاحصان فلا ضمان على شهود الاحصان عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يشتركون في الضمان بناء على اصل ان الاحصان شرط الرجم وان شهود الشرط يضمنون عند الرجوع كشهود السبب عنده وعندنا لا ضمان على شهود الشرط وقد بينا ان الاحصان ليس بشرط لان الشرط حقيقة ما يتوقف تمام السبب عليه ولكنه حال في الزاني فلا يكون الاتلاف مضافا اليه بوجه وربما يقول زفر رحمه الله الاحصان تغليظ جريمته والرجم عقوبة جريمة مغلظة فاذا ثبت ان شهود الاحصان تغلظت جريمته كانوا بمنزلة من اثبت اصل الجريمة فصاروا في المعنى كانهم نفس شهدوا على استحقاق القتل ولكن هذا بعيد فان الاسلام والنكاح يثبت بهما [illegible] لا يجوز ان يضاف اليهما الجرم ولا تغليظها الا ترى انه لو شهد رجلان بالزنا واخر بالاحصان لا يتم الحجة ومعلوم ان الرجم يستحق بشهادة شهود اربعة فلو كان شهود الاحصان كشهود الزنا لتمت الحجة هنا فاما اذا رجع شهود الزنا او بعضهم فالمسألة على ثلاثة اوجه اما ان يرجع احدهم قبل القضا او بعد القضا قبل اقامة الحد او بعد اقامة الحد فان رجع احدهم قبل القضا حدوا حد القذف عندنا كما لو رجعوا جميعا وقال زفر لا يحد الا الراجع خاصة ووجه قوله ان الحجة تمت باجتماع الاربعة على ادا الشهادة وتمام الحجة يمنع من ان يكون كلامهم قذفا ثم الراجع فسخ معنى الشهادة من كلامه برجوعه فينقلب كلامه قذفا ولكن له ولاية فسخ الشهادة على نفسه لا على غيره فبقي كلام الباقين شهادة وصار في حقهم كانه لم يرجع فلا يلزمهم الحد بخلاف ما اذا اشهد ثلثة وامتنع الرابع لان الحجة لم يتم هناك والشهادة على الزنا في الحقيقة قذف ولكن باعتبار تمام الحجة يخرج من ان يكون قذفا شرعا فاذا لم يتم الحجة هناك بقي كلامهم قذفا فيلزمهم الحد ولما تمت الحجة هنا لم يكن كلامهم قذفا ثم حكم فسخ الشهادة برجوع الراجع مقصور عليه فلا يتعدى الى الباقين وحجتنا فيه ان العارض قبل امضا الشهود قبل القضا كالمقترن باصل الادا بدليل عمى الشهود وردتهم وبدليل المال فان رجوع الشهود هناك قبل القضا يمنع القاضي من القضا بالمال لعدم تمام الحجة في الابتدا فاذا ثبت هذا نقول لو امتنع الرابع من ادا الشهادة في الابتدا يقام حد القذف على الثلثة ولا يكون ذلك لسكوت الرابع بل لنسبتهم اياه الى الزنا فكذلك اذا رجع احدهم قبل القضا وقوله بان الحجة تمت وكان كلامهم شهادة قلنا هذا موقوف مراعى لان الشهادة لا تكون حجة موجبة ما لم يتصل بها القضا

لم يتصل

لم يتصل بها القضا هنا بالشهادة حتى رجع احدهم بقي كلامهم قذفا بالزنا الا ان يكون حجة الحد على المشهود عليه تامة الا ترى ان كلام الراجع قذف بالزنا ومعلوم انه لو شهد مع القاذف ثلاثة نفر لا يقام الحد عليهم جميعا فكذلك هنا فاما اذا رجع احدهم بعد القضا قبل الحد فانه لا يقام الحد على المشهود عليه لان العارض بعد القضا فيما يندرئ بالشبهات كالعارض قبله بدليل عمى الشهود وردتهم وهذا لان الامام لا يمكنه اقامة الحد الا بحجة كاملة ولم يبق بعد رجوع احدهم ثم على قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر يحدون جميعا حد القذف استحسانا وعند محمد وزفر يحد الراجع وحده وهو القياس وهو قول ابي يوسف الاول لان الاصل رجوع الشاهد بعد القضا قبل الاستيفا فيما يندرئ بالشبهات كالرجوع قبل القضا وفيما يثبت مع الشبهات كالرجوع بعد الاستيفا بدليل المال فانهم اذا رجعوا بعد القضا لا يمتنع الاستيفا على المقضي عليه اذا ثبت هذا فنقول اقامة الحد على المشهود عليه يندرئ بالشبهات فرجوع احدهم فيه بعد القضا كالرجوع قبله فاما سقوط حد القذف عنهم ثبت مع الشبهات فرجوع احدهم فيه بعد القضا كرجوعه بعد الاستيفا توضيحه ان الحجة بعد القضا وبعدما تمت الحجة لا يكون كلامهم قذفا ثم برجوع احدهم يبطل معنى الحجة في حقه فيصير كلامه قذفا ولكن لا ولاية له على الباقين ولا على ابطال حكم الحاكم فيبقى كلام الباقين حجة غير قذف كما كان قبل رجوعه وابو حنيفة وابو يوسف يقولان رجوع احدهم بعد القضا كرجوعه قبل القضا بدليل سقوط الحد عن المشهود عليه ولا يكون ذلك الا بعد ابطال الحكم واذا ثبت بطلان الحكم بهذا الدليل كان هذا وما قبل القضا سوا وتحقيقه ان فيما يجب حقا لله تعالى تمام القضا بالاستيفا فان الاستيفا من تتمة القضا ولهذا كان الى الامام وهذا لان القضا اما ان يكون للاعلام من له الحق بحقه او لتمكينه من الاستيفا وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى فكان المعتبر في حقوق الله النيابة في الاستيفا ولا يتم ذلك الا بالقضا بل حقيقة الاستيفا فاذا رجع احدهم قبل تمام القضا بالاستيفا كان بمنزلة رجوعه قبل القضا وكذلك ان اقيم بعض الحد ثم رجع احدهم لان الحد لا يتجزى فاستيفاؤه لا يكون الا بتمامه فاما اذا رجع احدهم بعد اقامة الحد فهذا على وجهين اما ان يكون الحد جلدا او رجما فان كان جلدا فانه يحد هذا الراجع بالاتفاق ولا حد على الباقين لان الحجة تمت والحكم تاكد بالاستيفا ثم رجوع احدهم يبطل معنى الشهادة في حقه لاقراره فيكون قاذفا له ولا يبطل به معنى الشهادة المتاكدة في حق الباقين فلا حد عليهم فاما اذا كان الحد رجما فعندنا يحد الراجع وحده وقال زفر رحمه الله لا يحد الراجع ايضا لان الراجع لا يكون قاذفا له بالرجوع فانه يثني عليه خيرا فيقول كان عفيفا ولم يكن زانيا وانما يكون قاذفا له بالشهادة السابقة فتبين انه قذف حيا ثم مات فلا يقام عليه حد القذف لان حد القذف لا يورث بخلاف ما اذا كان الحد جلدا فحدوا حد القذف لان حد القذف لا يورث بخلاف ما اذا لان المقذوف حي بعد اقامة الحد عليه والدليل على الفرق انه لو ظهر ان احد الشهود كان عبدا فان كان الحد جلدا حدوا حد القذف وان كان رجم المشهود عليه فلا حد عليهم بالاتفاق وهذا مثله وحجتنا فيه انه بالرجوع اقر على نفسه بالتزام حد القذف واقراره على نفسه حجة وتحقيقه وهو ان الشاهد عند الرجوع لا يصير قاذفا من وقت الشهادة بل يصير قاذفا في الحال لان قبل ان معنى الشهادة بكلامه يمنعه من ان يكون قذفا وانما يفسخ معنى الشهادة من كلامه عند رجوعه فيصير كلامه السابق الان قذفا كمن قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم عند دخول الدار يصير ذلك الكلام طلاقا لان يصير ذلك طلاقا باعتبار وصوله الى المحل ووصوله الى المحل مقصور على الحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم لو قذفه قاذف لا يحد قاذفه فكيف يحد هذا الراجع قلنا هو مرجوم بحكم الحاكم بشهادتهم وهو يزعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه معتبر في حق نفسه بخلاف القاذف فان قذفه لا يقدح في الشهادة التي هي حجة فان قيل اكثر ما فيه انه مقر بان كان عفيفا ولو قذفه انسان بالزنا ثم اكذب نفسه وقال كان عفيفا لا يقام عليه الحد ايضا قلنا نعم القاذف وان اكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة في حقه فاما اذا رجع واحد من الشهود لا يبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد وهذا بخلاف ما اذا ظهر ان احدهم عبد لان العبد لا شهادة له فتبين ان كلامهم كان قذفا في حال حياته ومن قذف حيا ثم مات لا يقام عليه الحد فاما حكم الضمان فعلى الراجع ربع الدية لانه زعم انه مقتول ظلما بشهادته وكل شاهد على الزنا متلف ربع النفس كما قال عمر رضي الله عنه حين شهد احد الشهود على المغيرة اودى ربع المغيرة ولانه قد بقي على الشهادة من يقوم بثلاثة ارباع الحق وانما انعدمت الحجة في ربع الحق فلهذا كان على الراجع ربع الدية عندنا قال ولو رجعوا جميعا حدوا حد القذف وغرم كل واحد منهم ربع الدية عندنا وقال ابن ابي ليلى والحسن رحمهما الله يقتلون لانهم قاتلون له فانما حصل بقضا القاضي يكون مضافا الى شهادة الشهود ونحن نسلم انهم بمنزلة القاتلين له ولكن قضا القاضي باباحة دمه شبهة مانعة من وجوب القصاص مع ان الرجم يكون بالحجارة ومباشرة القتل بالحجر لا يوجب القصاص عندنا والشهود مسببون عندنا ولا قصاص على المسبب على ما بين في كتاب الديات في شهود القصاص وان قال احد الشهود بعد الرجم كنت يوم شهدت عليه كافرا او عبدا لم يصدق على اصحابه في ذلك لما بينا ان كلامهم حجة تامة باعتبار الظاهر فاقراره حجة على نفسه لا على غيره الا بيقين بقوله ان كلامهم كان قذفا بخلاف ما اذا ظهر ان احدهم كان كافرا او عبدا فان هناك تبين ان كلامهم كان قذفا فان كان المقذوف

حيا بان كان الحد جلدا يحدون وان كان المقذوف ميتا بان كان الحد رجما لا يحدون ثم اذا ظهر ان احد الشهود كان اعمى او محدودا في قذف فهو
وكالو ظهر انه عبد سوا لان المحدود في القذف ليس له شهادة الادا فان الشرع ابطل شهادته ولهذا لا يلاعن امراته والاعمى ليست له شهادة في
الزنا لان الشهادة على الزنا لا يكون الا بعد الروية كالميل في المكحلة وليس للاعمى ذلك ومعتق البعض كالمكاتب عند ابي حنيفة ولا شهادة للمكاتب
فاذا كان ظهور هذا بعد الرجم فدية المرجوم في بيت المال لان هذا خطا من الامام في عمله لله تعالى فيكون ضمانه في مال الله وهو مال بيت المال ولانه
في هذا عامل للمسلمين لان المقصود تطهير دار الاسلام عن ارتكاب الفواحش فيها فيكون الضمان في مال المسلمين وهذا لانه لا يمكن ايجاب الضمان على
الامام لانه لو ضمن كان خصما وفيما هو خصم لا يكون قاضيا كما في حقوق نفسه فاذا تعذر ايجاب الضمان عليه قلنا يجب الضمان على من وقع القضا له
ففي حقوق الله تعالى يكون على بيت المال وفي حقوق العباد كالقصاص والمال يكون الضمان على المقضي له قال فان رجمه بشهادتهم قبل ان يسال
عن الشهود ثم سال عنهم فاخبر انهم غير عدول فلا ضمان على احد لان للفاسق شهادة الادا عندنا ولكن يتوقف في شهادته لتمكن تهمة
الكذب ولهذا يلاعن امراته فلا يتبين بظهور فسقهم ان القاضي قضى بغير حجة فلهذا لا يجب الضمان بخلاف ما سبق وفي الكتاب قال ان تولى
مد تجوز شهادتهم اذا تابوا وهذا ضعيف فان الكفار تجوز شهادتهم اذا اسلموا والعبيد اذا اعتقوا والاعتماد على ما قلنا قال فان وجد الرجل
مجبوبا بعد ما رجم فعلى الشهود الديه لانه ظهر كذبهم بيقين لان المجبوب ليس له الة الزنا فكيف يزني وظهور كذبهم هنا فوق ظهور كذبهم فيما
اذا رجعوا بخلاف ما اذا ظهر انهم عبيد او كفار فان هناك لم يتيقن بكذبهم والعبد والكافر قد يصدق ولكن لا شهادة لهم فكان خطا من
الامام فلهذا كان الضمان في بيت المال وان كانت امراة فنظر النسا اليها بعد الرجم وقلن هي عذرا او رتقا فلا ضمان على الشهود بقول النسا لان
شهادة النسا لا يكون حجة تامة في الزام ضمان المال ولا مقصود هنا سوى ايجاب ضمان المال على الشهود بخلاف ما قبل ذلك فقد تبين بيقين
لان حجة قول النسا لكن ان نظر اليها النسا قبل اقامة الحد فقلن هي عذرا او رتقا درا عنها الحد لان الشبهة تمكن بقول النسا ولا شبهة ابلغ
من هذا فان مع الرتق لا يتصور الزنا الموجب للحد ولا يتصور بقا العذرة قال واذا شهدوا بالزنا والاحصان وماتوا او غابوا او عموا او ارتدوا
او خرسوا او ضرب واحد للقذف قبل اقامة الحد او قبل ان يقضي بشهادتهم لم يرجم لما ما يبطل الشهادة كالعمى والخرس والردة وحد القذف
لان هذه العوارض لو اقترنت بالشهادة منعها من ان تكون حجة فكذلك اذا اعترضت بعد الشهادة قبل القضا او بعد القضا قبل الاستيفا لان
موجبه مما يندري بالشبهات ولكن لا حد على الشهود لانهم حجا واحد الشهود والعدد متكامل وكذلك ان اصاب ذلك احد الشهود فهو
وما لو اصابهم في الحكم سوا فاما في موت الشهود وغيبتهم فنقول ان ذلك لا يقدح في الحجة الا ترى ان في حقوق الناس لا يمتنع على القاضي القضا
فكذلك في الزنا اذا كان الحد جلدا لان بالموت يتاكد عدالتهم اذ لا يتصور منهم بعد الموت ما يبطل عدالتهم وكذلك غيبتهم لا يكون حجا
في عدالتهم فلا يمتنع اقامة الحد على القاضي اذا كان الحد جلدا فاما اذا كان الحد رجما فانه لا يقام بعد غيبة الشهود وموتهم لان السنة في الرجم ان
يبدا به الشهود ثم الامام ثم الناس وقد تعذر ذلك بموتهم وغيبتهم وهذا قولنا اما عند الشافعي لا يعتبر في الرجم بداية الشهود ولكن الامام هو الذي
يبدا قال لان الشهود قد وجدوا سائر الناس في ادا الشهادة واقامة الرجم ليس من ادا الشهادة في شي فهم في ذلك كسائر الناس الا ترى ان الحد لو كان
جلدا لا يومر الشهود بالضرب فكذا الرجم ولكنا نستدل بحديث علي رضي الله عنه فانه لما اراد ان يرجم شراحة الهمدانية قال ان الرجم رجمان رجم
سر ورجم علانية ورجم العلانية ان يشهد على المراة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدا به الامام ثم الناس ورجم السر ان يشهد اربعة على رجل
بالزنا فيبدا الشهود ثم الامام ثم الناس ولان في الامر ببداية الشهود احتيالا للدرء والحد فان الانسان قد يجترئ على ادا الشهادة كاذبا ثم اذا آل
الامر الى المباشرة امتنع من ذلك وقد امرنا في الحدود بالاحتيال للدرء بخلاف الجلد فكل احد لا يحسن الضرب فلو امرنا الشهود بذلك
ربما يقع متلفا وهو مخصوص عن ان يكون قتله مستحقا وذلك لا يوجد في الرجم فكل احد يحسن الرمي وقد صار الاتلاف مستحقا هنا وعن ابي يوسف
رحمه الله قال يومر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاما اذا ماتوا او غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية
بهم بسبب لا تهمة فيه فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الايدي او مرضى او عاجزين عن الحضور بخلاف ما اذا امتنعوا لانهم صاروا
متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعي الايدي في الابتدا لم يستحق البداية بهم فلعدد فاما هنا فقد استحق البداية بهم فلو سقط ذلك عند الحكم
فاذا تعذر بالموت والغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم قال ولا يحفر للمرجوم ولا يربط ولا يمسك ولكنه ينصب قائما والناس يرجمونه لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يحفر له ولا ربطه فانه روي ان ماعزا لما مسته الحجارة هرب فاستقبله رجل بلحي جمل فضربه فقتله فاخبر به رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال هلا خليتم سبيله وفي رواية ابطا عليه الموت فهرب من ارض قليل الحجارة الى ارض كثير الحجارة ولو كان مربوطا
او محفورا لم يتمكن من الهرب واما المراة فان حفر لها الحفيرة فحسن لما روي ان النبي عليه السلام لما امر برجم الغامدية امر بان يحفر لها
الى ثندوتها من السرة فجعلت فيها فلما رجموها ماتت امر باخراجها وصلى عليها وقال لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وان عليا

رضي الله عنه حفر لشراحة الهمدانية الى قريب من السرة فجعلت فيها فلما رجموها ثم لفها في ثيابها وجعلها فيها ثم رجمها وكان صب الرمية
فاصاب اصل ذقنها ولان مبنى حال المراة على الستر والحفر استر لها لانها تضطرب باذا مستها الحجارة فربما ينكشف شي من عورتها ولكن مع هذا
الحفر ليس من الحد في شي فلا يضر تركه فاما مبنى حال الرجال على الظهور فينصب قائما عند الرجم ولا باس بالبنا في الحفر واذا شهد الشهود على رجل
وامراة بالزنا فادعت المراة انه اكرهها ولم يشهد الشهود بذلك ولكنهم شهدوا انها طاوعته فعليهما الحد لان انكارها صفة الطواعية
لا يكون فوق انكارها اصل الفعل ولا ينفعها ذلك بعدما شهد الشهود به عليها ولكنها ان قالت تزوجني وقال الرجل كذبت بل زنيت
بها فلا حد على واحد منهما لانها تدعي عليه الصداق ولو ساعدها الزوج على ذلك لزمه الصداق فاذا انكر كان لها ان تحلفه عليه فاذا نكل
لزمه الصداق وان حلف لم يلزمه الصداق ولا يحد واحد منهما لانه لو اقيم الحد انما يقام بالحلف والحدود لا تقام بالايمان بخلاف الاول
فانها بدعوى الاكراه لا تدعي الصداق ولان الزنا بالمكرهة لا يوجب الصداق لها والشافعي رحمه الله يخالفنا في الفصلين فيقول بمجرد
دعواها ودعوى احدهما النكاح لا يسقط الحد لان قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم وهذا لان كل زان لا يعجز عن دعوى نكاح
صحيح او فاسد فلو اسقطنا الحد بمجرد الدعوى لانسد باب اقامة الحد ولكنا نقول كما امرنا باقامة الحدود فقد امرنا بدرءها بالشبهة قال
عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وتتمكن الشبهة عند دعوى احدهما النكاح لاحتمال ان يكون صادقا الا ان يقيم بينته على ذلك.
ويستحلف خصمه على قول من يرى الاستحلاف في النكاح فاذا سقط الحد عن احدهما يسقط عن الاخر للشركة ولا يؤدي هذا الى سد باب اقامة الحد
الا ترى ان هذا الحد يقام بالاقرار ثم لو رجع المقر عن اقراره لا يقام عليه ولا يؤدي ذلك الى سد باب اقامة الحد بالاقرار فاما اذا زنا بمكرهة يلزمه
الحد دون المهر عندنا وعند الشافعي يجب المهر لها وهي نظير مسالة القطع والضمان انهما لا يجتمعان عندنا على ما نبينه في السرقة ان شاء الله تعالى
والشافعي يقول هنا المستوفى بالوطي متقوم لحقها بدليل انه يتقوم بالعقد والشبهة فلا يجوز اسقاط حقها عنه بغير رضاها فاذا كانت مطاوعة
فقد رضيت بسقوط حقها فيجب المهر لها ولكنا نقول فعله بالمكرهة زنا والواجب بالزنا الحد فلا يجوز الزيادة على ذلك بالراي لو كان بضعها
يتقوم على الزاني لم يسقط ذلك برضاها الا ترى انه كان لما يتقوم بشبهة العقد لم يسقط برضاها بان طاوعته والدليل عليه انه لو زنا
بامة وهي مطاوعة لم يجب المهر ويتقوم بضعها لحق المولى فلا يسقط برضاها بان طاوعته ولكن انما لم يجب لان البضع لا يتقوم بالمال بالزنا
المحض وانما يتقوم بالعقد او شبهه ولم يوجد هنا انما سقط الحد عنه بدعواها النكاح وجب الصداق لها لان الوطي في غير الملك لا ينفك عن
عقوبة او غرامة فاذا جعل ما ادعت من النكاح كالثابت في اسقاط الحد فكذلك في ايجاب المهر يجعل كالثابت في ايراث الشبهة قال وكذلك
الرجل يطا جارية امراته وقال ظننتها تحل لي او وطي جارية ابيه او امه ويقول ظننتها تحل لي لا حد عليهما عندنا وقال زفر عليهما الحد لان
السبب وهو الزنا متقرر بدليل انهما لو قالا علمنا الحرمة يلزمهما الحد ولو سقط انما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئا كمن وطي جارية اخيه
او اخته وقال ظننتها تحل لي ولكنا نقول قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه لانه اشتبه عليه ما يشتبه فان مال المراة من وجه كانه للزوج قال الله
قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة ولما جاء رجل الى علي رضي الله عنه فقال ان عبدي سرق مراة امراتي فقال مالك سرق بعضه
بعضا ولانه حلال له فربما يشتبه عليه ان حال جاريتها كحالها وفي جارية الاب والام كذلك قد يشتبه ذلك باعتبار ان الاملاك متصلة بين
الاباء والاولاد والتناسخ دائم ولان الولد جزء من ابيه فربما اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه كالقوم على ما روي شربوا خمرا من علم منهم انه حرام لزمه
الحد ومن لم يعلم لا حد عليه والاصل في هذا حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه فقال عمر ان كان يعلم ان الله حرم الزنا فحدوه وان كان لا يعلم فعلموه
فان عاد فحدوه فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الاحكام فلان يكون الظن في موضع الاشتباه موجبا شبهة اولى فاما اذا لم يجب
الحد وجب المهر لما بينا ان هذا الفعل في غير الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامة فاذا سقطت العقوبة وجب المهر قال واذا شهد الشهود على رجل انه
استكره هذه المراة فزنى بها حد الرجل دون المراة لان وجوب الحد للمزجر وهي تنزجر حين ابت التمكين حتى استكرهها ولان الاكراه من جهتها يعتبر في نفي
الاثم عنها على ما ذكرنا في كتاب الاكراه اذا اكرهت بوعيد متلف والحد اقرب الى السقوط من الاثم فاذا سقط الاثم عنها فالحد اولى و
الحد على الرجل لان الزنا التام قد ثبت عليه وجنايته اذا استكرهها اغلظ من جنايته اذا طاوعته لانها لما سقط الحد عنها فينبغي ان يسقط عنه كما
لو ادعت النكاح وهذا لان الشبهة بدعوى النكاح تمكن في الفعل والفعل مشترك بينهما فاما كونها مكرهة لا يمكن به شبهة في الفعل ولا يخرج فعل الرجل
من ان يكون زنا محضا لان المراة محل الفعل ولا ينعدم المحلية بكونها مكرهة وهو كما لو زنا بصبية او مجنونة او نائمة يقام الحد عليه وان لم يجب عليها
قال ولو ان مجنونا اكره عاقلة حتى زنا بها لا حد على واحد منهما اما المراة فلانها مكرهة غير مطاوعة واما الرجل فلانه مجنون ليس من اهل التزام العقوبة
وان دعت العاقلة البالغة مجنونا او صبيا الى نفسها فزنى بها لا حد عليها عندنا وقال الشافعي عليها الحد وهو رواية عن ابي يوسف لانها زانية
فعليها الحد بالنص وبيانه وهو ان الزنا اسم للوطي المتعري عن العقد والملك وشبهتهما وقد تحقق ذلك الا انه سقط الحد عن احدهما لانعدام الاهلية

لمعنى لا يمنع اقامته على الاخر كالوزنا بصبية او مجنونة وهذا لان فعل كل واحد منهما كامل في نفسه وهي في التمكين زانية كالرجل في الايلاج
الا ترى ان الله تعالى سماها زانية وبدا بذكرها وان من نسبها الى الزنا يلزمه الحد ولو كان لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمجبوب ولانها بهذا
التمكين تقضي شهوتها بالايلاج فاذا ثبت كمال الفعل من كل جانب يراعى كل واحد منهما فيما يلزمه من العقوبة وحجتنا في ذلك انها مكنت نفسها من
فاعل لم ياثم ولم يحرج فلا يلزمها الحد كما لو مكنت نفسها من زوجها وبيان الوصف ظاهر لان الاثم والحرج ينبني على الخطاب وهما لا يخاطبان
وتحقيقه ان المباشر للفعل هو الرجل والمراة تابعة بدليل تصور الفعل من النائمة لا يتبعه ذلك واذا لم يكن اصل الفعل زنا لا تصير زانية لان
ثبوت التبع بثبوت الاصل وفعل الصبي والمجنون زنا لغة لكن ليس بزنا شرعا لان الزنا شرعا فعل واجب الكف عنه بخطاب الشرع ولا ينفك عن الاثم
والحرج وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بذلك واذا انعدم الزنا شرعا في جانبه فكذلك في جانبها والحد حكم شرعي فيستدعي ثبوت سببه
شرعا وانما سماها الله زانية على معنى انها مزني بها كما قال في عيشة راضية اي مرضية وقال من ماء دافق اي مدفوق وانما يجب الحد على قاذفها
لنسبتها الى ما تعير وتستوجب به الحد وتقضي به شهوتها وهو التمكين من الزنا وان كانت تابعة في ذلك واما الرجل اذا زنى بصبية فهو المباشر
لاصل الفعل وفعله زنا لغة وشرعا فلهذا لزمه الحد وتحقيقه ان المراة محل والمحلية منتهاة وذلك بالبلوغ والحرارة فلا يتمكن نقصان فيها بجنونها
وصغرها فقد تم فعله زنا لمصادفته محله فاما من جانب الرجل استعمال الالة لا نقصان للالة واستعمال الالة لا يكون زنا شرعا الا اذا كان واجب الكف
عنه بالخطاب وذا بصفة الاثم والحرج وذلك ينعدم بالصبا والجنون وهذا فقه دقيق وفرق حسن وفي الكتاب علل فقال ذكر الصبي كاصبعه
معناه ما هو المقصود بالزنا ينعدم من الة الصبي فلا يكون فعل هذه الالة زنا والمعتوه بمنزلة الصبي في الحكم فاما المحصنة اذا زنى بها غير المحصن
فعليها الرجم لان فعل غير المحصن زنا فتصير هي زانية بالتمكين من الزنا ثم المعتبر حالها فيما يقام عليها من العقوبة بعد تقرر السبب فان كان رجل
قد زنى بامراة لا يجب عليها الحد للشبهة لان الخرسا لا تنطق فلا حد عليه لان الشبهة تمكنت هنا والخرسا لو كانت تنطق لعلها تدعي شبهة نكاح
او نظيرتها تقدر على اظهار ما في نفسها بالاشارة وقد بينا انها لو ادعت النكاح سقط الحد عنهما فكذلك اذا كانت خرسا والاصل فيه حديث عمر
رضي الله عنه ادروا ما استطعتم فان الامام ان يخطي في العفو خير من ان يخطي في العقوبة فاذا وجدتم للمسلم مخرجا فادروا عنه وهذا بخلاف
ما اذا زنى بصبية او مجنونة لان سقوط الحد عنها ليس للشبهة لانعدام الاهلية قال واذا زنا الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد
ولا حد عليه في قول ابي حنيفة وقال محمد لا حد على واحد منهما وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال يحدان جميعا اما المستامن فعند ابي حنيفة
ومحمد لا يقام عليه الحدود التي هي لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق وفي قول ابي يوسف الاخر والشافعي يقام الحد عليه كما يقام على
الذمي لانه ما دام في دارنا فهو ملتزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالذمي الا ترى انه يقام عليه القصاص وحد القذف ويمنع من الربا ويجبر على
بيع العبد المسلم والمصحف اذا اشتراه كما يجبر عليه الذمي وهذا لان هذه الحدود تقام صيانة لدار الاسلام فلو قلنا لا يقام على المستامن يرجع ذلك
الى استخفاف بالمسلمين وما اعطيناه الامان ليستخف بالمسلمين بخلاف حد شرب الخمر فانه لا يقام على الذمي وهذا لانهم يعتقدون اباحة شرب الخمر
وانا اعطيناهم الامان على ان نتركهم وما يدينون وحجتنا في ذلك قوله تعالى ثم ابلغه مامنه فتبليغ المستامن مامنه واجب بهذا النص حقا لله تعالى
واقامة الحد عليه تفويت ذلك فلا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله والمعنى ان المستامن ما التزم شيا من حقوق الله
وانما دخل تاجرا لتقام المعاملات ثم يرجع الى داره الا ترى انه لا يمنع من الرجوع الى دار الحرب فلو كان ملتزما شيا من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي وهذا لان منعه
من ان يعود تاجرا للمسلمين بعدما حصل في ايديهم حق الله بخلاف القصاص فانه حق الله تعالى وهو قد التزم حقوق العباد في المعاملات وحد القذف فيه
بعض حق العباد ايضا لان المقصود دفع العار عن المقذوف والاجبار على بيع العبد المسلم من حق العبد وهو من حقوق المسلمين ايضا لان في استخدام العبد
المسلم قهرا اذلالا بالمسلمين وكذلك في استخفافه بالمصحف واما الربا فهو مستثنى من كل عهد قال عليه السلام من اربى فليس بيننا وبينه عهد فاما في جانب
المراة المسلمة فمحمد يقول لا حد عليها ايضا لانها مكنت نفسها من فاعل لا يلتزم الحد بفعله فهو كالتمكين من صبي او مجنون وهذا لان الكفار لا يخاطبون
بالشرائع عندنا وما هو من خالص حق الله تعالى فالخطاب فيه قاصر عن الكافر كما هو قاصر عن الصبي والمجنون وقاس هذا بما لو مكنت نفسها من مكره فانه
لا يجب الحد عليها وابو حنيفة يقول فعل المستامن زنا بدليل انه لو قذفه قاذف بعد الاسلام لا يلزمه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزاني فيجب
عليها الحد بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لان معنى قولنا
الكفار لا يخاطبون بالشرائع العبادات التي تنبني على الاسلام فاما الحرمات ثابتة في حقهم وكان فعل المستامن واجب الكف عنه بخطاب الشرع فيكون زنا
الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه واما اذا امكنت نفسها من مكره فعند ابي حنيفة يجب الحد عليها وان صح ابو يوسف الرواية فيه بقوله
احفظ عن ابي حنيفة رحمه الله في المكره شيا وهذا لان المكره ممنوع من الاقدام على الزنا وفي الاقدام عليه يكون فعله زنا وتصير هي بالتمكين زانية فيلزمها
الحد قال واذا زنى المسلم او الذمي بالمستامنة حد المسلم دون المستامنة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان اما الكلام في المستامنة قد بيناه وبعد

اقامة

اقامة الحد عليها ليس للشبهة فلا يمنع اقامته على الرجل مسلما كان او ذميا لان حد الزنا يقام على اهل الذمة عندنا وقال مالك لا يقام ولكنه يدفع الى
اهل دينه ليعاقبوا عليه بما يعتقدون من العقوبة لما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما سئلا عن الذميين فقالا ادفعا الى اهل دينهما ولكنا نقول قد
اقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجم على اليهوديين وكانا ذميين ولنا فيه اسوة حسنة ولان الذمي من اهل دارنا وملتزم احكامنا فيما يرجع الى
المعاملات وهو يعتقد حرمة الزنا كما يعتقده المسلم فيقام عليه كما يقام على المسلم لان المقصود من الحدود تطهير دار الاسلام عن ارتكاب الفواحش
توضيحه ان من كان من اهل دارنا فهو تحت يد الامام حقيقة وحكما حتى يمنعه من الرجوع الى دار الحرب فيقيم الحد عليه ايضا بخلاف المستامن فانه ليس تحت يد
الامام حكما حتى لا يمنعه من الرجوع الى دار الحرب قال واذا شهد الشهود على رجل انه زنا بامراة فقال ظننت انها تحل لي او شبهتها بامراتي وجاريتي لم يدرا
عنه الحد لان فعل الزنا قد تحقق منه وظنه هذا ليس بصادر عن دليل فكان لغوا وكذلك لو ان بصيرا وجد امراة على فراشه فواقعها على ظن انها امراته
وهي اجنبية فعليه الحد وكذلك الاعمى عندنا وقال زفر يدرا الحد عن الاعمى لانه عدم الة التمييز وهو البصر فيبني على ظاهر الحال والظاهر ان
لا يكون على فراشه الا زوجته او امته فيصير ذلك شبهة في حقه بخلاف البصير ومذهبنا مروي عن عمر رضي الله عنه والمعنى فيه انه اعتمد مجرد الظن
لان الموجودة على فراشه قد تكون امه او اخته وقد تكون اجنبية وقد تكون زوجته فلا معتبر بذلك وهو متمكن من ان يسالها كما يتمكن البصير من
ان يراها فاما اذا دعى الاعمى امراته الى فراشه فاتته اجنبية فواقعها ان كانت قالت له انا زوجتك فلا حد عليه وان اجابت واتته ساكتة
فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعند محمد يجب عليه الحد لانها اذا قالت انا زوجتك فقد اعتمد خبر الواحد وذلك دليل شرعي الا ترى ان البصير
اذا تزوج امراة فاخبره رجل ان امراته هذه كان له ان يعتمد خبره ويطاها فاذا تبين انها غير امراته كان لثابت حكم الوطي بشبهة فكذلك هنا
اذا اخبرته بذلك فاما اذا لم تخبره فابو يوسف يقول اجابتها اياه بعدما دعا زوجته بمنزلة اخبارها اني زوجتك ومحمد يقول الاجابة الى
الفراش فهو كما لو وجدها نائمة على فراشه وكما لا يسقط الحد هناك بظنه فكذلك هنا قال رجل استاجر امراة ليزني بها فزنى بها فلا حد عليهما
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليهما الحد لتحقق فعل الزنا منهما فان الاستيجار ليس بطريق لاستباحة البضع شرعا فكان لغوا
بمنزلة ما لو استاجرها للطبخ او الخبز ثم زنا بها وهذا لان محل الاستيجار منفعة لها حكم المالية والمستوفى بالوطي في حكم العين وهو ليس بمال فيلزمه الحد
ولكن ابو حنيفة رحمه الله احتج بحديثين ذكرهما عن عمر رضي الله عنه احدهما ما روي ان امراة استسقت راعيا لبنا فابى ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها
فدرا عمر رضي الله عنه الحد عنهما والثاني ان امراة سالت رجلا مالا فابى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرا الحد وقال هذا مهر ولا يجوز ان يقال انما درا
الحد عنها لانها كانت مضطرة تخاف الهلاك من العطش لان هذا المعنى لا يوجب سقوط الحد عنه وهو غير موجود فيما اذا كانت سائلة مالا كما ذكرنا
في الحديث الثاني مع انه علل فقال ان هذا مهر ومعنى هذا ان المهر والاجر يتقاربان قال الله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن سمى المهر اجرا
ولو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد فكذلك اذا قال استاجرتك توضيحه ان هذا الفعل ليس بزنا لان اهل اللغة لا يسمون الوطي الذي يترتب
على العقد زنا ولا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد فكذلك لا يفصلون بين الاستيجار والنكاح لان الفرق بينهما شرعي واهل اللغة لا يعرفون ذلك
فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا لغة وذلك شبهة في المنع من وجوب الحد حقا لله تعالى كما لا يجب الحد على المختلس لان فعله ليس بسرقة لغة توضيحه
ان المستوفى بالوطي وان كان في حكم العين فهو في الحقيقة منفعة والاستيجار عقد مشروع لملك المنفعة وباعتبار هذه الحقيقة تصير شبهة
بخلاف الاستيجار للطبخ والخبز لان العقد هناك غير مضاف الى المستوفى بالوطي ولا الى ما هو سبب له والعقد المضاف الى المحل يوجب الشبهة في
ذلك المحل لا في محل اخر قال رجل اكره حتى زنا بامراة كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يلزمه الحد وهو قول زفر لان الرجل لا يزني ما لم تنتشر الته
وذلك دليل الطواعية بخلاف المراة فان التمكين يتحقق منها مع الاكراه فلا يكون تمكينها دليل الطواعية ثم رجع فقال اذا كان المكره سلطانا لا حد
عليه لان الحد مشروع للزجر وهو منزجر عن الزنا وانما كان قصده من الاقدام دفع الهلاك عن نفسه فلا يلزمه الحد كالمراة وهذا لان انتشار الالة لا يدل
على انه كان طائعا لان انتشار الالة قد يكون طبعا وقد يكون طوعا الا ترى ان النائم قد تنتشر الته من غير قصد وفعل منه وانما انتشار الالة دليل
الفحولية فاما اذا اكرهه غير السلطان فعند ابي حنيفة يلزمه الحد اذا زنا وعند ابي يوسف ومحمد اذا جاء من غير السلطان ما يشبه اكراه السلطان فلا
حد عليه وقيل هذا اختلاف عصر فان السلطان كان مطاعا في زمن ابي حنيفة رحمه الله ولم يكن لغير السلطان من القوة ما يقوى به على الاكراه فقال
لا يتحقق الاكراه الا من السلطان ثم في عصرهما قد ظهرت القوة لكل متغلب فقالا يتحقق الاكراه من غير السلطان ووجه قولهما ان المعتبر خوف التلف
على نفسه وذلك يتحقق اذا كان المكره قادرا على ايقاع ما هدده به سلطانا كان او غيره بل خوف التلف هنا اظهر لان المتغلب يكون مستعجلا لما يقصده
لخوفه من العزل بقوة السلطان والسلطان ذو اناة بما يفعله فاذا تحقق الاكراه من السلطان فالاكراه من المتغلب اولى وابو حنيفة يقول ما كان
معتبرا بالحكم يختص بالسلطان كاقامة الجمعة ونحوها وتحقيقه ان الاكراه من غير السلطان نادر ولا حكم للنادر فاما المبتلى بالسلطان لا يمكنه ان يستغيث
بغيره ليدفع شره عنه فيتحقق خوف التلف على نفسه فيكون ذلك مسقطا للحد قال رجل زنا بامراة امة او حرة ثم قال اشتريتها درئ عنه الحد لانه

ادعى شبهة فان الشرى في الامة يفيد ملك المتعة وفي الحرة النكاح فانه ينعقد بلفظ الشرى فكان دعواه الشرى كدعوى النكاح وقد بينا ان
بمجرد دعوى النكاح يسقط الحد قال واذا شهد الشهود على رجل بالزنا فزكاهم المزكون وزعموا انهم احرار مسلمون فرجمه الامام ثم تبين انهم عبيد او
مجوس فان ثبت المزكون على التزكية وزعموا انهم احرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود اما على الشهود فلانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة
على المسلمين للعبيد والكفار واما على المزكين فلانهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم وانما زكوهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما اخبروا به
القاضي من قول الناس انهم احرار مسلمون واما اذا رجعوا عن التزكية وقالوا تعمدنا فعليهم ضمان الدية في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
لا ضمان على المزكين ولكن الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين انما اثنوا على الشهود خيرا فكانوا
بمعنى شهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا احصانا لا يحمده في الزاني لانعقاد الرجم عليه الا به وهؤلاء اثبتوا احصانا لان الشاهد لا يتم الرجم الا عندها
ثم لا ضمان على شهود الاحصان اذا رجعوا فكذلك لا ضمان على المزكين وابو حنيفة يقول المزكون جعلوا ما ليس بموجب موجبا فكانوا بمنزلة من اثبت
سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية وسبب الاتلاف الشهادة وانما كانت الشهادة موجبة بالتزكية فكانت التزكية
علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليه بخلاف شهود الاحصان فان الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة وشهود الاحصان
ما ليس بموجب موجبا واما الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع التفرقة بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا
وثبات الاحصان بشهادة النساء مع الرجال وان كان المزكون قالوا انهم عدول فلا شيء عليهم بالاتفاق لانهم صادقون في ذلك فالعبد قد يكون عدلا
ويكون القاضي مهملا حين اكتفى منهم بهذا القدر ولهذا لا يضمن المزكون قال واذا زنى بجارية فقتلها ان قتلها بفعله فعليه الحد وضمان القيمة الحد للزنا
والقيمة للاتلاف النفس وهما متغايران كل واحد منهما منفصل عن الاخر وكذلك لو فعل ذلك بحرة فعليه الحد والدية وروى بشر عن ابي يوسف في
الامة يدرأ عنه الحد للشبهة لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة بخلاف الحرة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا زنى بامة فاذهب بصرها
فعليه قيمتها وسقط عنه الحد لانه لما ملك الجثة العمياء بالضمان فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد فاما اذا قتلها فانما لزمه ضمان القيمة بالجناية وضمان
القيمة بالجناية بدل النفس فلا يوجب الملك لان وجوبها بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بعد الموت وان زنا بامة هي رهن عنده
فان قال ظننت انها تحل لي درئ عنه الحد وان قال علمت انها علي حرام حد لان عقد الرهن سبب ملك اليد حقا للمرتهن وتمليك اليد بسبب شبهة
الاشتباه كما في المعتدة من خلع او تطليقات ثلثا اذا وطئها وقال ظننت انها تحل لي لا حد لبقاء ملك اليد له فيها بسبب العدة وذكر في كتاب الرهن
انه يحد على كل حال لان حق المرتهن انما يثبت في المالية وذلك ليس بسبب للحل بحال وهو نظير الغريم اذا وطئ جارية من التركة يلزمه الحد وان كان
المالية حقا له فانها تباع في دينه وان استأجرها لتخدمه او استعارها فزنا بها فعليه الحد في الوجهين جميعا لانعدام شبهة الاشتباه فان ملك المنفعة
لا يتعدى الى ملك الحل بحال قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا واختلفوا في المزني بها او في المكان او في الوقت بطلت شهادتهم وذلك لان الزنا فعل يختلف
باختلاف المحل والمكان والزمان فما لم يجتمع الشهود الاربعة على فعل واحد لا يثبت ذلك عند الامام ولكن لا حد على الشهود عندنا وقال زفر عليهم حد القذف
لان كل اثنين نسباه الى زنا اخر فكانا قاذفين له وشرط سقوط الحد عنهم اجتماعهم على الشهادة بزنا واحد الا ترى انه لو شهد ثلاثة وسكت الرابع حد الثلثة
فكذلك اذا شهد كل اثنين على زنا اخر لان الزنا لا يثبت بشهادة المثنى ولكنا نقول قد اجتمع الاربعة على الشهادة عليه بالزنا وذلك مانع من وجوب الحد عليهم
كما لو شهد اربعة من الفساق بالزنا وذلك من وجوب الحد عليهم كما لو شهد اربعة من الفساق بالزنا على رجل يوضحه انا لو اعتبرنا اختلافهم في المزني بها او في
المكان او في الزمان في ايراث الشبهة وذلك مسقط للحد عن المشهود عليه غير موجب الحد عليهم ويجعل في الحكم كانهم امتنعوا من بيان ذلك اصلا ولو شهدوا
عليه بالزنا وامتنعوا من بيان المزني بها والمكان والزمان لا يقام الحد على المشهود عليه ولا عليهم فهذا مثله قال وان شهد واحد منهم واحد انه زنا بها
فيه فقال اثنان في مقدمه وقال الاثنان في مؤخره في القياس لا حد على المشهود عليه وهو قول زفر لان الفعل في مقدم البيت غير الفعل في مؤخر البيت وهو
بمنزلة الشهادة في بيتين او قبيلتين وفي الاستحسان يقام الحد على المشهود عليه عندنا لانهم اجتمعوا على فعل واحد واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله والتوفيق
ممكن فيوجب قبول شهادتهم كما لو اختلفوا في ثياب صاحبة زنا بها وبيان الوصف انهم لو شهدوا انه زنا بها في هذا البيت ولم يبينوا لم يسألهم القاضي انه كان في
مقدمه او مؤخره وبيان امكان التوفيق من وجهين احدهما ان ابتداء الفعل كان في مقدم البيت وانتهاؤه كان في مؤخره لاضطرابهما او كان في وسط البيت
فظن اثنان ان ذلك الموضع من مقدم البيت واثنان انه من مؤخر البيت فشهدوا على ما وقع عندهم بخلاف البيتين والقبيلتين فالتوفيق هناك غير ممكن ثم
هذا استحسان فيه تصحيح الشهادة لا لاقامة الحد فانا نستحسن لدرء الحد ولم يذكر اذا تقارب اختلافهم في الزمان والجواب فيه كالجواب في المكان اذا
تقارب على وجه يمكن التوفيق تقبل شهادتهم استحسانا ولو اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حين زنا بها لم تبطل شهادتهم لانهم لو امتنعوا من بيان ثوبه
حين زنى لم يقدح ذلك في شهادتهم فعرفنا انهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله والتوفيق ممكن لجواز ان يكون عليه ثوبان وقع بصر الشاهدين على احدهما وبصر
الاخرين على الاخر قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا احدهم والده او ولده فالشهادة جائزة لانه لا تهمة في شهادة الوالد على والده ثم يحد الوالد من

ولو وان رجم بشهادته الا انه اذا امره الامام بالبداية ينبغي ان لا يتعمد قتله لان الولادة مانع للولد من ان يتعرض لوالده بالقتل وان كان مباح
الدم على ما روي ان حنظلة بن ابي عامر استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه المشرك فلم يأذن له وقال يكفيك ذلك غيرك وكذلك
ان كان الشاهد اخا او واحدا من ذي الرحم المحرم لانه اجتمع حرمتان الاسلام والقرابة وذلك مانع من التعرض له بالقتل كما في العادل لا يحل
له ان يقتل اخاه الباغي بخلاف المسلم يحل له ان يقتل اخاه الكافر لان الموجود هنا حرمة واحدة وهي القرابة فكان بمنزلة حرمة الاسلام فيما بين
الاجانب قال فاما حق الولد من الكفار الموجود حرمتان الولاد يعني به الحرمة وبقاء القرابة فلو انه اصاب بقتله لم يحرم الميراث ايضا لانه قتل بحق
وحرمان الميراث جزاء على القتل المحظور عقوبة فلا يثبت ذلك في القتل بحق قال ولو امتنع احد الشهود من البداية بالرجم فذلك شبهة في اسقاط
الحد عن المشهود عليه ولكن لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة
على الزنا وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل بحق قال واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وعدلوا فلم يقض القاضي بالرجم حتى قتله انسان بالسيف
عمدا او خطأ فعليه القصاص في العمد والدية على العاقلة في الخطأ لان الشهادة لا توجب شيئا ما لم يتصل بها القضاء الا ترى انهم لو رجعوا بعد
ما لم يقض القاضي بشيء لم يضمنوا للمشهود له شيئا ولو وجب حق المشهود له قبل القضاء بظهور عدالتهم لصاروا متلفين ذلك عليه بالرجوع فينبغي
ان يضمنوا له ولما ثبت ان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء بقيت النفس معصومة على ما كانت قبل الشهادة فيجب القصاص على من قتله عمدا
ولان الشهادة قد بطلت بالقتل فان القاضي لا يقضي بها بعد ذلك لفوات المحل فهو كما لو بطلت الشهادة برجوعهم وان قضى القاضي برجمه ثم قتله
انسان عمدا او خطأ او قطع يده او فقأ عينه لا شيء عليه لانه قد صار مباح الدم بقضاء القاضي والفعل في محل مباح لا يكون سبب وجوب الضمان
وكذلك لو رجع الشهود عن شهادتهم فلا شيء على الجاني لان رجوعهم ليس بحجة في حق الجاني فوجوده كعدمه وان وجد احد الشهود عبدا بعدما قتله
الرجل عمدا ففي القياس عليه القصاص لانه تبين انه كان محقون الدم حين ظهر ان عدد الشهود لم يتكامل فان العبد لا شهادة له ولان هذا في معنى
قتله اياه قبل قضاء القاضي لانه قد تبين ان قضاء القاضي كان باطلا ولكنه استحسن فابطل عنه القصاص وجعل عليه الدية في ماله في ثلث سنين لان
القاضي قضى باباحة دمه وصورة قضاء القاضي يكفي لايراث الشبهة فانه لو كان حقا كان مبيحا للدم وصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة
في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على المولى اذا قتل المشهود بقتله حيا فاما اذا امتنع وجوب القصاص للشبهة وجبت الدية في ماله لان القتل
عمد والعاقلة لا تعقل العمد ولكن تجب الدية في ثلث سنين لان وجوبها بنفس القتل فان كان هذا الرجل قتله رجما فلا شيء عليه لانه ممتثل امر القاضي فيكون
فعله كفعل القاضي فلا يضمن شيئا ولكن هذا خطأ من الامام فيما عمله لله فتجب الدية في بيت المال بخلاف الاول لان هنالك ما امتثل امر القاضي في قتله اياه
بالسيف ولهذا يؤدبه القاضي هناك على ما صنع ولا يؤدبه هنا وان لم يكونوا رجموه ولكن جلدوه حتى ظهر ان احد الشهود عبد فارش الجراحة ايضا في بيت
المال اعتبارا للبعض بالكل والمعنى الجامع ان الخطأ من الامام في الوجهين قال اربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن فضربه الامام الحد ثم
وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف وقد مات من ذلك الضرب او لم يمت فلا شيء في بيت المال ولا شيء على الامام في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله هو على بيت المال وعلى هذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط فلا ضمان على الشهود في قول ابي حنيفة وعندهما يضمن الشهود ارش الجراحات والدية
ان مات منه وجههما ان الجلاد انما ضربه بشهادتهم فالشاهد يجعل كالمباشر فيما اوجب بشهادتهم كانهم باشروا ذلك فهذا مثله واذا ثبت انهم
كالمباشرين تلفا من ضرب انسان بسوط فجرحه من ذلك فهو ضامن ارش الجراحة ولو مات منه كان ضامنا الدية فكذلك اذا رجعوا هنا واذا
ظهر انهم عبيد فقد ظهر الخطأ من الامام فقد لزمه الضمان في بيت المال وابو حنيفة يقول انما اوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جارح ولا متلف بدليل انه
لا يقام هذا الحد بسوط لا ثمرة له كيلا يجرحه ويفرق على الاعضاء كيلا يؤدي الى الجراحة ولانه لو ضرب فلم يجرحه يتم اقامة الحد حتى لا يعاد عليه فثبت
انهم اوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جارح ولا متلف ولكن الجراحة والاتلاف ما اقتضاه اليه الشهادة والشاهد عند الرجوع لا يضمن ما اقتضى
اليه شهادته كالشهادة بالنسب في حال الحياة اذا رجع بعدما مات المشهود عليه وورثه المشهود له بنسبه وكما ان الجراحة والاتلاف ليس من
موجب الشهادة فكذا ليس من موجب القضاء لان القاضي انما يقضي بما شهد به الشهود فلا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ولا في بيت المال لانه انما يجب
في بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضي اذا تبين فيه الخطأ ولا شيء على الجلاد ايضا لانه امتثل امر القاضي وهو مجتهد فيما اقام من الجلد فلهذا لا يضمن
احد شيئا بخلاف ما اذا باشر الضرب بالسوط فانما حصل بضربه من موجبات فعله وهو متعد في ذلك فكان مؤاخذا بها وانه قال اربعة شهدوا
على رجل بشيء يجب فيه التعزير فعزره الامام فمات من ذلك فلا شيء على الامام ولا في بيت المال عندنا وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما وعلى قول الشافعي تجب
الدية في بيت المال وهو قول علي رضي الله عنه لان التعزير للتأديب لا للاتلاف فاذا ادى الى الاتلاف كان خطأ من الامام فتجب الدية في بيت المال لانه
عمل فيه لله تعالى وكما يقول في الزوج اذا عزر زوجته فماتت كان عليه ضمان الدية ولكنا نقول الامام محق فيما يقول انا مأمور وهو مستوف حقا لله فيصير
كان من الحق اقامه بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه يستوفي ذلك المنفعة نفسه فيما يتولد منه مضافا اليه يوضحه ان اقامة التعزير مستحق على الامام

شرعا اذا علموا انه لا ينزجر الا به وما يكون مستحقا على المرء لا يتقيد بشرط السلامة فيما ليس في وسعه التحرز عنه وهو كما لو قطع يد السارق فمات من ذلك فاما التعزير والرد
مباح له غير مستحق عليه والمباحات تتقيد بشرط السلامة كالمشي في الطريق والرمي الى الصيد قال واذا حكم الامام على رجل بالزنا والرجم بشهادة الشهود
وقال للناس ارجموه وسعهم ان يرجموه وان لم يعاينوا اداء الشهادة وروى ابن سماعة عن محمد لا يسعهم ذلك ما لم يشهد به عدل آخر عندهم او يعاينوا
اداء الشهادة والحكم لان القتل امر عظيم اذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافي ومن يكون مجرد قوله ملزما الانبياء المعصومون عن الكذب
فانهم لا يقرون على الكذب والقاضي لا يبلغ درجته درجة الانبياء بل هو غير معصوم عن الخطأ والكذب فلا يسعهم الاقدام بمجرد قوله على ما اذا وقع فيه
الغلط ولا يمكن تداركه ووجه ظاهر الرواية ان قضاء القاضي اولى من شهادة الشهود فلو عاينوا اداء الشهادة وسعهم ان يرجموه وان كان الشهود
غير معصومين عن الكذب فكذلك اذا اخبرهم القاضي بقضائه وهذا لان العادة الظاهرة هي الاكتفاء في كل بلدة بقاض واحد فلو لم يكن مجرد
قوله حجة يطلق لهم الاقدام على اقامة الحد رجما كان او قتلا في حد قطاع الطريق او قطعا في السرقة قال واذا شهدوا عليه بالزنا وقال الرابع لم ار ما قالوا
ولكني رايتهما في لحاف واحد فشهادتهم باطلة لان الرابع ما شهد بشيء فلم يتكامل عدد الشهود بالزنا فلا يجب الحد على المشهود عليه لانه ما نسبه الى
الزنا بقوله رايتهما في لحاف واحد والاصل فيه ما روينا من حديث المغيرة فان عمر رضي الله عنه اقام الحد على الثلاثة حين امتنع زياد من الشهادة على صريح الزنا
ولم يقم الحد على زياد وان كان الرابع قال اشهد انه زان ثم سئل عن صفته فلم يصف ذلك ضربته الحد بقوله اشهد انه زان لانه قد نسبه الى الزنا واكد
ذلك بلفظة الشهادة ولو لم يؤكد ذلك بلفظة الشهادة ولكن قال هذا زان كان قاذفا له بهذا اللفظ مستوجبا الحد فهنا اولى وتاويل هذه المسألة ان
الرابع اذا قال هذا في مجلس آخر سوى المجلس الذي شهد فيه الثلاثة فاما اذا اجتمع الاربعة في مجلس وشهدوا عليه بالزنا وابى بعضهم ان يفسر ذلك فلا حد
على ما قرع بعد هذا لان الاربعة اذا شهدوا عليه بالزنا فسئلوا عن كيفيته وماهيته وقالوا لا نزيد لك على هذا لم تقبل شهادتهم لم يثبتوا منهم كلامهم ولكن
لا حد عليهم لتكامل عددهم فان تكامل عدد الشهود مانع من وجوب الحد عليهم كما لو شهد عليه اربعة من الفساق بالزنا وكذلك ان وصف بعضهم
دون بعض لان عددهم متكامل في اصل الشهادة عليه بالزنا وامتناع بعضهم عن البيان لا يكون رجوعا عن الشهادة ولكن يصير ذلك شبهة في حق
المشهود عليه فلا يقام عليه الحد كما لا يقام على الشهود ايضا كما في فسق الشهود قال وان شهد اربعة على رجل بالزنا بامرأة فشهد اربعة على الشهود
انهم هم الذين زنوا بها لا تقبل شهادة واحد منهم ولا يقام الحد للشبهة التي دخلت عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقام حد الزنا على الفريق
الاول ولا شيء على المشهود عليه الاول لان الفريق الثاني عدول شهدوا على الفريق الاول بالزنا فوجب قبول شهادتهم وقد ثبت فسقهم لظهور زناهم
بالحجة فتبطل شهادتهم على المشهود عليه الاول وبقيت الشبهة التي اشار اليها ابو حنيفة ان قصد الفريق الثاني بهذه الشهادة ابطال شهادة الفريق
الاول لانهم حين لم يشهدوا الى ان شهد الفريق الاول فاما ان يكونوا كاذبين قاصدين الى ابطال شهادتهم او كانوا صادقين ولكنهم اختاروا الستر
فلما شهد الفريق الاول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم دون الحسبة ومثل هذه الشهادة لا تقبل كما لو شهدوا بالزنا بعد تقادم العهد ولان
في لفظهم ما يدل على ان قصدهم المجازاة دون الحسبة فان في الشهادة بطريق الحسبة يقولون زنوا وهم زناة واما قولهم هم الذين زنوا يكون على
طريق المجازاة ثم هذا يؤدي الى التهاتر بان يشهد فريق ثالث على الفريق الثاني مثل ذلك ومثل هذا لا يجوز اقامة الحد به قال وان شهد ثلاثة
نفر وامرأتان بالزنا لم تجز شهادتهم لحديث الزهري قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء
في حد الزنا فكانوا جميعا قذفة قال وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لا تجوز شهادتهم لان الشهادة على الشهادة فيها ضرب شبهة من
حيث ان الكلام اذا تداولته الالسنة يتمكن فيه زيادة ونقصان ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال منصوبة للحاجة ولا يقام الحد ودعنه لا
مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول بذلك والحاكي للقذف عن غيره لا يكون قاذفا فان
قدم الاصول فشهدوا على شهادة انفسهم على هذا الرجل بالزنا لا تقبل شهادتهم لوجهين احدهما ان العهد قد تطاول والثاني ان الحاكم حكم
برد هذه الشهادة لان في الموضع الذي تقبل الشهادة على الشهادة تقبل شهادة الاصول ايضا ففي المواضع الذي ترد ايضا يتعدى رده الى شهادة
الاصول من وجه وذلك شبهة ولا حد على الشهود لتكامل عددهم ولانا انما لا نقيم الحد على المشهود عليه بنوع شبهة والشبهة تصلح للدرء
الحد لا لايجاب الحد قال وان قال الشهود للرجل والمرأة في غير مجلس القاضي وكانوا متهمين في الشهادة نشهد انكما زانيان وقدموهما الى القاضي
وشهدوا عليهما وقالا انهم قالوا لنا هذه المقالة قبل ان يرفعونا اليك ولنا بذلك بينة لم تقبل شهادتهما على ذلك ولم تسقط شهادتهم
به وحد الرجل والمرأة لانهم عدول فان قيل صاروا قاذفين لهما بالنسبة الى الزنا في غير مجلس القاضي فكانوا متهمين في الشهادة من حيث انهم قصدوا
بها اسقاط الحد قلنا انما كذلك لان تكامل العدد كما يمنع من ان يكون كلامهم قذفا في مجلس القاضي فكذلك في غير مجلسه لان المقصود من فعلهما
منهما الندم ومعناه ان مقصود الشهود من هذه المقالة في غير مجلس القاضي انكما زانيان ليظهر الندم والتوبة عليهما او ادا الاصلاح ليشهدوا عليهما
والشاهد مندوب الى ذلك ولان كلامهم موقوف فاذا اتصل به شهادتهم في مجلس القاضي لم يكن قذفا والا فحينئذ يكون قذفا قال واذا شهدوا

عليها

عليها بالزنا فقال اثنان طاوعته وقال الآخران استكرهها درئ الحد عنهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل وجه قولهما ان الحجة في
جانب الرجل تمت موجبة للحد فانما الاختلاف بينهم في حالها وذلك لا يغير حكم الفعل في جانبه فان الكل لو اتفقوا انها كانت مكرهة او طائعة يجب
الحد على الرجل وهذا لان الزنا فعلان من الرجل والمرأة وانما يقام الحد على كل واحد منهما بفعله وقد اتفقوا على وجود الفعل الموجب للحد على الرجل
ولابي حنيفة طريقان احدهما ان كل اثنين شهدا بفعل آخر فلم يتفق الاربعة على الفعل الواحد لا يثبت الزنا كما لو اختلفوا في المكان والزمان
وبيانه ان شاهدي الطواعية شهدا بفعل مشترك بينهما فانها اذا كانت طائعة كانت شريكة له في الفعل حتى تشاركه في اثم الفعل وشاهدا الاكراه
شهدا بفعل يتفرد به الرجل لانه لا شركة للمرأة في الفعل اذا كانت مكرهة حتى لا تشاركه في اثم الفعل فالفعل المشترك غير الفعل الذي يتفرد به الرجل وقولنا
ان الزنا فعلان يعني من حيث الحكم فاما في الحقيقة الفعل واحد ولهذا تمكنت الشبهة من احد الجانبين يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عن الآخر والطريق
الثاني ما ذكره الطحاوي ان الذين شهدا انها طاوعته صارا قاذفين لها ملتزمين حد القذف لولا شهادة الآخرين انه زنى بها وهي مكرهة فكانا خصمين
ولا شهادة للخصم وانما لا يقام حد القذف عليهما بشهادة الآخرين بمنزلة من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهي مكرهة سقط الحد عن القاذف
ولان اعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها لان زنا المكرهة لا يوجب حد الزنا عليها بحال بل
وسقوط الاحصان يثبت بشهادة شاهدين وبيان هذا الطريق فيما ذكره محمد رحمه الله في الكتاب قال لو شهد ثلاثة انها طاوعته وواحد انها
مكرهة فعند ابي حنيفة لا يقام الحد على الشهود وعند ابي يوسف ومحمد يقام على الثلاثة حد القذف لخصومتها لانهم صاروا قاذفين لها والشاهد
على سقوط احصانها واحد وبشهادة واحد لا يثبت الاحصان وهذا لان المكرهة لا اثم لها فتكون هذه الشهادة في حقها بمنزلة ما لو امتنع الرابع
من اداء الشهادة قال ولو شهد ثلاثة انه استكرهها وواحد انها طاوعته فليس على هذا الذي حد القذف لها بشهادة الباقي بسقوط احصانها
هذا كله بناء على ظاهر المذهب ان المكرهة على الزنا يسقط احصانها وقد روي عن ابي يوسف انه لا يسقط احصانها لان المكرهة لا اثم لها الا ترى
انها لا تأثم وانما يسقط احصانها بفعلها ووجه ظاهر الرواية انها ممكنة من فعل حرام فان الاكراه لا يعدم هذا الفعل خصوصا فيما لا يصلح ان
يكون المكره آلة للمكره لانها مضطرة الى ذلك وذلك لا يمنع سقوط احصانها قال وان شهد اربعة على رجل انه زنى بهذه المرأة في موضع كذا
في وقت كذا وشهد اربعة انه زنى بهذه المرأة الاخرى في ذلك الوقت بعينه في مكان آخر والبلدان بينهما بعد لم يحد واحد منهما لان القاضي تيقن بكذب
احد الفريقين فالشخص في وقت واحد لا يتصور ان يكون في مكانين مختلفين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع القضاء للتعارض ولتمكن
تهمة الكذب في شهادة كل فريق ولعدم ظهور رجحان جانب الصدق وان شهد كل فريق منهم على وقت غير الوقت الآخر جازت الشهادة وحد الرجل
والمرأتان لانه ثبت على الرجل فعلان وعلى كل امرأة فعل يوجب الحد بحجة كاملة فيقيم القاضي الحد عليهم اذ الزنا يتعدد بتعدد الوقت والمكان
ومكانين مختلفين بامرأة وامرأتين قال وان شهد اربعة انه زنى يوم النحر بمكة بفلانة وشهد اربعة انه قتل يوم النحر بالكوفة فلانا لم يقبل واحد
من الشهادتين لتيقن القاضي بكذب احد الفريقين ولا حد على شهود الزنا لتكامل عددهم وعلى هذا سائر الاحكام من العتاق والطلاق ولا يقال
لا ننكر كرامة الاولياء فيجوز ان يكون في كل يوم واحد بمكة والكوفة لان مثل ذلك للولي لا يرى ولا يجيء ما ضله ولا اثر له ابتناء الاحكام على الظاهر المعروف
فان حضر احد الفريقين وشهد وحكم الحاكم بشهادتهم ثم شهد الآخرون فشهادة الآخرين باطلة لان رجحان جانب الصدق ثبت في شهادة
الاولين حين اتصل الحكم بها فيبقى الكذب في شهادة الفريق الثاني ولا يقام الحد على شهود الزنا وان كانوا هم الفريق الثاني لتكامل عددهم
قال واذا ثبت حد الزنا على رجل بشهادة الشهود وهو محصن او غير محصن فلما اقيم عليه بعضه هرب فطلبه الشرط فاخذوه في فوره اقيم عليه الحد
سقوط الحد بالتقادم
لان الهروب غير مسقط ما لزمه من الحد واصله ان حد الزنا لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد عندنا وكذلك كل حد هو محض حق الله تعالى
وعند الشافعي يقام واعتبره بسائر الحقوق من حيث ان تقادم العهد غير مسقط عنه ما لزمه فاعتبر البينة بالاقرار فان هذه الحدود تقام بالاقرار
بعد تقادم العهد فكذلك بالبينة لانها احدى الحجتين وحجتنا في ذلك حديث عمر رضي الله عنه قال ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند
حضرته فانما هم شهود ضغن قال الحسن في حديثه لا شهادة لهم والمعنى ان الشاهد على هذه الاسباب مخير في الابتداء بين ان يستر عليه او يشهد فلما
اخر الشهادة عرفنا انه مال الى الستر ثم حملته العداوة على ان يترك الستر ويشهد عليه فلا تكون هذه شهادة بطريق الحسبة فلهذا لا تقبل بخلاف
حد القذف فان الشهادة عليه لا تقبل الا بخصومة المقذوف وطلبه الحد فانما اخر اداء الشهادة لتأخير الخصومة من المقذوف لان فيه حق
العباد وهو دفع العار عن المقذوف فمتى اقام الحجة عليه وجب الحكم لدفع الضرر عنه لا يدخل في هذا الكلام السرقة فان الشهادة عليها لا تقبل
قبل الخصومة ولكن خصومة المسروق منه انما هي في المال لا في الحد وبعد تقادم العهد الشهادة مقبولة فيما فيه الخصومة له ولان الحد هنا محض
حق الله تعالى ولهذا صح الرجوع فيه عن الاقرار بخلاف حد القذف وحق الله تعالى مبني على الدرء لانه تعالى غني عن ان يلحقه خسران او ضرر وهذا بخلاف
الاقرار فان معنى الضغينة لا يتحقق في الاقرار بعد التقادم اذ الانسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على الاقرار ولم يبين في الكتاب حد التقادم

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال جهدت بأبي حنيفة كل الجهد أن يوقت في التقادم وقتا فأبى وهذا لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في البعد من
القاضي والقرب وباختلاف عادة القاضي في الجلوس والتوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص فلما لم يجد فيه نصا أبى أن يوقته بشيء وجعله موكولا إلى رأي
القاضي وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أنهم إذا شهدوا بعد سنة لا تقبل وأشار الطحاوي رحمه الله إلى ستة أشهر فهو الحين والأصح
ما نقل عن أبي يوسف ومحمد أنهما قدرا ذلك بشهر لأن ما دون الشهر قريب عاجل والشهر فما فوقه آجل كما بينا في الأيمان فإذا شهدوا بعد الشهر لا تقبل
ذلك منهم إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر فإن كان فذلك علم أنه تأخر الأداء لبعدهم عن مجلسه فلا يكون ذلك قدحا في شهادتهم ولا يمنع إقامة
الحد به لحديث المغيرة فإنه كان واليا بالبصرة حين جاء الشهود إلى المدينة فشهدوا عليه بالزنا فكتب إليه عمر بن الخطاب أن سلم عملك إلى أبي موسى
والحق بي ثم لما حضر قبل الشهادة عليه قال كيف شهادة الواحد وهو ادعى دفع المغيرة عرفنا أن التقادم إذا كان لعذر ظاهر لا يكون قدحا بالشهادة
إذا عرفنا هذا قلنا في مسألة الكتاب وهو ما إذا هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم وجد بعد أيام في القياس لا يمتنع إقامة بقية الحد عليه لأنه إنما تأخر بعذر وهو هربه فلا يكون
ذلك قدحا في الشهادة ولكنه استحسن فقال التقادم في هذه الحالة وفي الشهادة قبل الإقامة كالمقترن بالشهادة بدليل عمى الشهود وردتهم وهذا
لأن التفريط هنا كان من أعوان الإمام حتى تمكن من الهرب منهم فالظاهر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه لرحمتهم عليه أو ميل الحد في طلبه
فكان هذا والفسق في الشهود سواء قال ولا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد إذا كان عدلا لأن القذف خبر متردد بين الصدق
والكذب فلا يكون مسقطا للشهادة وإنما المسقط للشهادة إقامة الحد عليه لأن الحكم بكذبه يتحقق والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا والتعزير لا
يسقط الشهادة ففي هذه المسألة عن أبي حنيفة ثلاث روايات أحدها ما بينا وهو قولهما والثانية إذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر
مقام الكل والثالثة إذا ضرب سوطا واحدا تسقط شهادته لأن من ضرورة إقامة ذلك القدر من الحد الحكم بكذبه وكذلك هذه الروايات المذكورة
في النص أي إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير قال وإذا أقيم على القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف آخر لم يضرب إلا
ذلك السوط الواحد لأن مبنى الحد على التداخل والمغلب عندنا في حد القذف حق الله تعالى ولهذا لو قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا
على ما بيناه فقد اجتمع الحدان هنا لأن كمال الحد الأول بالسوط الذي بقي فلهذا يدخل أحدهما في الآخر ولا يقام إلا ذلك السوط يوضحه أن المقصود إظهار
كذبه ليندفع به العار عن المقذوف وذلك يحصل في حقهما بإقامة المشروط لأنه يصير محكوما بكذبه وتسقط شهادته قال وضرب التعزير أشد من
ضرب الزاني وضرب الزاني أشد من ضرب شارب الخمر وحد القذف أخف من جميع ذلك أما ضرب التعزير أشد لأن المقصود به الزجر وقد دخله التخفيف
من حيث نقصان العدد فلو قلنا بتخفيف الضرب أيضا فات ما هو المقصود لأن الألم ما لم يخلص إليه لا ينزجر ولهذا قلنا يجرد في التعزير عن ثيابه ويعزر
في إزار واحد واختلفوا في مقدار التعزير فظاهر المذهب لا يبلغ التعزير أربعين سوطا وقد روي عن أبي يوسف أنه يجوز أن يبلغ التعزير خمسة
وسبعين سوطا وهو قول ابن أبي ليلى والأصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين قال أبو يوسف المراد الحد الكامل وهو حد الأحرار
وأدناه ثمانون جلدة فينقص التعزير من ذلك خمسة أسواط قيل كان ابن أبي ليلى رحمه الله يعتبر بالخمسين مرة وأخرى فنقص ضربة واحدة في التعزير
وأبو حنيفة ومحمد قالا لا يزاد على تسعة وثلاثين سوطا لأن الأربعين في حق العبد في القذف والشرب حد فنقص التعزير عنه بضربة واحدة وهذا بيان
أقصى التعزير فأما فيما دون ذلك الرأي إلى الإمام يعزره بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس وباختلاف جرائمهم وروى
بشر عن أبي يوسف أنه قرب كل نوع من بابه فالتعزير في المس والقبلة بشهوة أقربها إلى الزنا والتعزير في الشتيمة بغير الزنا فاعتبر كل فرع بأصله فيما أقيم من التعزير
ثم الضرب في الزنا أشد من الضرب في الشرب لأن حد الزنا ثابت في القرآن ولأن المقصود هو الزجر ودعاء الطبع إلى الزنا عند غلبة الشهوة أكثر منه وقد سماه الله تعالى
عذابا بقوله وليشهد عذابهما طائفة وقال ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله وحد الشرب لا يثبت في القرآن ولأن المقصود هو الزجر ودعاء الطبع إلى الزنا عند
غلبة الشهوة أكثر منه إلى الشرب ثم حد الشرب أشد من حد القذف لأن جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف والقذف خبر محتمل بين الصدق والكذب
وقد يعجز عن إقامة أربعة من الشهداء مع صدقه فلهذا كان حد القذف أخف من حد الشرب حتى يضرب حد القذف وعليه ثيابه إلا أنه ينزع عنه الحشو والفرو
ليخلص الألم إلى بدنه وسائر الحدود تقام على الرجل في إزار إلا أنه روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه يقام عليه حد الشرب وعليه ثيابه أيضا لأن حد
الشرب حد القذف كما قال علي رضي الله عنه إذا شرب هذى وإذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله ثمانون جلدة ولأن حد الشرب كان بالجريد
والنعال في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن اتفقت الصحابة على الجلد في عهد عمر رضي الله عنه ولهذا قال علي رضي الله عنه ما من أحد أقيم عليه حد
فيموت فأجد في نفسي منه شيئا إلا حد الشرب فإنه ما رأيناه ولضعفه قال لا يجرد عن ثيابه ولكن في ظاهر الرواية لتحقق جريمته يجرد كما في حد الزنا قال ولا يمد في شيء من
الحدود والتعزير قيل المراد أن يلقى على الأرض كما يفعل في زماننا وقيل المراد أن الجلاد لا يفصل عضوه عن إبطه ولا يمده فوق رأسه وقيل المراد أنه بعدما أوقع السوط
على بدن المجلود لا يمده لأنه زيادة منافية لم يستحق عليه ذلك لأنه ربما يؤدي إلى التلف والتحرز عن ذلك واجب شرعا في موضع لا يستحق الإتلاف شرعا ألا
ترى أن النبي عليه السلام أمر بحسم السارق بعد القطع للتحرز عن الإتلاف ويعطي كل عضو حظه من الضرب لأنه قد نال اللذة في كل عضو ولأن جمع الجلدات في

عضو واحد ربما يؤدي إلى الإتلاف غير أنه لا يضرب الوجه والفرج أما الفرج فلا يحتمل الضرب والضرب على الفرج متلف وأما الوجه فلأن النبي عليه
السلام لما أمر برجم الغامدية أخذ حصاة كالحمصة ورماها بها ثم قال للناس ارموها واتقوا الوجه فلما منع من ضرب الوجه في موضع كان الإتلاف مستحقا
ففي موضع الإتلاف لم يستحق الإتلاف أولى ولأن الوجه موضع الحواس ففي الضرب عليه إذهاب بعض الحواس عنه وهو استهلاك حكما وعن أبي يوسف
لا يضرب الصدر والبطن أيضا لأن الضرب عليهما متلف قال ولا يضرب الرأس في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال يضرب
الرأس ضربة واحدة وهو قول ابن أبي ليلى لحديث أبي بكر رضي الله عنه قال اضربوا الرأس فإن الشيطان في الرأس وحجتنا حديث عمر رضي الله عنه فإنه قال
للجلاد إياك أن تضرب الرأس والفرج لأن الرأس موضع الحواس ففي الضرب عليه تفويت بعض الحواس عنه قال ولا تجرد المرأة لإقامة الحد والتعزير عليها
لأنها عورة مستورة وكشف العورة حرام إلا أنه ينزع عنها الحشو والفرو ليخلص الألم إلى بدنها ولأن ستر العورة يحصل بالملبوس عادة ولا حاجة
إلى إبقاء الحشو والفرو عليها قال وتضرب وهي قاعدة كما ستر ما يكون ويضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة وكان ابن أبي ليلى يضرب المرأة للحد وهي قائمة
كالرجل ولكنا نأخذ بقول علي رضي الله عنه حيث قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة ولأن مبنى حاله على الانكشاف والظهور ومبنى حالها على الستر قال فإن
كان حدها الرجم فإن حفر لها فحسن وإن ترك لم يضر وقد بيناه قال وإن كانت حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية فإنها لما أقرت أنها حبلى من الزنا
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبي حتى تضعي حملك ولحديث معاذ رضي الله عنه حين هم عمر برجم الحامل إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في
بطنها وهو المعنى لأن ما في بطنها نفس محترمة فإن المخلوق من ماء الزنا له من الحرمة والعهد ما لغيره ولو وجد منه جناية ولو رجمت كان فيه إتلاف الولد
ولو تركت هربت وليس للإمام أن يضيع الحد بعدما ثبت عنده ببينة فيحبسها حتى تلد ثم إن كان حدها الرجم رجمها لأن إتلافها مستحق وإنما تأخر لحق
الولد وقد انفصل الولد عنها وإن كان حدها الجلد يؤخر إلى أن تتعالى من نفاسها لأن النفساء في حكم المريضة والحد دون النفس لا يقام في
حالة المرض ولأنها إذا انضم ألم الجلد إلى ألم الولادة ربما يؤدي إلى الإتلاف وهو غير مستحق في هذه الحالة فيؤخر إلى أن تتعالى من نفاسها قال وإذا شهدوا
عليها بالزنا فادعت أنها حبلى فمجرد قولها لا يكون حجة فيما يؤخر الحد عنها كما لا يكون حجة في المسقط ولكن القاضي يريها النساء لأن هذا شيء يطلع عليه
النساء فربما يشكل على القاضي فإنما يرجع فيه إلى من له بصر في هذا الباب كما في قيم المتلفات والأصل فيه قوله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون
فإن قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين فإن لم تلد رجمها للتيقن بكذبها فإن الولد لا يبقى أكثر من سنتين وإن ادعت أنها عذراء أو رتقاء نظر إليها النساء فإن قلن
هي كذلك درئ الحد عنها لأن شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولكن لا يقام الحد على الشهود بقول النساء وكذا المجبوب إذا علم أنه مجبوب درئ الحد ولم
يحد الشهود لأن المجبوب لا يزني كما لا يحد على قاذفه وهذا لأن المقصود من إقامة الحد إظهار كذب القاذف ليندفع به العار عن المقذوف وكذبه ظاهر هنا
وإنما يلحق العار القاذف دون عفة المقذوف وعند الشافعي قذف المجبوب كقذف غيره يوجب الجلد على القاذف بناء على أصله أن نفس القذف جريمة
وفيما يرجع القاضي فيه إلى قول النساء يكتفى بقول امرأة واحدة والمثنى أحوط وقد بينا هذا في الطلاق قال وإذا قال المسلم الزاني أنا عبد فشهد نصرانيان
أن مولاه أعتقه منذ سنة عتق بشهادتهما ولكن يقام عليه حد العبيد لأن شهادة النصارى لا يكون حجة على المسلم فيجعل فيما يقام عليه وجود هذه الشهادة
كعدمها بخلاف ما إذا شهد على ذلك رجل وامرأتان فإن هذه الشهادة حجة على المسلم فيجعل فيما يقام عليه وجود هذه الشهادة كعدمها بخلاف ما إذا شهد
على رجل وامرأتان فإن هذه الشهادة حجة على المسلم فيكون معتبرا في إقامة الحد الكامل عليه وهذا الفرق الذي قررناه في مسألة الإحصان قال وإن شهد
أربعة نصارى على نصراني بالزنا فقضي عليه بالحد ثم أسلم قال أدرأ عنه الحد لأن القاضي لا يتمكن من إقامة الحد إلا بحجة وشهادة النصارى ليست بحجة
على المسلم وقد بينا أن العارض من قبل إقامة الحد كالمقترن بالسبب وكذا لو كان أقيم عليه بعضه ثم أسلم لا يقام عليه ما بقي وكذلك الشهادة على السرقة
والقطع والقتل وهذا استحسان في الحد ودرء القصاص أما في القياس بعد تمام القضاء بما هو حجة ولا تأثير للإسلام بعد ذلك في إسقاط ما لزمه من الحق عنه
كالمال إذا قضي عليه فيه بشهادة النصارى ثم أسلم يستوفى منه وفي الاستحسان قال العقوبات تندرئ بالشبهات فحصل المعترض قبل الاستيفاء شبهة
مانعة كالمقترن بأصل السبب بخلاف الأموال فإنها تثبت بالشبهات ثم المقصود في العقوبات الاستيفاء ولهذا لو رجع الشهود قبل الاستيفاء امتنع
الاستيفاء بخلاف المال وقد بينا أن في الحدود التي هي حق الله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء فاعترض قبل الاستيفاء إسلام المقضي عليه جعل كالموجود
قبل القضاء ثم ذكر مسألة الشهادات أن شهادة الكفار بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت مللهم إلا في قول ابن أبي ليلى فإنه لا يجيز شهادة أهل ملة على
ملة أخرى قال ولا تجوز شهادة الكافر المحدود في القذف فإن أسلم ثم شهد جازت شهادته لأن بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة قبل إقامة
الحد فإن العبد عدل في دينه وبيان هذه الفصول في الشهادات قال الأربعة شهدوا على رجل بالزنا ثم أقروا عند القاضي أنهم شهدوا بالباطل فعليهم
الحد لأنهم أكذبوا أنفسهم بالرجوع عن الشهادة فإن لم يحدهم القاضي حتى شهد أربعة غيرهم على ذلك الرجل بالزنا جازت شهادتهم لظهور عدالتهم
وأقيم الحد على المشهود عليه بشهادتهم لأن شهادة الفريق الأول ورجوعهم في حق الفريق الثاني أن المشهود عليه زان وأنهم صادقون في قذفه
بالزنا ولأنه تبين أنه غير محصن وقذف غير المحصن لا يوجب الحد وأكثر ما في الباب أن الفريق الأول لم يعاينوا الزنا منه فحالهم كحال سائر الأجانب في

قذفه والقاذف مما يستوجب الحد اذا لم يكن هناك اربعة يشهدون على المقذوف بالزنا قال وكذا اذا اثبت الزنا والسرقة على الكافر بشهادة المسلمين ثم اسلم عليه الحد لانه لو كان مسلما عند اداء الشهادة كانت هذه الشهادة حجة عليه فكذلك اذا اعترض اسلامه عليه الا ان يكون العهد قد تقادم فحينئذ يدرء عنه للشبهة كما لو كان مسلما حين شهدوا عليه رجل زنا بامراة مستكرهة فافضاها فعليه الحد للزنا فان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية وان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لانه افسد عليها عضوا لا ثاني له في البدن وهو ما يستمسك به البول وفي ذلك كمال الدية وما يجب بالجناية ليس بعوض المستوفى بالوطي حتى يقال لا يجمع بينه وبين الحد بل هو بدل المتلف بالجناية وذلك غير مشروع بالوطي المستوفى بالوطي ملك بالنكاح والافضاء لا يكون مستحقا بالنكاح وان طاوعته فعليها الحد وليس عليه ضمان الجناية لوجود الرضا بها فان رضاها فيما دون النفس معتبر في اسقاط الارش لانها ليست وكذلك ان كانت صبية يجامع مثلها الا ان رضاها هنا لا يعتبر في اسقاط الارش لانها ليست من اهل اسقاط حقها قال فان زنا بصبية لا يجامع مثلها فافضاها فلا حد عليه لان وجوب حد الزنا يعتمد كمال الفعل فكمال الفعل لا يتحقق بدون كمال المحل فقد تبين ان المحل لم يكن محلا لهذا الفعل حين افضاها بخلاف ما اذا زنا بها ولم يفضها لانه تبين انها كانت محلا لذلك الفعل حين احتملت الجماع ولان الحد مشروع للزجر وانما شرع الزاجر فيما يميل الطبع اليه وطبع العقلاء لا يميل الى وطي الصغيرة التي لا تشتهى ولا تحتمل الجماع. فلهذا لا حد عليه ولكنه يعزر لارتكابه ما لا يحل له شرعا ثم ان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية والمهر اما الثلث الدية لجراحة الجائفة والمهر للوطي فان الوطي في ملك الغير لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة لشبهة النقصان في الفعل فيجب المهر لانه يثبت مع الشبهة والوطي ليس الا ايلاج الفرج في الفرج وقد وجد ذلك منه الا ترى انه لا يجب المهر تارة بالعقد وتارة بالوطي ثم العقد على الصغيرة يوجب المهر فكذلك الوطي وان كان لا يستمسك البول فعليه كمال الدية لافساد العضو الذي كان استمساك البول به فانه لا ثاني له في البدن ولا مهر عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد عليه مهر لوجود حقيقة الوطي منه فكما لا يدخل المهر في بعض الدية فكذا لا يدخل في جميع الدية لان وجوب الدية بالجناية على العاقلة موجلا والمهر في مال الجاني حالا فكيف يدخل احدهما في الاخر وهما يقولان الفعل واحد فاذا اوجب به كمال بدل النفس يدخل فيه ما دونه كما لو شج رجلا فذهب عقله او سقط جميع شعره حتى وجب عليه كمال الدية دخل فيه ارش الموضحة وهذا لان المستوفى بالوطي في حكم الجزء وكذلك المتلف بالجناية وعند الحد المستوفي لا يجب اكثر من بدل النفس بخلاف ما اذا كان البول يستمسك فان الواجب هناك بعض بدل النفس فيجوز ان يجب المهر معه وهو نظير ما لو فقا احدى عيني امة انسان يضمن نصف قيمتها فلا يملك شيا من الجثة بخلاف ما اذا فقا العينين وضمن كمال الدية فانه يملك الجثة واذا جامع صبية فافضاها ومثلها لا يجامع لم يحرم عليه امها وابنتها في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يحرم استحسانا لوجود حقيقة الوطي بوجود ايلاج الفرج في الفرج والوطي علة لايجاب حرمة المصاهرة والدليل على ان الوطي حلال حكما انه يتعلق الاغتسال بنفس الايلاج من غير انزال ووجب المهر وباب الحل والحرمة مبني على الاحتياط فللاحتياط استحسن ابو يوسف وجه قولهما ان ثبوت حرمة المصاهرة بالوطي ليس بعينه بل لانه حرث للولد ولهذا لا يثبت بوطي الميتة وبالوطي في الدبر وهذا الفعل ليس بحرث للولد لان الحرث لا يتحقق الا في المحل ثبت بخلاف الاغتسال فان وجوبه باستطلاق وكاء المني وذلك يتم بمعنى الحرارة واللين في المحل وبخلاف ما اذا كانت صغيرة يشتهى مثلها لان كونها حقيقة لا يمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر وهو كونها مشتهاة مقامه الا ترى ان هذا الفعل حلال شرعا لمعنى الحرث ثم حل وطي الصغيرة التي تشتهى بالنكاح ولا يحل وطي الصغيرة التي لا تشتهى ومن قذف هذا الذي جامع هذه الصبية لا حد عليه لارتكابه وطيا حراما فان الوطي الحرام في غير الملك مسقط للاحصان والصورة في ايراث الشبهة بمنزلة الحقيقة في درء ما يندرئ بالشبهات قال رجل زنا بامراة فكابرها فجذها فعليه الحد والارش في ماله لانه بمنزلة العمد ولا تعقل العاقلة العمد وهو الجواب عن قول محمد في مسئلة الافضاء بان الواجب من الدية في ماله هنا لان الفعل عمد فيستقيم ادخال المهر فيه واذا قال الشهود تعمدنا النظر الى الزانيين لم تبطل شهادتهم به لانهم قصدوا بهذا النظر تصحيح الشهادة لا اقضاء الشهوة فانه لا يحل لهم اداء الشهادة ما لم يروا كالميل في المكحلة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب الفسق وان تعمد ذلك الا ترى ان القابلة تنظر والختان والخافضة كذلك وكذلك لو قال زنا بها ذلك ولم نتعمد النظر قال واذا ادعت المزني بها انها صارت مفضاة لم يقبل قولها في ذلك ما لم يشهد الشهود على الافضاء ولم يقر به المقر او ذلك لانها تدعي الجناية الموجبة للارش وذلك لا يثبت الا بشهادة الشهود قال ومن اتى امراة اجنبية في دبرها فعليه الحد في قول ابي يوسف ومحمد والتعزير في قول ابي حنيفة وكذلك اللواطة عند ابي حنيفة توجب التعزير عليهما وعند ابي يوسف ومحمد حد الزناة يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين وهو احد قولي الشافعي وفي قوله الاخر قال يقتلان على كل حال لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي رواية ارجموا الاعلى والاسفل وتاويل ذلك عندنا في حق من استحل ذلك الفعل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك وهو تاويل الحديث الذي روي من اتى امراته الحائض او اتى امراة في غير ماتاها فقد كفر بما انزل على محمد يعني اذا استحل ذلك الفعل وجه ابي يوسف ومحمد ان هذا الفعل زنا فيتعلق به حد الزنا بالنص اما من حيث الاسم فلان الزنا فاحشة وهذا الفعل فاحشة بالنص

قال

قال الله تعالى أتأتون الفاحشة ومن حيث المعنى ان الزنا فعل معنوي له غرض وهو ايلاج الفرج في الفرج على وجه محظور لا شبهة فيه لقصد سفح وقد وجد ذلك كله فان القبل والدبر كل واحد منهما فرج يجب ستره شرعا وكل واحد منهما مشتهى طبعا لمعنى الحرارة واللين وذلك لا يختلف بالقبل والدبر ولهذا وجب الاغتسال بنفس الايلاج في الموضعين والشبهة في محل الحرمة هنا لان الحل باعتبار الملك ولا يتصور هذا الفعل مملوكا في القبل ولا يتصور في الدبر فكان محل الحرمة هنا ابين ومعنى سفح الماء هنا ابلغ منه في القبل لان هناك المحل منبت فيتوهم ان يكون الفعل حرثا وان لم يقصد الزاني ذلك ولا يتوهم هنا فكان تضييع الماء هنا ابين وليس هذا الكلام على سبيل القياس فالحد بالقياس لا يثبت ولكن هذا ايجاب الحد بالنص فما كان لاختلاف اسم المحل الا كاختلاف اسم الفاعل فان النص ورد بالحد في هذا الفعل في محل هو قبل فايجابه على المباشر في محل هو دبر بعد ثبوت المساواة في جميع المعاني لا يكون قياسا وابو حنيفة رحمه الله يقول هذا الفعل ليس بزنا لغة الا ترى انه ينفى عنه هذا الاسم باثبات غيره فيقال لاط وما زنا وكذلك اهل اللغة فصلوا بينهما قال القائل

من كف ذات حر في زي ذي ذكر   لها محبان لوطي وزناء

فقد غاير بينهما في الاسم ولا بد من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد ولهذا لا يجب القطع على المختلس والمنتهب والذي في الحديث اذا زنا الرجل بالرجل فهما زانيان مجاز لا يثبت حقيقة اللغة به والمراد في حق الاثم دون الحد كما ان الله تعالى سمى هذا الفعل فاحشة فقال ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ثم هذا الفعل دون الفعل في القبل في المعنى الذي لاجله وجب حد الزنا من وجهين احدهما ان الحد مشروع زاجرا وطبع كل واحد من الفاعلين يدعو الى الفعل في القبل واذا آل الامر الى الدبر كان المفعول به ممتنعا من ذلك بطبعه فيتمكن النقصان في دعاء الطبع اليه والثاني ان حد الزنا مشروع صيانة للفراش فان الفعل في القبل مفسد للفراش ويتخلق الولد من ذلك ولا والد له يربيه فيصير من النغر فيفسد نسبه عالم واليه اشار عليه السلام في قوله وولد الزنا شر الثلاثة فاذا آل الامر الى الدبر ينعدم معنى افساد الفراش فلا يجوز ان يجبر مثله النقصان بزيادة الحرمة من الوجه الذي قالا لان ذلك يكون مقابله ولا مدخل لها في الحد ثم اختلف الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسئلة فالمروي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه امر بان يحرقا بالنار وبه امر في السعة الذين وجدوا على اللواطة وكان علي رضي الله عنه يقول يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول يعلى على اعلى مكان من القرية ثم يلقى منكوسا فيتبع بالحجارة ومعنى وهو قوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وامطرنا عليهم حجارة من سجيل وكان ابن الزبير يقول يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وقال ابو يوسف ومحمد قد اتفق الصحابة انه لا يلحقهما نفيهما وانما اختلفوا في كيفية تغليظ عقوبتهما فاخذنا بقولهم فيما اتفقوا عليه ورجحنا قول علي رضي الله عنه بما يوجب من الحد عليهما وابو حنيفة يقول الصحابة اتفقوا على ان هذا الفعل ليس بزنا لانهم عرفوا نص الزنا ومع هذا اختلفوا في موجب هذا الفعل ولا نظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقا منهم ان هذا الفعل غير الزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا بقيت هذه جريمة لا عقوبة لها في الشرع مقدرة فيجب التعزير فيه يقينا وما وراء ذلك من السياسة موكول الى راي القاضي ان راى شيئا من ذلك في حق فله ان يفعله شرط قال والناس احرار في كل شيء الا في اربعة في الشهادة والعقل والحدود والقصاص يعني بالشهادة ان المشهود عليه اذا طعن في الشاهد انه عبد فما لم يقم البينة على حريته لا يعقلون جنايته وبالحدود اذا ادعى الزاني انه عبد فما لم يقم البينة على حريته لا يقام عليه حد الاحرار وبالقصاص انه قطع يد حر او عبد وزعم انه عبد لا قصاص عليه فما لم تقم البينة على حريته لا يقضى عليه بالقصاص وهذا لان ثبوت الحرية لمجهول الحال باعتبار الظاهر وهو ان الدار دار الاسلام فالظاهر من حال كل من فيها الحرية او باعتبار استصحاب الحال من حيث ان الناس اولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين وهذا يصلح حجة لدفع الاستحقاق وشهادة الشاهد تثبت الاستحقاق وكذلك العاقلة تثبت استحقاق الدية عليهم وكذلك الحد والقصاص فالظاهر لهذا لا يكون حجة حتى تقوم البينة عليه وهو نظير اليد فانها حجة لدفع الاستحقاق لا للاثبات حتى انه باعتبار اليد في الجارية لا يستحق اولادها على الغير بخلاف ما اذا اثبت الملك فيها بالبينة فان قامت البينة في هذه الفصول على انه كان ملكا لفلان اعتقه وقضى القاضي بذلك ثم حضر المولى الغائب فانكر ذلك فلا حاجة الى اعادة البينة عليه لان هذه بينة قامت على خصم وهو المنكر لحريته فانه خصم عن الغائب لاتصال حقه بحق الغائب فالقضاء به عليه يكون قضاء على الغائب قال واذا قضى القاضي بحد او قصاص او مال وامضاه ثم قال قضيت بالجور وانا اعلم ذلك فهو ضامنه في ماله ويعزر ويعزل عن القضاء لانه فيما جار عليه بقضائه هو الخلاف بغير حق انما قضاؤه على هواه لا امر الشرع والشرع لا يامر بالجور وهو فيما سلف بغير حق لغيره في ايجاب الضمان عليه في ماله ويعزر لارتكابه ما لا يحل له قصدا ويعزل عن القضاء لظهور خيانته فيما جعل امينا فيه وفي هذا اللفظ دليل ان الصحيح من مذهب علمائنا ان القاضي لا ينعزل بالجور ولكن يستحق عزله لان الفسق عندنا لا يمنع صحة تقليده ابتداء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى بخلاف ما يقوله المعتزلة انه ينعزل بالجور وان تقليد الفاسق ابتداء لا يجوز بناء على اصلهم ان بالفسق يخرج من الايمان لان اسم الفسق اسم ذم واسم الايمان اسم مدح فلا يجتمعان وهي معروفة من مذهبهم في القول بالمنزلة بين المنزلتين والشافعي يوافقهم في انه ينعزل بناء على اصله ان الفسق ينقص الامانة وان التقليد من قلده كان على ظن اداء الامانة فلا يبقى حكمه بعد الخيانة كما في الوديعة يقول بالخيانة من طريق الفعل يبطل العقد وهذا كله عندنا بالملك

كان الولاة من الخلفاء والسلاطين والقضاة بعد الخلفاء الراشدين لم يخلوا واحد منهم عن نوع جور فيؤدي القول بما قالوا الى ان يكون الناس سدى لا والي لهم واي قول افحش من هذا وان ظهر انه قضى بالجور وقد فعله خطأ لم يكن عزله لانه غير معصوم عن الخطأ والخطأ موضوع شرعا قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به فكان هو قاضيا على موافقة امر الشرع ظاهرا غير جان فيما فعل ولكن اذا تبين الخطأ احد المقضي له بغرم ذلك ان كان قضاء بحق العباد وان كان بحق الله تعالى فضمانه في بيت المال وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله ان القاضي اذا اخبر عن قضائه بشيء وامر الناس برجم او قتل بناء على قضائه فان كان عالما ورعا وسعهم ان يأخذوا بقوله من غير ان يستفسروا ذلك وكذلك لو كان ورعا غير عالم لان الورع الذي هو غير عالم قد يخطئ بجهله والعالم الذي ليس له ورع قد يتعمد الجور ويميل الى الرشوة واما اذا كان عالما ورعا فانهم يأمنون الخطأ لعلمه والجور لورعه فيسعهم الاخذ بقوله قال وليس للمولى ان يقيم الحد على مملوكه ومملوكته عندنا وقال الشافعي له ذلك في الحدود التي هي محض حق الله تعالى اذا عاين سببه من العبد او اقر به بين يديه وان ثبت بحجة البينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامام وان كان اماما فان كان مكاتبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحد كما لا يثبت له ولاية اقامة الحد بتقليد القضاء والامامة واحتج بحديث علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وحديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال اذا زنت امة احدكم فليجلدها الى ان قال بعد الثالثة فليبعها ولو بضفير والجلد متى ذكر عند حكم الزنا يراد به الحد دون التعزير وقد ذكر في بعض الروايات فليحدها الحد والمعنى فيه ان هذه عقوبة مشروعة للزجر والتطهير فيملك المولى اقامته بولاية الملك كالتعزير وتأثيره انه اصلاح للملك لان ملكه يتعيب بارتكاب هذه الفواحش فيما شرع للزجر عنها يكون اصلاحا للملك بمنزلة التزويج وفي التطهير اصلاح ملكه ايضا الا ترى ان ما كان مشروعا للتطهير كالختان وصدقة الفطر يملكه المولى بولاية الملك وهذا لانه من مملوكه ينزل منزلة السلطان من رعيته او اقوى حتى ينفذ فيه تصرفاته ولو حلف لا يضربه فامر غيره حتى ضربه حنث كالسلطان في حق الرعية ولهذا قلنا اذا كان مكاتبا او ذميا او امرأة لا يقيم الحد لانه بولاية السلطنة لا يقيم فكذلك بولاية الملك كما في حق نفسه لما كان لا يقيم الحد على نفسه بولاية السلطنة لا يقيم على مملوكه لان في القول بانه يقيم التعزير عليه دون الحد جمعا بين التعزير والحد بسبب فعل واحد لانه اذا علم بزناه عزره ثم رفعه الى الامام فيقيم عليه الحد ولا يجمع بينهما بسبب فعل واحد وحجتنا فيه قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات وعن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم موقوفا ومرفوعا اربع الى الامام وفي رواية اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء والمعنى فيه وهو ان هذا حق الله تعالى يستوفيه الامام بولاية شرعية ولا يشاركه غيره في استيفائه كالخراج والجزية والصدقات وتأثيره ان بسبب الملك يثبت للمولى الولاية فيما هو من حقوق ملكه فاما حقوق الله تعالى فاستيفاؤها بطريق النيابة الا ترى ان حق العبد لا يستوفيه الا هو او نائبه والامام متعين للنيابة عن الشرع فاما المولى بولاية الملك لا يصلح نائبا عن الشرع وهو كاجنبي آخر في استيفائه بخلاف التعزير فانه من حقوق الملك والمقصود به التأديب الا ترى انه قد يعزر من لا يخاطب بحقوق الله تعالى كالصبيان وهو نظير التأديب في الدواب فانه من حقوق الملك وكذلك الختان فانه بمنزلة الخصي في الدواب لاصلاح الملك وكذلك صدقة الفطر فانها بمنزلة المؤن والنفقات فلما كان معنى حق الملك مرجحا في هذه الاشياء ملك المولى اقامته الا ترى انه لو كان مكاتبا او ذميا او امرأة كان له اقامة التعزير دون الحد يوضحه فيما يثبت للمولى الولاية بسبب الملك هو مقدم على السلطان كالتزويج وبالاتفاق للامام ولاية اقامة هذا الحد شاء المولى او ابى عرفنا انه لا يثبت ولاية اقامته بسبب الملك ووجه آخر ان وجوب هذه الحدود باعتبار معنى النفسية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد في معنى النفسية مبقى على اصل الحرية ولهذا يصح اقراره على نفسه بهذه الاسباب ولا يصح اقرار المولى بشيء من هذه الاشياء وولاية المولى عليه فيما يتصل بالمالية فاما فيما يتصل بالدم كاجنبي آخر الا ترى ان في طلاق زوجته جعل المولى كاجنبي آخر بخلاف التعزير فذلك قد يستحق باعتبار المالية على ما بينا انه نظير الضرب في الدواب والدليل عليه انه لا يملك سماع البينة عليه ولو نزل منزلة السلطان لملك ذلك وانما حنث في اليمين بالضرب لا باعتبار العرف وقوله اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم خطاب للائمة كقوله فاقطعوا خطاب للائمة وفائدة تخصيص المماليك لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد التسبب والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشر تارة والى المتسبب اخرى وهذا تأويل الحديث الآخر ان المراد به التعزير لان الجلد وان ذكر عند الزنا فانما اضيف الى من لم يتعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى فكان المراد التعزير ولا يبعد الجمع بين الحد والتعزير بسبب فعل واحد كالذي في نهار رمضان يعزر لتعمد الافطار ويحد للزنا وكما لو كان المولى مكاتبا يعزر مملوكه على الزنا ثم يرفع الى الامام ليقيم عليه قال واذا ادعى المشهود عليه بالزنا ان هذا الشاهد محدود في قذف وان عنده بينة بذلك امهله ما بينه وبين ان يقوم من مجلسه من غير ان يخلي عنه لانه اخبر بخبر محتمل فيتأنى في ذلك ولكن على وجه لا يكون فيه تضييع الحد الذي ظهر سببه عنده فانه منهي عن ذلك شرعا مأمور بالاقامة والاحتيال للدرء فلهذا لا يخلي عنه ولكن يمهله الى آخر المجلس لانه يتمكن

من

من احضار شهوده في هذا المقدار فان جاء بالبينة والا اقام عليه الحد فان قال شهودي ليس بحضور في المصر وسأله ان يؤجله اياما لم يؤجله لان الظاهر انه كاذب فيما يقول ولو كان صادقا فليس كل غائب يؤوب والتأخير في المعنى تضييع فكان ليس له ان يضيع الحد وكذلك لا يؤخر اقامته بعد ما ظهر سببه من غير حجة بخلاف الاول فليس هناك تأخير الحد لان مجلس الامام بحاله واحتج ولو لم يدع ذلك المشهود عليه كان للامام ان يؤخر الحد الى آخر المجلس لانه يتمكن من ان يجلس في المسجد وهو ممنوع من اقامة الحد فيها لحديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا تقام الحدود في المساجد ولحديث حكيم بن حزام في حديث طويل فلا يقام فيها حد ولان تلويث المسجد حرام واليه اشار عليه السلام في قوله جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم واقامة الحد في المسجد ربما تؤدي الى التلويث فان اراد الامام ان يقام بين يديه فلا بد ان يؤخره الى ان يقوم من مجلسه ويخرج من المسجد ليقام بين يديه فلهذا جوزنا له ذلك القدر من التأخير وان لم يدع المشهود عليه شيئا ولكن اقام رجل البينة على بعض الشهود انه قذفه فانه يحبسه ويسأل عن شهود المقذوف فاذا زكوا وزكي شهود الزنا بدأ بحد القذف ودرأ عنه حد الزنا لانه اجتمع عليه حدان وفي البداية باحدهما اسقاط الآخر فيبدأ بهذا احتيالا للدرء وبيانه انه اذا بدأ بحد القذف صار شاهد الزنا محدودا في القذف والمعترض في الشهود قبل اقامة الحد كالمقترن بالسبب وفيه درء حد الزنا من هذا الوجه وكذلك لو قذف رجل من شهود الزنا رجلا من المسلمين بين يدي القاضي فان حضر المقذوف وطالب بحقه اقيم عليه حد القذف وسقط عنه حد الزنا فان لم يأت المقذوف ليطالب بحقه يقام حد الزنا لان مجرد القذف عندنا لا يقدح في شهادته فانه خبر محتمل بين الصدق والكذب الا ترى انه يتمكن من اثباته بالبينة وانما الذي يبطل شهادته اقامة الحد عليه ولا يكون ذلك الا بطلب المقذوف فاذا اقيم حد الزنا ثم جاء المقذوف وطلب حقه حد له ايضا لانه لم يوجد منه ما يسقط حقه فان تأخير الخصومة لا يسقط حد القذف وكذلك لو كان مكان الزاني سارقا او كانت الشهادة بشيء آخر من حقوق العباد وهذا القذف من الشاهد قبل قضاء القاضي بشهادته وما تقدم يبدأ باقامة حد القذف فاذا اقاموا ابطلت شهادته فلا يقضي بها وان بدأ بقطع السارق او بالقضاء بشهادته ثم اقام عليه حد القذف وسعه ذلك ايضا لانه اعتمد في قضائه الحجة قال وان ادعى المشهود عليه ان الشاهد اكل ربا او شارب خمر او انه استؤجر على هذه الشهادة وجاء على ذلك ببينة لم تقبل الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول هذا جرح في الشاهد فيمكن اثباته بالبينة كما لو ادعى انه عبد او محدود في قذف والدليل عليه ان المشهود له عليه لو اقر بهذا او الشاهد اقر به امتنع القضاء بشهادته فكذلك اذا اثبته الخصم بالبينة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكنا نقول المشهود عليه بهذه البينة ليس يثبت شيئا انما ينفي شهادته والشهادة على النفي لا تقبل كما لو اقام البينة على رجل بالغصب او بالقتل في مكان في يوم فاقام البينة على انه لم يحضر ذلك المكان في ذلك اليوم لم تقبل هذه البينة وفي الكتاب اشار الى التهاتر فقال لو قبلت هذا لم تجز شهادة احد فان المشهود عليه بذلك يأتي بالبينة على الذين شهدوا انهم كذلك فهذا لا ينقطع بخلاف ما لو اقام البينة على انه عبد او محدود في قذف فان ذلك اثبات وصف لازم فيه لان كونه محدودا لازم يبطل شهادته على التأبيد وقبول تلك البينة لا تؤدي الى التهاتر لان القاضي يسأل هؤلاء من حده وما لم يشهدوا ان قاضي بلد كذا حده لم يقبل شهادتهم ومثل هذا لا يعجز كل خصم وهذا مما يمكن اثباته بالبينة ايضا ان يكون الشهادة في مال فيجيء بالبينة ان الشاهد شريك فيه فقد ادعى شركة او يقول اخذ مني كذا من المال رشوة لكيلا يشهد على الباطل فانه يقبل بينته على ذلك لانه يدعي استرداد ذلك المال فيقبل بينته لذلك ثم يظهر به فسق الشاهد قال فان اقام البينة ان الشاهد محدود في قذف حده فلان قاضي بلد كذا وقال المشهود عليه انا آتيك بالبينة على اقرار ذلك القاضي انه لم يحدني او على موته قبل ذلك الوقت الذي شهد هؤلاء انه حدني فيه لا يقبل ذلك منه لانه لا يثبت بهذا شيئا انما ينفي شهادة الذين شهدوا عليه وكذلك ان قال انا آتي بالبينة اني كنت غائبا ذلك اليوم في ارض كذا لم يقبل ذلك منه الا ان يجيء من ذلك بامر مشهور فيقبل ذلك في الحدود والقصاص والاموال وغير ذلك لان المشهور في النفي حجة كما في الاثبات واذا كان ذلك امرا مشهورا فالقاضي عالم بكذب الشهود واذا لم يحل له القضاء بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم اولى قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فاراد الامام ان يحده فافترى رجل من الشهود على بعضهم فخاف المقذوف ان طلب حقه في القذف ان تبطل شهادته فلم يطالب قال تجوز شهادتهم على الزنا ويحد المشهود عليه وليست هذه بشبهة لان القذف جرح في نفسه لا يكون جريمة وربما يكون حسبة اذا كان على اصراره وله اربعة من الشهود وانما الجريمة في هتك ستر العفة واشاعة الفاحشة من غير فائدة فلا يبطل ذلك الا بعجز عن اقامة اربعة من الشهداء وانما يتم ذلك باقامة الحد عليه فلهذا لا يكون مجرد القذف عندنا شبهة مانعة من القضاء بشهادته قال كما اذا حكم الحاكم بالرجم عليه ثم عزل قبل ان يرجمه وولي آخر لم يحكم بذلك لان الاستيفاء في الحدود من تتمة القضاء فهو كنفس القضاء في سائر الحقوق فليس للذي ولي بعد ان يقضي بتلك البينة قال وانما هذا مثل قاض قضى على رجل بالرجم ثم انه اتى به قاضيا آخر فقامت عليه البينة عند ذلك القاضي ان فلانا قضى عليه بالرجم فان القاضي لا ينفذ ذلك وكذلك كتاب القاضي الى القاضي في الحدود لا يكون حجة للعمل به فكذلك هنا قال وان شهد الشهود على رجل فقالوا نشهد انه وطئ هذه المرأة ولم يقولوا زنى بها فشهادتهم باطلة لان سبب الحد الزنا ولا يثبت بهذا اللفظ فان لم

قد يكون حراما وقد يكون حلالا بشبهة وغير شبهة والزنا نوع مخصوص من الوطء وباللفظ العام لا يثبت ما هو خاص وكذلك لو شهدوا انه
جامعها او باضعها فلا حد على الشهود لتكامل عددهم ولانهم ما صرحوا بنسبته الى الزنا   قال واذا زنا الذمي فقال عندي هذا حلال لم يدرأ
عنه الحد لانا علمنا بكذبه فان الزنا حرام في الاديان كلها ولانا ما اعطيناهم الذمة على استحلال الزنا بخلاف شرب الخمر فكذلك معروف من اصل
اعتقادهم واما استحلال الزنا يومئهم فيما يعتقدون كاستحلال الربا وقد بينا انهم ممنوعون من الربا ولا يعتبر استحلالهم لذلك فكذلك الزنا
قال واذا شهد اربعة من اهل الذمة على ذمي انه زنا بهذه المسلمة فشهادتهم باطلة لانه لا شهادة للذمي على المسلمة فكانوا قاذفين لها فيحدون
حد القذف وتبطل شهادتهم على الرجل اما لاقامة حد القذف عليهم او لان الزنا لا يتصور بدون المحل ولم تثبت بشهادتهم كون المسلمة محلا لذلك
قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه سواء كان عالما بذلك او غير عالم في قول ابي حنيفة ولكنه يوجع عقوبة اذا كان
عالما بذلك وعند ابي يوسف ومحمد ان كان عالما بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم وكل امرأة اذا كانت ذات زوج او محرمة عليه على
التأبيد وجه قولهما ان هذا فعل زنا قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم كما في قوله تعالى انه كان فاحشة والفاحشة اسم الزنا وفي
حديث البراء بن عازب رضي الله عنه مر بي خالي ابو بردة بن نيار ومعه لواء فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح منكوحة
ابيه وامرني ان اقتله والدليل عليه ان العقد لا يتصور انعقاده بدون المحل ومحل النكاح هو الحل لانه مشروع لملك الحل كالحرمة على الكل
لا يكون محلا للحل فاذا لم ينعقد العقد لا يحل لانه لم يصادف محله فكان لغوا كما يلغوا اضافة النكاح الى الذكور والبيع الى الميتة والدم
والدليل عليه ان العقد المنعقد لو ارتفع بالطلاق قبل الدخول لم يبق شبهة مسقطة للحد والذي لم ينعقد اصلا اولى   وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فمع الحكم ببطلان
النكاح اسقط الحد به فهو دليل على ان صورة العقد مسقط للحد وان كان باطلا شرعا واختلف عمر وعلي رضي الله عنهما في المعتدة اذا تزوجت
بزوج اخر ودخل بها الزوج فقال علي رضي الله عنه المهر لها وقال عمر رضي الله عنه لبيت المال فهذا اتفاق منهما على سقوط الحد لان هذا
الفعل ليس بزنا لغة لما بينا ان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد وهم لا يعرفون الحل والحرمة شرعا فعرفنا ان الوطء المرتب على
عقد لا يكون زنا لغة وكذلك شرعا لان هذا الفعل كان حلالا في شريعة من قبلنا والزنا ما كان حلالا قط وكذلك اهل الذمة يقرون على هذا
ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه وكذلك لا ينسب اولادهم الى اولاد الزنا فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا وحد الزنا لا يجب بغير الزنا لانه لو
وجب انما يجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحدود ثم هذا العقد مضاف الى محله في الحل لان المرأة بصفة الانوثة محل للنكاح ولكن امتنع ثبوت
حكمه في حقه لما بين الحل والحرمة من المنافاة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد كما لو اشترى جارية بخمر فان الخمر عندنا ليس بمال ولكن لما كانت
مالا في حق اهل الذمة جعل ذلك معتبرا في حق انعقاد العقد به فهذه التي هي محل في حق غيره من المسلمين لان يعتبر ذلك في ايراث الشبهة في حقه
اولى والدليل عليه ملك اليمين فانه من امته التي هي اخته من الرضاع لا يلزمه الحد والنكاح في كونه مشروعا للحل اقوى من ملك اليمين ثم ملك اليمين
في محل لا يوجب الحل بحال يصير شبهة في اسقاط الحد فعقد النكاح اولى وشبهة العقد انما يعتبر بعد العقد لا بعد الرفع والطلاق رافع للعقد وقد بينا
ان اسم الفاحشة لا يختص بالزنا بل هو اسم لجميع ما هو حرام قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وتأويل حديث ابي بردة بن نيار ان
الرجل استحل ذلك الفعل وكان مرتدا الا ترى انه قال وامرني ان اخمس ماله   قال رجل تزوج امرأة فزفت اليه اخرى فوطئها لا حد عليه لانه
وطء بشبهة وفيه قضاء علي رضي الله عنه بسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ولا حد على قاذفه لانه وطء وطئا حراما غير مملوك له وذلك مسقط
احصانه الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه ولكنا نقول
لما تبين الامر بخلاف الظاهر فانما يبقى اعتبار الظاهر في ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد قال ولو فجر بامرأة وقال
حسبتها امرأتي فعليه الحد لان الحسبان والظن ليس بدليل شرعي له ان يعتمد في الاقدام على الوطء بخلاف الزفاف وخبر المخبر انها امرأته دليل
يجوز اعتماده في الاقدام على الوطء فيكون مورثا شبهة   قال رجل زنا بامرأة ثم قال اشتريتها شراء فاسدا او على ان للبائع فيه خيارا او ادعى
على صدقة او هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درئ الحد عنه لان ما ادعاه لو كان ثابتا لكان مسقطا للحد عنه فكذلك اذا ادعى ذلك
كما لو ادعى نكاحا او شراء صحيحا وهذا لانه لو اقام على ذلك شاهدا او استحلف مولى الامة فأبى ان يحلف يدرأ الحد عنه لان انعقاد السبب تثبت
شبهة وان امتنع ثبوت الحكم لمانع فكذلك اذا قال لا تسعه الا انه متى آل الامر الى الخصومة والاستحلاف سقط حد الزنا وكذلك لو شهد عليه الشهود
بالزنا وشهدوا انه اقر بذلك فقال اشتريت الجارية ثم ادعى عند القاضي هبة او بيعا درئ الحد عنه لما قلنا   قال ومن وطئ جارية له
شقص فيها لا حد عليه وان كان يعلم حرمتها عليه لان ملكه فيها كان مبيحا للوطء فوجود جزء منها يكون مسقطا للحد الا ترى انه لو جاءت بولد
فادعى نسبه ثبت النسب منه وصارت هي ام ولد له فكيف يلزمه الحد بمثل هذا الفعل ولكن عليه حصة شريكه من العقر اذا لم تلد   قال ومن

اعتق

اعتق امة بينه وبين اخر وهو معسر فقضى عليها بالسعاية لشريكه فوطئها الشريك فلا حد عليه بمنزلة المكاتبة وان كان المعتق موسرا فوطئها
الاخر قبل ان يضمن شريكه فلا حد عليه لانه يملك نصفها ولو ضمن شريكه ثم وطئها المعتق فلا حد عليه لانه يستسعيها فيما ضمن فتكون كالمكاتبة له
وان وطئها الشريك بعد ما ضمن شريكه فعليه الحد لانها مكاتبة غيره زعم بعض المتأخرين ان هذا قول ابي حنيفة فاما عندهما يجب الحد على
واطئها المعتق والساكت فيه سواء بناء على اصلهما ان العتق لا يتجزى ولكن الاصح ان هذا قولهم جميعا لان الاخبار متعارضة في تجزي العتق وبين الصحابة
فيه اختلاف ظاهر فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد ولكن يسقط به احصان الواطئ حتى لا يحد قاذفه لانه وطئ وطئا غير مملوك فان ثبوت ملك
الواطئ باعتبار كمال ملك الرقبة وذلك غير موجود   قال رجل طلق امرأته ثلاثا او خالعها ثم وقع عليها في عدتها فان قال ظننت انها تحل لي
فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام فعليه الحد في الاصل او طلقها واحدة والمراد الخلع فاما ما يكون بلفظ البينونة فقد ذكر بعد هذا
لا حد عليه على كل حال والمعنى ان بعد الخلع والطلقات الثلث هي معتدته وسبب العدة له عليها ملك اليد وقد بينا ان ملك اليد معتبر في
الاشياء فان اشتبه عليه سقط الحد والا فلا فان قيل بين الناس اختلاف في من طلق امرأته ثلاثا جملة هل يقع الثلاث ام لا فينبغي ان يصير شبهة
في اسقاط الحد قلنا هذا اختلاف غير معتبر به حتى لا يسع القاضي ان يقضي به ولو قضى لا ينفذ قضاؤه ارايت لو وطئها بعد انقضاء العدة
اكان يسقط الحد بقول من يقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع شيء وكذلك لو اعتق ام ولده ثم وطئها في العدة لانها معتدته عن فراش صحيح بعد
زوال الملك كالمطلقة ثلاثا والمختلعة ولا حد على قاذفه في الوجهين لارتكابه وطئا حراما غير مملوك   قال واذا حرمت المرأة على زوجها بردة
او بمطاوعتها لابنه او جماعه مع امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام ففي القياس انه يلزمه الحد لان ارتفاع النكاح بهذه الاسباب ابلغ منه
بالخلع الا ترى انها صارت محرمة على التأبيد ولكنه استحسن فدرأ عنه الحد لان العلماء مختلفون في حدتها ومنهم من يقول لا يتوقف زوال الملك
بالردة على انقضاء العدة وكذلك يختلفون في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام ومن لا يثبت ذلك يعتمد ظاهر قوله عليه السلام لا يحرم الحلال
الحرام وهذا اختلاف ظاهر لو قضى به القاضي نفذ قضاؤه فيصير شبهة في درء الحد وكذلك ان اباتها بقوله انت خلية او برية او بائن او بتة او
حرام وقال اردت بذلك ثلاث تطليقات ثم جامعها وقال علمت انها علي حرام فلا حد عليه لان بين الصحابة رضي الله عنهم واهل العلم في هذا
اختلاف ظاهر وكان عمر رضي الله عنه يقول هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة حكمية في درء الحد وكذلك لو قال امرك بيدك فطلقت نفسها
ثلاثا والزوج ينوي ذلك لان عمر وابن مسعود رضي الله عنهما قالا في ذلك هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد والحاصل ان الشبهة
الحكمية مسقطة في حق من يعلم بالحرمة او لا يعلم كالاب اذا وطئ جارية ابنه وشبهة الاشتباه تكون معتبرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه
عليه   قال وان شهد الشهود انه زنا بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه لان شهادتهم عليها غير معتبرة واذا لم يعرفوها والزنا من الرجل
بدون المحل لا يتحقق ولان من الجائز ان تلك المرأة التي رأوها يفعل بها زوجته او امته وهم لا يعرفون فانهم لا يفصلون بين زوجته وامته الا
بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان قال المشهود عليه التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم لم يحد ايضا لان الشهادة
قد بطلت حين لم يثبتوا الشهادة فهذه اللفظة منه ليس باقرار بالزنا ولو كان اقرارا فحد الزنا لا يقام بالاقرار وان اقر بالزنا بامرأة غير معروفة
فعليه الحد اذا اقر اربع مرات لان الانسان يعرف زوجته وامته ويعلم ان فعله بها لا يكون زنا فلما اقر بالزنا فهذا تصريح منه بفعل الزنا في
محله فانه لا ملك في تلك المرأة فيقام الحد عليه لذلك   قال اربعة غير عدول شهدوا على رجل بالزنا فلا حد عليه ولا عليهم فاما عليه
فلان ظهور الزنا لا يكون الا بعد قبول شهادتهم وشهادة الفساق غير مقبولة لانا امرنا فيها بالتوقف بالنص واما عليهم فلا يقام الحد
عندنا خلافا للشافعي وهذا بناء على ان الفاسق له شهادة عندنا حتى ان القاضي لو قضى بشهادته نفذ قضاؤه فيكون كلامهم شهادة مانعة
من وجوب الحد عليهم وعند الشافعي ليس للفاسق شهادة وهي مسألة كتاب الشهادات وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق
على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا لان الله تعالى قال فان لم يأتوا باربعة شهداء وهذا قد اتى باربعة شهداء وان لم يكن شهادتهم
مقبولة فلا يلزمه الحد لانعدام الشرط وعند الشافعي لا شهادة عليهم لهم بل يجب الحد عليهم وعلى القاذف بقذفه وان كانوا عميانا او محدودين
في قذف او عبيدا حدوا جميعا لان العبيد لا شهادة له فكان كلامهم قذفا في الاصل والمحدود في القذف ليس له شهادة الاداء الا ان الشرع
ابطل شهادته وحكم بكذبه والعميان لا شهادة لهم في الزنا لان الشهادة على الزنا لا يكون الا بعد الرؤية كالميل في المكحلة وليس للاعمى هذه الآلة
فكان كلامهم قذفا في الاصل ولو كان الشهود اربعة احدهم زوج المشهود عليها بالزنا فهذه الشهادة يقبل عندنا خلافا للشافعي وقد بينا المسألة
في باب اللعان فان كانت المسلمة كفارا او الزوج مسلم فلا شهادة للكفار على المسلمة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج امرأته لانه قذفها وقذف
الزوج موجب للعان   قال وان جاء شهود الزنا فشهدوا انه متفرقين في مجالس مختلفة لم يقبل شهادتهم وحدوا حد القذف عندنا وقال
الشافعي يقبل شهادتهم ويقام الحد على المشهود عليه واعتبر هذا بالشهادة على سائر الحقوق وان اختلاف المجالس لا يمنع العمل بالشهادة في

من الحقوق وما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات فيه سواء فكذلك الزنا وهذا لان الثابت بالنص عدد الاربعة في الشهود فاشتراط اتحاد المجلس يكون زيادة وحجتنا في ذلك ما روينا ان الثلاثة لما شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا بين يدي عمر رضي الله عنه واستم زياد اقام الحد على الثلاثة ولم ينتظر مجيء رابع ليشهد عليه بالزنا فلو كان اختلاف المجلس غير مؤثر في هذه الشهادة لانتظر مجيء رابع ليدرأ به الحد عن الثلاثة وفي الكتاب ذكر عن الشعبي رحمه الله قال لو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى حددتهم والمعنى فيه ان الشهادة على الزنا قذف في الحقيقة ولكن بكمال العدد يتغير حكمها فيصير حجة للحد فيخرج من ان يكون قذفا به وفي مثل هذا المعنى يعتمد وجوده في المجلس كالقبول مع الايجاب فان الايجاب ليس بعقد فاذا انضم اليه القبول يصير عقدا فيعتبر وجود القبول في المجلس ليصير الايجاب به عقدا وهذا لان كلامهم من حيث انه قذف متفرق ومن حيث انه كشيء واحد ولاتحاد المجلس تأثير في جمع ما تفرق من الكلام فاذا كان المجلس واحدا جعل كلامهم كشيء واحد بخلاف ما اذا تفرقت المجالس وان كانوا في مقعد واحد على باب القاضي فقاموا الى القاضي واحد بعد واحد وشهدوا عليه بالزنا ففي القياس لا تقبل شهادتهم ايضا وهو رواية عن محمد لان اتحاد المجلس بهذا لا يحصل انما يحصل بان يجلسوا جميعا بين يدي القاضي فيشهد واحد بعد واحد ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة هنا لان الشهادات اجتمعت في مجلس واحد وهذا من القاضي مبالغة في الاحتياط لينظر انهم هل يتفقون على لفظ واحد ان لو يسمع بعضهم كلام بعض فلا يوجب ذلك قدحا في شهادتهم فانا لو اعتبرنا هذا المقدار من التفريق وجب اعتبار تفريق الاداء وان جلسوا جميعا بين يدي القاضي ولا يتصور اداؤهم جملة لان القاضي لا يتمكن من سماع كلام الجماعة فان قال الاثنان زنى بها في دار فلان اخر فقد بينا ان هذه الشهادة لا تقبل في ايجاب الحد على المشهود عليه ولكن لا حد على الشهود لاجتماع الاربعة على الشهادة بالزنا عليها قال واذا شهد اربعة نصارى على نصرانيين بالزنا فقضى القاضي بشهادتهم ثم اسلم الرجل او المرأة قال يبطل الحد عنهما جميعا لما بينا ان الطارئ من اسلام احدهما بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقارن للسبب ولان شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم فيصير ذلك شبهة في حق الاخر وان اسلم الشهود بعد ذلك لم ينفع اعادوا الشهادة او لم يعيدوها لان الحاكم ابطلها حين درأ الحد عنهما فلا يعمل بها بعد ذلك وان كانوا شهدوا على رجلين وامرأتين بالزنا فلما حكم الحاكم بذلك اسلم احد الرجلين او احدى المرأتين درأ الحد عن الذي اسلم وعن صاحبه ولا يدرأ عن الاخرين لانهم شهدوا على كل رجل وامرأة كانهم تفردوا بالشهادة عليهما

باب الاقرار بالزنا

قال حد الزنا لا يقام بالاقرار الا بالاقرار اربع مرات في اربع مجالس عندنا وقال الشافعي يقام بالاقرار مرة واحدة وقال ابن ابي ليلى يقام بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد احتج الشافعي بقوله عليه السلام واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها وان الغامدية لما جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت اني حبلى من الزنا قال اذهبي حتى تضعي حملك ثم رجمها ولم يشترط الاقارير الاربعة واعتبر هذا الحد بسائر الحقوق فيما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات يثبت بالاقرار الواحد وبهذا يتبين ان الاقرار غير معتبر بالشهادة في العدد فان في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذا الموضع العدالة تعتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذه المواضع المذكورة ولفظة الشهادة تعتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذا الموضع المذكورة ولفظة الشهادة تعتبر في الشهادة دون الاقرار وهذا لان زيادة طمأنينة القلب تحصل بزيادة العدد ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد وفي احد الحكمين وهو سقوط الحد عن القاذف يعتبر عدد الاربعة في الشهادة دون الاقرار فكذلك في الحكم الاخر وابن ابي ليلى اعتبر الاقرار بالشهادة بعلة انه احد حجتي الزنا ثم في الشهادة المعتبر عدد الاربعة دون اختلاف المجالس فكذلك في الاقرار وحجتنا فيه حديث ماعز بن مالك فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك وفي رواية قال في كل مرة الاخر زنى فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك وفي رواية قال في كل مرة ان هذا الاخر زنى فلما كان في المرة الرابعة قال عليه السلام الان اقررت اربعا فبمن زنيت وفي رواية الان شهدت على نفسك اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها او لمستها لعلك باشرتها فابى الا ان يقر بصريح الزنا فقال ابك جنون ثم في رواية بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصانه فوجده محصنا فامر برجمه فالنبي عليه السلام اعرض في المرة الاولى والثانية والثالثة وحكم بالرابعة ولو لم يكن العدد من شرطه لما وسعه الاعراض عنه على ما قال عليه السلام لا ينبغي لوالي عهد حد من حدود الله الا ان يقيمه الا ترى انه في المرة الرابعة لما تمت الحجة كيف لم يعرض عنه ولكنه قال الان اقررت اربعا فاشتغل بطلب ما يدرأ عنه الحد حين لم يجد ذلك اشتغل بالاقامة ولا يقال انما اعرض عنه لانه احس به الجنون على ما روي انه جاء اشعث اغبر اصفر الراس والى هذا اشار بقوله ابك جنون ثم لما رأى اصراره على كلام واحد علم انه ليس به جنون وهذا لانه قال الان اقررت اربعا وفي هذا تنصيص ان الاعراض قبل هذا لعدم تمام الحجة وقد جاء تائبا مستعملا مؤثرا

عقوبة الدنيا على الاخرة فكيف يكون هذا دليل جنونه وانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لطلب ما يدرأ به عنه الحد كما لقن المقر بالسرقة بقوله اسرقت ما اخاله سرق قل لا وانما كان اشعث اغبر في طمرين لا يؤبه به لو اقسم على الله لابره لانه جاء من البادية وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا علامة الابرار فقال رب اشعث اغبر ذي طمرين لا يؤبه به لو اقسم على الله لابره وابن ابي ليلى يستدل بهذا الحديث ايضا ويقول المذكور عدد الاقارير دون اختلاف المجالس لكنا نقول قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع وفي رواية قال اذهب ويلك فاستغفر الله فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضي حتى اذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس والذي روي انه اقر خمس مرات فانما يحمل ذلك على اقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا كاقرار واحد وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قال له اقررت ثلاث مرات فان اقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي رواية قال اياك والرابعة فانها موجبة وعن بريدة الاسلمي قال كنا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث ان ماعزا لو جلس في بيته بعدما اقر ثلاثا ما بعث رسول الله اليه من يرجمه فدل ان اشتراط عدد الاقارير كان معروفا فيما بينهم وان الذي روي من قوله فان اعترفت فارجمها الاعتراف المعروف في الزنا وهو اربع مرات والصحيح من حديث الغامدية انها اقرت اربع مرات هكذا ذكر الطحاوي الا ان الاقارير منها كانت في اوقات مختلفة قبل الوضع وبعد الوضع وبعدما طهرت من نفاسها وبعدما فطمت ولدها ولهذا لم ينقل الرواة نقل الاقارير الاربعة في حديثها والذي روي انها قالت اتريد ان ترددني كما رددت ماعزا لا يكاد يصح لان ترديد ماعز كان بحضرة جماعة فلا يظن بها انها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض على رسول الله فيما هو حكم شرعي واعتبار هذا الحد بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر في هذه الاشياء وذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وموجب للعان اذا حصل من الزوج في زوجته بخلاف سائر الافعال وشرط في احدى الحجتين من العدد ما لا يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الاقرار الا ان العدد في الشهادة يثبت حقيقة وحكما بدون اختلاف المجالس ولا يثبت في الاقرار حكما الا باختلاف المجالس لان الكلام اذا تكرر من واحد في مجلس واحد يتطرق الاتحاد فيحمل كلامه على التكرار وانما يتحقق معنى التغليظ باشتراط العدد في الاقرار الموجب للحد لا في الاقرار المسقط للحد عن القاذف الا ترى ان التصريح بلفظ الزنا يعتبر في الاقرار الموجب للحد دون المسقط وكذلك عدد الاربعة بالشهود حتى اذا قذف امرأة بالزنا فشهد عليها شاهدان انها اقرت على الزنا سقط الحد عن القاذف فاذا عرفنا هذا فنقول ينبغي للامام ان يرد المعترف بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة لحديث عمر رضي الله عنه قال اطردوا المعترفين بالزنا فاذا عاد الرابعة فاقم عليه وسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وبمن زنى واين زنى لما بينا في الشهادة الا ان في الاقرار لا يسأله متى زنى لان حد الزنا يقام بالاقرار بعد التقادم وانما لا يقام بالبينة فلهذا يسأل الشهود متى زنى ولا يسأل المقر عن ذلك فاذا وصفه ذكر قال له فلعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا في معنى تلقين الرجوع والامام مندوب اليه وهو نظير ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز لعلك قبلتها فان قال لا نظر في عقله وسأل اهله عن ذلك كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ماعز وهذا لان الاقرار من المجنون والمعتوه هدر والعقل ليس بعيان فلا بد للامام من ان يتأمل في ذلك فاذا علم انه صحيح العقل يسأله عن الاحصان لان ما يلزمه من العقوبة يختلف باحصانه وعدم احصانه ويسأله عن ذلك حتى يقر به ولا يطول الامر على القاضي في طلب البينة على احصانه فاذا قال احصنت يستفسر في ذلك لان اسم الاحصان ينطلق على خصال جمة وربما لا يعرف المقر بعضها فيسأله لهذا فاذا فسر امر برجمه فاذا رجم غسل وكفن وحنط وصلي عليه لانه مقتول بحق فيصنع به ما يصنع بالموتى وقد سأل اولياء رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غسل ماعز وكفنه والصلاة عليه فقال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وزاد في رواية ولقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الحجاز لوسعتهم وفي رواية اهل الارض ولقد رأيته ينغمس في انهار الجنة وروي ان رجلين من الصحابة قالا فيما بينهما ما ركب نفسه حتى جاء واعترف فقتل كما يقتل الكلاب فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكت حتى مر بحمار ميت فقال للرجلين انزلا فكلا فقالا انأكل الميتة فقال لما نلتما من عرض اخيكما اعظم من هذا قال فان امر برجمه فرجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا وقال ابن ابي ليلى لا يدرأ الحد عنه برجوعه وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص لله تعالى واعتبر هذا بالاقرار بسائر الحقوق ما لا يندرئ بالشبهات كالقصاص وحد القذف فالرجوع عن الاقرار باطل في هذا كله وحجتنا فيه ان النبي عليه السلام لقن المقر بالسرقة الرجوع فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك وقد روينا ان ماعزا لما هرب اتبعه المسلمون ثم رجموه فقال النبي عليه السلام هلا خليتم سبيله ولان الرجوع بعد الاقرار انما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الاقرار ويكذبه في الرجوع وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة قال واذا اقر اربع مرات في اربع مجالس وانكر الاحصان وشهد الشهود عليه بالاحصان رجم لان الثابت بالبينة اقوى من الثابت بالاقرار ولا يجعل انكاره للاحصان رجوعا منه عن الاقرار بالزنا لان الزنا يوجب العقوبة مع انكار الاحصان وانما انكر الاحصان وقد ثبت بالبينة ولو اقر بالاحصان بعدما انكره كان يرجم فكذلك اذا ثبت بالبينة قال فان كانت المرأة التي اقر انه زنى بها غائبة فالقياس ان لا يحد

الرجل لانها لو حضرت وربما ادعت شبهة النكاح سقط الحد عنها فلا يقام الحد في موضع الشبهة وقيل هذا قياس قول ابي حنيفة الاول على ما
سبيله السرقة اذا قال سرقت انا وفلان وفي الاستحسان يقام عليه الحد لحديث ماعز فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحضر المراة التي اقر انه
زنا بها ولكن امر برجمه وفي حديث العسيف اوجب الجلد على ابن الرجل قال واغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها فدل ان حضور المراة ليس
بشرط وهذا لان ما من شبهة تدعيه فاذا حضرت فالرجل متمكن من ان يدعي ذلك وتوهم ان تحضر فتدعي الشبهة كتوهم ان يرجع المقر عن اقراره وكما
لا يمنع اقامة الحد على المقر لتوهم ان يرجع عنه فكذلك هنا وان جاءت المراة بعدما حد الرجل فادعت النكاح وطلبت المراة المهر ومتى تدعي
ابطال حكم الحاكم بقولها قال وان اربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا واقر هو مرة واحدة فلا حد عليه لعدم الحجة فان الحجة الاقرار اربعا او شهادة
اربعة عدول ولا بقاء الاقرار مرة واحدة تعديل منه للشهود وتصديق لهم فينبغي ان يلتحقوا بالعدول في هذه الحادثة لان القاضي لا يقضي بشهادة
الفساق وان رضي بهم الخصم فان التوقف في خبر الفاسق واجب بالنص فلا يتغير ذلك باقراره ثم اقراره مانع من القضاء بالشهادة لان
الشهادة تكون حجة على المنكر دون المقر الا انه اذا كان الشهود عدولا لم يذكر في الاصل وذكر في غير رواية الاصول انه لا يحد عند ابي يوسف
لان الشهادة قد بطلت باقراره لكونه حجة على المنكر لا على المقر وعند محمد يحد لان الشهود عدول فاستغنى عن اقراره فبطل الاقرار ولا يعتبر
ذلك في شهادة الفساق فان قيل فما لا اقرار الواحد اذا لم يثبت الحديث الوطي الموجب للمهر فينبغي ان لا يعتبر ذلك وان كرر الاقرار لانه
قصد بذلك اسقاط المهر عن نفسه فيكون متهما وهو نظير ما قلتم في الاستدلال على قول ابي يوسف في السرقة انه اذا لم يثبت الحد بالاقرار
الواحد يجب الضمان فلا يعتبر اقراره بعد ذلك في اسقاط الضمان وهذا لان حكم اقراره بالزنا مراعى من حيث ان الزنا غير موجب للمهر ان تم
عدد الاربعة تبين انه لم يكن موجبا للمهر وان لم يتم كان موجبا للمهر كما انه بعد تمام الاقرار ان رجع تبين ان الواجب لم يكن عليه الحد بخلاف السرقة
فان نفس الاخذ موجب للضمان وانما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى على ما بيناه   قال واذا وطي الرجل جارية ولده او ولد ولده وقال
علمت انها علي حرام لا حد للشبهة الحكمية التي تمكنت في الموطوءة بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك كيف يجب الحد ولو جاءت بولد فادعاه ثبت
النسب وصارت ام ولد له وان وطي جارية احد ابويه او امراته فان قال علمت انها علي حرام فعليهما الحد لانه لا شبهة هنا في
المحل وانما الشبهة من حيث الاشتباه فلا يكون معتبرا اذا لم يشتبه فاما اذا قال ظننت انها تحل لي وقالت الجارية ظننت انه يحل لي لا حد
على واحد منهما لان شبهة الاشتباه عند الاشتباه معتبر بالشبهة الحكمية ودعوى الشبهة الحكمية من احدهما تسقط الحد عنهما فكذلك شبهة الاشتباه
وحكي عن ابن ابي ليلى انه اتي برجل انه وطي جارية ابنه فقال له اوطئتها قال نعم حتى قال اربع مرات فامر بضربه الحد وخطاه ابو حنيفة
رحمه الله في هذا القضاء من اوجه احدها انه اقر بمطلق الوطي لا يلزمه الحد ما لم يصرح بالزنا والثاني وهو ان القاضي ليس له ان يطلب الاقرار
في هذا الباب بقوله فعلت بل هو مندوب الى تلقين الرجوع والثالث انه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي ان يسأله عن ذلك وليس له ان يقيم الحد
ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل وقال لو وطي جارية اخيه او اخته وقال ظننت انها تحل لي فعليه الحد لان هذا ليس بموضع الاشتباه وان كل واحد
منهما في حكم الملك كالاجنبي قال في الاصل ولم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع ثم اجاب وقال الا ترى انه لو زنا باخته
او عمته حد وتدليس ولو سرق من واحد منهما لم اقطعه وانما اشار بهذا الى ان في حد السرقة لا بد من هتك الحرز والاحراز لا يتم في حق ذي الرحم المحرم لان
بعضهم يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمة بخلاف حد الزنا   قال وان وطي جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا
لم يثبت دعوى الجد اذا كذبه ولده لان ثبوت ولاية الاستيلاد ينبني على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ذلك في حياة الاب ولكن ان اقر له الولد
عتق باقراره لانه زعم ثبات النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطي قد ثبت وانما
سقط الحد للشبهة الحكمية وهو الابن فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حياة الاب
وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق
به انما حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب بمنزلة الاب في الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد   قال واذا شهد الشهود على
زنا متقادم لم احد بشهادتهم المشهود عليه وقد بينا هذا قال ولا احدهم ايضا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون
كلامهم قذفا وان اقر بزنا متقادم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا وقال زفر لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر
فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ولكنا نستدل بلفظ
الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله وهذا قد ابدى صفحته باقراره وان كان بعد تقادم العهد والمعنى فيه ان التهمة تنتفي عن اقراره
وان كان بعد تقادم العهد فان الانسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره بل انما يحمله على ذلك الندم وايثار عقوبة الدنيا على
الاخرة بخلاف الشهادة بعد تقادم العهد هناك تتمكن الشبهة من حيث العداوة وحملهم على اداء الشهادة بعدما اختاروا الستر عليه فهنا كان

اصراره يمنعه عن الاقرار ثم الندم والتوبة حمله على الاقرار بعد تقادم العهد قال والذمي والعبد في الاقرار كالحر المسلم اما الذمي فحرمة الزنا ثابتة في
حقه كما هو ثابت في حق المسلم واقراره يلزمه ايضا كاقرار المسلم فاما العبد فاقراره بالزنا يصح عندنا موجبا للحد عليه مأذونا كان او محجورا
وعند زفر لا يصح لان نفسه مملوكة عندنا للمولى وفي هذا الاقرار يتضرر المولى من حيث انه ينتقص ماليته باقامة الحد عليه ولهذا لا يصح اقراره على نفسه
بالمال اذا كان محجورا فكذلك بالحد ولكنا نقول ما لا يملكه المولى على عبده فالعبد فيه بمنزلة الحر كالطلاق زوجته بخلاف الاقرار بالمال فان المولى
ثم وجوب العقوبة على العبد باعتبار انه نفس مخاطبة وفيما يرجع الى ذلك هو كالحر ولانه غير متهم بالاقرار على نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة لان
ما يلحقه من الضرر في ذلك فوق ما يلحق المولى فلانتفاء التهمة حكمنا بصحة اقراره بخلاف الاقرار بالمال قال ولا يؤاخذ الاخرس بحد الزنا ولا بشيء من
الحدود وان اقر به باشارة او كتابة او شهدت عليه شهود وعند الشافعي يؤخذ بذلك لانه نفس مخاطبة فهو كالاعمى او اقطع اليدين والرجلين ولكنا
نقول اذا اقر بالاشارة فالاشارة بدل عن العبارة والحد لا يقام بالبدل ولانه لا بد من التصريح بلفظة الزنا في الاقرار وذلك لا يوجد في اشارة
الاخرس انما الذي يفهم من اشارته الوطي فلو اقر الناطق بهذه العبارة لا يلزمه الحد فكذلك الاخرس وكذلك ان كتب به لان الكتابة ممن نأى كالخطاب
قائمة مقام العبارة والحد لا يقام بمثله وكذلك ان شهدت الشهود عليه بذلك لانه لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة تدرا الحد مع تمكن الشبهة ولا
يوجد مثله في الاعمى والاقطع لتمكنه من اظهار دعوى الشبهة والذي يجن ويفيق في حال افاقته كغيره من الاصحاء يلزمه الحد بالزنا في هذه الحالة
سواء اقر به او شهد عليه الشهود وان قال زنيت في حال جنوني لم يحد لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة وهو ليس باهل لالتزام العقوبة في
تلك الحالة لكونه مرفوع القلم عنه فهو كالبالغ اذا قال زنيت وانا صبي وكذلك الذي اسلم اذا اقر انه كان زنى في دار الحرب لانه اضاف الاقرار
الى حالة ينافي التزام العقوبة بالزنا في تلك الحالة فانه لم يكن تحت ولاية الامام ولا كان ملتزما احكام الاسلام قال واذا اقر المجبوب بالزنا لم يحد
لانا نتيقن بكذبه فالمجبوب ليس له آلة الزنا فانما نتيقن بكذبه اكثر ما نتيقن برجوعه عن الاقرار   قال وان اقر الخصي بالزنا او شهدت به عليه الشهود
حد لان للخصي آلة الزنا وانما ينعدم بالخصي الانزال وذلك غير معتبر في اتمام فعل الزنا فيلزمه من الحد ما يلزم الفحل وان قال العبد بعد عتقه
زنيت وانا عبد لزمه حد العبيد لانه مصدق في اضافة الاقرار الى حالة الرق لكونها حالة معهودة فيه ثم الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ولو
عايناه زنا في حالة رقه ثم عتق كان عليه حد العبيد فهذا مثله   قال واذا اقر الرجل اربع مرات انه زنا بفلانة وقالت كذب ما زنا بي ولا اعرفه لم
يحد الرجل في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحد لحديث سهل بن سعد ان رجلا اقر بالزنا بامراة وانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الزنا فعلان من
الزانيين وفعل كل واحد منهما يظهر باقراره موجبا للحد عليه فانكارها لا يؤثر في اقراره واكثر ما فيه انه يمتنع بانكارها ظهور الزنا في حقها وذلك
لا يمنع وجوب الحد على الرجل كما لو كانت خاصمت ساكتة او غائبة وكما لو قالت زنا بي مستكرهة يجب الحد عليه وان لم يجب عليها وابو حنيفة رحمه الله
يقول فعل الزنا من الرجل لا يتصور بدون المحل وبانكارها انتفى في جانبها فينتفي في جانبه ايضا الا ترى انه لو انتفت صفة الزنا في جانبها بدعوى النكاح
سقط الحد عنهما فاذا انتفى اصل الفعل اولى وهذا لان القاضي لا يتمكن من القضاء عليه بالزنا بعينها لانه لم يثبت بذلك وبدون القضاء بالزنا لا يتمكن من
اقامة الحد وفي الغائبة قياس واستحسان والفصل المستحسن لا يدخل على طريقة القياس ثم سكوتها او استكراهها لا ينتفي الفعل في جانبها وبانكارها ينتفي
الا ترى ان من اقر لانسان بشيء وكذبه يبطل اقراره حتى لو صدقه بعد ذلك لم يصح ولو كان غائبا او حاضرا ساكتا لم يبطل به الاقرار حتى اذا صدقه عمل بتصديقه
وهذا بخلاف ما اذا قالت زنا بي مستكرهة لان المحلية واصل الفعل هناك ثابت في حقها وانما سقط احصانها به وحديث سهل بن سعد قد ضعفه
اهل الحديث ثم تأويل الحديث انها انكرت وطالبته بحد القذف فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقذفه اياها بالزنا لا باقراره بالزنا على نفسه
هذا لو اقرت امراة انه زنا بها فلان اربع مرات وانكر الرجل فهو على الخلاف الذي بينا في اقامة الحد عليها وكلام ابي حنيفة هنا اظهر لان المباشر للفعل هو
الرجل فلا يثبت اصل الفعل مع انكاره وان قال الرجل صدقت حدت المراة ولم يحد الرجل لانه بالتصديق مرة ما صار مقرا بالزنا مرة واحدة وقد بينا ان
بالاقرار الواحد لا يقام الحد   قال الحربي المستامن في دارنا اذا اقر بالزنا اربع مرات لا يقام عليه الحد وقد بينا الخلاف في هذا في البينة فكذلك في
الاقرار وعلل في الاصل فقال بانه لا يؤخذ منه الخراج معناه ان الجزية تؤخذ من اهل الذمة حقا لله تعالى ثم لا تؤخذ من المستامن عرفنا انه لا يجري عليه
ما هو خالص حق الله تعالى   قال واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فزنا هناك بمسلمة او ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فاقر به لم يحد وهذا عندنا
وقال الشافعي يحد لان المسلم ملتزم لاحكام الاسلام حيث ما كان ومن احكام الاسلام وجوب الحد على الزاني ولكنا نستدل بقوله عليه السلام لا تقام الحدود
في دار الحرب والمعنى فيه ان الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء وقد انعدم المستوفي لانه لا يملك اقامة الحد على نفسه وليس للامام ولاية على من في دار
الحرب ليقيم عليه الحد فامتنع الوجوب لامتناع المستوفي واذا لم يجب عليه حين باشر السبب لا يجب بعد ذلك وان خرج الى دارنا قال وكذلك سرية
من المسلمين دخلت في دار الحرب فزنا رجل منهم هناك او كانوا عسكرا لان امير العسكر والسرية انما فوض اليه تدبير الحرب وما فوض اليه اقامة الحدود واما
اذا كان الخليفة غزا بنفسه او كان امير مصر يقيم الحدود على اهله فاذا غزى بجنده يقيم الحدود والقصاص في دار الحرب لان اهل جنده تحت ولايته

فمن ارتكب منهم منكرا موجبا للعقوبة يقيم عليه العقوبة كما يقيمها في دار الاسلام هذا اذا زنا في المعسكر اما اذا دخل دار الحرب وفعل ذلك خارجا
من العسكر لا يقيم عليه الحد بمنزلة المستامن في دار الحرب قال ولا حد على من زنا او شرب الخمر في معسكر اهل البغي منهم ولا من كان تاجرا من
اهل العدل اسيرا هو فيه لان يد امام اهل العدل لا تصل اليهم لمنعة اهل البغي وولايته في الاستيفا منقطعة لعصمتهم وقد بينا ان الوجوب
للاستيفا فاذا انعدم المستوفي منه امتنع الوجوب كما لو فعل ذلك في دار الحرب وان كان خروجه من دار الحرب او من عسكر اهل البغي بعد تطاول
المدة فلا اشكال في انه يدرا العقوبة اذا تطاولت المدة في حد الشرب سوا ان ثبت بالاقرار او بالبينة وفي حد الزنا اذا ثبت بالبينة
قال ويقام الحد على العبد اذا اقر بالزنا او بغيره مما يوجب الحد وان كان مولاه غايبا وكذلك القطع والقصاص لان الوجوب عليه باعتبار
النفسيه هو والحر سوا وابو حنيفه ومحمد يفرقان بين حجة البينة والاقرار باعتبار ان للمولى حق الطعن في البينة دون الاقرار وان الاقرار
موجب للحق بنفسه والبينة لا توجب الا بالقضاء وقد قررناه في الاباق قال واذا وجب على المريض حد من الحدود في زنا او شرب او سرقة
حبس حتى يبرا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه امر عليا باقامة حد على امة فراى بها اثر الدم فرجع ولم يقم عليها ولم ينكر ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما حمل هذا على اثر الدم كان نفاسا لا حيضا فان الحايض بمنزلة الصحيحة في اقامة الحد عليها والنفسا بمنزلة
المريضة ولانه لو اقام الحد على المريض ربما ينضم الم الجلد الى الم المرض فيؤدي الى الاتلاف والحد انما يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا والذي
روي ان النبي عليه السلام اقام الحد على مريض تاويله انه وقع الياس عن برءه واستحكم ذلك المرض على وجه يخاف منه التلف وعندنا في مثل هذا
يقام عليه الحد تطهيرا وهذا اذا لم يكن الحد رجما فاما الرجم يقام على المريض لان اتلاف نفسه هناك مستحق فلا يمتنع اقامته بسبب المرض قال
رجل ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقا عين رجل فانه يبدا بالقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العبد
مقدم في الاستيفا لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله تعالى يتعالى عن ذلك ثم اذا برا من ذلك اخرجه واقام عليه الحد القذف
لانه مستوجب بحق العباد فيقدم في الاستيفا على ما هو محض حق الله تعالى وهذا لان المقصود من اقامة حد القذف دفع العار عن المقذوف ولهذا
يبدا به قبل حد الزنا والشرب واذا برا من ذلك فهو بالخيار ان شا بدا بحد الزنا وان شا بدا بحد السرقة لان كل واحد منهما محض حق الله تعالى وهو ثابت
بنص يتلى ويجعل حد شرب الخمر اخرها لانه اضعف من حيث انه لا يتلى في القران وقد بينا ذلك وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرا ثم اقام الاخر
لانه والى اقامة هذه الحدود وربما يؤدي الى الاتلاف وقد بينا انه مامور باقامة الحد على وجه يكون زاجرا لا متلفا ولكنه يحبس لانه لو خلى
وربما يهرب فلا يتمكن من اقامة الحد الاخر عليه ويصير مضيعا للحد والامام منهي عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده وان كان محصنا اقتص منه
في العين وضربه حد القذف لما فيها من حق العباد ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها
نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنه والمعنى فيه ان في الحدود الواجبة لله المقصود هو الزجر واتم
ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد فلهذا رجمه ودرى عنه ما سوى ذلك الا انه يضمنه بالسرقة لان الضمان
قد وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقا لله ولم يوجد ذلك فلهذا يضمنه السرقة ويامره بايفائها من تركته قال
ولا يقام حد في مسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه من وهم تلويث المسجد ولان المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت
في المسجد بقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم ولكن القاضي يخرج من المسجد اذا اراد اقامة الحد بين يديه
كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الغامدية او يبعث امينا ليقام بحضرته كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ماعز قال
واذا زنا الرجل مرات وسرق مرات لا يقام عليه الا حد واحد لان مبنى الحدود على التداخل لما ان المقصود بها الزجر وذلك يحصل بحد واحد ولان
المقصود اظهار كذب القاذف لدفع العار عن المقذوف وذلك يحصل باقامة حد واحد ولان المغلب في حد القذف حق الله تعالى على ما بيناه
في بابه قال وليس على واطي البهيمة حد عندنا وبعض الناس من اوجب عليه الحد بحديث روي ان النبي عليه السلام قال من اتى البهيمة فاقتلوه
ولكن الحديث شاذ لا يثبت الحد بمثله ولو ثبت فتاويله في حق من استحل ذلك الفعل ثم ليس لهذا المحل حكم الفرج حتى لا يجب ستره والايلاج فيه
بمنزلة ادخال كوز او كوة ولهذا قلنا لا ينتقض طهارته بغسل الايلاج من غير انزال ولان الحد مشروع للزجر ولا يميل طبع العقلا الى اتيان البهيمة
فانها ليست بمشتهاة في حق بني ادم وقضاء الشهوة بها يكون من غلبة الشبق وفرط السفه كما يحصل قضاء الشهوة بالكف ولكنه يعزر لانه ارتكب
ما لا يحل له في الاصل نقل عن علي بن ابي طالب انه اتي برجل اتى بهيمة فلم يحده وامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وانما
انه فعل ذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية قال ولو قذف رجلا باتيان البهيمة فلا حد عليه لان القاذف انما يستوجب الحد اذا نسبه
الى فعل يلزمه الحد بمباشرته وذلك غير موجود هنا الا ترى انه لو قذفه بوطي الميتة او بتقبيل الحرام لا يجب الحد وكذلك اذا قذفه باتيان البهيمة قال
وان قذفه بعمل قوم لوط لم يحد الا ان يفصح بمعناه اذا قال يا لوطي لا حد عليه بالاتفاق لان نسبه الى نبي من انبيا الله فلا يكون هذا اللفظ صريحا في

القذف

القذف فاما اذا افصح بنسبته الى ذلك الفعل فعند ابي حنيفه يعزر ولا يحد لانه نسبه الى فعل لا يلزمه الحد بذلك الفعل عنده وعند ابي يوسف
ومحمد يلزمه حد القذف لانه نسبه الى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما قال ومن وطي امراة في نكاح فاسد ثم قذفه رجل لا حد عليه
لانه ارتكب وطيا حراما غير مملوك فيسقط به احصانه قال ولا ينبغي للقاضي ان يلقن الشهود ما يتم به شهادتهم في الحد ولانه مامور بالاحتيال
لدرا الحد لا لاقامته وفي هذا احتيال لاقامة الحد فلا يكون للقاضي ان يشتغل به قال وينبغي للقاضي اذا اشكل عليه الشي ان يسال من هو افقه
منه لا يسعه الا ذلك لقوله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وقال عليه السلام هلا سالوا اذا لم يعلموا فانما شفا العي السوال
ولانه مامور بالقضا بالحق ولا يتوصل الى ذلك فيما اشكل عليه الا بالسوال فلا يسعه الا ذلك فان اشار عليه ذلك الذي هو افقه منه في راي نفسه
بما هو خطا عند القاضي فعليه ان يقضي بما هو الصواب عنده انما كان من وجوه الكلام لانه مامور بشيها بالاجتهاد اذا كان مجتهدا في ذلك
ولا يحل للمجتهد ان يدع رايه براي غيره وان كان افقه منه حتى يتبين وجه الصواب في حادثة الانسان ويثبته على غيره وان كان افقه منه وان
وان ترك رايه وعمل براي من يقول ذلك الفقيه كان موسعا عليه ايضا لان هذا نوع اجتهاد منه كان عند تعارض الاقاويل ترجيح قول من هو افقه منه
نوع اجتهاد الا ترى ان القاضي اذا لم يكن مجتهدا واختلف الفقها في حادثة كان عليه ان ياخذ بقول من هو افقه عنده ويكون ذلك اجتهادا مثله وهنا
ايضا اذا عدم راي من هو افقه منه على راي نفسه كان ذلك نوع اجتهاد منه فكان موسعا عليه

باب الرجوع عن الشهادة

قال واذا شهد ثمانية نفر على رجل بالزنا كل اربعة يشهدون على الزنا بامراة على حدة فرجمه القاضي ثم رجع اربعة منهم عن الشهادة لم يضمنوا ولم يحدوا
لانه قد بقي على الشهادة اربعة منهم ولان ما يثبت عليه شهادة الاربعة والمعتبر في مسايل الرجوع بقا من بقي على الشهادة فان بقي على الشهادة من تقوم به
الحجة لم يضمن الراجعون شيا ولا يحدون ايضا لانه غير محصن في حق احد ما بقيت حجة تامة على زناه فان رجع واحد من الاخرين ايضا فعلى الراجعين ربع
ذلك القدر وليس بعضهم بالوجوب عليه اولى من البعض لانه قبل شهادتهم جميعا ويحدون حد القذف في قول ابي حنيفه وابي يوسف وفي قول محمد
لا يحدون وكذلك ان رجع الفريقان جميعا فعليهم ضمان الدية ويحدون عندهما ولا حد عليهم عند محمد لان كل اربعة اثبتوا بشهادتهم زنا اخر بالزنا
بزينب غير الزنا بعمرة ففي حق كل الفريق يجعل كان الفريق الاخر ثابتون على الشهادة في حكم سقوط الاحصان الا ترى ان شهود الزنا لو رجعوا او قذف
المرجوم انسان فلا حد على القاذف ويجعل في حقه كانهم ثابتون على الشهادة وكذلك لو شهد اربعة سوا هم انه كان زانيا بعد رجوعه لا يحدون
الا ان هذا المعنى لا يعتبر في سقوط ضمان بدل النفس لانه يؤدي الى اهدار الدم ويعتبر في امتناع وجوب الحد عليهم لان الحد يندري بالشبهات وابو
حنيفه وابو يوسف كالاهو في حق الرجل كالشاهدين عليه بالزنا واحد لان المقصود بهذه الشهادة اقامة الحد عليه ولا يقام الا حد واحد وان
تعدد فعل الزنا منه والدليل عليه ان في حكم الضمان جعلوا كالشاهدين بزنا واحد وانه لو رجع اثنان من كل فريق لا يضمنون شيا ايضا ولو لم
يجعلوا كذلك لضمنوا لان الباقي على الشهادة شاهدان انه زنا بامراة وشاهدان انه زنا بامراة اخرى والحجة لا تتم بهذا فعرفنا انهم جعلوا
كالشاهدين عليه بزنا واحد قال ولو شهدوا بذلك ثم رجع خمسة حدوا جميعا لهذا مثله وهذا لانهم اذا رجعوا جميعا فقد حكموا في حقهم بانه
محصن مقتول ظلما حين غرموا الدية فيبعد ان يقال لا يقام عليهم الحد من زعمهم انه عفيف وانهم قتلوه بغير حق قال وان شهد خمسة على
رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شي عليه لبقا حجة تامة فان رجع اخر غرما ربع الدية لان الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلثة
ارباع النفس ويحدان جميعا لانه لم يبق على الشهادة من تقوم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد فان قيل الاول منهما
حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان ولو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد قلنا لم يجب لانعدام السبب بل
لمانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لم يجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شي برجوعه وحده لو ثبت اصحابه
على الشهادة وهذا بعيد قال وقال ابو حنيفه اذا فعل الامام الذي ليس فوقه امام شيا مما هو الى السلطان فليس فيه عليه حد الا القصاص
والاموال فانه يوخذ بها لان استيفا الحد الى الامام ولا ولاية للامام على نفسه لان الشرع ما جعل من عليه نايبا عنه في الاستيفا
من نفسه فان اقامته بطريق الخزي والعقوبة ولا يفعل ذلك الانسان بنفسه ومن هو دونه نايبه لا يمكنه ان يقيم فانعدم المستوفي وفايدة الوجوب
الاستيفا فاذا انعدم المستوفي قلنا انه لا يجب والشافعي يقول يلزمه الحد ويجمع الصلحا من المسلمين على رجل ليقيم عليه ذلك الحد واهل الرابع يقولون
في هذه المسالة ويقولون انه بالزنا قد انعزل فكان زناه في وقت لا امام فيه ولو زنا في مكان الامام فيه وهو دار الحرب لا يلزمه الحد فكذلك اذا زنى
في زمان لا امام فيه وهذا قول باطل لما قلنا انه بالفسق لا ينعزل فاما القصاص والاموال فمحض حق العبد واستيفاؤه الى صاحب الحق ويستوفيه
منه ان تمكن من ذلك قال وقال ابو حنيفه رحمه الله السكر الذي يجب به الحد على صاحبه ان لا يعرف الرجل من المراة وانما اراد به من شرب ما سوى

الحمر من الاشربة ولا حد عليه ما لم يسكر وحد السكر عند ابي يوسف ومحمد ان يختلط كلامه فلم يتميز جده من هزله الا انه اذا بلغ هذا الحد يسمى في الناس سكران واليه اشار الله تعالى في قوله لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وابو حنيفة قال كما لم يبلغ نهاية السكر لا يلزمه الحد لان في الاسباب الموجبة للحد تعتبر اقصى النهاية احتيالا للدرء الحدود وذلك في ان لا يعرف الارض من السماء والفرج من القبا والذكر من الانثى الى هذا اشار في الاشربة

باب الشهادة في القذف

قال واذا ادعى الرجل على رجل انه قذفه ولا بينة له لم يستحلف على ذلك ولا يمين في شيء من الحدود لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول اما ان يكون بدلا او البدل لا يعمل في الحدود او يكون قايما مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قايم مقام غيره الا ان على قول الشافعي يستحلف في حد القذف بخلاف ساير الحدود وهذا بنا على اصله ان حد القذف حق العبد فيستحلف فيه كالتعزير والقصاص ولان في ساير الحدود رجوعه بعد الاقرار صحيح فلا يكون استحلافه مفيدا وفي حد القذف رجوعه عن الاقرار باطل فالاستحلاف فيه يكون مفيدا كالاموال ولكنا نقول هذا حد يدرء بالشبهة فلا يستحلف فيه كساير الحدود وهو بنا على اصلنا ان المغلب فيه حق الله تعالى على ما بيناه قال الا انه يستحلف في السرقة لاجل المال فان ابى ان يحلف ضمن المال ولم يقطع لان المال حق العبد وهو يثبت مع الشبهات وحقيقة المعنى فيه ان في السرقة اخذ المال فانما يستحلف على الاخذ لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامراتان بالسرقة فيه يثبت الاخذ الموجب للضمان دون الاثبات القطع الذي ينبني على فعل السرقة فان جاء المقذوف بشاهدين فشهدا انه قذفه سيلا عن ما بينه وكيفيته لانهم شهدوا بلفظ مبهم فالقذف قد يكون بالحجارة وقد يكون بغير الزنا فان لم يزيدوا على ذلك لم يقبل شهادتهم لان المشهود به غير معلوم ولا يتمكن القاضي من القضا بالمجهول فكذلك يمتنع عن القضا عند امتناعهما عن بيان ما شهدا به فان قالا نشهد انه قال يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف وان كانا عدلين لانهم شهدوا بالقذف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة اما الكتاب قوله تعالى والذين يرمون المحصنات اتفق اهل التفسير ان المراد بالرمي بالزنا دل عليه قوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا فان عدد الاربعة في الشهود شرط في الزنا خاصة واما السنة فما روي ان هلال بن امية لما قذف امراته بشريك بن سحما قال عليه السلام ايت باربعة يشهدون على صحة مقالتك والا فحد في ظهرك قال وان لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبسه حتى يسال عنهم لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من هتك الستر وادى الناس بالقذف فيحبس لذلك ولا يكفله لان التكفيل للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط ثم ذكر انه لا يكفل في شيء من الحدود في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وذكر في كتاب الكفالة وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد ياخذ منه الكفيل في دعوى حد القذف عليه وكذلك في دعوى القصاص ولا خلاف انه لا يصح الكفالة بنفس الحد والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفايها والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفا وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فلا تصح الكفالة بها فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر كان القاضي لا ياخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه ولكن يحبسه الى اخر المجلس فان احضر بينته والا خلى سبيله ومراده بهذا الحبس الملازمة انه يامره بملازمته الى اخر المجلس لا حقيقة الحبس لانه عقوبة وبمجرد الدعوى لا تقام العقوبة على احد وعند ابي يوسف ومحمد ياخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة ايام لياتي بالبينة وقالا ان حد القذف في الدعوى والخصومة بمنزلة حقوق العباد في اخذ الكفيل نظرا للمدعي من حيث انه يتمكن من احضار الخصم باقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه فياخذ القاضي كفيلا بنفس المدعى عليه كما في الاموال وهذا لان تسليم النفس مستحق على المدعى عليه حقا للمدعي عند طلبه كطلبنا يستوفي عنه وهو مما يجري فيه النيابة فيجوز اخذ الكفيل فيه وابو حنيفة يقول المقصود من هذه الخصومة اثبات الحد والكفالة للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط فلا احتياط فيه باخذ الكفيل كما في حد الزنا وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة رحمه الله ان القاضي لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل ولكن يسمح بنفسه فاعطى كفيلا بنفسه صح ذلك لان تسليم النفس مستحق عليه كما قلنا وان اقام المدعي شاهدا واحدا فان كان القاضي لا يعرف هذا الشاهد بالعدالة فهو وما لم يقم الشاهد سوا لا يحبسه الا بطريق الملازمة الى اخر المجلس وان كان يعرف هذا الشاهد بالعدالة فادعى ان شاهده الاخر حاضر حبسه يومين او ثلثة استحسانا وفي القياس لا يفعل لان الحجة لا تتم بالشاهد الواحد حتى لا يجوز القضا به بحال ولكنه استحسن فقال قد تم شرطي الشهادة فان الشهادة شرطين العدد والعدالة فلو تم العدد وحبسه قبل ظهور العدالة فكذلك اذا وجد صفة العدالة قلنا انه يحبسه الى ان ياتي بشاهد اخر يمكنه من ذلك يومين او ثلثا فيحبسه هذا المقدار استحسانا وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحد فاما عند ابي يوسف ومحمد ياخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه والمقصود يحصل بذلك قال واذا تزوج المجوسي امه ودخل بها ثم اسلما ففرق بينهما ثم قذفهما رجل فعليه الحد عند ابي حنيفة لان من اصله ان نكاح المحارم فيما بينهم له حكم الصحة فلا يسقط به الاحصان قال وان مات المكاتب وترك وفاء وادى مكاتبته فقذفه رجل فلا حد عليه لشبهة الاختلاف من الصحابة انه مات حرا او عبدا وقد بينا هذا فيما سبق وبعد ثبوت القذف ان سال البينة انه حر بدلا

اذا زعم القاذف ان المقذوف عبد وقد بينا ان الحرية الثابتة بالظاهر لا يكفي لثبوت الاحصان واستحقاق الحد على القاذف وكذلك اذا ادعى القاذف انه عبد وعليه حد العبيد فالقول قوله فان لم يقم المقذوف البينة على حريته لا يقام عليه حد الاحرار فان عرف القاضي حريته اكتفى بمعرفته لان علم القاضي اقوى من الشهادة ولا يقال كيف يقضي القاضي بالحد بعلمه لان في حد القذف له ان يقضي بعلمه ولانه انما يقضي بالحرية هنا بعلمه والحرية ليست بسبب لوجوب الحد فان اختلف الشاهدان في الوقت والمكان لم تبطل شهادتهما في قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد لا يحد القاذف بهذه الشهادة والحاصل ان ما يكون قولا محضا كالبيوع والاقارير ونحوها فاختلاف الشهود في المكان والزمان لا يمنع قبول الشهادة لانه مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان وكذلك اختلفا في الانشاء والاقرار لان حقيقة الانشا والاقرار واحد في هذا الباب ومن هذه الجملة القرض لان تمام القرض وان كان بالتسليم ولكن يحمل الشهادة على المقرض قول المقرض اقرضتك وذلك قول فالتحقه بالاقرار فاما الجناية والغصب وما اشبهها من الافعال فاختلاف الشهود في المكان والزمان والاقرار والانشا يمنع قبول الشهادة لان الفعل مما لا يتكرر والاقرار بالفعل غير الفعل فما لم يتفق الشاهدان على شيء واحد لا يتمكن القاضي من القضا به والنكاح من هذا النوع ايضا لانه وان كان قولا لا يصح الا بمحضر من شاهدين وحضور الشهود فعل فالتحقه بالافعال هذا وفي القول الذي لا يتم الا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن اختلاف معروف قد ذكرناه في الهبة والرهن فاما القذف فابو يوسف ومحمد قالا الاختلاف الشهود فيه في المكان والزمان يمنع قبول الشهادة لانه انشا سبب موجب للحد وما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يتمكن القاضي من القضا الا ترى انهما لو اختلفا في الاقرار والانشا لم تقبل شهادتهما والحق ذلك بالافعال وكذلك لو اختلفا في الوقت والمكان وهذا لان وجوب الحد بالتناول من عرض المقذوف فالشهادة عليه بمنزلة الشهادة على التناول من نفسه بالجناية وابو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق بخلاف الافعال وهذا هو القياس اذا اختلفا في الانشا والاقرار الا اني استحسنت هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشا بالقذف الا ترى ان من تزوج ثم اقر انه كان قذفها قبل ان يتزوجها فعليه الحد ولو قذفها في الحال لاعنها وكذلك لو ابان امراته ثم اقر انه كان قذفها قبل الابانة فلا حد عليه ولا لعان ولو قذفها في الحال حد فلما كان حكم الاقرار مخالفا لحكم الانشا تحقق الاختلاف بين الشاهدين اذا اختلفا في الاقرار والانشا فاما حكم القذف لا يختلف بالمكان والزمان فلا يتحقق الاختلاف منهما في المشهود به وان اختلفا في المكان والزمان قال واذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفا المقذوف عنه بعوض وبغير عوض لم يسقط الحد بعفوه عندنا وذكر ابن عمران عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه يسقط وهو قول الشافعي واصل المسالة ان المغلب في حد القذف عندنا حق الله تعالى وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع وعند الشافعي المغلب حق العبد وحجته لاثبات هذا الاصل ان سبب الوجوب التناول من عرضه وعرضه حقه بدليل قوله عليه السلام ايعجز احدكم ان يكون مثل ابي ضمضم اذا اصبح قال اللهم اني تصدقت بعرضي على عبادك وانما يستحق المدح على التصدق بما هو من حقه والمقصود دفع الشين عن المقذوف وذلك حقه ومن حيث الحكم حد القذف يستوفي بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وذلك دليل ظاهر على انه حق العبد وكذلك لا يستوفي الا بخصومته وانما يستوفي بخصومة ما هو حقه بخلاف السرقة فخصومته هناك بالمال دون الحد ويقام هذا الحد على المستامن بالاتفاق وانما يواخذ المستامن بما هو من حقوق العباد الا ان من هو له لا يتمكن من الاستيفا بنفسه لان الجلدات غير معلوم المقدار فاذا فوض الى من هو له ربما لا يقف على الحد لغيظه فجعل الاستيفا الى الامام مراعاة للنظر من الجانبين بخلاف القصاص فانه معلوم محل كاذا جاوز من له الحق للحد يعلم ذلك فيمنع منه وحجتنا في ذلك وهو ان هذا حد يعتبر فيه الاحصان فيكون حقا لله تعالى كالرجم وتاثير هذا الكلام لان الحدود زواجر والزواجر مشروع حقا لله تعالى فاما ما يكون حقا للعبد فهو في الاصل جابر فما اوجب من العقوبات حقا للعبد اوجب باسم القصاص الذي ينبي عن المساواة ليكون اشارة الى معنى الجبر وما اوجب باسم الحد فهو حق الله تعالى وفي هذا الاسم اشارة الى معنى الزجر والدليل عليه ان في حقوق العباد يعتبر المماثلة وبه ورد النص حيث قال فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين نسبة الزنا وبين ثمانين جلدة لا صورة ولا معنى والدليل عليه هو ان الحد مشروع لتعقيب اثر الزنا وحرمة اشاعة الفاحشة من حقوق الله تعالى فكان هذا نظير الواجب بمباشرة الزنا من حيث ان كل واحد منهما مشروع لابقاء الستر وتعقيب اثر الزنا واعتبار الاحصان لمعنى النعمة وذلك فيما هو من حق الله تعالى وما ذكر الخصم لا ينفي معنى حق الله تعالى لان في عرضه حقه وحق الله تعالى وذلك في دفع عار الزنا عنه لابقاء الستر لعفه معنى حق الله فاذا دل بعض الادلة على انه محض حق الله تعالى وبعض الادلة على اجتماع الحقين فيه قلنا بان المغلب حق الله تعالى مع اعتبار حق العبد فيه ايضا ليكون عملا بالادلة كلها والدليل عليه ان الاستيفا للامام والامام انما يتعين نايبا في استيفا حق الله تعالى بها اما ما كان حقا للعبد فاستيفاوه اليه ولا يعتبر بتوهم التفاوت فان للزوج ان يعزر زوجته وان كان ذلك يتوهم التفاوت من هذا الوجه وهذا لان هذه المبالغة كما يتوهم من صاحب الحق يتوهم من الجلاد ويمنع صاحب الحق من ذلك اذا ظهر كما يمنع الجلاد منه مع ان يتوهم الزيادة لا يمنع صاحب الحق عن استيفا حقه كتوهم السراية في القصاص والدليل عليه انه يتنصف هذا الحد بالرق وانما يتنصف بالرق لانعدام

نعمة الحرية في حق العبد الا ان يكون دون ذلك الحد في احتمال الضرب واحتمال بدن العبد المهانة والضرب اكثر وانما يتكامل بتكامل النعمة كان
حقا لله تعالى لان شكر النعمة والجزاء على كفران النعمة حقا للمنعم والدليل عليه انما كان متمما لهذا الحد وهو سقوط الشهادة كان حقا لله تعالى فكذلك
اصل الحد ولكن قد بينا ان فيه معنى حق العبد ايضا ولهذا تعتبر خصومته وطلبه ولهذا لا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار لان الخصم مصدق له في الاقرار مكذب
له في الرجوع بخلاف ما كان محض حق الله تعالى فان هناك ليس من يكذبه ولهذا تقام بحجة البينة بعد تقادم العهد لعدم تمكن الشهود من اداء الشهادة
قبل طلب المدعي ولا يتيقن من تهمة الضغينة ولهذا يقام على المستأمن لانه لما كان للعبد حق الخصومة والطلب بدو المستأمن ملتزم لحقوق العباد
فيقام عليه اذا ثبت هذا الاصل فنقول بعفوه لا يسقط عندنا لانه انما يملك اسقاط ما تمحض حقا له وما فيه حق الله تعالى لا يملك اسقاطه وان كان
للعبد فيه حق كالعدة فانها لا تسقط باسقاط الزوج لما فيها من حق الله تعالى وقد روي مثل مذهبنا عن علي رضي الله عنه ولكن الحد وان لم يسقط بعفوه
فاذا ذهب العافي لا يكون للامام ان يستوفيه لان الاستيفاء عند طلبه وقد ترك الطلب الا انه اذا عاد الطلب فحينئذ يقام الحد لان عفوه كان
لغوا فكانه لم يخاصم الى الان كما لو صدقه فيما قال ولو قال شهودي شهدوا بالباطل فليس له ان يخاصم في شيء لانه اذا اكذب شهوده تبطل شهادتهم
كالمسروق منه اذا اكذب شهوده واذا صدقه فقد صار مقرا بالزنا وانعدم به احصانه وقذف غير المحصن لا يوجب الحد فباقراره يتعذر السبب ،
الموجب للحد لا ان سقط فاما بعفوه لا ينعدم السبب وما اسقطه حق الشرع فكان اسقاطه لغوا لهذا قال ويحسن للامام ان يقول للطالب قبل اقامة البينة
اترك هذا وانصرف لان الحد لو ثبت عنده بعد وقعه بنوع احتيال لعنه لدرء الحد وهكذا في السرقة يستحب له ان يقول للمسروق منه اترك دعوى
السرقة قبل ان تثبت السرقة بالبينة ولو قذف جماعة في كلمة واحدة او في كلمات متفرقة لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم
بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عنده بخلاف السبب
وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضهم للخصومة فحضور جماعتهم ولو حضر
البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغايب وخاصم يقام عليه الحد لاجله ايضا وعندنا لا يقام اذا علم انه قذفه بالزنا قبل اقامة
الحد عليه لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وما هو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف قال ولا يقبل
في القذف كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولا شهادة النساء مع الرجال لان موجبه حد يندرئ بالشبهات وتجوز شهادة القاذف
بعد ما ضرب بعض الحد اذا كان عدلا لان رد شهادته من تتمة الحد فلو ثبت قبل كمال الجلد لم يكن متمما للحد ولان الله تعالى عطف رد الشهادة على ،
الجلدات والمعطوف لا يسبق المعطوف عليه قال رجل قال لامرأة زنيت مستكرهة او قال جامعك فلان جماعا حراما او زنيت وانت صغيرة فلا حد
عليه لانه نسبها الى فعل غير موجب للحد عليها وقد بينا ان وجوب الحد على القاذف بنسبة المقذوف الى فعل يوجب الحد عليه لو المستكرهة لا فعل
لها وقوله جامعك جماعا حراما ليس بصريح بالقذف بالزنا وقوله زنيت وانت صغيرة محال شرعا لان فعل الصغير لا يكون زنا شرعا الا ترى انها لا تأثم به
فهو كقوله زنيت قبل ان تولدي وذلك غير موجب للحد لان الشين بهذا الكلام يلحق القاذف دون المقذوف واقامة الحد لدفع العار عن المقذوف
وان قال زنيت وانت كافرة وقد اسلمت او قال زنيت وانت امة وقد اعتقت فعليه الحد لانه نسبها الى فعل يوجب الحد عليها فان فعل الذمية والامة زنا
وحدها ان يثبت ذلك ولو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه ما نسبها الى الزنا بهذا الكلام بل اقر على نفسه انه قذفها في حال لو علمنا
منه القذف في تلك الحالة لم يلزمه الحد فكان منكرا للحد لا مقرا به ويضرب في حد القذف ضربا ليس بشديد مبرح وهكذا في سائر الحدود ولان المستحق
فعل مؤلم لا متلف فالشديد المبرح متلف فعلى الجلاد ان يتحرز عن ذلك قال رجل قذف ميتا بالزنا فعليه الحد لان وجوب الحد باعتبار احصان
المقذوف والموت يقرر احصانه ولا ينفيه ثم الخصومة في هذا القذف الى من ينسب الى الميت بالولاد او ينسب اليه الميت بالولاد لانه يلحقهم الشين لذلك
وحق الخصومة لدفع العار عمن يلحقه الشين به كان له ان يخاصم باقامة الحد عليه وليس لاخيه ان يخاصم في ذلك عندنا وعند ابن ابي ليلى له ذلك لان للاخ
حقوقا بعد موته كالولد الا ترى انه في القصاص خلفه وكذا في حد القذف ولكنا نقول الخصومة هنا ليس بطريق الخلافة فان حد القذف لا يورث
فيخلف الوارث المورث فيه وانما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والاخ لا يلحقه الشين بزنا اخيه لانه لا ينسب احد الاخوين الى صاحبه وانما نسبته
الغير باعتبار نسبته اليه بخلاف الاباء والاولاد قال ولولد الولد ان ياخذ بذلك كالولد وذلك في كتاب الحدود وكذا الاختلاف في بنت وبنت
ولا معتبر بهذه الزيادة لان المطالبة بالحد ليس بطريق الوراثة الا ان محمدا رحمه الله روي عنه انه ليس لولد الابنة حق الخصومة في هذا الحد لانه منسوب
الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب ليس يثبت من الطرفين ويتصل الولد به كلا الطرفين ولو قذف امه كان له ان يخاصم
باعتبار نسبته اليها ليدفع به عن نفسه فكذلك اذا قذف ام امه وقال زفر رحمه الله مع بقاء الولد ليس لولد الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد
فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء
الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما يلحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فيما خاصم نقام الحد

بخصومته

بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار ما تناول القاذف من عرضه وذلك لا يوجد في حق ولده قال وللولد الكافر والمملوك ان
ياخذ بالحد كما ياخذ الولد الحر المسلم وعند زفر ليس له ذلك لان الكافر والمملوك لو قذف في نفسه لم يجب الحد على قاذفه فاذا قذف في ابيه وامه اولى
ولكنا نقول الحد وجب لحق الله تعالى وخصومة الولد باعتبار الشين الذي لحقه وذلك موجود في حق الولد الكافر والمملوك لان النسب لا ينقطع
بالرق والكفر وانما يتعدى الخلافة ارثا بالرق والكفر فاما هو من حق الميت وحد القذف ليس من ذلك في شيء وهذا بخلاف ما اذا قذف في نفسه لان
الموجب للحد قذف المحصن والعبد والكافر ليس بمحصن واما هنا فسبب وجوب الحد وهو قذف المحصن اذ الميت محصن فكل من يلحقه الشين بهذا
القذف فهو خصم في المطالبة بالحد بعد تقرر سببه قال وان كان المقذوف حيا غائبا ليس لاحد من هولاء ان ياخذ به عندنا وقال ابن ابي ليلى له
الغايب كالميت لان خصومته متعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته ولكنا نقول نوبا وسعي وكيلا الخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض
ما يوس عنه فيقام الحد بخصومة من يلحقه الشين بخلاف الغايب فان مات هذا الغايب قبل ان يرجع لم يوخذ وليه ايضا عندنا خلافا للشافعي لان المغلب
عنده حق العبد فيصير موروثا عن المقذوف بعد موته لورثته وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله عليه السلام لا يجري الارث
فيما هو من حق الله ولان الارث خلافة الوارث المورث بعد موته في حقه وحق الله تعالى يتعالى عن ذلك فان قيل فحق الله تعالى لا يسقط ايضا بموت
المقذوف قلنا لا نقول يسقط بموته ولكنه يتعذر استيفاؤه لانعدام شرطه فان شرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته فان قيل
كان ينبغي ان يقوم الوارث مقامه في خصومته او وصيه ان اوصى بذلك الى انسان قلنا شرط الحد معتبر بسببه فكما ان ما يقوم مقام الغير لا يثبت به
الحد فكذلك لا يثبت به شرط الحد بخلاف ما اذا قذف بعد الموت لانا لا نقول لخصومة ولده يقوم مقام خصومته وكيف يقال ذلك ولا يورث ذلك
ولا يثبت له حق الخصومة بعد موته ولكن الولد خصم عن نفسه باعتبار ما لحقه من الشين فاما في حال الحياة لو ثبت للولد حق الخصومة فلو ثبت بعد الموت كان
بطريق القيام مقامه وذلك لا يكون في الحدود قال ولو وكل الغايب من يطلب بحده صح التوكيل في قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول
رحمهم الله ثم رجع وقال لا اقبل الوكالة في حد ولا قصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله ولان بالاجماع لا يصح
التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهة فكذلك في الاثبات كما في الحدود التي هي لله تعالى وهما يقولان الاثبات من جملة ما اذا وقع
الغلط فيه امكن له تداركه وتلافيه والتوكيل في مثله صحيح كالاموال بخلاف الاستيفاء فانه اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه ولو استوفاه الوكيل في حال
الموكل كان استيفاء مع تمكن الشبهة لجواز ان من له القصاص قد عفا او ان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولهذا لا يستوفى في حضرة الوكيل
حال غيبة الموكل قال فان مات المقذوف بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فانه لا يقام عليه ما بقي اعتبارا للبعض بالكل وكذلك ان غاب بعد ما ضرب
بعض الحد لم يتم الا وهو حاضر الا ترى انه لو عمي الشهود او فسقوا بعد ما ضرب بعض الحد درء عنه ما بقي قال والقذف باي لسان كان بالفارسية
او العربية او النبطية يوجب الحد بعد ان يكون بصريح الزنا لان المقصود دفع الشين وذلك لا يختلف باختلاف الالسنة رجل قال لرجل يا زانية فلا حد
عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وفي القياس عليه الحد وهو قول محمد ورواية عن ابي يوسف رحمهم الله ولو قال لامرأة يا زاني فعليه الحد بالاتفاق
لوجهين احدهما ان الاخبار والترخيم معروف في لسان العرب قال القائل اصاح ترى برقا اريك وميضه معناه يا صاحب وقرئ ونادوا
يا مال اي يا مالك وهذا ايضا حذف فاحش من الكلام للترخيم فلا يخرج من ان يكون قذفا لها الا ترى الى قول امرئ القيس افاطم مهلا اي يا فاطمة ولان الاصل
في الكلام التذكير والحاق هاء التانيث للفصل والفصل هنا حاصل بالاشارة فلا يخرج باسقاط حرف التانيث من ان يكون قذفا لها واستدل في الاصل بقوله
تعالى اذا جاءك المؤمنات وقال نسوة في المدينة فاما اذا قال يا زانية فمحمد رحمه الله يقول صرح بنسبته الى الزنا وزاد حرف الهاء فتلغو الزيادة ويبقى قاذفا
له مثل ما المحدود لان في لسان العرب الحاق هاء التانيث باخر الكلام للمبالغة في الوصف فانهم يقولون نسابة وعلامة وراوية الشعر وابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله يقولان هو كذلك ولكن المقصود المبالغة في الوصف بعلو ذلك الشيء فكانه قال انت اكبر الناس علما بالزنا او اعلم الناس بالزنا وهذا لا يكون
قذفا موجبا للحد ثم نسبته الى الفعل لا يتحقق ذلك منه لان الزانية هي الموطوءة الممكنة من فعل الزنا والرجل ليس بمحل لذلك فصار قذفه بهذا اللفظ نظير قذف المجبوب
وذلك غير موجب للحد بخلاف ما اذا قال لامرأته يا زاني لانه نسبها الى المباشرة فعل الزنا وذلك يتحقق منها بان تستدخل فرج الرجل في فرجها قال واذا ادعى
القاذف ان له بينة على تحقيق قوله اجل بينه وبين قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه وعن ابي يوسف انه يمهل الى المجلس الثاني لاحضار شهوده لان
القذف موجب الحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة من الشهداء والعجز لا يتحقق الا بالامهال الا ترى ان المدعى عليه اذا ادعى دفعا او طعنا في الشهود يمهل الى
المجلس الثاني فهذا مثله وجه ظاهر الرواية ان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يوخر الاقامة لما فيه من الضرر على المقذوف بتاخير دفع
العار عنه ولكن الى اخر المجلس لا يكون تاخيرا فلا يتضرر بذلك القدر الا ترى انه يوخر الى ان يحضر الجلاد فلهذا جوزنا ان يمهله الى اخر المجلس من غير ان يطلق عنه
ولكن يقول له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله انه اذا لم يكن له من يحضر شهوده اطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وهذا
لان كل واحد لا يجد ثانيا والقاضي مامور بالنظر من كل جانب ولكن لم يعتبر هذا في ظاهر الرواية لانه اذا لم يحضر الشهود يستتر العقد على المقذوف وذلك

اولى الوجهين قال ولا يقبل منها اقل من اربعة شهود لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون
فان جاء بهم فشهدوا على المقذوف بزنا متقادم درئ الحد عن القاذف استحسانا والقياس ان الشهادة على الزنا بعد التقادم لا يكون مقبولة فوجودها
كعدمها الا انه استحسن فقال انما لا تقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة وذلك معتبر في منع وجوب الحد على المشهود عليه لا في اسقاط
الحد عن القاذف كما لو اقام اربعة من الفساق على صدق مقالته وان جاء بثلثة فشهدوا عليه بالزنا وقال القاذف انا رابعهم لم يلتفت الى كلامهم وحدوا
عليه وعلى الثلثة الحد لانه خصم ملتمس للحد فلا يكون شاهدا وبالثلثة لا تتم الحجة فكانوا قذفة يحدون جميعا قال وان شهد رجلان او رجل وامراتان
على اقرار المقذوف بالزنا يدرا الحد عن القاذف وعن الثلثة لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وليس المقصود من اثباتها الاقرار هنا
اقامة الحد على الاول لان الاقرار لا يثبت بحجة البينة موجبا للحد لان انكاره المشهود دلالة في الحال منكر ولو سمعنا اقراره ثم رجع عنه لم يقم عليه الحد
فكيف يثبت اقراره بالبينة ولكن المقصود اسقاط الحد وذلك يثبت مع الشبهات بخلاف ما اذا شهد الشاهدان على زنا المقذوف لان موجب تلك
الشهادة الحد على الزاني اذا تم عدد الشهود فلهذا لا يكون للمثنى شهادة في ذلك قال ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه سواء قذفه بذلك بعينه
او بزنا اخر او مبهما وحكي عن ابراهيم وابن ابي ليلى انه ان قذفه بغير ذلك الزنا او بالزنا مبهما فعليه الحد لان الرمي موجب للحد الا ان يكون الرامي صادقا وانما
يكون صادقا اذا نسبه الى ذلك الزنا بعينه فيما سوى ذلك فهو كاذب ملحق الشين به ولكنا نقول رمي المحصن موجب للحد بالنص قال تعالى والذين
يرمون المحصنات والمحصن من لا يكون زانيا فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير المحصن وهو صادق في نسبته الى اصل فعل الزنا فلا يكون ملتزما للحد قال واذا
وطئ الرجل امراة وطيا حراما فهو على وجهين اما ان يكون وطيه هذا في الملك او في غير الملك اما في الملك فان كانت الحرمة بعارض على شرف الزوال لم يسقط به
احصانه كوطئ امراته الحائض والمجوسية او النفساء منها او المحرمة او امته التي زوجها وهي في عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه والمحرم هو الاستمتاع
وهو نظير وطئ امراته المريضة اذا كانت تستضر بالوطئ وهذا لان مع قيام الملك بالمحل لا يكون الفعل زنا ولا في معناه فاما اذا كانت محرمة عليه على التابيد كالتي
هي اخته من الرضاع فانه يسقط بوطئها احصانه في ظاهر المذهب وذكر الكرخي انه لا يسقط به الاحصان لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو موجب
ما سبق وجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل منافاة ومن ضرورة ثبوت الحرمة في المحل منافاة ومن ضرورة ثبوت الحرمة المؤبدة انتفاء الحل والسبب
لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل وكان فعله في معنى الزنا ولو وطئ مكاتبته لم يسقط احصانه به عندنا
وعند زفر وهو رواية عن ابي يوسف لان المكاتبة مملوكة له رقا لا يدا فهو نظير الامة المشتركة ووطئ المشتركة مسقط للاحصان ولكنا نقول ملكه في المكاتبة
قائم والحرمة بعارض على شرف الزوال فهو نظير الامة المزوجة ولهذا يلزمه العقر ولا يدل على انه يسقط به الاحصان قال فان وطئ امته التي هي محرمة عليه بوطئ
ابيه اياها او بوطئه امها يسقط احصانه لان في المصاهرة حرمة مؤبدة فهو نظير حرمة الرضاع فاما اذا نظر الى فرج امراة او لمسها بشهوة ثم اشترى ابنتها او امها
او تزوجها فوطئها فقذفه رجل حد قاذفه في قول ابي حنيفة رحمه الله ولم يحد في قولهما لانها محرمة عليه على التابيد فان اللمس والتقبيل يثبت حرمة المصاهرة
فلا معنى لاعتبار اختلاف العلماء فيه كالزنا فان اباه لو زنى بامة ثم اشتراها هو فوطئها يسقط احصانه وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه
بين العلماء وابو حنيفة يقول كثير من الفقهاء لا يرون اللمس والتقبيل موجبا للحرمة وليس في اثبات الحرمة نص ظاهر بل نوع احتياط اخذ به من حيث
اقامة السبب الداعي الى الوطئ مقام الوطئ ومثل هذا الاحتياط لا يسقط الاحصان الثابت باليقين بخلاف الزنا فان في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ
نص ظاهر بل نوع احتياط اخذ به من حيث اقامة السبب الداعي الى الوطئ وهو قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فقد خاطبنا الله تعالى لنا ان النكاح
حقيقة للوطئ ومع وجود النص لا يعتبر اختلاف العلماء واما الوطئ في غير الملك فهو مسقط للاحصان على كل حال وكذلك في الاب يطا جارية ابنه
واذا تزوج امراة بغير شهود او في عدة من زوج او تزوجها وهي مجوسية ووطيها سقط به احصانه لان العقد الفاسد غير موجب للملك والوطئ
في غير الملك في معنى الزنا وكذلك اذا تزوج امة على حرة او تزوج اختين او امراة وعمتها في عقدة فالوطئ بحكم هذه العقود الفاسدة يسقط الاحصان وكذلك
اذا تزوج امراة فوطئها ثم علم انها كانت محرمة عليه بالمصاهرة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف اذا كان يعلم عند الوطئ بانها غير مملوكة سقط
احصانه وان لم يكن معلوما له لا يسقط احصانه وهو رواية عن محمد لان في الظاهر هذا الوطئ حلال بدليل انه لا ياثم به وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه
يعذر بالجهل من حيث الظاهر فاما الوطئ فغير مملوك له في الحقيقة بل هو في معنى الزنا فيكون مسقطا لاحصانه قال وان ملك اختين فوطئ احداهما حد
قاذفه لان هذا وطئ في الملك والحرمة بعارض على شرف الزوال الا ترى انه لو اخرج احدهما من ملكه حل له وطئ الاخرى ومثل هذا الوطئ لا يسقط الاحصان
فان وطئ المعتدة من طلاق بائن او ثلث لم يحد قاذفه لان هذا وطئ في غير الملك وان وطئ امة مستكرهة لم يحد قاذفه ولا قاذفها لان هذا وطئ في غير الملك وعند
الاكراه وان كان يسقط الاثم عنها فلا يخرج من ان يكون الفعل زنا فلهذا سقط احصانها وان وطئ جارية ابنه او جارية ابويه او اخته ثم ادعى انه يحلها باعطائه
ولو لم يكن له بينة فلا حد على قاذفه وكذلك ان اقام شاهدا واحدا على الشراء لان سبب ملك الحل لا يثبت بالشاهد الواحد فيكون وطيه في غير الملك وهو مسقط
للاحصان فان زنا في حال كفره في دار الحرب او في دار الاسلام ثم اسلم فقذفه انسان لم يحد قاذفه لان فعل الزنا يتحقق من الكافر وان كان لا يقام به الحد عليه

قاذفه

قاذفه صادقا في مقالته وان باشر امراة حراما وبلغ كل شيء منها سوى الجماع فقذفه قاذف فعليه الحد لان سقوط الاحصان بالوطئ لان المسقط للاحصان
الزنا او ما في معناه واللمس والتقبيل ليس في معنى الزنا قال مجنون زنا بامراة مطاوعة او مستكرهة ثم قذف المجنون والمراة قاذف فلا حد على قاذفهما اما
المراة فلوجود الوطئ منها في غير الملك واما المجنون فقذفه بعد الافاقة لم يحد لان الوطئ الذي هو غير مملوك تحقق من المجنون وهو مسقط للاحصان
وان قذفه في حال جنونه فقاذف الصبي والمجنون لا يحد لان احصان المقذوف شرط والاحصان عبارة عن خصال حميدة واول ذلك كمال العقل
وذلك لا ينعدم بالصغر والجنون ولان الحد لدفع الشين عن المقذوف وكذلك المملوك لا يكون محصنا لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب فهو بيان ان المملوك لا يكون محصنا وان كان المملوك هو القاذف فعليه نصف حد الحر للاية قال ولا حد على قاذف الكافر لان
الاسلام من شرائط الاحصان قال عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن وعلى الذمي من قذف المسلم حد كامل لان المسلم من شرائط الاحصان
محصن يلحقه الشين بقذفه والقاذف مع كفره حر فعليه حد الاحرار ثمانون جلدة والذي يجن ويفيق في حال افاقته محصن ولا يحد قاذف الاخرس
لانه لو كان ينطق ربما يقر على نفسه بما يكون فيه من تصديق القاذف ولا يقام الحد مع الشبهة ولا حد على قاذف المجبوب والرتقاء لانه لا يلحقه
الشين وان الزنا منهما لا يتحقق ويلحق الشين القاذف في هذا القذف قال والقاذف من اهل البغي متى قذف رجلا من اهل العدل في عسكرهم
او في عسكر اهل الحرب او قذف رجل من اهل الحرب رجلا منهم لم يحد واحد منهم لانه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الامام وقد بينا ان ولاية الاستيفاء
انما تثبت للامام اذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفي لا يجب الحد قال ولو دخل حربي دارنا بامان فقذف مسلما لم يحد في قول ابي حنيفة الاول لان
المغلب في هذا الحد حق الله تعالى ولانه ليس للامام عليه ولاية الاستيفاء حين لم يلتزم شيئا من احكام الاسلام بدخوله دارنا بامان ويحد في قوله الاخر وهو
قولهما لان في هذا الحد معنى حق العبد وهو ملتزم حقوق العباد ولانه بقذف المسلم يستخف به وما اعطي الامان على ان يستخف بالمسلمين ولهذا يجب
عليه مع العبد المسلم فكذلك يحد بقذف المسلم قال وكل شيء وجب فيه الحد على الاجنبي فانه اذا قال ذلك لامراته وهما حران مسلمان فعليهما اللعان لان
اللعان موجب قذف الزوج زوجته بالنص وقد بينا في باب اللعان وان قال لامراته زنيت قبل ان اتزوجك لاعنها لانه قاذف لها في الحال
بخلاف ما لو قال كنت قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك فانه يحد لانه ما صار قاذفا لها بكلامه بعد النكاح وانما اظهر بكلامه قذفا كان قبل التزوج
فكانه ظهر ذلك بالبينة فعليه الحد قال وان قال لاجنبية يا زانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لها وعلى المراة للرجل لانها صدقته فسقط
اللعان بتصديقها ولم تصر قاذفة له لان فعل المراة بزوجها لا يكون زنا ولو قالت المراة لزوجها ابتداء زنيت بك ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم
يكن عليه حد ولا لعان لوجود الاول منها بقولها زنيت قال رجل قال لاخر يا فاسق يا خبيث او يا فاجر او يا ابن القحبة فلا حد عليه لانه ما نسبه
ولا امه الى صريح الزنا فالفجور قد يكون زنا وغير الزنا والقحبة من يكون منها ذلك الفعل فلا يكون قذفا بصريح الزنا فلو اوجبنا به الحد انما نوجب
بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد ولو قال يا اكل الربا او يا خائن او يا شارب خمر لا حد عليه في شيء من ذلك ولكن عليه التعزير لانه ارتكب حراما وليس
فيه حد مقدر ولانه الحقه نوع شين بما نسبه اليه فيجب التعزير لدفع ذلك الشين عنه ولو قال يا حمار او يا ثور او يا خنزير لم يعزر في شيء من ذلك لان
من عادة العرب اطلاق هذه الالفاظ بمعنى البلادة والحرص ولا يريدون به الشتيمة الا ترى انهم يسمون به فقال عياض بن حمار وسفيان الثوري ولان
المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف كل احد يعلم انه ادمي وليس بحمار وان القاذف كاذب وكذلك لو قال يا كلب وحكي عن
الهندواني انه قال يعزر في عرف ديارنا لان هذا اللفظ مما يذكر للشتيمة والاصح انه لا يعزر لان من عادة العرب اطلاق هذا الاسم لمعنى المبالغة
في الطلب وقلة الاستحياء فقد يسمون به كالكلبي ونحوه ثم كل احد يعلم انه كاذب فالشين يلحقه دون المقذوف قال واذا قال فجرت بفلانة
وجامعتها او فعلت بها اقصى الفحش لم يكن عليه في ذلك حد لانه ما صرح بالقذف بالزنا وفي الاسباب الموجبة للحد يعتبر عين النص فما لم يتيقن فيه بصريح
الزنا لا ينعقد السبب قال واذا عرض بالزنا فقال اما انا فلست بزان فلا حد عليه عندنا وقال مالك يحد والاختلاف بين الصحابة فعمر رضي الله عنه
كان لا يوجب الحد في مثل هذا ويقول في حال المخاصمة مع الغير مقصوده بهذا اللفظ نسبة صاحبه الى شيء وتزكية لنفسه الا ان يكون قذفا للغير بالزنا
بقوله لانه تصور معنى القذف بهذا اللفظ فهو بطريق المفهوم والمفهوم ليس بحجة قال فان قال قد اخبرت انك زان فلا حد عليه لانه ما نسبه الى
الزنا انما حكى خبر مخبر والخبر قد يكون حاكيا للقذف عن الغير لا قاذفا وان قال اذهب فقل لفلان انك زان فالمرسل لا يكون قاذفا له لانه
امر الغير ان يقذفه وبالامر لا يصير قاذفا كما انه لا يامر بالقتل لا يكون قاتلا فان ذهب الرسول وحكى كلام المرسل على وجه يبلغ الرسالة لا حد عليه
لانه حكى كلام الغير وان قال انا الرسول انك زان فعليه الحد لانه قاذف له بالزنا قال واذا قال للعبد يا زاني فقال العبد لا بل انت فحد العبد لان قوله
بل انت معناه بل انت الزاني فان كلمة لا بل لاستدراك الغلط وهو غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من ان يحمل ما تقدم معادا فيه فصار كل واحد منهما قاذفا
ولكن الحد يجب على الحر بقذف العبد ويجب على العبد بقذف الحر وان كانا حرين فعلى كل واحد منهما الحد لصاحبه وان قال لرجل يا زاني فقال
رجل اخر صدقت لم يحد المصدق لانه ما صرح بنسبته الى الزنا وتصديقه اياه لفظ محتمل يجوز ان يكون المراد به في الزنا وفي غيره وان كان باعتبار

الظاهر انما يفهم منه التصديق في الزنا ولكن هذا الظاهر لا يكفي لايجاب الحد الا ان يكون قال صدقت هو كما قلت فحينئذ قد صرح بكلامه ان مراده
التصديق في نسبته الى الزنا فيكون قاذفا له. قال وان قال الرجل اشهد انك زان وقال الاخر وانا اشهد ايضا لا حد على الاخر لان قوله اشهد كلام محتمل
فلا يتحقق به القذف الا ان يقول انا اشهد عليه بما شهدت فحينئذ يكون قاذفا له. وان قال الرجل لرجل زنا فرجك فعليه الحد لان الفرج عبارة عن جميع
البدن ولان الزنا يكون بالفرج بخلاف قوله زنا يدك او رجلك. قال وان قال لامراة يا زانية ثم قال بعدما قطع كلامه وانت مستكرهة لم يسقط
الحد عنه بخلاف ما لو وصل بكلامه فقال زنيت وانت مستكرهة لان هذا بيان مغير حكم اول الكلام وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء. قال
وان قال الرجل لاخر زنيت وانت وفلان معك فهو قاذف للثاني لانه عطف الثاني على الاول والعطف للاشتراك في الخبر وقد اكد ذلك بقوله معك
الا ترى انه لو قال لعبده انت حر وفلان معك عتقا جميعا وان قال عنيت ان فلانا معك شاهد لم يصدق الا ان يصرح بذلك لانه اضمر خبرا اخر وموجب
العطف الاشتراك في الخبر الاول فلا يصدق في اضمار خبر اخر للثاني فلا يسقط به الحد عنه. قال وان قال الرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا فعليه الحد لانه قذف
امه بهذا اللفظ فان ولد الزنا من تكون امه زانية وقد بينا ان قذف الميتة يوجب الحد ولولدها ان يطالب بحده الا انه يشترط احصان الام
وموتها لانها اذا كانت غير محصنة فلا حد على قاذفها واذا كانت حية فلا خصومة للولد مع قاذفها. وكذلك ان قال لست لابيك فعليه الحد لانه قذف
امه بهذا فان الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من ابيه من غير ان تكون الام زانية فان كانت موطوءة بشبهة فاما الوطء اذا لم يكن زنا يكون مثبتا للنسب فعرفنا
ان بهذا اللفظ قد قذف امه فاذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد وفي القياس لا حد عليه لانه يجوز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه من غير ان تكون الام زانية بان
كانت موطوءة بشبهة وولدت في عدة الوطء ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه
ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من انسان ثم انما لا يكون الولد ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية فعرفنا انه بهذا اللفظ
قاذف لامه. قال وان قال لست بابن فلان لعمه فعليه الحد اذا كانت هذه اللفظة في حالة المشاتمة لان مقصوده نفيه من ابيه ونسبته
الى الزنا اذا لم يعرف بين امه وبين فلان الذي نسبه اليه سبب ذلك ولكن في حالة الرضا لا يجب الحد عليه لان مراده من هذا اللفظ في حالة الرضا ان
اخلاقك تشبه اخلاق فلان فكانك ابنه وهذا لا يكون قذفا. وان قال لست بابن فلان يعني جده لا حد لانه صادق في مقالته فانه ابن ابنه لا ابنه حقيقة
ونسبته الى الجد بطريق المجاز الا ترى انه يستقيم نفي اسم الابوة عن الجد ولا يكون نافيا من ابيه فان نسبه الى جده فلا حد عليه لان الولد كما ينسب الى
ابيه حقيقة ينسب الى جده مجازا الا ترى انه يقال بنو ادم وادم جدهم الاصل وكذلك لو نسبه الى عمه او خاله فان العم يسمى ابا قال الله تعالى قالوا
نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسمعيل واسحق وهو كان عما وقال عليه السلام الرجل صنو ابيه وكذلك الخال يسمى ابا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما فكون الخال
ابا ايضا قال ـــــ القايل وخال بني العباس والخال كالاب وكذلك لو نسبه الى زوج امه قال الله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
وفي العادة زوج الام يقول لولد امراته هو ولدي باعتبار انه ربيبه والناس يسمونه ابا له ايضا وان كان ذلك مجازا ولكنه متى كان صادقا في كلامه مجازا او حقيقة
لم يكن قاذفا. قال وان قال لست لابيك وامه حرة وابوه عبد وقد ماتت فانه قاذف لامه وهي محصنة فعليه الحد وكذلك ان قال لكافر قد كانا ابواه مسلمين
او لعبد قد مات ابواه حرين لما بينا ان المقذوف بهذا اللفظ الام والمعتبر احصان المقذوف لا احصان من يطالب بالحد فان قال المولى ذلك لعبده لم يكن
له ان ياخذ مولاه بالحد لان العبد مملوك له فلا يجوز ان يكون مستوجبا عليه الحد الا ترى انه لا يقتل بقتله وعلى هذا اذا قذف الرجل امراته وهي ميتة
فليس للابن ان يخاصم في الحد لان الابن يضاف الى ابيه كالعبد الى سيده الا ترى انه لا يقتل بقتله ولا يحد في قذفه في نفسه فكذلك في قذفه في امه لان الاب كان
سبب ايجاده فيستحيل ان يكون الولد سببا لاستيجابه العقوبة بهذه الاسباب. قال وان قال لرجل لست من بني فلان للقبيلة لا حد لانه صادق فان بني
فلان حقيقة اولاده لصلبه وهو ليس منهم ولانه لو كان هذا قذفا فانما يكون قذفا لامراة من ينسب اليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة وهو
نظير ما لو قال له جدك زان وجدتك زانية فانه لا يكون قاذفا بهذا لان في اجداده وجداته من هو كافر فاذا لم يعين مسلما لا يكون قاذف محصن
بخلاف ما لو قال انت ابن ابن الزانية لانه بهذا اللفظ قاذف لامه الادنى وهي كانت محصنة فعليه الحد. قال وان قال له يا ابن المرقعا او يا ابن ماء السماء
او يا ابن الحلال فليس عليه في شيء من هذا حد قال لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف ومعنى هذا ان من عادة العرب اطلاق هذا اللفظ على سبيل المدح والمعنى
انه يشبه مولاي في حسن الخلق او الجود او الجلادة فهكذا كانوا يعرفون بذلك فيهم فكذلك لا يكون قاذفا ملتزما للحد. كما اذا نسب رجل رجلا الى عمه في غير
غضب فلا حد عليه وان كان على سبيل الغضب والسباب فعليه الحد استحسانا وفي القياس لا حد عليه في الوجهين لانه تكلم بكلام مبهم يحتمل وجوها الا انه
استحسن فقال مطلق الكلام يجب حمله على قصد المتكلم ففي حالة الرضا مقصوده المدح بنسبته الى جواد او مبارز او متبحر في العلم الا ترى الى ما روي ان
ابا بكر رضي الله عنه كان ياخذ الحسن ... وفي حالة الغضب يعلم ان مقصوده الحاق الشين به في كونه نسبه امه الى الزنا فاذا كان يعتبر الحال
في كنايات الطلاق فكذلك في لفظ القذف الا ترى ان المصلي اذا قال يا يحيى خذ الكتاب بقوة واراد القراءة لم يضره وان اراد خطاب انسان فسدت صلوته
قال وان قال العربي يا نبطي او قال للعربي لست بعربي فلا حد عليه وقال ابن ابي ليلى اذا قال العربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد

نسبه

نسبه الى غير ابيه ولكنا نقول لا يراد بهذا اللفظ القذف الا ترى ان الرجل يقول للاخر انت رستاقي او خراساني او كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف ومذهبنا
مروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه. قال واذا قذف الولد والده لا حد عليه لانه منسوب اليه
بالولاد ولا يعاقب بجنايته على نفسه واطرافه فلذلك لا يعاقب بالتناول من عرضه. قال وان قذف اباه او امه او اخاه او عمه فعليه الحد لان المقذوف
محصن لو قتله القاذف قتل به فيحد بالحاق الشين بقذفه. قال رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد يضرب القاذف
الحد لانه قذف الام وهي محصنة ولكل واحد من الولدين حق الخصومة في الحد بنسبته اليها الا ان احدهما ابن القاذف والابن لا يخاصم اباه في اقامة العقوبة
عليه فيكون كالمعدوم فبقي الاخر وله المطالبة بالحد وكذلك ان كان للميتة المقذوفة ابنان فصدق احدهما كان للاخر ان ياخذه بالحد لان الحد واجب
لحق الله تعالى والمعتبر ما لحقه الشين الخصومة وكل واحد منهما اصل في هذه الخصومة كانه ليس معه غيره فتصديق احدهما لا يكون عاملا في حق الاخر وهذا
بخلاف ما اذا قتلت امراة ولها ابنان فعفى احدهما او كان احد الابنين هو ابن القاتل حيث لا يكون للاخر استيفاء القصاص لان القصاص حق العبد كان
ميراثا بين الاثنين فيسقط نصيب احدهما باسقاطه او لمعنى الابوة فيتعذر على الاخر الاستيفاء لانه لا يحتمل التجزي فاما حد القذف حق الله تعالى ولم يصر ميراثا
لاثنين بل المعتبر الخصومة من كل واحد منهما وحق الخصومة ثابت لكل واحد منهما بكماله يوضحه ان المقذوف هنا منكر وجوب الحد لا يسقطه
فاذا اثبت الاخر وجوب الحق بالحجة استوفاه الامام بخلاف العفو في القصاص وان لم يكن للمقذوف الا ابن واحد فصدقه في القذف ثم اراد ان ياخذه
بالحد ليس له ذلك لانه مناقض في كلامه ومع التناقض لا تصح الدعوى فلا يقام الحد الا بخصومة معتبرة ولو كان للمقذوف ابنان احدهما عبد او كافر كان
له ان يطالب بالحد حاضرا كان الاخر او غايبا كما بينا ان خصومته باعتبار انه منسوب اليها وحال الاثنين في ذلك سوا. قال رجل قذف رجلا فقام
القاضي فله ان يضربه الحد وان لم يشهد به غيره لان العلم الذي يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين وفي حد القذف معنى
حق العبد فهو كالقصاص وساير حقوق العباد فالقاضي يقضي في ذلك بعلمه وان علمه قبل ان يستقضي ثم استقضي فليس له ان يقيم الحد بعلمه حتى يشهد الشاهد
عنده في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد له ان يقضي بعلمه لان علمه بمعاينة السبب لا يختلف بعد ما قلد القضاء وقبله وابو حنيفة رحمه الله يقول حين عاين
السبب استفاد علم الشهادة فلا يتغير ذلك بتقليد القضاء بخلاف ما اذا علم وهو قاض لانه حين عاين السبب استفاد علم القضاء توضيحه ان معاينة السبب بمنزلة سماع
الشهود عنده في الفصلين ولو شهد الشاهدان عنده قبل ان يستقضي ثم استقضي لم يكن له ان يقضي بذلك فكذلك اذا عاين السبب فاما في الحدود التي هي
خالص حق الله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر فان عاين السبب في حالة القضاء ليس له ان يقضي بعلمه استحسانا وفي القياس له ذلك لان علمه بمعاينة السبب
اقوى من علمه بشهادة الشهود عنده ولكنه استحسن لما روي عن عمر بن الخطاب انه قال لعبد الرحمن بن عوف ارايت لو لقيت رجلا على الزنا ما كنت صانعا به فقال
شهادتك عليه كشهادة واحد من المسلمين فقال صدقت وروي نحو هذا عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه والمعنى فيه ان الامام نايب في استيفاء ما هو حق
الله تعالى فمن هذا الوجه يشبه الخصم ومجرد علم الخصم لا يكفي للقضاء فلا يمكن القاضي من الاستيفاء. يوضحه انه لو سمع اقراره بذلك ثم جحد لم يكن له ان يقيم
الحد والمقر في حق المعاين بخلاف حد القذف والقصاص وروى ابن سماعة ان محمدا رحمه الله رجع عن هذا فقال لا يقضي بعلم نفسه في شيء من الحدود
لانه هو المستوفي لذلك كله فاذا اكتفى بعلم نفسه اتهمه الناس فعليه ان يتحرز عن موضع التهمة. قال رجل اشترى جارية شرا فاسدا فوطيها ثم قذفه انسان
فعلى قاذفه الحد لانه ملكها بالقبض مع فساد السبب وملك الرقبة مبيح للوطء والحرمة بعد متعارض على شرف الزوال وذلك لا يسقط احصانه بخلاف الوطء في
النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد غير موجب للملك فان موجب النكاح ملك الحل ولا يمكن اثباته بالسبب الفاسد فكان وطيه في غير الملك. قال رجل قال
لرجل يا ابن الزانيين فعليه حد واحد لانه قذف اباه وامه ولو كانا حيين فخاصما لم يكن عليه الا حد واحد فكذلك اذا كانا ميتين فخاصم الابن وان قال لست
لفلان ولا لفلانة لا حد عليه لانه نفى ولادة الام اياه فان ثبوت النسب من الام بالولادة ونفي ولادتها لا يكون قذفا لها انما ذكرنا
ولانه من زنا فاما تصريح في ذلك في قوله لست لابيك ولا لامك لا يتدرج قذف الام. يوضحه ان ولادتها اياه معاين لكل واحد يعلم بكذب القاذف في نفيه
ما هو معاين ولا يلحق الولد شين بهذا القذف بخلاف قوله لست لابيك فانه يلحقه الشين بنفي نسبه عن ابيه كما اذا قال لم يلدك فلان لابنه لا حد عليه
لانه صادق في مقالته وانما ولدته امه لا ابوه. قال رجل قال لامراة زنيت ببعير او بثور او بحمار لا حد عليه لانه نسبها الى التمكين من بهيمة وذلك غير
موجب للحد عليها وقد بينا ان نسبته الى فعل لا يوجب الحد على فاعله لا يكون قذفا موجبا للحد. وان قال زنيت ببعير او بثور لا حد على فاعله لا يكون قذفا
موجبا للحد وان قال زنيت بناقة او ببقرة او بثوب او بدراهم فعليه الحد لان معنى كلامه زنيت بدراهم بدل لك وهذا اخص ما يكون من الزنا ان تكتسب المراة
بفرجها. فان قيل معنى كلامه زنيت بدراهم استوجرت عليه فينبغي ان لا يحد في قول ابي حنيفة وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض قلنا هذا محتمل والبدل
ايضا محتمل ومقابل المحتملان يبقى قوله زنيت فكانه لم يزد على هذا حتى لو قال استوجرت على الزنا بدراهم فلا حد على القاذف عند ابي حنيفة فالحاصل انه
متى كان في اخر كلامه ما يحقق تمكينها منه حمل كلامه على معنى التمكين واذا لم يكن فيه احتمال ذلك حمل على معنى البدل. قال فان قال الرجل زنيت ببعير او ناقة
او ما اشبه ذلك لا حد عليه لانه نسبه الى اتيان البهيمة. فان قال ناقة فعليه الحد كان قال الرجل يا ابن الاقطع او يا ابن المقعد او يا ابن الحجام وابوه ليس

كذلك ليس عليه الحد لانه لا يراد بمثل هذا اللفظ نفيه عن ابيه وانما يراد به وصفا لا ب بصفة من الاوصاف كمن يقول لبصير يا اعمى او يشبهه به في الخلق وكذلك لو
قال يا ابن الازرق او يا ابن الاشقر او الاسود وابوه ليس كذلك الا ترى انه لو قال يا ابن السندي او يا ابن الحبشي لا يكون قاذفا له لان المقصود تحقيره لا قذفه
بهذا اللفظ ولو قال لعربي يا عبد او يا مولى لا حد عليه لانه صادق في مقالته فانه عبد الله ولسنا نقاذف له بقوله يا مولى قال الله تعالى وانى خفت الموالي
من ورائي والمراد الورثة وبنو الاعمام وكذلك لو قال العربي يا دهقان لا حد عليه وهذا من اعجب المسائل فلفظ الدهقان هنا للمدح والتعظيم وقد ذكر من
جملة القذف وهذا لان العرب كانوا يستنكفون من هذا اللفظ ولا يسمون به الا العلوج فلازالة الاشكال ذكره وبين انه ليس بقذف فان الدهقان
اسم لمن له ضياع واملاك وذلك يتحقق للعرب والعجم ولو قال يا نبطي لا حد عليه لان هذا اللفظ يذكر على وجه اللطف دون القذف فهو كقوله يا ابت
وكقوله يا اخي وكذلك لو قال الرجل انت عبدي او مولاي فهذا دعوى الرق والولاء عليه فليس من القذف في شيء وان قال يا يهودي او يا نصراني او يا مجوسي
او يا ابن اليهودي لا حد عليه لان القذف في الكفر ليس في معنى القذف فانه لا يشين المقذوف اذا كان اسلامه معلوما ولكنه يعزر لان نسبة المسلم الى الكفر
حرام وبارتكاب المحرم يستوجب التعزير قال وان قال يا زاني وادخل فيه الهمزة وقال عنيت ان يصعد على الجبل او على شيء فعليه الحد ويدينه باطله
لان اصل الكلمة بالهمزة فذكر الهمزة يقرره ولا يخرجه من ان يكون قذفا قال وان قال زنأت في الجبل وقال عنيت الصعود فيه فعليه الحد في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ولا حد عليه في قول محمد رحمه الله يقول اهل اللغة يستعملون هذا اللفظ مهموزا عند ذكر الجبل ويريدون به الصعود
قال القائل وارقى الى الخيرات زنأ في الجبل واكثر ما فيه ان تكون الكلمة مشتركة والحد لا يجب بمثله ولكنا نقول مطلق اللفظ محمول على ما يتعارفه
الناس في مخاطباتهم وانما يفهمون من هذا اللفظ الا الزنا فهذا الطريق يلحق المقذوف الشين فيقام الحد على القاذف لدفع الشين عنه الا ترى انه
لو لم يذكر الجبل كان قاذفا فالمثبت ما لا يحد بان قال زنأت فلا يتغير بذكر الجبل كما لو قال زنيت لا ينفصل من قوله زنيت في الجبل الا ان محمدا يقول اهل اللغة انما
استعملوا الكلمة لمعنى الصعود يصلون به حرف في لا حرف على ولا رواية عن ابي حنيفة فيما اذا كان المتكلم بهذا اللفظ لغويا ومن اصحابنا من يقول هو يصدق
في انه اراد به الصعود والاصح انه لا فرق بين اللغوي وغيره لان اللفظ محمول على ما هو المتعارف في عادة العوام من الناس وهو القذف بالزنا قال
واذا زنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او وطئ وطئا حراما غير مملوك فقد سقط الحد عن القاذف لان احصان المقذوف شرط فلا بد من
وجوده عند اقامة الحد وقد زال احصانه بهذا الوطء وكذلك اذا ارتد المقذوف وان اسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لانه قد سقط الحد لزوال
احصانه بالردة وكذلك ان صار معتوها او ذهب العقل او خرس وبقي كذلك وان الخرس لا يزيل احصانه ولكن يمكن شبهة من حيث انه اذا كان ناطقا ربما
يصدقه ولهذا اشترط بقاء الخرس حتى اذا زال الخرس وطالب بالحد وكذلك منزلة المريض بها قال ومن قذف ولد ملاعنة او ولد زنا في نفسه فعليه
الحد لانه محصن عفيف وانما الذنب لابويه وفعلهما لا يسقط احصانه وان قذف امه فلا حد عليه اما ولد الزنا فلان قاذفها صادق لانها زانية واما
ولد الملاعنة فان امه ليست بمحصنة لانه كان في حجرها ولد لا يعرف له والد وهو مثله في صورة الزانيات لا يحد قاذفه قال وان اختلف شاهدا
القذف في اللغة التي قذف بها من الفارسية والعربية والنبطية فشهادتهما باطلة لان اللفظ معتبر في القذف الا ترى انه لا يجب الحد الا بصريح الزنا
وعند اختلافهما في اللغة يتمكن الاختلاف في المشهود به وكذلك لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والاخر انه قال لست لابيك فقد اختلفا في اللفظ المشهود
به وكذلك لو تزوج مجوسي امه ودخل بها ثم اسلما فقذفه انسان فعليه الحد في قول ابي حنيفة ولا حد عليه عندهما اذا كان الدخول بحكم نكاح يقر عليه
بعد الاسلام وان كان بحيث لا يقر عليه بعد الاسلام كالنكاح بغير شهود فعلى قاذفهم الحد بناء على ان عند ابي حنيفة لانكحتهم حكم الصحة ولكن لا يتعرض لهم
ما لم يسلموا وعندهما لكل نكاح لا يقر عليه بعد الاسلام فليس له حكم الصحة ولكن لا يتعرض لهم في ذلك لاعتقادهم ثم لو سلموا اعتقادهم لا يكون حجة على
القاذف قال اربعة شهدوا على عبد ان مولاه اعتقه وانه قد زنا وهو محصن فرجم ثم رجعوا عن شهادة الزنا والعتق فعليهم ضمان القيمة للمولى لانهم
اقروا عند الرجوع انهم اتلفوا ماليته بشهادتهم عليه بالعتق وبالزنا بغير حق ويضربون الحد لانهم اقروا انه كان عفيفا وبطلان معنى الشهادة من كلامهم
عند رجوعهم قال وان شهد اثنان منهم على العتق فاعتقه ثم شهدا مع اخرين على الزنا عليه فرجم ثم رجع شاهدا العتق عن العتق ولم يرجعا عن الزنا
ورجع الاخران ضمن شاهدي العتق جميع القيمة للمولى لان تلف المالية كان بشهادتهما عليه بالعتق وعلى الاخرين الدية للورثة لانه بقي على الشهادة بالزنا
من يستحق بشهادته نصف النفس وانما انعدمت الحجة في النصف فلهذا يضمن الراجعان نصف الدية وعليهما الحد وان شهد الرجلان على عتقه فاعتقه ثم
شهد هو واخر مع شاهدي العتق على رجل بالزنا فرجم ثم رجعا عن العتق جميعا ضمنا قيمته للمولى ولم يضمنا من دية المرجوم شيئا لانه بقي على الشهادة بالزنا حجة
تامة فان قيل كيف يستقيم هذا وفي زعمهما انه عبد ولا شهادة له على الزنا قلنا لو شهد اربعة على الزنا فرجم ثم ظهر ان احد الشهود عبد لا ضمان على الشهود
ولا يمكن ايجاب ضمان النفس عليهما من اجل شهادتهما بعتقه لانه ما رجم بعتقه وانما رجم لزناه وقيل على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يجب الضمان عليهما لانه
يقول المزكي للشهود اذا رجع ضمن وهاهنا شهادتهما بحرية الشاهد صار بمنزلة وقد رجعا عن التزكية فينبغي ان يجب الضمان عليهما ولكن الاصح انه لا يجب لان
الشاهد على الزنا لا يصلح مزكيا للشاهد معه فلا يمكن جعل شهادتهما بالعتق تزكية للشاهد معهما على الزنا ولان قضاء القاضي بالعتق لا يبطل برجوعهما

فيبقى الحجة على الزنا تامة فلهذا لم يضمنا من دية المرجوم شيئا ولا حد عليهما قال ولو ان صبيا زنا بصبية مطاوعة لا حد عليهما لانعدام الاهلية للعقوبة
فيهما ثم على الصبي المهر في ماله لانه ضمان الفعل والصبي يستوي البالغ في المواخذة بضمان الفعل لحق العباد انما لا يوجد بضمان القول ولهذا لو كان اقر بالوطء
لا يلزمه شيء قال ولو زنا الصبي بامرأة فاذهب عذرتها وشهد عليه الشهود بذلك فعليه المهر اذا استكرهها وان كانت دعته الى نفسها فلا مهر عليه لانها
رضيت بسقوط حقها ورضاها معتبر لكونها بالغة ولانها صارت مستعملة للصبي ومن استعمل صبيا في شيء لحقه فيه ضمان يثبت لوليه حق الرجوع على المستعمل
فلا فائدة في ايجاب المهر لها اذا طاوعته والمجنون في ذلك بمنزلة الصبي فلو كانت صبية او مجنونة دعته الى نفسها فالمهر واجب لانها ليست من اهل الرضا بسقوط
حقها ولا استعمالها لامن غير ثبت حق الرجوع عليها لا هدار قولها قال رجل قال لرجل انت ازنى من فلان فلا حد عليه لان افعل يذكر بمعنى المبالغة في
العلم فكان معنى كلامه انت اعلم مني بالزنا من فلان وانت اقدر على الزنا من فلان وكذلك لو قال انت ازنى الناس او ازنى الزناة وعن ابي يوسف انت ازنى من
فلان الزاني او ازنى الزناة فعليه الحد لانه بين اخر كلامه ان المراد المبالغة في وصفه بفعل الزنا وكذلك قوله ازنى الناس لان في الناس زاني فهو كقوله ازنى
الزناة بخلاف قوله انت ازنى من فلان قال رجل زنا بخرساء او اخرس زنا بامرأة لا حد عليه لان الاخرس لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة يسقط به
الحد عن نفسه وعن صاحبه والخرس يمنعه من تلك الشبهة ولا يجوز اقامة مع تمكن الشبهة بخلاف ما اذا زنى صحيح بمجنونة فعليه الحد لان المجنونة ليست من
اهل ان تدعي الشبهة وامتناع وجوب الحد لمعنى فيها وهو الجنون لا لشبهة في الفعل فهو نظير الزنا بمستكرهة قال ولو سرق رجلان سرقة واحدة
احدهما اخرس او مجنون لا قطع على واحد منهما لان الفعل هنا واحد فاذا لم يكن موجبا للقطع على احدهما لا يكون موجبا على الاخر فاما في الزنا كل واحد من
الاثنين مباشر لفعل اخر اذ لا مجانسة بين الفعلين لان فعله الايلاج وفعلها التمكين فجنونها لا ينعدم التمكين فلا يتمكن فيه نقصان فيكون فعل الرجل في
الايلاج مخصوصا بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد قال واذا شهد الشاهدان بالزنا على رجل بالزنا واخران على اقراره بالزنا لا حد عليه لان الشهادة على الاقرار
لغو في حكم ايجاب الحد فان المشهود عليه جاحد ومن ضرورة جحوده الرجوع عن الاقرار ولانهم اختلفوا في المشهود به فشهد اثنان بالفعل والاخران بالقول
ولا حد عليهم لان الذين شهدوا على الاقرار نسباه الى الزنا والاخران وان نسباه الى الزنا فشهادة الشاهدين على الاقرار يسقط الحد عنهما لانهما شهدا على
تصديق المقذوف والتصديق يثبت بشهادة شاهدين قال وان شهد ثلثة بالزنا وواحد بالاقرار فعلى الثلثة الحد لانهم قذفوه بالزنا وليس على التصديق
الا شاهد واحد وشهادة الواحد لا يثبت التصديق قال واذا ضرب العبد حد القذف اربعين سوطا ثم اعتق لم تجز شهادته ابدا لوجهين احدهما ان الاربعين
حد في حقه فاقامة الحد عليه جرح في عدالته وحكم بكذبه فسقط به شهادته على التابيد كما في حق الحر ولان العبد ليس من اهل الشهادة ورد الشهادة من
تتمة الحد فيتوقف ذلك على صيرورته من اهل الشهادة وبالعتق صار من اهل الشهادة فيصير مردود الشهادة تتميما للحد وكذلك اذا ارتد المحدود في
قذف ثم اسلم لم تقبل شهادته لان الكفر لم يزل الامر اوله اذا صار مردود الشهادة على التابيد فبالردة لا يصير مقبول الشهادة فان ضرب الكافر حد القذف ثم
اسلم جازت شهادته لان الكافر محكوم بكذبه ولكن يزول ذلك باسلامه ويستفيد بالاسلام عدالة لم يكن موجوده حين اقيم عليه الحد وهذه العدالة لم تنتقص
بوجه توضيحه ان الكافر ليس من اهل الشهادة فيصير مردود الشهادة باقامة الحد عليه وتم به حده وبالاسلام استفاد شهادة حادثة لم تكن موجوده
وقت اقامة الحد عليه فلهذا قبلت شهادته قال اربعة كفار شهدوا على كافر انه زنا بامرأتين كافرتين فلما قضي الحد عليهم اسلم الرجل والمرأتان بطل
الحد عنهم جميعا لان الحجة لم تبق عليهم بعد الاسلام فشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلمين ولا يمكن اقامة الحد بغير حجة وان اسلمت احدى المرأتين سقط
الحد عنها وبقي الحد على الاخرى لبقاء الحجة في حقها وكذلك على الرجل لان الحجة في الزنا بالتي هي باقية على الكفر باق وذلك كاف في اقامة الحد عليه وكذلك
ان شهدوا على كافرين بالزنا بامرأة واحدة فان اسلمت المرأة درئ الحد عنها وعن الرجلين كما لو كانت مسلمة عند الشهادة وان اسلم احد الرجلين درئ الحد عنه خاصة
ويقام الحد على الرجل الاخر والمرأة لبقاء الحجة الكاملة عليه في زناه بها قال واذا جنت الامة جناية عمدا فيها القصاص فوطئها المولى ولم تدع شبهة
فليس عليه الحد لوجهين احدهما ان من العلماء من يقول ان لولي الجناية حق التملك ان شاء وهذا قول معتبر فانه لا فرق في حق المولى بين ان يتلف ماليته
باستيفاء القصاص وبين ان يتلف تملك المولى اياها عليه وفيه منفعة للولي سوى استيفاء القصاص او يملكها وله ان يختار اي الوجهين شاء فاثبت
حق الملك له فيها على قول بعض الفقهاء يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه ولان الوطء بلا فرج منها لان المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين فاذا
صار اتلاف الكل حقا له شرعا يصير ذلك شبهة في اتلاف جزء منها والحد يسقط بالشبهة ثم يلزمه العقر لسيدها لانه وطء في غير الملك فلا يخلو عن حد
او عقر وقد سقط الحد بشبهة فعليه العقر ويكون للسيد بمنزلة كسبها لان حق من له القصاص في استيفاء القصاص فلا يثبت في المال والعقر والكسب مال ثم
فيكون للمولى هاهنا كما لكه رقبتها وان كانت الجناية خطا فوطئها المولى ففي القياس عليه الحد وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد سواء اختار المولى الدفع او الفداء وقال ابو يوسف
ان اختار المولى الفداء فكذلك الجواب وان اختار الدفع فلا حد عليه استحسانا لان الجناية الخطا لو ثبت للمولى حق الملك فيها وهذا لان موجب جناية
الخطا يكون على اقرب الناس من الجاني الا ترى ان في الحر موجب جنايته على العاقلة وفي المملوك موجب جنايته على المولى لانه اقرب الناس اليه ولهذا خير بين
الدفع والفداء فان اختار الفداء فقد وصل الى ولي الجناية حقه وبقيت الجناية مملوكة للمولى كما كانت فتبين انه وطئها ولا شبهة له فيها فكان عليه الحد وان

اختار الدفع وكذلك عند ابي حنيفة ومحمد لان موجب الجناية كان على المولى ولكنه كان متمكنا من اختيار الدفع بان يقول هذا الشغل انما لحقني
بجنايتها فلي ان ادفعها لاخلص نفسي من هذا الشغل فكان هذا ملكا حادثا للمولى فيها بعد تقرر فعل الزنا فلا يسقط به الحد وعلى هذا ابدليل انها لو
هلكت يسقط حق ولي الجناية وانما سقط لفوات محل حقه فاذا تقرر حقه في محله باختيار المولى الدفع فانما ملكها بسبب تلك الجناية وتبين انه
وطيها وله فيها سبب ملك فسقط الحد كمن اشترى جارية على ان البايع بالخيار فوطيها المشتري ثم اجاز البايع البيع فلا حد على المشتري ولكن هذا
ضعيف لانه لو كان له فيها سبب الملك لم يلزمه الحد وان اختار المولى الفدا كما في المشتري اذا بشرط الخيار للبايع لا حد على المشتري وان فسخ البايع
فيها وحيث وجب الحد هنا عند اختيار الفدا عرفنا انه ليس له فيها سبب الملك ثم ذكر في بعض النسخ فصلا وهو انه زنا بجارية ثم اشتراها فهو
ابي حنيفة ومحمد يحد ولا حد عليه في قول ابي يوسف فان كان جواب هذا الفصل هكذا فلا حاجة الى التكلف الذي قلنا في مسئلة الدفع بالجناية
لان الملك الحادث بعد وجوب الحد قبل الاستيفا عند ابي يوسف مسقط للحد وقد ثبت ذلك للمولى بدفع الجارية اليه وعند ابي حنيفة ومحمد
لا يكون مسقطا للحد ولكن في هذا الفصل اختلاف الرواية في النوادر فذكر اصحاب الاملا عن ابي يوسف ان من زنا بامراة ثم تزوجها او بامة
ثم اشتراها لا حد عليه في قول ابي حنيفة وعليه الحد في قول ابي يوسف وذكر ابن سماعة في نوادره على عكس هذا قال على قول ابي حنيفة ومحمد عليه الحد
في الوجهين جميعا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا زنا بامراة ثم اشتراها فلا حد عليه وان زنا بحرة ثم تزوجها فعليه الحد فاما على وجه الرواية
التي قال لا حد على الفصلين ان الملك في المحل لو اقترن بالفعل كان مانعا وجوب الحد فاذا طرى بعد الوجوب قبل الاستيفا يكون مسقطا للحد
كملك السارق العين المسروق بعد ما وجب القطع والعمى والفسق في الشهود بعد وجوب الحد قبل الاستيفا وهذا لانه لو اقام الحد عليه انما اقام
بوطيه امراة وهي زوجته في الحال وذلك لا يجوز وجه الرواية التي قال يقام الحد في الفصلين ان وجوب الحد باعتبار المستوفى وملك في النكاح
والشرا بعد الاستيفا لا يثبت له الملك في المستوفى فلا يسقط الحد بخلاف السرقة فان وجوب القطع على السارق باعتبار العين وقد ملك ذلك
العين فسقط القطع عنه بالشبهة ووجه رواية الحسن في الفرق بين النكاح والشرا انه بالشرا ملك عينها ومن ملك العين في محل الحدث سبب الملك
الحل فحصل الطاري قبل الاستيفا كالمقترن بالسبب كما في باب السرقة فاما بالنكاح لا يملك عين المراة وانما يثبت له ملك الاستمتاع ولهذا لو وطيت
بالشبهة كان المهر لها فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلهذا لا يسقط الحد عنه والله اعلم ٥

كتاب السرقة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاد شمس الائمة السرخسي رحمه الله السرقة لغة اخذ مال الغير على وجه الخفية سمي به لانه يسارق عين حافظه ويطلب
غفلته ليأخذ او يسارق عين اعوانه على الحفظ بان كان نكابر ليلا لان الغوث بالليل قل ما يلحقه وهي نوعان صغرى وكبرى فالكبرى هو قطع الطريق
لانه ياخذ المال في مكان لا يلحق صاحبه الغوث ويطلب غفلة من التزم حفظ ذلك المكان وهو السلطان والعقوبة تستحق كل واحد من الفعلين بحسب
الجريمة في الغلظ والخفة فهذا الكتاب لبيان هذين الحدين وكل واحد منهما ثابت بالنص اما في السرقة الصغرى الواجب بالنص قطع اليد قال الله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والواجب باخذ المال في السرقة الكبرى قطع اليد والرجل قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله الاية وكل واحد من الحدين عقوبة فان الله تعالى سمى احدهما نكالا والاخر خزيا بقوله ذلك لهم خزي في الدنيا وكل واحد منهما جميع موجب الفعل
فقد سمى كل واحد منهما جزاء وفيه اشارة الى الكمال يقال جزى اي قضى وجزا بالهمز اي كفى فعرفنا انه جميع موجب الفعل وان كل واحد منهما مستحق حقا لله
تعالى لان الجزا على الافعال المحرمة من العباد يكون حقا لله تعالى وفيه اشارة الى الفعل محرم العين وان عصمة المال فيما يرجع الى الفعل لله تعالى خالصا اختلف
العلما بعد هذا في السرقة الصغرى قال فقها الامصار المستحق قطع اليد اليمنى من الرسغ وقال الخوارج الى المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع
الى الابط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فبقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها وهذا مخالف للنص فالمنصوص
قطع اليد وقطع اليد قد يكون من الرسغ وقد يكون من المرفق وقد يكون من المنكب ولكن هذا الابهام زال ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه امر بقطع
يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات انما يؤخذ بالمتيقن فاما قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله فقد قيل المراد
يحاربون اولياء الله فان احدا لا يحارب الله ولكنه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه وهو اصل في اللغة وقيل بل المراد بيان ان قاطع الطريق
كانه يحارب الله لان المسافر في المفاوز في امان الله وحفظه فالمتعرض له كانه يحارب الله وهو نظير قوله ومن يشاقق الله ورسوله فان احدا لا يشاق الله حقيقة
ولكن من زاد امر الله كانه يشاق الله وزعم بعض العلما ان نزول الاية في المرتدين واستدلوا بحديث انس رضي الله عنه ان العرنيين لما ارتدوا وقتلوا الرعاة وساقوا
ابل الصدقة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في اثرهم وجي بهم فامر بقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم فنزلت الاية ولكن الاصح ان نزول الاية في الذين قطعوا
الطريق من غير المرتدين لان في الاية بيان عقوبة تستحق بقطع الطريق وقيل المستحق بالردة القتل قطع الطريق او لم يقطع وانما سبب نزول هذه الاية

ما بدا به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهم قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال
بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل بالحد فيهم ان من قتل واخذ المال صلب
ومن قتل ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان في الشرك فقوله وادع يحتمل الموادعة وهي الصلح
ويحتمل المؤبد وهي الذمة فاجرى ابو يوسف الكل على الظاهر وقال يقام حد قطاع الطريق على المستامنين واهل الذمة بدليل الحديث وابو حنيفة ومحمد حملا
المراد الموادعة المؤبدة وهي عقد الذمة لانه قد ثبت بالنص وجوب تبليغ المستامنين مامنهم والاية وان نزلت في الكفار فالحكم غير مقصور عليهم لان السبب
الموجب للعقوبة قطع الطريق بالنص ففي حق كل من يتقرر السبب ثبت الحكم ولكن بعد ان يصير محاربا بقطع الطريق والمستامن محارب وان لم يقطع الطريق
لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب والمحارب بقطع الطريق يكون من اهل دارنا وقوله فجاء اناس يريدون الاسلام قيل معناه جاءوا يريدون الهجرة ليتعلموا
احكام الاسلام وقيل جاءوا على قصد ان يسلموا ومن جاء من دار الحرب على هذا القصد فوصل الى دار الاسلام فهو بمنزلة اهل الذمة والحد يجب بقطع الطريق
على اهل الذمة كما يجب بقطع الطريق على المسلمين بخلاف المستامنين على ما نبينه وفي هذا الحديث دليل على ان هذا الحد مشروع على الترتيب بخلاف ما يقوله مالك
انه على التخيير بظاهر حرف او وهذا لان الجناية تختلف منه بمباشرة القتل واخذ المال او اخافة الناس والعقوبة بحسب الجناية فيستحيل ان يقال عند غلظ
الجناية يعاقب باخف الانواع عرفنا ان المراد الترتيب كما ذكر في الحديث فظاهر قوله من قتل واخذ المال صلب دليل لابي يوسف ومحمد في ان الامام لا يشتغل
بقطع يده ورجله في هذه الحالة ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول المراد بيان ما يختص بهذه الحالة فاما قطع اليد والرجل عند اخذ المال مبين في الحديث الا ترى انه
لم يبين القتل في هذه الحالة لانه مبين في حق من قتل ولم ياخذ المال فاقول الامام يتخير في هذه الحالة بين ان يقطع يده ورجله ثم يقتله او يصلبه وبين ان يصلبه
او يقتله او يصلبه ثم يطعن تحت ثندوته اليسرى فيقتله على خشبه ففي ظاهر المذهب يتخير بين ان يصلبه حيا وبين ان يقتله ثم يصلبه وذكر الطحاوي انه
لا يصلبه حيا قبل القتل لان ذلك مثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكن في الحديث دليل على ان له ذلك ليتحقق معنى الخزي
وليعتبر به غيره فاما قوله او ينفوا من الارض فهو عندهم كذلك في الحديث والمراد عندنا الحبس في حق من خوف الناس ولم ياخذ مالا ولم يقتل لانه اما ان يكون
المراد نفيه من جميع الارض وذلك لا يتحقق ما دام حيا والمراد نفيه من بلدته الى بلدة اخرى وبه لا يحصل المقصود وهو دفع اذيته عن الناس ويكون المراد
نفيه عن دار الاسلام الى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة فعرفنا ان المراد نفيه من جميع الارض الا موضع حبسه فان المحبوس خارج من الدنيا قال
القايل ٥

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ... فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا ... وقلنا جاء هذا من الدنيا

والشافعي رحمه الله يقول المراد ابعاده حتى لا يتمكن من القرار في موضع فكذلك نفيه من الارض فاما قوله من جاء مسلما هدم الاسلام ما كان في الشرك فهو
معنى قوله الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وفيه كلام نبينه في بابه ثم الاسلام يهدم ما كان في الشرك من الجناية على خالص حق الله تعالى قال الله
تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال عليه السلام الاسلام يجب ما قبله والتوبة قبل قدرة الامام مسقطة لهذه العقوبة بالنص على
ما نبينه ان شاء الله وذكر عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا تقطع اليد الا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفيه دليل على
ان النصاب المسروق معتبر لايجاب القطع على السارق وهو قول بعض فقهاء الامصار واصحاب الظواهر يقولون لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن
البصري فاستدلوا بالاية فان الله تعالى قال والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بعين السرقة لان السارق اسم مشتق من فعل والفعل الذي اشتق منه الاسم يكون
علة للحكم ولكن السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان اخذ المباح نحو الصيد او الحطب لا يسمى سرقة وكذلك ما ليس بمحرز محفوظ فاخذه
لا يكون سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ فشرطنا ما تقتضيه اسم السرقة وليس في اسم السرقة ما يدل على النصاب فالسرقة تتحقق في القليل والكثير
فاشتراط النصاب يكون زيادة على النص وذلك نسخ والسنة الحديث ان النبي عليه السلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق
الحبل فتقطع يده والبيضة قد لا تساوي اكثر من فلس ولا يجوز ان يقال بيضة الحديد وحبل السفن لان المقصود بيان خسارة السارق وفي حمله على ما قلتم يفوت
هذا المقصود ولكنا نقول لما كان في اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الاحراز صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشرايط العقوبة يراعى وجودها بصفة
الكمال لما في النقصان من شبهة العدم والاحراز انما يتم في المال الخطير دون الحقير القليل فانه لا يقصد الانسان احرازه عادة واليه اشارت
عايشة رضي الله عنها في قولها كانت اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع في الشي التافه فصار ما يتم به الاحراز هو كون المال الخطير نصابا
بالنص والمراد من الحديث بيضة الحديد الا ان صاحب الشرع وان ذكره لاظهار حقارة السارق فقد احسن في كلامه هذا المعنى ليحصل المقصود ويكون
كلامه حقا على ما روي انه كان يمزح ولا يقول الا حقا وقيل ان هذا كان في الابتدا لزيادة التغليظ والتشديد ثم انتسخ بالاثار المشهورة في اعتبار
النصاب في المسروق ثم اختلفوا في مقدار النصاب فقال علماؤنا رحمهم الله عشرة دراهم او دينار وقال الشافعي ربع دينار وقال مالك ثلثة دراهم
وقال ابن ابي ليلى خمسة دراهم وقال عكرمة اربعة دراهم وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنه اربعون درهما استدل الشافعي بحديث

الزهري عن عمرة عن عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال لا قطع في ربع دينار فصاعدا ولانهم اتفقوا على ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واختلفوا في ثمن المجن وعندنا الاختلاف في القيمة يوخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون في قيمة المسروق يوخذ بالاقل في ذلك قال ما نقل فيه ثلثة دراهم فلهذا قدرنا النصاب به وقد كان قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فثلثة دراهم يكون ربع دينار وابن ابي ليلى كان يستدل بحديث عثمان رضي الله عنه لا يقطع الخمس الا في خمسة يعني اليد التي عليها خمسة اصابع ولا يقطع الا في خمسة دراهم ومن اعتبر باربعين استدل بحديث عايشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وكانت تقطع في ثمن المجن وهو كان يومئذ ذا ثمن وهذا منها اشارة الى انه كان فيما له خطر والخطير ما يكون مقدارا يتعين لايجاب الزكوة وادنى ذلك الاربعون في نصاب الشاة وعلماونا رحمهم الله استدلوا في ذلك بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يقطع اليد الا في دينار او عشرة دراهم وهكذا عن عطا وفي الحديث المعروف لا مهر اقل من عشرة دراهم ولا قطع في اقل من عشرة دراهم وعن ايمن وابن ابي ليلى ايمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ان المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تساوي عشرة دراهم والرجوع الى قولهم اولى لانهم من جملة الغزاة فكانوا اعرف بقيمة السلاح من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان الاخذ بالاقل اولى لان قيمة المسروق انما يوخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب ان ياخذ بالاكثر هنا لان معنى درء الحد فيه وقد روي ان عمر رضي الله عنه اتي بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه ان سرقته لا تساوي عشرة دراهم فامر بتقويمه فقوم ثمانية دراهم فدرا الحد عنه فدل انه كان ظاهرا معروفا بينهم ان النصاب يتقدر بعشرة دراهم ويتبين نصاب الحد بنصاب المهر وقد قامت الدلالة لنا على ان ادناه عشرة دراهم والمسمى بكل واحد منهما مال له خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق الا بمال خطير والحديث الذي رواه عن عايشة رضي الله عنها اضطرب اهل الحديث واكثرهم على انه غير مرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القسم بن عبد الرحمن اذا سمع من يروي هذا الحديث مرفوعا رماه بالحجارة والدليل على انه اشتهر من قول عايشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشيء التافه وكانت تقطع في ثمن المجن فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم ثم يحتمل انه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ اخف من المنسوخ قال تعالى ما ننسخ من اية او ننسها نات بخير منها او مثلها ثم وظاهر الرواية المعتبر عشرة دراهم من النقرة المضروبة حتى لما روى ابن رستم عن محمد رحمه الله اذا سرق عشرة تبرا لا تساوي عشرة مضروبة فلا قطع عليه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المعتبر عشرة دراهم من النقد الغالب بعد ان يكون الفضة فيها غالبة على الغش واما ما يغلب عليه الغش فهو من الفلوس لا من الدراهم والاول اصح لما بينا ان شرط العقوبة يراعى وجوده بصفة الكمال فاذا كانت الدراهم مغشوشة فالغش ليس من الفضة في شيء لو اوجبنا القطع عليه كان ايجاب القطع في موضع الشبهة وما يندرئ بالشبهات لا يستوفي مع الشبهة فلهذا اعتبرنا عشرة دراهم من النقرة المضروبة ثم المعتبر عشرة دراهم من وزن سبعة فانه هو المعتبر في وزن الدراهم في غالب البلدان وقد بينا تفسير ذلك فيما املينا من شرح الاثار وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا اجتمعت الحدود وفيها القتل قتل والغي ما سوى ذلك معناه ما سوى ذلك من الحدود والتي هي لله تعالى فاما ما فيه حق العباد كحد القذف والقصاص في الطرف فلا بد من استيفائه لما فيه من مراعاة من له الحق وفي حقوق الله القتل اهم وفي معنى الزجر اتم فهذا ثم لا فايدة في الجلد والقطع بعده وبهذا استدل ابو يوسف ومحمد في ان قاطع الطريق اذا استحق قتله لا يشتغل بقطع يده ورجله وابو حنيفة يقول ان المراد في الحدود لا في حد واحد وحد قاطع الطريق حد واحد ولا تداخل في اجزا حد واحد فللامام ان يقطع يده ورجله ثم يقتله لتحقيق معنى التغليظ وعن عمر رضي الله عنه ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا عن ضغن قال الشيخ حديث ولا شهادة لهم والمراد الحدود التي هي محض حق الله تعالى والشهادة عليها بطريق الحسبة من غير ان يسبق خصومة في الحد كالزنا والسرقة وشرب الخمر واما حد القذف فالشهادة عليها تبنى على الدعوى والخصومة في الحد فلا يمنع قبولها بتقادم العهد وعن علي رضي الله عنه في رجل اخذ وقد نقب البيت ولم يخرج المتاع قال لا حد عليه وبه ناخذ لان وجوب الحد بالزنا لا يجب الحد بتمام السرقة باخراج المال عن الحرز وهذا لان الحد يتعلق بما هو المقصود من كل نوع ولهذا لم يجب حد الزنا الا بالايلاج في الفرج والمقصود في السرقة اخراج المال دون هتك الحرز فاذا اخذ قبل اخراج المال فقد انعدم ما هو المقصود فلا حد عليه وعن رافع بن خديج قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وبه نقول فالثمار للرطب المعلق على الاشجار وهو مما يتسارع اليه الفساد ولا قطع عندنا فيما يتسارع اليه الفساد فان قيل المراد ثمار المدينة فانها على رؤس الاشجار لا يكون حرزه لقصر الحيطان قلنا رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على المعنى المانع من وجوب الحد والقطع وهو كون المسروق ثمرا وفي الحمل على ما قلتم تعطيل هذا السبب واحالة الحكم الى سبب اخر فاما الكثر فقد قيل ان المراد به الجمار هكذا قال يحيى بن سعيد وقال غيره هو الودي وهو النخل الصغار وحكي ان غلاما سرق وديا من حايط في ارض مولاه فاتى به مروان فاراد ان يقطعه فجاء مولاه الى رافع بن خديج فاخبره بذلك فقال لا قطع عليه فساله ان ياتي معه الى مروان فقام اليه وقد روى الحديث ان النبي عليه السلام قال لا قطع في ثمر ولا كثر فدرا الحد مروان عنه وعن الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطعام المهيا للاكل فان ذلك مما يتسارع اليه الفساد

ولا يمكن

ولا يمكن ادخاره واما الحنطة ونحوها يتعلق بسرقتها القطع بعد تمام الاحراز وقبل تمام الاحراز لا يتعلق بها القطع لما روي ان النبي عليه السلام سئل عن حريسة الجبل قال هي ومثلها والنكال فاذا جمعها المراح ففيها القطع وفي رواية ففيها غرم مثليها وجلدات نكال وفي رواية فاذا اواها الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع وقيل الي ولا قطع في طعام في عام السنة وهي زمان القحط لان الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فمنع ذلك وجوب القطع لما روي عن مكحول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لا قطع في مجاعة مضطر وذكر عن الحسن عن رجل قال رايت رجلين مكتوفين ولحما فذهبت معهم الى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها كما ننتظر الربيع فوجدت هذين قد اجتزراها فقال عمر رضي الله عنه هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشراوان مربعتان فانا لا نقطع في العذق ولا في عام السنة وكان ذلك في عام السنة والعشراء هي الحامل التي اتى عليها عشرة اشهر وقرب ولادها وقوله اعز ما يكون عند اهلها ينتظرون الخصب والسعة بلبنها كما ينتظرون الربيع وقوله فانا لا نقطع في العذق منهم من يروي في العرق وهو اللحم والاشهر العذق وهو الكباسة ومعناه لا نقطع في عام السنة للضرورة والمخمصة وقد كان عمر رضي الله عنه في عام السنة يضم الى اهل كل بيت اهل بيت اخر ويقول لن يهلك الناس على انصاف بطونهم فكيف يامر بالقطع في ذلك وعن علي رضي الله عنه في الخلسة قال تلك الدعارة المعالنة لا قطع فيها وفي رواية المعالنة فهذا منه اشارة الى ان القطع انما يتعلق بفعل السرقة والخلسة لا تكون سرقة فان المختلس يجاهر صاحب المتاع ولا يسارق عينه وعن ابراهيم رحمه الله قال لا قطع على سارق الحر الصغير وان سرق مملوكا قطع وبه ناخذ والحر ليس بمال بخلاف المملوك وفي الصغير يتحقق فعل السرقة وفيه اختلاف لابي يوسف نبينه ان شاء الله تعالى وعن علي رضي الله عنه يقطع يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد استودعته السجن اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها او رجلا يمشي عليها وذكر في الاصل انه عرض المسجون فاتي برجل قد قطعت يده ورجله وقد سرق فقال لما وقع فقال بعضهم تقطع يده اليسرى فقال اليس ذاك عليه فباي شيء يستنجي وبم يرفع لقمته وقال بعضهم تقطع رجله اليمنى فقال لما ذاك عليه فباي شيء يمشي الى حاجته قال ابراهيم قد اختلف اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فمنهم من قال لا تقطع حتى اتى على قوايمه كلها يريد به قول ابي بكر وعمر ومنهم من قال تقطع يده ورجله ثم احبسه يريد به قول علي وابن مسعود قال هذا احب الي وبه اخذ علماونا رحمهم الله لان القطع شرع زاجرا لا متلفا وفي تفويت منفعة الجنس اتلاف حكما على ما اشار اليه علي رضي الله عنه وسياتي بيان هذا الفصل وذكر عن ابن عمر قال اضاف ابو بكر الصديق رضي الله عنه اقطع اليد والرجل وكان يصلي بالليل فقال له ابو بكر رضي الله عنه ما ليلك بليل سارق ثم اغار على حلي لاسماء رضي الله عنها فسرقه ثم اصبح يدعو مع القوم على من سرق اهل البيت الصالح وفي رواية كان يقول اللهم اظهر عليه فلم يلبث القوم حتى اتي بصايغ بالمدينة عنده الحلي فقال اتاني به هذا الاقطع واعترف فقال ابو بكر لغرته بالله اعز علي من سرقته وفي رواية ما اجهلك بالله فقال علي رضي الله عنه والله لا ابرح حتى تقطع فقطعت يده اليسرى وقد ذكرنا في كتاب الاكراه انه كان اقطع اليد فقطع ابو بكر رجله اليسرى وليس لحكاية الحال عموم فهذا اختلاف الرواية فيه يضعف الاستدلال به والاشكال في الحديث انه كان ضيفا عند ابي بكر رضي الله عنه والضيف اذا سرق من بيت المضيف لا يقطع لانه ماذون بالدخول في الحرز ولكن تاويله ان بيت الضيافة لابي بكر رضي الله عنه كان منفصلا عن بيت العيال فلم يكن الضيف ماذونا بالدخول في بيت العيال فلهذا قطعه وفيه دليل على انه لا يعتمد على ظاهر حال الرجل في دعايه وصلاته وقد كان يصلي بالليل ثم كان مقصوده السرقة لا الصلوة وتمام فوايد الحديث نبينه في الصلوح الاكراه ان شاء الله تعالى وذكر عن يزيد بن خصيفة قال اتي النبي عليه السلام بسارق فقال اسرقت ما اخاله سرق فقال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ايتوني به ففعلوا به ذلك فقال تب الى الله فقال تبت الى الله فقال اللهم تب عليه وفيه دليل على ان الامام مندوب الى الاحتيال لدرء الحد وتلقين المقر الرجوع ويدل عليه ما رواه عن ابي الدرداء انه اتي بسارق وبسارقة فقال اسرقت قولي لا وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه اتي بسوداء فقال لها اسرقت قولي لا اما لو ايلقنها قال جيئوني باعجمية لا تدري ما يراد به حتى تعرفا قطعها وفيه دليل على ان المقر بالسرقة اذا رجع درا عنه الحد وان الرجل والمراة في ذلك سوا وان للامام ان يجيب عن ما به ليستوفي الحد بحضرته فانه عليه السلام قال اذهبوا به فاقطعوه وفيه دليل على ان القطع للزجر لا للاتلاف لانه امر بالحسم بعد القطع وهو دوا واصلاح يتحرز به عن الاتلاف وفيه دليل على ان التطهير لا يحصل بالحد اذا كان مصرا على ذلك لانه خزي ونكال وانما التطهير والتكفير في حق التايب فانه دعاه الى التوبة بقوله تب الى الله وفيه دليل على ان التوبة لا تتم بقوله تبت فانه قال اللهم تب عليه وانما التوبة بالندم على ما كان منه والعزم على ان لا يعود اليه من بعد مع الرجل فيما بين ذلك قال واذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة سالهما الامام عن ماهيتها وكيفيتها لانه يبهم الاسم محتمل فان من سمع الكلام الغير سرا يسمى سارقا قال تعالى الا من استرق السمع ويقال سرق لسان الامير ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا قال النبي عليه السلام ان اسوا الناس سرقة من سرق من صلوته فليستفسرهما عن الماهية والكيفية لهذا ولان المسروق قد يكون مما لا يتقوم وقد يكون غير مال وقد يكون محرزا وقد يكون نصابا وما دونه فلا بد من ان يسالهما عن الماهية والكيفية وينبغي ان يسالهما متى سرق واين سرق كما بيناه في الزنا لان حد السرقة لا يقام بعد تقادم العهد ولا يقام على من باشر السبب في دار الحرب فيسالهما عن ذلك ولم يذكر السوال عمن سرق لان المسروق منه كان حاضرا والشهود يشهدون بالسرقة منه فلا حاجة الى السوال عن ذلك فاذا بينوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهد يحبسه حتى يسال عنهما لانه صار متهما بارتكاب الحرام فيحبس

ولا يمكن التوثق بالكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه فلهذا حبسه
فان تركا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع الا بحضرته وكان ابن ابي ليلى رحمه الله يقول لا حاجة الى حضرة المسروق منه،
وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى والشافعي يقول اذا اقر السارق بالسرقة فلا حاجة
الى حضرة المسروق منه لقطعه واذا اقامت البينة عليه بذلك فلا بد من حضوره عند اداء الشهادة لان الشهادة تبتنى على الدعوى فما لم يحضر
هو او نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الاقرار والشهادة جميعا عند
الاداء وعند القطع لان ظهور فعل السرقة لا يكون الا به فلا بد من ان يكون المسروق منه مملوكا لغير السارق فاذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع
الشبهة لجواز ان يرد اقراره فيبقى المال مملوكا له في يده او كان اقر له بالملك بعد شهادة الشهود او انه كان ضيفا عنده ولا معتبر بحضور وكيله
عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير   وان حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع
حتى يحضرا في قول ابي حنيفة الاول وفي قوله الاخر يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك بعد موت الشهود وقد ذكر في كتاب الحدود انه يقام الحد
بعد غيبة الشهود وموتهم الا الرجم خاصة الا ان هناك لم يذكر قول ابي حنيفة الاول وانما ذكر هنا وهو القياس في كل عقوبة لان في الاستيفاء مع
غيبة الشهود استيفاء مع الشبهة لجواز ان يكونا رجعا عن الشهادة او اسلما بما يسقط شهادتهما ورجوع الشاهد في العقوبات بعد القضاء قبل الاستيفاء
مانع من استيفاء القطع وهو عذر مانع ولكنه رجع عن هذا فقال الغيبة والموت لا يقدح في عدالة الشهود والشرط بعد الاداء عدالتهم فلهذا لا يمتنع
الاقامة بغيبتهم وموتهم الا الرجم والمعتبر فيه البداية بالشاهد وذلك يتعذر بعد موته ثم بين ان العارض في الشهود السرقة بعد القضاء قبل الاستيفاء
مانع من استيفاء القطع وهو غير مانع من استرداد عين المسروق لانه محض حق العبد فساكذا الشهادة فيه ينفصل القضاء ولان المال يثبت بالشبهات بخلاف
الحد ولهذا قبلت شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة في السرقة بالمال دون القطع   قال واذا سرق الرجل ثوبا يساوي عشرة من
رجلين قطع لان المسروق نصاب كامل فلا يختلف مقصود السارق بتعدد المسروق منه واتحاده وان سرق الرجلان ثوبا يساوي عشرة من رجل لم يقطع
لان سرقة كل واحد منهما نصف النصاب فان عند تعدد السراق لا يصيب كل واحد منهم الا شيء يسير قل ما يرغب فيه ولا يقطع اليد في الشيء التافه
بخلاف الاول فان السارق واحد والنصاب كامل يرغب الواحد في اخذه سواء كان المالك واحدا او جماعة وان كانت قيمة الثوب بحيث تبلغ
نصيب كل واحد من السارقين منه عشرة دراهم فانه يقطع كل واحد منهما لان التعاون مما يزيد رغبة السارق في الاخذ على فعل السرقة فالحاجة الى
شرع الزاجر في هذه الحالة اظهر وهو نظير الصداق فانه لو تزوج امرأتين على ثوب يساوي نصيب كل واحد منهما عشرة دراهم كانت التسمية صحيحة
في حقهما ولو كانت قيمة الثوب عشرة فلكل واحدة نصف الثوب وخمسه لان البضع لا يملك على واحدة منهما الا بنصاب كامل فكذلك هنا لا يقطع
اليد من كل واحد منهما ما لم تبلغ سرقته نصابا كاملا   قال يقطع السارق من المستودع والمضارب والمستعير كالغاصب والمرتهن عندنا وعلى قول
الشافعي وزفر لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر المالك واصل الكلام مع الشافعي ينبني على ان لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعند الشافعي ليس لهم
ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك وقد بيناها في الوديعة فاما الكلام مع زفر يتحقق في هذه المسألة وهو يقول خصومة هؤلاء تقوم مقام
خصومة المالك فلا يستوفى القطع بمثله كما لا يستوفى بخصومة وكيل المسروق منه وهذا لانه لو استوفي مع تمكن الشبهة فان المالك اذا حضر ربما يقر له
بالملك له وانه كان ماذونا في الاخذ من جهته وما يندرئ بالشبهات لا يستوفى مع تمكن الشبهة الا ترى ان القصاص في النفس لا يستوفى في القطع بخصومتهما
ايضا لاعتبار معنى النيابة وقيل يستوفى لانه ليس فيه تمكن الشبهة في الحال فان اقرار الصغير بالملك للسارق لغو ولهذا ملك الاب استيفاء القصاص
في الطرف والنفس جميعا وملك الوصي استيفاء القصاص في الطرف في احدى الروايتين   توضيحه ان المال مضمون على السارق وفي استيفاء القطع اسقاط
الضمان وصاحب اليد اذا لم يكن مالكا لا يملك اسقاط الضمان فلا يستوفى القطع بخصومته   وحجتنا فيه ان السرقة تمت موجبة للقطع فيستوفى القطع
بخصومة المسروق منه كالمالك والاب والوصي ان اسلم وبيانه ان المالك لو حضر واستوفى خاصم يستوفى القطع بالاتفاق وتاثيره ان بعد تمام
الفعل موجبا للقطع الشرط ظهوره عند الامام بلا شبهة وقد ظهرت بخصومة هؤلاء لان ايديهم صحيحة وصاحب اليد الصحيحة اذا ازيلت يده كان
له حق الخصومة في الاعادة لان اليد مقصود كالملك الا ترى ان الغاصب يضمن بتفويت اليد لان صاحب اليد وان كان امينا فلا يتمكن من اداء الامانة
الا بيده وان كان ضامنا فلا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا بيده فكانت اليد مقصودة له ولا شك في حق المرتهن ان اليد مقصودة لان موجب عقد
الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وكل من كان خصما في اثبات ازالة يده يكون خصما في اثبات سبب الازالة كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه
من فلان الغائب واقام البينة على ذلك قبلت بينته حتى اذا حضر الغائب وانكر البيع لم يلتفت الى ذلك ولانه لما كان خصما في اثبات الملك لنفسه كان
خصما في اثبات سببه وسبب الازالة هنا السرقة فيظهر بخصومته عند الامام بلا شبهة لانه اصل في هذه الخصومة وانما يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار
ملك العين الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى نفسه فانه يقول سرق مني وازال يدي بخلاف الوكيل واذا ظهرت السرقة بلا شبهة استوفى

420

الامام استوفى الامام القطع حقا لله تعالى كما لا يمتنع الاستيفاء لتوهم اقرار من المالك اذا حضر الا ترى ان المالك اذا حضر وغاب المودع يستوفى القطع وان
كان يتوهم ان يحضر المودع فيقر انه كان ضيفا عنده وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال فاما ما يتوهم اعتراضه لا يعتبر الا ترى ان القطع
لا يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع من المقر وصاحب اليد بهذه الخصومة انما يقصد احياء حق المالك لا اسقاط حقه ولكن الامام اذا
استوفى القطع حقا لله تعالى فمن ضرورته سقوط ما بينه فلا يصير به المودع مسقطا للضمان بل القطع مشروع بطريق الزجر يستوفى القطع بخصومته وكذلك
ذلك من الحفظ حكما كما ان الله تعالى وصف القصاص بانه حياة وهو امانة في الحقيقة ولكن فيه حياة بطريق الزجر فاما القصاص فانما لا يستوفى بخصومة المودع
لتكون شبهة عفو من المالك في الحال ولان اليد فيما سوى المال من الايداع له وهو المالية ووجوب القصاص باعتبار معنى النفسية وذلك لا يثبت له الايداع
بخلاف الخصومة في السرقة فانه يكون في المال باعتبار معنى المالية فيكون المودع اصلا بنفسه ولان الحرز الذي هو للمودع لا اثر له في القصاص بخلاف
القطع فانه لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال وكل واحد منهما جناية تصلح سببا للعقوبة فكان المودع باعتبار هذا المعنى كالمودع لانه صاحب احد شقي
السبب كما ان المالك اصل في الخصومة المظهرة للسرقة بلا شبهة فكذلك المودع واما اذا سرق من السارق فان كان الاول لم يقطع بعد فهو بمنزلة السارق
الاول بعدما قطعت فانه ليس يد امانة ولا يد ضمان ولا يد ملك ولهذا لا يكون له حق الخصومة في الاسترداد ولو حضر المالك لم يكن له ان يستوفي
القطع من الثاني بخلاف ما نحن فيه على ما بينا   قال واذا شهد كافران على مسلم وكافر بسرقة ثوب فشهادتهما باطلة في حق الاخر لانه يقضي على الكافر بنصف
الثوب للذي على ما مر كما شهد بسرقة واحدة ولو بطلت شهادتهما في حق المسلم لانها ليست بحجة فلا تبطل في حق الكافر ايضا لان شهادتهما حجة في حق خصمه
الكافر لان فعل شاركه المسلم فيه وقد تقدم في الزنا نظيره واما في حق الثوب فنصفه في يد المسلم فشهادتهما ليست بحجة فيه ونصفه في يد الكافر فشهادتهما
حجة عليه فيقضي بشهادتهما على الكافر بنصف الثوب للمدعي فان كان المشهود عليهما كافرين فاسلم احدهما قبل القضاء فكذلك الجواب وان اسلم احدهما
بعد القضاء فكذلك الجواب في حق القطع فاما في حق الثوب فللمدعي ان يسترد كله لان شهادتهما في ملك الثوب تاكدت بالقضاء قال ويستحب للشاهد في السرقة
ان لا يشهد عليه بذلك لما في درء الحد عنه لما جاء في الحديث ادرؤا الحدود ما استطعتم وهذا خطاب لكل من يكون من ذلك ولانه بالامتناع من اداء الشهادة
يقصد ابقاء الستر عليه وانه مندوب اليه ولكن هنا اذا رد السارق المتاع فان ابى ذلك وقال صاحب المتاع اذا يذهب متاعي وسعهما ان يشهدا انه
متاع هذا اخذه وهذا من غير ان يذكرا السرقة لانهما ندبا الى الستر عليه ونهيا عن كتمان الشهادة التي تتضمن ابطال حق المسلم فالطريق الذي يعتدل فيه النظر
من الجانبين هذا وهو ان يشهد بلفظ الاخذ دون السرقة ليكون الاخذ مجبرا على رد العين حال قيامه وعلى رد القيمة عند هلاكه فيتوصل صاحب المتاع
الى حقه ولا يهتك ستر الاخذ وهما صادقان في هذه الشهادة فالسارق اخذ المتاع لا محالة وكل من كان في يده شيء وفي بيته فاخذه انسان وسع من رآه
ان يشهد انه لفلان الذي كان في يده لانه لا طريق الى معرفة الملك الا اليد لانه وان عاين الشراء فالمشتري لا يملك الا باعتبار ملك البائع ولا يعرف
ملكه الا باعتبار يده وكذلك الاحتطاب والاحتشاش وسائر الاسباب انما يوجب الملك باعتبار اليد وهذا لان احراز الشيء يكون باليد وبالاحراز
يثبت الملك وعلى قول الشافعي لا يسعه ان يشهد له بالملك وان راه في يده الا ان يراه يتصرف فيه ولا يمنعه احد منه لان الايدي قد تتنوع فقد يكون يد
ملك وقد تكون يد امانة وقد تكون يد غصب ولكنا نقول لا معتبر بهذه الزيادة فاليد مع التصرف تتنوع ايضا الا ترى ان الوكيل والمضارب متصرف
وفي الكتاب قال الشاهد يبني على الظاهر فاما وراءه غيب لا يعلمه الا الله تعالى الا ترى انه لو تزوج امرأة بين يدي الشهود كان لهم ان يشهدوا بالنكاح بينهما
وان كان من الجائز انها كانت منكوحة لغيره او وقعت الفرقة بينهما بعد العقد وشهود الدين يسعهم ان يشهدوا عليه بعد زمان ولعل المديون قد وقعه
عنه بالايفاء او الابراء   قال ومن نقب البيت فادخل يده واخذ المتاع وذهب به لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه لا يقطع لانه اخذ المال المحرز
على وجه السرقة وهو كما لو دخل البيت واخرج المتاع وهذا لان المقصود اخذ المال لا دخول الحرز وبناء الحكم على ما هو المقصود الا ترى انه لو سرق من الجوالق
وادخل يده واخرج المتاع قطعت فكذلك في البيت وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال
ان ينقب البيت ويخرج فيدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وشرط الحد وسببه يراعى وجوده باكمل الجهات
واكمل جهة هتك الحرز في البيوت ان يدخلها ولا يلزمه القطع بدون ذلك بخلاف الجوالق فالدخول فيه لا يتأتى ومع ذلك ليس معتادا ايضا فتم هتك الحرز
بادخال اليد واخراج المتاع منه وكما ان اخذ المال مقصود فدخول الحرز كذلك الا ترى ان من الجهال من يقصد ذلك اظهارا للجلادة من نفسه والاحتيال
بصاحب الحرز وان لم يكن له قصد الى اخذ ماله   قال وان دخل الحرز وجمع المتاع ولم يخرج حتى اخذ لم يقطع لان تمام السرقة باخراج المال من
الحرز فمقصود السارق لا يتم الا به وقبل تتميم السبب لا يلزمه القطع وعند الشافعي يقطع لان سرقته قد تمت باخذ المال من الحرز والخروج بعد ذلك ليس
من فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه وهو كحد الزنا يجب بنفس الايلاج وان اخذ على ذلك قبل ان ينزع نفسه ولكنا نقول هناك يحصل مقصوده في الايلاج وهنا
لا يحصل مقصوده في صرف المسروق الى شهواته وحاجاته وذلك يكون بعد الاخراج فلا يقطع اذا اخذ قبل ان يخرج   قال وان ناول صاحبا له على
الباب لم يقطع واحد منهما لان الذي وقف خارج البيت لم يدخل الحرز والاخر لم يخرج المال الا ترى انه خرج من الحرز وليس معه المال في يده حقيقة

ولا حكم لذلك المال في يده لأخذه فلا يقطع واحد منهما وعن أبي يوسف قال إن كان الخارج أدخل يده حتى تناوله لأخذ المتاع فالقطع عليهما جميعا وإن كان الداخل أخرج يده من المتاع حتى أخذه منه الخارج فالقطع على الداخل دون الخارج لأن الداخل قد تم منه هتك الحرز حقيقة والمال مخرج بفعله أو بفعل غيره فعليه القطع على كل حال فأما الخارج إن أدخل يده فقد وجد منه إخراج المال من الحرز وذلك يوجب القطع عليه عنده وإن لم يدخل يده ولكن أخرج الآخر يده إليه فإنما أخذ متاعا هو غير محرز فلا يقطع قال فإن رمى بالثياب إلى الطريق ثم خرج فأخذها من الطريق قطع عندنا وعند زفر لا يقطع لأنه خرج من الحرز ولا مال في يده فهو كما لو ناول صاحبا له من خارج كما بينا فأما الأول فهو الأخذ من السكة وذلك غير موجب القطع عليه ولكنا نقول خرج والمال في يده حكما فتتم سرقته كما لو كان في يده حقيقة بيانه أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تنتقل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى عليه ألا ترى أنه لو أن من سقط منه مال فأخذه إنسان ليرده على صاحبه ثم رده إلى موضعه لم يضمن لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فرده إلى ذلك الموضع بمنزلة رده على صاحبه وإذا ثبت بقاء يده حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ من الحامي فكان مستوجبا القطع فهذه مبالغة في الحيلة من السارق ليكون مستعدا لدفع صاحب البيت في منعه أن يدركه ولا يشتغل هو بالمتاع وقد تحول ذلك بينه وبين الدفع وأكثر ما به زيادة حيلة فلا يكون مسقطا للقطع عنه فأما إذا تناول الغير فقد زال يده حقيقة وحكما باعتراض يد أخرى قبل خروجه من الحرز فلهذا لم يلزمه القطع قال ولو رمى به إلى السكة ثم لما خرج لم يجده بأن كان أخذه غيره وذهب لم يقطع لأن فعله هذا كان تضييعا للمال لا تتميما لفعل السرقة ولما ثبتت يد الغير عليه بالأخذ تبين حكما فقد خرج ولا مال في يده ولو كان في البيت نهر جار فرمى بالمتاع في النهر حتى أخرجه الماء ثم خرج فأخذه فقد قال بعض مشايخنا لا قطع عليه لأنه ما أخرج المتاع وإنما خرج به الماء بخلاف الأول فهناك هو الذي أخرجه بالرمي به إلى الخارج والأصح أنه يقطع لأن جري الماء به كان بسبب إلقائه في النهر فيصير الإخراج مضافا إليه من هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطا للحد عنه قال ولو حمل المتاع على ظهر دابة وساق الدابة حتى أخرجها فعليه القطع لأن فعل الدابة مضاف إلى سائقها ألا ترى أن من وطئت دابته فعلى سائق الدابة ضمن سرقته بإخراج المال على ظهر الدابة قال وإن دخل جماعة الدار فجمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل منهم فكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه وبعضهم في إثره أو خرجوا قبله ثم خرج هو في إثرهم ففي القياس يقطع الحامل وحده وفي الاستحسان عليهم القطع وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله وجه القياس أن فعل السرقة إنما تم من الحامل بإخراج المتاع فأما الآخرون فلم يوجد إخراج المتاع منهم حقيقة ولا حكما فلا يلزمهم القطع وبيان ذلك أنهم خرجوا ولا شيء في أيديهم حقيقة ومن طريق الحكم المتاع في يد الحامل حتى لو تنازعوا كان القول قوله ويده معتبرة في إيجاب القطع عليه ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في إيجاب القطع على الآخرين بخلاف ما إذا حملوه على ظهر الدابة لأن فعل الدابة هدر فيبقى الإخراج مضافا إلى سوق الدابة فكانوا مخرجين له ولأنه لا يد للدابة على المتاع فيبقى في يد الآخذين حكما إلى أن أخرجوها على ظهر الدابة وجه الاستحسان أنهم اشتركوا في هتك الحرز وصار المال مخرجا بمعاونتهم فيلزمهم القطع كما لو حملوه على ظهر الدابة وهذا لأن هذه زيادة حيلة معروفة بين السراق أن يباشر حمل المتاع واحد منهم وأصحابه يكونون مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم فلا يجوز أن يكون مسقطا الحد عنهم والمسألة مع الشافعي إنما تنبني على الردء في قطع الطريق أنه هل يلزمه العقوبة على ما بيناه كالآخر كما في الحال إلا أن زفر قد يفرق بينهما فيقول حد قطاع الطريق بسبب المحاربة والردء مباشر للمحاربة لأن المحاربة في العادة هكذا تكون فإنهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال فإذا وقعت الهزيمة عليهم لا ينفر قد يفرون إذا كان بعضهم ردءا فإذا وقعت الهزيمة على المباشر التجأ إلى الردء فلهذا كانت العقوبة بخلاف السرقة فالحد هنا إنما يجب بمباشرة فعل السرقة وذلك في إخراج المال من الحرز فإذا كان المخرج من يؤاخذ بحكم فعله لم يجب القطع على غيره قال وإن دخل البيت وأخرج فإن عرف بعينه وإن لم يعلم فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم لأن فعل السرقة إنما هو من بعضهم وهو غير معروف بعينه فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنهم قال وإذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقال السارق هذا متاعي كنت استودعته فجحدني أو اشتريته منه أو قال هو أمرني به درأت عنه القطع في جميع ذلك لأن المسروق منه قد صار خصما له فإنه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه ويتمكن عليه من إثباته عليه بالبينة وإذا طلب يمينه كان له أن يستحلفه عليه وبعدما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد الواجب لله تعالى وقد بينا هذا في حد الزنا وهذا لأنه إذا امتنع عن اليمين يقضي عليه بالنكول ولو حلف لو قلنا بأنه يقطع كان استيفاء الحد باليمين ولا يجوز استيفاء الحد باليمين والشافعي يقول لا يجوز أن يسقط الحد بمجرد الدعوى لأن ذلك لا يعجز عنه سارق فيؤدي ذلك إلى سد باب هذا الحد ولكنا نقول أمرنا بدرء الحد عند الشبهة والشبهة تتمكن بمجرد دعواه بدليل تمكنه من الخصومة وهو نظير المقر إذا رجع عند الحد وما من مقر إلا ويمكن من الرجوع ثم كان ذلك معتبرا في إيراث الشبهة قال وإن سرق باب دار أو مسجد لم يقطع لأنه ظاهر غير محرز ولا قطع في سرقة مال غير محرز ولأن بالباب يصير ما في البيت محرزا فأما الباب يكون سادا للحرز دون الحرز فهو كسرقة الحارس وكذلك لو سرق ثوبا قد بسط على الحائط إلى السكة فإنه غير محرز فإن الحائط غير محرز به محرزا ما في داخل البيت فأما على ظاهر الحائط لا يكون محرزا أيضا وكذلك إن سرق خشبة أو ساجة في السكة وكذلك لو سرق ثوبا من حمام أو بيت إنسان أذن له في دخوله أو حانوت تاجر في السوق قد أذن للناس بالدخول عليه والأصل

في ذلك جنس هذه المسائل أن المال يكون محرزا بالمكان تارة وبالحافظ أخرى وكل مكان هو معد لحفظ الأمتعة فيه فهو حرز وما لم يكن معدا لذلك لا يكون حرزا والإحراز بالحافظ إنما يعتبر فيما ليس بحرز بالمكان فأما فيما كان محرزا بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ لأنه بدونه محرز وإنما يتحقق الإحراز فيما ليس بمحرز إذا عرفنا هذا فنقول الحانوت حرز حتى لو سرق منه ليلا استوجب القطع وإذا فتح التاجر باب الحانوت بالنهار وأذن للناس بالدخول والمعاملة معه فكل من دخل كان داخلا بإذن صاحبه وذلك شبهة مانعة من وجوب القطع لأن كل داخل بحكم الإذن صار بمنزلة صاحب الدار والحانوت فينعدم هتك الحرز من هذا الوجه ويستوي إن كان صاحب الحانوت هناك يحفظ متاعه أو لا يكون لأن الحافظ غير معتبر فيما هو محرز بالمكان وكذلك البيت المأذون بالدخول فيه أو الدار الواحدة إذا أذن له في الدخول في بعض بيوتها ويستوي أن يسرق من ذلك البيت أو من بيت آخر فيها من صندوق مقفل لأن الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق لو لم يخرج المسروق من الدار لا يستوجب القطع بخلاف ما إذا كانت إحدى الدارين منفصلة عن الأخرى لأن كل واحد منهما حرز على حدة ألا ترى أن المودع إذا أمر بحفظ الوديعة في دار فحفظها في دار أخرى فهلكت كان ضامنا بخلاف ما إذا أمر بحفظ الوديعة في دار فحفظها في بيت آخر من تلك الدار فإذا كان مأذونا بدخول بيت منها ينعدم الحرز به في حقه فلا يقطع سواء كان صاحب الدار هناك أو لم يكن وكذلك الحمام فإنه حرز في نفسه حتى لو سرق منه ليلا يقطع وبالنهار هو مأذون بالدخول فيه فيمتنع وجوب القطع عليه سواء كان هناك حافظ أو لم يكن وأما الصحراء فليس بحرز في نفسه وإنما يصير المال محرزا فيه بالحافظ فإذا كان هناك حافظ يجب القطع على السارق وإلا فلا قطع عليه وكذلك المسجد فإنه ما بني للإحراز وحفظ الأمتعة به فإنما يكون المتاع فيه محرزا بالحافظ فإذا لم يكن مع المال حافظ فلا قطع عليه سرق منه ليلا أو نهارا وإذا كان هناك حافظ فعليه القطع لحديث صفوان فإنه كان نائما في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسدا بردائه فجاء سارق وسرق رداءه فأخذه حتى أخذه وجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه قال ولو كابر إنسانا ليلا حتى سرق متاعه ليلا فعليه القطع لأن سرقته قد تمت حين كابره ليلا فإن الغوث بالليل قل ما يلحق صاحب البيت وهو عاجز عن دفعه بنفسه فيكون تمكنه من ذلك بالناس والسارق استخفى فعله من الناس بخلاف ما إذا كابره في المصر نهارا حتى أخذ منه مالا فإنه لا يلزمه القطع استحسانا لأن الغوث في المصر بالنهار يلحقه عادة فالآخذ مجاهر بفعله غير مستخف له وذلك نقصان في السرقة قال عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن قال وإذا سرق رجلان من رجل ثوبا وأحدهما ابن المسروق منه لم يقطع واحد منهما أما الابن فلما أول في مال ولده بظاهر قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك ولأنه يدخل بيته من غير استئذان عادة فلا يكون بيته حرزا في حقه فالسرقة فعل السارقين فإذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة وهو نظير ما قلنا في الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الولد لم يجب القصاص على واحد منهما قال ومن سرق من ذي رحم محرم منه لم يقطع عند علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك وفي غيرهم يجب القطع لأنه ليس بينهما ولاد ولا جزئية فلا تتمكن الشبهة لأحدهما في مال صاحبه كبني الأعمام والدليل عليه قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وجواز وضع الزكاة ولأن الثابت بهذه القرابة بينهما حرمة النكاح وذلك لا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من أخته من الرضاعة وهذا على أصله مستقيم فإنه يقول لا يتعلق بهذه القرابة استحقاق النفقة بحال ولا استحقاق العتق عليه عند دخوله في ملكه وحجتنا فيه قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم الآية فإن الله تعالى رفع الجناح عن الداخل في بيت الأخوة والأعمام والأكل منه فظاهر هذا يقتضي الإباحة والظاهر وإن ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ألا ترى أنه عطف بيوت الأخوة والأعمام على بيوت الآباء والأولاد وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ولا يدخل عليه قوله في آخر الآية أو صديقكم لأن الصداقة لا تبقى مع السرقة فلانعدامها بسببه عند السرقة تنتفي الشبهة هناك فأما الأخوة تبقى مع السرقة كالأبوة والمعنى فيه أن بينهما قرابة محرمة للنكاح فكانت كالولاد وتأثيره أن البعض يدخل بيت البعض من غير استئذان ولا حشمة ولهذا ثبت حل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة كما في الولاد فينتقص معنى الحرزية في حقهم وهو على أصلنا مستقيم لأنه يتعلق استحقاق النفقة بهذه القرابة والعتق عند دخوله في الملك فذلك دليل على ثبوت الحق لبعضهم فيما للبعض من وجه وأدنى الشبهة يكفي لدرء القطع وإن كان أحد السارقين ذا رحم محرم من المسروق منه أو شريكا له فدرأ الحد عنه للشبهة يدرأ عن الآخر للشركة لما بينا في الفاسقة والأخوة ولا يكون بعضها موجبا للعقوبة وبعضها غير موجب كالخاطئ مع العامد إذا اشتركا في القتل قال ولا قطع على سارق المصحف عند علمائنا وقال الشافعي عليه القطع لأنه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فإن الجلد والبياض مال متقوم قبل أن يكتب فيه القرآن يجب القطع بسرقته وكذلك ما كتب فيه ألا ترى أنه يجوز بيعه وشراؤه وأنه لو كان المكتوب فيه شيئا آخر لم ينتقص المالية فإذا كتب فيه القرآن أولى وفي الكتاب علل وقال لأنه في القرآن فلا قطع فيه وفي هذا التعليل إشارة إلى أن في المصاحف قرآن كما هو مذهب أهل السنة وتأثيره أن لكل واحد تأويلا في أخذ المصحف للقراءة فيه والنظر لإزالة إشكال وقع في كلمة فالقطع لا يجب مع تمكن الشبهة توضيحه أن المقصود ما في المصحف لا عين الجلد والبياض ولا يمكن إيجاب القطع عليه باعتبار هذا المقصود لأن ذلك ليس بمال فيصير ذلك شبهة كمن سرق آنية من خمر لا يلزمه القطع وإن كانت الآنية تساوي نصابا لأن المقصود ما فيه وهو ليس بمال وكذلك إن كان المصحف مفضضا وعن أبي يوسف أنه يقطع في هذه الحالة لأن ما عليه من الفضة ليس من المصحف في شيء فهو كالمنفصل يتعلق القطع بسرقته ووجه ظاهر الرواية أن المقصود ما في المصحف دون

بما على جلده من الفضة واذا لم يكن ايجاب القطع باعتبار ما هو المقصود تعين لك شبهة في درء الحد والقطع كمن سرق ثوبا خلقا قد صر في الثوب دينار ولم يعلم السارق لا يلزمه القطع لان ما هو المقصود ليس بنصاب فلا يلزمه القطع باعتبار غيره قال ولا قطع على سارق اللحم والخبز والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحناء والوسمة سواء سرق من شجره او غير شجره عندنا وقال الشافعي يلزمه القطع في هذا كله وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم جواز البيع والشراء فيها ووجوب ضمان القيمة على غاصبها ومتلفها ودليل الحرز فيه انه لو سرق مالا اخر من هذا الموضع يقطع وكل مكان هو حرز معتاد لمال فانه يتم احرازه بذلك المكان على وجه لا يبقى فيه شبهة وحجتنا ظاهر قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وبالاجماع المراد الثمار الرطبة لانه يتسارع اليها الفساد ولان في مالية هذه الاشيا نقصانا لان المالية بالتمول وذلك بالصيانة والادخار لوقت الحاجة ولا بناء في ذلك فيما يتسارع اليه الفساد فيتمكن النقصان في ماليتها وفي النقصان شبهة العدم ولانه تافه حسا ولان الناس يتساهلون فيما بينهم فيلتحق بالتافه قدرا وهو ما دون النصاب والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشي التافه قال وكذلك لا قطع في الحرص والجص والنورة والزرنيخ عندنا لان هذه الاشيا توجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه فلا يتعلق القطع بسرقته عندنا وقال الشافعي يتعلق القطع بسرقة كل ما يبلغ قيمتها نصابا الا التراب والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف ايضا لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه وقد قررنا هذا في المسألة الاولى وبان كان يوجد جنسه مباحا لا يتمكن فيه شبهة بعد الاحراز كالذهب والفضة واللولو والفيروزج يتعلق القطع بسرقتها وان كان يوجد جنسه مباحا ولانه لو سرق سريرا او كرسيا يلزمه القطع والخشب غير مصنوع يوجد مباحا ثم وجوب القطع باعتبار العين لا باعتبار الصنعة ولا يفرق الحال بين ما قبل الصنعة وبعدها في حكم القطع وحجتنا فيه ظاهر قوله عليه السلام الناس شركا في ثلاث في الكلا والما والنار فقد اثبت بين الناس شركة عامة في هذه الاشيا وذلك شبهة في المنع من وجوب القطع بها وان انقطع الشركة باحرازها واذا علم الحكم في هذه الاشيا وهي توجد مباح الاصل بصورتها غير مرغوب فيها فكذلك كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه والمعنى فيه انه تافه جنسا الا ترى ان الانسان قد يتمكن من احرازه ولا يرغب فيه فيكون نظير التافه قدرا يقرره ان التافه لا يتم احرازه الا ترى ان الخشب يكون مطروحا في السكة عادة وكذلك الجص والزرنيخ والنورة والناس لا يحرزونها كما يحرزون ساير الاموال لتفاهتها والنقصان في الحرز يمنع من وجوب القطع فاما الذهب والفضة واللولو والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحا لا يقطع وهو المخلوط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب يجب لانه ليس بتافه جنسا فان كل من تمكن من احرازه لا يتركه عادة وكذلك احرازه يتم عادة فاما المصنوع من الخشب فهو لا يوجد بصورته مباحا فلم يكن تافها جنسا ولا يبعد ان لا يتعلق القطع بعين الشي ثم يتعلق بالمصنوع منه كما قال هو في التراب لا يقطع بسرقته ثم يتعلق بسرقة المصنوع منه من الطواس والكيزان ونحوها قال ولا يقطع بسرقة النبيذ واللبن لان ذلك مما يتسارع اليه الفساد وكذلك في سرقة الخمر والخنزير والسكر اما فيما بين المسلمين فهذا حرام ولكل احد تأويل اخذه للاراقة واما في حق اهل الذمة وان كان مالا متقوما ولكنه مما يتسارع اليه الفساد وانعدام المالية والتقوم فيه في حق المسلم يصير شبهة والقطع يندرئ بالشبهات قال ولا قطع في الدف وما اشبهه من الملاهي اما عندهما فلانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن متلفه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى اخر فيه سوى اللهو والمقصود الملهي به ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود ولان للاخذ تأويلا في اخذه لانه يقصد به النهي عن المنكر وهو استعمال الملاهي فيصير ذلك شبهة قال ولا قطع في الطيور ولان هذا يوجد مباح الاصل بصورته غير مرغوب ولا يتم احرازه في الناس عادة ولان فعله اصطيادا من وجه والاصطياد مباح وظاهر قوله عليه السلام الصيد لمن اخذ يورث شبهة والقطع يندرئ بالشبهة وكذلك الفهد والكلب فان الفهد من جنس الصيود والكلب صياد فلما لم يجب القطع بسرقة الصيد فكذلك بسرقة الصياد وبين العلماء اختلاف ظاهر في مالية الكلب وجواز بيعه فظاهر نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يورث الشبهة قال فان سرق التمر من رؤوس النخل في حائط محرز او حنطة في سنبلها لم يحصد فلا قطع عليه لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ولان الثمار ما دامت على رؤوس الاشجار فانها يتسارع اليها الفساد الا ترى انها لو تركت كذلك فسدت ولا يتم معنى الاحراز فيها وكذا في الحنطة في سنبلها فانها زرعت في ذلك الموضع المقصود اخر سوى الاحراز والدليل عليه قوله عليه السلام فاذا اواه الجرين ففيه القطع فهذا بيان ان الثمار ما لم يحملها الى الجرين ما لم يحصد لا يجب القطع بسرقتها وكذلك ان سرق النخلة باصولها بقوله ولا كثر والمراد صغار النخل فاذا لم يجب القطع في صغار من الاشجار فكذلك الكبار وهذا لانعدام الاتيان في موضع لا يقصد احرازه فان معنى الحرز لا يتم عادة فان احراز التمر في حظيرة عليها باب او حصد الحنطة وجعلت في حظيرة فسرق منها قطع للحديث ولان الاحراز قد تم فانه انما جمعه صاحبه في هذا الموضع ليكون محرزا محفوظا وكذلك ان كانت في العدل وصاحبها يحفظها لان الجوالق بيت يحرز بنفسها فيتم الاحراز بالحافظ ويستوي ان كان الحافظ منتبها او نايما عندهما لان حفظ المال في الصحراء كذلك يكون عادة والاخذ يسارق عين الحافظ وكذلك المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه وينام عليه فسرق منه قطع من اصحابنا من قال هذا اللفظ اشارة الى انه انما يكون محرزا به في حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت راسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه لان النايم كالغايب لا ينافي

منه

منه الحرز والاصح انه يلزمه القطع على كل حال لان المعتبر هو الاحراز المعتاد لا اقصى ما يتأتى منه الحرز والاحراز المعتاد يتأتى بهذا المقدار فان الناس يعدون النايم عند متاعه حافظا له الا ترى ان المودع والمستعير لا يضمن بمثله وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزا لا يكون مضيعا قال وكذلك ان كان في فسطاط وقد جمع متاعه فيه لان نصب الفسطاط في الصحارى كبناء البيوت في الامصار ويكون ما في الفسطاط محرزا بالفساطيط وبالحافظ عنه قال وان سرق الفسطاط بعينه لم اقطعه لانه ظاهر لم يحرزه صاحبه انما احرز ساير الامتعة به ووجوب القطع بسرقة المحرز لا بسرقة الحرز وهذا اذا كان الفسطاط منصوبا فان كان ملفوفا بين يديه يجب القطع بسرقته لانه متاع محرز بالحافظ كساير الامتعة وكذلك ان سرق الجوالق من ظهر الدابة او سرق الدابة مع الجوالق لم يقطع لانه ظاهر غير محرز فان صاحب الجوالق يحرز بالجوالق ما فيه ولا يقصد احراز الجوالق فان شق الجوالق فسرق ما فيه قطع لانه سرق مالا محرزا وقد بينا ان المعتبر في الاحراز ما هو المعتاد فاذا اعتاد احراز المتاع بالجوالق كان الجوالق حرزا فاذا شقه وادخل يده فيه واخرج المتاع فقد تم منه هتك الحرز واخذ المال فيلزمه القطع ثم في كل موضع كان المال محرزا بالحافظ فاذا اخذ السارق كما اخذ المال من ذلك المكان لا يلزمه القطع لان فعله في الحرز بالحافظ تم بنفس الاخذ ويزول له اليد باثبات اليد لنفسه على وجه السرقة فاما المحرز بالمكان فلا يتم سرقته فيه الا باخراج المال من الحرز وقد بينا ان الدار كلها حرز واحد فما لم يخرج المتاع منها لا يلزمه القطع قال واذا قطع السارق ردت السرقة الى صاحبها لان المسروق منه واجد لعين ماله ومن وجد عين ماله فهو احق به فان لم يقدر عليها فلا ضمان على السارق عندنا وقال الشافعي هو ضامن لقيمتها وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يوم يؤدي الضمان في الحال وان لم يكن له شي فلا ضمان عليه في الحال ولا بعد ذلك واستدل الشافعي بقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد فهذا وجب على الاخذ ضمان الماخوذ الى غاية الرد وقد وجد منه الاخذ هنا فيكون ضامنا وهو المعنى في المسألة فانه اخذ مال الغير بغير حق فيكون ضامنا له كالغاصب ولا اشكال انه للاخذ ضامن حتى اذا سقط الحد بشبهة كان ضامنا للمال فلو سقط الضمان انما يسقط باستيفاء القطع والقطع حد واجب لله تعالى فاستيفاؤه لا يسقط الضمان الواجب لحق العبد لان وجوب الضمان عليه بنفس الاخذ ووجوب القطع في تمام فعل السرقة بالاخراج والحقان اذا وجبا بسببين فاستيفاء احدهما لا يسقط الاخر كما لو قتل انسانا وسرق عليه ثيابه لا يسقط عنه ضمان الثياب باستيفاء القصاص ولانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله وسببه السرقة ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه ادخال النقصان عليه باخذ ماله فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدية مع الكفارة في القتل والجزاء مع القيمة في الصيد المملوك في الحرم وشرب خمر الذمي على اصلكم فانه يوجب الحد حقا لله تعالى والضمان للذمي وحجتنا فيه قوله تعالى جزاء بما كسبا وقد نص على ان القطع جميع موجب فعله لما بينا ان في لفظ الجزاء اشارة الى الكمال فلو اوجبنا الضمان معه لم يكن القطع جميع موجب فعله فكان نسخا لما هو ثابت بالنص وعن عبد الرحمن بن عوف ان النبي عليه السلام قال لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه وفي رواية لا غرم على السارق فيما قطعت يمينه وفي رواية اذا قطعت يد السارق لم يغرم والمعنى فيه ان القطع عقوبة تندرئ بالشبهات والضمان غرامة تثبت مع الشبهات فلا يجمع بينهما بسبب فعل واحد كالقصاص مع الدية وتمام وهو ان الفعل الواحد صار كأنه معنى في حق ما يندرئ بالشبهات فلا يبقى شي منه ليعتبر في حكم الضمان وبدون الفعل لا يجب الضمان ولا معنى لما قال الموجود منه فعلان الاخذ والاخراج لان الاخراج يتم لما هو المقصود بالاخذ فلا يأخذ حكم فعل الاخر والاخراج بدون الاخذ لا يتحقق والكلام ثابت فيما اذا سرق الثوب من تحت راس نايم فالاخذ والاخراج هنا حصل بفعل واحد ثم الفعل وان تعدد صورة فالوجوب باعتبار حرمة المحل ثم بالسرقة ما هتك الا حرمة واحدة وهي خالص حق الله تعالى فلا يجب الا باعتبار جعل ما يجب به القطع لله تعالى لان ما يجب باعتبار ما هو حق العبد يكون للعبد عقوبة كانت او غرامة كالقصاص وانما اوجب القطع لله تعالى عرفنا انه يجب باعتبار انه صار لله تعالى اذا صارت المالية والتقوم في هذا المحل لله تعالى لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا ينفرد الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله فتمامه بالاستيفاء وكان حكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان له ويوضحه ان العقوبة التي تندرئ بالشبهات لا تجب الا بفعل حرام لعينه وانما يكون فعل السارق حراما لعينه اذا لم يبق المحل محترما لحق العبد فاما اذا كان حرمة المالية والتقوم لحق العبد فاخذه حرام لغيره وهو حق المالك ومثل هذا الفعل لا يوجب العقوبة كشرب عصير الغير انما الموجب للعقوبة فعل حرام لعينه كشرب الخمر ولا يتحقق ذلك الا بجعل المالية والتقوم لحق العبد كالعدم ولا يدخل عليه الدية مع الكفارة لان الكفارة ليست بعقوبة تندرئ بالشبهات ولانها جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل فيبقى المحل محترما لحق العبد في وجوب الكفارة لا يستدعي فعلا هو حرام لعينه الا ترى انها تجب في الخطا وكذلك الجزاء مع القيمة في الصيد المملوك فانه لا معتبر بالمالية والتقوم في ايجاب الجزاء ولهذا يجب الجزاء بقتل صيد نفسه والكفارة بقتل عبد نفسه وكذلك في شرب الخمر لا معتبر بالمالية والتقوم في ايجاب الحد ولهذا يجب الحد على من شرب خمر نفسه فبقيت المالية والتقوم في المحل فاما الملك صفة المال والفعل يكون محرم العين مع بقاء الملك الا ترى ان فعله في شرب خمر نفسه يكون محرم العين مع بقاء ملكه وليس من ضرورة انعدام المالية والتقوم في حقه انعدام الملك كالشاة اذا ماتت يبقى ملك صاحبها في جلدها وان لم يبق المالية والتقوم واذا ثبت ان المالية والتقوم صار حقا لله تعالى لا يجمع بين الحقين لمستحق واحد كالقصاص مع الدية ثم روى ابو يوسف عن

ابي حنيفة انه لا ضمان على السارق بتلف المال في يده او اتلفه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضمن ان اتلفه لان انعدام المالية والتقوم حقا للعبد انما كان في فعل
السرقة فلا يعدو الاتلاف الذي هو بعد السرقة لا فيما سواه الا ترى ان بيع المسروق منه وهبته العين من السارق او من غيره صحيح والاتلاف فعل اخر فلا يظهر حكم المالية والتقوم حقا لله تعالى في
هذا الفعل حتى يجب الضمان على المتلف كما لو اتلفه غيره وهذا لان العين باق على ملك صاحبه بعد القطع فاما ان يكون امانة او مضمونا وكيف ما كان
فهو مضمون بالاتلاف وجه رواية ابي يوسف ان الاتلاف اتمام للمقصود بالسرقة فكما لا تبقى المالية والتقوم حقا للعبد في اصل السرقة فعل السرقة
بعد القطع فكذلك فيما يكون اتماما للمقصود به بخلاف بيع المسروق منه وهبته فانه ليس باتمام للمقصود بالسرقة بل هو تصرف اخر ابتداء وروى
هشام عن محمد ان السارق لا يضمن في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى باداء الضمان لان المسروق منه قد لحقه النقصان والخسران من جهته بسبب
هو متعدى فيه ولكن يتعذر على القاضي القضاء بالضمان لما اعتبر المالية والتقوم في حق استيفاء القطع فلا يقضي بالضمان ولكنه يفتى برفع النقصان
والخسران الذي الحقه فيما بينه وبين ربه قال ولا قطع على النباش في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يقطع والاختلاف بين
الصحابة فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضي الله عنه كان يقول لا قطع عليه وعليه
اتفق من بقي في عصره من الصحابة على ما روى ان نباشا اتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبعد
تبين فساد الاستدلال من استدل بالاية لايجاب القطع عليه فان اسم السرقة لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص
وما اتفقوا على خلاف النص فاما من اوجب القطع استدل بقوله عليه السلام من نبش قطعناه والمعنى فيه انه سرق مالا كاملا مقدارا من حرز لا شبهة
فيه فيقطع كما لو سرق لباس الحي وهذا لان الآدمي محترم حيا وميتا وبيان هذه الاوصاف فاما السرقة فهو اخذ المال على وجه الخفية وذلك يتحقق
من النباش وهذا الثوب كان مالا قبل ان يلبسه الميت فلا تختل صفة المالية فيه بان لبسه الميت واما الحرز فلان الناس تعارفوا منذ ولد وا احراز
الاكفان بالقبور ولا يحرزونه باحصن من ذلك الموضع فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس فلا يبقى في احرازه شبهة فالكان لا حرز باحصن منه عادة
والدليل عليه انه ليس بمضيع حتى لا يضمن الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وحجتنا فيه قوله عليه السلام لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة اهل المدينة كما جاء في حديث اخر من اختفى ميتا فكانما قتله وقوله من نبش قطعناه لا يصح مرفوعا بل هو من كلام زياد الا ترى انه قال في ذلك
الحديث ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن جدع انفه جدعناه ولئن صح ان النبي عليه السلام قطع نباشا او اخذ من الصحابة فانما يحمل على انه كان ذلك بطريق السياسة
وللامام راي في ذلك والمعنى فيه ان وجوب القطع بسرقة مال محرز مملوك وجميع هذه الاوصاف اختلت في الكفن فاما السرقة فهو اسم لاخذ المال على وجه
يسارق عين صاحبه ولا يتصور مسارقة عين الميت وانما يختفي النباش مما يصنع باعتبار انه يرتكب الكبيرة كالزاني وشارب الخمر والدليل عليه انه يبقى هذا
الاسم عنه باثبات غيره فيقال نبش وما سرق واما المالية فهو عبارة عن التمول والادخار لوقت الحاجة وهنا المقصود بعوت في الكفن فانما الكفن مع
الميت يوضع في القبر للبلى ولهذا يوضع في اقرب الاماكن من البلى والى ه اشار الصديق رضي الله عنه فقال اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما فانهما للمهل
والصديد والحي من الميت احوج الى الجديد فاما انعدام صفة المملوكية فلان المملوك لا يكون الا مالا والكفن ليس بملك لاحد لانه مقدم على حق الوارث
ولا يصير مملوكا له الا ترى ان الفضل المشغول بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين لا يصير ملكا للوارث فالكفن اولى وليس بملك للميت لان الموت ينافي
المالكية فان المالكية عبارة عن القدرة وادنى درجاته باعتبار صفة الحيوة عرفنا ان هذا الوصف يختل ايضا فاما الحرز فنقول الكفن غير محرز لان
الاحراز بالحافظ والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره والمكان حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا الا ترى انه لا يجعل حرزا لثوب اخر من جنس الكفن ومن ضرورة
كونه حرزا للثوب ان يكون حرزا للثوب الاخر من جنسه وكذلك لا يكون حرزا قبل وضع الميت فيه وقولهم ان الناس تعارفوا احراز الكفن بالقبر فليس كذلك
بل انما يدفنون الميت للمواراة عن اعين الناس وما يخاف عليه من السباع لا للاحراز الا ترى ان الدفن يكون في ملا من الناس ومن يدفن مالا على قصد الاحراز
فانه يخفيه عن الناس واذا فعله منهم على قصد الاحراز ينسب الى الجنون ولا يقول انه مضيع ولكنه مصروف الى حاجته وصرف الشيء الى الحاجة لا يكون
تضييعا ولا احراز كتناول الطعام والقاء البذر في الارض لا يكون تضييعا ولا احرازا واختلف مشايخنا فيما اذا كان القبر في بيت مقفل قال رضي الله عنه
والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء نبش الكفن وسرق مالا اخر من ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا في الدخول فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على
من سرق منه شيئا لان صفة الكمال في شرائط القطع معتبر وكذلك يختلفون في قاطع الطريق اذا اخذ الكفن من تابوت في القافلة ولو اخذ شيئا اخر ثمنهم من
قال يقام عليه الحد لانه محرز بالقافلة قال رضي الله عنه والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه قال
ولا قطع على المختلس لانعدام فعل السرقة لانه مجاهر بفعله ولا يسارق عين صاحبه فاما الطرار فهو على وجهين اما ان يكون الدراهم مصرورة في داخل الكم او في
ظاهر الكم فان كانت مصرورة في داخله فان طر الصرة يقطع لان بعد القطع يبقى المال في الكم حتى يخرجه وان حل الرباط لم يقطع لانه اذا حل الرباط يبقى المال
خارجا من الكم فلم يوجد اخراج المال من الكم وهو الحرز وان كان مصرورا في الظاهر فان طر لم يقطع لانعدام الاخراج من الحرز فان حل الرباط يقطع لان الدراهم
تبقى في الكم بعد حل الرباط حتى يدخل يده فيخرجه وتمام السرقة باخراج المال من الحرز وعن ابي يوسف انه قال استحسن ان اقطعه في الاحوال كلها لان المال محرز

بصاحبه والكم تبع له فرق ابو حنيفة ومحمد بين الطرار والنباش فقالا لا اختصاص الطرار بهذا الاسم لمبالغة في سرقته لان السارق يسارق عين حافظه في حال
نومه وغفلته عن الحفظ والطرار يسارق عين المنتبه في حال اقباله على الحفظ فهو زيادة حذق منه في فعله فعرفنا ان فعله اتم ما يكون من السرقة فيلزمه
القطع فاما النباش لا يسارق عين المقبل على حفظ المال والقاصد لذلك بل يسارق عين من يهجم عليه من غير ان يكون له قصد الى حفظ الكفن وذلك دليل
ظاهر على النقصان في فعل السرقة فلهذا لا يلزمه القطع قال وان سرق صبيا حرا لم يقطع لانه ليس بمال ووجوب القطع يختص بسرقة مال متقوم
وكذلك لو كان عليه حلي كثير وقال ابو يوسف يقطع الان ان قيمة الحلي نصاب كامل او سرقه وحده يلزمه القطع فكذا مع الصبي لان المقصود الحلي دون
الصبي وجه ظاهر الرواية ان الحلي تبع للصبي والاصل لم يقطع بسرقته فالتبع مثله ولان له تاويلا في اخذه فانه يقول كان يبكي فاخذته لاسكته او احمله الى ابوه
الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مصرورة لم يعلم بها لم اقطعه فان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي
يوسف ان عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته قد تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان
قصده اخذ الثوب نظر الى قيمة الثوب وهو ليس بنصاب كامل فاما اذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم قال ولو سرق جوالق فيه مال
او جوالق فيه مال او كيسا فيه مال قطع لانه وعاء يوضع فيه المال فمقصود السارق المال دون الوعاء فاما القميص ونحوه من الثياب ليس بوعاء للمال
فكان قصده سرقة الثوب الا ان يكون عالما بالمال المضروب فيه فحينئذ يعلم ان قصده المال دون الثوب الا اختاره من بين سائر الثياب مع العلم
وان سرق عبدا فان كان صبيا او بالغا يعقل ويتكلم لا يقطع لان هذا خداع لا سرقة ولان من يعبر عن نفسه له يد على نفسه وذلك مانع من تفرد يد السارق
عليه وان كان لا يعبر عن نفسه ولا يتكلم قطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن ان لا اقطعه لان المملوك من جنس الحر فان الجنسية لا تتبدل
بالرق فاذا كان لا يقطع بسرقة جنسه من الاحرار تصير ذلك شبهة ولان احرازه لم يتم فان الصغير الذي لا يعقل يخرج الى السكة وقد يوضع في السكة ونحوها
حرا كان او مملوكا وما لا يتم احرازه عادة فهو تافه في حكم القطع وابو حنيفة ومحمد قالا هو مال متقوم لا يعقل في نفسه فهو بمنزلة الدابة او الكارة فيتعلق
القطع بسرقته والتافه ما يوجد جنسه مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب وذلك لا يوجد في المماليك خصوصا في الصغار منهم قال وان سرق
شاة من مرعاها لم يقطع لانها غير محرزة فالمقصود من تركها في المرعى الرعي دون الاحراز وان سرقها من دار قطع لانها محرزة بالدار كسائر الاموال
وكذلك الابل والبقر والغنم والحمار والبغل فان كانت تاوي بالليل الى حائط قد بني لها عليه باب يغلق عليها ومعها من يحفظها او ليس معها حافظ
فكسر الباب ودخل وسرق منه بقرة فقادها او ساقها او ركبها حتى اخرجها قال يقطع لما روينا ان النبي عليه السلام قال اذا جمعها المراح ففيها
القطع ولانها بالليل تجمع في المراح للاحراز والحفظ ثم المذهب عندنا ان المكان الذي هو حرز لمال يكون حرزا لمال اخر حتى لو سرق ثيابا او غيرها
من هذا الموضع يقطع وعلى قول الشافعي المراح حرز للدواب دون غيرها من الاموال لان المعتبر في احراز كل مال ما هو المعتاد وقد تعتاد احراز الدواب
بالمراح دون سائر الاموال الا ترى ان بابه قد يكون بحيث يمنع خروج الدواب منه ولا يمنع دخول الناس فيه فلهذا لا يقطع اذا سرق منه مالا اخر
قال واذا شهد شاهدان انه سرق بقرة واختلفا في لونها فقال احدهما بيضاء وقال الاخر سوداء فعلى قول ابي حنيفة تقبل هذه الشهادة وعند ابي
يوسف ومحمد لا تقبل قال الكرخي في لونين يتشابهان كالحمرة والصفرة يقبل عنده فاما فيما لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة
بالاتفاق والاصح ان الكل على الخلاف فهما يقولان اختلفا في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فلا يقبل الشهادة كما لو شهد احدهما انه سرق ثورا والاخر
انه سرق انثى او شهد احدهما انه سرق بقرة والاخر انه سرق بعيرا والدليل عليه انهما في الغصب لو اختلفا الشهود في لون البقرة لم تقبل مع ان المال يثبت به
لا يندرئ بالشبهات وهو الضمان ففي السرقة التي يتعلق بها ما يندرئ بالشبهات اولى ولا معنى لقول من يقول لعله كان احد شقي البقرة ابيض والاخر
اسود لان مثل تلك البقرة لا تسمى سوداء ولا بيضاء وابو حنيفة يقول اختلفا فيما لم يتكلفا نقله والتوفيق ممكن فتقبل الشهادة كما لو اختلف شهود الزنا في
الزاويتين في بيت واحد وبيان انهما لو سكتا عن لون البقرة لم يكلفهما القاضي بيان ذلك وبهذا يتبين انه ليس من صلب الشهادة واذا كان على وجه يمكن
التوفيق لا يمنع قبول الشهادة وهنا التوفيق ممكن بان كان احد جانبيها بيضاء والاخر سوداء وقوله هذه تسمى بلقاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين
اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو على ذلك اللون وشهود السرقة يتحملون الشهادة من بعد في ظلمة الليل فلا يتمكنون من ان يقربوا من السارق ليتاملوا
كل جانب من البقرة وبه فارق الغصب لان الغاصب مجاهر بما يصنع فالشاهد يتمكن من التامل ليقف على صفة المغصوب ولهذا لا يشتغل بالتوفيق هناك
وهنا بخلاف البقرة والبعير فان الاختلاف هناك في صلب الشهادة بخلاف الذكر والانثى فانه لا يوقف على هذه الصفة الا بعد القرب منها وعند
ذلك لا يشتبه ولا حاجة الى التوفيق قال ولو شهدا انه سرق ثوبا فقال احدهما هروي وقال الاخر مروي فقد ذكر هذه المسئلة في نسخ ابي سليمان
على الخلاف ايضا وفي نسخ ابي حفص قال لا تقبل الشهادة عندهم جميعا ووجه الفرق لابي حنيفة ان الهروي والمروي جنسان مختلفان وبيان الجنس
من صلب الشهادة وشهادتهما لا تقبل ما لم يبينا فكان هذا اختلافا في صلب الشهادة وذلك مانع من قبول شهادتهما وان اختلفا في الوقت لم تجز
الشهادة عندهم جميعا لان السرقة فعل والفعل الموجود في وقت غير الموجود في وقت اخر فاذا اختلفا في الزمان والمكان يمنع قبول شهادتهما كما في

العصب والقتل   قال وإذا سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه فإن كان لا يساوي عشرة دراهم بعد ما شقه لم يقطع بالاتفاق
لأن المعتبر كمال النصاب عند تمام السرقة وتمامه بالإخراج من الحرز فإذا لم يكن قيمته نصابا عند الإخراج لم يلزمه القطع بخلاف ما لو
شقه بعد الإخراج فانتقصت قيمته من النصاب بذلك لأن سرقته تمت في نصاب كامل ثم التعييب تفويت جزء من الثوب ولو استهلك الكل
بعد ما أخرجه من الحرز لم يسقط القطع فكذلك إذا فوت جزءا منه بخلاف ما قبل الإخراج فإنه لو استهلكه في الحرز لم يلزمه القطع فكذلك
إذا فوت جزءا منه وهذا لأن الاستهلاك مضمون عليه في ذمته ولا يتصور إتمام فعل السرقة فيما هو دين لأن إتمام فعل السرقة بالإخراج
وذلك في الدين لا يتحقق فأما إذا لم تنتقص العين بفوات شيء منه بعد الإخراج وإنما انتقصت قيمته من النصاب بنقصان السعر فلا قطع عليه عندنا
وروى هشام عن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لأن السرقة تمت في نصاب كامل فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع كالنقصان
في العين ولكنا نقول كمال النصاب يشترط لإيجاب القطع فيشترط بقاؤه إلى وقت الاستيفاء كالثبات على الإقرار والشهادة وقد انعدم
ذلك لأن نقصان السعر يكون بفتور رغبات الناس فيه وذلك لا يكون مضمونا على أحد فإنما يقطع باعتبار هذا العين فقط وقيمته دون النصاب بخلاف
ما إذا كان النقصان في العين لأنه يتقرر الضمان عليه بقدر ما فات من العين فإنما يقطع باعتبار هذا العين فيما صار دينا في ذمته وهو نصاب
كامل فإذا سرق الثوب في الحرز ثم أخرجه وهو يساوي عشرة فإن كان هذا التعييب يمكن نقصانا يسيرا فعليه القطع بالاتفاق لأنه حق
صاحب الثوب في تضمين النقصان فليس له أن يضمنه القيمة إذا كان العيب يسيرا فأما إذا كان النقصان فاحشا فإن اختار أخذ الثوب
وتضمين النقصان فعليه القطع وإن اختار أن يضمنه قيمة الثوب وسلم له الثوب فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
لا يقطع في الوجهين جميعا وذكر ابن سماعة هذا الخلاف على قلب هذا ولكن ما ذكر في الأصل أصح وجه قول أبي يوسف أن سبب الملك قد
انعقد له في الثوب قبل إتمام فعل السرقة فانعقاد سبب الملك يمكن شبهة كما لو اشترى ثوبا على أن البائع بالخيار ثم سرقه منه وبيان ذلك
أنه يثبت له الخيار في تضمين القيمة إياه والمضمون بالضمان يملك بالضمان فعرفنا أن سبب الملك انعقد له قبل الإخراج وأبو حنيفة ومحمد يقولان
تمت سرقته في نصاب كامل فعليه القطع كما لو كان النقصان يسيرا وبيان ذلك أن شق الثوب من السارق عدوان محض فلا يصلح سببا للملك
إنما يكون سبب الملك ما هو مشروع وهو يقرر الضمان عليه وهذا الملك يثبت شرطا لتقرر الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل
واحد فأما أن يكون العدوان سببا للملك فلا إذا ثبت هذا فإذا اختار المالك تضمينه قبل أن يقطع فقد صار مملكا الثوب منه وذلك يسقط
القطع كما لو ملكه بالبيع والهبة فأما إذا اختار استرداد الثوب فلم يجعل للسارق فيه ملكا ولا سبب ملك فبقي القطع عليه   قال وإذا سرق شاة
فذبحها في الدار ثم أخرجها فلا قطع عليه لأنها صارت لحما واللحم مما يتسارع إليه الفساد وإتمام فعل السرقة فيما يتسارع إليه الفساد غير موجب للقطع
وعند أبي يوسف لهذه العلة ولثبوت حق التضمين للمالك فإن له أن يضمنه قيمة الشاة ويملكه ذلك اللحم فكان ذلك شبهة في إسقاط القطع عنه   قال
وإذا قطعت يد السارق ورد المتاع على صاحبه ثم سرقه مرة أخرى لم يقطع عندنا استحسانا وعند أبي يوسف يقطع وهو القياس وهو قول الشافعي
لأنه سرق مالا كامل القدر من حرز لا شبهة فيه وبهذه الأوصاف لزمه القطع في المرة الأولى فكذا في المرة الثانية وهذا لأن بعد رد المتاع على المسروق
منه صار هذا العين في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبه أو أتلفه كان ضامنا فكذلك في حكم القطع ألا ترى أنه لو باعه المسروق منه من إنسان
فسرقه من المشتري أو باعه ثم اشتراه ثم سرقه منه ثانيا يقطع فكذلك قبل البيع والشراء والدليل عليه لو سرق غزلا فقطعت يده ثم نسجه المالك ثم سرقه ثانيا
يقطع وكذلك الحنطة إذا طحنها وكذلك لو كانت بقرة فولدت عند المسروق منه ثم سرق ولدها يقطع والولد جزء منها فكذلك نفسها والدليل
عليه أنه لو سرق من حرز فقطعت يده ثم أعيد ذلك الحرز فسرق منه مرة أخرى يقطع فكذلك المال وهذا لأن هذا حد استحقه بفعله فيتكرر بتكرر الفعل في
محل واحد كحد الزنا فإن من زنى بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى لزمه الحد بخلاف حد القذف فإنه حق المقذوف عندي وخصومته في الحد غير مسموعة في
المرة الثانية لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل ذلك بالمرة الأولى وحجتنا فيه نوعان من الكلام أحدهما أنا بينا
أن صفة المالية والتقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه بعد ما قطعت يد السارق بدليل أنه لو أتلفه بعد ذلك لم يضمن فبعد ذلك وإن
ظهرت المالية والتقوم في حقه بالاسترداد بقي ما بقي مورثا شبهة والقطع يندرئ بالشبهات وهو نظير ما يوجد مباح الأصل في دار الإسلام إذا أحرزه
إنسان صار مالا متقوما ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الأصل فهذا مثله فأما إذا باعه ثم اشتراه فقد قيل لا يلزمه القطع أيضا ولئن سلمنا فإن
الملك هناك يتجدد بتجدد السبب فالمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا أيضا بخلاف ما قبل البيع والشراء وهذا لأن اختلاف أسباب الملك
كاختلاف الأعيان ألا ترى أن بريرة كان يتصدق عليها وهي تهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هي لها صدقة ولنا هدية والمشتري إذا باع من غيره
ثم اشتراه ثم وجد به عيبا لم يرده على البائع الأول فدل أن تبدل سبب الملك كتبدل العين فأما الغزل إذا نسجه فهو في حكم عين أخرى حتى لو فعله الغاصب
كان الثوب مملوكا له فإنما سرق في المرة الثانية عينا أخرى وعلى هذا الحرز فإنه إذا أعيد الحرز كان حرزا متجددا غير الأول لأن الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار

بل هو

بل هو عبارة عن التحفظ والتحصن وكذلك حد الزنا فإنه يجب باعتبار المستوفى والمستوفى منه ثلاث والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى
فلهذا لزمه الحد مع أن هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الأولى بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق المالك في العين فإنه يسقط
اعتباره باستيفاء القطع من السارق ولأن هذا حد لا يستوفى إلا بخصومة ولا تتكرر الخصومة من واحد في محل واحد كحد القذف وبيانه أن
الشهود لو شهدوا بالسرقة من غير خصم لا يثبت القطع بالاتفاق وتأثيره في خصومته في المرة الثانية نوع شبهة لأنه قد استوفى بخصومته مرة ما هو جزاء سرقة
هذا العين فيتمكن شبهة في خصومته في المرة الثانية وذلك مانع من القطع الذي يندرئ بالشبهات غير مانع من الضمان الذي يثبت مع الشبهات بخلاف
حد الزنا فإنه لا يعتبر الخصومة فيه   قال والسارق يقطع في المرة الأولى يده اليمنى فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فإن سرق بعد ذلك لم يقطع
عندنا استحسانا ولكن يعزر ويحبس حتى يظهر توبته وعند الشافعي في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى وفي المرة الرابعة تقطع رجله اليمنى ثم يحبس بعد ذلك
وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وحجته قوله تعالى فاقطعوا أيديهما واسم اليد يتناول اليسرى كما يتناول اليمنى بدليل آية الطهارة
ولا معنى للاستدلال لكم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وهو فاقطعوا أيمانهما لأن بهذه القراءة ينبغي أن تقطع رجله اليمنى ثم عندكم إذا سرق وهو مقطوع
اليد اليسرى أو مقطوع الإبهام من اليسرى لا تقطع يده اليمنى وبالقرآن والإجماع صار قطع اليمنى مستحقا من السارق فلا يجوز تركه بالرأي وفي حديث أبي
هريرة أن النبي عليه السلام قال إذا سرق السارق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه إلى أن قال في الخامسة فإن عاد فاقتلوه وفي رواية فسروا بالأولى في المرة
الأولى ذكر اليد اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وروي فعلا أنه قطع من السارق هكذا وقد بينا حديث
أبي بكر وعمر رضي الله عنهما والمعنى فيه أن اليد اليسرى باطشة فيقطع في السرقة كاليمنى وهذا لأن سرقته بالبطش والمشي فإنما تقطع هذه الأعضاء للزجر
بتفويت ما به يتأتى السرقة وذلك موجود في اليد اليسرى والرجل اليمنى وربما يقولون المتناول للسرقة متناول بها كاليد اليمنى والرجل اليسرى وكل
عقوبة تتعلق باليد اليمنى تتعلق باليد اليسرى مكان اليمنى لم يبق وكان نستوفيها لحق حتى لا يبقى السارق المسروق واستيفاء الحد من غير محله لا يتحقق
فيتبين أن اليسرى محل إلا أنه لا يبتدأ بها في المرة الثانية مراعاة للترتيب المشروع وكان المعنى في شرع هذا الترتيب أن يكون الحد زاجرا له بالتنقيص
من بطشه ومشيه وأن لا يحصل الانزجار به فالزجر بالتفويت فيتحقق به الانزجار وحجتنا فيه قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيمانهما قال إبراهيم
النخعي إن من قراءتنا والسارقون والسارقات فاقطعوا أيمانهما وهذه القراءة من القراءة المشهورة بمنزلة المطلق من المقيد فيصير كأنه قال فاقطعوا أيمانهما
من الأيدي فلا يتناول الرجل أصلا ولا يتناول اليسرى والدليل عليه أن في المرة الثانية لا تقطع اليد اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول إلى غيره فلو كان
النص متناولا لليد اليسرى لم يجز قطع الرجل مع بقاء اليد والأيدي وإن ذكرت بلفظ الجمع فالأصل أن ما يوجد من خلق الإنسان مثنى تذكر التثنية بعبارة الجمع قال
تعالى فقد صغت قلوبكما ويقال ملأت بطونهما ولأن الجمع المضاف إلى الجماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركبوا القوم دوابهم فيصير معنى الآية فاقطعوا
يمينا من كل سارق وسارقة وكان ينبغي باعتبار هذا الظاهر أن لا تقطع الرجل اليسرى منهما ولكن ثبت ذلك بدليل الإجماع ولا يجوز الاعتماد على الآثار المروية
فقد قال الطحاوي تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا ثم يحتمل أنه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في الابتداء ألا ترى أنه قطع الأيدي
والأرجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد وقيل كان ذلك الرجل مرتدا على ما روى جابر رضي الله عنه في حديث أتي رسول الله صلى الله
عليه وسلم بسارق فقال اقتلوه فقيل إنما سرق يا رسول الله فقال اقطعوه ثم ذكر هكذا في كل مرة إلى أن قال في المرة الخامسة اقتلوه فكأنه علم وقد عرف
رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي وجوب القتل عليه ولما خاف أن يظن ظان أن السرقة توجب القتل أمر بقطعه حتى تبين لهم ذلك في المرة الخامسة
ثم أمر بقتله فإذا كان مستوجبا القتل يباح قطع الأعضاء منه وقد بينا أن الصحابة اختلفوا اختلافا ظاهرا في هذه المسألة واختلافهم يورث شبهة ثم
أخذنا بقول علي رضي الله عنه لأنه حاجهم بالمعنى حيث قال إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها وفي هذا بيان أن القطع إنما شرع زاجرا
لا متلفا وفي استيفاء الأعضاء الأربعة إتلاف حكما أو شبهة الإتلاف والشبهة تعمل عمل الإتلاف فيما يندرئ بالشبهات وبيان الوصف أن الإمام مأمور
بالتحرز عن الإتلاف عند إقامة الحد بحسب الإمكان ألا ترى أنه لا يقيم في الحر الشديد والبرد الشديد ولا في حالة المرض كيلا يؤدي إلى الإتلاف وإنه مأمور
بالحسم عند القطع كيلا يؤدي إلى الإتلاف وأنه يقطع في المرة الثانية الرجل اليسرى واليد إلى اليد أقرب ألا ترى أن في باب الطهارة لا يتحول إلى الرجل إلا بعد الفراغ
من اليدين وإنما شرع الترتيب هكذا للتحرز عن الإتلاف حكما بدليل أنه شرع زاجرا لا متلفا وفي قطع الأعضاء الأربعة إتلاف الشخص حكما فإن فيه تفويت منفعة
الجنس على الكمال وبقاء الشخص حكما ببقاء منافعه ولهذا يتعلق بقطع اليدين من العبد كل قيمة النفس ولهذا لا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفارة ومعناه
استهلاك حكما وفيه شبهة الإتلاف والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وهذا بخلاف القصاص فالمستحق هناك اعتبار المساواة دون التحرز عن الإتلاف
ألا ترى أن الإتلاف الحقيقي يستحق به إذا كان بالمساواة فيه بخلاف ما نحن فيه فأما الجلاد إنما لا يضمن إذا قطع اليسرى لأنه عوضه من جنس ما فوت عليه ما هو خير
له منه والإتلاف بعوض لا يكون سببا لوجوب الضمان وإنما أسقطنا ضمان المسروق لتحقيق معنى التفويض ولأن الجلاد مجتهد فيما صنع وظاهر النص فيما صنع فقد
اجتهاده ولم يكن ضامنا وهذا هو الجواب عما قاله أنه إذا كان مقطوع اليد اليسرى في الابتداء عندكم لا تقطع يده اليمنى قلنا اليد اليمنى محل بالنص ولكن الاستيفاء

شرط وهو ان لا يكون على وجه يفوت منفعة الجنس وقد انعدم هذا الشرط اذا كان مقطوع اليد اليسرى فلانعدام الشرط لا ينقطع اليمين في هذه
الحالة كما اذا كان مريضا لا يقطع يمينه مع وجود المحل لانعدام الشرط فربما ينضم الم القطع الى الم المرض فيؤدي الى الاتلاف وكذلك في الحر الشديد
والبرد الشديد فهذا مثله قال واذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقطعت يمينه ثم اتيا بانسان اخر وقالا اخطانا السارق الذي شهدنا عليه
شاهدان بالسرقة فقطع يمينه ثم اتيا باخر فقالا اوهمنا يا امير المؤمنين انما السارق هذا فقال لا اصدقكما في الثاني واغرمكما دية اليد ولو علمت انكما
تعمدتما لقطعت ايديكما وبه يستدل الشافعي على ما ذهب اليه في وجوب القصاص على الشهود في قطع اليدين بيد واحدة ولكنا نقول انما ذكر هذا اللفظ على سبيل
التهديد ولم يكن كذبا منه لانه علقه بشرط لا طريق له الى معرفته وقد صح عن علي رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وذكر محمد في كتاب الرجوع
والمعنى انما شهدا على انفسهما بالغفلة وتناقض كلامهما في الشهادة على الثاني فقد رجعا عن الشهادة على الاول فكانا ضامنين لما استوفي منها دينهما وان لم
يرجعا ولكنهما وجاحدين كانت دية اليد على بيت المال لان هذا خطا من الامام فيما استوفاه لله تعالى وان رجعا عن شهادتهما بعد الحكم بالسرقة قبل
ان تقطع يمينه اوقعا الاشكال في شهادتهما درا الحد ولكن السرقة تسلم الى المشهود له لان رجوعهما بعد القضاء مبطل للشهادة فيما كانت عقوبة لتمكن
الشبهة فيه او فيما كان حقا لله لان تمامه بالاستيفا فاما فيما هو حق العبد فالشهادة تتاكد بنفس القضاء والرجوع لا يبطل حق المقضي له ولذلك حق المسروق
منه ولهذا لا يبطل برجوعهما بعد القضاء وان لم يرجعا عند الحاكم ولكن شاهدين شهدا عليهما بالرجوع قبل القطع او بعده فلا معتبر بهذه الشهادة ويقطع
يد السارق لان الرجوع عن الشهادة معتبر بالشهادة والشهادة في غير مجلس الحكم لا يوجب شيا فكذلك الرجوع وكذا انما شهد شاهدان على رجوع باطل
قال واذا شهد رجل وامراتان على رجل بسرقة مال لم يقطع واخذ بالمال وكذلك الشهادة على الشهادة لان في شهادة النسا ضرب شبهة من حيث
ان الغالب عليهن الضلال والنسيان واليه اشار بقوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى فلا تثبت بشهادتهما ما كان يندرئ بالشبهات وهو
السرقة الموجبة للقطع ولكن تثبت اخذ المال لان الثابت به رد العين ووجوب الضمان وهو مما يثبت مع الشبهات وكذلك في الشهادة على الشهادة ضرب
شبهة من حيث ان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان قال واذا شهد شاهدان على رجلين انهما سرقا من هذا الرجل الف درهم
واحد الرجلين غايب قطع الحاضر وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وفي قوله الاول لا يقطع ذكر القولين بعد هذا في الاقرار واذا اقر انه سرق مع
فلان الغايب لم يقطع في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ويقطع المقر في قوله الاخر وهو قولهما وقد بينا نظيره في الحدود اذا اقر انه زنا بغايبة وجه
قوله الاول ان الغايب لو حضر ربما يدعي شبهة يدرا بها الحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذا لا يجوز كقصاص
مشترك بين حاضر وغايب لا يكون للحاضر ان يستوفيه حتى يحضر الغايب وجه قوله الاخر ان السرقة ظهرت على الحاضر بالبينة او بالاقرار يستوفيه
الامام حقا لله وهذا لان السراق يحضرون وقل ما يحضرون بل العادة يهرب بعضهم ويوخذ البعض فلو لم يقطع الحاضر ادى الى سد باب هذا الحد
من شبهة يدعيها الغايب لا والحاضر يتمكن من ان يدعي ذلك وقد بينا ان الشبهة التي يتوهم اعتراضها لا يمنع الاستيفا بخلاف القصاص فالشبهة هناك
توهم عفو موجود من الغايب في الحال فان جاء الغايب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الاولى حتى تعاد عليه تلك البينة او غيرها فيقطع حينيذ لان تلك البينة
في حق الغايب قامت بغير محضر من الخصم فان الحاضر لا ينتصب خصما عنه اما لان النيابة في الخصومة في الحد لا تجري او لانه ليس من ضرورة ثبوت السرقة
على الحاضر ثبوته على الغايب فلهذا يشترط اعادة البينة على الغايب ليقطع قال وان كان القاضي يعرف شهود الحدود والقصاص انهم احرار مسلمون غير
انه لا يعرف عدالتهم ولا يطعن فيهم السارق حبسه حتى يسال عنهم لانه صار متهما بارتكاب الكبيرة فيحبس ولا يقطعه قبل السوال عن الشهود لان هذا شي لو
وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه ولا منه فعل الحاكم ان يسال عن الشهود صيانة لقضائه عن الطعن الخصم فيه او لم يطعن وهذا لان الشبهة متمكنة في شهادتهم قبل
التزكية ومع تمكن الشبهة لا يقدم على استيفا ما يندرئ بالشبهات والقاضي يقضي عند ابي حنيفة قبل ان يسال عنهم الا ان يطعن الخصم فيهم او يسترب
فيهم وعند ابي يوسف ومحمد لا يقضي ما لم يسال عنهم على كل حال لانه ماموريا لقضا بشهادة العدول فما لم يظهر العدالة عنده لا يجوز له ان يقضي شرعا
كما في الحدود وهذا لانه مامور بالتوقيف في خبر الفاسق منهي عن العمل به وانما ينتفي الفسق عنهم بالتزكية فما لم يظهر ذلك عنده بالسوال لا يحل له ان يقضي
لان قبل السوال ثبوت عدالتهم بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وابو حنيفة استدل بقوله عليه السلام المسلمون عدول
بعضهم على بعض وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه فيما كتب به الى ابي موسى الاشعري فقد عدل رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسلم باسلامه فتعديل
صاحب الشرع لا يتخلف عن تعديل المزكي فيتمكن القاضي من القضا الا ان يطعن الخصم فهو ايضا معدل باسلامه على لسان الشرع فللتعارض احتاج الامام
الى السوال وهذا لان ان هذا ليس بقضا بالظاهر بل بدليل يوجب له وهو اسلامه فالمسلم يكون منزجرا عن ارتكاب ما يعتقد الحرمة فيه حتى يظهر
خلافه ثم المستحق بشهادتهم تماما لا اذا وقع فيه الغلط امكن تداركه بالرد فلا يجب على القاضي الاستقصا فيه للقضا بخلاف الحدود ولهذا تبين ان السوال
عن الشهود هنا لحق المدعى عليه فانما يشتغل عند طلبه فاما قبل الطلب لو اشتغل القاضي به كان ذلك منه انشا الخصومة وهو مامور بفصل الخصومة
لا انشايها فكان ذلك مانعا منه لاحد الخصمين وهو منهي عن ذلك قال واذا شهد الشهود على رجل بحد وهو من خالص حق الله تعالى بعد تقادم

العهد لم يقبل شهادتهم وقد بينا هذا في كتاب الحدود وذكرنا حد التقادم في حد الزنا والسرقة فاما في شرب الخمر فكذلك الجواب عند محمد
وعند ابي حنيفة وابي يوسف حد التقادم زوال رايحة الخمر او ان يوجد ذلك ومحمد يقول هذا احد ظهر سببه عند الامام فلا يشترط لاقامته بقاء اثر
الفعل كحد الزنا والسرقة وهذا لان وجود الرايحة لا يمكن ان يجعل دليلا فقد يتكلف لزوال الرايحة مع بقاء الخمر في بطن الشارب وقد يوجد
رايحة الخمر من غير الخمر فان من استكثر من السفرجل والتفاح يوجد منه رايحة الخمر قال القايل
يقولون لي انكه شربت مداما فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا فكان هذا شاهد زور الا ترى انه لا يقام الحد بوجود الرايحة ما لم
يشهد الشهود عليه بالشرب او يقربه وهما احتجا بحديث ابن مسعود رضي الله عنه انه اتي بشارب الخمر فقال مزمزوه وبربروه واستنكهوه فان
وجدتم رايحة الخمر فحدوه فقد شرط لاقامة الحد وجود الرايحة والمعنى فيه ان حد الخمر ضعيف من الوجه الذي بينا انه لا نص فيه فلا يقام الا على
الوجه الذي ورد به الاثر بافامة الحد على من كان الخمر في بطنه علامة وهو وجود الرايحة فلا يقضي الا بظهور تلك العلامة كالمراة اذا ادعت الولادة ما لم
تشهد القابلة بذلك لا يقضي القاضي به ثم زوال الرايحة الخمر بعد الشرب لا يكون الا بمضي زمان وقد بينا انه لا نص في حد التقادم فيما امكن باعتبار
التقادم لمعنى في الفعل كان المصير اليه اولى من المصير الى غيره ووجود رايحة الخمر من غير الخمر نادر لا يكون مستندا ما ايضا فلا يعتبر ذلك ولكن هذا اذا
كان بحضرة الامام فاما اذا كانوا ببعد منه فجاوا به بعد زوال الرايحة لبعد المسافة فالصحيح انه لا يمنع استيفا الحد بشهادتهم لانه لم يوجد منهم تفريط
وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا الا ترى ان الامام اذا علم ان الشارب يتكلف لازالة الرايحة لا يمتنع من اقامة الحد عليه فهذا مثله قال واذا قطعت يد
السارق وقد قطع الثوب قميصا ولم يخطه او صبغه اسود او باعه من رجل او وهبه له وهو بعينه في يده فانه يرد على المسروق منه لان القطع نقصان و
السواد في الثوب نقص والبيع والهبة من السارق باطل لانه حصل في ملك الغير بغير امر صاحبه فكما يكون للمسروق منه ان ياخذه اذا وجده في يد السارق وكذلك
اذا وجده في يد المشتري منه فان كان خاط الثوب فلا سبيل للمسروق منه عليه لما اتصل بالثوب من وصف متقوم وهو حق السارق الا ترى ان الغاصب لو قطع
الثوب وخاطه لم يتمكن المغصوب منه من اخذ الثوب منه بعد ذلك فهذا مثله الا ان هناك يكون الغاصب ضامنا للثوب بمنزلة ما لو اتلفه او تلف
في يده وهنا لا يكون ضامنا لانه لو تلف في يده او اتلفه بعد القطع لم يضمن فكذلك اذا احتبس عنده بما اتصل به من الوصف حقا له فاما اذا صبغه احمر او اصفر
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف ينقطع حق المسروق في الاسترداد وعند محمد لا ينقطع ولكنه ياخذ الثوب ويعطي السارق ما زاد الصبغ فيه لانه عين الثوب قايم
بعد الصبغ ومن وجد عين ماله فهو احق به بالنص ثم الصبغ لو حصل من الغاصب لم ينقطع به حق المغصوب منه في الاسترداد فكذلك من السارق الا ان
ما اتصل به من الصبغ مال متقوم للصباغ وهو وصف والثوب اصل والوصف تبع للاصل فكان لصاحب الاصل ان ياخذه فيعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في
الغاصب ولو اراد ان يسلمه الثوب ويضمنه قيمة ثوبه ابيض لم يكن له ذلك بخلاف الغصب لان عند تسليم الثوب له يجعله في حكم المستهلك ولو استهلك
المغصوب حقيقة كان ضامنا له ولو استهلك المسروق حقيقة لم يكن ضامنا فباعتبار هذا المعنى يقع الفرق بينهما وهذا الجانب عند اختيار الاخذ فلا فرق
بين الغاصب والسارق من حيث ان كل واحد منهما جاني وان امر اعادته باداء قيمة الصبغ اليه ممكن فلا ضرورة في قطع صاحب الثوب عن الثوب وجه
قولهما ان الوصف الذي اتصل بالثوب متقوم حقا للسارق فيقطع به حق المسروق منه في الاسترداد كالخياطة وهذا لان هذا حق ضعيف له مقصود على العين
الا ترى انه لا يتعدى الى بدل العين عند الاستهلاك ومثل هذا الحق يبطل بالصبغ كحق الواهب في الرجوع وترجح الاصل عند التساوي والحقين في القوة
فاما في الضعيف لا يظهر في مقابلة القوي بخلاف الغاصب فان حق المغصوب منه قوي يسري الى بدل العين فيستقيم الترجيح هناك باعتبار الاصل والتبع
واستدل ابو يوسف في الامالي بحرف اخر فقال لو بقي الثوب على ملك المسروق منه بعد الصبغ تعذر استيفاء القطع من السارق لانه يصير شريكا في العين
بملكه في الصبغ والشركة بالسرقة يمنع وجوب القطع فاعتراضها بعد السرقة يمنع الاستيفاء بالاجماع القطع يستوفى من السارق فعرفنا انه اذا جعل
السارق متملكا للثوب يمنع استيفاء القطع منه ايضا قلنا نعم ولكن يجعل الثوب في حكم المستهلك فانما يقطع بسرقة ما قد صار مستهلكا لا باعتبار ما هو
مملوك له في الحال كما اذا خاط الثوب فاما مع بقاء حق الاخذ لا يمكن جعله مستهلكا فيتقرر معنى الشركة وعلى هذا الطريق يقول لو صبغه بعد قطعت يده
لا يتعذر على المسروق منه الاسترداد لانه لا تاثير للشركة بعد استيفاء القطع والدليل على اعتبار معنى الشركة ان في المغصوب لو اختار المغصوب منه بيع
الثوب استقام ذلك وضرب صاحب الثوب في الثمن بقيمة الثوب ابيض والاخر بقيمة الصبغ وهذا لا يكون الا بعد ثبوت الشركة بينهما في المبيع وعلى هذا
الخلاف لو كان المغصوب سويقا فلته بسمن لان السمن زيادة في السويق من غيره ان يكون بدلا للعين حتى لا ينقطع به حق المغصوب منه فهو كالصبغ في
الثوب وفي جميع ما ذكرنا فان كان المسروق دراهم فسبكها او صاغها فلنا كان للمسروق منه ان ياخذها لان الصنعة بانفرادها لا يتقوم في الذهب
والفضة فلا تثبت الشركة باعتبارها بينهما وقد ذكر الخلاف في الجامع الصغير في الغصب ان عند ابي حنيفة لا ينقطع حق المغصوب منه عند استرداد العين
وعندهما ينقطع فكذلك في السرقة والاصح انه على ذلك الخلاف ومنهم من يفرق لابي يوسف فيقول هناك لو اعتبرنا حق الغاصب في الصنعة لم يبطل
به حق المغصوب منه اصلا ولكنه يضمنه مثل المغصوب وهنا لو اعتبرنا ذلك بطل به حق المسروق منه لانه لا يتمكن من تضمين السارق والعين متقوم من

كل وجه والصبغة متقوم بقا الاصل وان كانت لا تقوم مفردة من الاصل فكان بقاء حق المسروق منه في العين اولى فان كانت السرقة صفر الحجله قيمته ، او حديد يا فجعله ذرعا او رياحن لانه للصنعة قيمة في هذه الاعيان ولهذا يخرج بالصنعة من ان يكون مال الربوا فلابد من اعتبارها حقا للسارق ثم الصنعة لو وجدت من الغاصب انقطع بها حق المغصوب منه عن استرداد العين فكذلك اذا وجدت من السارق وكذلك كل شي من العروض وغيرها اذا كان تغير عن حاله فان كان التغيير بالنقصان فللمسروق منه ان ياخذه كما للمغصوب منه لان المغصوب منه يضمن الغاصب النقصان والمسروق منه لا يضمنه النقصان اعتبارا للاتلاف الجزء باتلاف الكل وان كان التغيير بزيادة فيه فان كان على وجه لو حصل من الغاصب لا يتمكن المغصوب منه من اخذ العين بعد ذلك فكذلك المسروق منه لا يتمكن من اخذه وان كان على وجه لا ينفرد على المغصوب منه به استرداد العين فهو على الخلاف الذي بينا قال وان كانت السرقة شاة فولدت اخذهما جميعا المسروق منه لان الولد زيادة متولدة من العين قبل انفصال هذه الزيادة فكذلك بعده الا ترى ان المغصوب منه يتمكن من الاسترداد بعد الولادة وان حق الواهب لا ينقطع في الرجوع بالولادة وهذا بخلاف السمن والصبغ فالزيادة هناك في ملك السارق تثبت باعتبارها معنى الشركة وهنا الزيادة في ملك المسروق منه فلا تثبت باعتبارها للسارق شركة قال واذا قطع في صوف او كان او قطن فرد على صاحبه فصبغ منه ثوبا ثم سرقه فعليه القطع لان العين تبدل بالصنعة والثوب في حكم الحادث بالنسج الا ترى انه لو وجد هذا من الغاصب كان الثوب مملوكا له فسرقته لذلك بعد صنعته بمنزلة سرقة مال اخر قال وان كان السارق اشل يده اليمنى ويده اليسرى صحيحة قطعت اليمنى لان اليمنى لو كانت صحيحة وجب قطعها بسبب السرقة فاذا كانت شلا اولى وهذا بخلاف ما اذا كانت يده اليسرى شلا فانه لا يقطع يده اليمنى لان شرط استيفاء القطع ان لا يكون مفوتا منفعة الجنس في قطع اليمنى اذا كانت اليسرى شلا تفويت منفعة المشي فان اليد اليسرى اذا كانت شلا فقطعت رجله اليسرى كان البطش واذا كانت رجله اليسرى صحيحة فليس في قطع اليمنى تفويت منفعة البطش ولا يقطع الرجل اليسرى ايضا لان فيه تفويت منفعة المشي فان اليد اليسرى اذا كانت شلا وقطعت رجله اليسرى لا يمكنه المشي بعصا بخلاف ما اذا كانت يده اليسرى صحيحة فان قبل التفويت لا يكون باستيفاء اليد اليمنى بل بالشلل في اليسرى قلنا الا كذلك فالحكم اذا كان ثابتا بعلة ذات وصفين يحال بها على اخرهما وجودا واخرهما قطع اليد اليمنى هنا فكان التفويت مضافا اليه وكذلك اذا كانت رجله اليمنى شلا لم يقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى لان فيه تفويت منفعة الجنس وهو المشي فانه لا يمكنه المشي بعصا بعد وان كانت رجله اليسرى شلا قطعت يده اليمنى لانه ليس فيه تفويت ملك فانه يتمكن من المشي بعصا اذا كانت يده اليسرى صحيحة قال واذا حبس السارق ليسال عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص لان بمجرد الشهادة قبل اتصال القضاء بها لا تسقط حرمة يده فالقاطع استوفى يدا متقومة من نفس محترمة فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق لفوات المحل وهو ضامن قيمة المسروق لان سقوط ذلك لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ذلك وكذلك اذا كان قطع يده اليسرى لانه تعذر استيفاء الحد بعد ذلك لما فيه من تفويت منفعة البطش قال وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير اذن الامام فلا شي عليه لانه سقطت قيمة يده بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا ولكن الامام يؤدبه على ذلك لانه اساء الادب حيث قطعه قبل ان يامر الامام به وان امر القاضي الحداد بقطع يده اليمنى فاخطا وقطع يده اليسرى فهو ضامن في القياس لان بالقضاء القطع في اليد اليمنى لم يخرج اليد اليسرى من ان يكون محترمة متقومة فقطعها خطا قبل القضاء ويعده سواء وفي الاستحسان لا شي عليه لان فعله حصل في موضع الاجتهاد فان المنصوص عليه قطع اليد من السارق وقد قطع اليد واجتهد وان اخطا فلا ضمان عليه اذا كان فعله في موضع الاجتهاد يوضحه انه ان فوت عليه اليسرى فقد عوض اليمنى لانه لا يقطع اليمنى بعد هذا وما عوضه من جنس ما فوت عليه وهو خير له مما فوت عليه لان منفعة البطش في اليد اليمنى اظهر والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان وان تعمد ذلك فان كان السارق اخرج يده اليسرى فقال اقطعها فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه قطعها باذن صاحبها ومن قطع يد الغير باذنه من غير ان يكون قطعه مستحقا بالسرقة لم يكن ضامنا فهذا اولى وان لم يامره بذلك فابو يوسف ومحمد اخذا بالقياس هنا وقالا يضمن الحداد لانه جان فيما صنعه فيكون ضامنا كما لو قطع رجله او انفه وابو حنيفة اخذ بالاستحسان لما بينا ان الحداد مجتهد وفعله حصل في موضع الاجتهاد بخلاف ما لو قطع رجله او انفه ولانه عوضه من جنس ما فوت عليه ما هو خير منه او الاتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المتعدي كالشهود اذا شهدوا بالبيع بمثل قيمته فاما اذا قطع انفه فلم يعوضه مما اتلف عليه شيا لان القطع في اليد لا يسقط عنه بذلك واذا قطع رجله فان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عنه شيا الا ان القطع لا يسقط عنه فهذا وان قطع رجله اليمنى فلم يعوضه من جنس ما فوت عليه لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي قال واذا حكم بالقطع بشهود في السرقة ثم انفلت او لم يحكم عليه حتى انفلت فاخذ بعد زمان لم يقطع لما بينا ان حد السرقة لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد والعارض في الحدود بعد القضاء قبل الاستيفا كالعارض قبل القضا وان اتبعه الشرط فاخذوه من ساعته قطعت يده لان بمجرد الهرب ليس يسقط الحد عنه ولانه لا يتمكن هنا تهمة التهاون والتقصير في الطلب من احد قال واذا ردت السرقة الى صاحبها قبل ان يرفع السارق الى الامام ثم رفع اليه لم يقطع لان توبته قد تحققت برد المال وقد نص الله تعالى في السرقة الكبرى على سقوط الحد بالتوبة قبل قدرة الامام عليه ففي الصغرى اولى ولان الامام لا يتمكن من اقامة الحد الا بظهور السرقة عنده ولا يظهر اذا رد المال قبل ان يرفع اليه لان السرقة لا تظهر عنده الا بالخصومة في المال ولا خصومة بعد استرداد المال وقد بينا ان الخصومة شرط وانعدام الشرط

قبل

قبل القضا يمنع القاضي من القضا بالقطع قال وان كانت اصبعان من اليسرى مقطوعة لم يقطع يده اليمنى في السرقة لان قطع الاصبعين ينقص من البطش ما باليد اليسرى او يفوت بمنزلة الشلل فقطع اليد اليمنى بعد ذلك يكون تفويتا لمنفعة الجنس وكذلك ان كانت الابهام وحدها مقطوعة لان منفعة البطش منها تفوت بقطعها كما يفوت بالشلل وان كانت اصبع واحدة سواها مقطوعة قطعت اليد اليمنى لان قطع الاصبع الواحدة سوى الابهام لا يفوت منفعة البطش من اليسرى فقطع اليد اليمنى في هذه الحالة لا يفوت عليه منفعة البطش وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كانت تستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع ان يمشي عليها لم يقطع وكذلك ان كان المقطوع من رجله اليسرى اصبعين لان فيه تفويت منفعة المشي عليه قال وكل شي درات فيه الحد ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة واذا قطعت لم اضمنه وان كانت قائمة رددتها لبقاء الملك فيها لصاحبها قال واذا سرق سرقات لم يقطع فيها الا يدا واحدة لان مبنى الحدود على التداخل ومعنى الزجر يتم بقطع يد واحدة فان حضروا جميعا قطعت في خصومتهم ولم يضمن شيا من السرقات المستهلكة لان في حق كل واحد منهم قد استوفى الحد بخصومته بعد ما ظهرت السرقة فكانه ليس معه غيره وان حضر احدهم فقطعت يده بخصومته فعلى قول ابي حنيفة لا يضمن شيا من السرقات المستهلكة وعند ابي يوسف ومحمد هو ضامن السرقات كلها الا السرقة التي قطعت يده بخصومته فيها وذكر ابن سماعة في نوادره هذا الخلاف على عكس هذا وما ذكر في الاصل اصح وجه قولهما ان الاخذ الموجب للضمان متقرر في حق كل واحد منهم حتى لو سقط الحد بشبهة كان ضامنا الكل واحد منهم ماله فانما سقط الضمان ضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى وانما وجد ذلك في حق الذي خاصم خاصة لان القطع في سرقته دون غيره من السرقات فان الشروط الخصومة المظهرة للسرقة ولم يوجد ذلك في حق الباقين لان الحاضر ليس بخصم عنهم ولانه ما خاصم الا في سرقته فيجعل في حقهم كانه تعذر اقامة الحد لشبهة فيبقى الضمان واجبا لهم وابو حنيفة يقول في حق السارق حضور احدهم كحضورهم فانه لا يقطع فيه الا يدا واحدة في الاحوال كلها فكما لا يضمن شيا لو حضروا فكذلك اذا حضر بعضهم وهذا لان الحد هو المستحق عليه بكل شي سرقه والمقام عليه حد بالاتفاق فيكون مسقطا ضمان السرقات كلها الا ترى انه لو اقر بالسرقة والمسروق منه غايب فاجتهد الحاكم وقطع يده فيها لم يضمن للمسروق منه شيا وان حضر فصدقه قال واذا شهد شاهدان انه نقب بيت هذا واخرج منه كاره لا يدرون ما فيها لم يقطع لان المشهود به مجهول وشرائط وجوب الحد بمثل هذه الشهادة لا تثبت ولو شهدوا للمسروق منه بالملك في شي ايضا فالمخرج من بيته قد يكون ماله وقد يكون المخرج ذا فاما لو شهدوا انه سرق منه هذا المتاع فاذا هو ثياب تختلفه بما دون ما لا عظيما قطع لانهم شهدوا بفعل السرقة في معلوم فان الاعلام بالاشارة الى العين ابلغ من الاعلام بالتسمية ولان الشاهد لا يتمكن عند تحمل الشهادة من ان يفتش ما سرقه ليتامل كل ثوب منه ولا يكلف اداء الشهادة بالبيع وسعه قال وان للسارق دين على المسروق منه لم يبطل القطع عنه بخلاف ما يقوله بعض الناس ان قيام الدين عليه له سبب لاستحقاق ماله الا ترى ان مال المديون لا يكون نصاب الزكوة بطريق انه كالمستحق لصاحب الدين بدينه وسبب الاستحقاق يورث شبهة في درء الحد عنه ولكنا نقول محل الدين الذمة ولا تعلق له بالمال خصوصا في حال صحة المديون حتى يملك التصرف في ماله كيف شاء ويمنع من شاء بدلا او بغير بدل وانما تعلق الدين بالمال من حيث ان قضاء الدين يكون به فاما قبل القضاء فلا حق لصاحب الدين في مال المديون الا انه اذا كان من جنس ما اخذ كان فعله استيفاء ولصاحب الدين ان يستوفي جنس حقه اذا ظفر به فلا يلزمه القطع لذلك فاما اذا كان من خلاف جنسه ففعله ليس باستيفاء ولكنه سرقة موجبة للحد عليه كان قال انما اردت ان اخذ رهنا بحقي او قضاء بحقي درى الحد عنه لشبهة اختلاف العلماء فان ابن ابي ليلى كان يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له اخذ لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول ياخذ رهنا بحقه والخلاف المعتبر يمكن شبهة وهذا لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان مخطئا في ذلك التاويل عندنا قال وان سرق الحربي المستامن في دار الاسلام لم يقطع وهو ضامن للاعلى قول ابي يوسف وابن ابي ليلى فانهما يقولان لا يقطع ولا ضمان عليه وقد بينا ذلك قال واذا اشكل على الامام قيمة السرقة واختلف اهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم ادنى لم يقطع لان كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك يتعذر عند اختلاف المقومين فيه وقد بينا حديث عمر رضي الله عنه حين قضى بالقطع على السارق قال عثمان سرقته لا تساوي الا ثمانية دراهم فدرا القطع عنه قال وان كان اربعا او احدا منهم فقال لا تساوي عشرة دراهم لم يقطع حتى يرها الاخر منهم لان الحجة الحكمية لا تتم بقول واحد وسقوط القطع يتعين بتوفر الحجة الحكمية ولهذا لا يكتفى بقول الواحد حتى يرها غيره فان اجمع اثنان على ذلك ولم يرها احد بعد ذلك قطعه لان سبب الحد يثبت بشهادة اثنين فكذلك شرطه يثبت بقولهما في الحكم فيستوفى القطع الا ان تقول احد لا يساوي ذلك تحقيق للمعارضة تمكن الشبهة كما لو اقر بالسرقة ثم رجع قال وان سرق دينارا او مثقال ذهب لا يساوي عشرة دراهم لم يقطع لقيام الدليل على ان نصاب السرقة يتقدر بعشرة دراهم وغير المنصوص يقام مقام المنصوص عليه باعتبار القيمة فاذا لم تبلغ قيمته نصابا لم يتم شرط القطع ولا يقال الدينار كان متقوما بعشرة دراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك شي يختلف باختلاف الاوقات في قلة الوجود وكثرة الوجود وهذا ليس بكوني على اتحاد في معرفته الى ما كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولو شهدوا ان هذا سرق ولم يعرفوا اسمه قطع ولم يضرهم وان كانوا لا يعرفون اسمه لانهم عرفوه بالاشارة اليه فهو ابلغ من ذكر الاسم والنسبة لتعريف الغاصب به وهو حاضر فلا يقدح في شهادتهم ان لا يعرفوا اسمه قال وان قال السارق صاحب البيت اذن لي في دخول

قال كنت ضيفا عنده دراعنا القطع لانه لو اثبت ما ادعاه لم يكن فعله موجبا للقطع فبمجرد دعواه تتمكن الشبهة كما لو ادعى ملك العين لنفسه وهذا
لانه اذا آل الامر الى الخصومة والاستحلاف فلا يستحق اقامة القطع معه قال وكذا ان كان القوم في دار واحدة كل رجل في مقصورة وباب عليه مغلق فنزل
مقصورة صاحبه فنقب رجل منهم على صاحبه فسرق منه قال لا يقطع الا ان تكون دارا عظيمة فيقطع وقد بينا ان الدار العظيمة كالمحلة وكل مقصورة منها
حرز على حده ومن يسكن بعض المقاصير يتوهم منه فعل السرقة في مقصورة صاحبه فاما اذا كانت دارا صغيرة فصوت هذه الدار كلها حرز واحد وان كان
يغلق على باب كل بيت منها فمن يسكن بعض هذه البيوت فهو متمكن من الدخول في الحرز شرعا فيصير في ذلك شبهة في درء العقوبة عنه ولهذا قلنا في الدار
الصغيرة لو اخذ مع المتاع في صحن الدار لا يقطع ما لم يخرجه الى السكة بخلاف الدار العظيمة فان السارق اذا اخذ من المقصورة منها اذا اخذ في صحن
الدار يقطع قال واذا اجر الرجل منهم منزله من رجل وهو في منزل آخر فسرق المواجر من المستاجر متاعه من ذلك الموضع قطع في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا قطع عليه لقيام ملكه في العين فكذلك اذا سرق من البيت الذي اجره وهذا لان له نوع تاويل في الدخول لينظر هل استرم شيء منه ونحو ذلك وهل خرب
المستاجر شيئا منه فيمنعه عن ذلك وابو حنيفة يقول سرق ملك العين من حرز صاحب الملك فيلزمه القطع كما لو باع منزله ثم سرق منه متاع المشتري وهذا
لان الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار ولكنه عبارة عن التحفظ بها وذلك صار للمستاجر خالصا لا حق للآجر فيه في مدة الاجارة بخلاف الملك الذي اجره لان وجوب
القطع باعتبار العين والعين باق على ملكه والدليل عليه انه لو حدث الملك للسارق في المال بعد تمام فعل السرقة يسقط القطع عنه ولو حدث له
الملك في الحرز لم يسقط القطع عنه فكذلك اذا اقترن بالسبب ولم يذكر في الكتاب ان المستاجر اذا سرق متاع الآجر من منزله ففي بعض النوادر ذكر انه
على الخلاف ايضا والاصح انه اذا كان المنزل المواجر حرزا على حدة والمنزل الذي يسكنه المواجر حرزا على حدة فانه يلزمه القطع عندهم جميعا لانه لا تأويل
للمستاجر في منزل المواجر ولا شبهة وقد ذكر الخلاف في بعض نسخ الاصل وتاويل ذلك فيما اذا كانت صغيرة احرز منزلا منها من انسان حتى يكون الكل
في حكم حرز واحد فحينئذ لا يلزمه القطع عندهما ولكن اذا كان التاويل هذا فكذلك ينبغي على قول ابي حنيفة كما لو باع منزلا منها من انسان فهذا اصل
يشبه ولكن الجواب الصحيح فيه ما بينا ثم ذكر في الاصل ما يقطع فيه وما لا يقطع من الاعيان وذكر في الجملة انه يقطع في الحناء والوسمة وقد ذكر قبل هذا
انه لا يقطع فيما فتاويل ما ذكر قبل هذا في الرطب منه قبل ان يحرزه صاحبه احرازا تاما وتاويل ما ذكر هنا في اليابس منه فهو نظير الثمار لا يقطع في الرطب
ويقطع في الفواكه اليابسة الا في رواية عن ابي يوسف قال ما لا يقطع في رطبه لا يقطع في يابسه لان الغنى على حاله بعد اليبس فيصير ذلك شبهة
وقد بينا انه يقطع في اللؤلؤ واليواقيت والزمرد والفيروزج الا في رواية عن محمد فانه يقول هو من الاحجار ولا قطع في الحجر ولكنا نقول انما لا يقطع
في الحجر التافه وما يكون من اعز الاموال يرغب فيه من يتمكن منه لا يكون تافها قال ولا يقطع في الزجاج اما هو الزجاج فلانه يوجد مباح
الاصل بصورته في دار الاسلام غير مرغوب فيه فاما المعمول منه فمن اصحابنا من يقول يجب القطع فيه بمنزلة المعمول من الخشب لان هذا لا يوجد بصورته
مباحا والاصل فيه انه لا يجب لان هذا مما يسرع اليه الكسر فهو في معنى ما يتسارع اليه الفساد ولان الصنعة فيه لا تغلب على الاصل عادة قال لا يقطع
في البواري والقصب لان القصب يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ثم الصنعة لا تغلب على الاصل من حيث انه لا تضاعف قيمته بالصنعة ويكون
تافها بعد الصنعة في الاستعمال والبسط في المواضع المحرزة وغير المحرزة بخلاف المعمول من الخشب فالصنعة هناك تغلب على الاصل الا ترى ان القيمة تتضاعف
بالصنعة اضعافا وذكر ان في الساج يجب القطع وكذلك في الابنوس لان هذا مما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام ولانه لا يكون تافها ان من يتمكن
من احرازه لا يتركه عادة وعلى هذا يجب القطع في الصندل والعنبر وما اشبهه لانه لا يوجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه وانما يوجد
ذلك في دار الحرب وذلك لا يمكن شبهة لان الاموال كلها في دار الحرب على الاباحة قال واذا شهد شاهدان انه سرق من هذا العبد كذا وكذا
وكذلك السارق من اهل الذمة ومن مال اليتيم لانه لا تاويل له في مال هؤلاء ولا شبهة والسرقة تظهر بخصومة العبد والذمي ووصي اليتيم عند الامام بلا شبهة
قال ولا يقطع السارق من مال الحربي المستامن عندنا استحسانا وفي القياس يقطع وهو قول زفر لان ماله محرز في دارنا فانه معصوم كمال الذمي وجه
الاستحسان ان العصمة بالاحراز بالدار واحراز المستامن لا يتم الا ترى ان احراز المال تبع لاحراز النفس ولا يتم احراز نفسه بدار الاسلام حتى يتمكن من
الرجوع الى دار الحرب فكذلك لا يتم احراز ماله ولانه بقي حربيا حكما بقي النكاح بينه وبين زوجته في دار الحرب ومال الحربي مباح الاخذ الا انه يتأخر
اباحة الاخذ بسبب الامان الى ان يرجع الى دار الحرب فيصير في ذلك شبهة في اسقاط القطع عن السارق بخلاف الذمي فانه تم احراز نفسه بعقد الذمة
وخرج به من ان يكون حربيا من كل وجه قال رجل من اهل العدل اغار في عسكر اهل البغي ليلا فسرق من رجل منهم مالا جاء به الى الامام العدل لم
لا يقطعه لان لاهل العدل ان ياخذوا مال اهل البغي على اي وجه يقدرون عليه للكسر شوكتهم الى ان يتوبوا او يعودوا الى طاعة الامام ففي ذلك اعظم شبهة في
اخذه بهذا الطريق وكذا لو اغار رجل من البغي في عسكر اهل العدل لم يقطع ايضا لان اهل البغي يستحلون اموال اهل العدل ودماءهم وان كان فاسدا
فاذا انضم اليه المنعة كان بمنزلة التاويل الصحيح الا ترى انه لا يضمن الباغي ما اتلف من مال العادل بهذا الطريق فكذا لا يلزمه القطع قال ولو
ان رجلا من اهل دار العدل سرق مال امرئ آخر وهو ممن يشهد عليه بالكفر ويستحل ماله ودمه قطعه لان التاويل هنا خال عن المنعة ولا معتبر بالتاويل بدون

المنعة

المنعة وهذا لا يسقط الضمان به فكذلك القطع وهذا لانه يجب حكم اهل العدل فيتمكن امام اهل العدل من استيفاء القطع بخلاف الذي هو في عسكر
اهل البغي فان يد امام اهل العدل لا تصل اليه فلهذا افترقا قال واذا اقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف وابن ابي ليلى لا يقطع ما لم يقر مرتين وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة وحجتهما ما روي
عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان رجلا اقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده ولان هذا حد لله تعالى خالصا فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة
كحد الزنا ولهذا روي عن ابي يوسف انه شرط اقرارين في مجلسين مختلفين وابو حنيفة ومحمد استدلا بما روي عن النبي عليه السلام انه اتي بسارق
فقال اسرقت ما اخاله سرق فقال سرقت فامر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ولان ما يثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بالاقرار مرة
كالقصاص وقد بينا ان الزنا مخصوص من بين نظائره وفي الكتاب علل فقال لو لم اقطعه في المرة الاولى لم اقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا
عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك وان كان المال قائما بعينه رده بعد الاقرار
الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الا ترى ان الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال الا ترى ان بالشهادة لا يلزمه القطع
بعد رد المال الا ترى ان الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار اولى وان رجع قبل ان يقطع درئ القطع لانه ليس هنا من يكذبه في جحوده اداء القطع
حق الله فيتحقق التعارض بين الخبرين عنه فاما في حق المال لا يصح رجوعه لان المسروق منه يكذبه في الرجوع والمال حقه قال وان شهد شاهدان على اقراره
وهو منكر او هو ساكت لا يقر ولا ينكر لم اقطعه لان الاقرار دعيرا اياه حتى تمكن من الرجوع عنه فلا يمكن اثباته بالبينة وسكوته كانكاره فان البينة لا تقبل الا
على المنكر وانكاره بمنزلة الرجوع واقوى منه لكن عليه الضمان لان رجوعه في حق الضمان باطل فكذلك انكاره قال واذا اقر العبد بسرقة مال فهو على وجهين
اما ان يكون ماذونا له او محجورا عليه وكل وجه على وجهين اما ان يكون المال مستهلكا او قائما بعينه فهو وان كان العبد ماذونا اقر بسرقة مال مستهلك فعليه
القطع في قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا قطع عليه ولكنه ضامن للمال وان كان المال قائما بعينه في يده تقطع يده ويرد المال على المسروق منه عندنا وقال
زفر يرد المال ولا يقطع يده ولان اقراره في حق المال لاقى حقه فانه يلاقي حقه اوذمته وهو منفك الحجر عنه في ذلك فاما في حق القطع يلاقي نفسه والفك بحكم
الاذن لم يتناوله الا ترى انه لو اقر برقبته لانسان كان اقراره باطلا فكذلك اقراره بما يستوجب استحقاق نفسه او جزء منه يكون باطلا وجه قول علمائنا
ان وجوب الحد باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في هذا كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحد كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى
الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق توضيحه انه لا تهمة في اقراره لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه
فوق ما يلحق المولى والاقرار حجة عند انتفاء التهمة عنه وان كان العبد محجورا عليه فاقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده في الاصل قول زفر لان فيما كان العبد منفك
على اصل الحرية المأذون والمحجور فيه سواء وان اقر بسرقة مال قائم بعينه في يده فعلى قول ابي حنيفة يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وعلى قول ابي يوسف يقطع
يده والمال للمولى وعند محمد وزفر لا يقطع يده والمال للمولى اما محمد يقول اقرار المحجور عليه بالمال باطل لان كسبه ملك مولاه وما في يده كانه في يد المولى الا ترى
انه لو اقر بالغصب لا يصح فكذلك بالسرقة واذا لم يصح اقراره في حق المال بقي المال على ملك مولاه ولا يمكن ان يقطع في هذا المال لانه ملك مولاه ولا في
مال آخر لانه لم يقر بالسرقة فيه والمال اصل الا ترى ان المسروق منه لو قال انه المال لم تسمع خصومته ولو قال اتعلل القطع ولا ابغي المال لا تسمع خصومته ولذلك
ثبت المال ولا يثبت القطع ولا يتصور ان يثبت القطع قبل ثبوت المال واذا لم يصح اقراره فيما هو الاصل لم يصح فيما ينبني عليه ايضا وابو يوسف يقول اقر
بشيئين القطع والمال المسروق منه واقراره حجة في حق القطع دون المال فيثبت ما كان اقراره فيه حجة لان احد الحكمين ينفصل عن الآخر الا ترى انه قد يثبت المال
دون القطع وهو ما اذا شهد به رجل وامرأتان فكذلك يجوز ان يثبت القطع دون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وهذا لانا لا نقبل اقراره في تعيين
هذا المال فيبقى المسروق مستهلكا ويجوز ان يقطع يده وان لم نقبل اقراره في تعيين المال كما لو قال الثوب الذي في يد زيد انا سرقته من عمرو فقال زيد بل هو ثوبي
فانه يقطع يد المقر وان لم يقبل اقراره في ملك ذلك العين للمسروق منه وابو حنيفة يقول لا بد من قبول اقراره في حق القطع لما بينا انه في ذلك مبقي على اصل الحرية
ولان القطع هو الاصل الا ترى ان القاضي يقضي بالقطع اذا ثبتت السرقة عنده بالبينة ثم من ضرورة وجوب القطع عليه كون المال مملوكا لغير مولاه لا يستحيل ان
يقطع العبد في مال هو مملوك لمولاه وثبوت الشيء يثبت ما كان من ضرورته كما لو باع احد ولدي التوأم فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده يثبت
نسب الآخر منه ويبطل عتق المشتري فيه للضرورة فهذا مثله بخلاف الحر فان المال هناك لغير السارق وهو دوا اليه ولا يستحيل ان يقطع في مال الغير فاما هنا يستحيل
ان يقطع العبد في مال هو ملك لمولاه فهو ان هذا من ذلك انه لو اقر بسرقة مال من انسان فقال المقر له هو مالك لا حق لي فيه او قال المقر له هذا المال لمولاك
لا حق لي فيه ولو قال ذلك لا يقطع يده بالاتفاق ولا بد من القضاء بالقطع عليه لما قلنا فيقضي برد المال على المقر له ايضا قال واقرار الصبي بالسرقة باطل ثم بلوغه
بالعلامة وقد يكون بالسن فاما البلوغ بالعلامة في الغلام بالاحتلام او بالاحبال وادنى المدة في ذلك اثنتا عشرة سنة وفي الجارية بالحيض وبالحبل وبالاحتلام
وادنى المدة في ذلك تسع سنين وعند عدم ذلك فعلى قول ابي يوسف ومحمد والشافعي يحكم ببلوغهما اذا بلغا خمس عشرة سنة وعند ابي حنيفة البلوغ في الجارية سبع
عشرة سنة وفي الغلام في احدى الروايتين ثماني عشرة سنة وفي الرواية الاخرى تسع عشرة سنة وهو الاصح باعتبار انه زاد على ادنى المدة سبع سنين فانما دنى المدة التي اعتبر

الشروع بقوله عليه السلام مروهم بالصلوة اذا بلغوا سبعا وقد بينا المسئلة فيما املينا من شرح الوكالة قال واذا اقر بالسرقة عند العدو
او عند الضرب او عند التهديد بالحبس فاقراره باطل لحديث ابن عمر رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بامين ان جوعت او خوفت او اوثقت
وقال شريح القيد كره والسجن كره والوعيد والضرب كره وهذا لان الاقرار انما يكون حجة لترجح جانب الصدق فيه فلما اشتغل الاقرار حتى
هدد يبنى من ذلك ان الظاهر انه كاذب في اقراره وبعض المتاخرين من مشايخنا افتوا بصحة اقرار السارق بالسرقة مع الاكراه لان الظاهر ان السراق
لا يقرون في زماننا طائعين وسئل الحسن بن زياد رضي الله عنه ايحل ضرب السارق حتى يقر فقال ما لم يقطع اللحم لا يبين العظم فاني مرة بجواز ضربه
ثم ندم واتبع السائل الى باب الامير فوجده قد ضرب واقر بالمال وجاء به فقال ما رايت جورا اشبه بالحق من هذا فان اقر طائعا ثم قال المتاع متاعي
او قال قد استودعته او قال اخذته رهنا بدين لي عليه درات القطع عنه لان ما ادعاه محتمل فقد انتقل الامر الى الخصومة والاستحلاف وقد بينا ان
صاحب الدين اذا سرق بخلاف جنس حقه على سبيل الرهن بحقه لا يلزمه القطع ويستوي ان كان دينه حالا او مؤجلا وكذلك اذا اخذ جنس حقه على سبيل
الرهن بحقه لا يلزمه القطع والدين مؤجل وهذا استحسان وكان ينبغي في القياس ان يقطع لانه لا حق له في اخذ المال قبل حلول الاجل ولكنه استحسن
فقال التاجيل لا يسقط اصل المال انما يؤخر حق الاستيفاء فيكون وجوب الدين عليه شبهة قال ويستحب للامام ان يلقن السارق حتى لا يقر بالسرقة لما روينا
انه عليه السلام اتي بسارق فقال اسرقت ما اخاله سرق ولان هذا احتيال من الامام لدراء الحد وهو مندوب اليه واذا ثبتت السرقة في البرد الشديد
والحر الشديد الذي يخوف عليه الموت ان قطع حبسه حتى ينكشف الحر والبرد لان القطع يستوفى على وجه يكون القطع زاجرا لا متلفا واذا كان
لا يخاف عليه الموت ان قطع لم يؤخر لقوله عليه السلام لا ينبغي لوال يثبت عنده الحد الا ان يقيمه وان حبس الى فتور الحر والبرد فمات في السجن فضمان المسروق
دين في تركته لانه تعذر استيفاء القطع قال واذا اجتمع في يد قطع في السرقة والقصاص بدئ بالقصاص وضمن السرقة لانه ان كان القصاص في النفس فقد
بينا انه اذا اجتمع في النفس وما دونه يقتل ويترك ما سوى ذلك وان كان القصاص في اليد اليمنى فقد اجتمع في اليد حقان احدهما لله تعالى والاخر للعبد
فيقدم حق العبد لحاجته الى ذلك وكذلك ان كان القصاص في اليد اليسرى او في الرجل اليمنى او في الرجل اليسرى بدا باستيفاء القصاص واذا استوفى
تعذر استيفاء القصاص فيضمن المسروق وان قضى بالقصاص فعفا عنه صاحبه او صالحه قطعت يده في السرقة لان القطع في السرقة كان مستحقا وقد سقط
ما كان مقدما عليه وهو القصاص وان لم يصالحه حتى مضى زمان وهما يتراضيان فيه على الصلح ثم صالحه درات القطع في السرقة لتقادم العهد كان ذلك
مانع من استيفاء القطع بحجة البينة وان كان القصاص في الرجل اليسرى بدئ بالقصاص ثم حبس حتى يبرا ثم يقطع يده في السرقة وكذلك ان كان القصاص
في شجة في راسه لان الامام لو والى في الاستيفاء بالضرب ربما يموت لتضاعف الالام عليه فليتحرز عن ذلك بجهده فلهذا قلنا بانه يحبس حتى يبرا ثم يقام عليه الحد
قال واذا حكم على السارق بالقطع ببينة او باقرار ثم قال المسروق منه هذا متاعه او قال لم يسرقه مني انما كنت اودعته او قال شهد شهودي بزور او قال
اقروا بالباطل بطل القطع عنه لانقطاع خصومته وقد بينا ان بقاء الخصومة الى وقت استيفاء القطع شرط وان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء في
الحد كالمقترن باصل السبب وهذا بخلاف رد المال بعد القضاء لان رد المال منهي للخصومة فالمقصود بالخصومة استرداد المال والمنتهي يكون
متقررا في نفسه فكانت خصومته قائمة باعتبار قيام يده في المال وان قال قد عفوت لم يبطل القطع لان العفو اسقاط فانما يصح من صاحب الحق والقطع
حق الله لا حق للمسروق منه والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا العقوبة بينكم فاذا انتهى بها الى الامام فلا عفاه الله ان عفا عنه
فاما اذا وهب المسروق منه المال من السارق او باعه منه فان كان قبل قضاء القاضي بالقطع سقط القطع عنه لانقطاع خصومته وان كان بعد القضاء كذلك
عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف انه لا يسقط القطع عنه وهو قول الشافعي وحجتهما حديث صفوان فانه كان نائما في مسجد رسول الله صلى الله عليه
وسلم متوسدا برداية فجاء سارق وسرق رداءه فاتبعه حتى اخذه فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقطعه فقال اتقطعه بسبب ردائي وهبته
له يا رسول الله فقال هلا قبل ان تاتيني فهذا يدل على ان الهبة بعد القضاء لا يسقط القطع ولان هذا حد لله خالصا فاذا وجب تبقى وسببه لم يمنع استيفاء
ملك عارض في المحل كحد الزنا فان من زنا بامراة ثم تزوجها لم يسقط الحد عنه وهذا لان وجوب القطع باعتبار الملك والعصمة وقت السرقة والهبة توجب
ملكا حادثا ولا اثر لها فيما وجب القطع باعتباره بخلاف ما اذا اقر بالملك للسارق ولان في اقراره احتمال الصدق وبهذا الاحتمال تبين ان الملك كان
للسارق عند السرقة وذلك مانع تقرر فعل السرقة وبخلاف ما اذا كانت الهبة قبل المرافعة لان هناك لا يظهر عند الامام لانقطاع خصومة المسروق منه
فاما الان فقد ظهرت السرقة عنده وتمكن من استيفاء القطع فكانه فلا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك في المحل كما لا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك في الحرز
او برد المال بعد القضاء وحجتنا فيه ان انتفاء الملك للسارق عن المال شرط لوجوب القطع عليه وما يكون شرطا لوجوب القطع عليه يراعى قيامه الى وقت
الاستيفاء لان المعترض قبل القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود والدليل عليه ان انتفاء الابوة
لما كان شرطا لوجوب القصاص يشترط بقاؤه الى وقت الاستيفاء حتى ان المعترض من الابوة بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء كالمقترن باصل
السبب وهذا لان وجوب القطع باعتبار العين والملك وان كان حادثا هنا فالعين الذي وجد فعل السرقة فيه صين ذلك ولو اتحد الملك بان اقر له

المسروق منه له بالملك واثبت السارق ملكه بالبينة لم يقطع فكذلك اذا اتحد العين واختلف الملك لانه تمكن شبهة باعتبار اتحاد العين وقد بينا اختلاف
الروايات في حد الزنا ويعتبر التسليم العين روايتين فان وجوب الحد باعتبار ما استوفى من العين وذلك المستوفى متلاشي فهنا وجوب القطع باعتبار
العين وملكه حدث في ذلك العين وبخلاف الحرز فانه عبارة عن التحفظ والتحصن وقد فات ذلك كما احدث الملك له في حرز اخر وبخلاف رد المال
فان الرد منهي للخصومة فانما هو المقصود يحصل بالرد والمنتهي في حكم المتقرر فاما الهبة يقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وما يفوت المقصود
بالشيء لا يكون منهيا له واما حديث صفوان فقد ذكر في بعض الروايات عفوت عنه والحديث حكاية حال لا عموم له ثم معنى قوله هلا قبل ان تاتيني
كيلا تهتك ستر الاترى الى ما روي ان وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم تغير فقال صفوان كانه شق عليك ذلك يا رسول الله فقال وكيف لا يشق
علي وكانكم اعوان الشياطين على اخيكم المسلم فعرفنا انه كره هتك الستر عليه ولم يرو مشهورا انه قطع يده بعد هبته وان روي ذلك فيحتمل ان السارق لم يقبل
الهبة لذلك وعندنا اذا لم يقبل الهبة السارق لا يسقط القطع قال وان اقر بالسرقة والمسروق منه غايب ففي القياس يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
لانه اقر بوجوب الحد عليه خالصا لله تعالى فيستوفيه الامام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فان المسروق منه اذا حضر ربما يكذبه في الاقرار وقد بينا قال
ولا يقطع السارق من بيت المال حرا كان او عبدا لان له فيه شركة او شبهة شركة فان ما في بيت المال مال المسلمين وهو احدهم فانه اذا احتاج يثبت له الحق فيه
بقدر حاجته وفي الكتاب روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل سرق من المغنم فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا ولانه ليس لهذا المال مالك متعين
ووجوب القطع على السارق صيانة لملك على المالك ولهذا لا يقطع بسرقة مال لا مالك له قال ولا يقطع السارق من امراة ابنه او زوج ابنته او زوج
امه او امراة ابيه اذا سرق من المنزل المضاف اليه لان له ان يدخل منزل ابيه او امه ومنزل ابنه وابنته من غير استيذان ولا حشمة فلا يتم معنى الحرز في حقه في
منازلهم فلهذا لا يلزمهم القطع فاما اذا سرق مال مولاه من غير منزل ولده او والده او سرق من امراته او من ابويها فلا قطع عليه في قول ابي حنيفة وفي قولهما يقطع
وهو القياس وهو الخلاف في الاختان والاصهار كلهم سوى ما ذكرناه هما يقولان لا شبهة للبعض في ملك البعض ولا تاويل ولا في حرزه فكانوا بمنزلة الاجانب
الا ان فيما يحرم بالمصاهرة ولا باس للمحرم في المنع من وجوب القطع كما لو سرق من منزل ابيه لم يقطع وكذلك ابوه وهذا بناء على اصل علمائنا رحمهم الله
ان احد الزوجين اذا سرق مال الاخر لم يقطع والشافعي يقول من سرق من بيت يسكنان فيه فكذلك الجواب وان سرق من حرز اخر لصاحبه يقطع بناء على اصله
انه يبنى في حقوق النكاح بينهما كالاجانب حتى يقبل شهادة احدهما للاخر وعندنا نسبهما من وجه ثبت معنى الاتحاد بينهما ولهذا لا يقبل شهادة احدهما لصاحبه
ويتباسط كل واحد منهما في مال صاحبه كتباسط الولد في مال والده فكان ذلك مانعا من وجوب القطع عليه فكذلك هنا قال واذا اقر بسرقة مع صبي او معتوه
لم يقطع وكذلك لو شهد عليه الشهود بذلك لانهما سرقة واحدة فاذا لم يوجب القطع على احدهما للشبهة لا يوجب على الاخر للشركة بخلاف ما اذا زنا بصبية
لان فعله هناك ليس من جنس فعلها فيتحقق الشركة في الفعل بل هو الفاعل وهي محل الفعل وعن ابي يوسف قال ان كان الحامل للمتاع هو البالغ فعليه القطع ولا
معتبر بالصبي فانه يستغنى ان ادراء القطع عنه فيتطرق السراق الى اسقاط القطع لان كل سارق لا يعجز عن ان يستصحب صبيا او معتوها مع نفسه وكذلك ان كان
مع اخرس لا قطع على واحد منهما اما الاخرس فلتمكن الشبهة في حقه لانه لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة تدرا به الحد عن نفسه واما الناطق فلاجل الشركة قال ولو
سرق حملا وظرفا وقيمة الظرف نصاب لا قطع عليه لان المقصود هو الحمل وهو حرام الا ان يشرب الحمل في الحرز ثم يخرج الظرف وهو مما يقطع في جنسه فحينئذ يلزمه
القطع وهذه المسئلة ذكرها في الاصل لايضاح الفصل الاول ان وجوب القطع باعتبار العين والفعل فاذا كان احد العينين مما لا يقطع بسرقته يصير ذلك شبهة
في اسقاط الحد كما اذا كان احد الفعلين مما لا يجب القطع وقد بينا ان القطع يستوفى بخصومة الغاصب والمودع والمستعير وان كان المالك هو الذي حضر فقد
ذكر في الجامع الصغير انه يقطع السارق وذكر ابن سماعة في نوادره اذا حضر المالك وغاب المسروق منه لم يقطع بخصومته حتى يحضر المسروق منه فقيل هذا قول
مراده مما ذكر في الجامع الصغير اذا حضرا جميعا وقيل بل فيه روايتان وجه رواية الجامع ان المالك هو الاصل في هذه الخصومة لان له حق ملكه وحقه ولا
معتبر بغيبة غيره مع حضوره وجه رواية النوادر ان المسروق منه غيره والشرط حضور المسروق منه الا ترى انه لا يستوفي بخصومة وكيله لانه غير المسروق
منه فكذلك المالك هنا وهذا لان المسروق منه اذا حضر ربما يقر انه كان ضيفا عنده فلهذا النوع من الشبهة لا يستوفي القطع وكذلك لو انقطع السارق
منه بخصومته لانه مالك للمكسوب وهو ملك مقصود وان كان حرا ما وقد بينا الكلام في السارق من السارق فان كان السارق من المودع ذا رحم محرم منه
لم يقطع بخصومته ولا بخصومة المالك كما لو سرق مال المودع وهذا لان المسقط للحد هو ذو الرحم المحرم الشبهة في الحرز من حيث ان بعضهم يدخل على البعض من
غير حشمة ولا استيذان وفي هذا لا يفترق بين ان يسرق ماله او مال الاجنبي وديعة عنده قال ولا يقطع السارق من امراته المبتوتة المعتدة منه في منزل على حدة
العدة حق من حقوق النكاح فيعمل عمل حقيقة النكاح في الشبهة ولانه قد يدخل عليها اذا اتاها بالنفقة والسكنى عليه فمن هذا الوجه يصير السكنى كالمضاف اليه
وان سرق بعد انقضاء العدة قطع لانه لم يبق بينهما حق ولا علقة فصارت في حقه كما قبل ان يتزوجها كما يقطع بعد انقضاء العدة اذا سرق منها فكذلك من
ابويها لان المانع في حال قيام النكاح دخول بعضهم على البعض من غير استيذان عادة وقد زال ذلك بارتفاع النكاح بجميع علائقه قال ولا يقطع السارق
من امراة تزوجها بعد سرقته لان العارض بعد وجوب الحد قبل استيفائه كالمقترن باصل السبب ولو كان النكاح قائما بينهما وقت السرقة لم يقطع وان لم

اليه فكذلك اذا اعترض النكاح وعن ابى يوسف قال اذا تزوجها قبل القضا بالقطع فكذلك الجواب لان القاضى لا يبيع خصومتها فى حكم الحد وبين حكم
فاما اذا تزوجها بعد القضا بالقطع فكذلك الجواب لا يمنع استيفاء القطع لان الزوجية عينها لا يمنع القطع بل معنى الشبهة من حيث انه يدخل عليها من غير
استيذان وهذا لا يوجد فى زوجية معترضة بعد القضا بالقطع قال ولو سرق من امراته ثم ابانها ولم يدخل بها فلا قطع عليه لان الشبهة فى الحرز كانت موجودة
وقت السرقة فلم يكن اصل فعله موجبا للقطع ثم لا يصير بعد ذلك موجبا واذا سرق من امه من الرضاعة او من اخته فعليه القطع لانه لا سبب بينهما سوى الحرمة
ولا باس للحرمية فى المنع من وجوب القطع كالحرمة بسبب المصاهرة بعد ارتفاع النكاح او بسبب المصاهرة الثابتة بالزنا او بالتقبيل عن شهوة لا يوثر
فى اسقاط القطع وعن ابى يوسف قال واذا سرق من امه من الرضاعة فلا قطع عليه لانه يدخل عليها من غير استيذان عادة بخلاف اخته من الرضاعة وغيرها
وهذا بعيد فان الامية من الرضاعة لو كانت موثرة فى اسقاط القطع لكانت الاجنبية موثرة منه كما لو كانت بالنسب قال واذا اقر الرجل بالسرقة
ثم هرب لم يطلب وان كان فى فوره ذلك لان هربه دليل رجوعه ولو رجع عن الاقرار لم يقطع فكذلك اذا هرب والاصل فيه قوله عليه السلام لماعز حين
اخبر بالهرب فقال هلا خليتم سبيله ولكنه اذا اتى به بعد ذلك كان ضامنا للمال كما لو رجع عن اقراره فانه يسقط القطع به دون الضمان قال
واذا اقر انه سرق من هذا مايه ثم قال وهمت انما سرقته من هذا الاخر لم يقطع لانه رجع عن اقراره بالسرقة من الاول وتناقض كلامه فى اقراره بالسرقة
من الاخر والتناقض كالرجوع فى ايراث الشبهة ويقضى لكل واحد منهما بمايه لان بالرجوع والتناقض بطل اقراره فى حق الحد دون المال وقد اقر بسرقة
مايه درهم من كل واحد منهما وصدقه كل واحد منهما فى ذلك فكان ضامنا له وان قال ذلك الشهود بعد القضا للاول لم يقض عليه بقطع ولانهم
لانهم رجعوا عن شهادتهم بالسرقة من الاول وتناقض كلامهم بالسرقة من الثانى حين شهدوا اولا بسرقة هذه المايه بعينها من الاول والرجوع عن الشهادة
قبل القضا والتناقض فيها مانع من القضا بالمال والحد جميعا قال وان كانت الشهود اربعة فشهد اثنان على الشهادة الاول به وشهد اثنان فشهد
على هذا الاخر لا قطع عليه لواحد منهما للشبهة التى دخلت من حيث ان الراجعين شهدا بسرقة ذلك المال بعينه من الاخر فيكون ذلك ضد رضا للشهادة
الناس على السرقة من الاول فيمتنع وجوب القطع عليه بشهادة البانيين للمعارضة وبشهادة الراجعين للتناقض ويقضى بالمال للاول لقيام حجة كاملة
على الشهادة فى حق المال وتاثير المعارضة فى ايراث الشبهة ولكن المال يثبت مع الشبهات ولا يقضى للاخر بشى للتناقض من الشهود فى حق الاخر بان ذلك
مانع من القضا بالمال قال رجل اقر انه سرق من هذا مايه درهم ثم جاء اخر فقال لم تسرقها هذا ولكن انا سرقتها فقال المسروق منه كذبت فانه يقطع للاول
بخصومته لانه صدقه وفى اقراره بالسرقة منه فاما اقرار الثانى فقد بطل بتكذيب المسروق منه اياه فصار كالمعدوم وان قال المسروق منه لم يسرقها الاول
فقد علمت وذكرت ان هذا الاخر هو الذى سرقه لم يقطع الاخر ولا الاول لان دعواه على الاول برائة منه للاخر ودعواه على الاخر براءة منه الاول فلانه قد
تناقض كلامه والخصومة من المناقض غير مسموعة وشرط القطع الخصومة فلهذا لا يقطع واحد منهما ولا يضمن الاول السرقة ايضا لانه قد ابراه منها بالدعوى
على الاخر فصار مكذبا له فى اقراره وقد كذب الاخر فى اقراره قبل هذا فلا ضمان له على واحد منهما الا ترى انه لو اقر بانه سرق منه فقال المقر له كذبت ثم قال
صدقت انت سرقتها لم يكن له ان يضمنه شيا وان لم يقل كذبت ولكنه قال صدقت ثم قال الاخر انا سرقتها فقال صدقت لم يقطع واحد منهما لمعنى
التناقض ويضمن الاخر دون الاول لانه بتصديق الاخر صار مكذبا للاول مبريا له عما اقر به فان قيل فكذلك هو بتصديقه الاول صار مكذبا للاخر
قلنا نعم لكن وجد من الاخر الاقرار له بعد ذلك التكذيب فيصح تصديقه فى ذلك كمن اقر لانسان بمال فكذبه ثم اقر له ثانيا فصدقه كان له ان ياخذ
المال وان كان ذلك فى شهادة لم يضمن واحد منهما شيا لان الشهادة لا توجب شيا بدون القضاء ولا يقضى القاضى بها الا اذا ترتبت على خصومة
صحيحة وقد سقط اعتبار خصومته للتناقض ولانه صار مكذبا كل فريق بتصديق الاخر كالمدعى اذا اكذب شاهده لم يقبل شهادته له قال رجل
قال لاخر سرقت منك كذا وكذا فقال كذبت لم تسرق منى ولكنك غصبته غصبا وانما اردت بذكر السرقة ان تبرا من الضمان فالقياس لا شى له عليه
لانه كذبه ثم ادعى عليه غصبا مبتدا فبطل اقراره بالكذب ولم يثبت ما ادعاه بغير حجة ولكنا استحسن فقال له ان يضمنه لان كلامه موصول وفى اخره
بيان ان غرضه التكذيب فى جهة السرقة لا فى اصل المال المضمون عليه والبيان المغير صحيح اذا كان موصولا بالكلام ثم المقر له ابتدت بما ضم الى ما ندب
اليه فى الشرع من ابقاء الستر على المسلم والاحتيال لدرا العقوبة عنه فلا يكون ذلك مسقطا حقه فى المال وان قال سرقت منك كذا فقال غصبته الطالب
غصبته غصبا وهو مستهلك فعليه ضمانه لك لانه كان صدقه فى الاقرار على اصل المال فقد صدقه فى ايجاب الضمان فى ذمته لان الغصب والسرقة كل
واحد منهما سبب للضمان والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فعند التصديق فى الحكم لا يعتبر التكذيب فى السبب وان قال غصبتك كذا فقال
سرقته منى فله ان يضمنه لانه صدقه فيما اقر له به وادعى زيادة جهة السرقة ولم يثبت له ذلك الزيادة بدعواه فعليه ضمان القيمة والقول فى مقدار القيمة قول
الضامن مع يمينه لانكاره الزيادة التى يدعيها الطالب وان قال سرقت من فلان وفلان ثوبا واحدهما غايب لم يكن للحاضر ان يقطعه ولكن يقضى له بنصف
الثوب ان كان قايما وبنصف قيمته ان كان مستهلكا لان التصديق من الغايب لم يعرف فاذا حضر فالكذب به فيبقى نصف الثوب على ملكه ولو قطعنا
لقطعناه فيما هو شريك فيه وذا لا يجوز وهذا بخلاف ما لو قال زنيت بفلانة وفلانة فكذبه احداهما وصدقته الاخرى يقام عليه الحد لان فعله بكل

واحد منهما متميز عن فعله بالاخرى وهنا انما اقر بفعل واحد فى ثوب بينهما ولو ثبت باقراره السرقة فى نصيب الغايب قبل تصديقه فلا يمكن
القضا بالسرقة فى نصيب الحاضر خاصة لان فعل السرقة فى نصف الثوب شايعا لا يتحقق منفردا عن النصف الاخر فلهذا لم يقطع فاذا تعذر استيفا
القطع ظهر حكم المال فيقضى للحاضر بما اقر له به وذلك نصف الثوب ان كان قايما ونصف قيمته ان كان مستهلكا فان كانا حاضرين فقال احدهما كذبت
لم يسرقه ولكنك غصبته او استودعناكه او اعرناكه او قال هو ثوبك لا حق لنا فيه لم يقطع فى شى من ذلك اما الشركة له فى الثوب فباقرار احدهما له
بالملك او لا ينفصل السرقة عن نصيب احدهما بتكذيبه لانه لا يتحقق فعل السرقة بنصيب الاخر من الثوب منفردا ولكن يقضى بنصفه للاخر او بنصف قيمته
ان كان مستهلكا لما بيناه وفى حق الناس يبنى القضا على ما اقر ان كان ذلك ببينة واحدهما غايب فيقضى للحاضر بنصف الثوب وبنصف قيمته ثم جاء الغايب
وادعى السرقة يقضى له بمثل ذلك لان احد الشريكين فى اثبات الملك قايم مقام صاحبه ولكن لا يقطع السارق لان القاضى حين قضى بنصف الثوب الاول او بنصف
قيمته فقد درا القطع عنه فى نصيبه اذ القاضى لا يستعمل بالضمان الا بعد درا الحد ولانه بالضمان ملك ذلك النصف واعتراض الملك فى البعض كاعتراضه فى
الجميع باسقاط الحد عنه وان كان الاخر حاضرا وقت الخصومة فقال الثوب وديعه او عارية لنا عندك لم يقض له بشى لانه اكذب شهوده حين شهدوا له
بالسرقة واكذاب المدعى شاهده يبطل الشهادة فى حقه وليس للاخر ان يشاركه فى تلك الحصة لانه ابطل حق نفسه باكذابه شهوده فصار كما لو ابراه عن نصيبه من
الضمان ثم بعد الابرا لا يبقى له حق يشاركه الاخر فيما نقص قال رجلان اقرا انهما سرقا هذا الثوب من هذا الرجل والرجل يدعى ذلك فلما امر الحاكم
بقطعهما قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه قال يدرا القطع عنهما لان العوض من دعوى الملك من احدهما كالمقترن بالسبب الا ترى انهما لو ادعيا جميعا الملك
بعد القضا كان شبهة فى درا الحد بمنزلة المقترن بالسبب فكذلك اذا ادعى احدهما وهذا لان الحد وجب عليهما فى شى واحد وقد آل الامر الى الخصومة والاستحلاف
فى ذلك الشى ولو كان احدهما قال سرقنا هذا الثوب من هذا الرجل وقال الاخر كذبت لم نسرقه ولكنه لفلان قال يقطع المقر بالسرقة فى قول ابى حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف احب الى ان لا يقطع واحد منهما وكذلك لو قال احدهما سرقناه وقال الاخر لم اسرق معك ولا اعرفك ولا اعرف هذا الثوب فهو على الخلاف
وقد كان ابو يوسف اولا يقول كقول ابى حنيفة ومحمد ثم رجع وجه قول ابى يوسف ان المقر منهما اقر بسرقة شى واحد وقد تعذر ايجاب الحد عليه
لدعواه الملك لنفسه فيكون شبهة فى هذا القطع عنهما وجه قول ابى حنيفة ومحمد ان المقر اقر بالفعل الموجب للعقوبة على نفسه وعلى غيره وقد انعدم اصل
الفعل فى حق الاخر لتكذيبه فلا يوجب ذلك شبهة فى الفعل الثابت فى حق المقر باقراره ولا فى موجبه كما لو قال قتلت انا وفلان فلانا وقال الاخر انا ما قتلت
فالقصاص واجب على المقر وكذلك لو قال زنيت انا وفلان بفلانة وكذبه الاخر كان على المقر الحد بخلاف ما لو ادعى الاخر الملك فان اصل الفعل ثبت هناك مشتركا
باتفاقهما عليه ثم امتنع وجوب القصاص على احدهما بالشبهة فيمتنع وجوبه على الاخر كما فى المقرين بالقتل اذا زعم احدهما انه كان مخطيا وقد ذكر فى الحدود رواية
اذا اقر انه زنا بامراة وكذبته انه لا حد عليه عند ابى حنيفة وعندهما يقام الحد فمحمد سوى بين الفصلين ويقول تكذيبها المكذب لا يوثر فى حق المقر وابو يوسف
بينهما فيقول هناك يقام الحد عليه وهنا لا يقام لان فعلها فى الزنا ليس من جنس فعله فان فعله الايلاج وفعلها تمكين وهى فى الحقيقة محل الفعل والمباشر هو الرجل
فاتفاوت فى جانبها بتكذيبها لا يمكن شبهة فى حق الرجل وهنا الفعل من السارقين واحد والمشاركة بينهما تتحقق فانتفاؤه عن احدهما بالانكار يمكن شبهة فى حق الاخر
كما فى القتل اذا اشترك الخاطى مع العامد وابو حنيفة يفرق بينهما ايضا فيقول هناك لا يقام الحد عليه وهنا يقام على المقر منهما لان فعل الزنا من الرجل لا يتصور
بدون المحل وقد انعدم المحل بتكذيبها فاما فعل السرقة من المقر يتحقق بدون الاخر فانتفاء الفعل فى حق الاخر لا يمنع بانكاره لا يمنع تقرر الفعل فى حق المقر موجبا
للقطع

باب قطاع الطريق

واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من اهل الذمة الطريق فقتلوا واخذوا المال قال يقطع الامام ايديهم اليمنى وارجلهم اليسرى من
خلاف او يصلبهم ان شاء وانما شرطنا ان يكونوا قوما لان قطاع الطريق يحاربون بالنفس والمحاربة عادة من قوم لهم منعة وشوكة يدفعون عن انفسهم ويقصدون
على غيرهم بقوتهم ولان السبب هنا قطع الطريق ولا ينقطع الطريق الا بقوم لهم منعة وشرط ان يكونوا من المسلمين او من اهل الذمة ليكونوا من اهل دارنا على
التابيد فانهم اذا كانوا من اهل الحرب مستامنين فى دارنا فى اقامة الحد عليهم خلاف وقد بينا وشرط ان يقطعوا الطريق على قوم من المسلمين او من اهل الذمة
ليكونوا من اهل دارنا على التابيد لتكون العصمة الموبدة ثابتة فى اموالهم فانهم اذا قطعوا الطريق على المستامنين لا يقام الحد عليهم لانعدام العصمة الموبدة فى اموالهم
وقد سماه النبى السرقة الصغرى فهو مثله فى السرقة الكبرى ثم قد بينا فى اول الكتاب ان حد قطع الطريق على الترتيب بحسب جناياتهم عندنا وهو قول ابن عباس
وابراهيم وعند مالك على التخيير وهو قول سعيد بن المسيب ولو لم ياخذ بذلك لان الذى اخاف السبيل ولم يقتل ولم ياخذ مالا اقدم بالمعصية والقطع والقتل من
اغلظ العقوبات فلا يجوز اقامته على من هم بالمعصية ولم يباشر والقطع جزاء اخذ المال كما فى السرقة الصغرى الا ان ذلك دخله نوع تخفيف من حيث انه يخفى
فعله وهذا قد يغلظ بالمجاهرة ولهذا وجب قطع عضوين من اعضايه ثم من هم بالسرقة الصغرى ولم ياخذ المال لا يقام عليه القطع فكذلك من هم باخذ المال
هنا ولم ياخذ فان قتلوا واخذوا المال فعند ابى حنيفة الامام فيهم بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم ثم قتلهم وان شاء قتلهم من غير قطع وان شاء صلبهم وعند

ابي يوسف ومحمد الامام يصلبهم احتج فيه بقول ابن عباس ولانه اجتمع عليه العقوبة في النفس وما دونه حقا لله تعالى فيكون الحكم فيه ان يدخل ما دون النفس في النفس كما اذا اجتمع حد السرقة والشرب والرجم وهذا لان المقصود الزجر وذلك يتم باستيفاء النفس فلا فائدة في الاشتغال بما دونه ولابي حنيفة رحمه الله احدهما ان مبنى هذا الحد على التغليظ لتغلظ جريمتهم والقطع ثم القتل اقرب الى التغليظ فكان للامام ان يختار ذلك لكونه اقرب الى ما لاجله شرع هذا الحد والثاني ان السبب الموجب للقطع وهو اخذ المال وجد منهم والسبب الموجب للقتل وهو قتل النفس قد وجد منهم وانما يثبت الحكم بثبوت السبب والكل حد واحد ولانه اخلاء لهما لو احد كالجلدات في الزنا انما التداخل في الحدود فان قيل هذا فاسد لان للامام ان يقتلهم ويدع القطع قلنا لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجزاء الحد الواحد فكان له ان يبدا بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كالزاني اذا اخر خمسين جلدة فمات فانه يترك لانه لا فائدة في اقامته ثم ظاهر الرواية هو مخير في الصلب ان شاء صلبه وان شاء لم يفعله واكتفى بالقتل وعن ابي يوسف قال ليس للامام ان يدع الصلب لان المقصود به الاشتهار لتحصل عبرة فيزجر فلا يترك وجه ظاهر الرواية ان معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل في شيء من الاخبار ان النبي عليه السلام صلب احدا الا ترى انه لم يفعله مع العرنيين مع المبالغة والاستقصاء في عقوبتهم حتى سمل اعينهم قال واذا اراد الصلب ففي ظاهر الرواية يصلبهم احياء ثم يطعن تحت ثدييهم الايسر حتى يموتوا فان المقصود الزجر وذلك انما يحصل اذا صلبهم احياء لا بعد موتهم وذكر الطحاوي انه لا يصلبهم احياء لانه مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكنه يقتلهم فيتم معنى الزجر والعقوبة في قتلهم ثم يصلبهم بعد ذلك للاشتهار حتى يعتبر بهم غيرهم وفي الصحيح من المذهب يتركهم على الخشبة ثلاثة ايام ثم يخلي بينهم وبين اهاليهم بعد ثلاثة ايام لانه يتاذى الناس بهم فيدفنونهم قال واذا وجد منهم القتل واخذ المال فلا معتبر بالجراحات في تعلق الارش والقصاص بها لانهم استوجبوا اتم ما يكون من الحد فيسقط اعتبار ما دون ذلك من الجراحات وعفو الاولياء في ذلك باطل لان هذا حد يقام لحق الله تعالى واسقاط الاولياء انما يعمل في حقهم فيكون استيفاؤه اليهم او يستوفى بطلبهم فاما ما يستوفيه الامام لله تعالى فلا عفو فيه للاولياء ولا للامام لانه ليس بصاحب الحق بل هو نائب في الاستيفاء فهو في العفو كغيره والاصل فيه ما روينا لا ينبغي لوالي حد انتهك عنده من حق الله الا اقامه ثم المذهب عندنا ان الواجب عليهم الحد وعند الشافعي في القتل الواجب عليهم القصاص متحتم لا يعمل فيه عفو الولي لان هذا قتل لا يستحق الا بالقتل والقتل المستحق بالقتل يكون قصاصا الا انه تاكد بانضمام حق الشرع فلا يعمل فيه الاسقاط كالعفو ولكنا نقول القطع والقتل في قطع الطريق كله حد واحد ثم القطع حد الله تعالى فكذلك القتل الا ترى ان الله تعالى سماه جزاء والجزاء المطلق ما يجب حقا لله تعالى بمقابلة الفعل فاما القصاص واجب بطريق المساواة وفيه معنى المقابلة بالمحل والدليل عليه ان الله تعالى جعل سبب هذا القتل ما قال في قوله يحاربون الله ورسوله وما يجب بمثل هذا السبب يكون لله تعالى وسماه خزيا بقوله ذلك لهم خزي في الدنيا فعرفنا انه حد واحد لله تعالى قال فان كان فيهم عبد او امراة فالحكم فيه كالحكم في الرجال اما العبد فلانه مخاطب محارب وهو في السرقة الصغرى يستوي بالحر فكذلك في الكبرى والمراة كذلك في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي فانه قال في كتابه الرجال والنساء في حق قطاع الطريق سواء كما يستويان في سائر الحدود وهذا لان الواجب قتل وقطع وفي القطع الواجب جزاء الرجل والمراة سواء كالرجم وذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة وقطاع الطريق هم والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا تسوى بين الرجل والمراة فكذلك في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرجح في هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق السهم ثم يساويه في حق هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لانعدام الاهلية للعقوبة بعدم التكلف لا لانعدام الحكم وذلك لا يوجد في حق النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف انه اذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه يدرا عنهم جميعا لكون المراة فيهم وجعل المراة فيهم كالصبي لو كان معهم صبي او مجنون لا يقام على احد منهم فكذلك المراة ومحمد يقول الردء للمباشر في المحاربة والرجال لا يصلحون تبعا للنساء في التناصر والمحاربة فانما يقام عليها جزاء المحاربة المباشرة ولا يقام على الرجال وابو يوسف يقول انما يتم هذا الفعل منها بقوة الرجال فانهن لا يصلحن للمحاربة بدون الرجال فكانهم فعلوا ذلك ويقام الحد عليهم لا عليها لان المانع من الاقامة عليها معنى لا في فعلها وهو انهن لا يصلحن للمحاربة على الصبي فان المانع معنى في فعله وهو ان فعله لا يصلح موجبا للعقوبة وقد تحقق الاشتراك في الفعل بينهم وبينه فلا يقام الحد على واحد منهم قال والمباشر وغير المباشر في حد قطاع الطريق عندنا وعند الشافعي لا يقام الحد الا على من باشر القتل واخذ المال لانه جزاء الفعل فلا يجب الا على من باشر الفعل كحد الزنا الا ترى انهم لو لم يقتلوا ولم ياخذوا المال لم يقم الحد على واحد منهم ففي حق الذي لم ياخذ والحال كانهم جميعا لم ياخذوا وحجتنا فيه ان هذا حكم متعلق بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة وتاثيره انهم جميعا مباشرون السبب وهو المحاربة وقطع الطريق هكذا يكون في العادة لانهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال لخفي عليهم طريق الاصابة لكثرة الزحمة ولا يستقرون ان زلت قدمهم فانهزموا فاذا كان البعض ردءا لهم يلتحقوا اليهم تنكسر شوكة الخصومة برديتهم وكذلك في العادة انما يتولى اخذ المال الاتباع منهم والاكابر يترفعون عن ذلك فانقطاع الطريق يكون بهم جميعا عرفنا انهم يباشرون السبب فاما اخذ المال والقتل شرط فيه فاذا صار الشرط موجودا بقوتهم وباشروا السبب باجمعهم قلنا يقام الحد عليهم قال وان

اصابوا

اصابوا المال ولم يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف وان لم يقتلوا لانهم باشروا اخذ المال فيقام عليهم جزاؤه وقد بينا ان القتل شرط الوجوب لقطع عليهم والحكم بعد وجود السبب لا يثبت قبل وجود الشرط وان لم يوجد طلبوا الى ان يوجدوا او ينقطع اذاهم ويامن المسافرون في طرقهم وذلك نفيهم من الارض في تاويل بعضهم وان قتلوا ولم يصيبوا مالا اصلا ولم تقطع ايديهم وارجلهم لان جزاء اخذ المال لا يلزمهم الا باخذ المال قال وان قتلوا واخذوا المال ثم تابوا وردوا المال الى اهله ثم اتى بهم الى الامام لم يقطعهم ولم يقتلهم لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا وقد بينا ان تمام توبته في رد المال لينقطع به خصومة صاحب المال فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال في حالهم وقد انقطعت خصومته بوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد ولكنه يدفعهم الى الاولياء في القتل فيقتلونهم او يصالحونهم وهذا لان في التوبة انما يسقط ما كان خالصا لله تعالى واما ما كان حقا للعبد فلا والى اشار الله تعالى في قوله ان الله غفور رحيم وقد كان السبب الموجب متقررا من باشر القتل منهم وهو تعمد قتل نفس بغير حق الا ان استحقاق القتل عليهم حدا كان مانعا من ظهور القود فاذا سقط ذلك زال المانع فظهر حكم القود والقود انما يجب على مباشر القتل دون الردء قال وللولي الخيار ان شاء عفى وان شاء صالح على مال وان شاء استوفى القتل لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وقال وولي القتيل يعفو فقال لا فقال اتاخذ الدية فقال لا فقال اتقتل فقال نعم فعرفنا انه يتخير بين هذه الاشياء ومن باشر منهم الجراح فيما يمكن اعتبار المساواة فيها يجب القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش كما لو كانت الجراحات منهم في غير قطع الطريق وهذا لان سقوط اعتبار حكم الجراح لوجود اقامة الحد فاذا زال ذلك ظهر حكم الجنايات كما اذا استهلك السارق المال سقط حكم الضمان لوجود اقامة القطع فاذا اسقط القطع ظهر حكم الضمان قال واذا قطعوا الطريق واخافوا المسلمين ولم يقتلوا احدا ولم ياخذوا مالا حبسوا حتى يتوبوا بعد ما يعزرون وفي الكتاب يقول عوقبوا فكانه كره اطلاق لفظ التعزير على ما يقام عليهم قبل التوبة لما في التعزير من معنى التطهير وهو المراد من قوله او ينفوا من الارض يعني يحبسون وقد بينا ذلك وهذا اولى مما قاله الشافعي ان المراد الطلب ليهربوا من كل موضع لان العقوبة بالحبس مشروع فالاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وفي هذا الموضع يطالبون بموجبات الجراحات التي كانت منهم من قصاص او ارش لانه لم يقم عليهم الحد وسقوط اعتبار حكم الجراحة لوجوب اقامة الحد فاذا انعدم ذلك وجب اعتبار الجراحات في حق العبد فان تابوا وفيهم عبد قد قطع يد حر دفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فبقي حكم الدفع والفداء وان كانت فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف فعليها الدية والعاقلة لا تعقل ما لا تعقله العاقلة فكان في مالها قال واذا اخذهم الامام قبل ان يتوبوا وقد اصابوا المال فان كان نصيب كل واحد منهم من المال المصاب عشرة دراهم فصاعدا فعليهم الحد عندنا وقال الحسن بن زياد الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع يكون المستحق باخذ المال قطع عضو واحد وهنا المستحق قطع عضوين ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكنا نقول هذا حد موجب على اخذ المال فيستدعي ما لا خطر له وقد بينا ان العشرة مال خطير فيستدعي اقامة هذا الحد كما يستحق به القطع في السرقة ثم يغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وان كان لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم درء الحد عليهم الا في قول مالك وهكذا مذهبه في الصغرى ثم يعتبر ان يكون الماخوذ في نفسه نصابا كاملا يستوي اخذ الواحد والجماعة ولكنا نقول اقامة الحد على كل واحد منهم باعتبار ما يصيبه من المال فلا بد من ان يكون خطيرا في نفسه وما دون النصاب حقير تافه فاذا كان نصيب كل واحد منهم تافها لا يقام عليهم الحد كما لو كان الماخوذ في نفسه تافها ثم المال اذا درا الحد عنهم والامر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء ان شاؤوا استوفوا وان شاؤوا عفوا وقد طعن عيسى في هذه المسئلة وقال ما يقتلهم الامام حدا لانهم قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حدا لا قصاصا والردء والمباشر فيه سواء فكذلك اذا وجد مع القتل ما لا يبلغ نصيب كل واحد منهم نصابا اما لان ما دون النصاب لما لم يتعلق به حكم فوجوده كعدمه او لانه يتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال وما يغلظ الجناية يكون مسقطا للحد ولكن ما ذكر في الكتاب اصح لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون بقطع الطريق اخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من اخذ المال فاذا لم ياخذوا المال عرفنا ان مقصودهم كان اخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من اخذ المال فاعتبار ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون ذلك لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب فلهذا قال يدرا الحد عنهم ويبقى حكم القصاص قال واذا قطعوا الطريق في المصر او ما بين الكوفة والحيرة او ما بين قريتين في موضع غير مسافرين لم يلزمهم حد قطاع الطريق واخذوا برد المال واودوا وحبسوا والامر في قتل من قتل منهم او جرح الى الاولياء وعن ابي يوسف انه يقام عليهم حد قطاع الطريق وهو قول الشافعي لان السبب قد تقرر وهو اخذ المال على وجه المحاربة والمجاهرة وجريمتهم بمباشرة ذلك في المصر اغلظ من جريمتهم بمباشرة ذلك في المفازة لان تغلظ الجريمة باعتبار المجاهرة والاعتماد على ما لهم من المنعة وهذا في المصر اظهر واعتبر هذا الحد بحد السرقة فانه لا فرق هناك بين مباشرة السبب في المصر او في المفازة وهذا مثله وحجتنا فيه ان سبب وجود الحد ما يضاف اليه وهو قطع الطريق وانما ينقطع بفعلهم ذلك في المفازة لا في جوف المصر ولا فيما بين

القرى فا لناس لا يمتنعون من التطرق في ذلك الموضع بعد فعلهم ويدون السبب لا يثبت الحكم لان السبب محاربة الله ورسوله وذلك انما يتحقق في المفازة لان المسافر في المفازة لا يلحقه الغوث عادة وانما يسير في حفظ الله معتمدا على العادة فمن يتعرض له يكون محاربا لله فاما في المصر وفيما بين القرى يلحقه الغوث من السلطان ومن الناس عادة وهو يعتمد ذلك بالتطرق في هذه المواضع فيتمكن باعتبار معنى النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله ورسوله فلا يقام عليه الحد وهو نظير المختلس من السارق في انه لا يقام عليه حد السرقة لانه يتمكن النقصان في فعل السرقة وقد قال بعض المتاخرين ان ابا حنيفة اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح على انفسهم فيتبين مع ذلك دفع القاصد من قطع الطريق واخذ المال والحكم لا ينبني على النادر وكذلك فيما بين الحيرة والكوفة كان يتيسر ذلك لكثرة العمران واتصال العمران احد الموضعين بالموضع الاخر فاما اليوم فقد ترك الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى موجبا للحد وعن ابي يوسف انه قال ان قصدوه في جوف المصر او بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق وان كان بالليل يقام عليه ذلك لان السلاح لا يلبث والظاهر انه ياتي عليه قبل ان يلحقه الغوث فاما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح في ذلك والظاهر ان الغوث يلحقه بالنهار في المصر قبل ان ياتي عليه فاما بالليل الغوث يبطئ فالى ان يتنبه الناس ويخرجوا ياتي عليه فلهذا اثبت في حقه حكم قطاع الطريق قال وان بنوا على مسافرين في منازلهم في غير المصر ولا مدينة فكابروهم واخذوا المال فالحكم فيهم كالحكم في الذين قطعوا الطريق لان السبب قد تحقق منهم وهو المحاربة وقطع الطريق اذ لا فرق في ذلك بين ان يفعلوا في مسيرهم او في حال نزولهم لانهم في حفظ الله في الحالين فان نزل المسافرون منزلا في قرية ففعلوا ذلك بهم لم يلزمهم حد قطاع الطريق لان الذين نزلوا القرية بمنزلة اهل القرية فان بعضهم بعين البعض فلا يتحقق قطع الطريق فيما بينهم وكذلك ان اغار بعض النازلين في القرية على البعض فقتلوا واخذوا المال فالحكم فيهم كالحكم في الذي يفعل ذلك في جوف المصر فان نزل رجل في بيت او فسطاط فاغلق عليه بابه وضم اليه متاعه فجاء رجل وسرق من فسطاطه او بيته شيئا فالحكم فيه ما هو الحكم في السارق في المصر قال وما قتل به قطاع الطريق من حديد او حجر او عصا او سوط فهذا كله سواء لان هذا ينبني على المحاربة فيكون بمنزلة استحقاق السهم بالغنيمة وثبوت صفة الشهادة فلا يفترق الحال في ذلك بين القتل بالسلاح وغيره فهذا اشبه بخلاف القصاص فانه يعتمد العمدية والمماثلة وذلك يختلف بالسلاح وغيره قال واذا اخذ قاطع الطريق ويده اليسرى شلاء او مقطوعة لم يقطع شيء وقتل او صلب لما بينا في الصغرى انه لا يستوفي القطع على وجه يؤدي الى تفويت منفعة الجنس وقد طعن عيسى في هذا الفصل وقال اعتبار ذلك المعنى في السرقة للتحرز عن الاستهلاك الحكمي او شبهة الاستهلاك ولا معنى لذلك هنا فان تلافه حقيقة قد صار مستحقا لانه يقتل ويصلب بعد القطع فكيف يمتنع استيفاء القطع لشلل في يده اليسرى ولكنا نقول مع هذا القطع جزاء اخذ المال فلا يستوفى على وجه يكون متلفا له حكما الا ترى انه لو لم يقطع عضوين منه من شق واحد للتحرز عن الاتلاف الحكمي وانما شرع قطع اليد والرجل من خلاف كيلا يؤدي الى الاتلاف حكما وهذا لانه لا يستحق الاتلاف مرتين فاذا كان تفوت منفعة الجنس لا يقام قبله كان اتلافا مرتين وان كانت اليمنى منه مقطوعة قطعت رجله اليسرى وقتل او صلب وان كان اليمنى قطعها مع الرجل اليسرى وقد بينا نظيره في السرقة فكذلك في قطع الطريق قال واذا كان في المقطوع عليهم الطريق ذا رحم محرم من القطاع وشريك له مفاوض لم يلزمهم حكم القطع لانه امتنع وجوب القطع على ذي الرحم المحرم للشبهة فيمتنع وجوبه على الباقين للشركة وقد بينا ذلك في السرقة فكذلك في قطع الطريق وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول تاويل المسالة اذا كان في المال الماخوذ لذي الرحم المحرم منه شركة للجميع وللشريك المفاوض لان مال ذي الرحم المحرم في حكم العقوبة كماله فشركته بمنزلة شركة احد قطاع الطريق في المال الماخوذ فاما اذا اخذوا مع ذلك مالا كثيرا لا شركة فيه لذي الرحم المحرم منه يلزمهم القطع باعتبار ذلك المال كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا اخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ ماله بحرزه والاصح ان الجواب في الكل واحد لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد فانهم قصدوا اخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فقد تمكنت الشبهة في جميعه بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الاخر حقيقة وحكما وروي ان هذا من ذلك ان لو قطعوا الطريق على قوم فيهم ذو الرحم المحرم من احدهم ثم قطعوا الطريق على قوم اجانب واخذوا المال وهذا في القطع دون القتل حتى لو قتلوا احدهم يقتلون لان المحرم كالاجنبي في القتل قال واذا شهد احد الشاهدين عليهم بمعاينة قطع الطريق وشهد الاخر على اقرارهم بالقطع لم تجز الشهادة لاختلاف المشهود به لان الفعل غير القول فان قال الشاهدان قطع الطريق علينا وعلى اصحابنا وهو واصحابنا واخذوا المال منا لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لانفسهما وشهادة المرء لنفسه دعوى وكذلك ان شهدوا انه قطع الطريق على والديهما او ولديهما لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما وهذا لان الحد وان كان استيفاؤه الى الامام فلا بد من خصومة صاحب المال وفيما كان الخصم ابن الشاهد او ابن الشاهد لا شهادة له كان شهادته لابيه كشهادته لنفسه وان شهدوا انه قطع الطريق على رجل من عرض الناس له ولي يعرف او ليس له ولي يعرف لم يقم الامام عليهم الحد لا بحضرة من الخصم لما بينا ان السبب لا يثبت بالشهادة عند الامام الا بعد خصومة الخصم قال وان قطعوا الطريق في دار الحرب على تجار

مستامنين او في دار الاسلام في موضع قد غلب عليه عسكر اهل البغي ثم اتي بهم الى الامام لم يمض عليهم الحد ولانهم باشروا السبب حيث لم يكونوا تحت يد الامام وفي موضع لا يجري حكمه فيه وقد بينا ان ذلك مانع من وجوب الحد حقا لله تعالى لانعدام المستوفي فان استيفاء ذلك الى الامام ولا يتمكن من الاستيفاء اذا كانوا في موضع لا تصل اليهم يده قال واذا رفع قوم من قطاع الطريق الى القاضي فراى تضمينهم المال وسلمهم الى اولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض اخر لم يقم عليهم الحد ولا القود لما بينا لانعدام الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل اليهم ولقضاء الاول فيهم بما قضى فان ذلك نافذ لحصوله في موضع الاجتهاد ومن العلماء من يقول بتقرر الضمان عليهم ووجوب القود بالقتل وان كان متحتما وقضاء القاضي في المجتهدات نافذ قال واذا قضى القاضي على قطاع الطريق بقطع الايدي والارجل والقتل وحبسوا لذلك فذهب رجل بغير اذن الامام فقتل رجلا منهم لم يكن عليه شيء لان الامام احل دمهم حين قضى عليهم بالقتل ومن قتل حلال الدم لا شيء عليه كمن قتل مرتدا او مقضيا عليه بالرجم وكذلك لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه اقتضى ذلك سقوط حرمة اطرافه ضرورة ويتم بقية الحد لان باصل ذلك الرجل من اقامة الحد وان افتات فيه على راي الامام فعله في ذلك كفعل الامام لانه رجل من المسلمين والامام بمنزلة جماعة من المسلمين في استيفاء هذا الحد وان اخطا الامام حين قدم اليه فقطع يده اليسرى فلا شيء عليه لانه حلال فيقتله بعد القطع فلا عصمة في طرفه ولانه مجتهد فيما صنع وقد بينا نظيره في الحداد قال واذا اقر القاطع بقطع الطريق مرة واحدة اخذ به على الاصل في قول ابي يوسف كما في السرقة فان انكر بعد ذلك درا عنه الحد لرجوعه عن الاقرار واخذ بالمال والقود لان رجوعه عن الاقرار فيما هو حق العبد باطل قال واذا قطع الطريق واخذ المال ثم ترك ذلك واقام في اهله زمانا لم يقم الامام عليه الحد استحسانا وفي القياس يقام عليه لان الحد لزمه بارتكاب سببه ولكنه استحسن لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل ان يقدر عليه والاصل فيه ما روي ان الحرث ابن يزيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فترك فكتب علي رضي الله عنه الى عامله بالبصرة ان الحرث بن يزيد كان من قطاع الطريق وقد ترك ذلك وتحول عنه فلا تعرض له الا بخير قال واذا قطعوا الطريق على قوم من اهل الحرب مستامنين في دار الاسلام لم يلزمهم الحدود لما بينا ان السبب المبيح في مال المستامن قائم وهو كون ماله حربيا وانما تاخر ذلك الى رجوعه الى داره ولكنهم يضمنون المال ودية القتل لبقاء الشبهة في دم المستامنين لكونه متمكنا من الرجوع الى دار الحرب وبهذا تسقط العقوبة ولكنه بقطع الطريق كان مرتكبا اما الا والا نفسا قال واذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون مستامنون اقيم عليهم الحد الا ان يكون القتل واخذ المال وقع على اهل الحرب خاصة فحينئذ لا يجب الحد كما لو لم يكن اهل الحرب معهم وهذا خلاف ما اذا كان في القافلة ذو رحم محرم من احدهم لما بينا ان مال ذي الرحم المحرم في حقه في حكم الحد كماله فيتمكن ذلك شبهة الاباحة في ماله وذلك غير موجود في حق المسلمين واهل الذمة فيقام عليهم الحد باعتبار نفوس المسلمين وما لهم ويجعل كانهم لم يتعرضوا للمستامنين بشيء قال واذا احرم قاطع الطريق حتى يؤتى به الامام لم يدرا عنه الحد بذلك لان احرامه لو اقترن بالسبب لم يمنع وجوب الحد عليه فكذلك اذا اعترض وكذلك لو كان ذميا فاسلم وهذا الحد معتبر بسائر الحدود حكما وكما ان احرامه واسلامه لا يمنع اقامة سائر الحدود فكذلك هذا الحد قال واذا قتله رجل في حبس الامام قبل ان تثبت عليهم شيء ثم قامت البينة بما صنع فعلى قاتله القود لان العصمة والتقوم لا يرتفع بمجرد التهمة ما لم يقض القاضي بحل دمه فانما قتل نفسا محقونة فعليه القود ثم القاضي لا يقضي بحل دمه بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل هو ولي المقتول الذي قتله هذا في قطع الطريق فحينئذ لا يلزمه شيء لانه استوفى حق نفسه على ما بينا ان السبب الموجب للقود قد تقرر وانما يمتنع ظهوره اذا ظهر استحقاق نفسه حدا ولم يظهر ذلك قبل اقامة البينة عليه فكان الولي مستوفيا حقه فلا يلزمه شيء

كتاب السير الصغير

٤٦٣

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم ان السير جمع سيرة وبه سمي هذا الكتاب لانه بين فيه سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من اهل الحرب ومع اهل العهد منهم من المستامنين واهل الذمة ومع المرتدين الذين هم اخبث الكفار بالانكار بعد الاقرار ومع اهل البغي الذين حالهم دون حال المشركين وان كانوا جاهلين وفي التاويل مبطلين فاما بيان المعاملة مع المشركين فنقول الواجب دعاؤهم الى الدين وقتال الممتنعين من الاجابة لان صفة هذه الامة في الكتب المنزلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وبها كانوا خير الامم قال الله تعالى كنتم خير امة اخرجت للناس الاية وراس المعروف الايمان بالله تعالى فعلى كل مؤمن ان يكون امرا به داعيا اليه واصل المنكر الشرك فهو اعظم ما يكون من الجهل والعناد لما فيه من انكار الحق من غير تاويل فعلى كل مؤمن ان ينهى عنه بما يقدر عليه وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مامورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالوعظ والمجادلة بالاحسن قال ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداية منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع فان كان قاتلوكم فاقتلوهم وقال وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالبداية بالقتال قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقال فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله فاستقر الامر على فرضية الجهاد مع المشركين وهو فرض قائم الى قيام الساعة قال عليه السلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل عصابة من

والشيخ العلامة تغمده الله بغفرانه قال في اخر شرح هذا الكتاب انتهى شرح السير الصغير وقد كان ذلك الكتاب غير موجود فيما بين العلماء مجلدا مستقلا وكان منسيا وشرح هذا احال الامام محمد رحمه الله في السير الكبير في بعض تراجم الباب وقد بيناه في السير الصغير فكان مما لا بد منه لتدارك ما احاله ولقد تطلبت برهة من الزمان من علماء الشرق والغرب ولم اظفر ثم من الله علي بتوفيق منه للاخ الاجل الاكرم الغاني بصير في هذا العلم المتوجه اليه بشراشره فوجده اثناء الطلب والمطالعة فوجده كما هو حقه ولله الحمد اولا واخرا وظاهرا وباطنا وصلى الله على سيدنا محمد واله الابرار وعلى الائمة المجتهدين الاخيار في غرة رجب سنة ١١٤٢
٩٢٥

امر امتي الدجال وقال عليه السلام بعثت بالسيف بين يدي الساعة وجعلت رزقي تحت ظل رمحي والذل والصغار على من خالفني ومن تشبه بقوم فهو منهم وتفسير
منقول عن سفين بن عيينة قال بعث الله رسوله باربعة سيوف سيف قاتل به بنفسه عبدة الاوثان وسيف قاتل به ابو بكر رضي الله عنه اهل الردة قال تعالى
تقاتلونهم او يسلمون وسيف قاتل به عمر رضي الله عنه المجوس واهل الكتاب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية وسيف قاتل به علي رضي الله عنه الناكثين
والناكثين والقاسطين وهكذا روي عنه قال امرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين وقال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ثم فرضية الجهاد
على نوعين احدهما عين على كل من يقوى عليه بقدر طاقته وهو ما اذا كان النفير عاما قال الله تعالى انفروا خفافا وثقالا وقال تعالى ما لكم اذا قيل لكم انفروا
في سبيل الله الى قوله الا تنفروا يعذبكم عذابا اليما ونوع هو فرض على الكفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود وهو كسر شوكة المسلمين المشركين
واعزاز الدين لانه لو جعل فرضا في كل وقت على كل احد عاد على موضوعه بالنقض فالمقصود ان يامن المسلمون ويتمكنوا من القيام بمصالح دينهم ودنياهم فاذا
اشتغل الكل بالجهاد ولم يتفرغوا للقيام بمصالح دنياهم فكذلك قلنا اذا قام به البعض سقط عن الباقين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم تارة
يخرج وتارة يبعث غيره حتى قال وددت ان لا تخرج سرية او جيش الا وانا معهم ولكن لا اجد ما احملهم ولا تطيب انفسهم بالتخلف عني ولوددت اني قاتلت في
سبيل الله فقتلت ثم احييت ثم اقتل ففي هذا دليل ان الجهاد وصفة الشهادة في الفضيلة باعلى النهاية حتى تمنى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم مع درجة
الرسالة وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال المجاهد في سبيل الله كالصائم القائم الراكع الساجد وفي حديث الحسن ان النبي عليه السلام قال غدوة او روحة
في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها والاثار في فضيلة الجهاد كثيرة وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سنام الدين وعلى امام المسلمين في كل وقت ان يبذل مجهوده
في الخروج بنفسه او يبعث الجيوش والسرايا من المسلمين ثم يثق بجميل وعد الله تعالى في نصرته بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا ان تنصروا الله ينصركم واذا بعث جيشا
ينبغي ان يؤمر عليهم اميرا هكذا كان يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان به يجتمع كلمتهم ويتالف قلوبهم وبذلك ينصرون قال تعالى هو الذي ايدك بنصره
وبالمؤمنين والف بين قلوبهم وانما يؤمر عليهم من يكون صالحا لذلك بان يكون حسن التدبير في امر الحروب ورعا مشفقا عليهم سخيا شجاعا وحكي عن نصر بن
سيار قال اجتمع علماء العجم وغيرهم على ان امير الجيش ينبغي ان يكون فيه عشر خصال من خصال البهائم شجاعة كشجاعة الديك وبحث كبحث الدجاجة وقلب كقلب
الاسد وروغان كروغان الثعلب اي يكون صاحب مكر وخديعة وغارة كغارة الذئب وحذر كحذر الغراب وحرص كحرص الكركي وصبر على الجراح
كالكلب وحمله كالجمل وسمن كما يكون لدابة بخراسان لا تهزل بحال واذا امر عليهم بهذه الصفة فينبغي له ان يوصيه بهم كما بدا الكتاب ببيانه ورواه عن
ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله تعالى في خاصة
نفسه ففي هذا اشارة الى الفرق بين الجيش والسرية فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم الذي يحبس بعضهم على بعضهم قال
عليه السلام خير الاصحاب اربعة وخير السرايا اربعمائة وخير الجيوش اربعة الاف ولن يغلب اثنا عشر الفا عن قلة كلمتهم واحدة وفيه بيان انه ينبغي للامام ان
يخص صاحب الجيش والسرية بالوصية لانه يحتاج الى امره وولايته فيوصيه بهم وفي تخصيصه بالوصية بيان ان عليهم طاعته فلا يظن ان يتم الامارة الا بذلك
وقد اوصى ابو بكر رضي الله عنه يزيد بن ابي سفيان حين وجهه الى الشام في حديث طويل ذكره في السير الكبير وانما يوصيه بتقوى الله لانه بالتقوى ينال النصرة
والمدد من السماء قال الله تعالى بلى ان تصبروا وتتقوا ويأتوكم من فورهم هذا يمددكم ربكم وبالتقوى يجمع له مصالح المعاش والمعاد قال عليه السلام ملاك
دينكم الورع وقال التقي ملجم وقيل في معنى قوله في خاصة نفسه انه كان يوصيه بما يحتاج لا يقف على جميع ما يوصيه به غيره والاظهر ان المراد انه كان يوصيه
في حق نفسه اولا ثم يوصيه بمن معه من المسلمين خيرا قال عليه السلام ابدا بنفسك ثم بمن تعول ونفسه اليه اقرب فكانه كان يوصيه بحفظ نفسه من المهالك
وحفظ من معه من المسلمين حتى لا يحملهم الا ما يرضى به لنفسه ولا يخص نفسه بشيء ونحو ذلك يتحقق الالفة وانقيادهم له ثم قال اغزوا بسم الله اي اخرجوا
واقصدوا فالغزو القصد قال تعالى او كانوا غزى وبين لهم انه ينبغي لهم ان يقصدوا على اسم الله كما قال عليه السلام كل امر ذي بال لم يبدا فيه بسم الله
فهو ابتر قال في سبيل الله اي ليكن خروجكم لابتغاء مرضات الله فاما اذا كان قصده تحصيل المال فهو كما خاسر ثم قال قاتلوا من كفر بالله فيه دليل
القتال وانهم يقاتلون لدفع الكفر ودفع شر الكفار وهذا عام لحقه خصوص فالمراد من كفر بالله من المقاتلين الا ترى انه عليه السلام حين راى امراة
مقتولة يوم فتح مكة استعظم ذلك وقال هاه ما كانت هذه تقاتل والى ذلك اشار في هذا الحديث ولا تمثلوا ولا تغلوا والغلول السرقة
من المغنم وهو حرام قال تعالى ومن يغلل يات بما غل يوم القيمة قيل يحمله ذلك على عنقه في عرصات جهنم ويؤمر باخراجه وكلما انتهى الى شفير جهنم سقط في
قعرها قال عليه السلام الغلول من جمر جهنم والاسود الذي كان يدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اصابه سهم غرب قالت الصحابة رضي الله عنهم هنيئا له
الشهادة فقال عليه السلام كلا فان العباءة التي غلها من المغنم لتشتعل عليه نارا الى يوم القيمة وقال في خطبته ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على
صاحبه يوم القيمة قال ولا تغدروا والغدر الخيانة ونقض العهد وهو حرام قال تعالى فانبذ اليهم على سواء وقال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب
استه يعرف به غدرته يوم القيمة وكان عليه السلام يكتب في العهود وفاء لا غدر فيه قال ولا تمثلوا والمثلة حرام كما رواه عمران بن حصين قال ما قام
فينا رسول الله خطيبا بعد قصة العرنيين الا حثنا على الصدقة ونهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة فيه قال ولا تقتلوا وليدا

والوليد

والوليد المولود في اللغة فكل ادمي مولود ولكن هذا اللفظ انما يستعمل في الصغار عادة ففيه دليل على انه لا يحل قتل الصغار منهم اذا كانوا لا يقاتلون وقد جاء
في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال لا تقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم والمراد بالشيوخ البالغين وبالشرخ الاتباع من الصغار
والنساء والاستحياء الاسترقاق قال الله تعالى ويستحيون نساءكم وفي وصية ابي بكر رضي الله عنه ليزيد بن ابي سفيان لا تقتل شيخا ولا صبيا ضعيفا يعني شيخا
فانيا وصغير الاطفال قال واذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم الى الاسلام وفيه دليل انه ينبغي للغزاة ان يبدؤوا بالدعاء الى الاسلام فهو على وجهين ان كانوا
يقاتلون قوما لم تبلغهم الدعوة فلا يحل قتالهم حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وقال ابن عباس ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم
قوما حتى دعاهم الى الاسلام وهذا لانهم لا يدرون على ماذا يقاتلون فربما يظنون انهم لصوص قصدوا اموالهم ولو علموا انهم يقاتلون على الدعاء الى الدين ربما
اجابوا وانقادوا للحق فلهذا يجب تقديم الدعوة وان كانوا قد بلغتهم الدعوة فالاحسن ان يدعوهم الى الاسلام ايضا فالجد والمبالغة والانذار ربما ينفع وكان
عليه السلام اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة وعاد بعد الفراغ الى القتال جدد الدعوة وان تركوا ذلك وبيتوهم فلا باس به
لانهم علموا على ماذا يقاتلون ولو اشتغلوا بالدعوة ربما تحصنوا فلا يتمكن المسلمون منهم فكان لهم ان يقاتلوهم بغير دعوة على ما روي ان النبي عليه السلام امر اسامة بن زيد
ان يغير على ابنى صباحا وفي رواية اسافل صباحا فان اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وفيه دليل انهم اذا اظهروا الاسلام وجب الكف عنهم وقبول ذلك منهم واليه
اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم قال تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا قال ثم ادعوهم
الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وهذا في وقت كانت الهجرة فريضة وذلك قبل فتح مكة فكان يفترض على كل من يسلم في قبيلته ان يهاجر الى المدينة ليتعلم احكام الدين
وينضم الى المؤمنين في القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعالى والذين امنوا ولم يهاجروا الاية ثم انتسخ ذلك بعد الفتح بقوله عليه السلام لا هجرة
بعد الفتح وانما هو جهاد ونية وقال المهاجر من هجر السوء وهجر ما نهى الله عنه قال فان فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب المسلمين
يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المسلمين ليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب وهذا كان الحكم حين كانت الهجرة فريضة فامرهم ان يعلموهم بذلك وهو
انه يجري عليهم حكم الله تعالى لالتزامهم وانقيادهم للدين الحق وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب لامتناعهم من الجهاد والقيام بنصرة الدين والاشتغال بتعلم
احكام الدين ففيه دليل ان النصيب في الغنيمة والفيء لهذين الفريقين والغنيمة اسم للمال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه اعلاء كلمة الله واعزاز دين الله والفيء
اسم للمال المصاب من اموالهم بعد ذلك كالخراج والجزية وقال الله تعالى وما افاء الله على رسوله الاية قال فان ابوا فادعوهم الى اعطاء الجزية وهذا عام دخله الخصوص
فالمراد من يقبل منه الجزية من اهل الكتاب والمجوس او عبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب لا يقبل منهم الجزية ولكن يقاتلون الى ان
يسلموا قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون حتى يسلموا فان كانوا ممن يقبل منهم الجزية عرض ذلك عليهم اذا امتنعوا من الايمان لانه احد ما ينتهي به القتال قال تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وبقبول ذلك يصيرون من اهل دارنا ويلتزمون احكامنا فيما يرجع الى المعاملات فيدعون اليه والمراد بالاعطاء القبول والالتزام
قال فان فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم واذا حاصرتم اهل حصن او مدينة فارادوكم ان تنزلوهم على حكم الله فلا تنزلوهم فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم
ويستدل محمد رحمه الله على انه لا يجوز انزال المحاصرين على حكم الله وابو يوسف يجوز ذلك ويقول كان هذا في ذلك الوقت كان الوحي ينزل والحكم يتغير
ساعة فساعة فالذين كانوا بالبعد من رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا لا يدرون ما نزل بعدهم من حكم الله فاما الان فقد استقر الحكم وعلم ان الحكم في
المشركين الدعاء الى الاسلام وتخلية سبيلهم وقال تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكوة فخلوا سبيلهم فان ابوا فالدعاء الى التزام الجزية وان ابوا
فقتل المقاتلة وسبي الذرية ومحمد يقول لا يجوز الانزال على حكم الله كما ذكر في الحديث فان الحكم الذي ذكره ابو يوسف في قوم وقع الظهور عليهم فاما في
قوم محصورين ممتنعين في انفسهم نزلوا على حكم الله فلا يدرى ان الحكم هذا او غيره وفي هذا اللفظ دليل لاهل السنة والجماعة على ان المجتهد يخطئ ويصيب فانه
قال فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم بالاجتهاد لا محالة فان قيل هذا قال ولكن انزلوهم على حكمكم ثم احكموا فيهم برايكم ولو لم يكن المجتهد مصيبا للحق لما امر
بانزالهم على حكمنا فانه كان لا يامر بالانزال على الخطا وانما يامر بالانزال على الصواب قلنا نحن لا نقول المجتهد يكون مخطئا لا محالة ولكن على رجاء من الاصابة
وهو اتى بما في وسعه فلهذا امرنا بالانزال على ذلك لا يكون مصيبا للحق باجتهاده لا محالة وتاويل ذلك انه لا يتمكن فيه شبهة الخلاف اذا نزلوا على ما
حكمنا وحكمنا فيهم بما راينا ويتمكن ذلك اذا انزلوا على حكم الله باعتبار ان المجتهد يخطئ ويصيب فهذا تاويل هذا اللفظ قال واذا حاصرتم اهل مدينة
او حصن فارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله ولا ذمة رسوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابائكم فهو اهون والمراد بالذمة
العهد ومنه سمي اهل الذمة وقال الله تعالى لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة اي عهدا فهو عبارة عن الالتزام ومنه سمي اهل الذمة محل التزام من الادمي الذمة
والالتزام بالعهد يكون وفيه دليل على انه لا ينبغي للمسلمين ان يعطوا المشركين عهد الله ولا عهد رسوله لانهم ربما يحتاجون الى النبذ اليهم ونقض عهد الله
وعهد رسوله لا يحل واليه اشار بقوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابائكم يعني عهدكم وعهد ابائكم من المالحة والصحبة التي كانوا يعتقدون الحرمة فيها في الجاهلية
فانكم ان تخفروا ذممكم وذمم ابائكم اهون اي تنقضوا يقال اخفر اذا نقض العهد وخفر اذا عاهد ومنه الخفير وهو الذي يستجير الناس في امانه سمي خفيرا لما هو مع الذين
هم في امانه او مع الذين يتعرضون للناس ان لا يتعرضوا لمن كان في امانه وهذا بيان فوائد الحديث والله اعلم وعن ابن عباس رضي الله عنه ان الحسن كان يقسم

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم سهم لله ولرسوله وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة اسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ومراده بيان قول الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد وذكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام وكان ابو العالية يقول الخمس على ستة اسهم سهم لله ويصرف ذلك الى عمارة الكعبة ان كانت القسمة بالقرب منها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه البقاع مضافة الى الله تعالى وبهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة اليه خالصا ولسنا ناخذ بهذا فذكر اسم الله ليس للاستحقاق لان الدنيا بما فيها لله تعالى ولكن للتبرك او لتشريف هذا المال لان اضافة شيء من الدنيا الى الله على الخصوص لمعنى التشريف كالمساجد والناقة وهذا المعنى يتحقق في الغنيمة لانها اصيبت بطريق فيه اعلاء كلمة الله واعزاز دينه واما سهم الرسول عليه السلام فقد كان ثابتا في حيوته وسقط بموته عندنا وقال الشافعي هو باق يصرف الى الخليفة بعده لانه كان يستحق ذلك السهم في حيوته وسقط بموته عندنا لسعيه به في حوائج الوفود والرسل كما قال عليه السلام والله ما يحل لي من غنائمكم الا الخمس والخمس مردود فيكم والخليفة بعده يحتاج الى مثل ما كان يحتاج اليه فيصرف هذا السهم اليه ولكنا نقول الخلفاء الراشدون بعده لم يرفعوا هذا السهم لانفسهم فعرفنا انه كان له بدرجة الرسالة لا بالقيام بامور الناس وذلك غير موجود في الخلفاء بعده ولما اجمع الصحابة لنفسهم على ابي بكر رضي الله عنه قد كفاه الله لو جعلوا ذلك من هذا السهم ولانه كان له من الغنائم ثلث حظوظ خمس الخمس والصفي والسهم ثم الخليفة لا يقوم مقامه في استحقاق الصفي فكذلك في استحقاق خمس الخمس والصفي شيء نفيس كان يصطفيه لنفسه من سيف او فرس او جارية كما روي انه اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر وكان لمنبه بن الحجاج بخلاف ما بين عمرو الرواة واصطفى صفية من غنائم خيبر وهذا شيء كان لرأس الجيش في الجاهلية كما قال القائل لك المرباع منها والصفايا وحكمك والنشيطة والفضول فاما سهم ذوي القربى فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرفه اليهم في حيوته وهم صلبية بني هاشم وبني المطلب ولم يبق لهم ذلك بعده عندنا وقال الشافعي هو مستحق لهم يجمعون من اقطار فيقسم بين ذكورهم واناثهم بالسوية وكان الكرخي يقول انما سقط بموته هذا السهم في حق الاغنياء منهم دون الفقراء والطحاوي يقول سقط في حق الفقراء والاغنياء منهم جميعا وكان ابو بكر الرازي يقول لم يكن لهم هذا السهم مستحقا بالقرابة بل كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم يصرفه اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك المعنى بعد رسول الله ولا على هذا ان الشافعي استدل بظاهر الاية وهو قوله تعالى ولذي القربى فقد اضاف اليهم سهما بلام التمليك فدل انه حق مستحق لهم وان الاغنياء والفقراء فيه سواء لانه ليس في اسم القرابة ما ينبئ عن الفقر والحاجة بخلاف سهم اليتامى فهو اسم اليتامى ما ينبئ عن الحاجة حتى لو اوصى ليتامى بني فلان وهم لا يحصون فالوصية لفقرائهم بخلاف ما لو اوصى لاقرباء فلان وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي الاغنياء منهم فانه اعطى العباس وقد كان له عشرون عبدا كل عبد يتجر في عشرين الفا واعطى الزبير بن العوام من غنائم خيبر خمسة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وسهما للقرابة وسهما لام صفية وكانت عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان هذا الحكم ثابتا في حيوة رسول الله يبقى بعده لانه لا نسخ بعد وفاته ومن قال من مشايخنا ان الاستحقاق للفقراء منهم دون الاغنياء احتج بقوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم بين مصارف الخمس ثم بين المعنى فيه وهو ان لا يكون شيء منه دولة بين الاغنياء ثم اولاده ايديهم واسم ذوي القربى عام يتناول الفقراء والاغنياء فيخصه ويحمله على الفقراء بهذا الدليل ومن قال لا حق للفقراء والاغنياء منهم جميعا قال المراد بالاية جواز الصرف اليهم لا بيان وجوب الصرف اليهم وكان هذا مشكلا فان الصدقة لا تحل لهم فكانه يشكل هل يجوز صرف شيء من الخمس اليهم ولو لم يزل هذا الاشكال ببيان سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان يصرف ما ياخذ الى حاجة نفسه فازال الله هذا الاشكال بقوله ولذي القربى وانما حملنا على هذا الاجماع الخلفاء الراشدين فانهم قسموا الخمس على ثلثة اسهم ولا يظن بهم انه خفي عليهم هذا النص ولا انهم منعوا حق ذوي القربى فعرفنا باجماعهم انه لم يبق الاستحقاق لاغنيائهم وفقرائهم والشافعي يقول لا اجماع ويستدل بالحديث الذي يروى عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان علي رضي الله عنه في الخمس راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله عنهما قال ولا اجماع بدون اهل البيت لا ينعقد كيف وقد كان راي علي رضي الله عنه معهم ولكنه تحرز من ان ينسب الى مخالفة ابي بكر وعمر رضي الله عنهما ولكنا نقول ليس في هذا الحديث بيان من كان يرى ذلك من اهل البيت وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة واما كره علي رضي الله عنه هذه المخالفة لانه راى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وهذا لانه كان مجتهدا ولا يحل للمجتهد ان يدع راي نفسه لراي مجتهد اخر حتى ما له والدليل حديث عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة الى رسول الله فقال العباس كبرت سني ورق عظمي وكثرت مؤنتي فان رايت ان تامر لي بكذا وسقا من الطعام فافعل ففعل ذلك وقال زيد بن حارثة كنت اعطيتني ارضا فكنت اعيش بها ثم اخذتها مني فان رايت ان تردها علي فافعل ففعل ذلك فقلت انا ان رايت ان توليني القسمة فيما هو حقنا كيلا ينازعني احد بعدك فافعل ففعل ذلك وقال العباس هلا سالت كما سال ابن اخيك فقال الي لك انتهت مسالتي فكنت اقسم في حيوة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي عهد ابي بكر وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه حتى اتاه مال عظيم فدعاني لاخذ ما كنت اخذ واقسمه لاهل البيت فقلت له ان بنا اليوم عنه غنى وبالمسلمين خلة فاصرفه اليهم ففعل ذلك فقال العباس لقد حرمتنا اليوم شيئا لا يدعونا اليه ابدا وكان رجلا داهيا فكان كما قال فهذا تبين ان عليا رضي الله عنه علم ان الصرف اليهم للحاجة لا للاستحقاق حين رد بقوله ان بنا اليوم عنه غنى وذكر عن ابن عباس

رضي الله

رضي الله عنه قال عرض علينا عمر رضي الله عنه ان يزوج من الخمس ايمانا وان يقضي عن مغرمنا فابينا الا ان يسلمه الينا فابى ذلك علينا قال الشافعي ففي هذا دليل ان ابن عباس رضي الله عنه كان يرى استحقاق ذلك السهم لهم وذلك ظاهر فيما ذكر بعد هذا من كتابه الى نجدة وكتبت الي ان سالتني عن سهم ذوي القربى وانا نزعم انه لنا وابى علينا ذلك قومنا ولكنا نقول بعد اجماع الخلفاء الراشدين لا يؤخذ بقول ابن عباس في هذا كما لا يؤخذ به في العول وغيره ثم ان معنى قوله فابينا الا ان يسلمه الينا لنتولى صرفه الى المحتاجين منا لا لنصرفه الى انفسنا وكل احد يحب ذلك في اهل بيته الا ترى انه قال فابى ذلك علينا عمر رضي الله عنه ما كان يعرف منع الحق من المستحق بل بايصال الحق الى المستحق على ما قال عليه السلام اينما دار عمر فالحق معه وعن سعيد بن المسيب قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس يوم خيبر فقسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب فكلمه عثمان وجبير بن مطعم رسول الله فقالا نحن وبنو المطلب في النسب اليك سواء فاعطيتهم دوننا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا لم نزل نحن وبنو المطلب في الجاهلية والاسلام معا وفي بعض الروايات قالا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن واخواننا بنو المطلب اليك سواء فما لنا اعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يفارقوني في الجاهلية ولا في الاسلام وفي رواية انما بنو هاشم وبنو المطلب كشيء واحد وفي رواية لم نزل معهم هكذا وشبك بين اصابعه وانما اعتمادنا على هذا الحديث فقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الاستحقاق بالنصرة دون القرابة وان المراد بالقربى قرب النصرة حين شبك بين اصابعه ومعنى الحديث ان اصل النسب وهو عبد مناف كانت له اربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم وكانت بنو هاشم اولاد جده وجبير بن مطعم كان من بني نوفل وعثمان كان من بني عبد شمس وعند الاشتباه اقرب اليه من ولد اخي جده فهذا معنى قولهما لا ننكر فضل بني هاشم فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة اسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا اقرب اليه من بني المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوي هاشم لاب وام والمطلب كان اخا هاشم لابيه لا لامه والاخ لاب وام اقرب الى المرء من الاخ لاب ثم اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم بني المطلب ولم يعط بني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما فكذلك سالاه ثم ازال الاشكال لما بين ان علة الاستحقاق هي النصرة دون القرابة ولو لم يرد به نصرة القتال فقد كان ذلك موجودا من عثمان وجبير بن مطعم وانما اراد نصرة الاجتماع اليه للمؤانسة في حال ما هجره الناس على ما روي ان الله لما بعث رسوله من بني هاشم وادت قريش نار الحسد فيهم حسدا وهم وتعاقدوا فيما بينهم ان لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله ليقتلوه وتعاقد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اكلوا العلهز من الجهد القصة واليه اشار عليه السلام انا لم نزل نحن وبنو المطلب في الجاهلية والاسلام معا وانا اثبتنا ان الاستحقاق بتلك النصرة ولا تبقى تلك النصرة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يبقى الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لانعدام الحكم لعدم علته وهذا معنى ما قلنا ان ذلك كان لرسول الله يصرفه اليهم مجازاة على تلك النصرة المخصوصة فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكافئ كل من نصره يوما حتى قال يوما لما عرض عليه الاسارى لو كان مطعم بن عدي حيا لوهبت هؤلاء النتنى منه مجازاة على ما صنع وقد كان مات على شركه ولكنه قام بنصرته يوما وفيه قصة معروفة او نقول ثبت بالكتاب ان الاستحقاق بالقرابة وبين رسول الله ان الاستحقاق بالنصرة وما كان ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى فصار هذا الاستحقاق بعلة ذات وصفين القرابة ذات وصفين القرابة والنصرة وانعدام احد الوصفين وهو النصرة بعد وفاته فلا يبقى الاستحقاق كما انه لما انعدم احد الوصفين في حق بني نوفل وبني عبد شمس في حيوته لم يعطهم شيئا فبنو هاشم وبنو المطلب بعد وفاته بمنزلة بني نوفل وبني عبد شمس في حيوته وتعليق الاستحقاق بالنصرة اولى منه بالقرابة لان القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم قربة وطاعة ومال الله يستحق ان يستحق بما هو قربة ولا يستحق بنفس القرابة لان القرابة الرحل اسم سبب لاستحقاق ماله فاما مال الله فلا يستحق بالقرابة ولان درجة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلى من ان يجعل علة لاستحقاق شيء من الدنيا ولا معنى لما يقول الخصم ان هذا السهم لهم عوض عن حرمة الصدقة فينبغي ان يستحقه من يستحق الصدقة كما قال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس وعوضكم منها بخمس الخمس وهذا لان حرمة الصدقة عليهم لكرامتهم فلا يدخل عليه نقصان يحتاج الى جبره بالتعويض ولئن كان هذا السهم عوضا عن حرمة الصدقة فينبغي ان يستحقه من يستحق الصدقة لولا قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم الفقراء دون الاغنياء وينبغي ان يكون استحقاقهم لهذا السهم على نحو استحقاق الصدقة لولا قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحقاقهم للصدقة لولا قرابة رسول الله على وجه جواز الصرف اليهم لا وجوب الصرف اليهم فكذلك هذا السهم ونحن نقول انه يجوز صرف بعض الخمس اليهم وانما ننكر وجوب الصرف اليهم بسبب القرابة وايد جميع ما قلنا حديث ام هانئ ان النبي عليه السلام قال سهم ذوي القربى لهم في حيوتي وليس لهم بعد وفاتي والحديث وان كان شاذا فقد تايد باجماع الخلفاء الراشدين على العمل به وعن جابر بن عبد الله قال كان يحمل من الخمس في سبيل الله ويعطى منه نائبة القوم فلما كثر المال جعل في غير ذلك وانما اراد به ما كان يصرف من الخمس الى ذوي القربى في حيوة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما ذكر بعد هذا عن الصحابة ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه استشار المسلمين في سهم ذوي القربى فرأوا ان يجعلوا في الخيل والسلاح وفي هذا بيان انهم كانوا مجمعين على انه لا استحقاق لهم بعد رسول الله وان استحقاقهم في حيوته كان للنصرة الا ترى انهم جعلوا مصرفه آلة النصرة وهي الخيل والسلاح وقوله ويعطى منه نائبة القوم فقيل المراد بالقوم ذوي القربى كما قال في حديث ابن عباس رضي الله عنه عرض علينا عمر ان نزوج منه ايمانا ونقضي عن مغرمنا وقيل المراد بالقوم الغزاة اي

يعطى منه ما يحتاج اليه الغزاة فى سبيل الله ومعلوم ان الصرف الى المستحق المحتاج اولى من الصرف الى محتاج غير مستحق وقوله فلما كثر المال جعل فى غير ذلك تعريض لبعض من كان لا يصرفه الى مصرفه فى وقته يعنى كثرت الاطماع فيه فمع كثرة المال لا يصل الى المصرف الذى كان يصل اليه عند قلة المال وعن ابن عباس رضى الله عنه ان رجلا وجد بعيرا له فى المغنم قد كان المشركون اصابوه قبل ذلك فسال عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك وان وجدته بعد القسمة اخذته بالثمن ان شئت وفى رواية عن ابن عباس رضى الله عنه ان المشركين احرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم فاشتراها رجل منهم واخرجها فخاصم فيها مالكها فقال عليه السلام ان شئت اخذتها بالثمن وفى الحديث حجة لنا ان الكفار يملكون اموال المسلمين بالاحراز لانهم لو لم يملكوا لرد رسول الله على المالك مجانا فان المسلمين انما يملكون على الكفار ما هو اموالهم لا اموال المسلمين وكذلك المشترى انما ملك على البايع ماله الا انه جعل له حق الاخذ قبل القسمة بغير شىء وبعد القسمة لان المستولى عليه صار مظلوما واهل منعة دار الاسلام القيام بنصرته ودفع الظلامة عنه وذلك باعادة ماله اليه وقبل القسمة لم يتعين الملك فيه لاحد بل هو باق على حق الغزاة وكان عليهم الرد لينتصف به المظلوم عن صاحبه وبعد القسمة قد تعين الملك لمن وقع فى سهمه وعليه دفع الظلم عنه ولكن ليس له ان يحول ملكه وحقه اليه الا ان حقه فى المالية فلمراعاة النظر من الجانبين يعاد اليه العين بالقيمة ليصل المستولى عليه الى عين ماله ويصل الاخر الى حقه فى المالية وقد قيل ان حقه فى المالية ان للامام بيع الغنايم وقسمة الثمن بين الغانمين ومراده بالثمن القيمة فالقيمة ثمن المثل بل المسمى ثمن التراضى ولهذا مكنه من الاخذ من المشترى بالثمن لان حق المشترى فيما اعطى من ماله وهو الثمن فينظر له فى ذلك كما ينظر للمولى عليه فى اعادة ماله وعن الشعبى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه جعل اهل السواد ذمة والمراد سواد العراق وفيه دليل على ان الامام اذا فتح بلدة عنوة وقهرا فله ان يجعل اهلها ذمة ويضع الجزية على جماجمهم والخراج على اراضيهم كما فعل عمر رضى الله عنه فانه افتتح السواد عنوة وقهرا وذلك مشهور فى كتب المغازى وفيه اشعار وقد كان صاحب جيش العجم رستم من فتح هو هزان وقتل فى الحرب وانشا الاعرابى الذى قتله فقال

الم تر انى حميت الديار وابعث مكرمة فى الامم ... غداة الهزيمة ادركت رستم بسوق الفوادس سوق الغنم

رمانى بسهم وقد كان ضد الركاب يبطى القدم ... واضرب بالسيف نافوخه فكانت لعمرى فتح العجم

وكان صاحب جيش المسلمين سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه وقد كان خرج به دماميل فلم يحضر الحرب يوم الفتح وفى ذلك يقول قايلهم

الم تر ان الله انزل نصره وسعد بباب القادسية معصم ... فابنا وقد امت نساء كثيرة ونسوة سعد ليس فيهن ايم

وانما بينا هذا لان بعض اصحاب الشافعى ينكرون فتح السواد عنوة وذكر الشافعى لا ادرى ماذا اقول فى سواد الكوفة ولكنى اقول قولا بظن مقرون الى علم وهذا اجهل وبيان من قايله كان الظن ان يترجح احد الجانبين من غير دليل فكيف يكون بعدما فتح السواد عنوة وهو اشهر من ان يخفى على احد حتى يحتاج الى هذا التكليف وربما يقول الشافعى ان عمر ملك الاراضى للمسلمين واستعطفهم ليعملوا فى اراضى المسلمين وما جعل عليهم من الجزية والخراج بمنزلة الضريبة كالمولى يسادى عبده الضريبة ويستعمله وربما يقول من عليهم برقابهم وتملك الاراضى احرزها منهم والخراج الذى جعل عليهم اجرة وهذا بعيد فان حرمتهم اشهر من ان يخفى وبنو الدون من ذلك منهم من ان يخفى وقد كانوا يتبايعون ذلك فيما بينهم ويتوارثون من ذلك الوقت الى يومنا هذا فعرفنا ان الصحيح ما قاله علماونا رحمهم الله انه من عليهم برقابهم واراضيهم وجعل عليهم الجزية فى روسهم والخراج فى اراضيهم وانما فعل ذلك بعدما شاور الصحابة على ما روى انه استشارهم مرارا فقال حجتهم فقال اما انى لو تركت من كان بعدكم بغير شىء استغنيتم بها عنكم ثم تلا قوله تعالى ما افاء الله على رسوله من اهل القرى الى قوله للفقراء المهاجرين الى قوله والذين تبوا الدار هكذا فى قراءة عمر رضى الله الى قوله والذين جاوا من بعدهم ثم قال ارى لمن بعدكم فى هذا الفىء نصيبا ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب فمن بها عليهم وجعل الجزية على روسهم والخراج على اراضيهم ليكون ذلك لهم ولمن ياتى بعدهم من المسلمين وقد خالفه فى ذلك الا نفر يسير منهم بلال رضى الله عنه ولو تجدوا على خلافه حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اى ماتوا جميعا وذكر عن عطا قال كتب نجدة الى ابن عباس يساله هل للعبد فى المغنم سهم وهل كان النسا يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ومتى يجب للصبى سهم فى المغنم وعن سهم ذوى القربى فكتب اليه ابن عباس رضى الله عنه لا حق للعبد فى المغنم ولكن يرضخ له الحديث وفى هذا بيان الاستفتا بالكتاب فيهم فان نجدة كان حروريا وهم كانوا قوما يستنكفون سوال الفقهاء وكان كثيرا ما يكتب نجدة الى ابن عباس رضى الله عنه حتى ربما كان يضجر ابن عباس ويقول لا يزال ياتينا باحموقة من خاطره ومع هذا كان يجيبه فمما كتب اليه هذا الكتاب وفيه بيان انه لا يسهم للعبد كما يسهم للحر وبه ناخذ فان العبد تبع للحر وهو ليس من اهل ان يجاهد بنفسه حتى كان للمولى ان يمنعه وهو ممنوع من الخروج بغير اذنه ولا يستوى بين الاصل والتبع فى الاستحقاق ولكن يرضخ له اذا قاتل بحسب جرأته وعنايه وكفايته وكتب اليه ان النسا كن يخرجن مع رسول الله يداوين الجرحى وكان يرضخ لهن وخروج النسا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مشهور فى الاثار ومنهن من كانت تقاتل معه على ما روى ان ام سليم بنت ملحان قاتلت يوم حنين شادة على بطنها وكانت حاملا حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعنى الذين انهزموا وهى التى قالت لرسول الله الا نقاتل هولاء الفرارين كما قاتلنا المشركين فقال رسول الله عافية الله اوسع لنا وام ايمن كانت تخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتداوى الجرحى وتقوم على المرضى وبعض العجايز كانت تخرج مع خالد بن الوليد فى الحروب للطبخ والخبز وسقى الماء هذا دليل على انه لا باس بخروج العجايز مع الجيش لهذه الاعمال ثم لا يرضخ لهن لانهن اتباع كالعبيد ولانهن عاجزات عن القتال بنيه والعبيد يعجزون عن ذلك بمنع المولى فاستويا فى المعنى فلهذا يرضخ للفريقين

وكتب

وكتب انه لا حق للصبى فى المغنم حتى يحتلم وانما اراد السهم الكامل انه لا يثبت اسمه فيمن يسهم له ما لم يبلغ وبه ناخذ والاصل فيه حديث ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فردنى ثم عرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فاجازنى ولكن يرضخ للصبى اذا قاتل فقد كان فى الصبيان من يقاتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما روى انه عرض عليه صبى فرده فقيل انه رامى فاجازه وعرض عليه صبيان فرد احدهما واجاز الاخر فقال المردود اجزته ورددتنى ولو صارعته لصرعته فقال صارعه فصارعه وصرعه فاجازهما والمراد الاجازة فى المقاتلين ليرضخ لهما السهم فقد ثبت انه لا يستحق السهم الا بعد البلوغ وذكر عن عمر رضى الله عنه قال لا حق للعبد فى المغنم والمراد السهم الكامل فاما الرضخ ثابت له اذا قاتل باذن مولاه والمراد الابق الخارج بغير اذن مولاه وهذا لا حق له بل يودب على فعله وعن ابن عباس رضى الله عنه ان النبى عليه السلام قسم غنايم بدر بعد ما قدم المدينة وانما اراد بهذا التبيين ان الامام لا يشتغل بالقسمة فى دار الحرب لانهم كانوا محتاجين فى ذلك الوقت ثم اخر القسمة حتى قدم المدينة فدل انها لا تقسم فى دار الحرب والذى يرويه الشافعى انه قسمها بالسير شعب من شعاب الصفراء والصفراء من بدر لا يكاد يصح بل المشهور انه قسم بالمدينة حتى طلب منه عثمان رضى الله عنه ان يضرب له فيها بسهم ففعل قال واجرى يا رسول الله قال واجرك وقال وكان خلفه بالمدينة على ابنته رقية لمرضها فماتت قبل قدوم رسول الله على ما قال بعضهم قدم علينا زيد بن حارثة بشيرا ببدر ونحن نسوى على رقية يعنى التراب على قبرها وساله طلحة بن عبيد الله ان يضرب له بسهم وكان غايبا بالشام فضرب له رسول الله بسهم قال واجرى يا رسول الله قال واجرك ويحكى انى ضرب رسول الله لهما بالسهم فقيل انما ضرب لعثمان رضى الله عنه لان تخلفه كان بامر رسول الله فكان هو ممن شهد بدرا الا ترى انه وعد له الاجر وطلحة كان بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم يتجسس خبر العير وكان مشغولا بعمل المسلمين فجعله كمن شهد بدرا وقيل بل كان اسهم لهما لانهما كالمدد اما طلحة فقد كان فى دار الحرب عازما على اللحوق بالمسلمين وعثمان وان كان بالمدينة فالمدينة انما كان لها حكم دار الاسلام فى ذلك الوقت حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فاما بعد خروجهم فقد كانت الغلبة فيها لليهود والمنافقين فهو دليل لنا على ان المدد اذا لحق الجيش فى دار الحرب شركوهم فى الغنيمة وان لم يشهدوا الوقعة وقيل انما اسهم لهما لان الامر فى غنايم بدر كان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى من يشاء ويمنع من يشاء لانها اصيبت بمنعة الملائكة ولانه كثرت المنازعة بينهم فيها على ما روى عن عبادة بن الصامت قال ساءت اخلاقنا يوم بدر حتى منا من بين ذلك فقال كنا ثلاث فرق فرقة كانوا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفرقة جمعوا الغنايم وفرقة اتبعوا المنهزمين فجعلت كل فرقة تقول القسمة لنا فارتفعت اصواتنا ورسول الله ساكت فانزل الله يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول فتبين ان الامر فى غنايم بدر كان الى رسول الله فلهذا اعطى من اعطى من لم يحضر وذكر محمد بن اسحق والكلبى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم حنين بعد منصرفه من الطايف بالجعرانة وفى هذا دليل انها لا تقسم فى دار الحرب فانه اخر القسمة حتى انتهى الى الجعرانة وكانت اول حدود دار الاسلام فى ذلك الوقت لان حنين كان بعد فتح مكة والجعرانة من نواحى مكة وقد روى ان الاعراب ابطاوه بالقسمة واحاطوا به يقولون اقسم بيننا ما افاء الله علينا حتى الجاوه الى سمرة وخطف بعضهم رداءه فوقف فقال اتركوا الى ردائى فلو كانت هذه العضاه ابلا ونعما لقسمتها بينكم ثم لا تجدونى جبانا ولا بخيلا كذا اخر القسمة حتى انتهى الى دار الاسلام فدل انها لا تقسم فى دار الحرب قال واما خيبر فانه افتتح الارض وجرى حكمه فيها فكان القسمة فيها بمنزلة القسمة فى المدينة وقسم الغنايم بها قبل ان يخرج منها ففى هذا دليل ان الامام اذا فتح بلدة وصيرها دار الاسلام باجراء احكام الاسلام فيها فانه يجوز ان يقسم الغنايم فيها وقد طال مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد الفتح واجرى حكم الاسلام فيها فكانت من دار الاسلام فالقسمة فيها كالقسمة فى غيرها من بقاع دار الاسلام قال وقسم غنايم بنى المصطلق فى ديارهم وكان قد افتتحها يعنى صيرها دار الاسلام ودل على ذلك حديث مكحول قال ما قسم رسول الله الغنايم الا فى دار الاسلام وفى هذا دليل على انها لا تقسم فى دار الحرب لان الافعال المتفقة فى الاوقات المختلفة لا يكون على صفة واحدة الا لداع يدعو اليها وليس ذلك الا كراهة القسمة فى دار الحرب وذكر عن ابن عباس رضى الله عنه ان النبى عليه السلام اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر وكانوا كان يوم بدر مع المسلمين فرسان وسبعون بعيرا ففى هذا دليل انه يسهم للفرس دون غيره من البهايم وهذا لان الارهاب الذى يحصل بالخيل لا يحصل بغيره قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وفيه دليل انه يسهم للفرس سهم واحد وهو حجة لابى حنيفة ومحمد فانهما يقولان للفرس سهمان وللرجل سهم وقد ورد به بعض الاثار ولكن رجح ابو حنيفة حديث ابن عباس فى غنايم بدر وقال السهم الواحد متيقن به لاتفاق الاثار فيه وما زاد عليه مشكوك فيه لاشتباه الاثار فلا اعطيه الا المتيقن ولا افضل بهيمة على ادمى وسنقرره فى موضعه ان شاء الله قال وعن ابن عباس رضى الله عنه جعل القاعد للشاخص قال ما جعل من ذلك فى الكراع والسلاح فلا باس به وما صنع من ذلك فى متاع البيت فلا خير فيه وفيه دليل جواز التجاعل خلاف ما يقوله بعض الناس ان من خرج للجهاد فلا يحل له ان ياخذ من غيره واعتمدوا فيه ان رجلا استوجر بدينارين للجهاد فطاح بطلب الغنيمة قال له رسول الله بكم استوجرت قال بدينارين قال انما لك ديناراك فى الدنيا والاخرة ولكنا نقول هذا الحديث فيمن ياخذ الاستيجار على الجهاد لا يجوز والتجاعل ليس باستيجار ولكنه اعانة على السير وهو مندوب اليه وجهاد بالمال والجهاد بالمال والنفس جميعا قال الله تعالى وتجاهدون فى سبيل الله باموالكم

الجهاد بالمال

وانفسكم وقال الله ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم واحوال الناس متفاوتة فمنهم من يقدر على اقامة الفرضين بهما ومنهم من يقدر على اقامة الجهاد بالنفس لصحة بدنه ويعجز عن الخروج لفقره والآخر يعجز عن الخروج والجهاد بالنفس لمرض او زمانة ويقدر على الجهاد بالمال فيجهز بماله كمن يخرج فيجاهد بنفسه حتى يكون الخارج مجاهدا بالنفس والقاعد المعطي للمال مجاهدا بالمال والمؤمنون كالبنيان يشد بعضه بعضا وهذا كرهه ابن عباس رضي الله عنه لما فيه من المال ان يجعل ذلك في متاع بيته لان المعطي امره بالجهاد به وذلك في استعداد الالة والانفاق في الطريق على نفسه وهو محمول على وجهين عندنا ان قال هذا المال لك فاغز به او يعوزنه فله ان يصرفه الى ما شاء لانه ملكه المال ثم اشار عليه بان يصرفه الى الجهاد فان شاء قبل مشورته وان شاء لم يقبل وان قال اغز بهذا فليس له ان يصرفه الى متاع بيته ولكن يشتري به الكراع والسلاح وينفق على نفسه في طريق الجهاد وعن عمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الغازي فرس القاعد وانه كان حسن التدبير فيما ينظر للمسلمين فمن حسن نظره هذا ان ذا الحليلة قلبه مع اهله فلا يطيل المقام في ارض العدو والعزب لا يكون قلبه وراءه فيتمكن من اطالة المقام فلهذا كان يأمر العزب بالخروج ومنهم من يروي الاعزب وكان يعطي الغازي فرس القاعد ليكون صاحب الفرس مع زوجته يحفظها ويكون مجاهدا بفرسه والخارج يكون مجاهدا ببدنه ثم منهم من يقول انما كان يفعل ذلك بالتراضي فاما عند عدم الرضا ما كان يفعل ذلك بالتراضي يجهز للغازي من بيت المال ان لم يكن له مال فان مال بيت المال معد لذلك والاصح ان يقول للامام ان يفعل ذلك عند الحاجة بان لم يكن في بيت المال مال ومست الحاجة الى تجهيز الجيش لعدو باغت المسلمين فله ان يحكم على الناس بقدر ما يحتاج اليه لذلك لانه مأمور بالنظر للمسلمين واذا لم يجهز الجيش لدفع ظهر المشركون على المسلمين فيأخذون المال والذراري والنفوس فمن حسن التدبير ان يحكم على ارباب الاموال بقدر ما يحتاج اليه لتجهيز الجيش ليأمنوا فيما سوى ذلك وهو المراد بما ذكر بعد عن جرير بن عبد الله ان معاوية ضرب بعثا على اهل الكوفة فرفع عن جرير وعن ولده قال جرير لا نقبل ذلك ولكن نجعل من اموالنا للغازي ومعنى ضرب البعث التحكم عليهم في اموالهم بقدر الحاجة لتجهيز الجيش وكانه رفع عن جرير وولده بان رفع ذلك عنهم فقد كان نهوا من قيم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرمه حتى قال جرير ما نظر الي الا تبسم ولو في صلوته لكن لم يقبل جرير هذه المنة منه لعلمه ان في الجهاد بالمال معنى الثواب واستحقاق المؤمن الموفق بكونه مستبقا الى الخيرات والطاعات ولكن قال لا اعطي المال اليك بل ادفع بنفسي الى من اختاره من الغزاة لسبين به انه غير محتاج الى ما يعطى وفي هذا ما يستدل لمن يقول من اصحابنا ان الافضل للمراد ان لا يشارك اهل محلته في اعطاء النائبة ولكنا نقول هذا كان في ذلك الوقت لانه اعانة على الطاعة فاما في زماننا انما يوجد اكثر النوائب بطريق الظلم ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فذلك خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه وعن اداء المال لغيره حتى يستعين به على دفع الظلم فينال المعطي الثواب بذلك وعن ابي مرزوق عن رجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه افتتح قرية بالمغرب فخطب اصحابه فقال لا احدثكم الا ما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول يوم خيبر من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره ولا يبيع المغنم حتى يقسم ولا يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها فيه ولا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه ففيه دليل على ان صاحب الجيش عند الفتح ينبغي له ان يخطب ويعلم الناس في خطبته ما يحتاجون اليه في ذلك الوقت قد فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة وعند فتح خيبر فيما ذكر عنه في فتح خيبر هذا الحديث وفيه دليل على انه لا يحل وطء الحبالى من الفيء وبه نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرين بحيضة وفي وطء الحامل سقي ماءه زرع غيره كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حرم بيع الحبلى وفيه دليل انه ليس للغازي ان يبيع نصيبه قبل القسمة لان الملك لا يثبت له الا بالقسمة. وبيع ما لا يملك لا يجوز ولان نصيبه مجهول لا يدري اين يقع واي مقدار يكون وللامام راي في بيع الغنائم وقسمة الثمن فالبيع ما هو مجهول بهذه الصفة وذلك باطل وفيه دليل انه لا يحل لبعضهم الانتفاع بدواب الغنيمة وثيابها قبل القسمة وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ربوا الغلول في حديث اخر نهى عنه ولكن هذا عند عدم الحاجة فاما اذا تحققت الحاجة والضرورة فلا بأس بان يفعل ذلك في دار الحرب بغير ضمان وفي دار الاسلام بشرط ضمان النقصان لان عند الضرورة له ان يدفع الضرر عن نفسه بمال الغير بشرط الضمان مع انه لا حق له فيه فلأن يكون له ذلك فيما له فيه حق اولى وعن ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا من المشركين وقع في الخندق فمات فاعطى المسلمون بجيفته مالا فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاهم وفيه دليل لابي يوسف على ابي حنيفة ومحمد في انه لا يجوز للمسلم بيع الميتة من الحربي في دار الحرب بمال لان مطلق النهي دليل فساد المنهي عنه ولكنهما يقولان انما يجوز ذلك للمستأمن في دار الحرب وموضع الخندق كان من دار الاسلام فلهذا نهى عن ذلك وهذا ليس بقوي فانه في دار الاسلام انما لا يحل ذلك مع الحربي المستأمن فاما مع الحربي الذي لا امان له يجوز في دار الاسلام ودار الحرب لان ماله مباح للمسلم ان ياخذه باي وجه يقدر عليه ولكن الاصح ان يقول انما نهى عن ذلك لما عرف فيه من الكبت والغيظ للمشركين لا لان ذلك حرام او لان لا يظن المسلمين انهم يجاهدون لطلب المال بل لابتغاء مرضات الله واعزاز الدين وعن الشعبي وزياد بن علاقة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه اني قد امددتك بقوم من اهل الشام فمن اتاك منهم قبل ان يتفقأ القتلى فاشركهم في القسمة فيه بيان ان الامام اذا بعث جيشا ينبغي ان يمدهم بقوم اخرين مددا لهم وان المدد اذا التحق بالجيش بعد اصابة الغنيمة قبل الاحراز فانهم يشاركونهم في الصواب كما هو مذهب علمائنا وان مراد عمر من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة اذا كانت الوقعة في دار الاسلام اذ دار

الحرب فانه بمنزلة موضع واحد فمن حصل من المدد في دار الحرب كان شاهدا للوقعة معنى وتكلموا في معنى قوله قبل ان تتفقأ القتلى فقيل معناه قبل ان ينشق الارض بطول الزمان فيجعل ذلك كناية عن الانصراف الى دار الاسلام وقيل معناه قبل ان يميز قتلى المسلمين من قتلى المشركين والتفقؤ عبارة عن هذا ومنه سمي الفقه لانه تمييز الصحيح من السقيم وقال الشاعر تفقأ فوقه القلع السواري وجن الخازباز به جنونا ومنهم من يروي تتفقأ القتلى بالقاف قبل الفاء ومعناه قبل ان يحملوا القتلى على ما كانوا كناية عن الانصراف الى دار الاسلام وعن ابي تميمة قال بعث ابو بكر الصديق رضي الله عنه عكرمة بن ابي جهل في خمسمائة رجل مددا لزياد بن لبيد البياضي والمهاجر بن ابي امية المخزومي الى اليمن فاتوهم حين افتتحوا النجير فاشركهم في الغنيمة وبهذا يستدل من يجعل للمدد شركة وان لحقوا بالجيش في دار الاسلام لان بالفتح قد صارت تلك البقعة دار الاسلام ولكنا نقول تأويله انهم فتحوا ولم يجر احكام الاسلام فيها بعد وبمجرد الفتح قبل اجراء احكام الاسلام لا تصير دار الاسلام وعليه يحمل ايضا ما روي ان ابا هريرة التحق بدار الاسلام برسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما فتح خيبر وكذلك جعفر مع اصحابه قدموا من الحبشة بعد فتح خيبر حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اي الامرين اشد فرحا بفتح خيبر ام بقدوم جعفر ولم يشركهم في الغنيمة لانهم انما ادركوا بعد ما صارت البقعة دار الاسلام ولهذا لم يسهم لهم مع ان غنائم خيبر كانت عدة من الله لاهل الحديبية خاصة كما قال تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه وهم ما كانوا من اهل الحديبية فلهذا لم يسهم لهما والدليل على ان للمدد شركة اذا لحقوا بالجيش في دار الحرب ما روي ان اهل الكوفة غزوا نهاوند فامدهم اهل البصرة بالفوز وعليهم عمار بن ياسر فادركوهم بعد اصابة القسمة فطلب عمار الشركة وكان على الجيش رجل من عطارد فقال يا اجدع اتريد ان تشركنا في غنائمنا فقال عمار خير اذني سببت وكان قد قطعت احدى اذنيه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة ثم رفع الى عمر فجعل لهم الشركة في الغنيمة فبهذه الاثار اخذ علماؤنا رحمهم الله وعن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام استعان بيهود بني قينقاع على بني قريظة فلم يعطهم من الغنيمة شيئا وفي هذا دليل انه لا بأس للمسلمين ان يستعينوا باهل الذمة في القتال مع المشركين وقد كره ذلك بعض الناس فقال فعل المشرك لا يكون جهادا فلا ينبغي ان يخلط بالجهاد ما ليس بجهاد واستدلوا على ذلك بما روي ان رجلين من المشركين خرجا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر فقال لا يتبعنا الا من كان على ديننا فاسلما ولكنا نقول في الاستعانة بهم زيادة كبت وغيظ لهم والاستعانة بهم كالاستعانة بالكلاب عليهم وانما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لعلمه ان الرجلين يسلمان اذا اتى ذلك عليهما الا ترى انه قال في الحديث فاسلما وقيل كان فيما قاله العذر منها الضعف كان بالمسلمين يوم بدر كما قال تعالى ولقد نصركم الله ببدر وانتم اذلة فاذا خاف الامام ذلك فلا ينبغي ان يستعين بهم وان يمكنهم من الاختلاط بالمسلمين وتأويل ما ذكر من حديث الضحاك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم احد فاذا كتيبة حسناء او قال خشناء فقال من هؤلاء قالوا اليهود كذا فقال لا نستعين بالكفار وتأويله انهم كانوا متعززين في انفسهم لا يقاتلون تحت راية المسلمين وعندنا انما يستعين بهم اذا كانوا تحت راية المسلمين فاما اذا انفردوا براية لانفسهم فلا يستعان بهم وتأويل ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا تستضيئوا بنار المشركين وقال الا انا بريء من كل مسلم مع مشرك يعني اذا كان المسلم تحت راية المشركين وعن الحكم ان ابا بكر كتب اليه في اسيرين من الروم فكتب ان لا يفادوهما وان اعطيتم بهما مدين من ذهب ولكن اقتلوهما او يسلما ففيه دليل انه لا يجوز مفاداة الاسير بالمال كما هو المذهب عندنا خلاف ما يقوله الشافعي وقد صح ان النبي عليه السلام فادى الاسرى يوم بدر وكان الفداء اربعة الاف الا انه انتسخ ذلك بنزول قوله تعالى ما كان لنبي ان يكون له اسرى الى قوله لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم وكان ابو بكر رضي الله عنه قد اشار بالفداء وعمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل فمال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى راي ابي بكر رضي الله عنه لحاجة الصحابة الى المال في ذلك الوقت واليه اشار عليه السلام في قوله لو نزل العذاب ما نجا منه الا عمر فلهذا بالغ ابو بكر رضي الله عنه في النهي عن المفاداة في قوله ولو اعطيتم بهما مدين من ذهب ففيه دليل على ان الاسير يقتل ان لم يسلم وممن قتله رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسارى بدر عقبة بن ابي معيط قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه قدمه واضرب عنقه واوف بنذر ربك ومن رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابي عزة يوم بدر بشرط ان لا يعين عليه وكان شاعرا ثم وقع اسيرا يوم احد فامر بقتله وكان طلب ان يمن عليه فقال عليه السلام لا تحدث العرب اني خدعت محمدا مرتين ثم ذكر عن مجاهد وعطاء انه لا يقتل الاسير ولكن يفادى او يمن عليه وكانهما اعتمدا ظاهر قوله فاما منا بعد واما فداء ولسنا ناخذ بقولهما فان حكم المن والفداء بالمال قد انتسخ بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم لان سورة براءة من اخر ما نزل وذكر في بعض النوادر عن محمد قال ذلك في عبدة الاوثان من العرب لانه لا يجوز استرقاقهم فلم يكن في المن والمفاداة الا ابطال حق المسلمين عما ثبت حقهم فيه ولكن هذا ضعيف والصحيح ما بينا ان حكم المن والمفاداة قد انتسخ ولا يجوز للامام ان يفعل ذلك الا اذا عرف للمسلمين فيه منفعة عامة كما روي ان ثمامة بن اثال الحنفي سيد اهل اليمامة اسره اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فربطوه بسارية من المسجد فخرج اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما وراءك يا ثمامة فقال ان عاقبت عاقبت ذا ذنب وان مننت مننت على شاكر وان اردت المال فعندي من المال ما شئت فمن عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بشرط

ان يقطع الميرة من اهل مكة فتحمل ذلك حين خطوا وعن عبد الله بن ابي اوفى رضي الله عنه قال لم يخمس طعام خيبر وكان قليلا فكان احدنا اذا احتاج الى
الشيء اخذ قدر حاجته وفي هذا دليل انه يباح لكل واحد من الغانمين ان يتناول من الطعام والعلف بقدر حاجته وقد رواه ابن عمر عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه كان لا يخمس الغنيمة الا الطعام والعلف فكان ياخذ كل واحد منهم من ذلك بقدر حاجته وكتب صاحب جيش عمر رضي الله
عنه بالشام اليه انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام فكرهنا ان امضي في ذلك شيئا الا بامرك فكتب اليه دع الناس في علفهم ليصيبوا من ذلك
بقدر حاجتهم بشرط ان لا يبيعوا فمن باع شيئا من ذلك فقد وجب فيه خمس الله ورسوله وفي هذه الاثار ما يدل على التساهل في امر الطعام بالناس
وللعلم بتجدد الحاجة اليه في كل وقت وعجزهم عن الحمل من دار الاسلام ما يحتاجون اليه للذهاب والرجوع اذا امعنوا في دار الحرب فقد روي
عن عبد الله بن المغفل قال دلي علي جراب من شحم من بعض حصون خيبر فاحتضنته وقلت في نفسي لا اعطي احدا منه شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه
وسلم ينظر الي ويتبسم ولم ينكر عليه ذلك لعلمه بحاجته وعن عبد الله بن عمرو عن النبي عليه السلام قال المسلمون يد على من سواهم يتكافأ دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم والمراد باليد النصرة للمسلمين على من سواهم كما قال تعالى وكان حقا علينا نصر المؤمنين وفي قوله يتكافأ دماؤهم دليل على ان
المساواة بين العبيد والاحرار في حكم القصاص ولا معنى لاستدلال الشافعي بهذا اللفظ في انه لا يقتل مسلم بكافر لان فيه اثبات التساوي في دماء المسلمين
لا نفي المساواة من دمائهم ودماء غيرهم بل ذلك مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة وبقوله يسعى بذمتهم ادناهم الى اهل الحرب وهو من يمكن النفوذ مشتق
من الدنو وهو القرب لا من الدناءة قال الله تعالى فكان قاب قوسين او ادنى وقيل معناه اقلهم قال ولا ادنى من ذلك ولا اكثر فيكون ذلك دليلا على
صحة امان الواحد والمراد به الفاسق لانه نظير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حسب العبد الورع الى الدناءة وقيل المراد بالذمة عقد الذمة
دون الامان وذلك صحيح من العبد عندنا وعن ابي عمير مولى ابي اللحم قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقسم غنائم بدر فقال لي تقلد هذا
السيف فتقلدته فجررته على الارض فاعطاني من خرثي المتاع منهم من يروي مولى ابي اللحم والاشهر هو الاول لان مولاه كان يابى اللحم فسمي ابا اللحم وفي
الحديث اشارة الى صغره لانه جر السيف على الارض لصغره وقيل لا بل فعل ذلك على طريق الخيلاء كما يفعله المبارز بين الصفين وفائدة الحديث ان
من قاتل ممن لا يستحق السهم لصغر او رق فانه يرضخ له لانه اعطاه من خرثي المتاع يعني السقط منه على سبيل الرضخ وعن ابن عباس رضي الله عنه قال غزا رسول
الله صلى الله عليه وسلم في المحرم لمستهل الشهر فاقام عليها اربعين يوما وفتحها يعني الطائف في صفر وفي هذا دليل على انه لا باس بالقتال في الاشهر الحرم
فان المحرم من القتال وقد روي انه نصب المنجنيق على الطائف ففعله بيان ان ما كان من حرمة القتال في الاشهر الحرم قد انتسخ وكان الكلبي يقول ان ذلك
بمنسوخ ولسنا ناخذ بقوله في ذلك بل بما روي عن مجاهد قال النهي عن القتال في الاشهر الحرم منسوخ نسخه قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وقد بينا ان سورة براءة من اخر ما نزلت فانتسخ به ما كان من الحكم في قوله يسالونك عن الشهر الحرام قتال فيه الاية فان قيل كيف يستقيم دعوى النسخ بهذه
الاية وقد قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الاية قلنا المراد به مضي مدة الامان الذي كان لهم من رسول الله بالمراد
تعالى كما قال فسيحوا في الارض اربعة اشهر وانفق مضي ذلك انسلاخ الاشهر الحرم والدليل على نسخ حرمة القتال في الاشهر الحرم قوله تعالى منها اربعة حرم الى قوله
فلا تظلموا فيهن انفسكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة قيل معناه لا تظلموا فيهن انفسكم بالامتناع من قتال المشركين ليصيروا اعليكم بل قاتلوهم كافة
لتكسروا شوكتهم وتكون النصرة لكم عليهم وفيما ذكر من الاخبار في الاصل عن الزبير عن شهيد المشهد قال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بني قريظة
فقال من كانت له عانة فاقتلوه ومن لم يكن له عانة فخلوا عنه فكنت ممن لا عانة له فخلي عني قلت وما ترى احد الا وله عانة فالعانة في اللغة الموضع الذي ينبت
عليه الشعر لكن المراد منبت الشعر على ذلك الموضع منه وجعل اسم الموضع كناية عنه وبه ناخذ ونستدل بما لك فانه جعل نبات الشعر دليل البلوغ ولسنا
نقول لاختلاف احوال الناس فيه فنبات الشعر في الهنود يسرع وفي الاتراك يبطئ وتاويل الحديث ان النبي عليه السلام عرف من طريق الوحي ان نبات الشعر
في اولئك القوم يكون عند البلوغ او اراد تنفيذ حكم سعد بن معاذ فانه كان حكم بان يقتل منهم من جرت عليه الموسى لعلمه انه كان من المقاتلة فيهم وذكر
عن محمد بن اسحق الكلبي ان سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كان مع سهم عاصم بن عدي وفيه دليل على ان الامام ينبغي له ان يقسم الغنيمة على العرفاء
اولا ثم يقسم كل عريف على من تحت رايته لكون ذلك اسهل وفيه دليل تواضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لم يجعل باسم نفسه سهما ولكن جعل
نفسه تحت راية غيره وروي ان اول سهام خرجت يومئذ سهم عاصم بن عدي لكون سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وذكر عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال والله ما يصلح لي من فيئكم ولا مثل هذه لوبرة احدها من سنام بعيره الا الخمس والخمس مردود فيكم فادوا الخيط والمخيط فان الغلول
عار في النار على اهله يوم القيامة فجاء رجل من الانصار بكبة من خيوط شعر فقال يا رسول الله اخذت هذه لاخيط بها برذعة بعيري فقال عليه السلام اما نصيبي منها
فقال اما اذا بلغت هذا فلا حاجة لي بها وفيه دليل حرمة الغلول وان كان ذلك في القليل والكثير ويستدل الشافعي بالحديث في جواز هبة المشاع
فقد وهب رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه من هذا الرجل وكان مشاعا ولكنا نقول مقصود رسول الله من هذا المبالغة في المنع من الغلول يعني
انك تطلب مني ان احل لك هذه الكبة ولا ولاية لي الا على نصيبي منها فذلك انا اجعل نصيبي به انه ليس للامام ولاية ابطال حق الغانمين وتخصيص احد

بنى مع ان الكبة من الشعر لا تحتمل القسمة بين الجند لكثرتهم فانه لا يصيب كل واحد منهم شيئا منتفعا به اذا قسمت وعند ناهية المشائخ فيما لا يحتمل القسمة
يجوز وعن ابي المليح بن اسامة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع كل ربوا كان في الجاهلية موضوع واول ربوا يوضع ربوا
العباس بن عبد المطلب زاد في رواية وكل دم كان في الجاهلية موضوع واول دم يوضع دم ابن ربيعة بن الحارث فان العباس بعدما اسلم
رجع الى مكة باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يربي بمكة قبل نزول التحريم وبعد نزوله لان الربوا لا يجري بين المسلم والحربي في دار الحرب
وقد كانت مكة يومئذ دار حرب ثم بين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه موضوع لا خصومة فيه بعد الفتح وقيل مراده انه لا يطالب له بما بقي
منه بعد الفتح قال الله تعالى وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين وانما بدأ رسول الله بربوا العباس لانه عمه اخبر انه موضوع ليتبين ان فعله ليس
على نهج افعال الملوك فالملوك في الاوامر يبدؤون بالاجانب وبدأ رسول الله بعمه ليتبين الناس ان القريب والبعيد عنده في حكم الشرع سواء وذكر
عن حبيب بن مسلمة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفل في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث وفيه دليل على جواز التنفيل للتحريض على القتال
كما امر الله تعالى به رسوله في قوله يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وبظاهره يستدل الاوزاعي في جواز التنفيل بعد الاصابة لا يبعد هذا
لان التنفيل للتحريض والجيش في اول دخولهم ينشطون في القتال ما لا ينشطون بعد تطاول مدتهم ولهذا قل نفل السرية الاولى وزاد في نفل السرية
الثانية ولان السرية الثانية يحتاجون الى ان يمنعوا في الطلب فلهذا زاد في النفل لهم وذكر عن الزهري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقروا
الخيل في ارض العدو وهو دليلنا على مالك فانه يجوز العقر فيما يقوم عليهم من الدواب من الغنيمة كانت او من غيرها والحديث جعفر الطيار فانه لما
استقبل يوم مؤتة وعلم انه لا ينجو منهم عقر فرسه وتقدم في نحر العدو حتى قتل ولكنا نقول في العقر مثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
المثلة ولو بالكلب العقور ولعل فعل جعفر كان قبل النهي فانتسخ به وعن الضحاك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية قال
لا تقتلوا وليدا ولا النساء ولا الشيخ الكبير وقد بينا حرمة قتل النساء والصبيان منهم لانهم لا يقاتلون وكذلك الشيخ الكبير الذي امن قتاله بنفسه
ورايه لا يحل قتله فاما اذا كان له راي فيقتل لانه روي ان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وكان ابن مائة وستين سنة وقد ذهب بصره ولكنهم احضروه
ليستضيئوا برايه فاشار اليهم بان يرفعوا الثقل الى عليا بلادهم ويلقوا المسلمين على متون الخيل بسيوفهم فخالفه القوم في ذلك وفيه يقول
امرتهم امري بمنعرج اللوى فلم يستبينوا الرشد الا ضحى الغد وانما قتله رسول الله صلى الله عليه وسلم لرايه في الحرب وعن ابن عمر ان النبي عليه
السلام نهى ان يدخل المصاحف ارض العدو والمشهور فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تسافروا بالقران الى ارض العدو وانما نهى عن
ذلك مخافة ان تناله ايدي العدو ويستخفوا به فعل هذا النهي في سرية ليس لهم منعة قوية فاما اذا كانوا جندا عظيما كالصائفة فلا باس بان
يتبرك الرجل منهم بحمل المصحف مع نفسه ليقرا فيه لانهم كانوا امنون من ذلك لقوتهم وشوكتهم فان قيل اهل الشرك وان كانوا يزعمون ان القران
ليس بكلام الله تعالى فيقرون انه كلام حكيم فصيح فكيف يستخفون به قلنا انما يفعلون ذلك مغايظة للمسلمين وقد ظهر ذلك من فعل القرامطة
في الموضع الذي ظهروا فيه اعتقادهم على ما ذكره ابن رزام في كتابه انهم كانوا يستنجون بالمصاحف وذكر الطحاوي في مشكل الاثار
ان هذا النهي كان في ذلك الوقت لانه يخاف فوت شيء من القران من ايدي المسلمين فاما في زماننا فقد كثرت المصاحف في ايديهم وذكر
عن يزيد بن هرمز وكثر الحافظون للقران على ظهر القلب فلا باس بحمل المصحف الى ارض العدو فانه لا يخاف فوت شيء من القران وان وقع بعض
المصاحف في ايديهم وذكر عن يزيد بن هرمز قال انا كتبت كتاب ابن عباس رضي الله عنه الى نجدة كتبت الي تسالني عن قتل الولدان وان عالم
موسى قتل وليدا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل الولدان فلو كنت تعلم في الولدان ما كان يعلم عالم موسى كان لك ذلك وقد بينا
ان نجدة كان سال ابن عباس سؤال التعنت حتى سأله يوما لماذا طلب سليمان الهدهد قال ليدله على الماء فانه يبصر الماء تحت الارض وان كانت الى
مائة ذراع فقال انه لا يبصر الفخ تحت التراب فكيف يبصر الماء تحت الارض فقال ابن عباس رضي الله عنه اما سمعت اذا جاء القضاء عمي البصر ومما
ساله هذا الذي رواه وجوابه ما قال ابن عباس ان عالم موسى كان يعلم من ذلك الغلام ما لم يعلم موسى حين استعظم ذلك فخشينا ان يرهقهما
طغيانا وكفرا وذكر الطحاوي ان ذلك الغلام الذي قتله عالم موسى كان بالغا قد كان عاقلا مميزا والبلوغ في ذلك الوقت كان بالعقل ثم ذكر في
الحديث وكتبت تسالني عن اليتيم متى يخرج من اليتم فاذا احتلم خرج من اليتم ويضرب له بسهم وهذا لقول النبي عليه السلام لا يتم بعد الحلم والذي
روي ان الكفار كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم ابي طالب بعد المبعث فقد كانوا يقصدون الاستخفاف به لا لانه في الحال يتيم
قيل هذا لطف من الله تعالى بنبيه فانهم كانوا يسمون يتيما وهو لم يكن يتيما ولا اتاه وله تلك الشتيمة كما روي انهم كانوا يسمونه مذمما ويشتمون
المذمم وهو كان محمدا فلا اتاه وله تلك الشتيمة فهذا مثله والله اعلم

باب معاملة الجيش مع الكفار

واذا غزا الجيش ايضا لم تبلغهم الدعوة لا يحل لهم ان يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الاسلام ليعرفوا انهم على ماذا يقاتلون وهو معنى حديث ابن عباس ما غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم الى الاسلام ولو قاتلوهم بغير دعوة كانوا اثمين في ذلك ولكنهم لا يضمنون شيئا مما اتلفوا من الدما والاموال عندنا وقال الشافعي في القديم يضمنون ذلك لبقاء صفة الحقن والعصمة الى ان يوجد الاباء منهم ولا يتحقق ذلك الا ان تبلغهم الدعوة ولكنا نقول العصمة المقومة تكون بالاحراز وذلك لم يوجد في حقهم ولئن كانت العصمة بالدين كما يدعيه الخصم فهو غير موجود في حقهم ايضا والقتل اما ان يكون للمحاربة كما يقوله علماؤنا رحمهم الله او للشرك كما يقوله الخصم وذلك موجود في حقهم ولكن من شرط الاباحة الدعوة فبدونه لا يثبت ومجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في النساء والولدان منهم وكما نهي عن قتل من بلغته الدعوة منهم بطريق المثلة ثم لا يكون موجبا للضمان عليه على من فعله وان كانوا قد بلغتهم الدعوة فان دعوهم فحسن لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا في سرية فقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم فان ابوا فلا تقاتلوهم حتى يبدوكم فان بدوكم فلا تقاتلوهم حتى يقتلوا منكم قتيلا ثم اروهم ذلك القتيل وقولوا لهم هل الى خير من هذا سبيل فلان يهدي الله على يديك خير مما طلعت عليه الشمس وغربت وقد بينا ان المبالغة في الانذار قد تنفع وان تركوا ذلك فحسن ايضا لانهم ربما لا يتقوون عليهم اذا قدموا الانذار والدعاء ولا باس بان يغزوا عليهم ليلا او نهارا بغير دعوة لما روي ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون غافلون ونعمهم على الماء يسقى وعهد الى اسامة بن زيد ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد ان يغير على قوم صبحهم واستمع النداء فان لم يسمع اغار عليهم حتى روي انه صبح اهل خيبر وقد خرج العمال ومعهم المساحي والمكاتل فلما راوه ولوا منهزمين يقولون محمد والخميس والخميس الجيش وقيل وجدوا في الوردية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغير عليهم ويظهر عليهم وكان ذلك اليوم يوم الخميس فلما ادركوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين ولا باس بان يحرقوا حصونهم ويغرقوها ويخربوا ويقطعوا البنيان ويقطعوا الاشجار وكان الاوزاعي يكره ذلك لحديث ابي بكر رضي الله عنه في وصيته يزيد بن ابي سفيان لا تقطع شجرا ولا تغرق نخلا ولا تفسد عمرا ولقوله تعالى واذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها الاية وتاويل هذا ما ذكره محمد في السير الكبير ان ابا بكر كان اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بان الشام يفتح له فعلم ان ذلك يصير للمسلمين فنهى عن ذلك ... ان الله ناصركم عليهم وممكن لكم من ان تتخذوا فيها مساجد ... ثم الدليل على جواز ما ذكرنا ما ذكر الزهري ان النبي عليه السلام امر بقطع نخيل بني النضير فشق ذلك عليهم حتى نادوه ما كنت ترضى بالفساد يا ابا القاسم فما بال النخيل يقطع فانزل الله تعالى قوله ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها الاية واللينة النخلة الكريمة فهذا ذكره المفسرون وامر بقطع النخيل بخيبر حتى اتاه عمر رضي الله عنه فقال اليس ان الله وعدك خيبر فقال نعم فقال اذا انقطع نخيلك ونخيل اصحابك فامر بالكف عن ذلك ولما حاصر ثقيفا امر بقطع النخيل والكروم حتى شق ذلك عليهم وجعلوا يقولون الحبلة لا تحمل الا بعد عشرين سنة فلا عيش بعد هذا فتبين بهذا ان لهم بذلك كبتا وغيظا لهم وقد امرنا بذلك قال الله تعالى ولا يطأون موطئا يغيظ الكفار ولما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم من اوطاس يريد الطائف بدا له قصر عوف بن مالك النصري فامر بان يحرق وفيه يقول حسان بن ثابت رضي الله عنه

وهان على سراة بني لؤي ... حريق بالبويرة مستطير

فهذه الاثار تدل على جواز ذلك كله وكان الحسن بن زياد رضي الله عنه يقول هذا اذا علم انه ليس في ذلك الحصن اسير مسلم فاما اذا لم نعلم ذلك فلا يحل التحريق والتغريق لان التحرز عن قتل المسلم فرض وتحريق حصون الكفار مباح والاخذ بما هو الفرض اولى ولكنا نقول لو منعنا هو من ذلك يتعذر عليهم قتال المشركين والظهور عليهم لان الحصون قلما تخلو عن اسير وكما لا يحل قتل الاسير لا يحل قتل النساء والولدان ثم لا يمتنع تحريق حصونهم بكون النساء والولدان فيها فكذلك لا يمتنع ذلك بكون الاسير فيها ولكنهم يقصدون المشركين بذلك لانهم لو قدروا على التمييز فعلا لزمهم ذلك فكذلك اذا قدروا على التمييز بالنية يلزمهم ذلك ولا يقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها الى دار الاسلام ويحرزوها عندنا وقال الشافعي لا باس بقسمتها في دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وهو بناء على ان الملك عنده يثبت بنفس الاصابة لانه مال مباح فيملك بنفس الاخذ ويجوز قسمة ذلك الموضع كالصيد وهذا لان سبب الملك الاخذ وهو محسوس يتم بنفسه وقيام منازعة المشركين بكون الغزاة في دارهم لا يمنع تقرر ملكهم كقيام المنازعة بان الغزاة ودوا بهم فانهم لو تمكنوا من الكر عليهم اخذوا جميع ذلك وهذا لان توهم الكر عليهم سبب تعارض الاستيلاء لا ينقض الامر عما ينقض سبب الملك ليس بشرط لوقوع الملك كالملك بالبيع والهبة الا يرى انه لو كان القتال في دار الاسلام او صار الامام البقعة دار الاسلام يجوز له ان يقسم فيها وهذا التوهم باق ولانهم ان كثروا فالمسلمون وان قلوا يحتمل وعد الله في نصرة اوليائه بنصرهم في المرة الثانية كما نصرهم في المرة الاولى فاما عندنا الحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفيع يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ فما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض وبيان هذا الاصل

السبب لا يتم قبل الاحراز لان السبب هو القهر وقبل الاحراز هم قاهرون يدا مقهورون دارا والثابت من وجه دون وجه يكون ضعيفا وهذا لان البقعة انما تنسب الينا او اليهم باعتبار القوة والشوكة ولما نقيت هذه البقعة منسوبة اليهم عرفنا ان القوة فيها والدليل عليه انه يحل للامام ان يرجع الى دار الاسلام ويترك هذه البقعة في ايديهم واما حال ذلك لنجوم عن المقام في هذا الموضع عرفنا انا نحسن العبارة في القتال ولنا انه هزم المشركين في الحقيقة هو المفهوم منهم حين ترك هذا الموضع في ايديهم والدليل عليه ان الاستيلاء على الاراضي كالاستيلاء على الاموال ثم لا نملك الاراضي التي غلبوا عليها اذا لم نصيرها دار الاسلام فكذلك في الاموال لان القصد الى التملك وجد في الكل فانه ما دخل الحرب الا لقصد الملك للاراضي والاموال عليهم بحسب الامكان ولسنا نسلم ان سبب الملك نفس الاخذ بل قهر يحصل به اعلاء كلمة الله تعالى ولهذا كان المصاب غنيمة يخمس وهذا القهر لا يتم بنفس الاخذ ولا يتم الملك بل يعم جميع اهل الحرب وذلك بالاحراز ليكون جميع دارهم مقابل الجميع دارنا فاما قبل الاحراز جميع دارهم بالحصر وليس بهم فوة المقاومة مع اهل الحرب وبه فارق المراغم اذا احرز نفسه بمنعه فوق الحصن فانه يعتق لانه حاجته الى قهر هؤلاء فقط وذلك يتم بالحصن الا ترى انه لا يجب الخمس في رقبته واذا كان القتال في دار الاسلام فنفس الاخذ يصير المال محرزا بالمال فيتم القهر واذا صير البقعة دار الاسلام فقد تم الاحراز بالدار الا ترى انه وان لم يوجد المال يتاكد حقهم فيها وان الحق يتاكد في الاراضي ايضا وبه فارق الصيد لان سبب الملك هناك الاخذ وهو القهر على الممتنع في نفسه وهذا الامتناع في المال بل فيمن يقابل دونه وذلك جميع اهل الحرب ولا يتم قهر جميعهم الا بالاحراز ثم نقول فان قسمها جاز لانه امضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد في المجتهدات نافذ وبيان ان الاختلاف في سبب القسمة وهو الملك انه هل يتم بنفس الاخذ ام لا فاذا نفذ باجتهاده كان صحيحا كما اذا قضى بشهادة الاعمى والمحدود في قذف وقيل من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا لبطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد وكما لا يقسمها لا يبيعها فيتغل به رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا اقسم يتفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر ورا ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها وعن ابي يوسف انه قال اذا لم يجد الامام حمولة لها يحملها عليها فليقسمها في دار الحرب هكذا ذكر في بعض الروايات هذا الكتاب ووجهه ان هذه حالة الضرورة لانه لو لم يقسمها يحتاج الى تركها فيبطل حق الغانمين فيها فكان تقريرحقهم بالقسمة انفع وان كان فيه قطع شركة المدد وكما لا يقسمها لا يبيعها في دار الحرب لان البيع مبني على تاكد الحق بالاحراز ولان البيع تصرف كالقسمة الا ترى ان في المبيع قبل القبض يستوي بين البيع والقسمة واذا كان في الغنيمة طعام او علف فاحتاج اليه رجل تناول بقدر حاجته وقوله فاحتاج مذكور على وجه العادة دون الشرط فللمحتاج وغير المحتاج ان يتناول من ذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنه ان المسلمين اصابوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزو طعاما وعسلا فلم يخمس ذلك وكان الرجل منهم يصيب من ذلك بقدر حاجته وان المسلمين لما ظهروا على كسرى ظفروا بمطبخه وكان قد ادركت القدور وظن بعض الاعراب ان ذلك طيب فهموا ان يصبغوا به لحاهم فقيل انه ماكول ووقعوا في ذلك حتى اتخموا وان غلاما للمسلمين اتاه يوم القادسية فقال ان فيها فان كان فيها طعاما اصبنا منه وان كان فيها ما اردناه على هؤلاء فاذا فيها خبز وجبن وسكين فجعل ياكل من ذلك ويجعل لاصحابه من الخبز ويصف كيف يتخذ الجبن فدل انه كان معروفا منهم الرخصة في الطعام والعلف نظير الطعام لانه يحتاج اليه للظهر كما يحتاج الى القوت لنفسه وهذا لانه يمكنهم ان يستصحبوا من الطعام والعلف مقدار حاجتهم للذهاب والرجوع ولا يجدون في دار الحرب من يشترون منه وما ياخذون يكون غنيمة فللعلم بوقوع الحاجة يصير مستثنى من شركة الغنيمة ويبقى على اصل الاباحة ولهذا حل للمحتاج وغير المحتاج ما لم يخرجوا الى دار الاسلام فاذا خرجوا فقد ارتفعت الضرورة لانهم يجدون في دار الاسلام من يشترون منه الطعام والعلف بالشراء فيثبت حكم الغنيمة فيما كان باقيا منها وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة اذا احتاج اليه للقتال ثم يرده فيها اذا استغنى عنه ويكره من غير حاجة لان المستثنى من شركة الغنيمة الطعام والعلف للعلم بتجدد الحاجة اليهما في كل وقت وذلك لا يوجد في السلاح فكل واحد منهم يتمكن من ان يستصحب الحال من دار الاسلام فلا يصير هذا مستثنى من الشركة ويبقى المستثنى ما يتحقق الحاجة فاذا لم يوجد ذلك يكره الاستعمال واذا وجد فلا باس به لان عند الضرورة يجوز له ان ينتفع بملك الغير مما لا حق له فيه فما له فيه حق اولى وهذا لان المبارز قد يبتلى بهذا بان يسقط سيفه من يده فيعالج قرنه ليأخذ به سيفه واذا اخذه صار غنيمة فلو لم يجوز له ان يضرب به ادى الى الضرر والحرج والى نحو اشار فقال لو رماه العدو بسهم فرماهم به وانتزع سيفا من بعضهم فضربه اكان يكره ذلك هذا ونحوه لا باس به فالمتاع والثياب والدواب فيكره الانتفاع بها قبل القسمة لما روينا من النهي قبل هذا ولان حقهم ثبت فيها وان لم يتأكد قبل الاحراز فلا يكون لبعضهم ان يختص بالانتفاع بشيء منها قبل القسمة اعتبارا للمنفعة بالعين فان احتاجوا الى ذلك قسمها الامام بينهم في دار الحرب لتحقق الحاجة وهذا لان مراعاة حقهم عند حاجتهم اولى من مراعاة حق المدد ولا يدرك اللحوق بهم المدد او لا يلحق فان لم يحتاجوا الى ذلك كرهت القسمة في دار الحرب وهذا اللفظ دليل على ان الخلاف في كراهة القسمة لا في الجواز فقال الا ترى ان جيشا اخر لو دخلوا دار الحرب شركوهم في تلك القسمة وهذا عندنا فاما عند الشافعي لا شركة للمدد ان لحق الجيش بعد الاصابة بناء على اصله ان السبب هو الاخذ والملك ثبت بنفس الاخذ وما قبل الاحراز بدار الاسلام وبعده سواء وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب يشاركونهم في تاكد الحق به كما لو لحقوا بهم في حالة القتال بعد ما اخذوا بعض الاموال وهذا لان اجماع

المحاربين في دار الحرب للمحاربة سبب للشركة في المصاب بدليل ان الردا يستوي بالمباشر للقتال وقد سال علي رسول الله فقال ارايت الرجل
يكون حامية القوم واخر لا يقدر على حمل السلاح ايشتركان في الغنيمة فقال عليه السلام انما تنصرون وترزقون بضعفائكم ولان دخول
دار الحرب سبب لقهر المشركين قال علي رضي الله عنه ما غزي قوم في عقر دارهم الا ذلوا ولهذا جعل الله الوطي موطي العدو بمنزلة النيل في
الثواب قال تعالى ولا يطأون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا الاية فكذلك في الشركة في المصاب يجعل الوطي موطي
العدو على قصد الحرب بمنزلة النيل منهم لما فيه من الكبت والغيظ لهم ولا يدخل على شي مما ذكرنا التجار واهل سوق العسكر والاسير المنفلت
منهم او الذي اسلم في دار الحرب اذا التحق بالجيش لان قصد هولا ليس هو الحرب بل قصد بعضهم التجارة وقصد بعضهم التخلص فلا يستحقون
الشركة الا ان يقاتلوا فيظهر حينئذ بفعلهم ان قصدهم هو القتال وان احتاج رجل من المسلمين الى شي من المتاع حاجة يخاف على نفسه منها
فلا باس باستعمالها قبل القسمة كما يجوز له تناول العين عند الحاجة الا ان ذلك بشرط الضمان لثبوت الملك للماخوذ منه وهذا بغير ضمان لعدم
تاكد الحق قبل الاحراز الا ترى انه لو اتلف شيا من المال قبل الاحراز لم يكن ضامنا لما اتلف ولا يقسم الشي بينهم وان احتاج الناس اليهم ما لم يخرجوهم
الى دار الاسلام ولا يبيعهم كما لا يفعل بسائر الاموال وهذا لعدم تاكد الحق قبل الاحراز فيهم ولكن يمنهم حتى يحرزهم الى دار الاسلام ان اطاقوا
المشي وان لم يطيقوه وكان معه فضل حمولة من الغنيمة حملهم عليها لان الحمولة حق الغانمين والسبي كذلك فمن النظر لهم ان يحمل حقهم على حقهم
فان لم يكن معه فضل حمولة ولكن كان مع بعض الغانمين فضل حمولة انفسهم حملهم عليها بعد ذلك برضاهم وان لم يطب انفسهم بذلك لم
يفعل لان الحمولة الخاص والشي حق الجماعة فلا يكون له ان يستعمل في احراز حق الجماعة حمولة الخاص منهم بغير رضاهم ارايت لو اطاف بعضهم
حمل بعض الشي على ظهره او عاتقه كان يجبر الامام على ذلك ثم يقتل الرجال لما بينا من جواز قتل الاسير بعد الملك فيه اذا كان فيه نظر وفي
هذه المواضع لو لم يقتلهم احتاج الى ترك يهم فيرجعون الى دار الحرب حربا على المسلمين فكان النظر في قتلهم ويترك النسا والصبيان في موضع
يا من من ايدي المشركين لا يصل اليهم لانه اذا تركهم في موضع يصل اليهم ايدي لهم يتقوون بهم وتركهم اياهم في هذا الموضع لا يكون منتفا لهم
بل يكون تاركا للاحسان اليهم وترك الاحسان لا يكون اساءة وانما جاز له هذا القدر لعجزه عن الاحسان اليهم بالاخراج عن المهلكة وان ارا
ان يقسم ليكلف كل واحد منهم حمل نصيبه فعل ذلك وهو انفع من الترك فاما السلاح والمتاع فيحرقها بالنار اذا لم يستطع اخراجها الى دار
الاسلام لانه مامور بقطع قوة المشركين عنها وانما تاتي القوة للمسلمين بها وقد عجز عن احدهما وقدر على الاخر فيا تي بما يقدر عليه وهو الاحراق
بالنار كيلا تصل ايدي المشركين اليها ليتقووا بها فاما لو هذا فيما يحرق فاما ما لا يحترق كالحديد ينبغي ان يدفنه في موضع لا يقف عليه اهل الحرب
فيستعينوا به واما الدواب والمواشي اذا قامت عليه فانه لا يعقرها خلافا لمالك وقد بينا هذا فلا يتركها خلافا للشافعي لما في الترك من تقوى
المشركين بها ولكنه يذبحها ثم يحرقها كيلا ينتفع بها الكفار فالذبح عند الحاجة مباح شرعا فيما كول اللحم وبعد الذبح ربما يتقوون بلحمها
فيقطع ذلك عنهم بالاحراق بالنار كما يفعل بالثياب والمتاع وفي هذا كبت وغيظ للمشركين لهم وقد بينا جواز التخريب والاحراق فيما يكون فيه
الكبت والغيظ للمشركين وما ظهروا عليه من ارض العدو فالامام فيها بالخيار ان شاء خمسها وقسمها بين الغانمين كما فعله رسول الله صلى الله عليه
وسلم بخيبر وان شاء من بها على اهلها فتركهم احرارا الاصل ذمة للمسلمين والاراضي مملوكة لهم وجعل الجزية على رقابهم والخراج على اراضيهم
عندنا كما فعله عمر رضي الله عنه بالسواد وقال الشافعي له ذلك في الرقاب فاما الاراضي ليس ذلك بل عليه ان يقسمها بين الغانمين ويصرف
الخمس الى مصارفه ويبني على هذا الكلام في فصلين احدهما في السواد انها فتحت عنوة او صلحا وقد بينا والثاني في فتح مكة فانها فتحت قهرا
وعنوة عندنا وزعم الشافعي انها فتحت صلحا قال الكرخي في كتابه ومن له ادنى علم في السير والفتوح لا يقول بهذا فقد كان اهل العلم
مجمعين على فتح مكة عنوة وقهرا حتى حدث قول بعد الناس انها فتحت صلحا وانما قال الشافعي هذا لان النبي عليه السلام قد ترك لهم الاراضي
والنخيل التي هي حول مكة فلو عرفها في اخر مذهبه من هذا وقلنا الدليل على ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صالح
اهل مكة عام الحديبية على ان وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ثم دخلها بعد ذلك بسنتين وعشرين شهرا فعرفنا انه دخلها بذلك الصلح وقد
اشار الله تعالى الى ذلك في قوله وهو الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم والدليل عليه انه لم يضع على
اراضيهم وظيفة وفي البلاد المفتوحة عنوة وقهرا لا يجوز ترك الاراضي لهم بغير وظيفة وحجتنا في ذلك ان الاثار اشتهرت بنقض قريش الصلح
الذي كان بينه وبينهم على ما روي ان بني خزاعة دخلوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ وبني بكر في عهد قريش ثم قاتل بنو بكر بني
خزاعة وامدتهم قريش بالاسلحة والاطعمة وقاتل من رجال قريش معهم مستخفيا بالليل حتى جاء وفد بني خزاعة عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاستنصره ويقول ﴿ لاهم اني ناشد محمدا حلف ابينا وابيه الاتلدا ان قريشا اخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك
الموكدا وسونا بالوتير هجدا وقتلونا ركعا وسجدا ﴾ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم فنشات سحابة فقال انها

لتستهل بنصر بني خزاعة الى الحديث الى ان نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران قال العباس قلت واصباحا قريش لو دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان
يخرجوا اليه انها لهلاك قريش فركبت بغلة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت الاراك لعلي اجد بعض الحطابين فاخبرهم بمجي رسول الله صلى
الله عليه وسلم فلقيت ابا سفيان بن حرب وحكيم بن حزام يتجسسان الحديث ويقول احدهما لصاحبه ما هذه النيران فيقول الاخر نيران بني خزاعة
ويقول الاخر هم اقل من ذلك واذل فقلت يا حنظلة ما شانك فقال يا ابا الفضل ما تفعل هنا فقال هذا رسول الله نزل بمر الظهران في عشرة الاف
قال وما الحيلة قلت لا اعرف لك حيلة ولكن اركب عجز دابتي فاردفته فمررت بنار الا قيل هذه بغلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا عمه حتى مررت
بنار عمر رضي الله عنه فعرفه فاخذ السيف وعدا خلفه ليقتله فضربت الدابة حتى تقحمت فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عمر رضي الله عنه
وقال يا رسول الله ان الله مكنك من عدوك من غير عقد ولا صلح فقلت دعني لا اقتله فقلت مهلا فاني اجرته ولو كان من بني عدي لما قلته فبكى
عمر وقال والله سروري باسلامك يوم اسلمت اكثر من سروري باسلام الخطاب لو اسلم فامرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان احمله الى رحلي
فغدوت به عليه فقال الم يان لك ان تشهد ان لا اله الا الله فقال ابو سفيان اني اقول لو كان مع الله اله لقد نصرنا فقال عليه السلام اتشهد
اني رسول الله فقال ان في النفس بعده من هذا الشي فقلت اسلم وان السيف في قفاك فاسلم فقلت ان ابا سفيان رجل يحب الفخر فاجعل له من الامر شيا
يا رسول الله فقال من دخل دار ابي سفيان فهو امن فقال وما يسعهم داري يا رسول الله قال من اغلق الباب على نفسه فهو امن ومن القى السلاح فهو امن
ومن تعلق باستار الكعبة فهو امن الا ابن خطل ومقيس بن صبابة وقينتين لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله ثم امرني ان احبسه في مضيق الوادي
ليمر عليه الكتائب فلما مر عليه كتيبة قال من هولاء الحديث الى ان مر رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة الخضراء وفيها الف رجل من المهاجرين والانصار
عليهم السلاح والحلق لا ترى منهم الا الحدق وحاداه سعد بن عبادة وكان لواء رسول الله صلى الله عليه وسلم معه فنشر اللواء وقال اليوم يوم الملحمة اليوم
تستحل فيه الحرمة فقال ابو سفيان ان ابن اخيك اصبح في ملك عظيم فقال ليس بملك انما هو نبوة قال اوذاك ثم نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم
امرت باستيصال قومك من قريش فقد قال سعد كذا فقال عليه السلام اليوم يوم المرحمة اليوم يحفظ فيه الحرمة وبعث الى سعد ليسلم اللواء الى ابنه
قيس الحديث فهذه القصة من اولها الى اخرها تدل على انتقاض ذلك العهد ولما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة بعث خالد بن الوليد
من جانب والزبير بن العوام من جانب وقال الا ترون اوباش قريش احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا وفيه يقول قائلهم يخاطب زوجته
﴿ انك لو شهدت يوم حندمه اذ فر صفوان وفر عكرمه لم تنطقي اليوم بادنى كلمه ﴾ وكان ابن رواحة رضي الله عنه ينشد بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم ويقول ﴿ خلوا بني الكفار عن سبيله اليوم نضربكم على تاويله ضربا يزيل الهام عن مقيله ويذهل الخليل عن خليله ﴾
لاهم اني مومن بقيله فقال له عمر انشد الشعر في حرم الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعه يا عمر فانه اسرع فيهم من وقع النبل
جاء ابو سفيان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابيدت خضراء قريش لا قريش بعد اليوم فقال عليه السلام الابيض والاسود من الا
حطل ثم جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الى باب الكعبة وفيها رؤسا قريش فاخذ بعضادتي الباب وقال ماذا ترون اني صانع بكم فقالوا اخ كريم وابن
اخ كريم ملكت فاسجح فقال عليه السلام اني اقول لكم ما قال اخي يوسف لاخوته لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو ارحم الراحمين انتم الطلقا
لكم اموالكم وصح انه صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعلى راسه المغفر فذلك دليل انه عليه السلام دخلها قتالا وقال عليه السلام ان مكة حرام حرمها
الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار ثم هي حرام الى يوم القيمة وانما مراده
القتال فيها فدل انه دخلها مقاتلا وفي قوله اذا جاء نصر الله والفتح تشهد لما قلنا ونزول قوله وهو الذي كف ايديهم عنكم في صلح الحديبية الا ترى
الى قوله تعالى والهدي معكوفا ان يبلغ محله واما لم يضع الخراج على اراضيهم لان الاراضي تابعة للرقاب ولم يضع الجزية على رقابهم لانهم
عرب ولا رق وكذلك لا خراج على اراضيهم فاذا ظهر انها فتحت قهرا يصح مذهبنا في المسالة التي قلنا والدليل الابتدائي في المسالة ان الشافعي يقول قد
تاكد حق الغانمين في الاراضي اما عندي فقد ثبت الملك لهم بنفس الاصابة وعندكم تاكد الحق بالاحراز فقد صارت محرزة بفتح البلدة واجراء احكام
الاسلام فيها وفي المن ابطال حق الغانمين عما تاكد حقهم فيه والامام لا يملك ذلك كما لو استولى على الاموال دون الاراضي لم يكن له ان يبطل حق الغانمين
عنها بالرد عليهم بخلاف الرقاب والحق في رقابهم لم يتاكد بدليل ان له ان يقتلهم وكذلك يكون له ان يمن على رقابهم الجزية باخذ ها منهم يوجب
مصارف الخمس فيثبت حقهم في بدل ذلك وهو الجزية وعلماونا ما ثبت بالنص وفي المن ابطال ذلك ولهذا قلت انا نخمس الجزية لان الخمس من الرقاب كان
حقا لارباب الخمس فيثبت حقهم في بدل ذلك وهو الجزية وعلماونا رحمهم الله يقولون تصرف الامام وقع على وجه النظر وانه يصيب لذلك وبيانه
انه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم اعرف بذلك
العمل اشتغلوا بالزراعة وادوا الجزية والخراج فيصرف ذلك الى المقاتلة ويكونون مشغولين بالجهاد وبهذا تبين انه ليس في هذا ابطال حقهم
بل توفير المنفعة عليهم لان منفعة القسمة وان كانت اعجل فمنفعة الخراج ادوم ولانه كانت الحق فيها للذين ثبوا ثبت لمن ياتي بعدهم بالنظر لهم

تعالى والذين جاؤا من بعدهم وفي المن مراعاة عليهم الحيتين جميعا وانما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر لحاجة لاصحابه كان يومئذ ونحن
نقول للامام ذلك عند حاجة المسلمين اما بدون الحاجة فالاولى ما فعله عمر رضي الله عنه في السواد والاستدلال بما استدل به ولا قول بعد
من قول من اوجب في الجزية الخمس فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية من مجوس هجر والحلل من بني نجران وقال لمعاذ خذ من كل حالم
وحالمة دينارا ولم يخمس شيئا من ذلك ولانه لا خمس في الجزية واذا قسم الغنيمة ضرب للفارس سهمين وللراجل سهم في قول ابي حنيفة رحمه الله
وهو قول اهل العراق وفي قول ابي يوسف ومحمد والشافعي يضرب للفارس بثلثة اسهم وهو قول اهل الشام واهل الحجاز لحديث
عبد الله بن العمري عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه اسهم للفارس ثلثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وقسم رسول الله خيبر على ثمانية عشر سهما
وكانت الرجال الفا واربعمائة والخيل مائتي فرس وبانقسم كل مائة سهم فتعين انه جعل سهم الفرس ضعف سهم الرجل وعند تعارض الاخبار فالمصير الى
ما رويناه اولى لما فيه من اثبات الزيادة ولانه اتفق اهل الشام واهل الحجاز ومغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت الى الشام والحجاز فهم اعرف
بذلك من اهل العراق ثم مؤنة الفرس اعظم من مؤنة الرجل والاستحقاق باعتبار التزام المؤنة وابو حنيفة استدل بحديث عبيد الله العمري عن نافع
عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه وعبيد الله اوثق من اخيه عبد الله وفي حديث كريمة بنت المقداد
بن الاسود عن ابيها المقداد ان النبي عليه السلام اسهم له يوم بدر سهمين سهما له وسهما لفرسه وفي حديث مجمع بن يعقوب بن مجمع عن ابيه عن جده ان
النبي عليه السلام اسهم للفارس يوم خيبر سهمين وما رووا انه قسم خيبر على ثمانية عشر سهما صحيح لكنه ذكر في هذا الحديث ان الخيل كانت ثلثمائة
ولو ثبت ما رووا فالمراد من قوله وكانت الخيل مائتي فرس الخيل بفرسانها فكانت الرجال الف واربعمائة اي الرجالة قال الله تعالى واجلب
عليهم بخيلك ورجلك اي بفرسانك ورجالتك وقال تعالى فرجالا او ركبانا اي رجالة فتبين بهذا ان الناس كانوا الفا وستمائة فاذا كان
لكل مائة سهم كان للفارس سهمين وللراجل سهم ثم المصير الى ما رويناه اولى لانه هو المتيقن وما رجح به من اثبات الزيادة متعارض ففيما رويناه اثبات
الزيادة في نصيب الراجل ثم في هذا تفضيل البهيمة على الادمي وذلك غير جائز ولان الاستحقاق بالقتال والرجل يقاتل وحده والفرس لا يقاتل
ولهذا كان القياس ان لا يسوى بين الرجل والفرس وان لا يستحق بالفرس شيء لانه الة من الات الحرب كسائر الالات ولكن الاثار اتفقت على
سهم واحد فاخذنا بما اتفق عليه الاثار وبقينا ما اختلف فيه الاثر على اصل القياس ولا معنى لاعتبار المؤنة فصاحب البغل والحمار يلتزم المؤنة ولا
يستحق به شيئا وصاحب الفيل والبعير مؤنتهما اكثر ثم لا يستحق بهما شيئا مع انا لا نسلم ان مؤنة الفرس اكثر فان ما يحتاج اليه الفرس من العلف
يوجد مباحا ومطعوم بني ادم من الخبز واللحم لا يوجد الا بثمن ومذهب ابي حنيفة مروي عن عمر رضي الله عنه وصاحب البرذون والهجين والمقرف
كصاحب الفرس العربي في استحقاق السهم به عندنا وقال اهل الشام لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولكنه شاذ والمشهور هو حديث عمر رضي الله عنه على ما روي ان الخيل اغارت بالشام وعلى القوم المنذر بن ابي حمصة الوادعي فادركت العراب
اليوم والبراذين ضحى الغد فلم يسهم المنذر للبراذين وقال لا اجعل من ادرك كمن لم يدرك وكتب في ذلك الى عمر فقال هبلت الوادعي امه
لقد اذكرت به وفي رواية لقد اذكرت به امضوها على ما قال وحجتنا في ذلك ان استحقاق السهم بالخيل لمعنى ارهاب العدو قال تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به الاية والارهاب يحصل بالبرذون كما يحصل بالفرس العربي ثم العربي في الطلب والهرب اقوى والبرذون في
الحرب اصبر والين عطفا فعند التقابل لكل جانب نوع منفعة معتبر ومعنى التزام المؤنة يجمعهما وتاويل حديث عمر رضي الله عنه اجتهاده
وهكذا نقول ومن الناس من يقول يستحق بالفرس العربي وبما سوى ذلك سهم واحد وهذا بعيد فان البرذون فرس العجم والعراب فرس العرب
فكما يسوى بين العربي والعجمي في استحقاق السهم فكذلك في الخيل والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربيا والمقرف ما يكون ابوه عربيا
وامه من الكوادن ومعنى قوله لقد اذكرت به اي اتت به ذكرا قال واذا دخل الغازي دار الحرب مع الجيش
فارسا ثم نفق فرسه او عقر قبل احراز الغنيمة فله سهم الفرسان عندنا وهو قول عمر رضي الله عنه وقال الشافعي له سهم الرجالة لقول عمر رضي
الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وقد شهد الوقعة راجلا ولان سبب الاستحقاق الاخذ وعند الاخذ هو راجل فيستحق سهم الرجالة كما لو نفق
فرسه قبل دخول دار الحرب وهذا لان سهم الفرس لا يكون اقوى من سهم صاحبه ولو مات الغازي بعد مجاوزة الدرب لم يستحق شيئا فكذلك الفرس
وحجتنا انه دخل دار الحرب فارسا على قصد الجهاد فيستحق سهم الفرسان كما لو كان فرسه قائما وقاتل راجلا وهذا لان الاستحقاق بالفرس لمعنى ارهاب
العدو وقد حصل به فالحس انما يعرض عند مجاوزة الدرب فمن كان فارسا في ذلك الوقت واثبت اسمه في ديوان الفرسان فقد حصل ارهاب
العدو وبغضه بفرسه لانه ينتشر الخبر في دار الحرب انه دخل كذا وكذا فارسا وقل ما ينفس بعد ذلك ولان الاعتبار للقهر الذي يحصل به اعزاز
الدين وذلك بدخول دار الحرب على قصد الجهاد فاذا كان هو عند دخول دار الحرب ملتزما مؤنة الفرس على قصد الجهاد انعقد له سبب
الاستحقاق وبالاجماع لا يعتبر بقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق لانه لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام استحق

سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف ما لو مات قبل مجاوزة الدرب لان معنى ارهاب العدو والقهر لم يحصل به وبخلاف
ما اذا مات الفارس لانه هو المستحق ولا يبقى الاستحقاق بعد فوت المستحق وان كان السبب منعقدا الا ترى انه لو قتل في دار الحرب او مات بعد الفراغ قبل
الاحراز عندنا لا يستحق شيئا والعبد ادى كالحر والفرس ليس باقوى من السهم الا ترى انه غير منعقد بنفسه فلا يستقيم اعتبار السهم بما دونه ولو باع فرسه بعد ما جاوز
الدرب قبل القتال ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان ايضا لانه اثبت اسمه في ديوان الفرسان وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لانه تبين
بالبيع انه ما كان قصده من التزام مؤنة القتال عليه وانما كان قصده التجارة وبمجاوزة الدرب على قصد التجارة لا ينعقد سبب استحقاق الغنيمة بخلاف
ما اذا مات فرسه لانه بالبيع والهبة ازاله عن ملكه باختياره فيكون به مسقطا حقه وبالموت ما ازاله عن ملكه باختياره بل هو مصاب في ذلك ولو
باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهمه لانه لا يتبين به انه لم يكن قصده من التزام مؤنة الفرس القتال الا ترى انه ما لم يفرغ من القتال لم يشتغل
بالبيع فيه واختلف مشايخنا فيما اذا باعه حالة القتال فقال بعضهم لا يسقط سهمه لان بيع الفرس عند القتال يخاطر بالنفس فمن لم يكن له قصد القتال
يطلب ذلك الوقت فرسا ليهرب عليه فبهذا يتبين ان بيعه الفرس لاظهار المبالغة في الحرب وليعلم العدو به انه غير عازم على الفرار اصلا
وقال رضي الله عنه الاصح عندي انه لا يستحق سهم الفرس لان تاخير بيع الفرس الى وقت القتال لتحقق قصد التجارة فيه فان المشتري فيه عند ذلك ارغب
والتاجر يحصل مال التجارة الى وقت عزته وكثرة الرغبة فيه فلهذا يسقط سهمه ببيع الفرس فاما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا فله سهم الرجالة
وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان له سهم الفرسان لان معنى ارهاب العدو والقهر الذي يحصل به اعزاز الدين بالقتال على الفرس اظهر منه في مجاوزة الدرب
فاذا كان يستحق سهم الفرسان بمجاوزة الدرب فارسا فبالقتال على الفرس اولى وجه ظاهر الرواية ان الامام انما يدون الدواوين ويثبت اسامي الفرسان
والرجالة عند مجاوزة الدرب ويسوي عليهم بعد ذلك احوالهم فمن اثبت اسمه في ديوان الرجالة فقد انعقد له سبب الاستحقاق راجلا فلا يتغير ذلك
بشرى الفرس كما في الفصل الاول لا يتغير حاله بموت الفرس ومن دخل دار الحرب فارسا ثم قاتل راجلا بان كان القتال على باب حصن او في السفينة فانه يستحق
سهم الفرسان اما عندنا فلانه اثبت اسمه في ديوان الفرسان والاستحقاق بحصوله في دار الحرب فارسا وعند الشافعي لانه قاتل وله فرس معد للقتال عليه
لو احتاج فيستحق سهم الفرسان كما يستحق الردء السهم مع المباشر واذا مات الغازي او قتل بعد اصابة الغنيمة قبل احرازها الى دار الاسلام لم يورث
سهمه عندنا وهو قول علي رضي الله عنه وقال الشافعي يورث وهو قول عمر رضي الله عنه وهو ينبني على الاصل الذي بينا ان عنده الملك يثبت لهم بنفس
الاصابة وبموت احد الشركاء لا يبطل ملكه عن نصيبه بل يخلفه وارثه فيه كالشركاء في الاصطياد اذا مات احدهم بعد الاخذ ومن اصلنا ان الحق بنفس
الاصابة يثبت لا الملك الا بالاحراز والحق الضعيف لا يورث كحق القبول فان المشتري اذا مات بعد ايجاب البائع قبل قبوله لا يخلفه وارثه في القبول فاما
بعد الاحراز الحق متاكد والارث يجري في الحق المتاكد كحق الرهن والرد بالعيب ونحو نظير ما هنا في الشفعة وخيار الشرط لا يورث لانه حق ضعيف
وقد استدل بعض مشايخنا على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام والعلف لكل واحد منهم من غير ضرورة وضمان وبامتناع وجوب الضمان
على من اتلف شيئا من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعد الاحراز وبقبول شهادة الغانمين في الغنيمة قبل الاحراز وامتناع قبول الشهادة بعد الاحراز
وتبين بذلك ان الحق ضعيف كحق كل مسلم في بيت المال ولكن اصحاب الشافعي لا يسلمون هذين الفصلين واذا كان العبد مع مولاه فقاتل باذنه
يرضخ له وكذلك الصبي والمراة والذمي والمكاتب لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم
وعن فضالة بن عبيد ان النبي عليه السلام كان يرضخ للمماليك ولا يسهم لهم ولان العبد غير مجاهد بنفسه الا ترى ان للمولى ان يمنعه من الخروج فلا يسوى بينه
وبين الحر الذي هو اهل الجهاد بنفسه في استحقاق السهم ولكن يرضخ له اذا قاتل لمعنى التحريض والصبي والمراة ليسا من اهل الجهاد بانفسهما ولهذا لا يلزمهما
فرض الجهاد والخروج والذمي ليس من اهل الجهاد بنفسه فان الكفار لا يخاطبون بالشرائع ما لم يسلموا والرق في المكاتب قائم ويتوهم ان يعجز فيمنعه المولى
من الخروج الى الجهاد وان كان العبد في خدمة مولاه وهو لا يقاتل فلا يرضخ له ايضا لان مولاه التزم مؤنته لحق نفسه لا للقتال به بخلاف الاول فانه
التزم مؤنته للقتال به ونظيره ما قررنا من بيع الفرس واهل سوق العسكر ان لم يقاتلوا فلا يسهم لهم ولا يرضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو
واعزاز الدين فان قاتلوا استحقوا السهم لانه تبين بفعلهم ان قصدهم القتال ومعنى التجارة تبع لذلك فهو كالتاجر في طريق الحج
لا ينتقص به من ثواب حجه وفيه نزل قوله تعالى ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم ومن دخل دار الحرب بافراس لم يسهم الا لفرس واحد في
قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول اهل العراق واهل الحجاز وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وهو قول اهل الشام لما روي ان الزبير بن العوام شهد خيبر
بفرسين فاعطاه رسول الله صلى الله عليه خمسة اسهم سهما له وسهمين لكل فرس ولان الانسان في القتال قد يحتاج الى فرسين حتى اذا كل احدهما قاتل
على الاخر وهو عادة معروفة في المبارزين فكان ملتزما مؤنة للقتال فيستحق السهم لهما وما زاد على ذلك غير محتاج اليه للقتال فكان من الجنائب ووجه الاستدلال
بما روى ابراهيم بن الحارث التيمي عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسهم الا لفرس واحد يوم خيبر وحديث الزبير فانما اعطاه سهم ذوي
القربى له ولامه صفية وما اسهم الا لفرس واحد ثم عند تعارض الاثار لم يؤخذ الا بالمتيقن لان القياس يابى استحقاق السهم بالفرس ولانه لا يقاتل الا على فرس

واحد ويحتمل ما روي من الزيادة انه اعطي ذلك على سبيل التنفيل كما روي انه اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وكان راجلا ولكن اعطاه احد السهمين على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال خير رجالتنا ابو سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة وهذه المسئلة نظير ما بينا في النكاح ان المراة لا تستحق النفقة الا لخادم واحد في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف النفقة لخادمين ومن مرض وكان جريحا في خيمته حتى اصابوا الغنائم فله السهم لان سبب الاستحقاق وجد في حقه كما قررنا في نظيره قال عليه السلام انما تنصرون وترزقون بضعفائكم واذا بعث الامام سرية من العسكر في دار الحرب فجاءت بغنائم وقد اصاب الجيش غنائم ايضا فان بعضهم يشارك بعضا في المصاب لانهم اشتركوا في سبب الاستحقاق وهو الدخول في دار الحرب على قصد القتال ولان الجيش في حق اصحاب السرية كالردء لهم حتى يلحقون اليهم اذا احزمهم امر وهم بمنزلة الردء لاجتماعهم في دار الحرب وقد بينا ان الردء يشارك الجيش في المصاب وان لم يلقوا قتالا لا بعد ما التحقوا بهم فهذا اولى وان اسر ما اصاب المسلمون بعد غنيمة ثم انفلت منهم فالتحق بالجيش الذي اسرهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام شركهم في جميع ما اصابوا وان لم يلقوا قتالا لا بعد ذلك لانه انعقد سبب الاستحقاق له معهم بما ذكرنا فيما تاكد الحق به وهو الاحراز فلا يعتبر العارض بعد ذلك كما لو مرض وخرج وان لحق هذا الاسير بعسكر اخر في دار الحرب وقد اصابوا غنائم فانه لا يستحق السهم الا ان يلقوا قتالا لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفوز والنجاة فلا يستحق السهم الا ان يلقوا قتالا فحينئذ يتبين بفعله انه قصد القتال معهم ويجعل قتاله للدفع عن المصاب كقتاله للاصابة في الابتداء وكذلك الذي اسلم في دار الحرب اذا التحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا التحق بهم بمنزلة الاسير ان قاتلوا استحقوا السهم وان لا فلا لما ذكرنا وذكر في الاصل ان عبدا لو جنى جناية خطا او افسد متاعا فلزمه دين ثم اسره العدو ثم اسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ثم الجناية يبطل عنه والدين لحقه لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى الا ترى انه لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية فاما الدين في ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه وهذا لان الدين في ذمة العبد يجب على مالكه فانه ملك العدو ما لزمه مشغولا بالدين كما اسروه فلهذا يبقى الدين عليه بعد ما اسلموا ولو اشتراه رجل منهم واصابه المسلمون في غنيمة ياخذه المولى بالقيمة او الثمن ان الجناية والدين لحقانه لانه بالاخذ يعود الى قديم ملكه وسيأتي بيان هذا الفصل وان كانت الجناية قتلا عمدا لم يبطل ذلك عنه بحال لان المستحق نفسه قصاصا فلا يبطل ذلك بزوال ملك المولى كما لو باعه او اعتقه بعد ما لزمه القصاص قال ولا ينبغي للامام ان ينفل احدا ما اصابه انما التنفيل قبل الاحراز الغنيمة ان يقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له وقد كان يستحب ذلك للامام على القتال وهذا الكلام يشتمل على فصول احدها ان القاتل لا يستحق السلب بالقتل عندنا من غير تنفيل الامام وقال الشافعي اذا قتله مقبلا بين الصفين على وجه المبارزة استحق سلبه واحتج بقوله عليه السلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فمثل هذا اللفظ في لسان صاحب الشرع لبيان السبب كقوله من بدل دينه فاقتلوه فظاهره لنصب الشرع فانه بعث لذلك وفي حديث ابي قتادة قال لما اصاب المسلمين جولة يوم حنين رايت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاتيته من ورائه وضربت على حبل عاتقه ضربة فاقبل علي وضمني الى نفسه ضمة شممت منها رائحة الموت ثم ادركه الموت فارسلني فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول من قتل قتيلا فله سلبه فقلت من يشهد لي فقال رجل صدق يا رسول الله سلب ذلك القتيل عندي فارضه عني فقال ابو بكر لاها الله اذا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ثم يعطيك سلبه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اعطاني سلبه وقد كان القتل منه قبل مقالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اعطاه سلبه فظهر ان الاستحقاق بالقتل الا انه ولان القاتل اظهر عناية على غيره بمباشرة القتل فيستحق التنفيل في الاستحقاق كالفارس مع الراجل وهذا لانه في قتل من بارزه على سبيل المبارزة يحتاج الى زيادة عناء ويخاطر بالنفس ولهذا لو قتله مدبرا لا يستحق سلبه وكذلك لو رمى من صف المسلمين سهما فقتل مسلما لا يستحق سلبه لانه ليس فيه زيادة العناء فكل احد يتجاسر على ذلك واصحابنا استدلوا بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء والسلب من الغنيمة لان الغنيمة مال مصاب باشرف الجهات فينبغي ان يجب فيه الخمس وهذا مروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال السلب من الغنيمة وفيه الخمس واستدل بالاية وجاء رجل من بلقين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لمن المغنم فقال لله سهم ولهؤلاء اربعة فقال هل احد احق بشيء من غيره قال لا حتى لو رميت بسهم في جنبك فاستخرجته لم تكن احق به من اخيك وعن عبد الرحمن بن عوف قال كنت واقفا يوم بدر بين شابين حديث اسنانهما احدهما معوذ بن عفراء والاخر معاذ بن عمرو بن الجموح فقال احدهما اي عم اتعرف ابا جهل قلت وما شانك به قال بلغني انه سب رسول الله والله لئن لقيته لا فارق سوادي سواده حتى يموت الاعجل منا موتا وغمزني الاخر بمثل ذلك فلقيت ابا جهل في صف المشركين فقلت ذاك صاحبكما الذي تريدانه فابتدراه بسيفهما حتى قتلاه واختصما في سلبه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل واحد انا قتلته فالسلب لي فقال عليه السلام امسحتما سيفكما فقالا لا فقال ارياني سيفكما فارياه فقال كلاكما قتله ثم اعطى السلب معوذ بن عفراء ولو كان الاستحقاق بالقتل لخص به احدهما مع قوله كلاكما قتله فان قيل كيف يصح هذا والمشهور ان ابن مسعود رضي الله عنه قتله قلنا هما اثخناه

440

وابن مسعود اجهز عليه على ما روي انه قال وجدته صريعا في القتلى وبه رمق فجلست على صدره ففتح عينيه وقال يا رويعي الغنم لقد ارتقيت مرتقى صعبا لمن الدبرة فقلت لله ولرسوله فقال ماذا تريد ان تصنع قلت احز راسك قال لست باول عبد قتل سيده ولكن خذ سيفي فهو امضى لما تريد واقطع راسي من كاهلي ليكون اهيب في عين الناظر واذا لقيت محمدا فاخبره اني اليوم اشد بغضا له مما كنت قبل هذا فقطعت راسه واتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته وقلت هذا راس ابي جهل فقال الله اكبر هذا كان فرعوني وفرعون امتي شره على امتي اكثر من شر فرعون على بني اسرائيل ونفلني سيفه فثبت بانه اجهز عليه وان الاستحقاق ليس بنفس القتل اذ لو كان الاستحقاق بنفس القتل لكان المستحق للسيف من اثخنه فما كان ينفله غيره وان البراء بن مالك قتل مرزبان الدارة واخذ سلبه مرصعا باللؤلؤ والجوهر يقوم بثلاثين الفا فقال عمر رضي الله عنه كنا لا نخمس الاسلاب وان سلب البراء بلغ هذا المبلغ وما اراني الا خامسه قال انس فخمسه بالخمس ربعه الاف اليه فاذا تبين وجوب الخمس فيه ثبت ان الباقي منه مقسوم بين الغانمين وما نقل من قوله من قتل قتيلا فله سلبه كان ذلك على سبيل التنفيل لا على وجه نصب الشرع وعندنا بالتنفيل يستحق ولان القاتل انما تمكن من قتله واخذ سلبه بقوة الجيش فلا يختص به كما لو اخذ اسيرا او اصاب مالا لا يختص به وكما يكون منه فضل عناء في القتل يكون ذلك منه في اخذ الاسير والاستلاب سلب الحي ثم لا يختص به الا بعد تنفيل الامام كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه ومن اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك على وجه التنفيل فكذلك في السلب والاصل فيه قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال ولان بالتنفيل يعينه على البر وهو بذل النفس لابتغاء مرضات الله تعالى فكان ذلك مستحبا ولكن قبل الاصابة واما بعد الاصابة لا يجوز التنفيل الا على قول اهل الشام فانهم يجوزون ذلك وقد روي عن النبي عليه السلام انه نفل بعد الاصابة وبه ذلك عندنا انه نفل من الخمس او من الصفي الذي كان له او فعل يوم بدر لان الامر في الغنائم كان اليه كما روينا واليه اشار سعيد ابن المسيب فقال لا نفل بعد الاحراز الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان المعنى فيه ان بعد الاصابة في التنفيل ابطال حق ارباب الخمس وابطال حق بعض الغانمين عما ثبت حقهم فيه وهو سبب لايقاع الفتنة والعداوة بينهم والتنفيل للتحريض على القتال وتسكين الفتنة فاذا نفل بعد الاصابة عاد على موضوعه بالنقض والابطال وذلك لا يجوز واذا اخذ الرجل علفا من الغنيمة ففضلت فضلة منه معه بعد ما خرج الى دار الاسلام اعادها في الغنيمة ان كانت لم تقسم لان اختصاصه بذلك كان للحاجة وقد زال ذلك بالخروج الى دار الاسلام وكان ذلك بعد ما تاكد الحق في الغنيمة لهم بالاحراز وان كانت الغنائم قد قسمت فذلك بمنزلة اللقطة في يده فان كان فقيرا فلا باس بان ياكله وان كان غنيا باعه وتصدق بثمنها كما يفعل باللقطة وكذلك لا ينبغي له ان يبيع شيئا من الطعام والعلف لانه ابيح له التناول للحاجة والمباح له التناول لا يملك التصرف فيه للبيع فان فعل ذلك اعاد الثمن في الغنيمة ان لم يقسم وان كانت قد قسمت الغنائم قد قسمت صنع به ما يصنع في اللقطة كما بينا وان اقرضه رجلا في دار الحرب من الجند لم يسع له ان ياخذ منه شيئا لان المقرض والمستقرض في حق اباحة التناول سواء لان الاخذ كان احق به ما دام في يده فاذا ازاله الى الاخر سقط حقه ولهذا لا ياخذ منه شيئا واذا اعتق رجل من الجند جارية من الغنيمة في القياس ينفذ عتقه لان حقهم تاكد بالاحراز الا ترى انه بالقسمة يتعين ملك كل واحد منهم والقسمة لتمييز الملك لا لابتداء التملك فتبين به ان الملك كان ثابتا لهم من قبل وانه اعتق جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذا على اصل الشافعي فانه يقول الملك يثبت لهم بنفس الاصابة وفي الاستحسان عندنا لا ينفذ عتقه لان نفوذ العتق يستدعي ملكا ثابتا في المحل وذلك غير موجود لهم قبل القسمة الا ترى ان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن وانه لا يدري انه يصيب كل واحد منهم في اي موضع يقع عند القسمة فكان ما هو شرط نفوذ العتق منعدما فلهذا لا ينفذ عتقه وكذلك لو استولدها لم يصح استيلاده لان الاستيلاد يوجب حق العتق وذلك لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف الاب يستولد جارية ابنه فله ولاية التمليك هناك فيملكها سابقا على الاستيلاد ولكن ليس له تملك هذه الجارية بدون راي الامام فلا يصح استيلاده فيها فلا يثبت النسب منه ولكن لا يسقط الحد عنه لثبوت حق متاكد له ويلزمه العقر لانه لو وطئ في دار الاسلام وعند ذلك لا ينفك عن حد او عقر وكانت هي وولدها في الغنيمة لانا لو لم نثبت الامر على قول الشافعي استيلاد صحيح بناء على الاصل الذي بينا ان الملك عنده يثبت بنفس الاصابة وان سرق بعض الغانمين شيئا من الغنيمة لم يقطع لتاكد حقهم فيها ولكنه يعزر ويؤدب ولا يحرق رحله عندنا وقال الاوزاعي يحرق رحله ويستدل بحديث روي ان النبي عليه السلام امر بان يحرق رحل الغال وفي السير الكبير ذكر محمد ان هذا الحديث لا نكاد نصحح وقد كان في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الجيش اعدادا ما كان لا يكون منهم الغلول فلو كان يستحق احراق رحل الغال لاشتهر ذلك ونقل نقلا مستفيضا الا ترى انه لو كان في رحله مصحف اكان يحرق وان كان من المشاهد لاستعاد هذا القول وكما لا يلزمه اذا سرق بنفسه فكذلك اذا سرق عبده او ذو رحم محرم منه لان فعل هؤلاء في السرقة كفعله وقد بينا هذا في كتاب السرقة واذا قسمت الغنيمة على الرايات فوقعت جارية بين اهل راية او عرافة فاعتقها رجل منهم قال يجوز اذا قل الشركاء لان الملك قد ثبت بقسمة الحمل فان لم يتعين لعدم القسمة على الافراد الا ترى انه لم يبق للامام راي البيع بعد ذلك ولا راي القتل في الاسارى فكانت مشتركة بين اهل تلك العرافة شركة

ملك وعتق احد الشركاء نافذ ولكن هذا اذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة فاما اذا كثروا فالشركة عامة وبالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق كشركة المسلمين في بيت المال ثم قال وانا القليل اذا كانوا مائة او اقل ولسنا نوقت فيه وقتا وفي السير الكبير حكى فيه اقاويل فقال قد قيل اربعون لان النبي عليه السلام اظهر المسلمون الاسلام حين كثر المسلمون فكانوا اربعين وقيل خمسون اعتبارا بعدد الايمان في القسامة وقيل مائة استدلالا بقوله تعالى فان لم يكن منكم مائة صابرة وقيل انما كانوا يحصون من غير حاجة الى الحساب وكاتب وقيل بحيث اذا كانوا بحيث لو ولد لاحدهم ولد يظهر ذلك من يومه فهم قليلون والاصح انه موكول الى راي الامام في استقلال عددهم واستكثاره لان نصب المقادير لا يكون بالراي وليس فيه نص فالاولى ان يجعل موكولا الى اجتهاد الامام واذا سبى الجند امراة ثم سبوا زوجها بعدها بقليل او كثير وقد حاضت فيما بين ذلك حيضة او لم تحض غير انهم لم يخرجوها من دار حتى سبوا زوجها فهما على نكاحهما وايهما سبي واخرج الى دار الاسلام ثم سبي الاخر فلا نكاح بينهما وهذا فصل بيناه في كتاب النكاح ان الموجب للفرقة تباين الدارين لا السبي فاذا انعدم تباين الدارين كانا على نكاحهما سواء سبيا معا او احدهما بعد الاخر واذا اخرج المسبي منهما الى دار الاسلام وجد تباين الدارين بينهما حقيقة وحكما فارتفع النكاح ثم لا يعود بعد ذلك وان سبي الاخر منهما

باب ما اصيب في الغنيمة

مما كان المشركون اصابوه من المسلم ه بنى مسائل الباب على اصل مختلف فيه وهو ان الكفار يملكون اموال المسلمين بالقهر اذا احرزوه بدارهم عندنا وعند الشافعي لا يملكونها لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والملك بالقهر اقوى جهات السبيل ولما اغار عيينة بن حصن على سرح المدينة وفيها ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم العضباء وامراة من الانصار قالت الانصارية فلما جن الليل قصدت الفرار من ايديهم فوضعت يدي على بعير الا رغا حتى وضعت يدي على ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم العضباء فركبتها وقلت لئن نجاني الله عليها لانحرنها ولاكلن من سنامها وكبدها فلما اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قصصت عليه القصة قال بئس ما جازيتها لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم وفي رواية ارديها فانها ناقة من ابل الله وارجعي الى اهلك على اسم الله والمعنى فيه ان هذا عدوان محض لانه حرام ليس فيه شبهة الاباحة فلا يكون سببا للملك كاستيلاء المسلم على مال المسلم وهذا لان الملك حكم مشروع مرغوب فيه فيستدعي سببا مشروعا والعدوان المحض ضد المشروع ولان المعصوم بالاسلام لا يملك بالقهر كالرقاب فان الشرع اثبت العصمة بسبب واحد في المال والرقاب قال واذا قالوا عصموا مني دماءهم واموالهم فذلك دليل المساواة بينهما في المنع من الملك بالقهر وهذا لان الاستيلاء سبب الملك في محل مباح لا في محل معصوم حتى لا يملك مال المستامن بالقهر بخلاف مال الحربي الذي لا امان له وكالصيد المحرم بالاستيلاء بخلاف صيد الحل والسبب لا يعمل الا في محله فاذا صادف الاستيلاء محلا معصوما لم يكن موجبا للملك وبه فارق سائر اسباب الملك من البيع والهبة لانه موجب للملك في محل معصوم مملوك وحجتنا في ذلك قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم الاية الله تعالى سمى المهاجرين فقراء والفقير حقيقة من لا ملك له ولو لم يملك الكفار اموالهم بالاستيلاء لما سماهم فقراء ولما قال علي لرسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة الا تنزل دارك قال وهل ترك لنا عقيل من ربع وقد كان له دار بمكة ورثها من خديجة فاستولى عليها عقيل بعد هجرته والمعنى فيه ان الاستيلاء سبب يملك به المسلم مال الكافر فيملك به الكافر مال المسلم كالبيع والهبة وتاثيره ان نقول الاخذ سبب لملك المال اذا تم بالاحراز وبيننا وبينهم مساواة في اسباب اصابة الدنيا بل حظهم اوفر من حظنا لان الدنيا لهم ولانه لا مقصود لهم في هذا الاخذ سوى اكتساب المال ونحن لا نقصد بالاخذ اكتساب المال ثم جعل هذا الاخذ سببا للملك في حق المسلم بدون القصد فلان يكون سببا للملك في حقهم مع وجود القصد اولى وانما نعادي فيما يكون طريقه طريق الجزاء لان الجزاء يكون وفاقا للعمل وذلك في ملك رقاب الاحرار لان الادمي في الاصل خلق مالكا لا مملوكا فصفة المملوكية فيه تكون بواسطة ابطال صفة المالكية وذلك مشروع في حقهم بطريق الجزاء انهم لما انكروا وحدانية الله جازاهم الله تعالى بان جعلهم عبيد عبيده ولا يوجد ذلك في حق المسلمين ولا اشكال ان ابطال صفة الحرية تكون بطريق الجزاء والعقوبة وقد تعذر اثبات هذه الواسطة في رقاب الاحرار المسلمين او من ثبت له حق العتق منهم حتى ان في حق العبيد لما كان الملك ثبت بدون هذه الواسطة قلنا بانهم يملكون عندنا بالاخذ والمفارقة بيننا وبينهم في الحل والحرمة لا يمنع المساواة في حكم الملك عند تقرر سببه الا ترى ان استكساب المسلم عبد الكافر سبب مباح للملك ه واستكساب الكافر عبد المسلم حرام ومع ذلك لو كان موجبا للملك لتقرر السبب ثم ان الفعل الذي هو عدوان غير موجب للملك عندنا لان الفعل انما يكون عدوانا في المعصوم والعصمة بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الاحراز بالدين من حيث مراعاة حق الشرع والاثم في مجاوزة ذلك ولا يتحقق ذلك في حق المشركين فانما يكون الاحراز في حقهم بالدار التي هي مانعة لقهرهم حسا وما بقي المال معصوما بالاحراز بدار الاسلام لا يملك بالاستيلاء عندنا وانما يملك بعد انعدام هذه العصمة بالاحراز بدار الحرب والاخذ بعد ذلك ليس بعدوان

محض

محض والمحل غير معصوم ايضا فلهذا كان الاستيلاء فيه سببا للملك والدليل على ان الاحراز بالدين لا يبطل حكمه في حقهم فصل الضمان فانهم لا يضمنون ما اتلفوا من نفوس المسلمين واموالهم وتاثير العصمة في ايجاب الضمان اظهر منه في دفع الملك ثم لما لم يبق للعصمة بالدين اعتبار في حقهم في ايجاب الضمان فكذلك في دفع الملك وتاويل الحديث انهم لم يحرزوها بدارهم ولا ملكت منهم فلهذا استردها وجعل نذرها فيما لا يملك والمراد بالاية حكم الاخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينهم يوم القيامة وبه نقول انهم ليس لهم حق تناول اموالنا في الاخرة فانما ذلك الاخذ والاستيلاء لهم علينا في دار الحرب اذا عرفنا هذا فنقول اذا وقع هذا المال في الغنيمة وقد كان المشركون احرزوه فان وجده مالكه قبل القسمة اخذه بغير شيء وان وجده بعد القسمة اخذه بغير شيء بقيمته ان شاء لحديث ابن عباس رضي الله عنه ان المشركين احرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه السلام ان وجدتها قبل القسمة اخذتها بغير شيء وان وجدتها بعد القسمة اخذتها بالقيمة ان شئت ففي هذا دليل انهم قد ملكوها وانما فرق في الاخذ مجانا بين ما قبل القسمة وما بعدها لان المستولى عليه صار مظلوما وقد كان يقوم على من يقوم بنصرته الدار وهم الغزاة ان يدفعوا الظلم عنه بان يتبعوا المشركين ليستنقذوا المال من ايديهم وقبل القسمة الحق لعامة الغزاة فعليهم دفع الظلم عنه باعادة ماله اليه فاما بعد القسمة فقد تعين الملك لمن وقع في سهمه وعليه دفع الظلم ولكن لا بطريق ابطال حقه وحقه في المالية حتى كان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن بين الغانمين وحق المالك القديم في العين فيتمكن من الاخذ بالقيمة ان شاء ليتوصل كل واحد منهما الى حقه فيعتدل النظر من الجانبين ولان قبل القسمة ثبوت حق الغزاة فيه ليس بعوض عن شيء بل صلة شرعية لهم ابتداء فلا يكون في اخذ المالك القديم اياه مجانا ابطال حقهم عن عوض كان لهم فاما بعد القسمة فمن وقع في سهمه استحق هذا العين عوضا عن سهمه في الغنيمة ولا وجه لابطال حقه في ذلك العوض فيثبت للمالك القديم حق الاخذ بعد ما يعطي من وقع في سهمه بعد القسمة وهذا اذا كان الماخوذ شيئا لا مثل له فاما الدراهم والدنانير والفلوس والمكيل والموزون فان وجدها قبل القسمة اخذها بغير شيء وان وجدها بعد القسمة فلا سبيل له عليها لان الاخذ شرعا انما يثبت له اذا كان مفيدا وقبل القسمة هو مفيد فاما بعد القسمة لو اخذها اخذها بمثلها وذلك غير مفيد فان المالية في هذه الاشياء باعتبار الكيل والوزن ولهذا جرى الربوا فيها فيكون الاخذ غير مفيد قلنا بانه لا يكون مشروعا بخلاف ما لا مثل له فانه ياخذه بالقيمة والاخذ بالقيمة يكون مفيدا في العين من الغرض الصحيح للناس فان وجد عبدا كان له فابق اليهم وقد وقع في سهم رجل من الجند اخذه منه بغير شيء في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ياخذه بالقيمة ان شاء لحديث ابن عمر رضي الله عنه ان عبدا لمسلم ابق الى دار الحرب ثم وقع في الغنيمة فخاصم فيه المالك فقال عليه السلام ان وجدته قبل القسمة اخذته بغير شيء وان وجدته بعد القسمة اخذته بغير شيء ان شئت وعن الزهري ان زيدا امة لقوم ابقت الى دار الحرب ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها مولاها فكتب ابو عبيدة ابن الجراح الى عمر رضي الله عنه فرد جوابه ان وجدها قبل القسمة اخذها وان وجدها بعد القسمة فقد مضت القسمة ولان الابق ملك بسائر اسباب الملك فيملك بالاستيلاء كما لو كان مترددا في دار الاسلام فاحرزوه بدارهم وكالدابة اذا ابدت اليهم وثبات الوصف انه يملك بالارث حتى لو اعتقه الوارث بعد موت المورث ينفذ عتقه ويملك بالضمان حتى لو كان مغصوبا يضمن الغاصب قيمته ملكه الضامن ويملك بالهبة من ابنه الصغير وبالبيع من غير بيع وانما لا يجوز بيعه من غيره للعجز عن التسليم لا لانه ليس بمحل للتمليك والدليل عليه ابقهم الينا فانا نملكه بالاستيلاء فكذلك ابقنا اليهم لما بينا من تحقيق المساواة بيننا وبينهم في اسباب اصابة الدنيا وعلل ابو حنيفة في الكتاب فقال لان الكفار لم يحرزوه ومعناه انه صار في يد نفسه وهي يد محترمة فتكون دافعة لاحراز المشركين اياه كيد المكاتب في نفسه وانما قلنا ذلك لان يد المولى زالت عنه حقيقة بالاباق وحكما بدخوله دار الحرب اذ لا يجوز ان تثبت للمسلم يد على من في دار الحرب حكما كما لا تثبت لامام المسلمين اليد على من كان في الحرب فلم يخلفه الاخرى الا انه حين انتهى الى الموضع الذي لا ياوي فيه المسلمون واهل الحرب فقد زالت يد المولى ولا تثبت يد اهل الحرب عليه في هذا الموضع ولان يد اهل الحرب انما تثبت عليه حسا لا حكما فلم ياخذوه ولا تثبت يدهم عليه فصار في يد نفسه لان الادمي من اهل ان تثبت له اليد على نفسه وان كان مملوكا الا ترى ان العبد اذا توكل بشرا نفسه من مولاه لا يملك البائع حبسه بالثمن لثبوت اليد له على نفسه وهذا لان المانع من ثبوت يده على نفسه يد المولى فاذا زال ذلك المولى اليد لا الى من يخلفه تثبت اليد له في نفسه لزوال المانع كما في المكاتب وباعتبار هذه اليد المحترمة يبقى هو محرزا بدار الاسلام لان صاحب اليد من اهل دار الاسلام ولا يظن بوهم انه لا حيلولة بينه وبين هذه اليد وما بقي المال محرزا بدار الاسلام لا يتم احراز المشركين اياه فهذا معنى قوله ان الكفار لم يحرزوه بخلاف المرتد في دار الاسلام فانه في يد مولاه حكما فلهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له في نفسه فتم احراز المشركين اياه فاما الابق الى دار الحرب لا يكون في يد مولاه حكما حتى لو وهبه من ابنه الصغير لا يجوز هكذا ذكر ابو الحسين قاضي الحرمين عن ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الدابة اذا ابدت اليهم لانها ليست من اهل ان تثبت لها اليد على نفسها وبخلاف ابقهم الينا لانه يد في نفسه ليست بمحترمة فيتم احراز المسلمين اياه وبخلاف الملك بالارث والضمان فانه تملك حكمي يثبت في المحل الذي يفيد الملك

قصدا بسببه كالخمر والقصاص يملك بالارث والدين يملك بالاخذ والضمان ولا يملك بالاخذ وتاويل الحديثين ان الابق لم يكن وصل اليهم حتى جوا حرز
اليه فاخذوه واحرزوه اذا عرفنا هذا فنقول عند ابي حنيفة لما كان له ان ياخذه بعد القسمة بغير شي فالامام يعوض لمن وقع في سهمه قيمته من بيت
المال لان نصيبه استحق وله ان يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر رد ذلك لتفرقهم في القبايل فيعوضه من بيت المال لان هذا من نوائب المسلمين
ومال بيت المال معد لذلك ولانه لو فضل شي من القسمة يتعذر قسمته كالجوهرة ونحوها يوضع ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحق غرم يجعل
ذلك على بيت المال لان الغرم بمقابلة المغنم وهكذا على اصل الكل اذا كان الماسور مدبرا او مكاتبا او ام ولد لمسلم فان المالك القديم ياخذ
بغير شي بعد القسمة ويعوض الامام من وقع في سهمه قيمته من بيت المال لما قلنا فان وجد العبد في يد مسلم اشتراه من اهل الحرب فاخرجه فان كان
قد ابق اليهم فعند ابي حنيفة للمولى ان ياخذه بغير شي لبقائه على ملكه ولا يغرم للمشتري شيئا مما ادى لانه فداه ملكه بغير امره الا ان يكون امره به
بالفدا فحينئذ يرجع عليه بما ادى وعندهما ياخذه منه بالثمن ان شاء وكذلك لو كان العبد ماسورا بالاتفاق ولانه لا يستحق على المشتري دفع الظلم
بالتزام الخسران في مال نفسه ولانه وصل اليه هذا العبد بعوض وهو ما ادى من الثمن فيبقى حقه مرعيا في ذلك العوض فلهذا ياخذه منه
بالثمن ان شاء وان كان من اهل الحرب قد وهبه لرجل اخذه منه مولاه بالقيمة ان شاء لانه صار مملوكا ملكا للموهوب له وهو ملك مرعي محترم
فلا يجوز ابطاله عليه مجانا لدفع الظلم عن الماسور منه ولكن حاله في ذلك كحال من وقع في سهمه فلهذا ياخذه منه بالقيمة فان قيل هذا الملك ثبت
للموهوب له بغير عوض قلنا لا كذلك فالعوض والمكافاة في الهبة مقصود وان لم يكن مشروطا ولهذا ثبت حق الرجوع للواهب اذا لم ينل
العوض فجعل ذلك المعنى معتبرا في اثبات حقه في القيمة وان كان المشتري للعبد من العدو باعه من غيره اخذه المولى من المشتري الثاني بالثمن
الذي اشتراه به ان كان من ذوات الامثال فبمثله وان لم يكن فبقيمته ولان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وملكه مرعي كملك
المشتري الاول وليس للمالك القديم ان يبطل العقد الثاني لياخذه من يد المشتري الاول بالثمن الاول وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك
لان حق المولى القديم في العين سابق على حق المشتري الاول ولو بطل ذلك بتصرفه فيكون متمكنا من نقض تصرف المشتري وهذا لانه في نقض
هذا التصرف فائدة لما بين الثمنين من التفاوت وجه ظاهر الرواية ان الشرع جعل للمالك القديم حق الاخذ من غير نقض التصرف الا ترى انه
لم يجعل له حق نقض القسمة لياخذه مجانا وفائدته في ذلك اظهر وهذا بخلاف الشفيع لان تصرف المشتري قد يكون مبطلا لحق الشفيع لو لم يكن
له حق النقض فربما يهبه من انسان والشفعة تثبت في الشراء دون الهبة فلاتفاق حق الشفيع في العين مكناه من نقض التصرف فاما هنا ليس في تنفيذ
تصرف المشتري ابطال حق المالك القديم فان حق الاخذ يبقى سواء باعه المشتري او وهبه او تصدق به فلهذا يمكن من الاخذ من غير نقض التصرف
يوضحه ان حق الشفيع ثبت قبل ملك المشتري ولهذا لو اشترى بشرط الخيار ثبت حق الشفيع وتصرف المشتري بحكم ملكه فينتقض تصرفه بحق
من سبق حقه ملكه فاما حق المولى القديم يثبت بعد ملك المشتري الا ترى ان الكفار لو اسلموا قبل ان تبيعوه لم يكن للمولى القديم ان ياخذه ولهذا
لا يتمكن من نقض تصرف المشتري فان وقع الاختلاف بينهما في مقدار الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انه يتملك عليه كما له فلا يتمكن من اخذه
الا بما يقر به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل من ذلك فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار
الخصم وان اشتراه رجل من اهل الحرب فعلم به مولاه فلم يخاصم فيه زمانا ثم اراد ان ياخذه بالثمن فله ذلك وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له ذلك
بمنزلة الشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ووجه ظاهر الرواية ان سكوت الشفيع جعل مبطلا لحقه لدفع الضرر والغرور عن المشتري فانه
تمكن الشفيع من نقض تصرفه فلو لم يبطل حقه بالسكوت كان يتعذر على المشتري تنفيذ التصرف فيه مخافة ان يبطل الشفيع تصرفه وهذا المعنى
لا يوجد هنا فان المالك القديم لا يتمكن من نقض تصرف المشتري على ما بينا فلهذا لا يكون سكوته مبطلا لحقه فان لم ياخذه حتى اسروه ثانيا
ثم اشتراه رجل اخر منهم ثم حضر مولاه الاول فلا سبيل له على المشتري الثاني لان حق الاخذ انما يثبت للماسور منه والماسور منه في هذه المرة المشتري
الاول دون المالك القديم فلهذا كان حق الاخذ من يد المشتري الثاني للمشتري الاول فان اخذه حينئذ يثبت للمالك حق الاخذ من يده بالثمنين جميعا
ان شاء وان ابى المشتري الاول ان ياخذه فلا سبيل للمالك القديم عليه لان حقه كان ثابتا في ملك المشتري الاول فاذا اخذه فقد ظهر محل حقه واذا لم
ياخذه لم يظهر محل حقه فلا سبيل له عليه كالموهوب له اذا وهبه لغيره فلا سبيل للواهب الاول عليه الا ان يرجع الموهوب له الاول فيه فحينئذ يثبت
للواهب الاول حق الرجوع لهذا المعنى فان قيل انما كان للمالك القديم حق الاخذ في الملك الذي استفاده المشتري من العدو وهذا ملك اخر استفاده
من المشتري الثاني فكيف يثبت حقه فيه قلنا لا كذلك لان الماسور منه بالاخذ يعيده الى قديم ملكه ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب ان يرجع فيه
وما يغرم المشتري من العوض فدا وليس ببدل عن الملك كالمولى يفدي عبده من الجناية فيبقى على قديم ملكه الا ان يتملكه بالفدا وانما ياخذه منه
بالثمنين لان ذلك هو العوض الذي ادى من له مرتين ولو اداه مرة واحدة لم يكن للمولى اخذه ما لم يؤد اليه جميع ذلك وكذلك اذا غرمه مرتين
واذا اسر العدو عبدا وفي عنقه جناية عمدا وخطا او دين انسان فان رجع الى مولاه الاول بوجه من الوجوه عاد الملك الاول فذلك كله في عنقه

كما كان لما بينا انه بالاخذ اعاده الى قديم ملكه فالتحق بما لو لم يزل عن ملكه اصلا وان لم يرجع اليه او رجع اليه بملك مستانف بطلت جناية الخطا لان المستحق
بالجناية الخطا على المالك الذي كان له في رقبته وقد فات ذلك ولم يعد والحق لا يبقى بعد فوات محله كما لو زال العبد الجاني عن ملكه بالبيع او بالعتق
واما جناية العمد والدين فهما عليه كما كانا يؤخذ بهما لان المستحق بالجناية العمد دمه وذلك باق بعد زوال ملك المولى الا ترى ان بالبيع والعتق لا يسقط
الدين عنه والدين في ذمته يكون شاغلا لنفسه لما لية اذا كان ظاهرا في حق مولاه فلهذا اخذ به وفي الموضع الذي يلحقه الجناية والدين يبدا بالدفع
بالجناية ثم بالبيع ثم بالدين لانه لو بدى بالبيع بطل حق ولي الجناية ولو دفع بالجناية اولا لم يبطل حق صاحب الدين فلهذا كان البداية بالدفع
بالجناية وان وقع الماسور في سهم رجل فلم يحضر مولاه حتى اعتقه هذا الرجل او دبره جاز لانه تصرف بحكم ملكه وملكه تام مع قيام حق الماسور منه فينفذ
تصرفه ثم لا يكون للمولى عليه سبيل لانه خرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك لما ثبت فيه من الحرية او حقها ولان الولاء عليه قد لزم المشتري
الاول على وجه لا سبيل الى ابطاله وحق المالك القديم تعرض للابطال وهو نظير الموهوب له اعتق او دبر يبطل حق الواهب في الرجوع لما قلنا فان
كانت امة فزوجها وولدت من الزوج فله ان ياخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج من ان تكون قابلة للنقل من ملك الى ملك والولد
جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ فيه كما في سائر اجزائها بخلاف حق الواهب في الرجوع فانه لا يثبت في الولد لان ذلك حق ضعيف لا يعدو محله والولد
وان كان جزءا من العين ولا يكون له ان يفسخ النكاح لما بينا انه يتمكن من الاخذ في المال هو محل اخر فاما حق المولى هنا قوي متاكد في العين حتى لا يبطل
بتصرف المشتري فلهذا يسري الى الولد الذي هو جزء من العين ولا يكون له ان يفسخ النكاح لما بينا انه يتمكن من الاخذ من غير ان ينقض تصرف المشتري
والنكاح الزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه وان كان اخذ عقرها او ارش جناية جنى عليها لم يكن للمولى على ذلك سبيل لان حقه في العين والارش
والعقر غير متولد من العين ولم يوجد فيه السبب وهو الاستيلاء عليه في ذلك المال ولانه لو اخذ العقر والارش اخذ بمثلها فلا يكون مفيدا شيئا
ثم لا ينتقص عن المولى القديم شي من الثمن بسبب احتباس العقر والارش عند المشتري الا ترى انها لو تعيبت في يد المشتري بعيب يسير او فاحش لم
ينتقص عن المولى شي وهذا لما بينا انه ليس بعوض بل هو فدا وليس ببدل في حقه والفدا لا يقابل بشي من الاوصاف وان لم يكن زوجها المشتري من العبد وحل له وطئها
وان كان يعلم قصتها لانها مملوكة له ملكا صحيحا وقيام حق المولى في الاخذ لا ينافي ملكه كالجارية الموهوبة تحل للموهوب له وطئها وان كان للواهب
فيها حق الرجوع قال وان كان الماسور منه اليتيم كان للوصي ان ياخذه من مشتريه بالثمن لانه قائم مقام الصبي في استيفاء حقوقه نظرا له ولا يكون
له ان ياخذه لنفسه لان الاسر لم يقع على ملكه وهو السبب المثبت لحق الاخذ له واذا كانت الجارية رهنا بالف درهم وهي قيمتها فاسرها العدو ثم
اشتراها رجل منهم بالف درهم كان مولاها احق بها بالثمن لانها اسرت على ملكه وحق الاخذ بالثمن للماسور منه باعتبار ملكه القديم وذلك
للراهن دون المرتهن فان اخذها لم يكن رهنا لانها في حق المرتهن تاويه لانه لا تاثير للمرتهن في اخذها لان الراهن لم يكن متبرعا فيما اعطى من الالف
فانه ما كان يتوصل الى احياء ملكه الا باداء الالف فلا يتمكن المرتهن من اخذها الا بر دالالف على الراهن وانما ياخذها ليستوفي الفا من ماليتها فلا
يفيد اعطاء الالف ليستوفي منه الفا وهو نظير ما اوجب جناية يبلغ ارشها الف درهم وابى المرتهن ان يفديها ففداها الراهن وان كان الثمن
اقل من الف درهم كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن الذي اداه المولى فيكون رهنا عنده على حاله ان شاء وان شاء تركها لان اخذه اياها مفيد له
فانه يعيد الحبس به ليحيي بها حقه في الالف وهو نظير الجناية اذا كان ارشها اقل من الالف ففداها الراهن كان للمرتهن ان يرد عليه الفدا ويكون
رهنا عنده على حاله وان شاء تركها فكانت تاويه في حقه وقد بينا فيما سبق ان الثمن الذي يعطيه المالك القديم للمشتري فدا وليس ببدل عن المالك
بمنزلة الفدا من الجناية وان كانت في يد وديعة او عارية او اجارة لم يكن له الى اخذها سبيل وكان الحق في اخذها لمولاها لان ثبوت حق الاخذ
باعتبار قديم الملك وذلك للمولى دون ذي اليد وهذا بخلاف الاسترداد من الغاصب فالغصب لا يزيل ملك المولى والمودع والمستعير قائم مقامه
في حفظه ملكه فيمكن من الاسترداد ليتوصل الى الحفظ فاما الاحراز يزيل ملك المولى فيخرج به المستعير والمستودع من ان يكون عاملا له ولو اثبتنا
له حق الاخذ بالثمن كان عاملا لنفسه في التملك ابتداء فلهذا لم يكن لهما حق الاخذ بالثمن وبه فارق الفدا من الجناية فان المودع والمستعير لو فداها
الجناية صح وكان متبرعا في ذلك لان الجناية لا تزيل ملك المولى وتطهيرها بالفدا يقرر حفظ الملك عليه واما الاحراز يزيل ملك المولى فان اخذ بالثمن
يكون اعادة للملك لا ان يكون حفظا للملك وهو ما اقامه في ذلك مقام نفسه وان كان لها زوج قبل ان يوسر فالنكاح بحاله لانه لم يتباين بهما
الدار حكما فانها مسلمة وان كانت ماسورة في دار الحرب والمسلم من اهل دار الاسلام حكما وان كان في دار الحرب صورة وتباين الدار حقيقة لا حكما
لا يقطع عصمة النكاح وبالاحراز تصير مملوكة لاهل الحرب فيكون ذلك في حكم النكاح كبيع المولى اياها وذلك غير مفسد للنكاح واذا غلب
العدو على المسلمين فاخذوها وها هنا مسلم بامان في دارهم حل له ان يشتريها منهم فياكل الطعام من ذلك ويطا الجارية لانهم ملكوها بالاحراز فالتحقت
بسائر املاكهم وهذا بخلاف ما لو دخل اليهم باحرابا من فسرقوا منهم جارية اواخرجها لم يحل للمسلم ان يشتريها منه لانه احرز على سبيل الغدر وهو
مامور بردها عليهم فيما بينه وبين ربه وان كان لا يجبره الامام على ذلك لانه غدر بامان نفسه لا بامان الامام فاما هنا هذا الملك تام للذي احرزها

بدليل انه لو اسلموا او صاروا ذمة كانت سالمة له ولا يفتى بردها فلهذا احل للمشتري منه وطيها وهذا للفقه الذي قلنا ان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار تسقط عند تمام احراز المشركين اياها وهذا بخلاف ما اذا كانت مدبرة او ام ولد او مكاتبة فانها لم تصر مملوكة بالاحراز فلا يحل للتاجر ان يشتريها منهم ولا ان يطاها الا ترى انهم لو اسلموا او صاروا ذمة وجب عليهم ردها على المالك القديم ويكون على ملكه كما كانت وان اشترى التاجر مكاتبا او حرا اسره اهل الحرب فاخرجه فالحر على حاله والمكاتب كذلك لانهما لا يملكان بشيء من اسباب الملك وان كان المشتري فداهما بغير امرهما فلا رجوع له عليهما لانه تبرع بما فداهما به وان كان بامرهما فله ان يرجع عليهما بما فداهما به لانه ادى ماله في تخليصهما وتوفير المنفعة عليهما بامرهما وهذا في الحر غير مشكل وكذلك في المكاتب لانه يوجب حاله المكاتب في نفسه لانه بمنزلة الحر في ملك اليد والمكاسب وان كان الماسور عبد المسلم فباعه ملكهم من رجل من اهل الحرب فاعتقه فهو حر كما لو باعه من مسلم فاعتقه فهو حر وقيل على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يعتق بنفس البيع لا باعتاقه ولان من اصله ان عبد الحربي اذا اسلم فباعه مولاه يعتق فهذا ايضا عبد مسلم لحربي فاذا زال ملكه ودين سعة اليه الى العتق وعندهما بالبيع لا يعتق وانما يعتق بالاعتاق اما عند ابي يوسف فالاعتاق من الحربي صحيح وكذلك عند محمد اذا كان من حكم ملكهم منع العتق من استرقاق المعتق مع ان العبد هنا مسلم فلا يكون محلا للاسترقاق فنفذ الاعتاق فلهذا اعتق باعتاقه وقيل بل هذا قولهم جميعا لان ابا حنيفة انما يقول يعتق بالبيع في عبد لم يثبت فيه حق وفي هذا العبد للمولى القديم حق الاعادة الى ملكه مجانا او بعوض فلا يعتق بالبيع ما لم يعتقه مالكه واذا اسلم اهل الحرب على مال اخذوه من اموال المسلمين او صاروا ذمة فهو لهم ولا سبيل للمسلمين عليهم لان القياس ان لا يكون للمالك القديم حق الاخذ بعد زوال الملك بتمام الاحراز وبه كان يقول الزهري والحسن البصري وانما تركنا القياس بالسنة في الذي وقع في الغنيمة او اشتراه منهم مسلم والسنة هنا جاءت بتقرر الملك للذي اسلم قال عليه السلام من اسلم على مال فهو له والمعنى الذي لاجله يثبت للمالك القديم حق الاخذ هناك وجوب نصرته والقيام بدفع الظلم عن المسلم الذي وقع في سهمه كما بينا وهذا غير موجود هنا فانه ما كان على هذا الحربي القيام بنصرته حتى احرز عليه لان ذلك ثابت شرعا وهم لا يخاطبون بذلك ولان القيام بالنصرة على من هو من اهل دار الاسلام وهو ما كان يومئذ من اهل دار الاسلام فلو ثبت حقه في ملكه ثابتا او صار ذمة فقد تقرر ملكه وكذلك لو كان ذلك الحربي باعه من حربي اخر ثم اسلم المشتري او صار ذمة فقد تقرر ملكه وكذلك لو كان الحربي ذلك باعه من حربي اخر ثم اسلم المشتري او صار ذمة فالمشتري بمنزلة البائع في المعنى الذي قررنا وكذلك لو خرج الينا بامان ومعه ذلك المال فانه لا يتعرض له فيه وهذا اظهر لانه حربي وان كان مستامنا في دارنا ولم يكن حق المولى ثابتا في ملكه فلو تمكنا من الاخذ منه كان غدرا بالامان وذلك حرام الا انه يجبر المستامن على بيعه من المسلمين لانه عند طلبه فلا يمكن الحربي من استدامة الملك واعادته الى دار الحرب واذا سبي الصبي من اهل الحرب واخرج الى دار الاسلام فمات فان كان معه ابواه كافرين او احدهما فانه لا يصلى عليه والاصل فيه ان الولد تابع للابوين في الدين قال عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكرا واما كفورا ولا تظهر تبعية الدار عند تبعية الابوين الا ترى ان اولاد اهل الذمة في دار الاسلام يكونون على دين ابائهم وهذا لان الولد من الابوين ولكنه في الدار اسير الدار فكان اتباعه للابوين اولى والدار في حكم الخلف فلا يظهر الخلف مع قيام الاصل وكذلك احد الابوين في هذا الحكم بمنزلتهما الا ترى ان الذمية اذا ولدت من زنا فانه يتبعها في الدين ولا اب هنا فعرفنا ان احد الابوين يكفي في الاتباع وان كان معه ابواه او احدهما فهو على دينه فاذا مات لا يصلى عليه وان كانت جارية لم يحل للثاني وطيها اذا لم يكن ابواها او احدهما من اهل الكتاب وان اسلم ابواه او احدهما فقد صار الصبي تبعا لمن اسلم منهما فانه يتبع خير الابوين دينا لانه يقرب من المنافع فاذا مات يصلى عليه وان خرج وليس معه واحد من الابوين فمات قبل ان يعقل الاسلام صلي عليه لان التبعية بينه وبين الابوين انقطعت بتباين الدارين حقيقة وحكما فتظهر حكم تبعية الدار ويصير محكوما باسلامه تبعا للدار كاللقيط فاذا مات يصلى عليه وان خرج الاب من ناحية والابن من ناحية معا فمات الصبي لم يصل عليه لانه ما حصل في دارنا الا والاب كافر في دارنا فيكون تبعا له دون الدار وكذلك ان اخرج الاب او الام الصبي بخلاف ما لو اخرج الصبي اولا ثم الحق الاب فانه حين اخرج اولا حكم باسلامه تبعا للدار فلا يحكم بكفره بعد ذلك وان اخرج ابوه فان قيل لما اخرج معه احد ابويه فاعتبار جانب الاب يوجب كفره واعتبار جانب الدار يوجب اسلامه فينبغي ان يرجح الموجب لاسلامه كما لو اسلم احدهما قلنا الاشتغال بالترجيح عند المساواة وذلك في حق الابوين فاما الدار خلف عن الابوين في حقه كما بينا ولا يظهر الخلف في حال بقاء الاصل فلا معنى للاشتغال بالترجيح وكذلك لو مات ابواه كافرين في دارنا لان موتهما لا يقطع حكم التبعية الا ترى ان اولاد اهل الذمة لا يحكم باسلامهم وان مات اباؤهم وفي هذا النوع اشكال فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ثم جعلنا الولد تبعا للدار اذا بقي ابواه في دار الحرب ولا نجعله تبعا للدار اذا مات ابواه في دار الاسلام ولكنا نقول الموت لا يقطع العصمة الا ترى ان المتوفى عنها زوجها يبقى حل النكاح بينهما ودينه في حق الغسل وتباين الدارين حقيقة وحكما ينافي العصمة والتبعية فمن هذا الوجه يفترقان ولا باس ببيع السبي من اهل الذمة ما لم يسلموا لانهم صاروا من اهل دارنا ولكنهم كفار فلا باس ببيعهم من اهل الذمة وان كان الاولى ان لا يفعل الامام ذلك ولكن يبيعهم من المسلمين ليسلموا عسى ويكره بيعهم من اهل الحرب لانهم صاروا من اهل دارنا فلا يباعون من اهل الحرب ليعيدوهم الى دار الحرب فيقووا

هم على المسلمين ومن صار محكوما باسلامه من صغارهم يكره بيعه من اهل الذمة كغيره من العبيد المسلمين وللامام ان يقتل الرجال من الاسارى وله ان يستبقيهم ويقسمهم بين الجند ينظر اي ذلك خير للمسلمين فعله لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل بني قريظة وقسم سبايا اوطاس فعرفنا ان كل ذلك جائز وللامام نصب ناظرا فربما يكون النظر في قتلهم بمعنى الكبت والغيظ للعدو ليامن المسلمون فتنتهم وربما يكون النظر في قسمتهم لينتفع بهم المسلمون فيختار من ذلك ما هو الانفع ولهذا لا يحل للمسلمين قتلهم بدون راي الامام لان فيه افتياتا على رايه الا ان يخاف الاسر فتنته فحينئذ له ان يقتله قبل ان ياتي به الى الامام وليس لغير من اسره ذلك لحديث جابر ان النبي عليه السلام قال لا يتعاطى احدكم اسير صاحبه فيقتله وان كان قتله لم يلزمه شيء لان الاسير ما لم يقسمه الامام مباح الدم بدليل ان للامام ان يقتله وقتل مباح الدم لا يوجب ضمانه فان اسلموا لم يقتلهم لقوله عليه السلام فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم ولان القتل لدفع فتنة الكفر وقد اندفع باسلامهم ولكنه يقسمهم لانه كان مخيرا فيهم بين القتل والقسمة فاذا تعذر احدهما تعين الاخر وهذا لان حق المسلمين قد ثبت فيهم بالاخذ وصاروا بمنزلة الارقاء والاسلام لا ينافي بقاء الرق والقسمة لتعيين الملك لا ان يكون ابتداء الاسترقاق فاسلامهم لا يمنع من ذلك وان لم يسلموا ولكنهم ادعوا امانا فقال قوم من المسلمين قد كنا امناهم فانهم لا يصدقون على ذلك لان حق المسلمين قد ثبت فيهم فلا يصدقون في ابطال حق المسلمين وقولهم هذا اقرار لا شهادة فانهم اخبروا به عن انفسهم ومن اخبر بما لا يملك استينافه كان متهما في خبره فلا يصدق وان شهد قوم من المسلمين عدول على طائفة اخرى انهم اسروا وهم ممتنعون جازت شهادتهم لانه لا تهمة في شهادتهم فانهم ان كانوا من الجند ففي شهادتهم ضرر عليهم وان كانوا من غير الجند فليس في شهادتهم منفعة لهم واذا انتفت التهمة فالثابت بالشهادة كالثابت معاينة ولا يقتل الاعمى والمقعد والمعتوه من الاسارى لانه انما يقتل من يقاتل قال تعالى وقاتلوهم والمفاعلة تكون من الجانبين ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فعرفنا انما تقتل من الاسارى من يقاتل والاعمى والمقعد والمعتوه لا يقاتلون احدا وان كان منهم عارضا فقد اندفع بالاسر فلا يقتلون بعد ذلك كالمراة منهم اذا قاتلت واسرت لا تقتل بعد ذلك قال ولا باس بارسال الماء على مدينة اهل الحرب واحراقهم بالنار ورميهم بالمنجنيق وان كان فيهم اطفال او ناس من المسلمين اسرى او تجار وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلم وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى ولكنا نقول امرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب القتال معهم فانهم يتحصنون بحصونهم ومدائنهم قل ما يخلو من مسلم عادة ولانه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم وكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم ثم لم يمتنع ذلك لمكان نسائهم وصبيانهم فكذلك لمكان المسلم ولا يستقيم منع هذا وقد روينا ان النبي عليه السلام نصب المنجنيق على الطائف وامر اسامة بن زيد بان يحرق وحرق حصن عوف بن مالك وكذلك ان تترسوا باطفال المسلمين فلا باس بالرمي اليهم وان كان الرامي يعلم انه يصيب المسلم وعلى قول الحسن لا يحل له ذلك وهو قول الشافعي لما بينا ان التحرز عن قتل المسلم فرض وترك الرمي اليهم جائز ولكنا نقول القتال معهم فرض فاذا تركنا ذلك لما ظنوا ادى الى سد باب القتال معهم ولا يتعذر المسلمون بذلك فانهم يمتنعون من الرمي لما انهم تترسوا باطفال المسلمين وربما يصيبون منهم اذا امكنوا من الدنو من المسلمين والضرر مدفوع الا ان على المسلم الرامي ان يقصد به الحربي لانه لو قدر على التمييز بين الحربي فعلا كان ذلك مستحقا عليه فاذا عجز عن ذلك كان عليه ان يميز بقصده لانه وسع مثله ولا كفارة عليه ولا دية فيما اصاب مسلما منهم لانه اصابه بفعل مباح مع العلم بحقيقة الحال والمباح مطلقا لا يوجب عليه كفارة والشافعي يوجب ذلك ويقول هذا قتل خطا لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وهذا هو صورة الخطا ولكنا نقول اذا كان عالما بحقيقة من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطا بل كان مباحا مطلقا واذا دخل المسلم دار الحرب بامان وله في ايديهم جارية ماسورة كرهت له غصبها ووطيها لانهم ملكوها عليه فالتحقت بسائر املاكهم فلو غصبها منهم او سرقها كان ذلك غدرا منهم للامان وقد ضمن ان لا يغدر بهم ولا ياخذ شيئا من اموالهم الا بطيبة انفسهم وان كانت مدبرة او ام ولد له لم يكره له ذلك لانهم لم يملكوها عليه فهو انما يعيد ملكه الى يده ولا يتعرض لملكهم بشيء فلم يكن ذلك منه غدرا للامان الا ترى انهم لو اسلموا كان عليهم ردها بخلاف الامة وان كان الرجل ماسورا فيهم لم اكره له ان يغصب امته او يسرقها لانه لا امان بينه وبينهم ولكنه مقهور معهم مظلوم فكان له ان يدفع الظلم عن نفسه بما يقدر عليه الا ترى ان له ان يقتل من يقدر عليه منهم وان يسرق ما استطاع من اموالهم واولادهم بخلاف الذي دخل اليهم بامان واذا اسلم الحربي في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على تلك الدار ترك له ما في يده من ماله ورقيقه وولده الصغار لان اولاده الصغار صاروا مسلمين باسلامه تبعا فلا يسترقون والمنقولات في يده حقيقة وهي محترمة لاسلام صاحبها فلا يتملك عليه ذلك بالاستيلاء ولانه صار محرزا اياها من مال بمنعة المسلمين وذلك سبب للملك المسلم لا لابطال ملكه ثم صحة ان يوم الى امتعة اسبق من يد المسلمين فاما عقاره فانها تصير غنيمة للمسلمين في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول واستدل بحديث الكلبي ومحمد بن اسحاق ان نفرا من بني قريظة اسلموا حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصرا فاحرزوا بذلك انفسهم واموالهم قال وعامة اموالهم الدور والاراضي ولكنا نقول هذه بقعة من بقاع

دار الحرب فتصير غنيمة للمسلمين كسائر البقاع وهذا لان اليد على العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده فكانت غنيمة بخلاف المنقولات وتأويل الحديث انه في المنقولات دون العقار وكذلك اولاده الكبار فيء لانهم ما صاروا مسلمين باسلامه ولا كانت له عليهم يد فهم كسائر اهل الحرب وكذلك زوجته الحبلى لانها لا تصير مسلمة باسلام زوجها فكونها زوجته عليها يد حكمية بسبب النكاح ومثله لا يمنع الاغتنام كاليد على العقار وكذلك ما في بطنها فيء عندنا وقال الشافعي لا يكون فيئا لان ما في بطنها مسلم باسلام ابيه فالمسلم لا يسترق ابدا كالولد المنفصل ولكنا نقول الجنين في حكم جزء من اجزاء الام وقد صارت فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها وكما ان في الاعتاق لا يصير الجنين مستثنى عند اعتاق الام بحال فكذلك في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام وهذا لان الحكم في التبع لا يثبت ابتداء بل ثبوته في الكل بطريق التبع فيكون هذا في حق التبع بمنزلة بقاء الحكم والاسلام لا يمنع بقاء الرق وان كان خرج الى دار الاسلام ثم اسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فاهله وماله واولاده اجمعون فيء لانه لما اسلم في دارنا فولده الذي في دار الحرب لا يصير مسلما باسلامه لما بينا ان تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي التبعية ولا يد له على شيء مما خلفه في دار الحرب من امواله فلهذا كان جميع ذلك فيئا للمسلمين لانهم احرزوه دونه ولو اسلم في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله هناك فيء الا اولاده الصغار لانهم صاروا مسلمين باسلامه فانه حين اسلم في دار الحرب كانت التبعية بينهم وبينه قائمة وبعد ما صاروا مسلمين لا يسترقون فاما الاموال فلم تبق له يد فيها بعد ما خرج الى دار الاسلام وتركها في دار الحرب وان كان اودع شيئا منه مسلما او ذميا فذلك المال لا يكون فيئا لان يد المسلم والذمي يد صحيحة على هذا المال فيكون مانعة احراز المسلمين اياها كما في سائر الاموال المودع واذا لم يصر غنيمة كانت يد المودع فيها كيد المودع فيصير هو المحرز لها من هذا الوجه فترد عليه وان كان اودع شيئا منه حربيا فذلك المال فيء في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يكون فيئا لان يد المودع كيد المودع فجعلت يده باقية على هذا المال حكما بيد من خلفه ووجه ظاهر الرواية ان يد المودع كيد المودع فجعلت يده على هذا في هذا المال ليست بيد صحيحة الا ترى انها لا تكون دافعة لاغتنام المسلمين عن سائر امواله فكذلك عن هذه الوديعة اذا لم يكن يده معتبرة كان هذا والمال الذي لم يودعه احدا سواء واذا دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان فاصاب هناك مالا ودورا ثم ظهر المسلمون على ذلك كله فهو له كله الا الدور والارضين فانها فيء لان يده يد صحيحة لانه من اهل دار الاسلام فيكون هو المحرز لامواله وتكون يده دافعة لاحراز المسلمين فاما الدور والارضون فهي بقعة من بقاع دار الحرب فيصير مغنومة كسائر البقاع وتقرير هذا الكلام ان اليد على هذه البقعة من دار الحرب لا تقوى مقصوده بنفسها وانما تقوى اذا ثبتت على جميع الدار فكانت هذه البقعة في حكم التبع وقد بينا ان ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل بخلاف المنقولات فان اليد عليها تقوى مقصوده بنفسها وقد ثبت ذلك من المسلم فكان هو المحرز لها يوضحه ان المسلم يتمكن من الاحراز في المنقولات بان يخرجها الى دار الاسلام فيحصل ايضا محرزا لها بظهور المسلمين على الدار فاما العقار لا يتحقق من المسلم احرازها بالاخراج الى دار الاسلام فانما تصير محرزة للغانمين وما كان من عبيده فهو فيء لانه نزع نفسه من يده حين قاتل المسلمين فان المسلم يمنع عبده من قتال المسلمين واذا لم يبق له يد حقيقة كان فيئا كسائر عبيد اهل الحرب وان كانت له امراة حبلى فهي وما في بطنها فيء لما بينا وما كان له من وديعة عند مسلم او ذمي او حربي فهو له وليس يخفى اما ما كان عند مسلم او ذمي فلا اشكال فيه واما ما كان عند حربي فلانه في دار الحرب فيده ثابتة على تلك الوديعة باعتبار يد مودعه وكونه حافظا فتكون يده دافعة لاحراز المسلمين في ذلك المال بخلاف ما تقدم كما اذا خرج الى دار الاسلام قال وكذلك ان خرج الى دار قبل ذلك فان كان ماله من هذا الظرف مما اودعه عند مسلم او ذمي فهو ظاهر وان كان ماله مما اودعه عند حربي فهو فيء في قول ابي حنيفة ويحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما سبق على ظاهر الرواية ووجه الفرق ان التاجر الذي دخل اليهم ماله كان محرزا بدار الاسلام ولم يبطل ذلك الاحراز الا باحراز المشركين وذلك لا يوجد فيما اودعه من الحربي اذا كان الحربي حافظا على وفق ما امره به فاذا بقي المال محرزا بدار الاسلام لا يملكه المسلمون بالاستغنام فاما الذي اسلم في دار الحرب فماله لم يصر محرزا بدار الاسلام وكان محلا للاستغنام الا ما يثبت يده عليه يدا صحيحة دافعة للاستغنام وذلك يوجد فيما اذا اودعه من اهل الحرب فان اخذ المسلمون تلك الوديعة ثم قسموها في الغنيمة ثم جاء صاحبها اخذها بغير قيمة لانه مال مسلم لم يحرزه المشركون وان كان المشركون قتلوا هذا المسلم في دارهم واخذوا امواله ثم ظهر عليهم المسلمون رده على ورثة المقتول قبل القسمة بغير شيء لانهم لما قتلوه واخذوا امواله فقد صاروا محرزين له فيملكونه ثم المسلمون يملكونه عليهم بالاغتنام فهو بمنزلة مال المسلم استولى عليه اهل الحرب واحرزوه ثم وقع في الغنيمة وقد مات صاحبه فكان لوارثه ان ياخذه قبل القسمة بغير شيء لانه قائم مقام مورثه في ملكه وحقوق ملكه وتمكنه من الاخذ كان لحق ملكه القديم فيقوم وارثه مقامه وعن ابي يوسف انه لا يثبت لوارثه حق الاخذ واعتبر هذا بحق الشفعة وحق الخيار فان ذلك لا يصير ميراثا عنه بعد موته فكذلك حق الاخذ في

الماسور الا ترى ان هذا الحق دون ذلك الحق فان للشفيع ان ينقض تصرف المشتري وليس للمالك القديم ذلك وان كانوا اسلموا ثم حضر ورثة المقتول اخذوا الامتعة بالقيمة ان شاؤوا او لم ياخذوا الذهب والفضة كما لو كان المورث حيا وان كان هؤلاء المشركون اسلموا على ارضهم او صالحوا لم يؤخذوا بشيء من مال المقتول لان اسلامهم يقرر ملكهم ولا ضمان عليهم في دمه لانهم قتلوه حين كانوا حربا للمسلمين فلم يكن عليهم ضمان دمه فلا يجب بعد ذلك باسلامهم ولو كان مسلم دخل دار الحرب بامان فاشترى صبيا وصبية فاعتقهما ثم خرج وتركهما هناك فكبرا هناك ثم ظهر المسلمون على الدار فهما فيء لان اعتاقه اياهما في دار الحرب ليس بشيء في قول ابي حنيفة ومحمد فلا يصير محرزا لهما وعند ابي يوسف ان كان ذلك اعتاقا صحيحا فهم كسائر احرار اهل الحرب من الكفار فيكونون فيئا ومقصوده ان الولاء ليس نظير الولاد فان الولد يصير مسلما باسلام ابيه والمعتق لا يصير مسلما باسلام معتقه وان كان صغيرا لان الولاء اثر الملك وهو باعتبار اصل الملك لا يستتبعه في الدين فباعتبار اثر الملك اولى واذا كان المسلم في دار الحرب تاجرا او اسيرا فامن هناك قوما منهم فامانهم باطل لانه مقهور في ايديهم فالظاهر انه مكره على الامان من جهتهم وانه لا يقصد بالامان منفعة المسلمين وانما قصده ان يؤمن نفسه ولان المؤمن للامان يكون عن خوف ولا خوف لهم من جهته فيكون عقده على الغير ابتداء لا على نفسه وليس له ولاية العقد على الغير ابتداء فان امن رجل من الجيش جاز امانه لقوله عليه السلام يسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد وقال يعقد عليهم اولاهم ويرد عليهم اقصاهم قيل معناه ان السرية الاولى يعقد الامان فينفذ على المسلمين ثم السرية الاخرى ترد اليهم فينفذ ذلك ايضا ولان من في الجيش انما يؤمنهم من نفسه لانهم يخافونه فينفذ عقده على نفسه ثم يتعدى الى غيره وهذا لان الامان لا يحتمل الوصف بالتجزي وسببه وهو الايمان لا يتجزى ايضا فيتفرد به كل مسلم لتكامل السبب في حقه كالتزويج بولاية القرابة وكذلك لو امنت امراة من اهل دار الاسلام اهل الحرب جاز امانها لما روي ان زينب بنت رسول الله امنت زوجها ابا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم امانها وعن ام هانئ قالت اجرت حموين لي يوم فتح مكة فدخل علي رضي الله عنه يريد قتلهما وقال اتؤمنين المشركين فقلت لا الا ان تبدا بي قبلهما واخرجته من البيت واغلقت الباب عليهما ثم اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما راني قال مرحبا بام هانئ ما جاء بك قلت ماذا لقيت من ابن امي علي اجرت حموين لي واراد قتلهما فقال ليس له ذلك قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت ولانها من اهل الجهاد فانها تجاهد بمالها وكذلك بنفسها فانها تخرج لمداواة المرضى والجرحى وذلك جهاد منها فاما العبد اذا امن اهل الحرب فان كان ماذونا في القتال فامانه صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسب ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لانه لو لم يكن مقاتلا ولانه اذا كان متمكنا من القتال لوجود الاذن من مولاه فهم يخافونه فعقده يكون على نفسه ثم يتعدى حكمه الى الغير وقول العبد في مثله صحيح كما في شهادته على رؤية هلال رمضان واقراره على نفسه بالقود ولا يقال قرابته فيهم فهو متهم باتصال المنفعة اليهم دون المسلمين فينبغي ان لا يصح امانه كالذمي وهذا لانه لا يظن بالمسلم ايثار القرابة على الدين ولو اعتبرنا هذا لم يصح امانه بعد العتق ايضا ولا وجه للقول به فاما الذمي فلم يوجد في حقه سبب ولاية الامان وهو الايمان وهو متهم في حقهم في الاعتقاد لان الظاهر انه يميل اليهم وانهم لا يخافونه فاما امان العبد المحجور عليه عن القتال باطل في قول ابي حنيفة صحيح في قول محمد والشافعي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وذكر الكرخي قوله مع محمد وحجتهم في ذلك قوله عليه السلام يسعى بذمتهم ادناهم وادنى المسلمين العبد وفي حديث عبد الله بن عمرو ان النبي عليه السلام قال امان العبد امان ولانه من اهل الجهاد ولا تهمة في امره فيصح امانه كالحر وبيان الاهلية ان المطلوب بالجهاد اعزاز الدين ودفع فتنة الكفر وكل مسلم يكون اهلا له ثم الجهاد يكون بالنفس تارة وبالمال اخرى وبالقول اخرى فالعبد لا مال له وهو ممنوع من الجهاد بالنفس لما فيه من ابطال حق المولى عن منافعه وتعريض ماليته للهلاك فاما الامان فجهاد بالقول وليس فيه ابطال حق المولى عن شيء فكان العبد فيه كالحر والدليل عليه صحة امانه اذا كان ماذونا في القتال وتاثير الاذن في رفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن ليس باهل الا ترى ان من لا دين له لا يصير اهلا للشهادة وفي زوال المانع من التصرفات لوجود الاهلية ثم الامان ترك القتال ولا يستفاد بالاذن في القتال لانه ضده وبعد الاذن هو في الامان ليس بنائب عن المولى بدليل ان المعتبر فيه دينه لا دين المولى حتى انه كان اهلا لكونه مسلما ولان الامان من فروع الدين ودخوله في اصل الدين معتبر بلزوم فكذلك في فروعه ولهذا صح احرامه ولهذا صح منه عقد الذمة مع قوم من المشركين والذمة اقوى من الامان فيستدل بصحة ما هو اقوى منه على صحة الادنى بطريق الاولى وحجتنا قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والامان شيء وهذا عام لا يجوز دعوى التخصيص فيها لان الله تعالى ذكر هذا المثل للاصنام واحدها لا يقدر على شيء لانه ليس باهل الجهاد فلا يصح امانه بنفسه كالذمي والصبي والمجنون وبيان الوصف ان الجهاد يكون بالنفس وبالمال ونفسه مملوك لغيره وهو ليس من اهل ملك المال فعرفنا انه ليس من اهل الجهاد وتاثيره ان صحة الامان من الواحد باعتبار منفعة المسلمين فربما يكون الامان خيرا لهم لحفظ قوة التقسيم لان القتال حفظ قوة النفس ولا ما للعلو والعلية ولكن الخيرية في الامان مستورة لا يعرفه الا من يكون مجاهدا فاذا كان العبد محجورا لا يملك القتال

لا يعرف الحرم في الامان فلا يكون امانه جهادا اما لو قاتل بخلاف المأذون في القتال فانه لما تمكن من مباشرة القتال عرفنا الحرمة في الامان فحكمنا بصحة
امانه ولهذا لا نحكم بصحة امان الاسير لان الحرمة في الامان مستورة لا تعرفه الا من يكون امنا على نفسه والاسير خائف فاذا انعدم هذا في المقيد بالاسر
ففي المقيد بالرق اولى ولان الاسير مالك للقتال وانما لا يتمكن منه حسا والعبد غير مالك للقتال اصلا ولان عقده على الغير ابتداء لا يلزم
لانه تصرف لم يكن مالكا للقتال بخلاف المأذون له في القتال فانهم يجاوزونه فاما يتعدى على نفسه ولا معنى لمن يقول العبد مؤمن على نفسه
وهو خائف منهم فيضرهم ان كان يجوز عليه لانه يقول استكونوا لا يقول امنت نفسي ولو قال ذلك لا يكون امانا ولانه نوع ولاية من حيث
انه تنفيذ القول على الغير بشرط التكليف فيكون نظير ولاية النكاح والعبد لا يملك النكاح بنفسه الا ان يأذن له مولاه فكذلك لا يملك
الامان الا ان يكون مأذونا في القتال لان الامان ترك القتال صورة ولكنه من القتال معنى فيملكه من يكون مالكا للقتال فالاذن يحوله
على المأذون في القتال وقد تقدم بيان ما وصل يسعى بذمتهم ادناهم فاما عقد الذمة فيقول انه محض منفعة للمسلمين لان الكفار اذا طلبوا ذلك
افترض على الامام اجابتهم اليه فلو اعتبرنا ما سبق من العبد احتسب عليهم تلك المدة لاجل الحرمة ولو لم نعتبر كان ابتداء المدة من الحال فلكونه
محض منفعة حكمنا بصحته من العبد كقبول الهبة والصدقة فاما الامان يتردد بين المضرة والمنفعة ولهذا لا يفترض اجابة الكفار اليه وفيه
ابطال حق المسلمين في الاغتنام والاسترقاق والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى خاصة كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه لما فيه من
الحاق الضرر بالمولى والتصرف الذي فيه الحاق الضرر بالمسلمين اولى فاما الصبي ان كان لا يعقل فلا اشكال ان امانه باطل وان كان يعقل
فامانه عند ابي حنيفة وابي يوسف باطل ايضا وهو قول الشافعي كما انه لا يصح اسلامه ومحمد يقول بصحة امانه كما يقول بصحة اسلامه ان كان هذا
الصبي مأذونا في القتال فقد قال بعض مشايخنا لا يصح امانه ايضا لان قوله معتبر فيما يضر به وان كان مأذونا كالطلاق والعتاق فيما يضر
بالمسلمين اولى والاصح انه يجوز امانه اذا كان مأذونا له في القتال لان هذا التصرف يتردد بين المضرة والمنفعة فهو نظير البيع والشراء يملكه الصبي
بعد الاذن واذا قال الامام من اصاب شيئا فهو له فاصاب رجل جارية فاستبراها فانه لا يطأها ولا يبيعها حتى يخرجها الى دار الاسلام في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يحل له ذلك لانه اختص بملكها فيحل له وطؤها بعد الاستبراء كالمسلم يشتري جارية في دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء وهذا
لان ملك المتعة سببه ملك الرقبة وقد تحقق هذا السبب وحجة حين اختص بملكها بتنفيل الامام وهذا بخلاف المتلصص في دار الحرب اذا اخذ جارية
واستبراها فانه لا يحل له وطؤها لانه ما اختص بملكها الا ترى انه لو لحق جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها وابو حنيفة يقول ما لا سبب
الملك في النفل القهر ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام كما في الغنيمة وفي حق الجيش لما بينا انه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا فيكون السبب ثابتا من
وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر انما اثر التنفيل في قطع شركة الجيش مع المنفل له فاما سبب الملك للمنفل له ما هو السبب لولا التنفيل
وهو القهر فاشبه من هذا الوجه ما اخذ المتلصص في دار الحرب وهذا لان لحوق الجيش به موهوم والموهوم لا يعارض الحقيقة ثم عرفنا ان امتناع ثبوت
الحل لعدم تمام القهر بخلاف المشتراة فسبب الملك فيها تم بالعقد والقبض وعلى هذا الخلاف لو قسم الامام الغنائم في دار الحرب فاصاب رجل جارية
واستبراها لان بقسمة الامام لا ينعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا ومن اصحابنا من يقول بنفاذ القسمة من الامام تصير بمنزلة
المشتراة لان من وقعت في سهمه ملك عينها بالقسمة وقد تم فينبغي ان يحل الوطء عندهم جميعا والاول اظهر واذا خرج القوم من مسلحة او عسكر
فاصابوا غنائم فانه يخمس ما يقع في سهمهم وبين اهل العسكر سواء كان باذن الامام او بغير اذن الامام وسواء كانت لهم منعة او لم يكن لان
اهل العسكر بمنزلة المدد للخارجين فان المصاب صار محرزا بالدار بقوتهم جميعا اذ هم بمنزلة الردء لهم يستنصرون بهم اذا احزبهم امر لانهم دخلوا
دار الحرب لينصر بعضهم بعضا والامام اذن لهم في ان يأخذوا ما يقدرون عليه من اموال المشركين لانه ادخلهم في دار الحرب لهذا فلا حاجة الى
اذن جديد بعد ذلك وكذلك ان بعث الامام رجلا طليعة فاصاب ذلك لان اهل العسكر ردء له وان كانوا خرجوا من مدينة عظيمة مثل المصيصة
والملطية بعثهم الامام سرية منها فاصابوا غنائم لم يشركهم فيها اهل المدينة لانهم ساكنون في دار الاسلام فلا يكونون ردءا للمقاتلين في دار الحرب
وهذا لان موطنهم على قصد المقام في اهاليهم بخلاف اهل العسكر فان موطنهم في العسكر للقتال فكانوا بمنزلة ردء السرية الا ترى ان من نوى منهم
الاقامة في العسكر في دار الحرب لا يصح منه بخلاف ساكني المدينة ولان الاحراز حصل هنا بالسرية خاصة وهنالك الاحراز بدار الاسلام حصل
بالسرية والجيش فمن هذا الوجه يقع الفرق ثم الذين خرجوا من مصر من امصار المسلمين اما ان يكونوا قوما لهم منعة او لا منعة لهم خرجوا باذن
الامام او بغير اذنه فان كانت لهم منعة فسواء خرجوا باذن الامام او بغير اذنه فان ما اصابوا غنيمة حتى يخمس ويقسم ما بقي بينهم على سهام الفرسان
والرجالة المصيب وغير المصيب فيه سواء لان خروجهم لا يخفى على الامام عادة وعليه ان ينصرهم ويمدهم فانهم لو اصيبوا مع منعتهم كان فيه وهنا
بالمسلمين ويجترئ عليهم المشركون فاذا كان على الامام نصرتهم كانوا بمنزلة الداخلين باذنه ولان الغنيمة اسم لما اصيب بطريق فيه اعلاء كلمة
الله تعالى واعزاز دينه وذلك موجود هنا لان المصيبين اهل منعة يفعلون ما يفعلون جهارا فاما اذا كانوا قوما لا منعة لهم كانوا واحدا او اثنين

فان

فان كان دخولهما باذن الامام فكذلك الجواب لان على الامام ان ينصره ويمده اذا خرج بامره ولان الامام لا يأذن للواحد في الدخول الا ان يعلم قوته
على ما يبعثه لاجله وعند ذلك يكون الواحد سرية على ما روي ان النبي عليه السلام بعث عبد الله بن انيس سرية وحده وبعث دحية الكلبي سرية وحده
وبعث حذيفة بن اليمان يوم الخندق طليعة وقد ذكر في النوادر انه لا يخمس ما اصاب هذا الواحد لان اخذه ليس على طريق اعزاز الدين فانه لا يجاهر
بما يأخذ وانما يفعله سرا اذ هو غير ممتنع من اهل الحرب فهو كالداخل بغير اذن الامام فان كان دخول القوم الذين لا منعة لهم بغير اذن الامام على
سبيل التلصص فلا خمس مما اصابوا عندنا ولكن من اصاب منهم شيئا فهو له خاصة وان اصابوا جميعا قسم بينهم بالسوية ولا يفضل الفارس على
الراجل وقال الشافعي يخمس ما اصابوا ويقسم ما بقي بينهم قسمة الغنيمة لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه والغنيمة لما يأخذ المسلمون من
الكفرة بطريق القهر وذلك موجود هنا فانهم دخلوا للمحاربة والقهر الا ان القهر تارة يكون بالقوة جهارا وتارة بالمكر والحيلة ثم قال عليه السلام
الحرب خدعة الا ترى انهم لو دخلوا باذن الامام كان ما يأخذون غنيمة وصفة اخذهم لا تختلف بوجود اذن الامام وعدمه وحجتنا في ذلك ما روي ان الكفار
اسروا ابنا لرجل من المسلمين فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشكو اليه ما يلقى من الوحشة فامره ان يستكثر من قول لا حول ولا قوة الا بالله العلي
العظيم ففعل فخرج الابن من بينهم بقطيع من الغنم فسلم ذلك له رسول الله ولم يأخذ منه شيئا والمعنى ما بينا ان الغنيمة اسم لمال يصاب بما فيه شرف
الجهات وهو ان يكون فيه اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز الدين ولهذا جعل الخمس منه لله تعالى وهذا المعنى لا يحصل فيما يأخذ الواحد على سبيل
التلصص فيتمحض فعله اكتسابا للمال بمنزلة الاصطياد والاحتطاب بخلاف ما اذا كانوا اهل منعة وشوكة والدليل على الفرق ان الواحد من الذين
لهم منعة لو امنهم صح امانه والمتلصص في دار الحرب لو امنهم لم يصح امانه وقد بينا اختلاف الرواية فيما اذا كان دخول الواحد باذن الامام ووجه
الفرق على ظاهر الرواية وان دخل مسلم دار الحرب بامان فاشترى جارية كتابية واستبراها كان له ان يطأها هناك لانه ملكها بسبب تام
فان الشراء في كونه سبب الملك تام لا يختلف بدار الحرب ودار الاسلام بخلاف المتلصص اذا اصاب جارية فان سبب ملكه هناك لم يتم
قبل الاحراز لكونه مقهورا في دارهم ولانه ربما يتصل بجيش في دار الحرب فيشاركونه فيها اذا شاركوه في الاحراز واكره لكل مسلم ان يطأ امته
وامرأته في دار الحرب مخافة ان يكون له فيها نسل لانه ممنوع من التوطن في دار الحرب قال عليه السلام انا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراءى ناراهما
واذا خرج ربما يبقى له نسل في دار الحرب فيتخلق ولده باخلاق المشركين ولان موطوءته اذا كانت حربية فاذا علقت منه ثم ظهر المسلمون على الدار
ملكوها مع ما في بطنها ففي هذا تعريض ولده للرق وذلك مكروه ولا بأس بان يعطي الامام ابا الغازي شيئا من الخمس اذا كان محتاجا لانه لو
عرف حاجة الغازي الى ذلك جاز ان يضعه فيه فابنه اولى وهذا لان المقصود سد خلة المحتاج بخلاف الزكاة فانها تجب على صاحب المال
والواجب عليه الايتاء فانما يتم ذلك اذا جعله لله خالصا بقطع منفعته منه من كل وجه وهذا الخمس ليس بواجب على الغزاة بل خمس ما اصابوه لله
تعالى مصروفا الى المحتاجين باسرهم الغازي وابوه في ذلك كغيرهم واذا غزا امير الشام في جيش عظيم فانه يقيم الحدود في العسكر وقد بينا هذا
في كتاب الحدود وفرقنا بينه وبين امير الجيش الذي فوض اليه امر الحرب خاصة فان حاصر امير الشام اهل مدينة شهرا طويلا لم يتم الصلوة ولم
يجمع لانه مسافر الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقام بتبوك عشرين ليلة وكان يقصر الصلوة وابن عمر رضي الله عنه اقام باذربيجان ستة
اشهر كان يقصر الصلوة وقد بينا في كتاب الصلوة ان نية المحارب في دار الحرب الاقامة لا تصح لانه لا يتمكن من التوطن فانه بين ان يهزم عدوه
فيقر او يهزمه العدو فيفر واذا اراد قوم من المسلمين ان يغزوا ارض الحرب ولم يكن لهم قوة ولا مال فلا بأس بان يجهز بعضهم بعضا ويحمل القاعد الشاخص
وقد بينا ذلك في حديث عمر والمعنى فيه ان الجهاد بالنفس تارة وبالمال اخرى فالقادر على الخروج بنفسه يحتاج الى مال كثير ليتمكن به من الخروج
وصاحب المال يحتاج الى مجاهد يقوم بدفع اذى المشركين عنه وعن ماله فلا بأس بالتعاون بينهما والتناصر ليكون القاعد مجاهدا بماله والخارج
بنفسه والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا ثم دفع المال الى الخارج ليغزو بما له يعينه على اقامة الفرض وذلك مندوب اليه في الشرع
وان كانت عندهم قوة او عند الامام كرهت ذلك اما اذا كان في بيت المال فلان المال في يد الامام معد لمثل هذه الحاجة فعليه ان يصرفه
اليها ولا يحل له ان يأخذ من المسلمين شيئا لاستغنائه عن ذلك بما في يده وكذلك ان كان الغازي صاحب مال فلا حاجة به الى الاخذ من غيره
وتمام الجهاد بالمال والنفس ولانه لو اخذ من غيره مالا ففعله في الصورة كفعل من يعمل ذلك باجر فلا يكون ذلك لله تعالى خالصا الا ترى ان
النبي عليه السلام قال لذلك الاجير كم استوجرت قال بدينارين قال انما لك ديناران في الدنيا والآخرة ولان الاشتراك ينقص معنى العبادة
قال عليه السلام فيما يأثره عن ربه من عمل لي عملا واشرك فيه غيري فهو كله لشريكي وانا منه بريء فلهذا يكره له الاشتراك باخذ المال من غيره
اذا كان مستغنيا عنه وان وجد من يكفيه الحرس فالصلوة بالليل افضل له من الحرس وكل واحد منهما طاعة اما الصلوة بالليل فظاهر واما الحرس فلقوله
عليه السلام ثلاثة اعين لا تمسها النار عين غضت عن محارم الله وعين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس في سبيل الله الا انه اذا كان له من يكفيه
الحرس فالصلوة اولى لانها عبادة بجميع البدن وهي تنهى عن الفحشاء وتدفع الخواطر الردية وتمنع اللغو والاشتغال بها اولى وان لم يجد من يكفيه الحرس

كان امكنه ان يجمع بين الصلوة والحرس فالجمع بينهما افضل وقد ذكر محمد في السير الكبير عن بعض الصحابة انه كان يجمع بينهما وان تعذر عليه الجمع بينهما فالحرس افضل
لانه اعم نفعا وقال عليه السلام خير الناس من ينفع الناس ولان الصلوة بالليل يمكنه اذا رجع الى اهله ولا يتمكن من الحرس الا في هذا الموضع فالاشتغال في هذا
الموضع فالاشتغال في هذا الموضع بما هو متعين اولى وهو كالطواف بما ليت للغرباء افضل من الصلوة بخلاف اهل مكة واذا طعن المسلم بالرمح في جوفه
لم يكن له ان يمشي الى صاحبه والرمح في جوفه لم يكن له ان يمشي الى صاحبه والرمح في جوفه حتى يضربه بالسيف ولا يكون به معينا على نفسه لان المسلم مندوب
الى بذل نفسه في قهر المشركين واعزاز الدين وليس في هذا اكثر من بذل النفس لهذا المقصود ولكن هذا اذا كان يعلم انه يصيب من تقربه اذا فعل
ذلك وهو نظير الرجل الواحد يحمل على جمع عظيم من المشركين فانه يعلم انه يصيب بعضهم او ينكي نكاية فلا بأس بذلك وان كان يعلم انه لا ينكي فلا ينبغي
ان يفعل ذلك لقوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والاصل ما روي فيه ان النبي عليه السلام راى يوم احد كتيبة من اليهود فقال من لهذه الكتيبة
فقال انا وهب اما لها فقال انت لها واستبشر بالشهادة فحمل عليهم حتى فرقهم ثم راى كتيبة اخرى فقال من لهذه الكتيبة فقال وهب انا لها فقال انت
لها وابشر بالشهادة فحمل عليهم حتى فرقهم وقيل هو فتل فذلك دليل على انه اذا كان يثبت فعله فيهم فلا بأس بان يحمل عليهم واذا كان المسلمون في سفينة
فالقى العدو النار في سفينتهم لم يضيق على احد منهم ان يصبر على النار او يلقي نفسه في البحر اما اذا كان يرجو النجاة في احد الجانبين يتعين عليه في ذلك
لانه مامور بدفع الهلاك عن نفسه بما يقدر عليه وذلك في الميل الى الطريق الذي يرجو النجاة فيه وان كان يرجو النجاة في الجانبين يخير لاختلاف
احوال الناس فمنهم من يصبر على الماء ومنهم من يصبر على النار ومنهم من يكون صبره على الدخان والنار اكثر من صبره على الماء وان كان لا يرجو النجاة في الجانبين
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يتخير وعلى قول محمد ليس له ان يلقي نفسه في الماء لانه لو صبر على النار كان هلاكه بفعل العدو ولو القى نفسه كان
بفعل نفسه فيتعين عليه الصبر لذلك ولانه انما يجوز له ان يلقي نفسه في الماء لدفع الهلاك وذلك عند رجاء النجاة فيه فاذا كان لا يرجو النجاة
لم يكن فعله دفعا للهلاك عن نفسه وهما يقولان طباع الناس تختلف فمنهم من يختار الماء على النار فهو بالالقاء يدفع الم النار عن نفسه
وهما يقولان طباع الناس تختلف فمنهم من يختار فعله انه لا يحتمل الصبر عليه فكان في سعة من ذلك لانه مضطر في ابتلاء بليتين فله ان يختار اهونهما عليه
ثم هو وان القى نفسه فهو نوع بفعل المشركين فحد الجرح الذي لذلك اضطروا عليه اختياره فلا يبقى فعله معتبرا بعد ذلك في اضافة الفعل اليه فلهذا
يخير فيهما

باب في توظيف الخراج

واذا جعل الامام قوما من الكفار اهل ذمة وضع الخراج على رؤوس الرجال وعلى الاراضي بقدر الاحتمال اما خراج الرؤوس فثابت بالكتاب والسنة اما
الكتاب فقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة ما روي ان النبي عليه السلام اخذ الجزية من مجوس هجر واخذ الحلل من نصارى نجران
وكانت جزية وقال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب يعني في اخذ الجزية منهم وقد طعن بعض الملحدين فقالوا كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو
اعظم الجرائم بمال يؤخذ منه ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بمال يؤخذ منه والكلام في هذا يرجع الى الكلام في اثبات الصانع وانه حكيم
واثبات النبوات ثم نقول المقصود ليس هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لان بعقد الذمة يترك القتال اصلا ولا يقبل من لا يقاتل ثم
يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الدين ويعظه ويعظ فربما يسلم الا انه اذا سكن دار الاسلام فما دام مصرا على كفره لا يخلو عن صغار وعقوبة وذلك
بالجزية التي يؤخذ منه ليكون ذلك دليلا على ذل الكافر وعز المؤمن ثم ياخذ المسلمون الجزية منه خلفا عن النصرة التي فاتت باصراره على الكفر لان
من هو من اهل دار الاسلام فعليه القيام بنصرة الدار وابدانهم لا تصلح لهذه النصرة لانهم يميلون الى اهل الدار المعادية فيسوسون علينا امر الحرب
فيؤخذ المال منهم ليصرف الى الغزاة الذين يقومون بنصرة الدار ولهذا يختلف باختلاف حاله في الغنى والفقر فانه معتبر باصل النصرة والفقير
لو كان مسلما كان نصرة الدار راجلا ووسط الحال كان ينصر الدار راكبا والفائق في الغنى يركب ويركب غلاما فاذا كان خلفا عن النصرة يتفاوت
بتفاوت الحال ايضا والاصل في معرفة المقدار حديث عمر رضي الله عنه فانه وضع الجزية على رؤوس الرجال اثني عشر درهما واربعة وعشرين درهما
واربعين ونصب المقادير بالراي لا يكون فعرفنا انه اعتمد السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ به وقلنا المعتمل الذي يكتسب اكثر من حاجته ولا
مال له يؤخذ منه في كل سنة اثني عشر درهما والمعتمل الذي له مال ولكنه لا يستغني له عن العمل يؤخذ منه اربعة وعشرون درهما في كل سنة والفائق في
الغنى وهو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل يؤخذ منه ثمانية واربعون درهما ولا يمكن ان يقدر في المال بتقدير لان ذلك يختلف
باختلاف البلدان فبالعراق من يملك خمسين الفا يعد وسط الحال وفي ديار من يملك عشرة الاف درهم يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا الى راي
الامام والحسن البصري كان يقول انما يؤخذ ثمانية واربعون ممن يركب البغلة الشهباء ويتختم بالذهب وقد قيل انه بدل عن السكنى لانه مع الاصرار
على الكفر لا يكون من اهل دار الاسلام ولا يمكن من السكنى في دار العز الا بمال والفقير يكفيه لمؤنة السكنى في كل شهر درهم ووسط الحال يحتاج الى اكثر
من ذلك فيضعف عليه وكذلك الفائق في الغنى والاصح هو الاول انه خلف عن النصرة كما بينا وعلى قول الشافعي يتقدر الجزية بدينار ولا يختلف بتفاوت

وغناه واستدل بقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا ولكنا نقول ثبوت الحق ليس للمال بل باعتداء علة الاباحة وهو القتال
وبعقد الذمة احرازه نفسه وماله في دارنا لانه بقبول عقد الذمة يصير من اهل دارنا حتى لا يمكن من الرجوع الى دار الحرب بحال وحديث معاذ في مال كان
وقع الصلح عليه دون الجزية الا ترى انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء فاما خراج الاراضي فالاصل فيه حديث عمر رضي الله عنه
فانه وضع على كل ارض تصلح للزرع على الجريب درهما وقفيزا وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم واعتمد فيما صنع
السنة ايضا فان النبي عليه السلام قال منعت العراق قفيزها ودرهمها فذكر من اشراط الساعة منع نفقات الواجب بتفاوت الاراضي لان
اصل الوجوب باعتبار الريع فان الخراج مؤنة الارض النامية فيتفاوت بتفاوت الريع وقد روي انه بعث لذلك عثمان بن حنيف وحذيفة
بن اليمان فلما رجعا اليه قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت فلم يامرهما بالزيادة ومحمد يقول
بظاهر الحديث يستدل ابو يوسف فيقول لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه وان كانت الارض تطيق الزيادة لانهما قالا ولو زدنا
لاطاقت فلم يامرهما بالزيادة ومحمد يقول انه انما وظف باعتبار الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فاذا كانت تطيق الزيادة
تزاد بقدر الطاقة الا ترى انها اذا كانت لا تطيق تلك الوظيفة لقلة ريعها ينقص فكذلك اذا كانت تطيق الزيادة لكثرة ريعها يزداد وقد قرر نا
هذا في شرح الزيادات ثم في خراج الاراضي الرجال والنساء والصبيان سواء لانها مؤنة الارض النامية وهم في حصول النماء لهم سواء فاما خراج
الرؤوس لا يؤخذ من النساء والصبيان لما بينا انه خلف عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر ونصرة القتال لو كانوا مسلمين على الرجال
دون النساء والصبيان ولان في حكم الوجوب بطريق العقوبة كالقتل وانما يقتل الرجال منهم دون النساء والصبيان حين كانوا حربيين
فكذلك حكم الجزية بعد عقد الذمة ولئن كان مؤنة السكنى فالنساء والصبيان في السكنى تبع والجزية على من هو الاصل دون التبع ولكن
الاول اصح فانه لا يؤخذ الجزية من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع انهم في السكنى اصل ولكن لا يلزمه اصل النصرة ببدنه لو كان مسلما
فكذلك لا يؤخذ منه ما هو خلف عن النصرة وعن ابي يوسف ان الاعمى والمقعد اذا كان صاحب مال دائم يؤخذ منه لانه يقاتل برايه
ان كان لا يقاتل بيديه لو كان مسلما وعجزه لنقصان في بدنه ولا نقصان في ماله فيؤخذ منه خلف ما هو خلف عن النصرة والفقير الذي
لا يستطيع ان يعمل لا يؤخذ منه الجزية لان الجزية مال يؤخذ منه ولا مال له والعاجز عن الاداء معذور وشرعا فيما هو اقوى من هذا وهو حق
العباد قال تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ففي الجزية اولى وهذا لان الجزية صلة مالية وليست بدين واجب الا ترى انها
سميت خراجا في الشرع والخراج اسم لما هو صلة قال تعالى فهل نجعل لك خرجا ام تسألهم خرجا فخراج ربك خير والصلة المالية لا تكون الا
بعد المال فان من لا يجد شيئا لا يعان بالمال فكيف يؤخذ منه ولا خراج على رؤوس المماليك لانه خلف عن النصرة والمملوك لا نصرة القتال بنفسه
لو كان مسلما فلا يلزمه ما هو خلف عن النصرة ثم اعتبر هو من الحر الذي لا يجد شيئا لانه ليس من اهل الملك اصلا ثم المملوك في السكنى تبع
لمولاه ولا خراج على الاتباع كالنساء والصبيان ولا صدقة في اموال اهل الذمة من السوائم ومال التجارة في اوطانهم لان الامام في الباب
عمر رضي الله عنه وهو لم يتعرض لاموالهم في ذلك المعنى الا ان يمروا على العاشر وقد بينا ذلك في الزكوة وكان المعنى فيه ان الاخذ من اموال الناس
المسلمين بطريق العبادة المحضة دون المؤنة فان الشرع جعل الزكوة احد اركان الدين والكافر ليس باهل لذلك بخلاف الخراج والعشر لاخذ
من المسلم بطريق مؤنة الارض ولهذا جاز اخذه من الكافر ولكن يؤخذ الكافر ما هو ابعد عن معنى العبادة واقرب الى معنى الصغار وهو الخراج
ومن اسلم من اهل الذمة قبل استكمال السنة او بعدها قبل ان يؤخذ منه خراج راسه سقط ذلك عنه عندنا وقال الشافعي ان اسلم بعد كمال
السنة لم يسقط عنه وان اسلم قبل كمال السنة فله فيه وجهان وحجته في ذلك انه دين استقر وجوبه في ذمته فلا يسقط عنه باسلامه كسائر الديون
وبيان الوصف وهو انه مطالب باداءه محبوس على ذلك المحبوس فيه كسائر الديون او اقوى حتى اذا بعث بالجزية على يد نائبه لا يقبل بخلاف سائر
الديون وهو ان كان لا يوجب ابتداء على المسلم فهذا لا يمنع بقاءه عليه بعد الاسلام كخراج الارض فالمسلم لا يبتدئ بتوظيف الخراج على الارض
ثم يبقى وكذلك الرق لا يبتدئ به المسلم ثم يبقى رقيقا بعد الاسلام وكذلك العقل لا يجب عليه الزكاة ابتداء ثم يبقى اذا استهلك النصاب بعد
الوجوب عليه وهذا لانه مؤنة السكنى فالاسلام لا ينافي استيفاءه كالاجرة وانما لا يجب عليه بعد الاسلام ابتداء لانه صار من اهل دار الاسلام
اصلا وهو بدل حقن الدم بمنزلة المال الواجب بالصلح عن القصاص فالاسلام لا يمنع استيفاءه اذا حصل له الحقن به فيما مضى ولكن لا يجب بعد
الاسلام ابتداء لانه حقن دمه بالاسلام وحجتنا في ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس على مسلم
جزية وفي حديث عمر رضي الله عنه ان ذميا طولب بالجزية واسلم فقيل له انك اسلمت تعوذا فقال ان اسلمت تعوذا ففي الاسلام لمتعوذا فرفع
ذلك الى عمر رضي الله عنه فقال صدق وامر بتخلية سبيله والمعنى فيه ما قررنا ان الوجوب عليه بطريق العقوبة لا بطريق الديون وعقوبات
الكفر تسقط بالاسلام كالقتل والدليل على انه نظير القتل انه يختص بالوجوب عليه من يقتل على كفره حتى لا يوجب على النساء والصبيان وبه فارق

خراج الاراضي ولا استرقاق مع ان الاسترقاق عقوبة من حيث تبديل صفة المالكية بالمملوكية وتقدم ذلك حتى لو سرق فهو عقوبة مستوفاة وورا الخارج
استوفيت قبل الاسلام ثم في حق المسلمين هذا المال خلف عن النصرة كما بينا فاذا اسلم فقد صار من اهل النصرة فيسقط ما هو الخلف لانه لا بقاء
للخلف بعد وجود الاصل ولان اخذ الجزية منهم بطريق الصغار كما قال تعالى وهم صاغرون ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه بل يكلف ان يأتي
به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه ويقول اعط الجزية يا ذمي وبعد الاسلام لا يمكن استيفاؤه بطريق
الصغار لان المسلم موقر لايمانه فاذا تعذر استيفاؤه من الوجه الذي وجب امتنع الاستيفاء لانه لا يجوز ان يستوفى غير الواجب وانما يتحقق
استيفاء الواجب اذا استوفى بالصفة التي وجبت وهذا بخلاف ما اذا استهلك النصاب بعد وجوب الزكاة لان وجوب الزكاة على المسلم
بطريق العبادة وبعد ما افتقر يستوفى بطريق العبادة ايضا حتى لو خرج من ان يكون اهلا للعبادة بان ارتد نقول بانه لا يبقى وقد بينا ان
الجزية ليست بدين فاما هو بدل عن الحقن في المستقبل لا فيما مضى وقد استفاد الحقن بالاسلام فلا معنى لاخذ الجزية منه بعد ذلك وعلى هذا الخلاف
لو مات بعد مضي السنة عندنا لا يستوفى الجزية من تركته وعنده يستوفى اعتبارا بسائر الديون وطريقنا ما قررنا في المسألة الاولى
لان هذه صلة والصلات لا تتم الا بالقبض وتبطل بالموت قبل التسليم كالنفقات ودليل انها صلة ما بينا انها ليست ببدل عن السكنى لانه
بعقد الذمة صار من اهل دارنا فانما يسكن دار نفسه ولا يسكن ملك نفسه حقيقة وقولنا دار الاسلام نسبة الولاية فلا يستحق باعتبارها الاجر
ولا هو بدل عن حقن الدم لان الآدمي في الاصل محقون الدم وانما الاباحة تعارض القتال فاذا زال ذلك بعقد الذمة عاد الحقن الاصلي ولان
الكافر مستحق لحق الله تعالى فلا يجوز اسقاطه فاذا ثبت انه ليس بعوض عن شيء عرفنا انه صلة وفي الصلات المعتبر الفعل دون
المال والافعال لا يمكن استيفاؤها من التركة فاما بقي بعد الموت ما يمكن استيفاؤه الا ترى انه لو استأجر خياطا ليخيط ثوبه بيده فمات
الخياط بطل العقد لان المستحق الفعل ولا يمكن استيفاؤه من التركة وان لم يمت ومرت عليه سنون قبل ان يؤخذ خراج راسه لم يؤخذ لذلك
في قول ابي حنيفة الا باعتبار السنة التي هو فيها ويؤخذ في قول ابي يوسف ومحمد لجميع ما مضى اذا لم يكن ترك ذلك لعذر ويلقب هذه
المسألة بالمواخذة وهما يقولان لان المواخذة في خراج الراس كالمواخذة في خراج الارض ثم يستوفى جميع ذلك وان طالت المدة فكذلك
هنا وهذا لانه ما بقي حيا مصرا على كفره فاستيفاؤه من الوجه الذي وجب ممكن بخلاف ما بعد اسلامه وموته ولابي حنيفة حرفان احدهما
ان الوجوب عليه بطريق العقوبة والعقوبات التي تجب لحق الله تعالى اذا اجتمعت تداخلت كالحدود وفي حقنا خلف عن النصرة وهذا
المعنى يتم باستيفاء جزية واحدة منه فلا حاجة الى استيفاء ما مضى ولان المقصود ليس هو المال بل المقصود استذلال الكافر واستصغاره
ولان اصراره على الشرك في دار التوحيد جناية فلا ينفك عن صغار يجري عليه وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة فلو اخذنا بالمواخذة
لم يكن ذلك الا المقصود المال وقد بينا ان المال غير مقصود ولهذا لا يبقى بعد موته واسلامه ثم اوان اخذ خراج الراس منه آخر السنة قبل
تحول وقد روي عن ابي يوسف انه يؤخذ منه في كل شهر بقسط ذلك وعن محمد انه يؤخذ منه في اول السنة ليكون اشد عليه واقرب الى تحصيل المنفعة
للمسلمين والاصح هو الاول لان المعتبر الحول كما في زكاة المال في حق المسلمين وخراج الاراضي ولا يؤخذ منه خراج الاراضي في السنة الا مرة واحدة
وان استغلها صاحبها مرات لحديث عمر رضي الله عنه فانه ما اخذ الخراج من اهل الذمة في السنة الا مرة واحدة ولان ريع عامة الاراضي
في السنة يكون مرة واحدة وانما يبنى الحكم على العام الغالب فالارض يكون فيها النهر الكبير يوضع عليها من الخراج بقدر الطاقة لان عمر رضي الله عنه
فيما وصف اعتبر الطاقة فعرفنا ان ذلك هو الاصل فاذا عطل ارضه لم يسقط عنه خراجها لانه هو الذي ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد
بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فيرد عليه قصده بخلاف العشر لان الواجب هناك جزء من الخارج والايجاب بدون المحل لا يتحقق وهنا الواجب
مال في ذمته باعتبار تمكنه من الانتفاع بالارض فلم يسقط بذلك بتعطيله الارض وان زرعها فاصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج لانه
مصاب فيستحق المعونة وان اخذناه بالخراج كان فيه استئصاله وما جاء من سيرة الأكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الارض آفة يردون على
الدهاقين من خزائنهم ما انفقوا في الاراضي ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الزرع فان لم يرد عليه شيئا فلا اقل من ان
لا يأخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة
يصير الاجر دينا في ذمته فاما الخراج صلة واجبة باعتبار ريع الاراضي فلا يمكن ايجابها بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال
الارض بخلاف ما اذا عطلها وان اسلم الذمي وعلى ارضه كان عليه خراجها كما كان عندنا وقال مالك يسقط ذلك وكذلك اذا باعها من مسلم
واعتبر خراج الارض بخراج الراس كما لا يجب على المسلم بعد اسلامه خراج الراس فكذلك خراج الارض ولكنا نقول الخراج مؤنة الارض النامية
كالعشر والمسلم من اهل التزام المؤنة وهذا لانه بعد الاسلام لا تخلو ارضه عن مؤنة فابقاء ما تقرر واجبا اولى الا انا ان اسقطنا ذلك احتجنا
الى ايجاب العشر بخلاف خراج الراس فانا لو اسقطناه عنه بعد اسلامه لا نحتاج الى ايجاب مؤنة اخرى عليه ولا يكره للمسلم اداء خراج الارض لما

عن ابن مسعود والحسن بن علي رضي الله عنه وشريح انه كانت لهم ارض يؤدون خراجها فبهذا تبين ان خراج الارض لا يعد من الصغار وانما الصغار خراج
الاعناق بخلاف ما يقوله المتقشفة ويستدلون بما روي ان النبي عليه السلام رأى شيئا من الآلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا
ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد ذكر عليهم عدوهم
فجعلوهم اذلة ولو ان تغلبيا اشترى ارضا من ارض الخراج فعليه الخراج كما كان لانه انما يضعف عليه ما يبتدئ المسلم بالايجاب عليه هكذا جرى
الصلح بيننا وبينهم ولا يبتدئ المسلم بتوظيف الخراج على ارضه الا ترى ان اهل بلدة لو اسلموا طوعا يجعل على اراضيهم العشر دون الخراج فلهذا
لا يضعف الخراج على التغلبي وان اشترى ارضا من ارض العشر ضوعف عليهم العشر لان العشر يبتدئ به المسلم فيضعف على التغلبي كالزكاة والرجل
والمرأة والصبي منهم في ذلك سواء وقد بينا تمام هذه الفصول في كتاب الزكاة وذكرنا قول محمد ان التضعيف عليهم في الاراضي التي وقع الصلح
عليها فاما فيما اشتراها من مسلم لا يتغير الوظيفة بتغير المالك كما لا يتغير وظيفة الخراج اذا اشترى مسلم ارضا خراجية وكما لا يتغير وظيفة
العشر اذا اشتراها مكاتب او صبي قال أرأيت لو ان ارضا بمكة في الحرم اشتراها ذمي او تغلبي كان يصير خراجيا او يتحول عن العشر الذي عليها قبل
ذلك واذا دخل الحربي دار الاسلام مستأمنا فتزوج امرأة ذمية لم يصر ذميا لان الرجل ليس بتابع لامرأته في السكنى فهو بالنكاح لم يصر
راضيا بالمقام في دارنا على التأبيد وانما المستأمن من يأتينا للتجارة والتاجر قد يتزوج في موضع لا يقصد التوطن فيه فلهذا لا يصير ذميا فان
طال المقام واوطن بحيث يوضع عليه الجزية وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيأمره بالخروج الى دار الحرب على سبيل الانذار والاعذار وفي التقدم
اليه ان يقول ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج الى ذلك الوقت تركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك
وجعله ذميا لان مقامه بعد التقدم اليه حتى مضت المدة رضى منه بالمقام في دارنا على التأبيد وان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام
في دارنا بعد ذلك حولا لا يمكنه من الخروج لان الابلاء العذر والحول لذلك حسن كما في اجل العنين ونحوه فان اشترى ارض خراج فزرعها يوضع عليه
خراج الارض والرأس اما خراج الارض فلانه مؤنة الارض النامية وبعد تقرر ذلك في حصته حين استغل الارض ثم بالتزام خراج الارض صار راضيا
بالتزام احكام دار الاسلام فيكون بمنزلة الذمي لان الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والالتزام تارة يكون نصا وتارة
يكون دلالة والحربية المستأمنة اذا تزوجت مسلما او ذميا فقد توطنت وصارت ذمية لان المرأة في السكنى تابعة للزوج الا ترى انها لا تملك
الخروج الا باذنه فجعلها نفسها تابعة لمن هو من دارنا رضى بالتوطن في دارنا على التأبيد ورضاها بذلك دلالة كالرضى بطريق الافصاح
فلهذا صارت ذمية

باب صلح الملوك والموادعة

ملك من ملوك اهل الحرب له ارض واسعة فيها قوم من اهل مملكته هم عبيد له يبيع منهم ما شاء صالح المسلمين فصار ذمة لهم وان اهل مملكته
هم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في حكم الاحراز ولو اسلم كانوا عبيدا له لقوله عليه السلام من اسلم على مال
فهو له فكذلك اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد استقرت يده وازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظهر عليهم عدو
غيرهم ثم استنقذهم المسلمون من ايدي اولئك فانهم يردون على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة بمنزلة سائر اموال اهل
الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وعلى هذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلم اهل
ارضه دونه فهم عبيد له كما كانوا لانه كان محرزا لهم بعقد الذمة فيتبين ذلك في حقهم باسلامهم واسلام مملوك ذمي لا يبطل ملكه عنه وان كان طلب
الذمي على ان يترك يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وصلب او غيره مما لا يصلح في دار الاسلام لم يجب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع امكان
المنع منه حرام ولان الذمي من يلتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرطه خلاف موجب العقد باطل كما لو اسلم بشرط ان يرتكب شيئا
من الفواحش كان الشرط باطلا والاصل فيه ما روي ان وفد ثقيف جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نؤمن بشرط ان لا نحني اي
لا ننحني للركوع والسجود فانا نكره ان تعلونا استاهنا فقال عليه السلام لا خير في دين لا صلوة فيه ولا خير في صلوة لا ركوع فيها ولا سجود فان
اعطي الصلح والذمة على هذا ابطل من شروطه ما لا يصلح في الاسلام لقوله عليه السلام كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل فان رضي بما يوافق
حكم الاسلام والا ابلغ مأمنه هو واصحابه لان عقد الذمة ينبني على التراضي وما تم رضاه بدون هذا الشرط وقد تعذر الوفاء بهذا الشرط فاذا ابى
ان يرضى بدون هذا الشرط يبلغ مأمنه كغيره من المستأمنين فان لم يرض العقد رد واجب قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف ما لو اسلم
بشرط ان لا يصلي فان الاسلام صحيح بدون تمام الرضى كما لو اسلم مكرها ولا يترك بعد صحة اسلامه ليرجع الى الكفر فان صار ذمة ثم وقعت منه على ان
عين المشركين عورة المسلمين ويؤوي عيونهم لم يكن هذا منه نقضا للعهد ولكن يعاقب على هذا ويحبس وقال مالك هو ناقض للعهد بما صنع فيقتل
وكذلك ان كان يدل الاعداء على رجال من المسلمين فيقتله او يفعل ذلك اهل ارضه لم يكن هذا نقضا للعهد عندنا وقال مالك هو نقض لانه خلاف موجب

الصغير فان الذمي منقاد لحكم الاسلام في المعاملات ويكون مقهورا في دار الاسلام تحت يد المسلمين ومباشرتهم ما كان مخالف موجب العقد يكون نقضا
للعهد ولكنا نقول لو فعل هذا مسلم لم يكن به ناقضا لامانه فكذلك اذا فعله ذمي لا يكون لامانه والاصل فيه حديث حاطب بن ابي بلتعة وفيه نزل
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم اولياء وقصته معروفة في المغازي وقد سماه الله تعالى مؤمنا مع ذلك وحديث ابي لبابة
بن عبد المنذر وفيه نزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وقصته مما اخبر به بني قريظة معروفة وقد سماه الله تعالى مؤمنا فعرفنا
ان مثل هذا لا يكون نقضا للامان ولا للذمة ولكن من ثبت عليه القتل بالبينة يقتص منه وان لم يعرف القاتل ووجد قتيل في قرية من قراهم
ففيه القسامة والدية كما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم في القتيل الموجود بخيبر فيحلف الملك خمسين يمينا بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا
ثم يغرموا الدية ولا يحلف بقية اهل مملكته لانهم عبيده والعبيد لا يزاحمون الاحرار في القسامة والدية وان كانوا احرارا فعليهم القسامة
والدية معه لانهم ساووه في الحرية والسكنى في القرية فيشاركونه في القسامة والدية واذا طلب قوم من اهل الحرب الموادعة سنين
بغير شيء نظر الامام في ذلك فان راه خيرا للمسلمين لشدة شوكتهم او لغير ذلك فعله لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولان رسول الله صلى
الله عليه وسلم صالح اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين فكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطاة كانت بين اهل مكة واهل
خيبر وهي معروفة وهذا لان الامام نصب ناظرا ومن النظر حفظ قوة المسلمين اولا وربما يكون ذلك في الموادعة اذا كانت للمشركين شوكة واحتاج
الى ان يبعث في دار الحرب ليتوصل الى قوم هم ناس يريد فلا يجد بدا من ان يوادع من على طريقه وان لم يكن الموادعة خيرا للمسلمين فلا ينبغي له ان
يوادعهم لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو الفرض من غير عذر لا يجوز فان راى
الموادعة خيرا فوادعهم ثم نظر فوجد موادعتهم شرا للمسلمين نبذ اليهم الموادعة وقاتلهم لانه ظهر في الانتهاء ما لك من استدامة الموادعة ومثل
لان نقض الموادعة بالنبذ جائز قال عليه السلام يعقد عليهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم ولكن ينبغي ان ينبذ اليهم على سواء قال تعالى واما
تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك
ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر فان حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على ان يؤدي اليهم المسلمون شيئا
معلوما كل سنة فلا ينبغي للامام ان يجيبهم الى ذلك لما فيه من الدنية والذلة بالمسلمين الا عند الضرورة وهو ان يخاف المسلمون الهلاك على
انفسهم ويرى الامام ان هذا الصلح خير لهم فحينئذ لا باس بان يفعله لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون كما
قال الله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه
على ان يعطيه ثمار المدينة كل سنة ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا الصلح بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا
الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رايا رايته فقد كانوا لهم في
الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشرى او قرى فاذ اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية
لا نعطيهم الا السيف قال عليه السلام اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فاذا ابيتم ذلك فانتم
واولئك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين راى
القوة فيهم بما قاله السعدان امتنع من ذلك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل
على انه لا باس بذلك عند خوف الضرر وهذا لانهم ان ظهروا على المسلمين اخذوا جميع الاموال وسبوا الذراري فدفع بعض المال ليسلم
المسلمون في دارهم وسائر اموالهم اهون وانفع وان اراد قوم من اهل الحرب من المسلمين الموادعة سنين معلومة على ان يؤدي اهل الحرب
الخراج اليهم كل سنة شيئا معلوما على ان لا يجري احكام المسلمين عليهم في بلادهم لم يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة
لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وقد بينا ان ترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين فاذا راى
الامام منفعة في ذلك صالحهم فان كان قبل ان يحيط الجيش ببلادهم فما ياخذ منهم يكون غنيمة يخمسها ويقسم ما بقي بينهم لانه يوصل اليها بقوة
الجيش فهو كما لو ظهر عليهم بالفتح فان لم ينزل مع الجيش بساحتهم ولكنهم ارسلوا الى الامام ووادعوه على هذا فما ياخذ منهم بمنزلة الجزية لا يخمس فيها
بل يصرف مصارف الجزية وان وقع الصلح على ان يؤدوا اليهم كل سنة مائة راس فان كانت هذه المائة الراس يؤدونها من انفسهم واولادهم
لم يصح هذا لان الصلح وقع على جماعتهم فكانوا جميعا مستامنين واسترقاق المستامن لا يجوز الا ترى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح
لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تاكدت بها وان صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة
وقالوا امنونا على ان هؤلاء لكم وصالحكم ثلث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة راس من رقيقنا فهذا جائز لان المعينين في السنة
الاولى لم يتناولهم الموادعة وباعتبارهم ثبت الامان فانا جعلوهم مستثنين من الموادعة يجعلهم اياهم عوضا للمسلمين فصاروا مماليك المسلمين

بالموادعة

بالموادعة ثم شرطوا في السنين المستقبلة مائة راس من رقيقهم في كل سنة ورقيقهم قابل للتمليك والتملك بالبيع فكذلك بالموادعة وهذا لان الموادعة
ليست بمال في نفسها واشتراط الحيوان دينا في الذمة عما ليس بمال صحيح اذا كان معلوم الجنس كما في النكاح والخلع فان وقع الصلح على هذا ثم سرق
منهم شيئا لم يصح شراؤه منه لانهم استفادوا الامان في انفسهم واموالهم ومال المستامن لا يملك بالسرقة فاذا لم يملكه السارق لم يجز شراؤه
منه لان ما صنعه غدر يؤدبه الامام على ذلك اذا علمه منه وفي الشراء منه اغراء له على هذا الغدر وتقرير لذلك لا يحل فان اغار عليهم قوم
من اهل الحرب جاز ان يشتري منهم ما اخذوا من اموالهم ورقيقهم لانهم ملكوها عليهم بالاحراز ولو ملكوا ذلك من اموال المسلمين جاز شراؤه
منهم فمن اموال اهل الحرب اولى ثم لا يرد عليهم شيء من ذلك مجانا ولا بالثمن لانهم بالموادعة خرجوا من ان يكونوا اهل حرب حين لم ينقادوا لحكم
الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ودفع الظلم عنهم بخلاف المسلمين واهل الذمة ولا يمنع التجار من حمل التجارات اليهم الا الكراع والسلاح
والحديد لانهم اهل حرب وان كانوا موادعين الا ترى انهم بعد مضي المدة يعودون حربا للمسلمين ولا يمنع التجار من دخول دار الحرب بالتجارات ما خلا
الكراع والسلاح فانهم يتقوون بذلك على قتال المسلمين فيمنعون من حملها اليهم وكذلك الحديد فهو اصل السلاح قال تعالى وانزلنا الحديد
فيه باس شديد ومن دخل منهم دار الاسلام بغير امان من جند سوى الموادعة لم يتعرض له لانه امن بتلك الموادعة الا ترى انه لا يحل للمسلمين ان
يتعرضوا له في داره فكذلك اذا دخل دار الاسلام وقد دخل ابو سفيان المدينة في زمن الهدنة ولم يتعرض له احد بشيء وكذلك لو دخل رجل
منهم دار حرب اخرى وظهر المسلمون عليهم لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين حيث كان بمنزلة ذمي دخل دار الحرب ثم ظهر المسلمون على تلك الدار
واذا اشترى الحربي المستامن في دار الاسلام عبدا مسلما او ذميا او اسلم بعض عبيده الذين دخل بهم لم يترك ليرده الى دار الحرب لانه مسلم فلا يترك
في ملك الكافر يستذله ولكن يجبر على بيعه من المسلمين بمنزلة الذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستامن
غير ملتزم لذلك قلنا المستامن ملتزم ان لا يستخف بالمسلمين فانما اعطيناه الامان لهذا المسلم اذ لا يجوز اعطاء الامان على هذا ولهذا يجبر
على بيعه وان رجع المستامن الى دار الحرب وقد داينه في دار الاسلام واودع ودين ثم اسر وظهر على تلك الدار وقيل فقول اما مدبروه وامهات اولاده
فهم احرار ان قتل فغير مشكل وكذلك اذا استرق لانه صار مملوكا والرق اتلاف له حكما ولانهم خرجوا من ملكه بوجود المنافي ولا يصيرون في
ملك غيره لان المدبر وام الولد لا يحتمل ذلك فلهذا كانوا احرارا واما الدين فهو يسقط عمن عليه لخروجه من ان يكون اهلا للملك ولان الدين
لا يرد عليه القهر ليصير مملوكا للسابي اذ هو في ذمة من عليه ويده الى ما في ذمته اسبق من يد غيره فصار محرزا له والودائع في ذلك لا تدخل تحت القهر
ويد المودع كيد المودع ولو كانت في يده حين سبي كان ذلك فيئا فكذلك اذا كان في يد مودعه وعن ابي يوسف انها مملوكة للمودعين لان ايديهم
اسبق اليها حين سقط عنها يد الحربي بالاسر فصاروا محرزين لها دون الغانمين وهذا لان بقاء حكم الامان له في هذه الاموال لم يبق بعد المنافي
وقد تقرر ذلك حين اسر وظهر المسلمون على الدار وان دخل معه بعبده المسلم الذي اشتراه او اسلم في يده في دار الحرب عتق في قول ابي حنيفة
ولم يعتق في قول ابي يوسف ومحمد حتى يظهر المسلمون على الدار ويخرج مراغما لمولاه لانه كان مقهورا له في دارنا حكما بعقد الامان وفي دار
الحرب يقهره فيبقى مملوكا له حتى يصير العبد قاهرا له وذلك بخروجه مراغما او ظهور المسلمين عليه الا ترى انه لو كان في دار الحرب حين اسلم عبده
لم يعتق الا باحد هذين الوجهين فكذلك اذا ادخله دار الحرب وقد بينا طريق ابي حنيفة في هذه المسالة في كتاب العتاق وفيه طريق اخر ذكره
هنا وهو انه حين انتهى الى حد جزء من اجزاء دار الاسلام فقد ارتفع حكم الامان الذي بيننا وبينه وبقاء ملكه بعد اسلام العبد كان
بحكم الامان فاذا ارتفع ذلك الملك وحصل العبد في يد نفسه فعتق وهي يد محترمة له فيكون دافعة لقهره وان ادخله دار الحرب فلا
يثبت له باعتبار هذا القهر الملك في دار الحرب فان قيل بارتفاع الامان صفة الحظر لا اصل الملك كمن اباح لغيره شيئا لا يزول اصل ملكه به فملكه
المباح في دار الحرب انما كان ملكه بعد اسلام العبد من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا انما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار
الاسلام لا باعتبار صفة الحظر فانه لو لم يكن مستامنا لكان العبد المسلم قاهرا له في دار الاسلام وكان حرا فاذا زال الحظر وزال الامان زال اصل
الملك قال الا ترى في دار الحرب لو قتل مولاه واخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له وهذه اشارة الى ما بينا انه ظهرت يده في
نفسه وهي يد محترمة وكذلك لو كان هذا العبد الذي اشتراه او ادخله ذميا لان للذمي يدا محترمة في نفسه كالمسلم لو اسلم عبد الحربي في دار الحرب
ثم ظهر المسلمون على الدار فالعبد حر لاحراز نفسه بمنعة المسلمين وان اسلم مولاه قبل ان يظهر المسلمون عليه فهو عبد على حاله لان اسلام العبد لم
يزل ملكه عنه ومن اسلم على مال فهو له ولو كان حين اسلم عبده باعه من مسلم او ذمي او حربي فهو حر في قول ابي حنيفة لان العبد المسلم يزيل الملك
الحربي عنه بزواله الى العتق كما لو خرج مراغما وكان ابو بكر الرازي يقول بمجرد البيع عند ابي حنيفة لا يعتقه ما لم يخرجه من يده بالتسليم فاذا اخرج
ثم زال قهره عنه فحينئذ يعتق ولا يثبت قهر المشتري عليه لانه مسلم في يد نفسه ويده دافعة للقهر عنه سواء كان من مسلم او ذمي او حربي وعلى قول
ابي يوسف ومحمد لا يعتق لان ملك المشتري وبيع كلما للبايع ويده ومثل البيع كان مملوكا للبايع وباعتبار ربح فكذلك البيع وقد بينا هذه المسالة

مع اخواتها في كتاب العتاق واذا مات المستامن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله حتى يقدم ورثته لانه وان كان في دارنا صورة فهو في الحكم كانه في دار الحرب لحقه ووارثه في دار الحرب في املاكه وحمولته في دارنا لا تبطل حكم الامان الذي كان ثبت ماله بل ذلك باق في ماله موقوف لحقه حتى يقدم ورثته فاذا قدموا فلا بد من ان يقيموا البينة لياخذوا المال لانهم بمجرد الدعوى لا يستحقون شيئا فان اقاموا بينة من اهل الذمة ففي القياس لا تقبل هذه البينة لان المال في يد امام المسلمين وحاجتهم الى استحقاق اليد على المسلمين وشهادة اهل الذمة لا يكون حجة في الاستحقاق على المسلمين وفي الاستحسان تقبل شهادتهم ويدفع المال اليهم اذا شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيرهم لانهم يستحقون المال على المستامن فان المال موقوف لحقه وشهادة اهل الذمة حجة على المستامن ولانهم لا يجدون شهودا مسلمين على وراثتهم عادة فان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فهو بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويوخذ منهم كفيل بما ادرك في المال من درك قيل هو قولهما دون قول ابي حنيفة كما في بين المسلمين وقيل بل هذا قولهم جميعا لان المال يدفع اليهم بحجة ضعيفة فلا يدفع الا بعد الاحتياط بكفيل ولا تقبل كتاب ملكهم في ذلك لان ملكهم كافر الا ان له لو شهد لم تقبل شهادته فكيف تقبل كتابه وان شهد على كتابه وختمه قوم من المسلمين فكذلك الجواب لانه في حق المسلمين كواحد من العوام او دونه فكتابه وختمه لا يكون حجة واذا اراد الحربي المستامن ان يرجع الى دار الحرب لم يترك ان يخرج معه كراعا او سلاحا او حديدا او رقيقا اشتراهم في دار الاسلام مسلمين او كفارا كما لا يترك تجار المسلمين ليحملوا اليهم هذه الاشياء وهذا لانهم يتقوون بها على المسلمين ولا يجوز اعطاء الامان له ليكتسب به ما يكون قوة لاهل الحرب على قتال المسلمين وفي العبيد لا اشكال لانهم مسلمون واهل الذمة فلا يترك ان يدخل بهم ليعودوا حربا للمسلمين ولا يمنع ان يرجع بما جا به من هذه الاشيا لانه كان معه في دار الحرب فباعادته لا يزداد قوة لم يكن ذلك لهم بخلاف ما اشتراه في دار الاسلام ولانا امناه على ما في يده من المال فلا يمنع من الرجوع للوفا بذلك الامان فكذلك لا يمنع من ان يكون بما جاء به فان كان جاء بسيف فباعه واشترى مكانه قوسا او رمحا او ترسا لم يترك ان يخرج به مكان سيفه لان معنى القوة يختلف باختلاف الاسلحة فانما قصد بما صنع ان يزداد قوة علينا ولا قد يكره نوع من انواع الاسلحة ويعرف نوعا اخر فمقصود تحصيل ذلك لهم بهذا الطريق وكذلك ان استبدل بسيفه سيفا اخر خيرا منه لان تلك الزيادة يزداد دون قوة ولم يكن استحق ذلك حين امناه فيمنع من تحصيل الزيادة ولا يمكن منعه من ذلك الا بان يمنع من ادخال هذا السيف باصله وان كان هذا السيف مثل الاول او شرا منه لم يمنع ان يدخل به لانه بمنزلة الاول اذ ليس فيه زيادة القوة لهم وحبس المنفعة فكان له اعادة الاول الى دار الحرب لم يمنع منه فكذلك اذا اعاد مثله وله ان يخرج بما شاء من الامتعة سوى ما ذكرنا كما للتاجر المسلم ان يحمل اليهم سائر الامتعة للتجارة وللشافعي قول انه يمنع من ذلك ايضا لانهم يزدادون قوة بما يحمل اليهم طعاما كان او ثيابا او سلاحا ولكنا نستدل بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدى الى ابي سفيان تمر عجوة حين كان بمكة حربيا واستهداه ادما وبعث خمسمائة دينار الى اهل مكة حين قحطوا لتفرق بين المحتاجين منهم ولان بعض ما يحتاج اليه المسلمون من الادوية وغيرها يحمل من دار الحرب فاذا منعنا تجار المسلمين من ان يحملوا اليهم ما سوى السلاح فهم يمنعون ذلك ايضا وفيه من الضرر ما لا يخفى واذا بعث الحربي عبدا له تاجرا الى دار الاسلام بامان فاسلم العبد هنا بيع وكان ثمنه للحربي لان الامان ثبت له في ماليه العبد حين خرج العبد بامان منقادا له ولو كان المولى جاء معه فاسلم اجبر على بيعه وكان ثمنه له فكذلك اذا لم يكن المولى معه قلنا يباع لازالة ذل الكافر عن المسلم ويكون ثمنه للحربي للامان له في هذه المالية واذا وجد الحربي في دار الاسلام فقال انا رسول فان اخرج كتابا يعرف انه كتاب ملكهم كان امنا حتى يبلغ رسالته ويرجع لان الرسل لم تزل امنة في الجاهلية والاسلام وهذا لان امر القتال والصلح لا يتم الا بالرسل فلا بد من امان الرسل ليتوصل الى ما هو المقصود ولما تكلم رسول بين يدي النبي عليه السلام بما كرهه قال لولا انك رسول لقتلتك وفي هذا دليل ان الرسول امن ثم لا يتمكن من اقامة البينة على انه رسول فلو كلفناه ذلك لتادى الى الضيق والحرج وذلك مدفوع فلهذا يكتفى بالعلامة والعلامة ان يكون معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم فاذا اخرج ذلك فالظاهر انه صادق والبناء على الظاهر واجب فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته وان لم يخرج كتابا او اخرج ولم يعلم انه كتاب الملك فهو وما معه فيء لان الكتاب قد يفتعل فاذا لم يعلم انه كتاب ملكهم بختم وتوقيع معروف فالظاهر انه افتعل ذلك وانه لص مغير في دارنا يتجسس اخبارنا احتال بذلك ليتخلص من ايدينا فلهذا كان فيئا مع ما معه وان ادعى انه دخل بامان لم يصدق وهو فيء لان حق المسلمين قد ثبت فيه حين تمكنوا منه من غير امان ظاهر له فلا يصدق هو في ابطال حقهم واذا خرج قوم من اهل الحرب مستامنين لم يعرض لهم فيما كان جرى بينهم في دار الحرب من المداينات لانهم ما دخلوا بامان صاروا من اهل دارنا وقد كانت هذه المعاملة بينهم حين لم يكونوا تحت يد الامام ولا يسمع الامام الخصومة في شيء من ذلك الا ان يلتزموا حكم الاسلام وذلك يكون بعقد الذمة وان كان ذلك جرى بينهم في دار الاسلام اخذوا به لانهم كانوا تحت يد الامام حين جرت هذه المعاملة بينهم وما امناهم ليظلم بعضهم بعضا بل امناهم ان يمنع الظلم عنهم فلهذا يسمع الخصومة في المعاملة التي تجري بينهم في دارنا كما جرت بينهم وبين المسلمين

ولو ان

ولو ان حربيا دخل دار الاسلام بغير امان فاخذه واحد من المسلمين فهو لجماعة المسلمين في قول ابي حنيفة وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر المذهب عند ابي يوسف وهو قول محمد انه لمن اخذه خاصة وحجتهما في ذلك ان يد الاخذ سبقت اليه وهو مباح في دارنا فمن سبقت يده كان محرزا له فاختص بملكه كالصيد والحطب والركاز الذي يوجد في دار الاسلام وهذا لانه وان دخل دارنا فلم يصر ماخوذا مقهورا لعدم علم المسلمين به الا ترى انه لو عاد الى دار الحرب قبل ان يعلم به كان حرا فانما صار مقهورا بالاخذ فكان للاخذ خاصة كما لو اخذه في دار الحرب واخرجه ولابي حنيفة طريقان احدهما ان من في دار الاسلام تحت يد امام المسلمين ومنعة جماعة المسلمين فهذا كما لو دخل دار الاسلام صار في يد المسلمين حكما فصار ماخوذا وثبت فيه حق جماعة فمن اخذه بعد ذلك فانما استولى على ما ثبت فيه حق المسلمين فلا يختص به كما لو استولى على مال بيت المال ولكن هذه اليد حكمية فيظهر في حق المسلمين ولا يظهر في حق اهل الحرب فلهذا اذا عاد الى دار الحرب قبل ان يعلموا به كان حرا حربيا على حاله ولان الحق الثابت فيه ضعيف فهو بمنزلة حق الغانمين في دار الحرب وهناك من عاد من الاسرى الى منعة اهل الحرب قبل الاحراز يكون حرا فههنا من عاد قبل ان يعلم به يكون حرا ولكن لا يختص به الاخذ لثبوت الحق للجماعة فيه والثاني ان الاخذ انما تمكن بقوة المسلمين لانه رما في مثله يدفعه عن نفسه فانما صار قاهرا له بقوة المسلمين فلهذا لا يختص به وهو نظير السرية مع الجيش في دار الحرب فان السرية لا تختص بما اخذت لان تمكنهم بقوة الجيش فهذا مثله والمسلمون بمنزلة المدد اللاحق وتاكد الحق بالاخذ والاحراز وقد شاركوه في الاحراز وان اختص هو بالاخذ وقد بينا ان المدد يشاركون الجيش الا ان الاحراز هناك بعد الاخذ وهنا الاحراز سبق الاخذ فاذا شاركوه بالمشاركة في الاحراز بعد الاخذ فلان يشاركوه بالاحراز منهم قبل اخذه اولى وبه فارق الصيد والحطب لان تمكنه من هذه الاشيا لم يكن بقوة المسلمين اولا في المال ولكن الطريق الاول اصح فان على قول ابي حنيفة اذا اسلم قبل ان يوخذ فهو رقيق للمسلمين ومن اسلم قبل الاخذ نحو سببه تاكد باسلامه كما لو اسلم في دار الحرب فلولا انه صار ماخوذا بالدار لكان حرا اذا اسلم قبل ان يوخذ وعند ابي يوسف ومحمد اذا اسلم قبل ان يوخذ فهو حر لا سبيل عليه لان سبب الرق فيه الاخذ والمسلم لا يسترق فكان حرا ولو اسلم ثم رجع الى دار الحرب قبل ان يوخذ فهو حربي بالاتفاق كما لو رجع قبل ان يسلم ثم في وجوب الخمس فيه اذا اخذ روايتان عن ابي حنيفة في احدى الروايتين قال الماخوذ بمنعة الدار كالماخوذ بمنعة الجيش فيكون غنيمة يخمس وفي الرواية الاخرى قال الخمس فيما اوجف عليه المسلمون ولم يوجد ذلك هنا فهو بمنزلة الجزية والخراج لا خمس فيها لان الحق فيه لجماعة المسلمين يصرف الى ما ينوبهم فلا تاثير في ايجاب الخمس فيه في احدى الروايتين جعله كالحطب والصيد فلا خمس فيه لانه مما اصيب بطريق فيه اعزاز الدين وفي الرواية الاخرى قال فيه الخمس بمنزلة الركاز وهذا لان الواحد انما اخذه بقوة المسلمين وباذن الامام له في ذلك لان الامام اذن في مثله لكل مسلم ولو اخذه من دار الحرب بهذا الطريق اختص به وكان فيه الخمس فكذلك اذا اخذه في دار الاسلام وان دخل الحرم قبل ان يوجد فعلى قول ابي حنيفة يوخذ ويكون فيئا للمسلمين لان حقهم ثبت فيه قبل ان يدخل الحرم فهو كعبد من عبيد بيت المال دخل الحرم وهذا لانه قبل ان يدخل الحرم كان يجوز قتله واسترقاقه فبدخول الحرم استفاد الامن من القتل فيبقى حكم الرق فيه للمسلمين كما لو اسلم فاما عندهما لا يتعرض له في الحرم لانه لم يصر ماخوذا عندهما فهو حربي مباح الدم التجا الى الحرم فلا يتعرض له في الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج وقد بيناه في المناسك فان اسلم في الحرم قبل ان يخرج فهو حر عندهما لانه لم يصر ماخوذا بالدار فيتاكد حريته بالاسلام وليس لاحد ان يتعرض له بعد ذلك بشيء واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فداينهم او داينوه او غصبوه لم يحكم فيما بينهم بذلك لانهم فعلوا ذلك حيث لا تجري عليهم احكام المسلمين اما اذا غصبهم فلان اموالهم في حقنا على اصل الاباحة وانما ضمن المستامن اليهم ان لا يخونهم فانما غدر بامان نفسه دون امان الامام فيفتى بالرد ولا يجبر عليه في الحكم وان غصبوه فقد غدروا بامانهم حتى لم يكونوا ملتزمين حكم الاسلام ولو قتلوه لم يضمنوا شيئا فاذا غصبوا اموالهم او غصبوا اشياء اولى وهذا لانه عرض نفسه لذلك حين فارق منعة المسلمين ودخل اليهم واما في المداينة فهم وان خرجوا بامان فلم يلتزموا احكام الاسلام فلا يسمع الامام الخصومة عليهم فيما اتاه كان في دارهم ولا يسمع الخصومة على المسلم منهم ايضا لتحقيق معنى التسوية بين الخصمين الا على قول ابي يوسف فانه يقول يسمع الخصومة على المسلم لانه ملتزم احكام الاسلام حيث ما يكون وان بايعهم المستامن اليهم الدرهم بالدرهمين نقدا او نسيئة او بايعهم في الخمر والخنزير والميتة فلا باس بذلك في قول ابي حنيفة ومحمد ولا يجوز شيء من ذلك في قول ابي يوسف لان المسلم ملتزم احكام الاسلام حيث ما يكون ومن حكم الاسلام حرمة هذا النوع من المعاملة الا ترى انه لو فعله مع المستامنين منهم في دارنا لم يجز فكذلك في دار الحرب وهما يقولان هذا اخذ مال الكافر بطيبة نفسه ومعنى هذا ان اموالهم على اصل الاباحة الا انه ضمن ان لا يخونهم فهو يسترضيهم بهذه الاسباب للتحرز عن الغدر ثم ياخذ اموالهم باصل الاباحة لا باعتبار العقد وبه فارق المستامنين في دارنا لان اموالهم صارت معصومة بعقد الامان فلا يمكن اخذها بحكم الاباحة والاخذ بهذه العقود الباطلة حرام وتمام بيان هذه الفصول في كتاب الصرف وان قتل المسلم في دارنا حربيا مستامنا عمدا او خطا او قطع يده فلا قود عليه لبقاء شبهة الاباحة في دم المستامن فانه حربي حكما فلا تتحقق المساواة بينه وبين من هو من اهل دارنا في العصمة والقصاص يعتمد المساواة ولكن عليه دية الحر المسلم لان اصل العصمة ثبت موجبا للتقوم في نفسه حين استامن الينا الا ترى ان العصمة المقومة تثبت في ماله فلهذا القدر من الاحراز حتى يضمن بالاتلاف ففي نفسه اولى فصار حاله في قيمة نفسه كحال الذمي كما تسوى

بين دية الذمي ودية المسلم عندنا فكذلك يسوى بين دية المسلم والمستأمن والله اعلم

باب نكاح أهل الحرب ودخول التجار اليهم بامان

حربي تزوج حربية لها زوج ثم اسلما وخرجا الى دارنا لم يحل له الا بنكاح جديد لان العقد الذي كان بينهما في دار الحرب لغو فانها كانت منكوحة الغير يومئذ ونكاح المنكوحة لا يحله احد من اهل الاديان فكانا اجنبيين حين اسلما فلا يحل له ان يطأها الا بنكاح جديد كما لو لم يسبق بينهما ذلك العقد في دار الحرب واذا تزوج الحربي الحرة الحربية خمس نسوة ثم سبي وسبين معه فلا نكاح بينه وبينهن سواء تزوجهن في عقدة او في عقد لان الرق المعترض على الزوج ينافي نكاح الاربع ابتداء وبقاء وليس بعضهن باولى من البعض في التفريق بينه وبينها فتقع الفرقة بينه وبينهن كما لو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما ولا فرق في المنافي هنا بين عارض في المحل بعد صحة نكاحها وهو الاختية وهنا عارض في الزوج بعد صحة نكاحهن فان كانت تحته امرأتان منهن فنكاح الباقيتين جائز لانه حين استرق فليس في نكاحه الا اثنتين ورقه لا ينافي نكاح الاثنتين ابتداء ولا بقاء وقد تقدم بيان هذه الفصول في النكاح وذكر انه يكره للمسلم ان يتزوج كتابية في دار الحرب ولا بأس بان يتزوج من بيننا ولمن نساء اهل الكتاب منهم وذلك منقول عن علي رضي الله عنه كراهة النكاح لمعنى كراهة التوطن فيهم او مخافة ان يبقى له نسل في دار الحرب او ما فيه من تعريض ولده للرق اذا سبيت والولد في بطنها وذلك لا يوجد في الذمية واذا قتل المستأمن في دار الحرب انسانا منهم او استهلك ماله لم يلزمه غرم ذلك اذا خرج الا انهم لو فعلوا ذلك به لم يلزمهم غرم فكذلك اذا فعل بهم وهذا لانهم غير ملتزمين احكام الاسلام في دار الحرب حيث جرى ذلك بينهم واكره للمسلم المستأمن اليهم في دينه ان يغدر بهم لان الغدر حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته فان غدر بهم واخذ مالهم فاخرجه الى دار الاسلام كرهت للمسلم شراءه منه اذا علم ذلك لانه حصله بكسب خبيث وفي الشراء منه اغراء له على مثل هذا السبب وهو مكروه للمسلم والاصل حديث المغيرة بن شعبة حين قتل اصحابه وجاء بمالهم الى المدينة وطلب من رسول الله ان يخمس ماله فقال اما اسلامك فمقبول واما مالك فمال غدر فلا حاجة لنا فيه فان اشتراه اجزأه لانه صار مالكا للمال بالاحراز والنهي عن الشراء منه ليس لمعنى في عين الشراء فلا يمنع جوازه فان كانت جارية كرهت للمشتري ان يطأها لانه قام فيها مقام البائع وكان يكره للبائع وطؤها فكذلك المشتري وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها المشتري حل للثاني وطؤها بعدما استبرأها لان الكراهة في الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع الثاني وهنا الكراهة لمعنى الغدر وكونه مأمورا بردها عليهم دينا وهذا المعنى في حق الثاني كهو في حق الاول فان اصاب اهل هذه الدار سبايا من غيرهم من اهل الحرب وسع هذا المسلم ان يشتري بها منهم لانهم ملكوا ذلك بالاحراز بمنعتهم كما لهم ان يملك بعضهم على بعض نفسه وماله بالاحراز فيحل للمستأمن اليهم شراء ذلك منهم كسائر اموالهم وكذلك ان سبى اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتريهم من السابي لانهم ملكوهم بالاحراز وقد كانوا على اصل الاباحة في حقه انما كان الواجب عليه ان لا يغدر بهم وليس في ذلك من الغدر في شيء وكذلك لو ان المسلمين وادعوا قوما من اهل الحرب ثم اغار عليهم قوم آخرون من اهل حرب لهم وسعنا ان نشتري السبي منهم لا لهم بالموادعة خرجوا من ان يكونوا اهل حرب ولكن علينا ان لا نغدر بهم فصاروا مملوكين للسابين بالاحراز فيجوز شراؤه منهم كسائر الاموال وان كان الذي سباهم قوم من المسلمين غدروا باهل الموادعة لم يسع المسلمين ان يشتروا من ذلك السبي وان اشترى رددت البيع لانهم كانوا في امان من المسلمين فان امان بعض المسلمين كامان الجماعة ولا يملك المسلمون رقاب المستأمنين واموالهم بالاحراز وهذا بخلاف ما لو كان دخل اليهم رجل بامان ثم استولى عليهم المسلمون لان هنا المسلم ما امنهم ولكنهم امنوه وكيف يقال قد امنهم وهو مقهور غير ممتنع منهم فلهذا احل للمسلمين سبيهم وهنا هم في امان المسلمين لانهم في منزلة منعة من المسلمين واذا كان قوم من المسلمين مستأمنين في دار الحرب فاغار على تلك الدار قوم من اهل الحرب لم يحل لهؤلاء المسلمين ان يقاتلوهم لان في القتال تعريض النفس فلا يحل ذلك الا على وجه اعلاء كلمة الله واعزاز الدين وذلك لا يوجد هنا لان احكام اهل الشرك غالبة فيهم ولا يستطيع المسلمون ان يحكموا باحكام اهل الاسلام فكان قتالهم في الصورة لاعلاء كلمة الشرك وذلك لا يحل الا ان يخافوا على انفسهم من اولئك فحينئذ لا بأس بان يقاتلوهم للدفع عن انفسهم لا لاعلاء كلمة الشرك والاصل فيه حديث جعفر فانه قاتل بالحبشة مع العدو الذي كان قصد النجاشي وانما فعل ذلك لانه كان مع المسلمين يومئذ آمنا عند النجاشي وكان يخاف على نفسه وعلى المسلمين من غيره فعرفنا انه لا بأس بذلك عند الخوف وان اغار اهل الحرب الذين فيهم المسلمون المستأمنون على دار المسلمين فاسروا ذراري المسلمين بالاحراز ثم طالبوني في استرقاقهم والمستأمنون لما ضمنوا العهد القادر على الظلم فلا يسعهم الا انقاذهم لاستنقاذ ذراري المسلمين من ايديهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز

وقد ضمن المستأمنون ان لا يتعرضوا لهم في اموالهم وكذلك ان كانوا اغاروا على الخوارج وسبوا ذراريهم لانهم مسلمون فلا يملكون ذراريهم بالاحراز في دار الحرب وكذلك ان كانوا في بلد الخوارج الذين اغار عليهم اهل الحرب قوم من اهل العدل لم يسعهم الا ان يقاتلوا عن بيضة المسلمين وحريمهم لان الخوارج مسلمون ففي القتال معهم اعزاز الدين لانهم بهذا القتال يدفعون اهل الحرب عن المسلمين ودفع اهل الحرب عن المسلمين واجب على كل من يقدر عليه فلهذا لا يسعهم الا ان يقاتلوهم والله اعلم

باب المرتدين

المسلم

قال واذا ارتد عرض عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يؤجل فاذا طلب ذلك اجل ثلاثة ايام والاصل في وجوب قتل المرتد قوله تعالى او يسلمون قيل الآية في المرتدين وقال عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وقتل المرتد على ردته مروي عن علي وابن مسعود ومعاذ وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم وهذا لان المرتد بمنزلة مشركي العرب او اغلظ منهم جناية فانهم قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن نزل بلغتهم ولم يراعوا حق ذلك حين اشركوا وهذا المرتد كان من اهل دين رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عرف محاسن شريعته ثم لم يراع ذلك حين ارتد فكما لا يقبل من مشركي العرب الا السيف او الاسلام فكذلك من المرتدين الا انه اذا طلب التأجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة ارتد لاجلها فعلينا ازالة تلك الشبهة او هو محتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا يكون ذلك الا بمهلة فاذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر مقدرة في الشرع بثلاثة ايام فلا يزيد على ذلك واذا لم يطلب التأجيل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب للامام ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وقال الشافعي يجب على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لما روي ان رجلا قدم على عمر رضي الله عنه فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد ايمانه فقال ماذا صنعتم به قال قدمناه فضربنا عنقه فقال هلا طينتم عليه الباب ثلاثة ايام ورميتم اليه كل يوم برغيف فلعله يتوب ويراجع الحق ثم رفع يديه وقال اللهم اني لم اشهد ولم ارض اذ بلغني ذلك وروي هذا الحديث بطريق آخر ان عمر رضي الله عنه قال لو وليت منه مثل الذي وليتم لاستتبته ثلاثة ايام فان تاب والا قتلته فهذا دليل انه يستحب الامهال وتأويل اللفظ الاول انه لعله طلب التأجيل ذاك في ذلك الوقت فقد كان فيهم من هو حديث عهد بالاسلام فربما تظهر لهم شبهة وتؤثر اذا وقعت شبهة فلهذا كره ترك الاستمهال والاستتابة فاما في زماننا فقد استقر حكم الدين وتبين الحق والاصرار بعد ذلك يكون تعنتا وقد يكون لشبهة دخلت عليه وعلامة ذلك طلب التأجيل فاذا لم يطلب ذلك فالظاهر انه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر قد بلغته الدعوة وتجديد الدعوة في مثله مستحب وليس بواجب فهذا كذلك فان استتيب فتاب خلي سبيله ولكن توبته ان يأتي بكلمة الشهادة ويتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام او يتبرأ عما كان انتقل اليه فان تمام الاسلام من اليهودي بالتبري عن اليهودية ومن النصراني بالتبري عن النصرانية ومن المرتد بالتبري عن كل ملة سواه وان تبرأ عما انتقل اليه فقد حصل ما هو المقصود وان ارتد ثانيا وثالثا فكذلك يفعل به في كل مرة واذا اسلم خلي سبيله لقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وكان علي رضي الله عنه وابن عمر يقولان اذا ارتد رابعا لم تقبل توبته بعد ذلك ولكن يقتل على كل حال لانه ظهر انه مستخف مستهزئ وليس بتائب واستدلا بقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم ولكنا نقول الآية في حق من ازداد كفرا لا في حق من آمن واظهر التوبة والخشوع فحاله في المرة الرابعة كحاله قبل ذلك فاذا اسلم يجب قبول ذلك منه لقوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا وروي ان اسامة بن زيد حمل على رجل من المشركين فقال لا اله الا الله فقتله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اقتلت رجلا قال لا اله الا الله من لك بلا اله الا الله يوم القيامة فقال انما قالها تعوذا فقال هلا شققت عن قلبه فقال لو فعلت ذلك ما كان يتبين لي قال عليه السلام فانما يعبر عما في قلبه لسانه الا انه ذكر في النوادر انه اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته وخشوعه وعن ابي يوسف انه اذا فعل ذلك مرارا يقتل غيلة وهو ان ينتظر فاذا اظهر كلمة الشرك قتل قبل ان يستتاب لانه قد ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز وان ابى المرتد ان يسلم فقتل كان ميراثه بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى في قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي ماله يوضع في بيت المال لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر والمرتد كافر فلا يرثه المسلم ولان المرتد لا يرث احدا فلا يرثه احد كالرقيق توضيحه انه لا يرثه من يوافقه في الملة والموافقة في الملة سبب للتوريث والمخالفة في الملة سبب للحرمان فلما لم يرثه من يوافقه في الملة مع وجود سبب التوريث فلان لا يرثه من يخالفه في الملة اولى واذا انتفى التوريث عن ماله فهو في احد الوجهين لانه مال حربي لا امان له فيكون فيئا للمسلمين وفي الوجه الآخر هو كمال ضائع فيصرف في بيت المال

كالذمي اذا مات ولا وارث له من الكفار يوضع ماله في بيت المال وحجتنا في ذلك ظاهر قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت
فلها نصف ما ترك فالمرتد هالك لانه ارتكب جريمة استحق بها نفسه فيكون هالكا ولما مات عبد الله بن ابي جعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم ميراثه لورثته المسلمين وهو كان مرتدا اذ كان منافقا وقد شهد الله بكفره بعد الايمان وفيه نزل قوله تعالى ان الذين امنوا ثم
كفروا وان عليا رضي الله عنه قتل المستورد العجلي على الردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين ومثل ذلك مروي عن ابن مسعود ومعاذ رضي الله عنه
والمعنى فيه انه كان مسلما مالكا لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات المسلم وتحقيق هذا الكلام ان الردة هلاك فانه
يصير به حربا واهل الحرب في حق المسلمين كالموتى الا ان تمام حقيقته بالقتل او الموت فاذا تم ذلك استند التوريث الى اول الردة وقد
كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم في ماله ويكون هذا توريث المسلم من المسلم وهذا لان الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب
كالبيع بشرط الخيار اذا اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق يكون فيه
توريث المسلم من المسلم فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة او معها او بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه
وبعد الردة هو كافر قلنا نعم المزيل للملك ردته كما ان المزيل للملك موتا المسلم ثم الموت يزيل الملك عن الحي لا عن الميت فكذلك
الردة تزيل الملك عن المسلم وكما ان الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فعرفنا
انه يتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم ولهذا لا يرث ورثته الكفار لان التوريث من المسلم والكافر لا يرث المسلم وهو دليلنا
فانه كان يتعلق باسلامه حكمان حرمان ورثته الكفار وتوريث ورثته المسلمين ثم بقي احد الحكمين بعد ردته باعتبار انه يبقى
على حكم الاسلام فكذلك الحكم الاخر وانما لا يرث المرتد احدا لجنايته فهو كالقاتل لا يرث المقتول لجنايته ويرثه المقتول لو مات
القاتل قبله ولانه لا وجه لجعل ماله فيئا فان هذا المال كان محرزا بدار الاسلام ولم يبطل ذلك الاحراز بردته حتى لا يغنم في حياته
والمال المحرز بدار الاسلام لا يكون فيئا وبهذا يتبين ثبوت حق الورثة فيه لانه انما لا يغنم في حياته لاحقه فانه لا حرمة له بل لحق
الورثة فكذلك بعد موته وان قال يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام
وورثته ساووا المسلمين في الاسلام وترجحوا عليهم بالقرابة ومن ساوى في السببين مقدم في الاستحقاق على ذي سبب واحد فكان الصرف
اليهم اولى فاما ما اكتسب في حال ردته فعلى قول ابي حنيفة يوضع في بيت المال وعند ابي يوسف ومحمد هو ميراث لورثته المسلمين
لانه كسب توقف على ان يسلم له بالاسلام فيخلفه وارثه فيه بعد موته ككسب الاسلام وقد ذكرنا من المعاني يجمع الكسبين ولسبق الردة الا من
انه صار مشرفا به على الهلاك فيكون كالمريض والمكتسب في مرض الموت كالمكتسب في الصحة في حكم الارث وابو حنيفة يقول الوراثة خلافة
في الملك والردة تنافي بقاء الملك فتنافي ابتداء الملك بطريق الاكتساب لكن ما اكتسب في اسلامه كان مملوكا له فيخلفه وارثه فيه اذا تم انقطاع
حقه عنه وكسب الردة لم يكن مملوكا له لقيام المنافي عند الاكتساب وانما كان له حق ان يملك ان لو اسلم والوارث لا يخلفه في مثل هذا الحق
فهذا مال لا مالك له بعد موته يوضع في بيت المال ولا يصح ان يقال اسناد التوريث الى اول الردة في كسب الاسلام ممكن لان السبب يعمل في المحل
والمحل كان موجودا عند اول الردة فاما اسناد التوريث في كسب الردة غير ممكن لانعدام المحل عند السبب في هذا الكسب فلو ثبت فيه حكم التوريث
ثبت مقصودا على الحال وهو كافر بعد الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر فبقي موقوفا على ان يسلم له بالاسلام فاذا زال ذلك بان مات او قتل
فهذا كسب حربي لا امان له فيكون فيئا للمسلمين يوضع في بيت مالهم ثم اختلفت الروايات عن ابي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عن ابي حنيفة
ان من كان وارثا له وقت ردته وبقي الى موت المرتد فانه يرثه ومن حدث له صفة الوراثة لا يرثه على هذه الرواية لان سبب التوريث الردة
فمن لم يكن موجودا عنده لذلك السبب لم ينعقد له سببا للاستحقاق ثم تمام الاستحقاق بعد الموت فانما يتم في حق من انعقد له السبب لا في حق من
لم ينعقد له السبب ثم في حق من انعقد له السبب يشترط بقاؤه الى وقت تمام الاستحقاق فاذا مات قبل ذلك بطل السبب في حقه كما في البيع الموقوف يتم الملك
عند الاجازة من وقت السبب ولكن يشترط قيام المعقود عليه وقت الاجازة حتى اذا هلك قبل ذلك بطل السبب وفي رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد لان الردة في حكم التوريث كالموت ومن مات من الورثة بعد موت
المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا مثله واما رواية محمد عن ابي حنيفة وهو الاصح انه يعتبر من يكون وارثا
له حين مات او قتل سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء العقد
في انه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن فههنا ايضا من حدث بعد انعقاد السبب يجعل كالموجود عند ابتداء السبب
ولو تصور بعد الموت الحقيقي ولد له من علوق حادث لكنا نجعله كذلك ايضا الا ان ذلك لا يتصور فاما بعد الهلاك الحكمي بالردة يتصور
فيجعل الحادث كالموجود عند ابتداء السبب وكذلك ان لحق بدار الحرب قسم الامام ماله بين ورثته وكان لحاقه بدار الحرب بمنزلة موته وعند

451

الشافعي يبقى ماله بعد لحاقه موقوفا كما كان قبل لحاقه لان ذهابه الى دار الحرب نوع غيبة فلا يتغير حكم ماله كما لو كان يتردد في دار الاسلام ولكنا نقول
انه صار حربيا حقيقة وحكما لانه قد ابطل احراز نفسه بدار الحرب حين عاد الى دار الحرب حربيا للمسلمين والحربي في دار الحرب كالميت في حق
المسلمين قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه وقد قررنا هذا في النكاح في مثله تباين الدارين ولانه قد خرج من يد الامام حقيقة وحكما ولو
كان في يده لمونه حقيقة بان يقتل ماله فاذا عجز عن ذلك لخروجه عن يده موته حكما فيقسم ماله بين ورثته ويحكم بعتق امهات اولاده ومدبريه
وبحلول اجاله ثم قال ابو يوسف يعتبر من يكون وارثا له وقت قضاء القاضي بلحاقه وعند محمد وقت اللحاق وهذا لان عندهما ملكه لا يزول
بالردة ولهذا ينفذ تصرف المرتد عندهما على ما نبينه فانما زوال ملكه بسبب الردة عند لحاقه فيعتبر وارثه عند ذلك ولحاقه موت حكمي
فهو كالموت الحقيقي بالقتل ولكن ابو يوسف يقول يعتبر من يكون وارثا له وقت القضاء بالقاضي يقول اللحاق في الحقيقة غيبة وانما يصير موتا حكما
بقضاء القاضي فيعتبر من يكون وارثا له عند القضاء باللحوق واستحقاق ماله وكذلك يورث منه امراته ان كانت في العدة لان النكاح بينهما وان
ارتفع بنفس الردة ولكنه فار عن ميراثها وامراة الفار ترث وان كانت منقضية العدة عند ابي حنيفة لان سبب التوريث كان موجودا في
عند ردته وعلى تلك الرواية انما يعتبر قيام السبب عند اول الردة وبطل وصاياه لان تنفيذ الوصايا لحق الموصي ولم يبق له حق بعد
ما قتل على الردة او لحق بدار الحرب وهذا بخلاف التدبير فان حق العتق بالتدبير قد ثبت فيكون عتقه كعتق ام الولد وحقه كحق اصحاب
الديون وفي الكتاب يقول ردته كرجوعه عن الوصية لان بالردة بطل حقه وتنفيذ الوصية كان لحقه ورجوعه يعمل في ابطال وصاياه
ولا يعمل في ابطال تدبيره فكذلك ردته ولا يفعل شيئا من ذلك ما دام المرتد مقيما في دار الاسلام لانه في يده حقيقة وحكما بموته بالقتل حقيقة
ان لم يسلم او لا ثم يقسم ماله وان فعل ذلك بعد لحاقه بدار الحرب ثم رجع تائبا فقد مضى جميع ما فعله الامام غير انه اذا وجد شيئا من ملكه بعينه
في يد وارثه اخذه منه لان الوارث انه خلافه والخلف يسقط اعتباره اذا ظهر الاصل ولما جاء تائبا فقد صار حيا حكما وانما كانت خلافة الوارث
اياه في هذا الملك لموته حكما فاذا انعدم ذلك انعدم حكم الاصل ولهذا قلنا لو كان الوارث كاتب عبدا ثم جاء تائبا فذلك العبد مكاتبا لان الحكم
لا يكون منتقلا من الخلف الى الاصل وتاثير الكتابة في منع النقل ولكن ينعدم الخلف بظهور الاصل فيكون الملك لصاحب الاصل بطريق البقاء
ولا يعاد اليه شيء مما باعه وارثه لان الاصل والخلف في الحكم فلا بد من قيامه عند ظهور الاصل ليكون عاملا وما تصرف الوارث من بيع او غيره
نفوذا فمنه لمصادفته ملكه ولا ضمان عليه في شيء مما اتلفه لان الملك كان خالصا له وفعله فيما خلص حقا له لا يكون سببا للضمان وان لم يفعل
الامام شيئا من ذلك حتى رجع تائبا فجميع ذلك له كما كان قبل ردته لان اللحاق قبل ان يتصل به القضاء بمنزلة الغيبة فهو والمتردد في دار
الاسلام في الحكم سواء قال وجميع ما فعل المرتد في حال ردته من بيع او شراء او عتق او تدبير او كتابة باطل ان لحق بدار الحرب وقسم الامام
ماله فالحاصل ان تصرفات المرتد اربعة انواع نوع منها نافذ بالاتفاق وهو الاستيلاد حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه ثبت
النسب منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح
فاستيلاد المرتد اولى لانها موقوفة على حكم ملكه حتى اذا اسلم كانت مملوكة له وحقه فيها اقوى من حق المولى في كسب المكاتب وهناك تصح منه
دعوة النسب فهنا اولى لانه يحتاج الى تصديق المكاتب لاختصاصه على اليد والتصرف في الحال ومنها ما هو باطل بالاتفاق في الحال
كالنكاح والذبيحة لان الحل بهما يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فقد ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتقده ومنها ما هو موقوف بالاتفاق
وهو المفاوضة فانه اذا شارك غيره شركة مفاوضة توقف صفة المفاوضة بالاتفاق وان اختلفوا في توقيف اصل الشركة ومنها ما
يختلف فيه وهو سائر تصرفاته عند ابي حنيفة يتوقف بين ان ينفذ بالاسلام او يبطل اذا مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وعندهما
نافذ الا ان ابا يوسف يقول ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من جميع المال وعند محمد ينفذ كما ينفذ من المريض وحجتهما في ذلك انه
من اهل التصرف لا في تصرفه ملك فينفذ وبيان ذلك ان التصرف قول والاهلية له باعتبار قوله شرعا ولا ينعدم ذلك بالردة والمالكية باعتبار
صفة الحرية ولا ينعدم ذلك بالردة انما ما يبيح ردته في اباحة دمه وذلك لا يخل بالمالكية كالمقضي عليه بالرجم والقصاص والدليل عليه ان
تصرف المكاتب بعد الردة نافذ بالاتفاق وحال الحر في التصرف فوق حال المكاتب فاذا كانت الردة لا تنافي ملك الحر وتصرفه اولى الا ان
محمدا رحمه الله قال هو مشرف على الهلاك فيكون بمنزلة المريض في التصرف الا ترى ان زوجته ترثه بحكم الفرار وذلك لا يتحقق الا في المرض
وابو يوسف يقول هو متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب يستحق عليه مرغوب فيه فلا يصير في حكم المريض كمن قصد ان يلقي بنفسه من
شاهق جبل لا يصير به في حكم المريض يوضحه ان المقضي عليه بالرجم والقصاص لا يصير كالمريض ما دام في السجن لتمكنه من دفع الهلاك عن نفسه بشبهة
فالمرتد اولى وابو حنيفة يقول بالردة يزول ملكه عن المال وكان موقوفا على العود اليه بالاسلام وتصرفه بحكم ملكه فيتوقف بتوقف الملك
ودليل الوصف ان المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاد انما يكون ذلك حكما باعتبار العصمة الا ترى ان الشرع جعل عصمة النفس والمال بسبب

واحدهم عصمة نفسه يزول بالردة حتى يقبل وكذلك عصمة ماله والدليل عليه انه هالك حكما واذا كان الهلاك ينافي الملكية المال ولا ينافي توقف
المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين وكذلك الهلاك الحكمي ولان تاثير الردة في نفي المالكية فوق تاثير الرق فان الرق ينافي الملكية المال
ولا ينافي مالكية النكاح والردة تنافيهما وهذا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وانما استحق عليه نفسه
بما هو من حقوق تلك العصمة في حق النفس وكذلك في حق المال لانها تابعة للنفس في العصمة وبخلاف المكاتب فان تصرفه باعتبار عقد
الكتابة والردة لا تؤثر فيه الا ترى ان الهلاك الحقيقي لا يمنع بقاء الكتابة فالهلاك الحكمي اولى ولهذا ينفذ تصرف المكاتب بعد لحاقه بدار
الحرب وهاهنا بالاتفاق لا ينفذ تصرفه في ماله بعد لحاقه بدار الحرب بل يتوقف فكذلك قبل لحاقه لان الهلاك بردته لا بلحاقه وكذلك
التوريث باعتبار ردته على ما قررنا انه يستند التوريث الى اول الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم والدليل عليه انه بالردة صار حربيا
ولهذا يقتل والحربي المقهور في ايدينا يتوقف تصرفهم هناك لتوقف حالهم فكذلك هنا وانما اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ايضا ولا وارث
له غيره لم يجز عتق واحد منهما اما عتق المرتد كان موقوفا فبموته يبطل واما عتق الوارث فقد سبق ملكه لان قبل موت المرتد لا ملك للوارث
في ماله بل الملك موقوف على حال المرتد فلا ينفذ تصرف الوارث وهذا بخلاف التركة المستغرقة بالدين اذا اعتق الوارث عبدا منها ثم سقط الدين
لان سبب التوريث هناك قديم والتوقف لحق الغرماء والعتق بعد تمام سبب الملك يتوقف وهنا اصل السبب انعقد بالردة ولكن لا يتم ما
لقيام الاصل حقيقة وحكما والخلافة يكون بعد فوات الاصل فلهذا لا ينفذ تصرف الوارث وان ملك بعد ذلك وان مات الابن وله
معتق والابن مرتد ثم مات الاب وله معتق كان ميراث الاب لمعتقه دون معتق الابن لما بينا ان اصل السبب وان انعقد بالردة فاذا مات
الابن قبل تمام السبب بطل ذلك لان بقاءه الى وقت تمام السبب شرط وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل وما اكتسبه في ردته فهو في قول
ابي حنيفة وهما يسويان على ابي حنيفة بكسب الردة انه ينفذ تصرفه فيه حتى لو قضى منه بكسب ردته او رهنه بدين عليه كان صحيحا فكذلك
كسب الاسلام ومن اصحابنا من سلم واشتغل بالفرق فقال تصرفه في كسب الردة باعتبار انه كسبه لا باعتبار انه ملكه لان الردة تنافي
الملك فاما في كسب الاسلام تصرفه باعتبار ملكه وقد بينا توقف ملكه والاصح ان عند ابي حنيفة يتوقف تصرفه في الكسبين جميعا ويبطل ذلك
بموته واختلفت الروايات عنه في قضاء ديونه وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يقضي ديونه من كسب الردة فان لم يف بذلك فحينئذ
من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق ورثته ولا حق لورثته في كسب ردته بل هو خالص حقه ولهذا كان فيئا اذا قتل فكان قضاء الدين من
خالص حقه اولى وعلى هذا يقول عقد الرهن لقضاء الدين فاذا قضى منه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فلهذا كان
نافذا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يبدا بكسب الاسلام في قضاء ديونه فان لم يف بذلك فحينئذ من كسب الردة لان قضاء الدين من ملك المديون
وكسب الاسلام كان مملوكا له ولهذا يخلفه الوارث فيه وخلافة الوارث بعد الفراغ من حقه فاما كسب الردة لم يكن مملوكا له فلا يقضي دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر فعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الردة اذا كان في كسب الاسلام وفاء بذلك وروى
زفر عن ابي حنيفة ان ديون اسلامه تقضى من كسب الاسلام وما استدان في الردة يقضى من كسب الردة لان المستحق للكسبين مختلف وحصول
كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بمقابلة الغنم وبه اخذ
زفر وان جنى المرتد جناية لم يعقله العاقلة لان تحمل العاقلة باعتبار معنى النصرة وبهوان يمكنه من الجناية بقوة العاقلة والحر لا ينصر المرتد وذلك
للتخفيف عن الجاني بعذر الخطا والمرتد غير مستحق للتخفيف فيكون الارش في ماله وكذلك ما غصب واتلف من اموال الناس فذلك كله دين عليه
وان لم يكن له مال الا ما اكتسبه في ردته كان ذلك كله فيه لانه كسبه فيكون مصروفا الى دينه كالكسب المكاتب والجناية على المرتد هدر لان اعتبار
الجناية عليه بعصمة نفسه وقد انعدمت العصمة بردته فكانت الجناية عليه هدرا مسلم قطع يد مسلم عمدا او خطا ثم ارتد المقطوعة يده عن
الاسلام فمات او قتل او لحق بدار الحرب فعلى القاطع دية اليد في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطا لان قطع اليد كانت جناية موجبة
للضمان وقد انقطعت السراية بزوال العصمة نفسه بالردة فصار كما لو برأ او انقطع ما بقي فيلزمه دية اليد فقط وان اسلم قبل اللحوق بدار
الحرب ثم مات من تلك الجناية فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف دية النفس استحسانا وعند محمد وزفر ليس عليه الا دية اليد قياسا لان
السراية انقطعت بزوال عصمة نفسه بالردة ثم بالاسلام بعد ذلك لا يتبين ان العصمة لم تكن زايلة فحكم السراية بعدما انقطع لا يعود
وكان موته من تلك الجناية دونه بسبب حرمته الا ترى انه لو لحق بدار الحرب ثم عاد تائبا فمات من تلك الجناية لم يجب على القاطع الا دية
اليد فكذلك قبل اللحوق ولان اعتبار الجناية والسراية لحقه وقد سقط حقه بالردة فيصير هو كالمبرئ عن سراية تلك الجناية كما لو قطع يد عبد
ثم اعتقه مولاه او باعه صار مبريا عن السراية بازالة ملكه وبعد ما صح الابراء ليس له ولاية اعادة حقه في السراية فكان وجود اسلامه في حكم
السراية كعدمه وهما يقولان بالردة يتوقف حقه على ما قررنا فاذا اسلم زال التوقف فصار كما اعرض كان لم يكن بخلاف العبد اذا باعه او اعتقه

عدم زوال ملكه هناك واعتبار الجناية كان لملكه يوضحه الفرق ان ضمان الجناية في المماليك باعتبار صفة المملوكية ولهذا يجب الضمان
لتمكن النقصان في المالية شيا فشيا وقد تعذر ذلك بالعتق اصلا او بالبيع في حق من كان مستحقا له فاما وجوب ضمان الحر وباعتبار النفسية
ولا ينعدم بالردة ولكن العصمة شرط فانما يراعى وجوده عند ابتداء السبب لينعقد موجبا وعند تقرره بالموت ليتقرر الحكم فلا يعتبر فيه
بقاء العصمة ونظيره لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه دخل الدار يعتق لهذا المعنى فاما اذا لحق بدار الحرب فان كان
القاضي قضى بلحاقه فقد صار ميتا حكما وبقاء الحكم الجناية باعتبار بقاء النفسية وذلك لا يتحقق بعد موته حكما اذ لا يتصور البقاء الحكم بدون
المحل وان لم يقض القاضي بلحاقه فالاصح انه على الخلاف فمن اصحابنا من سلم فقال بنفس اللحاق صار حربيا والحربي في حق من هو في دار الاسلام
كالميت ولهذا لو كانت امراة تسترق كساير الحربيات فيتم به انقطاع حكم السراية بخلاف ما قبل لحاقه بدار الحرب يوضحه ان الردة عارض
فاذا زال قبل تقرره صار كان لم يكن كالعصير المشترى اذا تخمر قبل القبض ثم تخلل بقي العقد صحيحا ولا يعتبر زواله بعد تقرره كما في العصير اذا
تخمر فقضى القاضي بفسخ العقد ثم تخلل وباللحاق فقد تقرر خصوصا اذا قضى به القاضي فلا يعتبر زواله بعد ذلك بخلاف ما قبل اللحاق وان كان
القاطع هو الذي ارتد فقتل او مات المقطوعة يده من ذلك مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على
ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كان خطا على عاقلته وتبين بالسراية
ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطا في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل
جنايته احد ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام عندنا وقال الشافعي تقتل ان لم تسلم وهكذا كان يقول ابو يوسف في الابتداء ثم
رجع وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تخرج في كل يوم وتضرب تسعة وثلثين سوطا ثم تعاد الى الحبس الى ان تتوب او تموت واستدل الشافعي
بقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله فمن شهد منكم الشهر فليصمه وتبين ان الموجب للقتل تبديل الدين
لان مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها وفي الحديث ان النبي عليه السلام قتل مرتدة يقال لها ام مروان وعن
ابي بكر رضي الله عنه انه قتل مرتدة يقال لها ام فرقة ولانها اعتقدت دينا باطلا بعد ما اعترفت ببطلانه فتقتل كالرجل وهذا لان القتل جزاء على
الردة لان الرجوع عن الاقرار بالحق من اعظم الجرائم ولهذا قتل المرتد من خالص حق الله وما يكون من خالص حق الله تعالى فهو جزاء وفي اجزيته الجرائم
الرجال والنساء سواء كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر يوضحه ان الجناية بالردة اغلظ من الجناية بالكفر الاصلي فان الانكار بعد الاقرار
اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار كما في سائر الحقوق وبان كانت لا تقتل اذا لم تغلظ جنايتها بان كانت مقاتلة او ساحرة او ملكة تحرض
على القتال لا تقتل وكذلك بعد الردة والدليل عليه انها تحبس وتعزر وتجبر على الاسلام بعد الردة ولا يفعل بها ذلك في الكفر الاصلي وكذلك الشيخ
واصحاب الصوامع والرهبان يقتلون بعد الردة ولا يقتلون في الكفر الاصلي وذووا الاعذار كالاعمى والزمني كذلك وكذلك الرق في الكفر
الاصلي يمنع القتل فهو اذا استرق الاصلية سبي وفي الردة لا يمنع في الكفر ولا يمنع في الكفر الاصلي لا يسلم لها نفسها حتى تسترق لينتفع المسلمون
بها فكذلك بعد الردة وبالاتفاق لا تسترق في دار الاسلام فعلمنا انها تقتل وحجتنا في ذلك نهي النبي عليه السلام عن قتل النساء وفيه حديثان
احدهما رواه رباح بن ربيع ان النبي عليه السلام راى في بعض الغزوات قوما مجتمعين على شيء فسال عن ذلك فقالوا ينظرون الى امراة مقتولة
فقال لواحد ادرك خالدا وقل له لا تقتلن عسيفا ولا ذرية والثاني حديث ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام راى امراة مقتولة
فقال من قتل هذه فقال رجل انا يا رسول الله اردفتها خلفي فاهوت الى سيفي لتقتلني فقتلتها فقال ما شان قتل النساء واريها ولا تعد ولما رأى
يوم فتح مكة امراة مقتولة فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ففي هذا بيان ان استحقاق القتل بعلة القتال وان النساء لا يقتلن لانهن لا يقاتلن ولا فرق في هذا
بين الكفر الاصلي والعارضي وما روي من الحديث عمومه جرى في طاهره فالتبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم ثم عرفنا انه عام لحقه خصوص فنخصه
ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا والمرتدة التي قتلت كانت مقاتلة فان ام مروان كانت تقاتل وكانت مطاعة فيهم وام فرقة كان لها ثلاثون
ابنا وكان تحرضهم على قتال المسلمين ففي قتلها كسر شوكتهم ويحتمل انه كان ذلك من الصديق رضي الله عنه بطريق المصلحة او السياسة كما امر
بقطع ايدي النساء اللاتي ضربن الدف بموت رسول الله لاظهار الشماتة والمعنى فيه انها كافرة فلا تقتل كالاصلية وهذا لان القتل ليس
جزاء على الردة بل هو مستحق باعتبار الاصرار على الكفر الا ترى انه لو اسلم سقط لانعدام الاصرار وما يكون مستحقا جزاء لا يسقط بالتوبة
وحد قطاع الطريق لا يسقط بالتوبة بل بتوبته برد المال قبل ان يقدر عليه فلا يظهر السبب عند الامام بعد ذلك تقرره ان تبديل
الدين واصل الكفر من اعظم الجنايات ولكنها بين العبد وبين ربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الجزاء وما عجل في الدنيا سياسات مشروعة
لمصالح تعود الى العباد كالقصاص لصيانة النفوس وحد الزنا لصيانة الانساب والفرش وحد السرقة لصيانة الاموال وحد القذف
لصيانة الاعراض وحد الخمر لصيانة العقول وبالاصرار على الكفر يكون محاربا للمسلمين فيقتل لدفع المحاربة الا ان الله تعالى نص على العلة

في بعض المواضع بقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم وعلى السبب الداعي الى العلة في بعض المواضع وهي الشرك فاذا ثبت ان القتل باعتبار المحاربة وليس للمراة بنية صالحة للمحاربة فلا تقتل في الكفر الاصلي ولا في الكفر الطارئ ولكنها تحبس فالحبس مشروع في حقها في الكفر الاصلي فانها تسترق والاسترقاق حبس نفسها عنها ثم الحبس مشروع في حق كل من امتنع عما امر به كما في ساير الحقوق وليس ذلك باعتبار الكفر ولا باعتبار المحاربة وما يدعي من تغلظ الجناية لا يقوى فان الرجوع عن الاقرار والاصرار على الانكار بعد قيام الحجة في الجناية سواء ثم ان الجناية في الاصرار اعظم من وجه لانه بعد الردة لا يبقى على ما اعتقده والذي قبل تقرره يكون اضعف منه بعد تقرره ولو سلمنا تغلظ جنايته فانما تعتبر تغلظ جنايتها في الكفر الاصلي المشركة العربية فكما لا تقتل هذه لذلك لا يقتل هذه واذا كانت مقاتلة او ساحرة او ملكة تقتل للدفع وبدون القتل هنا يحصل المقصود اذا احتبس واحترب كما بينا على الاسلام فاما الرق لا يمنع القتل في الكفر الاصلي فانه تقتل عبيدهم كاحرارهم وانما الاسترقاق بمنزلة اعطاء الامان وبعقد الذمة ينتهي القتال في حق من يجوز اخذ الجزية منه لا في حق من لا يجوز اخذ الجزية منه كما في مشركي العرب والمرتدون لا يؤخذ منهم الجزية فلهذا لا ينتهي القتال في حقهم بعقد الذمة والشيخ اذا كان له راي يقتل في الكفر الاصلي والردة لا يتصور الامن له راي والرهب لا يتحقق بعد الاسلام لان القيام بنصرة دين الحق واجب على كل من اسلم قال عليه السلام لا رهبانية في الاسلام ودون تحقق السبب لا يثبت الحكم وان اختلف مشايخنا في ذوي الاعذار من مشركي العرب فمنهم من يقول يقتلون في الكفر الاصلي وكذلك لان حلول الافة بعقد الذمة فانه يبعد مرتبة القتال ثم لا يسقط القتل عنه بعقد الذمة بالكفر الاصلي حلولا لافة فعلى هذا يقول ذووا الاعذار من المرتدين يقتلون وقيل حلول الافة بمنزلة الانوثة لانه يخرج بنيته من ان يكون صالحا للقتال فعلى هذا يقول لا يقتلون بعد الردة كما لا يقتلون في الكفر الاصلي واذا ثبت ان المرتدة لا تقتل قلنا تسترق اذا لحقت بدار الحرب لاتفاق الصحابة فان بني حنيفة لما ارتدوا استرق ابو بكر رضي الله عنه نساءهم واصاب علي رضي الله عنه من ذلك السبي جارية فولدت محمد بن الحنفية وذكر عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رضي الله عنه في النساء اذا ارتددن يسبين ولا يقتلن وهذا لانها كالحربية والاسترقاق مشروع في الحربيات وما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية لا تسترق لان حريتها تاكدت بالاحراز لم تبطل بنفس الردة وهي دافعة للاسترقاق ولان دار الاسلام ليس بدار الاسترقاق وفي النوادر عن ابي حنيفة انها تسترق لانا لما جعلنا المرتد بمنزلة الحربي مقهورا لا امان له فكذلك المرتدة بمنزلة حربية مقهورة لا امان لها فتسترق وان كانت في دارنا فان تصرفت في مالها بعد الردة نفذ تصرفها ما دامت في دار الاسلام لانها تصرفت في خالص ملكها بخلاف الرجل على قول ابي حنيفة واشار الى الفرق فقال المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعنى هذا ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها لانها لا تقتل فكذا عصمة مالها بخلاف الرجل ولهذا استوت بالرجل في التصرف بعد اللحاق ولان عصمة نفسها تزول باللحاق حتى تسترق والاسترقاق اتلاف حكما فكذلك عصمة مالها فان ماتت في الحبس او لحقت بدار الحرب يقسم مالها بين ورثتها ويستوي في ذلك كسب اسلامها وكسب ردتها لما بينا ان العصمة باقية بعد ردتها فكان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ولا ميراث لزوجها منها لانها بنفس الردة قد بانت منه ولم يصر مشرفا على الهلاك فلا يكون في حكم الفارة المريضة ولزوجها ان يتزوج اختها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان العدة فيه حق الزوج وتباين الدارين مناف له فان سبيت او عادت مسلمة لم يضره ذلك نكاح الاخت لانه بعدما سقط العدة عنها لا تعود معتدة ثم ان جاءت مسلمة فلها ان تتزوج من ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة وان سبيت اجبرت على الاسلام كما كانت تجبر عليه قبل لحاقها وان ولدت بارض الحرب ثم سبيت معه كان ولدها فيئا معها لان ولدها تبع لها وهي حربية تسترق فكذلك ولدها واذا ارتفع المرتد الى الامام فقال ما ارتددت وانا اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله فهذا توبة لما بينا ان توبة المرتد بالاقرار بكلمة الشهادة والتبري عما كان انتقل اليه وقد حصل ذلك فانه بالانكار حصل غاية النفي فلهذا كان ذلك توبة من الرجل والمراة جميعا ويقتل المملوك على الردة لانه محارب كالحر وكسبه اذا قتل لمولاه لانه ملك الرقبة خلفه في ملك الكسب ولا تقتل المملوكة وتحبس لانه ليس لها بنية صالحة للقتال كالحرة وان كان اهلها يحتاجون الى خدمتها دفعتها اليهم وامرتهم باجبارها على الاسلام لان حق العبد في المحل مقدم على حق الله تعالى لحاجة العبد ولان الجمع بين الحقين ممكن فان حق الله في اجبارها على الاسلام ومولاها ينوب في ذلك عن الامام فيدفع اليه ليستخدمها ويجبرها على الاسلام وجناية الامة والمكاتب في الردة كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهم باق بعد الردة والمكاتب احق بكسبه بعد الردة يدا وتصرفا كما كان قبله فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك في الردة هدر اما في الذكور منهم فلاستحقاق قتلهم بالردة ومن استوفى قتلا مستحقا يكون محسنا لا جانيا في الاتلاف من المملوكة بعد الردة كقتل الحرة ومن قتل حرة مرتدة لم يضمن شيا وان ارتكب ما لا يحل ويؤدب على ذلك فكذلك الامة قال لان بعض الفقهاء يرى عليها القتل ولانها كالحربية والحربية لا تقتل ولو قتلها قاتل لا يلزمه شي فان قيل فلماذا لا تسترق في دارنا قلنا لبقاء الاحراز ومن ضرورته تاكد الحرية بالاحراز منع الاسترقاق وليس من ضرورته تقوم الدم كما في المقضي عليها بالرجم واذا كان هدر

الدم

الدم بما ثبت مع الاحراز ثبت ذلك في حق المرتدة وكانت فيه كالحربية واذا باع الرجل عبده المرتد او امته المرتدة فالبيع جائز لبقاء صفة المملوكية والرق فيهما بعد الردة فان قيل جواز البيع باعتبار المالية والتقوم ولا مالية فيهما حتى لا يضمن قاتلهما قلنا لا كذلك لان المالية في الادمي بسبب المملوكية وهو ثابت على الاطلاق والتقوم بالاحراز وهو باق فيهما وان كان لا يجب الضمان على المتلف بعارض وهو الردة الا ترى ان غاصبهما يكون ضامنا وان الردة عيب فيهما لانعدام المالية والتقوم ولهذا لو كان البايع اعلم المشتري فالبيع لازم لانتفاء التدليس حين اعلمه العيب مدبرة او ام ولد لحقت بدار الحرب فمات مولاهما في دار الاسلام ثم اخذت اسيرة فهي حرة بخلاف ما اسرت قبل موت المولى فانها ترد عليه لقيام ملكه فاما بعد موت المولى فقد عتقت لان عتقها كان متعلقا بموت المولى وتباين الدارين لا يمنع نزول العتق عند وجود شرطه واذا عتقت فهي حرة مرتدة اسرت من دار الحرب فيكون فيئا عبد ارتد مع مولاه ولحقا بارض الحرب فمات المولى هناك واسر العبد فهو فيء لانه مال حربي فقد احرزه مع نفسه بدار الحرب وذلك مانع من ثبوت حق ورثته المسلمين فيه فيكون فيئا ويقتل ان لم يسلم لردته وكذلك كل ما ذهب به المرتد من ماله مع نفسه فهو فيء فان كان خرج من دار الحرب معهما فالاخذ ما لا من ماله قسم بين ورثته وذهب به ثم قتل مرتدا واصيب ذلك المال فهو لورثته بغير قيمة قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة لانهم ملكوا ذلك المال حين قضى القاضي لهم فهذا حربي احرز مال المسلم بدار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه وقد بينا الحكم فيه ولو ارتد العبد واخذ مال مولاه فذهب به الى دار الحرب ثم اخذ مع ذلك المال لم يكن فيئا ويرد على مولاه لان العبد باق على ملكه فلا يكون محرزا نفسه بدار الحرب الا ترى انه لو ابق منه غير مرتد فدخل دار الحرب لم يكن محرزا نفسه عليه فكذلك اذا ابق مرتدا وكذلك لا يكون محرزا لما معه من المال فيرد ذلك على المولى ثم هذا لا يشكل على اصل ابي حنيفة كما هو مذهبه في الابق وكذلك عندهما لان اهل الحرب لم ياخذوه وانما يزول ملك المولى عندهما باحراز المشركين اياه بالاخذ فاذا لم يوجد ذلك بقي على ملك مولاه قوم ارتدوا عن الاسلام وحاربوا المسلمين وغلبوا على مدينة من مدائنهم في ارض الحرب ومعهم نساؤهم وذراريهم ثم ظهر المسلمون عليه فانه تقتل رجالهم وتسبى نساؤهم وذراريهم والحاصل ان عند ابي حنيفة انما تصير دارهم دار الحرب بثلاث شرائط احدها ان تكون متاخمة ارض الترك ليس بينها وبين ارض الحرب باب للمسلمين والثاني ان لا يبقى فيها مسلم امن بامانه ولا ذمي امن بامانه والثالث ان يظهروا احكام الشرك فيها وعند ابي يوسف ومحمد اذا اظهروا احكام الشرك فيها فقد صارت دارهم دار الحرب لان البقعة انما تنسب الينا او اليهم باعتبار القوة والغلبة فكل موضع ظهر فيه حكم الشرك فالقوة في ذلك الموضع للمشركين ولكن ابو حنيفة يعتبر تمام القهر والقوة لان هذه البلدة كانت من دار الاسلام محرزة للمسلمين فلا يبطل ذلك الاحراز الا بتمام القهر من المشركين وذلك باستجماع الشرائط الثلاث لانها اذا لم تكن متصلة بالشرك فاهلها مقهورون باحاطة المسلمين بهم من كل جانب وكذلك ان بقي فيها مسلم او ذمي امن فذلك دليل عدم تمام القهر منهم وهو نظير ما لو اخذوا مال المسلم في دار الاسلام لا يملكونه قبل الاحراز بدارهم لعدم تمام القهر ثم ما بقي شي من اثار الاصل فالحكم له دون العارض كالمحلة اذا بقي فيها واحد من اصحاب الخطة فالحكم له دون السكان والمشترين وهذه الدار كانت دار الاسلام في الاصل فاذا بقي فيها مسلم او ذمي فقد بقي اثر من اثار الاصل فيبقى ذلك الحكم وهذا اصل لابي حنيفة حتى قال اذا اشتد العصير ولم يقذف بالزبد لا يصير خمرا لبقاء صفة السكون وكذلك حكم كل موضع معتبر بما حوله فاذا كان ما حول هذه البلدة كلها دار الاسلام لا يعطى لها حكم دار الحرب كما لو لم يظهر حكم الشرك فيها وانما استولى المرتدون عليها ساعة من نهار في كل موضع لم يصر الدار دار الحرب فاذا ظهر المسلمون عليها قتلوا الرجال واحرزوا النساء والذراري على الاسلام ولم يصب واحد منهم وفي كل موضع صار دار حرب فالنساء والذراري والاموال فيه الخمس ويجبرون على الاسلام لردتهم ولا يحل لمن وقعت امراة منهم في سهمه ان يطاها ما دامت مرتدة ملازمة تهوده او متنصرة لان الردة تنافي الحل وانما يحل بملك اليمين من يحل بالنكاح فان كان عليها دين فقد بطل بالسبي لانها صارت امة وما كان من الدين على حر لا يبقى بعد ان يصير امة لان الرق يبدل نفسها ولان الدين لا يجب على المملوك الا شاغلا ماليته ورقبته وهذه مالية حادثة بالسبي يخلص للسابي فلهذا لا يبقى الدين عليها واذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولدهما الصغير ثم ظهر عليهما المسلمون فالولد فيء لانه خرج من ان يكون مسلما حين لحق به بدار الحرب فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الوالدين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا بدار الحرب فان ثبوت حكم الاسلام للصغير فلهذا كان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما يجبر عليه وان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير ثم خرج الى دارنا بقي الولد مسلما باسلامه حتى اذا وقع الظهور عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب وهنا قد كان الولد مسلما فيبقى كذلك ببقاء الام مسلمة وان كانت في دار الاسلام وكذلك ان كانت الام ميتة لان اسلامها باق حكما بموتها فلا يبطل

كانتم

وكذلك ان كانت الام نصرانية ذمية لانها من اهل دارنا وكما يتبعها الولد اذا كانت من اهل دارنا يتبعها اذا كانت من اهل دارنا توفيرا
للمنفعة على الولد واذا ابق لانه لا يتم احراز الولد بدار الحرب لان اعتبار جانب الاب يوجب ان يكون الولد حربيا واعتبار جانب الام
يوجب ان يكون الولد من اهل دار الاسلام فيترجح هذا الجانب عند المعارضة توفيرا للمنفعة على الولد ولانه لا يتم احراز الولد بدار
الحرب لان اعتبار جانب الاب يوجب ان يكون الولد حربيا واعتبار جانب الام يوجب ان يكون الولد من اهل دار الاسلام فيترجح هذا
الجانب عند المعارضة توفيرا للمنفعة على الولد واذا بقي من اهل دارنا لكانه في دارنا حقيقة فلا يسترق وكذلك ان كان الاب ذميا
نقض العهد فهو كالمسلم يريد في انه يصير من اهل دار الحرب اذا لحق بهم واذا ولد للمرتدين في دار الحرب ولد ثم ولد لولدهما ولد ثم
الظهور عليهم اجبر ولدهما على الاسلام ولم يجبر ولد ولدهما على الاسلام لان حكم الاسلام قد ثبت لولدهما باعتبار ان الابوين كانا
مسلمين في الاصل والولد تابع لهما فكذلك يجبر على الاسلام فاما ولد الولد لم يثبت له حكم الاسلام لانه تابع لابيه في الدين لا لجده
ما كان مسلما قط الا ترى انه لو اسلم الجد لا يصير ولد الولد مسلما باسلامه فكذلك لا يجبر على الاسلام باسلام جده وهذا لانه اعتبر اسلام
جده في حق النافلة كان الجد الاعلى والادنى في ذلك سواء فيؤدي الى ان يكون الكفار كلهم مرتدين يجبرون على الاسلام باسلام جدهم ادم
او نوح صلوات الله عليهما وذكر في النوادر انهما اذا ارتدا ولحقا بدار الحرب بولد صغير لهما بدار الحرب يولد لذلك الولد بعد ما كبر ولد
ثم ظهر المسلمون على ولد الولد فهو يجبر على الاسلام في قول ابي حنيفة ومحمد ولا يجبر عليه في قول ابي يوسف لان هذا الولد ما كان مسلما بنفسه
وانما يثبت حكم الاسلام في حقه تبعا فهو كالمولود في دار الحرب بعد ردتهما سواء وهما يقولان قد كان هذا الولد محكوما باسلامه تبعا لابويه
او للدار الاسلام والولد يتبع اباه في الدين فاذا كان الاب مسلما في وقت ثبت لولده حكم الاسلام فيجبر على الاسلام بخلاف ما اذا ولد في دار
الحرب بعد ردتهما لان هذا الولد لم يكن مسلما قط واذا نقض قوم من اهل الذمة والعهد وغلبوا على مدينة فالحكم فيهم كالحكم في المرتدين الا ان
للامام ان يسترق رجالهم بخلاف المرتدين لانهم كفار في الاصل فانما كانوا لا يسترقون لكونهم من اهل دارنا وقد بطل ذلك حين نقضوا العهد وصارت
دارهم دار حرب فاما المرتدون كانوا مسلمين في الاصل ولا يقبل منهم الا السيف او الاسلام وكذلك ان رجع الذين نقضوا العهد الى الصلح
والذمة قبل ذلك منهم بخلاف المرتدين لانهم لما نقضوا العهد التحقوا بالحربيين واهل الحرب اذا انقادوا للذمة قبل ذلك منهم بخلاف المرتدين
والاصل ان من جاز استرقاقه جاز ابقاؤه على الكفر بالجزية لان القتال ينتهي بكل واحد من الطريقين وفيه منفعة للمسلمين ثم اذا عادوا الى الذمة
اخذوا بالعهود التي كانت قبل نقض العهد عليهم من القصاص في المال للبقاء نفوسهم وذممهم على ما كانت قبل نقض العهد ونقض العهد كان
عارضا فاذا انعدم صار كان لم يكن وكم لم يوجد واما ما اصابوا في المحاربة لانهم اهل حرب حين باشروا السبب وقد بينا ان اهل الحرب لا يضمنون
ما اتلفوا من النفوس والاموال في حال حربهم اذا تركوا المحاربة بالاسلام او الذمة وكذلك المرتدون في هذا بمنزلة اهل الذمة لان
القصاص المستحق عليهم عقوبة ماتت بحق المسلم والردة ونقض العهد لا ينافيها وان تعذر استيفاؤها العضو ربه صاحب الحق عن عليه والمال كذلك
فاذا امكن من الاستيفاء كان له ان يستوفي حقه واذا نقض الذمي العهد مع امرأته ولحقا بارض الحرب ثم عادا الى الذمة فهما على نكاحهما لانه
لم تتباين بهما دين ولا دار ولو ارتد المسلمان ثم اسلما كانا على نكاحهما فالذميان اولى بذلك وان كان خلف في دار الاسلام امرأة ذمية بانت
منه بتباين الدارين حقيقة وحكما لان الذي بقيت في دارنا من اهل دارنا وكذلك المرتد اذا لحق بدار الحرب وخلف امرأته المرتدة معه في دار
الاسلام انقطعت العصمة بينهما لان المرأة من اهل دارنا وان كانت مرتدة فقد تباينت الدار بهما حقيقة وذلك قاطع للعصمة بينهما واذا منع
المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم لحقوا بارض الحرب فاصابوا سبايا منهم واصابوا اما الامن اموال المسلمين واهل الذمة ثم اسلموا كان ذلك
كله لهم لانهم ملكوا ذلك بالاحراز بدارهم ومن اسلم على مال فهو له الا ان يكونوا اخذوا من المسلمين واهل الذمة حرا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد
فعليهم تخلية سبيلهم لان هؤلاء لا يملكون بالاحراز لما كان حقيقة الحرية او حق فانيهم بالاسلام وان كان اهل الاسلام اصابوا من هؤلاء في حربهم
مالا او ذرية فاقتسموها على الغنيمة لم يردوا عليهم شيا من ذلك لانهم اصابوا اموال اهل الحرب ودارهم وملكوها بالاحراز والغنيمة فلا يرد
عليهم وان اسلموا بعد ذلك كما لو اصابوا ذلك من غيرهم من اهل الحرب وان طلب المرتدون ان يجعلوا ذمة للمسلمين لم يفعل ذلك بهم لانه انما
يقبل الذمة ممن يجوز استرقاقه ولان المرتدين كمشركي العرب فان اولئك جاءوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومولاه على دينه وكما لا يقبل الذمة
من مشركي العرب عملا بقوله عليه السلام لا يجتمع في جزيرة العرب دينان فكذلك لا يقبل ذلك من المرتدين وان طلبوا الموادعة مدة لينظروا
في امرهم فلا باس بذلك ان كان ذلك خيرا للمسلمين ولم يكن للمسلمين بهم طاقة لانهم ارتدوا والشبهة دخلت عليهم وزوال ذلك اذا انظروا في امرهم
وقد بينا ان المرتد اذا طلب التاجيل يؤجل الا ان هناك لا يزاد على ثلثة ايام لتمكن المسلمين من قتله وهنا لا طاقة بهم للمسلمين فلا باس بان
يمهلوهم مقدار ما طلبوا من المدة بحفظ قوة انفسهم ولعلهم عن نقاد منهم وان كانوا يطيقونهم وكان الحرب خيرا لهم من الموادعة حاربوهم لان

القتال

القتال معهم فرض الى ان يسلموا قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون ولا يجوز تاخير اقامة الفرض مع التمكن من اقامته واذا وادعوهم لم ياخذ الامام
منهم في الموادعة خراجا لان ذلك حينئذ يشبه عقد الذمة وقد بينا انه لا يقبل منهم الذمة فكذلك لا يؤخذ منهم على الموادعة خراج بخلاف
اهل الحرب فان اخذ منهم مالا جاز لان العصمة زالت عن اموالهم الا ترى انه لو ظهر المسلمون عليهم كانت اموالهم غنيمة فكذلك اذا اخذوا
شيا من اموالهم ملكوا ذلك باي طريق اخذوا منهم   قال ولا يقبل من مشركي العرب الصلح والذمة ولكن يدعون الى الاسلام فان اسلموا
والا قتلوا ويسترق نساؤهم وذراريهم ولا يجبرون على الاسلام وهم في ذلك بمنزلة المرتدين لان حكم الاجبار على الاسلام في نساء المرتدين
وذراريهم كانوا مسلمين في الاصل يجبرون على العود الى الاسلام ولكنهم يسترقون لان النبي عليه السلام سبى النساء والذراري من بني حنيفة فاذا
جاز ذلك في المرتدين ففي مشركي العرب اولى واما الرجال منهم لا يسترقون عندنا لان المعنى الذي جاز لاجله الاسترقاق في حق سائر الكفار
موجود في حق مشركي العرب وهو منفعة المسلمين في عملهم وخدمتهم ولان الاسترقاق اتلاف حكمي وما جاز في حقه الاتلاف الحقيقي من الكفار
الاصليين يجوز الاتلاف الحكمي بطريق الاولى لان فيه تحقيق معنى العقوبة بتبديل صفة المالكية والمملوكية وهو لائق بحال كل كافر فانهم لما
انكروا وحدانية الله تعالى عاقبهم على ذلك بان جعلهم عبيد عبيده وهكذا كان ينبغي في المرتدين الا ان قتل المرتد على ردته حد فقلنا لا يترك اقامة
الحد لمنفعة المسلمين ولان جرمه كانت متاكدة بالاسلام فلا يحتمل النقص بالاسترقاق وذلك لا يوجد في حق مشركي العرب وحجتنا في ذلك
قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قيل معناه الى ان يسلموا والاية فيمن كان يقاتلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم عبدة الاوثان من العرب
فدل انهم يقتلون ان لم يسلموا وقال عليه السلام لا رق على عربي وقال يوم اوطاس لو جرى رق على عربي لكان اليوم وانما هو القتل او
او الاسلام وظاهر قوله تعالى ما كان لنبي ان يكون له اسرى حتى يثخن في الارض تريدون عرض الدنيا يدل على تحريم الاسترقاق كما يدل على
المنع من المفاداة لان المقصود بكل واحد منهما ابتغاء عرض الدنيا ولانه لا يقبل منهم عقد الذمة بالاتفاق والاسترقاق والذمة يتقاربان
في المعنى لان في كل واحد من الامرين ابقاء الكافر على كفره لمنفعة المسلمين في ذلك من مال او عمل وفي الجزية معنى الصغار والعقوبة في حقهم كما في
الاسترقاق بل اظهر فالاسترقاق ثابت في حق النساء والصغار والجزية لا تجب الا على الرجال البالغين فاذا لم يجز ابقاء عبدة الاوثان من العرب
على الشرك بالجزية فكذلك بالاسترقاق وقد بينا انهم في تغليظ جريمتهم جنايتهم كالمرتدين فكما لا يسترق المرتدون فكذلك عبدة الاوثان من
العرب على الشرك بالجزية فكذلك بالاسترقاق بخلاف سائر المشركين واهل الكتاب من العرب حكمهم حكم غيرهم من اهل الكتاب حتى يجوز استرقاقهم
واخذ الجزية منهم لانهم ليسوا من العرب في الاصل وان توطنوا في ارض العرب بل هم في الاصل من بني اسرائيل ولئن كانوا في الاصل من العرب
فجنايتهم في التغليظ ليس كجناية عبدة الاوثان فان اهل الكتاب يدعون التوحيد ولهذا يوكل ذبائحهم ويجوز مناكحة نسائهم بخلاف عبدة الاوثان
والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام اخذ الجزية من يهود بني ... ووادي القرى وكذلك من نصارى نجران ... وطي وعمر رضي الله عنه اراد ان يوظف
الجزية على نصارى بني تغلب ثم صالحهم على الصدقة المضعفة وقال هي جزية سموها ما شئتم وكانوا من العرب فاما عبدة الاوثان من العجم
فلا خلاف في جواز استرقاقهم وانما الخلاف في اخذ الجزية منهم فعندنا يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز بمنزلة عبدة الاوثان من العرب
فان نص في اهل الكتاب حكم الجزية بقوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وزعم الشافعي ان المجوس اهل الكتاب
روي فيه اثر عن علي رضي الله عنه انه قال لهم كتاب يقرؤونه الى ان واقع ملكهم اخته فاصبحوا وقد اسري بكتابهم حديث فيه طول وحجتنا في
ذلك ان الجزية تؤخذ من المجوس بالاتفاق ولا كتاب لهم فان النبي عليه السلام قال سنوا بهم سنة اهل الكتاب ففي هذا تنصيص على انه لا كتاب
لهم وقال تعالى ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ولو كان للمجوس كتاب لكانوا ثلاث طوائف والاثر بخلاف نص القرآن
لا يكاد يصح فثبت ان لا كتاب للمجوس ومع ذلك يؤخذ منهم الجزية وهم مشركون فانهم يدعون الاثنين وان اختلفت عباراتهم في ذلك من
النور والظلمة او يزدان واهرمن وليس الشرك الا هذا فاذا جاز اخذ الجزية منهم فكذلك من غيرهم من المشركين وقد اخذ رسول الله صلى
الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر وبهذا تبين ان ذكر اهل الكتاب في الاية ليس لتقييد الحكم بذلك بل لبيان جواز اخذ الجزية من اهل
الكتاب ومن اصلنا ان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه قوم غزوا اهل الحرب فارتد منهم طائفة واعتزلوا
عسكرهم وحاربوا اولئك وحدهم فاصاب المسلمون غنيمة واصاب اولئك المرتدون ايضا غنيمة من اهل الشرك ثم تابوا قبل ان يخرجوا من
دار الحرب لم يشارك احد الفريقين الاخر فيما اصابوا لان بعضهم لم يكن ردا للبعض فالمسلمون لا ينصرون المرتدين ولا يستنصرون
بالمرتدين اذا حزبهم امر ولان مصاب المرتدين ليس بغنيمة اذا لم يكن قصدهم عند الاصابة اعزاز الدين والمرتدون في حق المسلمين كاهل
الحرب فانهم في دار الحرب واهل الحرب اذا اسلموا او التحقوا بالجيش لم يشاركوهم فيما اصابوا قبل ذلك فكذلك المرتدون الا ان يلقوا
قتالا فيقاتلوا قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام فحينئذ يشارك بعضهم بعضا في ذلك ثم هذا فيما اصابه المسلمون غير مشكل بمنزلة من اسلم

اهل الحرب والتحق بالجيش او لحقوا فقاتلوا لا فاتل وما اصاب المرتدون وان لم يكن له حكم الغنيمة فانه يأخذ حكم الغنيمة بهذا القتال
كالمتلصص اذا اصاب مالا ثم لحقه جيش المسلمين فان ما اصابه يأخذ حكم الغنيمة حتى يخمس ولا شيء على من قتل المرتدين قبل ان يدعوهم الى الاسلام لانه
بمنزلة كافر قد بلغتهم الدعوة فان وجد وما يخمس وان قاتلوهم قبل ان يدعوهم يخمس قال واذا ارتد الغلام المراهق عن الاسلام لم يقتل
وهنا فصلان احدهما اذا اسلم الغلام العاقل الذي لم يحتلم فاسلامه صحيح عندنا استحسانا وفي القياس لا يصح اسلامه في احكام الدنيا وهو
قول زفر والشافعي لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم ومن كان مرفوع القلم فلا شيء في الدنيا على قوله ولانه غير مخاطب بالاسلام
ما لم يبلغ فلا يحكم بصحة اسلامه كالذي لا يعقل اذا لقن فتكلم به وتقريره من اوجه احدها انه لا عبرة لعقله قبل البلوغ حتى يكون تبعا لغيره
في الدين بمنزلة الذي لا يعقل وتقريره هذا انه يحكم باسلامه اذا اسلم احد ابويه مع كونه معتقدا للكفر بنفسه فاذا لم يعتبر اعتقاده ومعرفته في
ابقاء ما كان ثابتا فكيف يعتبر ذلك في اثبات ما لم يكن ثابتا وتركونه اصلا في حكم وتبعا فيه لغيره مغايرة على سبيل المنافاة والثاني انه لو صح
اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب
بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح اصلا بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره اعتبارا
عقله قبل البلوغ لضرورة الحاجة اليه وذلك يختص بما لا يمكن تحصيله له من قبل غيره فيما يمكن تحصيله من جهة غيره لا حاجة الى اعتبار عقله
فلا يعتبر والدليل عليه انه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا يقع الفرقة بينه وبين امرأته فلو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا
لم يحسن ان يصف كما بعد البلوغ ولان احكام الاسلام في الدنيا تنبني على قوله وقوله اما ان يكون اقرارا او شهادة فلا يتعلق به حكم في الشرع
كسائر الاقارير والشهادات فاما فيما بينه وبين ربه اذا كان معتقدا لما يقول فنحن نسلم ان له في احكام الاخرة ما للمسلمين وحجتنا في ذلك قوله عليه
السلام حتى يعرب عنه لسانه اما شاكرا واما كفورا وقد اعرب لسانه هنا شاكرا فكونوا لا تجعله كافرا كفورا وان عليا رضي الله عنه اسلم
وهو صبي وحسن اسلامه حتى افتخر به في شعره فقال سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم
واختلفت الروايات في سنه حين اسلم فقال محمد بن جعفر اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي عليه السلام دعاه الى
الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون الى ان موت علي رضي الله عنه فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين
فيكون ثمانيا وخمسين وقال الحسن اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين بهذا الطريق ايضا وقال الجاحظ اسلم وهو ابن عشر سنين ومات
وهو ابن ثلاث وستين سنة وهكذا ذكره محمد في السير الكبير والمعنى فيه ان حقيقة الاسلام وهو من اهله فيحكم باسلامه كالبالغ وبيان الوصفين ان
الاسلام اعتقاد بالقلب واقرار باللسان وهو من اهل الاعتقاد ومن رجع الى نفسه علم انه كان يعتقد التوحيد قبل بلوغه ولانه من اهل اعتقاد
سائر الاشياء والمعرفة به ومن اهل المعرفة بابويه والرجوع اليه اذا حزبه امر فعرفنا ضرورة انه من اهل معرفة خالقه وقد اسمعنا اقراره بعبادة
مفهومة ونحن نرى صبيانا نتناظر في الدين ويقيم الحجج الظاهرة حتى اذا ناظر الموحدين فهم واذا ناظر الملحدين الحجم فلا يظن بعاقل ان يقول
انه ليس من اهل المعرفة والدليل على الاهلية انه جعل مسلما تبعا لغيره وبدون الاهلية لا يتصور ذلك ولانه مع الصبا اهل للرسالة قال تعالى وآتيناه
الحكم صبيا فعلم ضرورة انه اهل للاسلام بعد وجود الشيء حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعي فلا يظن ذلك هنا فالناس عن آخرهم
دعوا الى الاسلام والحجر عن الاسلام كفر ولا حكم بصحته لضد الحجة ولا يتصور كذلك في الاسلام فانه سبب للفوز والسعادة الابدية
فيكون محض منفعة في الدنيا والآخرة وان حرم ميراث مورثه الكافر او بانت منه زوجته الكافرة فانما حال بذلك على جهة الاحكام الاسلامية الا
ان هذا الحكم يثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض منفعة لا فيما يشوبه ضرر وانما جعل تبعا لتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار منفعته
مع ابقاء التبعية معنى توفر المنفعة لانه ينفتح عليه باب تحصيل هذه المنفعة بطريقين فكان ذلك انفع وانما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة
اذا كان بينهما مضادة فاما اذا تأيد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر كانت هي مسافرة بنيتها مقصودا
وتبعا لزوجها ايضا وانما لم يعتبر اعتقاده عند الاسلام احد الابوين لتوفر المنفعة فهذا يدل على اعتبار اعتقاده اذا اسلم مع كونه لتوفر المنفعة
عليه واما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع من الاداء وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادى باعتبار ان عند الاداء يحصل الخطاب كالنساء
ليحصل المقصود كالمسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا ادى يجعل ذلك منه فرضا بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب عليه بالاسلام لدفع
الضرر ولا ضرر عليه اذا ادرج بهذا الطريق بل يتوفر المنفعة عليه مع انه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير ان يتعرض لصفته وانما لا تبين زوجته
منه اذا لم يحسن ان يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وتوفر المنفعة عليه ولا وجه لاعتبار هذا القول بما يل الاقاويل فانما يجعله فيها
كاذبا او لاعبا اذا اقر بوحدانية الله تعالى فلا يظن باحد انه يقول هو كاذب في ذلك او لاعب بل يتيقن انه صادق في ذلك فيحرم الحكم عليه فاما اذا
ارتد هذا الصبي العاقل فابو يوسف يقول لا يصح ردته وهو رواية عن ابي حنيفة وهو القياس لان الردة تضره وانما يعتبر معرفته وعقله فيما ينفعه

ولا فيما يضره الا ترى ان قبول الهبة منه صحيح والرد باطل وابو حنيفة ومحمد قالا يحكم بصحة ردته استحسانا لعلة لا بحكمه فان من ضرورة اعتبار
معرفته الحكم باسلامه بناء على علته اعتبار ردته ايضا لانه جهل منه بخالقه وجهله في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك
جهله بربه ولان من ضرورة كونه اهلا للعقد لا حرام والصلوة كان اهلا للخروج منها وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الا ترى
ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة ابيه فبهذا يتضح الفرق بينهما فاذا حكم
بصحة ردته بانت امرأته منه ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل التزام العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات
ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه وليس من ضرورته استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل للارتداد
بعد اسلامه وفي الاستحسان لا يقتل ولكن يجبر على الاسلام لانه ما كان مسلما مقصودا بنفسه وانما يثبت له حكم الاسلام تبعا لغيره
فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وان بلغ مرتدا والثاني اذا اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا فهو على هذا القياس والاستحسان لقيام
الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالث اذا ارتد في صغره والرابع المكره على الاسلام اذا ارتد فانه لا يقتل
استحسانا لانا حكمنا باسلامه باعتبار الظاهر وهو ان الاسلام مما يجب اعتقاده ولكن قيام السيف على راسه دليل على انه غير معتقد
فيصير ذلك شبهة في اسقاط القتل عنه وفي جميع ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ٥ واذا ارتد السكران فـ
القياس تبين منه امرأته لان السكران كالصاحي في اعتبار اقواله كما نعاله حتى لو طلق امرأته بانت منه ولو باع او اقر بشيء كان صحيحا منه
ولكنه استحسن فقال لا تبين منه امرأته لان الردة تنبني على الاعتقاد ونحن نعلم ان السكران غير معتقد لما يقول ولانه لا يخلو سكران من التكلم
بكلمة الكفر في حال سكره عادة والاصل فيه ما روي ان واحدا من كبار الصحابة سكر حين كان الشرب حلالا فقال لرسول الله صلى الله عليه
وسلم هل انتم الا عبيد لي ولعبيد آبائي ولم يجعل ذلك منه كفرا وقرأ سكران قل يا ايها الكافرون في صلوة المغرب وترك اللاءات فيه فنزل قوله
تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى فهو دليل على انه لا يحكم بردته في حال السكر كما لا يحكم به في حال جنونه فلا تبين منه امرأته
والمكره على الردة في القياس تبين منه امرأته وبه اخذ الحسن لانا نعلم من تقديم ما نعلم من علانيته فانما نبني الحكم على ما يسمع منه ولهذا لا يحكم
باسلامه وان اسلم مكرها ولا اثر لعذر الاكراه في المنع من وقوع الفرقة كما لو اكره على الطلاق وفي الاستحسان لا يقع الفرقة بينه وبين
امرأته لان قيام السيف على راسه دليل ظاهر على انه غير معتقد لما يقول وانما قصد به دفع الشر عن نفسه والردة تنبني على الاعتقاد
بخلاف الاسلام فهناك بمقابلة هذا الظاهر ظاهر آخر وهو ان الاسلام مما يجب اعتقاده وبخلاف الطلاق لان ذلك انشاء يستوي فيه المكره
والاكراه لا ينافي الانشاء وهذا اخبار عن اعتقاده والاكراه دليل على انه كاذب فيه نحو انه لو اقر بالطلاق واذا طلب وارث المرتد
كسبه الذي كسبه في ردته وقال لو اسلم قبل ان يموت فعليهم البينة في ذلك وهذا عند ابي حنيفة لانه يفرق بين الكسبين والمعنى فيه ان سبب
حرمانهم ظاهر وهو ردته عند اكتسابه فهم يدعون عارضا مزيلا لذلك وهو اسلامه قبل موته فعليهم ان يثبتوا ذلك بالبينة وان
نقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب عمل في تركته وورثته ما يعمل به في تركة المرتد لانه صار حربيا حقيقة وحكما فيكون كالميت في حق
من هو في دارنا

باب الخوارج ٥

اعلم بان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته هكذا رواه الحسن عن ابي حنيفة لقوله
عليه السلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال للواحد من اصحابه كن حلسا من احلاس بيتك فان دخل عليك فكن عبد الله ٥
المقتول ولا تكن عبد الله القاتل ومعناه كن ساكنا في بيتك قاعدا وان كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة
من المسلمين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتل مع امام المسلمين الخارجين لقوله فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي
والامر حقيقة للوجوب ولان الخارجين قصدوا اذى المسلمين واماطة الاذى من ابواب الدين وخروجهم معصية ففي القيام بقتالهم
نهي عن المنكر وهو فرض ولانهم يهيجون الفتنة قال عليه السلام الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها فمن كان ملعونا على لسان صاحب الشرع يقاتل
معه والذي روي ان ابن عمر رضي الله عنه وغيره لم يروا ذلك تأويله انه لم يكن بهم طاقة القتال وهذا الفرض على من يطيقه والامام على حق
فامر بالقتال واحرابه مأمور بذلك يقول امرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين وفي الكتاب بدأ الباب بحديث كثير الحضرمي حيث
قال دخلت مسجد الكوفة من قبل ابواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول اعاهد الله لاقتلنه
فتعلقت به وتفرق اصحابه فاتيت به عليا رضي الله عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك قال ادن ويحك من انت فقال انا سوار
المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه فقلت اخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك فقال افاقتله ولم يقتلني فانه قد شتمك قال فاشتمه

ان شتب او دعه وفي هذا دليل على ان من لم يظهر منه خروج فليس للامام ان يقتله وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قال اما لم يعزموا على الخروج
فالامام لا يتعرض لهم فاذا بلغه عزمهم على الخروج فحينئذ ينبغي له ان ياخذهم فيحبسهم قبل ان يتفاقم امرهم لعزمهم على المعصية وتهيج
الفتنة وكان هؤلاء لم يكونوا معلنين للخروج عليه ولم يعزموا على ذلك ولم يصدقه علي رضي الله عنه فيما اخبر به من عزمه على قتله لما
ظهر امره بان يخل عنه وليس مراده من قوله فاشتمه ان يشتب ان ينسبه الى ما ليس فيه فذلك كذب او بهتان لا رخصة فيه وانما مراده ان
ينسبه الى ما علم منه فيقول يا فتان يا شرير لقصده الى الشر والفتنة وما اشبه ذلك من الكلام وهو معنى قوله لا يحب الله الجهر بالسوء
من القول الا من ظلم   قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه انه بينا يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه
كلمة حق اريد بها باطل لم نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم مع ايدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا
ثم اخذ في خطبته ومعنى قوله اذ حكمت الخوارج اي نادوا الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا اخذ علي رضي الله عنه في خطبته ليشوشوا خاطره
فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم وتفويضه الحكم الى ابي موسى ولهذا قال علي كلمة حق اريد بها باطل يعني ان ظاهر
قول المراد الحكم لله حق ولكنهم يقصدون به الباطل وهو نسبته الى الكفر ثم فيه دليل على انهم ما لم يعزموا على الخروج فالامام لا يتعرض لهم
بالحبس والقتل فان المتكلمين بذلك ما كانوا عازمين على الخروج عند ذلك ولهذا قال لن نمنعكم مساجد الله ولن نمنعكم الفيء وفيه دليل على
ان التعريض بالشتم لا يوجب التعزير فانه لم يعزرهم وقد عرضوا بنسبته الى الكفر والشتم بالكفر موجب للتعزير وفيه دليل على ان الخوارج اذا
كانوا يقاتلون الكفار تحت راية اهل العدل فانهم يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم لانهم مسلمون وفيه دليل على انهم يقاتلون دفعا
لقتالهم فانه قال ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ومعناه حتى تعزموا على القتال بالتجمع والتحيز عن اهل العدل   قال وبلغنا عن علي رضي الله
عنه انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا اسيرا ولا تذففوا على جريح ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وبهذا كله ناخذ فنقول اذا
قاتل اهل العدل اهل البغي فهزموهم فلا ينبغي لاهل العدل ان يتبعوا مدبرا لانا قاتلناهم لقطع بغيهم وقد اندفع حين ولوا مدبرين ولكن
هذا اذا لم يبق لهم فئة يرجعون اليها فان بقي لهم فئة فانه يتبع مدبرهم لانهم ما تركوا قصدهم اصلا حين ولوا منهزمين بل تحيزوا الى
فئتهم ليعودوا فيتبعون لذلك ولهذا اتبع المدبر من المشركين لبقاء الفئة لاهل الحرب ولذلك لا يقتلون الاسير اذا لم يبق لهم فئة
وقد كان علي رضي الله عنه يحلف من يؤسر منهم ان لا يخرج عليه قط ثم يخل سبيله وان كانت لهم فئة فلا باس بان يقتل اسيرهم لانه ما اندفع
شره ولكنه مقهور ولو تخلص انحاز الى فئته فاذا راى الامام المصلحة في قتله فلا باس بان يقتل اسيرهم وكذلك لا يجهزوا على جريحهم
اذا لم يبق لهم فئة فان كانت باقية فلا باس بان يجهز على جريحهم لانه اذا برئ عاد الى الفئة والشر يقوم بالفئة ولان في قتل الاسير
والجهز على الجريح كسر شوكة اصحابه فاذا بقيت لهم فئة فهذا المقصود يحصل بذلك بخلاف ما اذا لم يبق لهم فئة وقوله ولا يكشف
ستر قيل معناه لا تسبى لهم ذراري ولا يؤخذ مال على سبيل التملك بطريق الاغتنام وبه يقول ولا تسبى نساؤهم وذراريهم لانهم مسلمون
ولا تملك اموالهم لبقاء العصمة فيها بكونها محرزة بدار الاسلام فان الملك بالقهر يحصل في محل ليس فيه عصمة الاحراز بدار الاسلام وما
اصاب اهل العدل من كراع اهل البغي وسلاحهم فلا باس باستعماله للتعليم عند الحاجة لانهم لو احتاجوا الى سلاح اهل العدل
كان لهم ان ياخذوه للحاجة والضرورة وقد اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن وكان ذلك بغير
رضاه حيث قال اغصبا يا محمد فاذا كان يجوز ذلك في سلاح من لا يقاتل ففي سلاح من يقاتل من اهل البغي اولى واذا وضعت الحرب اوزارها
رد ذلك عليهم لزوال الحاجة وكذلك ما اصيب من اموالهم يرد اليهم لانه لم يتملك ذلك المال عليهم لبقاء العصمة والاحراز فيه ولان
الملك فيه بطريق القهر لا يثبت ما لم يتم وتمامه بالاحراز بدار تخالف دار المستولى عليه وذلك لا يوجد بين اهل البغي واهل العدل لان
دار الفئتين واحدة   قال بلغنا عن علي رضي الله عنه انه القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئا اخذه حتى
كان اخر من عرف شيئا لانسان قدر حديد فاخذه ولما قيل لعلي رضي الله عنه يوم الجمل الا تقسم بيننا ما افاء الله علينا قال فمن ياخذ
عائشة وانما قال ذلك استبعادا لكلامهم واظهارا لخطائهم فيما طلبوا وان اخذت المراة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست حتى لا يبقى
منهم احد ولا تقتل لان المراة لا تقتل على ردتها فكيف تقتل اذا كانت باغية في حال امتناعها بالقتال انما جاز قتلها دفعا وقد اندفع
ذلك حين اسرت كالولد يقتل والده دفعا اذا اضطر وليس له ذلك بعدما اندفع قصده ولكنها تحبس لارتكابها المعصية ولمنعها من الشر
والفتنة وان اخذ رجل حر او عبد كان يقاتل وكان عسكر اهل البغي على حاله قتل لانه ممن يقاتل عبدا كان او حرا وقد بينا جواز قتل الاسير
اذا بقيت لهم فئة وان كان عبد يخدم مولاه ولم يقاتل حبس حتى لا يبقى من اهل البغي احد ولم يقتل لانه ما كان مقاتلا والقتال في حق اهل
البغي للدفع ممن لم يقاتل ولم يعزم على ذلك لا يقتل ولكنه قاتل الباغي وقد بينا انه يوقف حتى لا يبقى احد منهم وانما يوقف العبد بحبسه لكيلا

فيعود

فيعود الى مولاه وما اصاب المسلمون منهم من كراع او سلاح وليس لهم اليه حاجة قال واما الكراع فيباع ويحبس الثمن لانه يحتاج الى النفقة
ولا ينفق عليه الامام من بيت المال لما فيه من الاحسان الى صاحبه الباغي ولان حبس الثمن اهون عليه من حبس الكراع فلهذا يبيعه ويحبس ثمنه
حتى تتفرق جمعهم فيرد ذلك على صاحبه فاما السلاح فيمسكه ليرده على صاحبه اذا وضعت الحرب اوزارها وهذا لان في الرد في الحال
اعانة لهم على قتال اهل العدل فان طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها ان كان خيرا للمسلمين لما بينا انهم قد يحتاجون الى الموادعة ليحفظوا قوة انفسهم اذا لم
يقدروا على قتالهم وكما يجوز ذلك في حق المرتدين يجوز في حق اهل البغي ثم لم يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ولا يجوز اخذ الجزية من المسلمين
وقد بينا مثله في حق المرتدين الا ان هناك اذا اخذوا ملكوا لانهم بعدما صاروا اهل حرب تغنم اموالهم وهنا ان اخذوا لا يملكون
لان اموال الخارج لا تغنم بحال واذا تاب اهل البغي ودخلوا مع اهل العدل لم يؤخذوا بشيء مما اصابوا يعني بضمان ما اتلفوا من النفوس
والاموال ومراده اذا اصابوا ذلك بعدما تجمعوا وصاروا اهل منعة فاما ما اصابوا قبل ذلك فهم ضامنون لذلك لانا امرنا
في حقهم بالمحاجة والالزام بالدليل فلا تعتبر تاويلهم الباطل في اسقاط الضمان قبل ان يصيروا اهل منعة فاما بعدما صارت لهم
منعة فقد انقطع ولاية الالزام بالدليل حسا فيعتبر تاويلهم وان كان باطلا في اسقاط الضمان عنهم كتاويل اهل الحرب بعدما اسلموا
والاصل فيه حديث الزهري قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق
بتاويل القران فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القران فهو موضوع وما كان قائما
بعينه في ايديهم فهو مردود على صاحبه لانهم لم يملكوا ذلك بالاخذ كما انا لا نملك عليهم ما لهم والتسوية بين الفئتين المقاتلين بتاويل الدين
في الاحكام اصل وقد روي عن محمد انه قال افتيهم اذا تابوا ان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم ذلك في الحكم وهذا صحيح فانهم
كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطؤهم في التاويل الا ان ولاية الالزام كان منقطعا للمنعة فلا يجبرون على اداء الضمان في الحكم
ولكن يفتى به فيما بينه وبين ربه ولا يفتى اهل العدل بمثله لانهم محقون في قتالهم وقتلهم ممتثلون الامر وان كان اهل البغي قد استعانوا بقوم
من اهل الذمة على حربهم فقاتلوا معهم لم يكن ذلك نقضا للعهد منهم الا ترى ان هذا الفعل من اهل البغي ليس بنقض للايمان فكذلك
لا يكون من اهل الذمة نقضا للعهد وهذا لان اهل البغي مسلمون فان الله تعالى سمى الطائفتين باسم الايمان بقوله وان طائفتان من
المؤمنين   وقال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم
الاسلام في المعاملات وان يكونوا اهل دار الاسلام فلهذا لا ينتقض عهدهم بذلك ولكنه بمنزلة اهل البغي فيما اصابوا في الحرب لانهم
قاتلوا تحت راية البغاة فحكمهم فيما فعلوا كحكم البغاة وينبغي لاهل العدل اذا لقوا اهل البغي ان يدعوهم الى العدل هكذا روي عن علي
رضي الله عنه انه بعث ابن عباس رضي الله عنه الى اهل حروراء حتى ناظرهم ودعاهم الى التوبة ولان المقصود ربما يحصل من غير قتال بالوعظ
والانذار فالاحسن ان يقدم ذلك على القتال لان الكي اخر الدواء فان لم يفعلوا فلا شيء عليهم لانهم قد علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك
كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز القتال به من اهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار
عليهم والبيات بالليل لان قتالهم فرض كقتال اهل الحرب والمرتدين واذا وقعت الموادعة بينهم فاعطى كل واحد من الفريقين رهنا على
انه ايهما غدر فقتل الرهن فدماء الاخرين لهم حلال فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن الذين في ايديهم ولكنهم يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي
او يتوبوا لانهم صاروا امنين فينا اما بالموادعة او بان اعطيناهم الامان حين اخذناهم رهنا وانما كان الغدر من غيرهم فلا يؤخذون
بذنب الغير قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ولكنهم لا يخلى سبيلهم لانه يخاف فتنتهم وان يعودوا الى فئتهم فيحاربون اهل
العدل فلهذا حبسوا الى ان يتفرق جمعهم وكذلك ان كان هذا الصلح بين المسلمين والمشركين فغدر المشركون حبس رهنهم في ايدي المسلمين
حتى يسلموا او يأبوا فهم ذمة للمسلمين يوضع عليهم الجزية لانهم حصلوا في ايدينا امنين فلا يحل لنا قتلهم بعد غدر من غيرهم ولكنهم احتبسوا في
دارنا على التابيد لانهم كانوا راضين بالمقام في دارنا الى ان يرد علينا رهننا وقد فات ذلك حين قتلوا رهننا فقلنا انهم حبسوا في دارنا
على التابيد والكافر لا يترك في دارنا مقيما الا بجزية فيوضع عليهم الجزية ان لم يسلموا وحكي ان الدوانيقي كان ابتلي بهذا الصلح مع اهل
الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم في ذلك فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رحمه الله ساكت
فقال له ما تقول انت قال ليس لك ذلك لانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة
وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب
ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فقالوا لا علم لنا بذلك فقال ابو حنيفة يوضع عليهم الجزية قال لم قال
لانهم رضوا بالمقام في دارنا الى ان يرد علينا رهننا وقد تحقق فوات ذلك فكانوا راضين بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا

وصى بذلك يوضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه ورده الى بيته بجميل واذا امن الرجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لان وجوب
قتل الباغي لا يكون اقوى من وجوب قتل المشرك ثم هناك يصح امان الواحد من المسلمين بقوله يسعى بذمتهم ادناهم فكذلك هنا ولانه ربما يحتاج الى
ان يناظره ليتوب من غير قتال ولا يتاتى له ذلك ما لم يامن كل واحد منهما من صاحبه وكذلك ان قال لا سبيل عليك او لا باس عليك او امنه
بالفارسية او النبطية هكذا روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى امراء الاجناد ايما مسلم قال لكافر مترس او لا تذهل او لا ده فهو امان وكل
من يصح امانه للباغي كالمراة والعبد الذي يقاتل مع مولاه فان كان العبد لا يقاتل مع مولاه فامانه لاهل البغي على الخلاف ولا يجوز امان
الذمي ان كان يقاتل مع اهل العدل كما لا يجوز امانه للكفار وان قاتل النساء من اهل البغي اهل العدل وسعهم قتلهن دفعا لقتالهن فاذا
لم يقاتلن لم يسعهم مقاتلتهن كما في حق اهل الحرب بل اولى لان هذا القتال دفع محض فاذا قاتلن قتلن للدفع واذا لم يقاتلن فلا حاجة الى دفعهن
واذا كان قوم من اهل العدل في ايدي اهل البغي تجارا او اسراء فجنى بعضهم على بعض ثم ظهر عليهم اهل العدل لم تقتص لبعضهم من بعض لانهم
فعلوا ذلك حيث لا تصل اليهم يد امام اهل العدل ولا تجري عليهم حكمه فكانهم فعلوا ذلك في دار الحرب ولا يقبل قاضي اهل العدل
كتاب قاضي اهل البغي لان اهل البغي فسقة وما لم يخرجوا انفسهم فسق اعتقاد فاما بعدما اخرجوا انفسهم فسق التعاطي فكما لا تقبل شهادة
الفاسق فكذلك كتاب الفاسق ولانهم يستحلون دماءنا واموالنا فربما حكم قاضي اهل البغي بناء على هذا الاستحلال من غير حجة وان ظهر اهل البغي
على مصر فاستعملوا عليه قاضيا من اهله وليس من اهل البغي فانه يقيم الحدود والقصاص والاحكام بين الناس بالحق لا يسعه الا ذلك لان شريحا
رحمه الله تقلد القضاء من جهة بني امية والحسن كذلك وعمر بن عبد العزيز بعدما استخلف لم يتعرض لقضاء القضاة الذين تقلدوا من جهة
بني امية والمعنى فيه ان الحكم بالعدل دفع الظلم عن المظلوم من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك فرض على كل مسلم الا ان من كان
من الرعية فهو غير متمكن من الزام ذلك فاذا تمكن من ذلك بتقوم من ظلمه كان عليه ان يحكم بما هو فرض عليه سواء كان من ولاه باغيا او عادلا
فان شرط التقليد التمكن وقد حصل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من اهل المصر بشهادة من شهد عنده بذلك
اجازه اذا كان هذا القاضي الذي اتاه الكتاب يعرف الشهود الذين شهدوا عند ذلك القاضي وليسوا من اهل البغي لانهم لو
شهدوا عنده بذلك كان عليه ان يقضي بشهادتهم فكذلك اذا نقل القاضي بكتابه شهادتهم الى مجلسه وان كانوا من اهل البغي لا يمضي
كتابه كما لو شهدوا عنده بذلك لم يقض بشهادتهم على ما بينا وكذلك ان كان لا يعرفهم لان الظاهر في منعة اهل البغي ان من يسكن في دارهم
فهو منهم فما لم يعلم خلافه وجب عليه الاخذ بالظاهر قال وما اصاب اهل البغي من القتل والاموال قبل ان يخرجوا ويحاربوا ثم
صولحوا بعد الخروج على ابطال ذلك لم يجز واخذوا بجميع ذلك من القصاص والاموال لان ذلك حق لزمهم للعباد وليس للامام ولاية اسقاط
حقوق العباد فكان شرطهم اسقاط ذلك عنهم شرطا باطلا لا يوفى به ويصنع بقتلى اهل العدل ما يصنع بالشهيد ولا يغسلون
ويصلى عليهم هكذا فعله علي رضي الله عنه بمن قتل من اصحابه وبه اوصى عمار بن ياسر وحجر بن عدي وزيد بن صوحان حين استشهدوا وقد
روينا ذلك في كتاب الصلوة ولا يصلى على قتلى اهل البغي ولا يغسلون ايضا ولكنهم يدفنون لاماطة الاذى هكذا روي عن علي رضي الله
انه لم يصل على قتلى النهروان ولان الصلوة عليهم للدعاء والاستغفار وقال تعالى وصل عليهم ان صلواتك سكن لهم وقد منعنا
من ذلك في اهل البغي ولان القيام بتغسيلهم والصلوة عليهم نوع موالاة معهم والعادل ممنوع من الموالاة مع اهل البغي في حياة الباغي
فكذلك بعد وفاته وكان الحسن بن زياد يقول هذا اذا بقيت لهم فئة فان لم يبق فلا باس للعادل ان يغسل قريبه من اهل البغي
ويصلي عليه ويجعل ذلك بمنزلة قتل الاسير والتجهيز على الجريح لان في القيام بذلك مراعاة حق القرابة ولا باس بذلك اذا لم يبق لهم
فئة قال واكره ان توخذ روسهم فيطاف بها في الافاق لانه مثلة ونهى رسول الله عن المثلة ولو بالكلب العقور ولانه
لم يبلغنا ان عليا رضي الله عنه صنع ذلك في شيء من حروبه وهو المتبع في الباب ولما حمل راس يناق البطريق الى ابي بكر رضي الله عنه كرهه
فقيل ان الفرس والروم يفعلون ذلك فقال لسنا من الفرس ولا من الروم يكفينا الكتاب والخبر وقد جوز ذلك بعض المتاخرين من
اصحابنا اذا كان فيه كسر شوكتهم او طمانينة قلب اهل العدل استدلالا بحديث ابن مسعود رضي الله عنه حين حمل راس ابي جهل الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ذلك فاذا قتل العادل في الحرب اباه الباغي ورثه لانه قتل بحق فلا يحرمه الميراث كالقتل
رجما او في قصاص وهذا لان حرمان الميراث عقوبة شرعت جزاء على قتل محظور والقتل المامور به لا يصلح ان يكون سببا له وكذلك
الباغي اذا قتل مورثه العادل يرثه في قول ابي حنيفة ومحمد ولا يرثه في قول ابي يوسف لانه قتل بغير حق فيحرمه الميراث كما لو قتله ظلما
من غير تاويل وهذا لان اعتقاده تاويله لا يكون حجة على مورثه العادل ولا على سائر ورثته انما يعتبر ذلك في حقه خاصة يوضحه
ان تاويل اهل البغي عند انضمام المنعة اليه يعتبر على الوجه الذي يعتبر في حق اهل الحرب وتاثير ذلك في اسقاط ضمان النفس والمال لا في

حكم التوريث اذ لا توارث بين المسلم والكافر وكذلك تاويل اهل البغي فهما يقولان المعاملة من الفريقين تاويل الدين فيستويان في الاحكام وان
اختلفا في الاثام كما في سقوط الضمان وكما في حق اهل الحرب مع المسلمين وكان قتل الباغي مورثه بغير حق بمنزلة قتل الحربي كذلك بغير حق ثم
لا يتعلق به حرمان الميراث حتى اذا جرح الكافر مورثه ثم اسلم ثم مات من تلك الجراحة ورثه وكان اعتقاده لا يكون حجة على العادل في حكم التوريث
فكذلك في حكم سقوط حقه في الضمان لا يكون حجة ولكن لما انقطعت ولاية الالزام بانضمام المنعة الى التاويل جعل الفاسد من التاويل في
كالصحيح في ذلك الحكم فكذلك في حكم التوريث ويكره للعادل ان يلي قتل اخيه وابيه من اهل البغي اما في حق الاب فلا يشكل فانه يكره له قتل ابيه المشرك
كما قال تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فالمراد في الابوين المشركين ولما استاذن حنظلة بن ابي عامر رسول الله صلى الله عليه في قتل ابيه المشرك
كره له ذلك وقال يكفيك ذاك غيرك وكذلك لما استاذن عبد الله بن عبد الله بن ابي رسول الله في قتل ابيه نهاه عن ذلك ولا باس بقتل اخيه اذا
كان مشركا ويكره اذا كان باغيا لان في حق الباغي اجتمع حرمتان حرمة القرابة وحرمة الاسلام فيمنعه ذلك من القصد الى قتله وفي حق الكافر
انما وجد حرمة واحدة وهو حرمة القرابة وذلك لا يمنعه من القتل كالحرمة في حق الدين في حق الاجانب من اهل البغي وان قصده ابوه المشرك
او الباغي ليقتله كان للابن ان يمتنع منه ويقاتله لانه يقصد بفعله الدفع عن نفسه لا لاهانته وكل احد مامور بان يدفع قصد غيره عن نفسه فاذا
كان الرجل من اهل العدل في صف من اهل البغي فقتله رجل لم يكن عليه فيه الدية كما لو كان في صف اهل الحرب لانا امرنا بقتال الفريقين لكل من
كان واقفا في صفهم فقتاله حلال والقتال الحلال لا يوجب شيئا ولانه اهدر دمه حين وقف في صف اهل البغي واذا دخل الباغي عسكر اهل
العدل بامان فقتله رجل من اهل العدل فعليه الدية كما لو قتل المسلم مستامنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه حين كان دخوله بامان
الا ترى انه يجب تبليغه مامنه ليعود حربيا فالقصاص يندرئ بالشبهة ووجوب الدية للعصمة والتقوم في دمه للحال واذا حمل العادل على الباغي
في المحاربة فقال قد تبت والقى السلاح كف عنه لانه انما يقاتله لتثبت وقد حصل المقصود فهو كالحربي اذا اسلم ولانه يقاتله دفعا لبغيه وقتاله
وقد اندفع ذلك حين القى السلاح ولذلك لو قال كف عني حتى انظر في امري فلعلي اتابعك والقى السلاح لانه استامن لينظر في امره فعليه ان يجيبه
الى ذلك رجاء ان يحصل المقصود بدون القتال كما في حق اهل الحرب لا يلزمه اعطاء الامان لان الداعي الى المحاربة هناك شركه ولا ينعدم ذلك بالقاء
السلاح وهنا اهل البغي مسلمون وانما يقاتلون لدفع قتالهم فاذا القى السلاح واستمهله كان عليه ان يمهله ولو قال انا على دينك ومعه السلاح
لم يكف عنه بذلك لانه صادق فيما قال وقد بينا ان البغاة مسلمون وقد كان العادل مامورا بقتاله مع علمه بذلك فلا يتغير ذلك باخباره اياه
بذلك وهذا لانه ما دام حاملا للسلاح فهو قاصد الى القتال ان يمكن منه فيقتله دفعا لقتاله واذا غلب قوم من اهل البغي على مدينة فقاتلهم
قوم اخرون من اهل الحرب ليغنموهم فهزموهم فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة لم يسع لاهل المدينة الا ان يقاتلوا دون الذراري لان
الذراري مسلمون لا يسبون والبغاة ظالمون في سبيهم وعلى كل من يقوى على دفع الظلم عن المظلوم ان يقوم به كما قال عليه السلام لا حتى تاخذوا على
يدي الظالم فتاطروه على الحق اطرا واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لم يسع لاهل العدل ان يغزوهم لانهم من المسلمين وامان المسلم اذا كان
في منعة ممتنعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم اهل البغي فسبوهم لم يشتر منهم اهل العدل شيئا من تلك السبايا لانهم كانوا في موادعة وامان
من المسلمين فالذين غدروا بهم لا يملكونهم ولكنهم يومرون باعادتهم الى ما كانوا عليه حتى اذا تاب اهل البغي امروا بردهم وكذلك ان كان اهل العدل
هم الذين وادعوهم وان ظهر اهل البغي على اهل العدل حتى الجاوهم الى دار الشرك فلا يحل لهم ان يقاتلوا اهل البغي مع اهل الشرك لان حكم اهل
الشرك ظاهر ولا باس بان يستعين اهل العدل بقوم من اهل البغي واهل الذمة على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون
لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا لم يكن لاهل البغي منعة وانما خرج رجل او رجلان
من مصر على تاويل يقاتلان ثم استامنا اخذا بجميع الاحكام لانهما بمنزلة اللصوص وقد بينا ان التاويل اذا تجرد عن المنعة لا يكون معتبرا لبقاء ولاية
الالزام بالحجة والدليل انهما معتقدان للاسلام فيكونان كاللصين في جميع ما اصابا واذا شد رجل على رجل في المصر بعصا او حجر فقتله
المشدود عليه بحديدة قتل به في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا شد عليه بشيء لو قتله به فقتله المشدود عليه فلا شيء عليه
يقتله وهذه المسالة تنبني على مسالة كتاب الديات ان القتل بالحجر والعصا لا يوجب القصاص عند ابي حنيفة وعندهما الا ما كان من الحجر الكبير
والعصا بمنزلة السلاح في ان يجب القصاص به بخلاف العصا الصغير ثم المشدود عليه تمكن من دفع شر القتل عن نفسه اذا صار مقصودا بالقتل
واقدامه على ما هو مباح له او مستحق عليه شرعا لا يوجب عليه شيئا فاذا كان عندهما الحجر الكبير كالسلاح في حق الشاد لو حقق مقصوده لزمه
القصاص بمجرد قصده يهدر دمه بل اولى لان هدر الدم واباحة القتل بمجرد القصد اسرع ثبوتا حتى كان للابن ان يقتل اباه اذا قصده دفعا
للضرر وان كان لو حقق مقصوده لا يلزمه القود وكذلك الصبي والمجنون اذا قتل انسانا بالسلاح يباح قتله دفعا وان كان لو حقق مقصوده
لا يلزمه القصاص ثم عندهما الة القتل كالسلاح فالمقصود بالقتل دفع شر القتل عن نفسه فلا يلزمه شيء وعند ابي حنيفة العصا والحجر ليس

باله القتل فهو لا يدفع القتل عن نفسه انما يدفع الاذى عن نفسه ولا حاجة الى دفع الاذى لا يباح له الاقدام على القتل ولان الشاد لو حقق مقصوده لا يلزمه القصاص فبمجرد القصاص ايضا لا يهدر دمه فان قيل ان كان لا يخاف على نفسه من جهة القتل فقد يخاف الخروج وحرمة الطرف انه لا يكون دون حرمة ماله ولو قصد ماله كان له ان يقتله دفعا فهذا اولى قلنا بيان هذا الحكم على قصده ونفسه هنا النفس لا الطرف والمسئود عليه لا يخاف القتل من جهته لانه في المصر بالنهار فيلحقه الغوث قبل ان ياتي على نفسه فلهذا لا يباح له الاقدام على قتله بخلاف ما اذا كان بالليل او كان بالمفازة لان الغوث بالبعد منه عادة فالى الناس وهو جوادها ماتى على نفسه فكان له دافعا شرا القتل عن نفسه وبخلاف السلاح فانه له القتل من حيث انه خارج فالظاهر انه ياتي على نفسه قبل ان يلحقه الغوث فيباح له ان يقتله دفعا ولا يلزمه شيء ولا يفصل بين قصده الى المال او الى النفس بل هو على التقسيم الذي قلنا سوا اراد نفسه او ماله ومقصود من ايراد هذه المسئلة هنا الفرق بين اللصوص من اهل البغي فان في حق اللصوص المنعة تجردت عن تاويل وقد بينا في حق اهل البغي ان المعتبر للحكم اجتماع المنعة والتاويل وانه اذا تجرد احدهما عن الاخر لا يتغير الحكم في حق ضمان المضارب والعبد في جميع ما ذكرنا كالحر وعلى هذا لو ان لصوصا غير متاولين غلبوا على مدينة فقتلوا الانفس واستهلكوا الاموال ثم ظهر عليهم اهل العدل اخذوهم بجميع ذلك لتجرد المنعة عن التاويل واذا غلب اهل البغي على مدينة فاستعملوا عليها قاضيا فقضى باشيا ثم ظهر اهل العدل على تلك المدينة فرفعت قضاياه الى قاضي اهل العدل فانه ينفذ منها ما كان عدلا لانه لو نقضها احتاج الى اعادة مثلها والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيئا ليعيد وكذلك ان قضى بما راه بعض الفقها لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ فلا ينقض ذلك قاضي اهل العدل من قضايا من تقلد من اهل البغي وان كان مخالفا لرايه واذا اجتمع عسكر اهل العدل والبغي على قتال اهل الحرب فغنموا غنيمة اشتركوا فيها لانهم مسلمون اشتركوا في القتال لاعزاز الدين وفي احراز الفيء بدار الاسلام وهو معنى قول علي رضي الله عنه لن نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم مع ايدينا وياخذ خمسها اهل العدل ليصرفوا ذلك الى المصارف فان اهل البغي لا يفعلون ذلك لانهم يستحلون اموالنا فالظاهر انهم لا يصرفون الخمس الى مصارفه ولان اهل العدل يومرون بان يتكلفوا ليكون الراية لهم وانما يظهر ذلك اذا كانوا هم الذين اخذوا الخمس وكذلك ان غنم احد الفريقين دون الاخر اشتركوا فيها لان بعضهم رد للبعض وقد اشتركوا في الاحراز وكذلك اذا غزا الامام بجند المسلمين ثم مات في دار الحرب فاختلف الجند فيمن يستخلفونه ثم غنموا وغنمت طائفة منهم اشتركوا فيها لانهم مع هذا الاختلاف مجتمعون على قتال اهل الحرب لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز الدين فيشتركون في المصاب وقد بينا ان جيشا لهم منعة لو دخلوا دار الحرب من غير اذن الامام خمس ما اصابوا وقسم ما بينهم على سهام الغنيمة وكذلك حال الذين قاتلوا بعدما مات الامام قبل ان يستخلفوا غيره واذا استعان قوم من اهل البغي بقوم من اهل الحرب على قتال اهل العدل وقاتلوهم فظهر عليهم اهل العدل فلا بسبي اهل الحرب وليست استعانة اهل البغي بهم بامان لهم لان المستامن من يدخل دار الحرب تاركا للحرب وهولاء ما دخلوا دار الاسلام الا ليقاتلوا المسلمين من اهل العدل فعرفنا انهم غير مستامنين ولان المستامنين لو تجمعوا او قصدوا قتال المسلمين وباجروهم كان ذلك منهم نقضا للامان فلان يكون هذا المعنى مما يعاينون الامان في الابتدا اولى وكذلك اهل البغي اذا وادعوا قوما من اهل الحرب فاغار اولئك القوم من اهل الحرب على اهل العدل فقاتلوهم وظهر عليهم اهل العدل صاروا ناقضين لتلك الموادعة والتحقوا بمن لا موادعة لهم من اهل الحرب في حكم السبي ومن لحق بعسكر اهل البغي وحارب معهم لم يحكم فيه حكم المرتد حتى لا يقسم ماله بين ورثته ولا تنقطع العصمة بينه وبين امراته فان عليا رضي الله عنه لم يفعل ذلك في حق احد ممن التحق من اهل عسكره بمن خالف ولما مال الذي اتاه بعد ذلك يخاصم في زوجته اب المال علينا عدونا مال ومعنى ذلك عداك فقال لا ارتضى له برد ثم له بزوجته ولان الموت الحكمي انما يثبت بتباين الدارين حقيقة وذلك لا يوجد هنا فمنعة اهل البغي واهل العدل كلها من دار الاسلام فلهذا لا يقسم ماله بين ورثته فلا تنقطع العصمة بينه وبين زوجته ٥

باب آخر

قال ابو حنيفة رحمه الله المتطوع في دار الحرب وصاحب الديوان في الغنيمة سوا لان النبي عليه السلام لما سيل عن الغنيمة قال لله سهم ولهولاء اربعة اسهم فقال السايل فهل احد احق بشيء من غيره فقال لا حتى لو رميت بسهم في جنبك فاستخرجته لم يكن احق من صاحبك ولان السبب هو القهر على وجه يكون فيه اعزاز الدين والمتطوع في ذلك كصاحب الديوان ومن دخل الحرب للتجارة وهو في عسكر المسلمين فلا حق له في الغنيمة الا ان يلقى المسلمون العدو فيقاتل التاجر معهم فيشاركهم حينئذ لان التاجر ما كان مقصوده عند الانفصال الى دار الحرب القتال لاعزاز الدين وانما قصد التجارة فلا يكون من الغزاة وان كان فيهم الا ان يقاتل فحينئذ تبين بفعله ان مقصوده القتال ومعنى التجارة

تبع فلا يحرم ذلك سهمه وقيل نزل قوله ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم يعني التجارة في طريق الحج وكذلك في طريق الغزو وقال ابو يوسف سالت ابا حنيفة رحمهما الله عن قتل النسا والصبيان والشيخ الذي لا يطيق القتال والذين بهم زمانة لا يطيقون القتال فنهى عن ذلك وكره والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين راى امراة مقتولة ما كانت هذه تقاتل فهذا تنصيص على انها لا تقتل والشيخ الكبير ومن به زمانة لا يقدر على الصفة وقالوا وهذا اذا كان لا يقاتل برايه فاما اذا كان يقاتل برايه ففي قتله كسر شوكتهم فلا باس بذلك فان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وكان ابن مائة وستين سنة وقد عمي ولكن كان ذا راي في الحرب قال وسالته عن اصحاب الصوامع والرهبان فراى قتلهم حسنا وفي السير الكبير يروى عن ابي حنيفة انهم لا يقتلون وهو قول ابي يوسف ومحمد وقيل لا خلاف في الحقيقة فانهم ان كانوا يخالطون الناس يقتلون عندهم جميعا لان المقاتلة يصدرون عن رايهم وهم الذين يحثونهم على قتال المسلمين وان كانوا طينوا على انفسهم الباب ولا يخالطون الناس اصلا فانهم لا يقتلون لانهم لا يقاتلون بالفعل ولا بالحث عليه وقيل بل في المسئلة خلاف فما استدل ابو حنيفة ابي بكر رضي الله عنه ليزيد ابن ابي سفيان حيث قال وستلقى اقواما من اصحاب الصوامع والرهبان زعموا انهم فرغوا انفسهم للعبادة فدعهم وما فرغوا انفسهم له والمعنى فيه انهم لا يقاتلون والقتل لدفع القتال فكانوا هم في ذلك كالنسا والصبيان وابو حنيفة يقول هولاء من ائمة الكفر وقال تعالى فقاتلوا ائمة الكفر فمعنى هذا الكلام انهم فرغوا انفسهم للاصرار على الكفر والاشتغال بما يمنع عنه في الاسلام والظاهر ان الناس يقتدون بهم وهم يحثون الناس على القتال فعلى هذا ان كانوا لا يحثونهم على ذلك قولا ولانهم ما صنعوا الا لحوج سهم من ان يكون صالحة للمحاربة وان كانوا لا يشتغلون بالمحاربة كالمشغولة بالتجارة والحراسة منهم بخلاف النسا والصبيان قال وسالته عن الرجل ياسر الرجل من اهل العدو وهل يقتله او ياتي به الامام قال اي ذلك فعل فحسن لان بالاسر ما يسقط الاباحة من دمه حتى يباح للامام ان يقتله فكذلك يباح لمن اسره كما قيل احتج ولما قتل امية بن خلف بعد ما اسر يوم بدر لم ينكر ذلك رسول الله على من قتله وان اتى به الامام فهو اقرب الى تعظيم حرمة الامام والاولى الى الاظهار الشرع على المشركين وكسر شوكتهم فينبغي ان يختار من ذلك ما يعلمه انفع واصلح للمسلمين قال وسالته عن الرجل من اهل الحرب تقتله المسلمون هل يبيعون جيفته من اهل الحرب قال لا باس بذلك في دار الحرب في عسكر المسلمين وقال ابو يوسف اكره ذلك وانهى عنه واصل الخلاف في عقود الربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب وقد بينا واشار الى المعنى ها هنا فقال اموال اهل الحرب تحل للمسلمين بالغصب بطيبة انفسهم اولى معناه ان في غير عسكر المسلمين لا امان لهم في المال الذي جاوا به فللمسلمين ان ياخذوها باي طريق يمكنون من ذلك ولا يكون هذا اخذا بسبب بيع الميتة والدم بل بطريق الغنيمة ولهذا يخمس ويقسم ما بقي منهم على طريق الغنيمة وسالته عن المسلمين يستعينون باهل الشرك على اهل الحرب قال لا باس بذلك اذا كان حكم الاسلام هو الظاهر الغالب لان قتالهم بهذه الصفة لاعزاز الدين والاستعانة عليهم باهل الشرك كالاستعانة بالكلاب ولكن يرضخ لاولئك ولا يسهم لان السهم للغزاة والمشرك ليس بغازي فان الغزو عبادة والمشرك ليس من اهلها واما الرضخ لتحريضهم على الاعانة اذا احتاج المسلمون اليهم بمنزلة الرضخ للعبيد والنسا قال وسالته عن الاسير يقتل او يفادى قال لا يفادى ولكنه يقتل ويجعل فيئا اي ذلك كان خيرا للمسلمين فعله الامام والكلام هنا في فصول احدها مفاداة الاسير بمال يوخذ من اهل الحرب فان ذلك لا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز بالمال العظيم وذكر في السير الكبير ان ذلك يجوز اذا كان بالمسلمين حاجة الى المال لقوله تعالى فاما منا بعد واما فداء والمراد به الاسارى بدليل اول الاية فشدوا الوثاق ولما شاور رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحابه رضي الله عنهم في الاسارى يوم بدر راسا ابو بكر رضي الله عنه بالمفاداة ومال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك لما راى من حاجة اصحابه الى المال في ذلك الوقت والمعنى فيه ان استرقاق الاسير جائز وفيه منفعة للمسلمين من حيث المال ففي ذلك اظهر فيجوز ذلك ولا يجوز قتله وفيه ابطال حق الغانمين عنه بغير عوض فلان يجوز بعوض وهو المال الذي يفادى به كان اولى وحجتنا في ذلك قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فهذا يبين ان قتل المشرك عند التمكن منه فرض محكم وفي المفاداة ترك اقامة هذا الفرض وسورة براءة من اخر ما نزلت فكانت هذه الاية قاضية على قوله فاما منا بعد واما فداء على ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم من مفاداة الاسارى يوم بدر وكيف وقد قال تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجا الا عمر فانه كان اشار بقتلهم واستقضي ذلك وقال تعالى وان ياتوكم اسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فاخبر الله عن الامم السالفة على وجه الانكار عليهم فما يدل ان لا نفعل مثل ما فعلوا وحديث ابي بكر رضي الله عنه في الاسير حيث قال لا تفادوه وان اعطيتم به مدين من ذهب ولانه صار من اهل دارنا فلا يجوز اعادته الى دار الحرب ليكون حربا لنا بمال يوخذ كاهل الذمة وبه فارق الاسترقاق لان ذلك تقرير كونه من اهل دارنا الا المقصود المال كاخذ الجزية من اهل الجزية ولان تخليه سبيل المشرك ليعود حربا للمسلمين معصية وارتكاب المعصية لمنفعة المال لا يجوز وقتل المشرك فرض ولو اعطونا مالا لنترك صلوة لم يحل لنا ان نفعل ذلك مع

الحاجة الى المال فكذلك لا يجوز ترك قتل المشرك بالمفاداة توضيحه ان في هذا تقوية المشركين بمعنى يختص بالقتال وذلك لا يجوز لمنفعة
المال كما لا يجوز بيع الكراع والسلاح منهم بل اولى لان قوة القتال بالمقاتل اظهر منه بالة القتال وعن محمد قال يجوز المفاداة للشيخ الكبير
الذي لا يرجى له نسل ولا راى له في الحرب بالمال لان مثله لا يقتل فليس في المفاداة ترك القتل المستحق ولا تقوية المشركين باعادة المقاتل
اليهم فهو كبيع الطعام وغيره من الاموال منهم فاما مفاداة الاسير بالاسير لا يجوز في اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وفي رواية عنه انه يجوز ذلك
وهو قولهما لان في هذا تخليص المسلم عن عذاب المشركين والفتنة في الدين وذلك جائز كما يجوز المفاداة في اسارى المسلمين بمال من كراع
او سلاح او غير ذلك وجه قول ابي حنيفة ان قتل المشرك فرض محكم فلا يجوز تركه بالمفاداة وهذا لانه ابتلى الاسير المسلم بعذاب او فتنة
من جهتهم فذلك لا يكون مضافا الى فعل المسلم واذا خلينا سبيل المشركين ليعود حربا لنا فذلك بفعل مضاف الينا فمراعاة هذا الجانب اولى
وهذا لانا امرنا ببذل النفوس والاموال ليتوصل الى قتلهم فبعد التمكن من ذلك لا يجوز تركه للخوف على الاسير المسلم لان اسيرهم صار من
اهل دارنا بمنزلة فكما لا يجوز اعادة الذمي اليهم بطريق المفاداة باسارى المسلمين فكذلك اسيرهم ويستوى ان طلب مفاداة اسير باسير
او اسيرين باسير منهم لان الظاهر انهم انما يطلبون ذلك لقوة قتال ذلك الاسير وفي المفاداة تقويتهم على قتال المسلمين وقد بينا ان ذلك ممتنع
شرعا ثم قال ابو يوسف يجوز المفاداة بالاسير قبل القسمة ولا يجوز بعد القسمة لان قبل القسمة لم يتقرر كونه من اهل دارنا حتى كان .
للامام ان يقتله فكان بمنزلة الذمي بعد القسمة وجعل قوله حتى يضع الحرب اوزارها كناية عن القسمة لان تحققه يكون عند ذلك
ومحمد يجوز المفاداة بالاسير بعد القسمة لان المعنى الذي لاجله جوزنا ذلك قبل القسمة الحاجة الى تخليص المسلم من عذابهم وهذا موجود
بعد القسمة وحقهم في الاسترقاق ثابت قبل القسمة وقد صار به من اهل دارنا ثم يجوز المفاداة به لهذه الحاجة فكذلك بعد القسمة
وقال لو انفلتت اليهم دابة مسلم فاخذوها في دارهم ثم ظهر المسلمون عليها اخذها صاحبها قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة بالقيمة
لانه لا يد للدابة في نفسها فيتحقق احراز المشركين اياها بالاخذ في دارهم بخلاف الآبق على قول ابي حنيفة وقد بينا وقال ان خرج رجل
من المشركين بمال اصابه من المسلمين ليبيعه في دار الاسلام فلا سبيل للمالك القديم عليه كما لو اسلم او صار ذميا لانا اعطيناه الامان فيما
معه من المال وفي اخذ ذلك منه ترك الوفاء بالامان الا في العبد الآبق فان ابا حنيفة قال يأخذه مولاه حينا وجوه بغير شيء لانهم
لم يملكوه وانما اعطيناه الامان فيما هو مملوك له واذا اسر المشركون جارية لمسلم فاحرزوها ثم اشتراها منهم مسلم بعيب عنده لم يكن
لمولاها ان ياخذها الا بجميع الثمن في قول ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة فيما علم لان الثمن الذي يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل
والفداء يقابله الاصل دون الوصف الا ترى ان العبد الجاني اذا عمي عند مولاه واختار الفداء لزمه الفداء بجميع الدية ولان المولى اذا
اختار الاخذ بالثمن يصير المشتري كالمأمور من جهته في الشراء له ولو كان امره بذلك فعميت عنده لم يسقط عنه شيء من الثمن فهذا مثله
وكذلك لو قطعت يدها فاخذ المشتري ارشها فان المولى ياخذها دون الارش بجميع الثمن لان الارش دراهم ودنانير وهي لا تفدى فاذا
كان حق المولى في الارش لا يثبت كان هذا في حقه وما لو سقطت اليد بآفة سواء لا يسقط شيء من الفداء عن المولى بسلامة الارش للمشتري
الا ترى ان المشتري لو كان هو الذي قطع يدها او فقأ عينها لم ينقص شيء من الفداء باعتباره فكذلك اذا فعل ذلك غيره لان سلامة
البدل كسلامة الاصل وبه يظهر الفرق بين هذا وبين الشفعة فان هناك لو هدم المشتري شيئا من البناء سقط عن الشفيع حصته من
الثمن فكذلك اذا فعله غيره وسلم للمشتري بدله وهذا لان ما يعطيه الشفيع بدل وما صار مقصودا من الاوصاف يكون له حصة من
البدل كما لو فقأ البائع عين المبيعة قبل القبض وكذلك ان ولدت عند المشتري فاعتق المشتري الام او الولد اخذ الباقي منهما بجميع الثمن
وكذلك لو قتل الولد فاختار الاخذ فله ان ياخذ الام بجميع الثمن لان الولد جزء من الاصل فاتلاف الولد كاتلاف جزء منها فاذا بقي
الولد بقي الحر في حكم الفداء كبقاء الاصل ولم يذكر الخلاف هنا فيما اذا اتلف الام وبقي الولد وفي ذلك اختلاف بين ابي يوسف
ومحمد وقد قررنا ذلك فيما املينا من شرح الجامع ولو ان رجلا باع رجلا من امة فلم يقبضها المشتري ولم ينقد الثمن حتى اسرها اهل
الحرب فاشتراها منهم رجل لم يكن للمشتري عليها سبيل حتى ياخذها البائع لان قبل الاسر كان البائع احق بها ليحبسها بالثمن فكذلك
بعد الاسر هو احق بان ياخذها بالثمن ليعيد حقه في الحبس فاذا اخذها بالثمن كان للمشتري ان ياخذها بالثمنين جميعا الثمن الاول الذي
اشتراها به والثاني الذي افتكها به لانه قصد بما ادى من الفداء احياء حقه وكان لا يتوصل الى احياء حقه الا بذلك فلم يكن متبرعا فيما ادى
وكل شيء احرزوه اهل الحرب ثم اسلموا عليه فهو حر لانهم لم يملكوه بالاسر فكانوا الظالمين في حبسه فيؤمرون بعد الاسلام بتخلية سبيله
وكذلك ام الولد والمدبر والمكاتب لان اهل الحرب لم يملكوهم لما ثبت فيهم من حق الحرية او اليد المحترمة للمكاتب في نفسه ولهذا لا يملكون
بالبيع فكذلك بالاسر ولو ان الحر امر تاجرا في دارهم فاشتراه منهم كان للمشتري ان يرجع عليه بالثمن لانه امره بان يعطي مال نفسه في على ما

له يرجع عليه بذلك كما لو امره بان ينفق عليه او على عياله والمكاتب كذلك لانه احق بكسبه وامره بالفداء صحيح في كسبه كامر الحر واما المدبر وام
الولد فانه يرجع عليهما بالثمن اذا اعتقا لان كسبهما ملك مولاهما وامرهما غير معتبر في حق المولى ولكنه معتبر في حقهما فيكون هذا بمنزلة كفالة او اقرار
منهما بمال فيؤاخذان بما له بعد العتق فان اشتراهم بغير امرهم لم يملكهم لان البايع لم يكن مالكا لهم فكذلك المشتري لا يملكهم ويبطل
ماله لانه متبرع فيما ادى به غير مجبر على ذلك شرعا ولا مأمور به من جهة من حصلت المنفعة له فلا يرجع عليه بشيء كما لو انفق على عيال رجل بغير
امره ولو ان رجلا حرا امر رجلا ان يشتري حرا من دار الحرب بعينه بمال سماه فاشتراه لم يكن في الحر الذي اشتراه من ذلك شيء لانه لم يامره
بما فعل وكان للمأمور ان يرجع على الذي امره ان كان ضمن له الثمن او قال اشتره لي لانه استعمله وضمن له ما يؤدي من مال نفسه وان كان
قال له اشتره لنفسه واحتسب فيه لم يرجع عليه بشيء لانه اشار عليه بما هو تبرع واحسان ولم يستعمله ولا ضمن له شيئا والرجوع عليه
بهذا الطريق يكون واذا اشترى من المشركين عبدا كانوا اسروه من المسلمين ثم رهنه المشتري ثم جاء مولاه الاول لم يكن عليه سبيل حتى يفتكه
الراهن لان الراهن بعقد الرهن اوجب الحق للمرتهن في ماليته وصح ذلك منه لمصادفته تصرفه ملكه ولا يتمكن المولى من اخذه من المرتهن لانه
ليس بمالك له ولا من الراهن قبل الانفكاك لقصور يده عنه لحق المرتهن فان اراد ان يتطوع باداء الدين لم يعط الراهن الثمن وكذلك له
لانه وصل الى المرتهن حقه وهو متطوع في الدين الذي ادى لانه تبرع بقضاء الدين عن الغير ولانه فادى ملك الغير وهذا بخلاف البايع فان
قبل التسليم هو بمنزلة المالك ههنا فانما فادى ملك الغير وهذا بخلاف البايع فان قبل التسليم هو بمنزلة المالك حقا له توضيحه ان هنا .
لا طريق له في التوصل الى احياء حقه الا بما ادى من الاداء الفداء فلا يجعل متبرعا فيه وهنا للمولى القديم طريق الى ذلك بدون قضاء الدين وهو
ان يصبر حتى يصل الراهن فيأخذ حينئذ قال ولا يجبر الراهن على افتكاكه ولو كان اجره المشتري اجارة كان لمولاه ان ياخذه بالثمن ويبطل
الاجارة فيما بقي لان الاجارة عقد ضعيف ينقض بالعذر الا ترى انها تنقض بالرد بسبب فساد البيع والرد بالعيب بخلاف الرهن فكذلك ينقض
للرد على المالك القديم بالثمن بخلاف الرهن واذا غلب قوم من اهل الحرب على قوم اخرين من اهل الحرب فاخذوهم عبيدا للملك ثم ان اهل
الملك واهل ارضه اسلموا او صاروا ذمة فاولئك المغلوبون عبيد له يصنع بهم ما شاء لما بينا انهم قهروهم فالمقهورون منهم صاروا مملوكين للقاهر
باحرازه اياهم بمنعته لان قهرهم بالدين هو حضور يطيعونه كقهرهم بنفسه واما جنود الذين غلب بهم فهم احرار لانه كان قاهرا بهم لا لهم فكانوا
قبل الاسلام احرارا وبالاسلام تأكد حريتهم ولا يبطل وان حضر الملك الموت فورث ماله بعض بنيه دون بعض وجعل لكل واحد منهم موضعا
معلوما فان كان صنع ذلك قبل ان يسلم او يصير ذمة ثم اسلم ولده بعده فهو جائز على ما صنع لان الولد الذي ملكه ابوه صار قاهرا لما .
اعطاه ولو فعل ذلك بعدمونه بقوته في نفسه او باعه كان ثم ملكه فكذلك اذا فعله بقوة ابيه ومنعته وما كان هو مالكا له قبل الاسلام
فبالاسلام تأكد ملكه فيه وكذلك ان كان فعله وهو موادع للمسلمين جاز ايضا لان بالموادعة لا يخرج اموالهم من ان يكون نصيبهم ملك ما لهم
وانما يحرم علينا اخذه لمعنى العقد وهذا لان بالموادعة لا يصير محرزا ماله فان داره لا يصير دار الاسلام فكان ما فعله بعد الموادعة من تخصيص
بعض الاولاد بتمليك المال منه كالمفعول قبل الموادعة ولانه ما التزم احكام الاسلام والمنع من ايثار بعض الاولاد على البعض من حكم الاسلام
فان كان جعله لابنه فظهر عليه ابن اخر بعده فقتله او نفاه وغلب على ما في يده ثم اسلم كان للابن القاهر ما غلب عليه من ذلك لما بينا انه بالقهر
يصير متملكا عليه ذلك المال لبقائه على الاباحة بعد الموادعة في حق ما بينهم فان فعل ذلك هذا الابن بعدما اسلم الابن المقهور او صار
ذمة عليه على جميع ذلك واخرج منه اخاه كان صنعه وهو محارب بجميع ما غلب عليه له ان اسلم وصار ذمة لانه تم احرازه لمال المسلم او الذمي
فيملكه ويتأكد ملكه بالاسلام وان صنعه وهو مسلم او ذمي امر برد جميع ذلك عليه لانهم جميعا من اهل دار الاسلام فلا يملك بعضهم مال بعض
بالقهر وان صنع وهو محارب ثم ظهر المسلمون على ذلك فان وجده الابن الاول قبل القسم اخذه بغير شيء وان وجده بعد القسمة اخذه بالقيمة
وان اشتراه مسلم منهم وسعه ذلك وكان للاول ان ياخذه منه بالثمن ان شاء كما هو الحكم في اهل الحرب اذا احرزوا مال المسلمين وان كان الابن
القاهر صنع ذلك وهما مسلمان او ذميان فلا ينبغي للمسلمين ان يشتروا منه شيئا من ذلك لانه غاصب غير مالك وهو مأمور بالرد فلا يسع احدا
ان يشتري منه شيئا من ذلك وان اشتراه اخذه منه الاول بغير ثمن لان البايع لم يكن مالكا فكذلك المشتري منه لا يكون مالكا بل هو مأمور برده
على المالك مجانا فان ارتد هذا الابن القاهر بعد ذلك ومنع الدار واجرى حكم الشرك في داره فقد تم احرازه وصارت داره دار حرب
عندهما باجراء احكام الشرك فيها وعند ابي حنيفة رحمه الله بشرائطه الثلث كما بينا فان ظهر المسلمون على تلك الدار بعد ذلك اخذه الابن
المقهور وما وجد من ماله قبل القسمة بغير شيء وما وجده بعد القسمة بالقيمة لانه مال مسلم احرزه اهل الحرب بدارهم ثم ظهر المسلمون عليه وقد بينا
الحكم فيما سبق ه تم شرح السير الصغير المشتمل على كل معنى اثير باملاء المتكلم بالحق المبين المحصور لاجله سنة الاسير المسطور للفرج من
العالم القدير السميع البصير المصلي على البشير البشير الشفيع لامته النذير وعلى كل صاحب له وقرين

انتهى شرح السير الصغير

كتاب الاستحسان

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاد شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله كان شيخنا الامام رحمه الله يقول الاستحسان
ترك القياس والاخذ بما هو اوفق للناس وقيل الاستحسان طلب السهولة في الاحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام وقيل الاخذ بالسعة وابتغاء
الدعة وقيل الاخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارة انه ترك العسر لليسر وهو اصل في الدين قال الله تعالى يريد
الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام خير دينكم اليسر وقال لعلي ومعاذ رضي الله عنهما حين وجههما الى اليمن يسرا ولا تعسرا
وقربا ولا تنفرا وقال الا ان هذا الدين متين فاوغلوا فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله فان المنبت لا ارضا قطع ولا ظهرا ابقى.
والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان احدهما جلي ضعيف اثره فسمي قياسا والاخر خفي قوي اثره فسمي استحسانا اي قياسا مستحسنا
والترجيح بالاثر لا بالخفاء والظهور كالدنيا مع العقبى فان الدنيا ظاهرة والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود وقد يقوى اثر القياس
في بعض الفصول فيؤخذ به وهو نظير الاستدلال مع الطرد فانه صحيح والاستدلال بالمؤثر اقوى والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين
يستمعون القول فيتبعون احسنه والقرآن كله حسن ثم امر باتباع الاحسن وبيان هذا ان المراة من قرنها الى قدمها عورة هو القياس
الظاهر واليه اشار في قوله عليه السلام المراة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع منها للضرورة والحاجة اليه فكان ذلك استحسانا
لكونه ارفق بالناس كما قلنا والكرخي رحمه الله في كتابه ذكر مسائل هذا الكتاب وسماه كتاب الحظر والاباحة لما فيه من بيان ما يحل وما يحرم ولو سماه
كتاب الزهد والورع كان مستقيما لانه بين فيه بعض ما يحل وما يحرم من المس والنظر وهذا هو الزهد والورع ثم بدا الكتاب بمسائل النظر
وهو ينقسم اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل والمراة الى المراة والمراة الى الرجل والرجل الى المراة اما بيان القسم الاول فانه يجوز للرجل
ان ينظر الى الرجل الا الى عورته وعورته ما بين سرته حتى تجاوز ركبتيه لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام قال عورة الرجل
ما بين سرته الى ركبتيه وفي رواية ما دون سرته حتى تجاوز ركبتيه وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة بخلاف ما يقوله ابو عصمة سعد بن
معاذ انه احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة بل هو اولى لانه في معنى الاشتهاء فوق الركبة وحجتنا في ذلك ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه
انه كان اذا اتزر ابدى عن سرته وقال ابو هريرة رضي الله عنه للحسن ارني الموضع الذي كان يقبله رسول الله منك فابدى عن سرته فقبلها ابو
هريرة والتعامل الظاهر فيما بين الناس انهم اتزروا في الحمامات ابدوا عن السرة من غير نكير منكر دليل على انه ليس بعورة فاما ما دون
السرة عورة في ظاهر الرواية للحديث الذي روينا وكان ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول الى موضع نبات الشعر ليس من العورة
ايضا للتعامل العام في الابداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفي النزع عن العادة في ظاهر الرواية للحديث الذي روينا وكان ابو بكر
محمد بن الفضل الظاهرة حرج وهذا بعيد لان التعامل بخلاف النص لا يعتبر وانما يعتبر فيما لا نص فيه فاما الفخذ عورة عندنا واصحاب
الظواهر يقولون العورة من الرجل موضع السوءة واما الفخذ ليس بعورة لقوله تعالى بدت لهما سوآتهما والمراد منه العورة وفي
الحديث ان النبي عليه السلام كان في حائط رجل من الانصار وقد دلى ركبته في ركية وهو مكشوف الفخذ اذ دخل ابو بكر رضي الله عنه فلم
يتحرج ثم دخل عمر فلم يتحرج ثم دخل عثمان رضي الله عنه فتحرج وغطى فخذه فقيل له في ذلك فقال الا استحيي ممن تستحيي منه الملائكة
فلو كان الفخذ من العورة لما كشفه بين يدي ابي بكر وعمر رضي الله عنه. وحجتنا في ذلك ما روي ان النبي عليه السلام مر برجل يقال له جرهد وهو
يصلي مكشوف الفخذ فقال له وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة وحديث عمرو بن شعيب نص فيه فاما الحديث الذي روي فقد ذكر في
بعض الروايات انه كان مكشوف الركبة ثم تاويله ان ابا بكر وعمر رضي الله عنه حين دخلا جلسا في موضع لم يقع بصرهما على الموضع الذي كان
مكشوفا منه فلما دخل عثمان رضي الله عنه لم يبق الا موضع لو جلس ثم يقع بصره على ركبته فلهذا غطاه فاما الاية فالمراد بالسوءة العورة الغليظة
وبه نقول ان العورة الغليظة هي السوءة ولكن الحكم العورة ثبت فيما حول السوءتين باعتبار القرب من موضع العورة فيكون حكم العورة
فيه اخف فاما الركبة فهي من العورة عندنا وعند الشافعي ليست من العورة لحديث انس رضي الله عنه ما ابدى رسول الله ركبتيه بين جليس
قط وانما قصد بهذا ذكر الشمائل فلو كانت الركبة من العورة لم يكن هذا من جملة الشمائل لان ستر العورة فرض ولانه حد للعورة فلا يكون من
العورة كالسرة وهذا لان الحد لا يدخل في المحدود. وحجتنا في ذلك حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال الركبة من العورة وما ذكر
في حديث عمرو بن شعيب حتى تجاوز الركبة دليل على ان الركبة من العورة ولان الركبة ملتقى عظم الساق والفخذ وعظم الفخذ عورة وعظم
الساق ليس بعورة فقد اجتمع في الركبة المعنى الموجب لكونها عورة وكونها غير عورة فيترجح الموجب لكونها عورة احتياطا قال عليه السلام
ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال فاما حديث انس رضي الله عنه فالمروي ما مد رسول الله صلى الله عليه وسلم رجليه
بين جليس قط وهذا من الشمائل وابداء الركبة على ما ذكر في بعض الروايات كناية عن هذا المعنى ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في
الفخذ لتعارض المعنيين فيه ولهذا قلنا من راى غيره مكشوف الراس ينكر عليه برفق ولا ينازعه ان لج وان راه مكشوف الفخذ انكر عليه
بعنف ولا يضربه ان لج وان راه مكشوف السوءة امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج وما يباح النظر اليه من الرجل وكذلك المس لان
ما ليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه فاما نظر المراة الى المراة فهو كنظر الرجل الى الرجل باعتبار المجانسة الا ترى ان المراة تغسل المراة
بعد موتها كما يغسل الرجل الرجل وقد قال بعض الناس نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها
وبطنها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى النساء من دخول الحمامات الا مريضة او نفساء ولتدخل بستر وكان يقول الزموا
منع النساء من الخروج ويلزمن قعر البيوت وبه نقول والعرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات.
دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمراة الى هذا احوج من الرجل
ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمراة لا تتمكن من ذلك فاما نظر المراة الى الرجل فهو كنظر الرجل الى الرجل لما بينا ان السرة وما
فوقها وما تحت الركبة ليس بعورة من الرجل وما لا يكون عورة فالنظر اليه مباح مطلقا للرجال والنساء كالثياب ونحوها واشار في كتاب الخنثى
الى ان نظر المراة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها ان تنظر الى ظهره وبطنه لانه قال الخنثى لا ينكشف بين الرجال ولا بين النساء
ووجه ذلك ان حكم النظر عند اختلاف الجنس اغلظ الا ترى انه لا يباح للمراة ان تغسل الرجل بعد موته ولو كانت هي في النظر كالرجل لجاز لها
ان تغسله بعد موته وانما يباح النظر الى هذه المواضع اذا علم انه لا يشتهي ان نظر ولا يشك في ذلك فاما اذا كان يعلم انه يشتهي او كان على ذلك
اكبر رايه فلا يحل له النظر لان النظر عن شهوة نوع زنا قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما
البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذب والزنا حرام بجميع انواعه وقال عليه السلام النظر عن شهوة
سهم من سهام الشيطان فاما نظر الرجل الى المراة فهو ينقسم الى اربعة اقسام نظره الى زوجته ومملوكته ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى اماء
الغير ونظره الى الحرة الاجنبية فاما نظره الى زوجته وامته فهو حلال من قرنها الى قدمها عن شهوة او غير شهوة لحديث بهز بن حكيم رضي الله عنه
قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد وكنت
اقول ابق لي وهو يقول بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا ما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان حلال بينهما
قال تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم الاية الا ان مع هذا الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لحديث عائشة
رضي الله عنها قالت ما رايت من رسول الله ولا راى مني مع طول صحبتي اياه وقال عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان
تجرد العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان وفي شمائل الصديق رضي الله عنه ما نظر الى عورته قط ولا مسها بيمينه فاذا كان هذا في
عورة نفسه فما ظنك في عورة الغير وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة فاما نظره الى ذوات
محارمه فنقول يباح له ان ينظر منها الى موضع الزينة الظاهرة والباطنة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية ولم يرد به عين الزينة
فانه يباع في الاسواق يراه الاجانب ولكن المراد منه موضع الزينة وهي الراس والعنق والشعر والصدر والعضد والساعد والكف
والساق والرجل والوجه فالراس موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك
فالقلادة والوشاح قد ينتهي الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف
موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب وجاء في الحديث ان الحسن والحسين رضي الله عنهما دخلا
على ام كلثوم وهي تمتشط فلم تستتر ولان المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استيذان ولا احتشام والمراة في بيتها تكون في ثياب مهنتها
عادة ولا تكون مستترة فلو امرنا ها بالستر من ذوي محارمها ادى الى الحرج وكما يباح النظر الى هذه المواضع يباح المس لما
روي ان النبي عليه السلام يقبل فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدا بها فعانقها وقبل راسها
وقبل ابو بكر راس عائشة وقال عليه السلام من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة وقال محمد بن المنكدر بت اغمز رجل امي وبات اخي
ابو بكر يصلي وما احب ان تكون ليلتي بليلته ولكن انما يباح النظر والمس اذا كان يامن الشهوة على نفسه وعليها فاما اذا كان يخاف الشهوة
عليها او على نفسه فلا يحل له ذلك لما بينا ان النظر عن شهوة والمس عن شهوة نوع زنا وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ وكما
لا يحل له ان يعرض نفسه للحرام لا يحل له ان يعرضها للحرام فاذا كان يخاف عليها فليجتنب من ذلك ولا يحل له ان ينظر الى بطنها ولا ظهرها
ولا ان يمس ذلك منها قال الشافعي في القديم لا باس بذلك وجعلها له كالجنس في النظر وهذا ليس بصحيح فان حكم الظهر

ثابت بالنص وصورته ان يقول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وهو منكر من القول لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة فلو كان النظر الى الظهر الام حلالا له لكان هذا تشبيه محللة بمحللة واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن لانه اقرب الى المباني والى ان يكون مشتهى منها والجنب كذلك وذوات المحارم بالنسب كالامهات والجدات والاخوات وبنات الاخ وبنات الاخت وكل امرأة هي محرمة عليه بالقرابة على التأبيد فهذا الحكم ثابت في حقها وكذلك المحرمة بالرضاع لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت يا رسول الله ان افلح ابن ابي قعيس يدخل علي وانا في ثياب فضل فقال ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة وان عبد الله ابن الزبير كان يدخل على زينب بنت ام سلمة وهي تمتشط فيأخذ بقرون رأسها ويقول اقبلي علي وكانت اخته من الرضاعة ولان الرضاع لما جعل كالنسب في حكم الحرمة فكذلك في حكم المس والنظر وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا الا ان مشايخنا يختلفون فيما اذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا فقال بعضهم لا يثبت به حل المس والنظر لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة ولانه قد جرب مرة فظهرت خيانته فلا يؤمن ثانيا والاصح انه لا بأس بذلك لانها محرمة عليه على التأبيد فلا بأس بالنظر الى محاسنها كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح ولا يجوز ان يقال ثبوت الحرمة بطريق العقوبة هناك لانا انما نثبت الحرمة هناك بالقياس على النكاح فاذا جعلناها بطريق العقوبة لم يكن الحرمة واثبات الحرمة ابتداء بالرأي لا يجوز ثم يحل ان يخلو بها ويسافر بها لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ومعناه ليست بمحرم له فقد دل انه يباح له ان يخلو بذوات محارمه ولكن بشرط ان يأمن على نفسه وعليها لما روي عن عمار بن ياسر رضي الله عنه انه خرج من عنده مذعورا فسئل عن ذلك فقال خلوت بابنتي فخشيت على نفسي فخرجت وكذلك المسافرة لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوج او ذو رحم محرم منها فدل انه لا بأس بان يسافر معها المحرم فان احتاج الى ان يعالجها في الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها وراء ثيابها ويأخذ بطنها وظهرها لما روي ان محمد بن ابي بكر رضي الله عنه ادخل يده في هودج عائشة رضي الله عنها ليأخذها من الهودج فوقعت يده على صدرها فقالت من الذي وضع يده على موضع لم يضعه احد الا رسول الله فقال انا اخوك وروي ان رجلا جاء الى رسول الله فقال ان امي سيئة الخلق فغضب وقال الا كانت سيئة الخلق حين حملتك الحديث الى ان قال الرجل ارأيت لو حملتها على عاتقي وحججت بها البيت اكنت قاضيا حقها فقال لا ولا طلقة ورأى ابن عمر رضي الله عنه في موضع الطواف رجلا قد حمل امه على عاتقه يطوف بها فلما رأى ابن عمر رضي الله عنه ارتجز فقال

ابا لها بعيرها المذلل ۞ اذا الركاب ذعرت لا تذعر ۞

حملتها ما حملتني اكثر ۞ فهل ترى جازيتها يا ابن عمر ۞

فقال ولا طلقة بالكي ولان سبب السفر يعدم معنى العورة وبالمحرمية يعدم معنى الشهوة فلا بأس بحملها ومسها في الاركاب والانزال كما في الحضر فاما النظر الى اماء الغير والمدبرات وامهات الاولاد والمكاتبات فهو كنظر الرجل الى ذوات محارمه لقوله تعالى يدنين عليهن من جلابيبهن الاية وقد كانت المماليك اما الغير العادة في العرف فامر الله تعالى الحرائر باتخاذ الجلباب ليعرفن به من الاماء فذلك دليل ان الاماء لا يلبسن الجلباب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى امة متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار وقال عمر رضي الله عنه ان الامة القت فروتها من وراء الجدار اي لا تقنع قال انس رضي الله عنه كن جواري عمر رضي الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤوس مضطربات الثدي ولان الامة تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها وانما تخرج في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال في معنى البلوى بالنظر والمس كحال الرجل في ذوات محارمه ولا يحل له ان ينظر الى بطنها وظهرها كما في ذوات المحارم وكان محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله يقول لا ينظر الى ما بين سرتها الى ركبتها ولا بأس بالنظر الى ما وراء ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه في حديث طويل قال ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر الا الى موضع المئزر ولكن تأويل هذا الحديث ان المرأة قد تتزر على الصدر فهو مراد ابن عباس رضي الله عنه وكل ما يباح النظر اليه منها يباح مسه منها اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه وكل ما يباح النظر اليه منها يباح مسه منها انه امر بجارية تباع فضرب في صدرها ومس ذراعيها ثم قال اشتروا فانها رخيصة فهذا دليل انه لا بأس به لمن يريد الشرى او لا يريد وهذا لانه نظير ذوات المحارم في حكم المس ولانه كما يحتاج الى النظر يحتاج الى المس ليعرف لين بشرتها من غيرها فيرغب في شرائها ويحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات المحارم الا ان عند بعض مشايخنا ليس له ان يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى العورة ان انعدم بالشرع فمعنى الشهوة باق فيما ... من قبله والاصح انه لا بأس بذلك اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلدة الى بلدة ولا تجد محرما ليسافر معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها فلا بأس بذلك وكذلك لا بأس بان يخلو بها كالمحارم الا ترى ان جارية المرأة قد تعمر رحل زوجها وتخلو

461

ه ولا يمنع احد من ذلك والمدبرة وام الولد والمكاتبة في هذا كالامة لقيام الرق فيهن والمستسعاة في بعض القيمة كذلك عند ابي حنيفة لانها بمنزلة المكاتبة وقال ابو حنيفة اذا بلغت الامة لم ينبغ ان تعرض في ازار واحد وكذلك اذا بلغت ان تجامع وتشتهى لان الظهر والبطن منها عورة لمعنى الاشتهاء فاذا صارت مشتهاة كالبالغة ولا تعرض في ازار واحد فاما النظر الى الاجنبيات فنقول يباح النظر الى موضع الزينة الظاهرة منهن دون الباطنة لقوله ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وقال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم وقالت عائشة رضي الله عنها احدى عينيها ۞ وقال ابن مسعود رضي الله عنه خفها وملاءتها واستدل في ذلك بقوله عليه السلام النساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدي فتنة اضر على الرجال من النساء وجرى في مجلسه عليه السلام يوما ما خير للرجال من النساء وما خير للنساء من الرجال فلما رجع علي الى بيته فاخبر فاطمة بذلك فقالت خير للرجال من النساء ان لا يراهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يرينهم فلما اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي بضعة مني فدل انه لا يباح النظر الى شيء من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها اكثر منه الى سائر الاعضاء وبنحو هذا يستدل عائشة رضي الله عنها ولكنا نقول هي لا تجد بدا من ان تمشي في الطريق فلا بد من ان تفتح عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف احدى عينيها لهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولكنا نأخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهم فقد جاءت الاخبار في الرخصة بالنظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روي ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها فلم ير فيها رغبة ولما قال عمر رضي الله عنه في خطبته الا لا تغالوا في صدقات النساء فقالت امرأة سفعاء الخدين اانت تقوله برأيك ام سمعته من رسول الله فانا نجد في كتاب الله خلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا الاية فبقي عمر رضي الله عنه وقال كل الناس افقه من عمر حتى النساء في البيوت فذكر الراوي انها كانت سفعاء الخدين وفي هذا بيان انها كانت مسفرة عن وجهها ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم كف امرأة غير مخضوب فقال اكف رجل هذا ولما ناولت فاطمة احد ولديها بلالا او انسا رضي الله عنهم قال انس رأيت كفها كانها فلقة قمر فدل انه لا بأس بالنظر الى الوجه والكف فالوجه موضع الكحل والكف موضع الخاتم والخضاب وهو معنى قوله تعالى الا ما ظهر منها وخوف الفتنة قد يكون بالنظر الى ثيابها ايضا كما قال القائل ۞

۞ وما عني الاخضاب بكفها ۞ وكحل بعينيها واثوابها الصفر ۞

ثم لا شك انه يباح النظر الى ثيابها ولا يعتبر خوف الفتنة في ذلك فكذلك الى وجهها وكفها وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يباح النظر الى قدمها ايضا وهكذا ذكر الطحاوي لانها كما تبتلى بابداء وجهها في المعاملة مع الرجال وبابداء كفها في الاخذ والاعطاء تبتلى بابداء قدميها اذا مشت حافية او منتعلة وربما لا تجد الخف في كل وقت وذكر في جامع البرامكة عن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانها في الخبز وغسل الثياب تبتلى بابداء ذراعيها ايضا قيل وكذلك يباح النظر الى ثناياها ايضا لانها في الخبز وغسل الثياب تبتلى بابداء ذراعيها ايضا قيل وكذلك يباح النظر الى ثناياها ايضا لان ذلك يبدو منها في التحدث مع الرجال وهذا كله اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل له النظر الى شيء منها لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة وقال تعالى لا تتبع النظرة بعد النظرة فان الاولى لك والاخرى عليك يعني بالاخرى ان يقصدها عن شهوة وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نظرت الى امرأة فاشتهيتها فاتبعتها بصري فاصاب رأسي جدار فقال عليه السلام اذا اراد الله بعبد خيرا عجل عقوبته في الدنيا وكذلك ان كان اكبر رأيه انه ان نظر اشتهى لان اكبر الرأي انه ان نظر اشتهى فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وكذلك فيما هو مبني على الاحتياط وكذلك يباح لها ان تنظر اليه اذا كانت تشتهي وكان ذلك اكبر رأيها لما روي في ابن ام مكتوم استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده عائشة وحفصة فقال لهما احتجبا فقالتا انه اعمى يا رسول الله فقال وعميا وان انتما ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع في كفه جمر يوم القيامة حتى يفصل بين الخلائق ولان حكم المس اغلظ من النظر حتى ان المس عن شهوة تثبت حرمة المصاهرة والنظر الى غير الفرج لا يثبت والصوم يفسد بالمس عن شهوة اذا اتصل به الانزال ولا يفسد بالنظر فالرخصة في النظر لا يكون دليل الرخصة في المس والبلوى الذي لا يتحقق في النظر لا يتحقق في المس ايضا وعلى هذا نقول للمرأة الحرة ان تنظر الى ما سوى العورة من الرجل ولا يحل لها ان تمس ذلك منه لان حكم المس اغلظ وهذا اذا كانت شابة تشتهي فان كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لما روي ان النبي عليه السلام كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب ولكن كان يضع يده في قصعة ماء ثم تضع المرأة يدها فيها فكذلك مسها الا ان عائشة رضي الله عنها انكرت هذا الحديث وقالت من زعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس امرأة اجنبية فقد اعظم الفرية عليه وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كانت في خلافته كان يخرج الى بعض القبائل الذي كان مسترضعا فيه فكان يصافح العجائز وتمرض الزبير بمكة استأجر عجوزا لتمرضه فكانت تغمز رجله وتفلي رأسه ولان الحرمة لخوف الفتنة واذا كانت ممن لا تشتهى فخوف الفتنة معدوم وكذلك ان كان شيخا

يامن على نفسه وعليها فلا باس بان يصافحها وان كان لا يامن عليها ان تشتهي لم يحل له ان يصافحها فيعرضها للفتنة كما لا يحل له ذلك اذا خاف على
نفسه فاما النظر اليها عن شهوة لا يحل له بحال الا عند الضرورة وهو ما اذا دعي الى الشهادة عليها او كان حاكما ينظر ليوجه الحكم باقرارها
او بشهادة الشهود على معرفتها لانه لا يجد بدا من النظر في هذه المواضع والضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي ان يقصد اداء
الشهادة او الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة لانه لو قصد التحرز فعلا كان عليه ان يتحرز ولكن لا يمكنه التحرز الا بالعزم اذا عجز عن التحرز
فعلا كما لو تترس المشركون باطفال المسلمين فعلى من يرميهم ان يقصد المشركين وان كان يعلم انه يصيب المسلم واختلفوا فيما اذا دعي
الى تحمل الشهادة وهو يعلم انه ان نظر اليها اشتهى فمنهم من جوز ذلك ايضا بشرط ان يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة الا ترى ان
شهود الزنا لهم ان ينظروا الى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة والاصح انه لا يحل له ذلك لانه لا ضرورة عند التحمل فقد يوجد من
لا يشتهي اذا نظر ليتحمل الشهادة بخلاف حالة الادا فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لادائها وكذلك اذا اراد ان يتزوجها.
فلا باس بان ينظر اليها وان كان يعلم انه يشتهيها لما روي ان النبي عليه السلام قال للمغيرة لما اراد ان يتزوج امراة ابصرها فانه احرى
ان يودم بينكما وكان محمد بن مسلمة يطالع بثينة على اجار لها فقيل له اتفعل هذا وانت صاحب رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول اذا القى الله خطبة امراة في قلب رجل حل له النظر اليها ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة وانما يعتبر ما هو
المقصود لا ما يكون تبعا وان كان عليها ثياب فلا باس بتامل جسدها لان نظره الى ثيابها لا الى جسدها فهو كما لو كانت في بيت لا باس
بالنظر الى جدرانه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام راى امراة عليها سابرية حسنة فدخل بيته ثم خرج وعليه اثر الاغتسال فقال
اذا هاجت باحدكم الشهوة فليضعها فيما احل الله له وهذا اذا لم يكن ثيابها ملصقة بجسدها وتصفها حتى يستبين جسدها فان كان
كذلك فينبغي له ان يغض بصره عنها لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تلبسوا نساءكم الكتان ولا القباطي فانها تصف ولا تشف وكذلك
ان كانت رقيقة لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله الكاسيات العاريات وقال صنفان من امتي في النار رجال بايديهم السياط كانها
اذناب البقر يضربون بها الناس ونساء كاسيات عاريات مائلات مميلات كاسنمة البخت ولان مثل هذا الثوب لا يسترها فهو كشبكة
عليها فلا يحل له النظر اليها وهذا فيما اذا كانت تشتهى فان كانت صغيرة لا تشتهى مثلها فلا باس بالنظر اليها ومن مسها لانه ليس و حد
لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس معنى خوف الفتنة والاصل فيه ما روي عن النبي عليه السلام كان يقبل زب الحسن والحسين في صغرهما
وروي انه كان ياخذ ذلك من احدهما فيجره والصبي يضحك ولان العادة الظاهرة ترك التكلف بستر عورتها قبل ان تبلغ حد الشهوة
واما النظر الى العورة حرام لما روي عن سلمان رضي الله عنه قال لان اخر من السماء فانقطع نصفين احب الي من ان انظر الى عورة احد
او ينظر الى عورتي احد ولما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الوعيد في كشف العورة قيل يا رسول الله وان كان احدنا خاليا فقال
الله احق ان يستحيى منه وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ابل الصدقة فراى راعيها عريانا في الشمس فعزله وقال لا يعمل لنا
من لا حياء له ولكن مع هذا اذا جاء العذر فلا باس بالنظر الى العورة لاجل الضرورة فمن ذلك ان الخاتن ينظر ذلك الموضع عند الفعل
والخافضة كذلك تنظر لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها وهو مكرمة في حق النساء ايضا ومن ذلك
عند الولادة المراة تنظر الى موضع الفرج وغيره من المراة لانه لا بد من قابلة تعمل الولد وبدونها يخاف الهلاك على الولد وقد جوز
رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة فذلك دليل على انه يباح لها النظر وكذلك ينظر الرجل
من الرجل الى موضع الاحتقان عند الحاجة اليها لانه عند الضرورة فلان المرض قد تحقق والاحتقان من المداواة وقال
عليه السلام تداووا عباد الله فان الله لم يخلق داء الا وخلق له دواء الا الهرم وقد روي عن ابي يوسف انه اذا كان به هزال فاحش وقيل
له ان الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا باس بان يبدي ذلك الموضع للمحتقن وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون اخره الدق
والسل وحكي عن الشافعي قال اذا قيل له ان الحقنة تقويك على المجامعة فلا باس بذلك ايضا ولكن هذا ضعيف لان الضرورة لا تتحقق
بهذا وكشف العورة من غير ضرورة لمعنى الشهوة لا يجوز واذا اصاب امراة قرحة في موضع لا يحل للرجل ان ينظر اليه ولكن علمت امراة
دواءها لان نظر الجنس الى الجنس اخف الا ترى ان المراة تغسل المراة بعد موتها دون الرجل وكذلك امراة العنين ينظر اليها النساء فان قلن
هي بكر فرق القاضي بينهما وان قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه والمقصود في هذا الموضع بيان اباحة النظر عند العذر فاما ما وراء
ذلك من الفرق بين الاحكام بشهادتهن فقد بيناها ليس من مسائل هذا الكتاب وحاصله ان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة والبكارة
في النساء اصل فاذا قلن انها بكر تايدت شهادتهن بما هو الاصل وان قلن هي ثيب تجردت شهادتهن عن مؤيد فلا بد من ان يستحلف
الزوج حتى ينضم نكوله الى شهادتهن وكذلك لو اشترى جارية على انها بكر فقبضها وقال وجدتها ثيبا فان النساء ينظرن اليها للحاجة

الى

الى فصل الخصومة بينهما فان قلن هي بكر فلا يمين على البائع لان شهادتهن تايدت باصل البكارة وبمقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن
هي ثيب يستحلف البائع ليحصل شهادتهن بمؤيد فاذا انضم نكول البائع الى شهادتهن رددت عليه وان لم يجد امراة تداوي تلك القرحة
ولم يقدروا على امراة تعلم ذلك اذا علمت وخافوا ان تهلك او يصيبها بلاء او وجع لا تحتمل فلا باس بان يستروا منها كل موضع الا موضع تلك
القرحة ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع لان نظر الجنس الى غير الجنس اغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة وذلك بخوف
الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح الا بقدر ما يرتفع به الضرورة وذوات المحارم وغيرهم في هذا سواء لان النظر الى موضع العورة لا يحل
بسبب المحرمية فكان المحرم وغير المحرم فيه سواء قال والعبد فيما ينظر الى سيدته كالحر الاجنبي معناه لا يحل له ان ينظر الا الى وجهها وكفيها
عندنا وقال مالك نظره اليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز ان يحمل ذلك على الاماء لان ذلك
دخل في قوله او نسائهن ولان هذا مما لا اشكال ان للامة ان تنظر الى مولاها كما للاجنبيات وانما يحمل البيان على موضع الاشكال وعن
ام سلمة انه كان لها مكاتب فلما انتهى الى اخر النجوم قالت له انقد على الاخر فقال نعم فاحتجبت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول اذا كان لاحداكن مكاتب فادى اخر النجوم فلتحتجب والمعنى فيها ان بينهما سببا محرما للنكاح ابتداء او بقاء فكان بمنزلة المحرمية
بينهما واباحة النظر عند المحرمية لاجل الحاجة وهو دخول البعض على البعض من غير استيذان ولا حشمة وهذا يتحقق فيما بين العبد ومولاته
وحجتنا في ذلك ما روي عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير قالا لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور والمراد بها قوله او
ما ملكت ايمانهن وهذا موضع الاشكال لان حالها لا ينقص بالامة تعرض من حال الرجال حتى تباع وهي متعرية وكان يشكل انه هل يباح لها الكشف بين
يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والمعنى فيه انه ليس بينهما زوجية ولا محرمية
وحل النظر الى مواضع الزينة الباطنة ينبني على هذا السبب وحرمة المناكحة التي بينهما بعارض على شرف الزوال فكانت في حقه بمنزلة منكوحة
الغير او معتدته ولان وجوب الستر عليها وحرمة الخلوة بالرجل لمعنى خوف الفتنة وذلك موجود هنا وانما ينعدم بالمحرمية لان الحرمة
المؤبدة تقلل الشهوة فاما الملك لا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة ومعنى البلوى لا يتحقق لان اتخاذ العبيد للاستخدام خارج البيت
لا داخل البيت على ما قيل من اتخذ عبدا للخدمة داخل بيته فهو كشحان وحديث ام سلمة محمول على الاستحباب لمعنى زوال الحاجة فان قبل
ذلك يحتاج الى المعاملة معه بالاخذ والاعطاء فتبدي وجهها وكفيها له وقد زال ذلك بالاداء فلتحتجب منه ثم قال الخصي كان او فحلا هكذا
نقل عن عائشة رضي الله عنها قالت الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولان الخصي في الاحكام من الشهادات والمواريث كالفحل وقطع
تلك الالة منه كقطع عضو اخر ومعنى الفتنة لا ينعدم فالخصي قد يجامع وقد قيل هو اشد الناس جماعا فانه لا ينعدم الة بالانزال
وكذلك المجبوب لانه قد يسحق وينزل وان كان مجبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا في حقه بالاختلاط بالنساء لوقوع الامن
من الفتنة والاصح انه لا يحل له ذلك ومن رخص فيه تاول قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال وبين اهل التفسير كلام في
هذا المعنى قيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء والكلام في المخنث عندنا انه ان كان مخنثا في الردي فهو
كغيره من الرجال بل من الفساق يبعد عن النساء فاما من كان في اعضائه لين وفي لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في
الردي من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء لما روي ان مخنثا كان يدخل بعض بيوت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فتكلم بكلمة فاحشة قال لعمر بن ابي سلمة لئن فتح الله الطائف على رسوله لادلنك على بادية بنت غيلان فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال عليه
السلام ما كنت اعلم انه يعرف مثل هذا اخرجوه وقيل المراد بقوله او التابعين الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همته بطنه وفي
هذا كلام عندنا فقيل اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما كان ذلك اذا كان كبيرا وقد ماتت شهوته فحينئذ يرخص ذلك والاصح
ان نقول قوله او التابعين من المتشابه وقوله للمؤمنين يغضوا محكم فناخذ بالمحكم فنقول من كان من الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع
الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النساء في المحيض في قوله ولا تقربوهن حتى يطهرن دليل ان الحرمة تمتد الى الطهر وقال عليه السلام من اتى امراة في غير مأتاها
او اتاها في حالة الحيض او اتى كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما انزل على محمد ولكن لا يلزمه بالوطي سوى الاستغفار والتوبة ومن
العلماء من يقول ان وطئها في اول الحيض فعليه ان يتصدق بدينار وان وطئ في اخر الحيض فعليه ان يتصدق بنصف دينار وروي
فيه حديث شاذ ولكن الكفارة لا تثبت بمثله وحجتنا في ذلك ما روي ان رجلا جاء الى الصديق رضي الله عنه قال اني رايت في المنام كاني
ابول دما فقال اتصدقني فقال نعم قال انك تاتي امراتك في حالة الحيض فاعترف بذلك فقال ابو بكر رضي الله عنه استغفر الله ولا تعد ولم
يلزمه كفارة واختلفوا فيما سوى الجماع قال ابو حنيفة له ان يستمتع بما فوق المئزر وليس له ما تحته وقال محمد يجتنب شعار الدم وله

ماسوى ذلك وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وذكر الكرخي مع محمد رحمهم الله وجه قوله
الاستدلال بقوله قل هو اذى ففيه بيان الحرمة لمعنى استعمال الاذى وذلك بمحل مخصوص وروى في الكتاب عن الصلت بن دينار عن
معاوية بن قرة قال سالت عائشة رضي الله عنها ما يحل للرجل من امراته وهي حائض قالت يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك وفي حديث
اخر عن عائشة رضي الله عنها قالت للرجل من امراته الحائض كل شيء الا النكاح يعني الجماع والمعنى فيه ان هذا محل بانت فيه زمان الحيض وحرم
الفعل لمعنى استعمال الاذى فكل فعل لا يكون فيه استعمال الاذى فهو حلال مطلق كما كان قبل الحيض وقاسه بالاستمتاع فوق المئزر وجه ابي
حنيفة قوله تعالى فاعتزلوا النساء في المحيض ظاهره يقتضي حرمة الاستمتاع بكل عضو منها فما اتفق عليه الاثار صار مخصوصا من هذا الظاهر
وبقي ما سواه على الظاهر وقد سالوا عمر رضي الله عنه عما يحل للرجل من امراته الحائض وعن قراءة القرآن في البيوت وعن الاغتسال
من الجنابة فقال اسحرة انتم لقد سالتموني عما سالت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل من امراته ما فوق المئزر وليس له ما تحته
وقراءة القرآن نور فنوروا بيوتكم ما استطعتم وذكر الاغتسال من الجنابة وفي حديث ام سلمة قالت كنت في فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم
فحضت فانسللت من الفراش فقال ما لك انفست قلت نعم قال ائتزري وعودي الى مضجعك ففعلت فاتقى طول الليل والمعنى فيه ان الاستمتاع
في مواضع الفرج محرم عليه واذا قرب من ذلك الموضع فلا يامن على نفسه ان يواقع الحرام فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر فكان هذا نوع
احتياط ذهب اليه ابو حنيفة لقوله عليه السلام الا ان لكل ملك حمى وحمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه ومحمد اخذ بالقياس وكان
ليس المراد بالايتزار حقيقة الازار بل المراد موضع الكرسف في تلك المواضع وبين لنا بعين اختلاف في معنى قوله ما فوق المئزر فكان ابراهيم
يقول المراد به الاستمتاع بالسرة وما فوقها وكان الحسن يقول المراد ان يشد ما بالازار ويقضي حاجته منها فيما دون الفرج فوق الازار ولا ينبغي
له ان يعزل فراشها لان ذلك تشبه باليهود وقد نهينا عن التشبه بهم وروي ان ابن عباس رضي الله عنه فعل ذلك فبلغ ميمونة فانكرت عليه وقالت
اترغب عن سنة رسول الله كان ينام معنا في فراش واحد في حالة الحيض واذا اراد ان يشتري جارية فلا باس بان ينظر الى شعرها وصدرها
وساقها وان اشتهى لان المالية مطلوبة بالشراء ولا يتبين مقدارها معلوما الا بالنظر الى هذه المواضع فللحاجة جاز النظر ولا يحل له ان يمس ان اشتهى
او كان ذلك اكبر رايه لانه لا حاجة به الى المس فمقدار المالية يصير معلوما بدونه ولان حكم المس اغلظ من النظر قررنا وقد بينا في كتاب الصلوة حكم غسل
كل واحد من الزوجين لصاحبه بعد الموت وما فيه من الاختلاف وحكم غسل ام الولد لمولاها فاذا ماتت المراة مع الرجال ولا امراة معهم لم يغسلوها
وان كانوا محارمها وعند الشافعي لابنها او ابيها ان يغسلها بناء على مذهبه ان الظهر والبطن في حق المحارم ليس بعورة فهو بمنزلة نظر الجنس وعندنا
الظهر والبطن عورة في حق المحارم وبالموت ما تنتهي الحرمة ولا يتغير لان هذه الحرمة لحق الشرع والادمي محترم شرعا حيا وميتا فلهذا لا يغسلها المحرم
وغير المحرم ولكنها يمموها الصعيد هكذا روي عن ابن عباس عن النبي عليه السلام انه سئل عن امراة ماتت مع الرجال ليس معهم امراة قال يمموها
بالصعيد ولانه تعذر غسلها لانعدام من يغسلها فصار كما لو تعذر غسلها لانعدام ما يغسل به وان كان من يممها محرما لها يممها بغير خرقة وان
كان غير محرم لها يممها بخرقة يلفها على كفه لانه لم يكن له ان يمسها في حال حياتها فكذلك بعد وفاتها بخلاف المحرم ولا باس بان ينظر الى وجهها وبعض
يوجهه عن ذراعيها كما في الحيوة كان له ان ينظر الى وجهها دون ذراعيها وكذلك يفعل زوجها لانه صار بمنزلة الاجنبي كما قال عمر رضي الله عنه في
امراة له هلكت نحن احق بها حين كانت حية فاذا ماتت فاولياؤها احق بها وان مات رجل مع نساء ليس فيهن امراته يممنه على ما بينا الا ان من
يممه ان كانت محرمة يممته بغير خرقة يلفها على كفها لانه ما كان لها ان تمسه في حال حيوته فكذلك بعد وفاته وان كانت مملوكة يممته بغير خرقة لانه
لما كان لها ان تمسه في حال حيوته فان الامة بمنزلة المحرم في حق الرجال امته وامة غيره في هذا سواء لان ملكه قد انتقل الى وارثه بموته فان كان معهن
رجل كافر علمنه الغسل ليغسله وكذلك ان كان مع الرجال امراة كافرة علموها الغسل لتغسلها لان نظر الجنس الى الجنس لا يختلف بالموافقة في الدين والمخالفة
الا ان الكافر لا يعرف سنة الغسل للموتى فيعلم ذلك وكذلك ان كان معهم صبيان صغار لم يبلغوا حد الشهوة علموهن غسل الميت ليغسلها وهذا
فالرجال قد يعجزون عن غسل الميت فكيف يقوى عليه الصغار الذين لم يبلغوا حد الشهوة ولكن مراد محمد رحمه الله بيان الحكم ان تصور وان ارتدت
امراته عن الاسلام بعد موته ثم رجعت الى الاسلام او مجوسيا انه لم يكن لها ان تغسله عندنا وقال زفر لها ذلك لان حل المس للغسل هنا باعتبار العدة
حتى لو انقضت عدتها بوضع الحمل لم يكن لها ان تغسله عندنا وما اعترض لم يتغير حكم العدة بخلاف ما اذا كان العارض قبل موته لان الحل هناك باعتبار
النكاح وقد ارتفع بهذا العارض وحجتنا في ذلك ان ردتها وفعل ابن الزوج بها لو صادف حلا مطلقا كان رافعا له فكذلك اذا صادف ما بقي
من الحل بعد موته وهو حل الغسل والمس كان رافعا له بطريق الاولى ولا يقال ان هذا الحل لاجل العدة فان العدة من نكاح فاسد والوطء لشبهة لا يفيد
حل الغسل والمس وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان المجوسي لو اسلم ومات ثم اسلمت امراته فليس لها ان تغسله عند زفر وكذلك في قول ابي
يوسف رحمه الله لان المعتبر وقت الموت فاذا لم يكن بينهما حل الغسل والمس عند الموت لا يثبت بعد ذلك بخلاف ما لو اسلمت قبل موته او انقضت عدة

الاخر وقاس بحكم الفرار في الميراث انها لو عتقت بعد موته او اسلمت لم ترث بخلاف ما لو اسلمت في حال الحيوة او عتقت ثم طلقها ثلاثا وابو
يوسف يقول الحل قائم بينهما بعقد وطي ولكن صدقها مانعه ولو زال هذا المانع في حال حيوته ثبت حل الاستمتاع مطلقا فكذلك اذا زال
بعد موته يثبت من الحل بقدر ما تقبله المحل وهو حل الغسل والمس واما الصبي الذي لم يبلغ حد الشهوة اذا مات مع النساء فلا باس بان
يغسلنه وكذلك الصغيرة مع الرجال لما بينا انه ليس لعورته حكم العورة في الحيوة حتى لا يجب سترها ويباح النظر اليه فكذلك بعد الموت
والمعتوهة كالعاقلة لانها تشتهي واذا حضر المسافر الصلوة ولم يجد ماء الا في اناء اخبره رجل انه قذر وهو عنده مسلم مرضي لا يتوضا به
وهذا لان خبر الواحد حجة في امور الدين وفي وجوب العمل به عندنا بخلاف ما يقوله بعض الناس ان ما لا يوجب علم اليقين لا يوجب العمل
ايضا فان العمل بغير علم لا يجوز قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وحجتنا في ذلك قوله تعالى واذ اخذ الله ميثاق الذين اوتوا
الكتاب لتبيننه للناس ومن ضرورة وجوب البيان على كل واحد وجوب القبول منه وفائدة القبول العمل به وقال تعالى فلولا نفر
من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين واسم الطائفة يتناول الواحد فصاعدا وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم دحية
الكلبي الى قيصر يدعوه الى الاسلام وعبد الله بن حذافة الى كسرى وكل مع كل واحد منهما كتاب فلو لم يكن خبر الواحد ملزما لما اكتفى ببعث
الواحد وبعث عليا ومعاذا الى اليمن والاثار في خبر الواحد كثيرة ذكرها محمد رحمه الله بعد هذا بعضها وليس من شرط وجوب العمل ان يكون
الخبر موجبا للعلم حتى يكتفى فيها بخبر الواحد بالاتفاق والدليل عليه وجوب العمل بالقياس وغالب الراي وان لم يكن ذلك موجبا علم اليقين
اذا عرفنا هذا فنقول هذا المخبر بنجاسة الماء اما ان يكون عدلا مرضيا او فاسقا او مستورا فان كان عدلا فليس له ان يتوضا بذلك الماء لترجح
جانب الصدق في خبره لظهور عدالته وان كان فاسقا فليس يتوضا بذلك الماء لعدم ترجح الصدق في خبره فان اعتبار دينه يدل على صدقه
في خبره واعتبار تعاطيه وارتكابه ما يعتقد الحرمة فيه دليل على كذبه في خبره فتتحقق المعارضة بينهما ولهذا امر الله تعالى بالتوقف في خبر الفاسق
بقوله فتبينوا وعند المعارضة الاصل في الماء الطهارة فيتمسك به ويتوضا وهذا بخلاف المعاملات فانه يجوز الاخذ فيها بخبر الفاسق لان
الضرورة هناك تتحقق فالعدل لا يوجد في كل موضع ولا دليل هناك يعمل به سوى الخبر وهنا لا ضرورة ومعنا دليل اخر سوى الخبر وهو ان
الاصل في الماء هو الطهارة فان قيل اليس ان خبر الفاسق لا يقبل في رواية الاخبار وليس هناك دليل سوى الخبر قلنا الضرورة هناك لا تتحقق
لان في العدول الذين يروون ذلك الخبر كثرة يوضحه الفرق ان الخبر في المعاملات غير ملزم فيسقط فيه اعتبار شرط العدالة وفي الديانات
الخبر ملزم فلا بد من اعتبار شرط العدالة فيه وكذلك ان كان مستورا فالحكم في المستور في ظاهر الرواية كالفاسق وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة
قال المستور في هذا الخبر كالعدل وهو ظاهر على مذهبه فانه يجوز القضاء بشهادة المستورين اذا لم يطعن الخصم لكن الاصح ما ذكر لانه لا بد من
اعتبار شرط الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فلم يبق الا اعتبار العدالة فاذا ثبت ان العدالة شرط قلنا ما كان شرطا
لا يكتفى بوجوده ظاهرا كمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم فقال العبد لم ادخل وقال المولى دخلت فالقول قول
المولى لان عدم الدخول شرط فلا يكتفى بثبوته ظاهرا لنزول العتق وكذلك ان كان المخبر عبدا لان في امور الدين خبر العبد كخبر الحر
كما في رواية الاخبار وهذا لانه يلزم نفسه ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير وبالرق يخرج من ان يكون اهلا للولاية
فاما فيما هو التزام يستوي العبد بالحر لكونه مخاطبا وكذلك ان كان المخبر امراة حرة او امة كما في رواية الاخبار وهذا لانها تلتزم كالرجل
ثم يتعدى الى غيرها ورواية النساء من الصحابة كانت مقبولة كرواية الرجال قال عليه السلام تاخذون ثلثي دينكم من عائشة ثم بين في الفاسق
والمستور انه يحكم رايه فان كان اكبر رايه انه صادق توضا ولا يتوضا به لان اكبر الراي فيما بني على الاحتياط كاليقين وان اراق ثم تيمم
كان احوط وان كان اكبر رايه انه كاذب توضا به ولم يتيمم فان قيل كان ينبغي ان يتيمم احتياطا لمعنى التعارض في خبر الفاسق كما قلنا في
سور الحمار انه يجمع بين التوضي والتيمم لتعارض الادلة في سور الحمار قلنا حكم التوقف في خبر الفاسق معلوم بالنص وفي الامر بالتيمم هنا عمل
بخبره من وجه فكانت بخلاف النص ولما ثبت التوقف في خبره بقي اصل الطهارة للماء فلا حاجة الى ضم التيمم اليه واستدل بحديث عمر رضي
الله عنه حين ورد ماء حياض مع عمرو بن العاص فقال عمرو لرجل من اهل الماء اخبرنا عن السباع اترد ماءكم هذا فقال عمر رضي الله عنه لا تخبرنا عن شيء
فلولا ان خبره عند خبرا ما لنهاه عن ذلك وعمرو بن العاص قصد الاخذ بالاحتياط وقد كره عمر رضي الله عنه لوجود دليل الطهارة باعتبار
الاصل فعرفنا انه ما بقي هنا الدليل فلا حاجة الى احتياط اخر فان كان الذي اخبر بنجاسة الماء رجل من اهل الذمة لم يقبل قوله لان
الكافر ليس في معنى الصدق في خبره ولكن لانه لما منهم السعي في افساد دين الحق كما قال لا يالونكم خبالا اي لا يقصرون في فساد امركم وكان
متهما في هذا الخبر فلا يقبل منه كما لا تقبل شهادة الوالد لولده لمعنى التهمة بقول فان وقع في قلبه انه صادق فاحب الي ان يريق الماء ثم يتيمم وان
توضا به وصلى اجزاه وفي خبر الفاسق اذا وقع في قلبه انه صادق تيمم ولا يتوضى به وهذا لان الفاسق اهل للشهادة ولهذا ينفذ القضاء بشهادته

فيتأيد ذلك بأكبر رأيه وليس الكافر أهل الشهادة في حق المسلمين يوضحه أن الكافر يلزم المسلم ابتداء ولا يلتزم ولا ولاية له على المسلم فأما
الفاسق المسلم يلتزم وهو من أهل الولاية على المسلم قال وكذلك الصبي والمعتوه إذا عقلا ما يقولان من أصحابه من يقول مراده بهذا العطف
أن الصبي كالبالغ إذا كان مرضيا وهذا لأنه كان في الصحابة من سمع في صغره ولو روى كان مقبولا منه وكما سقط اعتبار الحرية والذكورة سقط
اعتبار البلوغ كما في المعاملات والأصح أن مراده العطف على الذمي بأن خبر الصبي والمعتوه في هذا كخبر الذمي لأنهما لا يلتزمان شيئا ولكن
يلزمان الغير ابتداء فإنهما غير مخاطبين فليس لهما ولاية إلا الإلزام فكان خبرهما في معنى خبر الكافر   رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما ويشربون
شرابا فدعوه إليه فقال له رجل مسلم ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد خالطه الخمر وقال الذين دعوه إلى ذلك ليس
الأمر كما قال وهو حلال فإنه ينظر إلى حالهم فإن كانوا عدولا ثقات لم يلتفت إلى قول ذلك الواحد لأن قول الواحد لا يعارض خبر الجماعة فإن خبر
الواحد في الديانات والأحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الأحكام ولأن الظاهر من حال المسلمين التحرز عن أكل ذبيحة المجوسي وعن شرب
ما خالطه الخمر فخبر الواحد في معارضة خبرهم خبر مستنكر فلا يقبل وإن كانوا متهمين أخذ بقوله ولم يسعه أن يقرب شيئا من ذلك لأن خبرهم
باعتبار حالهم مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم لفسقهم في حكم المعارضة ولأن خبر العدول بالحرمة مرجح في هذا الموضع باعتبار حالهم وقال
عليه السلام دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ويستوي إن كان المخبر بالحرمة حرا أو مملوكا ذكرا أو أنثى لأنه أخبر بأمر ديني فإن الحل والحرمة من
أمور الدين ولو كان في القوم رجلان ثقتان أخذ بقولهما لأن الحجة في الأحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارضه خبر الواحد وإن كان فيهم ثقة
واحد عمل فيه على أكبر رأيه لاستواء الخبرين عنده وإن لم يكن له فيه رأي واستوى الحالان عنده فلا بأس بأكل ذلك وشربه وكذلك الوضوء
منه في جميع ذلك أما المصير إلى غالب الرأي فللمعارضة بين الخبرين لأن عند المعارضة لا بد من ترجيح أحد الجانبين وغالب
الرأي يصلح أن يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلأن يصلح للترجيح أولى وإن لم يكن له رأي تمسك بأصل الطهارة فإن قيل لا معارضة بين
الخبرين لأن أحدهما ينفي الحرمة والآخر يثبت ولا تعارض بين النفي والإثبات قلنا هذا في الشهادات فأما في الأخبار المعارضة تتحقق بين النفي
والإثبات لأن كل واحد منهما بانفراده مقبول فإن قيل أليس كذلك في الشاهد إذا زكى أحد المزكيين وجرحه الآخر كان الجرح أولى لأن الجارح
مثبت والآخر ناف قلنا نعم ولكن في كل موضع يكون النافي معتمدا الدليل لأن الطهارة مرجح في خبره تتحقق المعارضة في ذلك بين النفي والإثبات
وفي كل موضع لا يكون النافي معتمدا الدليل يترجح المثبت فهنا النافي معتمد الدليل لأن طهارة الماء ونجاسته تعلم حقيقة وكذلك حل الطعام
وحرمته فلهذا تحققت المعارضة والذي زكى الشاهد لا يعتمد دليلا في خبره لأن نفي أسباب الجرح لا يعلم حقيقة فلهذا ترجح المثبت هناك على
النافي فإن كان الذي أخبره بأنه حلال مملوكان ثقتان والذي زعم أنه حرام واحد حر فلا بأس بأكله لأن في الحل الدين المملوك والحر سواء ولا
يتحقق المعارضة بين الواحد وبين المثنى في الحل لأنه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد وإن كان الذي زعم أنه حرام مملوكان
ثقتان والذي زعم أنه حلال حر واحد ثقة ينبغي أن لا يأكله لما بينا أن خبر الواحد لا يكون معارضا لخبر الاثنين وكذلك لو أخبر بأحد الأمرين
عبد ثقة وبالآخر حر ثقة عمل بأكبر رأيه فيه لأن الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فتحقق المعارضة بين
الخبرين فيصار إلى الترجيح بأكبر الرأي وإن أخبر بأحد الأمرين مملوكان ثقتان وبالأمر الآخر حران ثقتان أخذ بقول الحرين لأن الحجة تتم بقول الحر
في الحكم ولا تتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين لأن في خبرهما زيادة الإلزام فإن الإلزام بقول المملوكين ينبني على الالتزام اعتقادا
والإلزام في قول الحرين لا ينبني على الالتزام اعتقادا والإلزام في قول الحرين لا ينبني على الالتزام اعتقادا حتى كان ملزما فيما لا يكون الملزم معتقدا له
فعرفنا أن في خبرهما زيادة الإلزام والترجيح بقوة السبب صحيح ألا ترى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه شهد عنده المغيرة بن شعبة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أعطى الجدة أم الأم السدس فقال ائت معك بشاهد آخر فجاء محمد بن مسلمة فشهد على مثل شهادته فأعطاها أبو بكر رضي الله عنه
السدس وهذا من أمر الدين وعمر بن الخطاب شهد عنده أبو موسى الأشعري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن
له فليرجع فقال ائت معك بشاهد آخر فشهد أبو سعيد الخدري على مثل شهادته قال محمد رحمه الله فهذا إنما طلبا للاحتياط والواحد يجزي وكان
عيسى بن أبان يقول بل إنما طلبا شاهدا آخر على طريق الشرط لأن طمأنينة القلب تحصل بقول المثنى دون الواحد ولم يكن في ذلك ضرورة في الاكتفاء
بخبر الواحد لكثرة الرواة فأما في زماننا فقد تحقق معنى الضرورة في الاكتفاء بخبر الواحد والأصح ما أشار إليه محمد رحمه الله أنهما طلبا ذلك للاحتياط
وكان يقبلان ذلك وإن لم يشهد شاهد آخر ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل شهادة عبد الرحمن بن عوف حين شهد عنده أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فلم يطلب شاهدا آخر وأجاز قول عبد الرحمن بن عوف في
الطاعون حين أراد أن يدخل الشام وبها طاعون فاستشارهم فأشار إليه بعض المهاجرين بالدخول فقال أبو عبيدة بن الجراح يا أمير المؤمنين
أتفر من قدر الله فقال عبد الرحمن إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا وقع الرجز بأرض فلا تدخلوا عليه وإذا وقع وأنتم فيها فلا تخرجوا

منها

منها فأخذ عمر رضي الله عنه بقوله ورجع وذكر الطحاوي في مشكل الآثار هذا الحديث فقال تأويله أنه إذا كان بحال لو دخلها فابتلي وقع عنده أنه
ابتلي بدخوله ولو خرج فنجا وقع عنده أنه نجا بخروجه فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده فأما إذا كان يعلم أن كل شيء بقدر وأنه لا يصيبه إلا
ما كتب الله فلا بأس بأن يدخل ويخرج واستدل محمد أيضا بحديث عمر رضي الله عنه فإنه كان لا يورث المرأة من دية زوجها حتى شهد عنده الضحاك
بن سفيان الكلابي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليه أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم فأخذ بقوله وبعث رسول الله صلى
الله عليه وسلم دحية الكلبي إلى قيصر بكتابه يدعوه إلى الإسلام فكان حجة عليه فهذا كله دليل أن خبر الواحد في أمر الدين كان ملزما في ذلك
الوقت كما هو اليوم وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه كنت إذا لم أسمع حديثا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثني به غيري استحلفته
على ذلك وحدثني أبو بكر الصديق وصدق أبو بكر وهذا مذهب تفرد به علي رضي الله عنه فإنه كان يحلف الشاهد ويحلف المدعي مع البينة
ويحلف الراوي ولم يتبع ذلك فإنه كان يقول إن خبره من يزكى بيمينه كالشهادات في باب الكفار من كل واحد من الزوجين حتى يصير متركاة
باليمين ومن لم يعصم عن الكذب لا يكون خبره حجة ما لم يتقو بيمينه إلا أبو بكر الصديق رضي الله عنه فإن تسمية رسول الله إياه
الصديق كاف في جعل خبره مزكى ولسنا نأخذ بهذا القول لأن الله أمر باستشهاد شاهدين وبطلب العدالة في الشهود فاشتراط اليمين
مع ذلك يكون زيادة على ما في الكتاب وقد وقع الدعاوى والخصومات في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل أنه حلف أحدا من
الشهود ولا أحدا من المدعي مع البينة ولا يجوز أن يقال إنهم قد تركوا نقله لأن هذا لا يظن بهم خصوصا فيما يعم به البلوى فقد نقلوا أكثر
ما دق من أحواله وجل من أحواله وأفعاله قال وبلغنا أن نفرا من أصحاب النبي عليه السلام منهم أبو طلحة كانوا يشربون لهم من الفضيخ فأتاهم
فأخبرهم أن الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم إلى هذه الجرار فاكسرها فقمت إليها فكسرتها حتى أهرقت ما فيها ولو لم يكن خبر الواحد حجة
ما وسعهم ذلك لما فيه من إضاعة المال وتأويل كسر الجرار أن الجرار كانت تشرب فيها فلا يصلح للانتفاع بها بوجه آخر وكان ذلك لإظهار الانقياد
وتحقيق الانزجار عن العادة المألوفة وعلى هذا يحمل ما روي أن النبي عليه السلام أمر بكسر الدنان وشق الروايا وذكر حديث عكرمة أن النبي عليه
السلام قبل شهادة أعرابي وحده على رؤية هلال رمضان حين قدم المدينة فأخبرهم بأنه رآه فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن
يصوموا بشهادته فهذا يدل أن شهادة الواحد في الدين جائزة ولا يقبل على شهادة الفطر أقل من شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين والكلام في
هذا الفصل قد بيناه في كتاب الصوم وذكر ابن سماعة في نوادره قال قلت لمحمد رحمه الله فإذا قبلت شهادة الواحد في هلال رمضان وأمرت
بالصوم فصاموا ثلاثين يوما ولم يروا الهلال أليس هم يفطرون وهذا فطر بشهادة الواحد فقال لا أتهم المسلم بتبديل يوم مكان يوم ويمكن
أن يجاب عن هذا بأن الفطر غير ثابت بشهادته وإن كان قد يفضي إليه بشهادته كما لو شهدت القابلة بالنسب ثبت استحقاق الميراث ولا
يستحق المال بشهادة القابلة وهذا على قول محمد فأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يفطرون وإن صاموا ثلاثين يوما إذا لم يروا الهلال
قال الحاكم رحمه الله وهلال الأضحى كهلال الفطر ذكره في كتاب الشهادات وفي النوادر عن أبي حنيفة أن الشهادة على هلال الأضحى
كالشهادة على هلال رمضان لما يتعلق بها من أمر ديني وهو ظهور وقت الحج وذلك حق الله فأما في ظاهر الرواية قال هذا في معنى هلال الفطر
لأن فيه منفعة للناس هنا من حيث التوسع بلحوم الأضاحي في اليوم العاشر كما في هلال الفطر قال ولا يقبل في هلال شهر رمضان قول مسلم
ولا مسلمين ممن لا يجوز شهادتهم للتهمة لما بينا أن خبر الفاسق في الدين غير ملزم وذكر الطحاوي أن شهادة الواحد على رؤية الهلال رمضان
مقبول عدلا كان أو غير عدل قيل المراد بقوله غير عدل أن يكون مستورا فيكون موافقا لرواية الحسن عن أبي حنيفة في المستور وقيل بل مراده
الفاسق ووجه هذه الرواية أن التهمة منتفية عن خبره هذا لأنه يلزمه من الصوم ما يلزمه غيره فأما عبد مسلم ثقة أو أمة مسلمة أو امرأة مسلمة حرة
فشهادتهم في ذلك جائزة لأن في الخبر الديني الذكور والإناث والأحرار والمماليك سواء وكذلك إن شهد واحد على شهادة واحد وبهذا تبين
أنه خبر لا شهادة حتى لا يشترط فيه لفظة الشهادة وذكر أنه إذا كان محدودا في قذف قد حسنت توبته فشهادته أيضا جائزة وروى الحسن عن أبي
حنيفة أن شهادته لا تقبل لأنه محكوم بكذبه وإذا كان شهادة المتهم بالكذب لا يقبل هنا فالمحكوم بالكذب أولى وجه هذه الرواية أن خبر المحدود
في أمر الدين مقبول ألا ترى أن أبا بكرة بعدما أقيم عليه حد القذف كان يعتمد روايته وهذا لأن رد شهادته لحق المقذوف وهو دفع العار عنه
بما هدر قوله وذلك في الأحكام التي يتعلق بها حقوق العباد فيتقدر بهذا المعنى في أمور الدين فكان المحدود كغيره يقول فإن كان الذي شهد
بذلك في المصر ولا علة في السماء من ذلك لا تقبل شهادته لأن الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل وقد بيناه في كتاب أقاويل العلماء في هذا الفصل
وعن أبي يوسف أنه اعتبر عدد القسامة على قياس الأيمان في القسامة وفيما ذكر هنا إشارة إلى أنه إذا جاء من خارج المصر فإنه يقبل شهادته فقد
ذكر بعد هذا أيضا أو جاء من مكان مرتفع واختير ذلك وهكذا ذكره الطحاوي في كتابه لأنه يتفق من الرؤية في الصحاري ما لا يتفق في الأمصار
لما فيها من كثرة الغبار وكذلك إن كان في المصر على موضع مرتفع فقد يتفق له من الرؤية ما لا يتفق لمن هو دونه في الموقف   رجل تزوج امرأة

فجاء رجل مسلم ثقة او امرأة فاخبر انهما ارتضعا من امرأة واحدة فاحب الى ان يتنزه عنها فيطلقها ويعطيها نصف الصداق فان لم يكن دخل بها
والكلام في هذه المسئلة في فصلين احدهما في الحكم والآخر في التنزه اما في الحكم فالحرمة لا تثبت بشهادة امرأة واحدة على الرضاع عندنا
ما لم يشهد به رجلان او رجل وامرأتان وعند الشافعي تثبت بشهادة اربع نسوة كما هو مذهبه فيما لا يطلع عليه الرجال وزعم ان الرضاع
لا يحل مطالعته للرجال الاجانب ولكنا نقول الارضاع بالثدي وذلك مما يحل مطالعته لذوي الرحم المحرم ثم قد يكون بالاجانب وذلك
مما يطلع عليه الاجانب ومالك رحمه الله كان يقول يكتفي بشهادة الواحد لاثبات الحرمة بالرضاع وذلك مروي عن عثمان رضي الله عنه
واستدل فيه بحديث ابن ابي مليكة عن عقبة ان عقبة بن الحارث تزوج بنت اهاب فجاءت امرأة سوداء فاخبرت انها ارضعتهما جميعا فاتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال عليه السلام كيف وقد قيل هذا القدر ذكره محمد رحمه الله واهل الحديث يروون ففرق رسول
الله بينهما فهو حجة مالك وحجتنا في ذلك حديث عكرمة بن خالد قال عمر رضي الله عنه لا تقبل على الرضاع اقل من شاهدين ولان هذه شهادة تقوم
لابطال الملك فلا يتم الحجة فيه الا بشاهدين كالعتق والطلاق فاما الحديث ففيه اشارة الى التنزه بقوله كيف وقد قيل ولو ثبتت
الحرمة عنده لما اشار الى التنزه بهذا اللفظ والزيادة التي يروونها من اهل الحديث لم تثبت عندنا والدليل على ضعفه ما روي عن عقبة بن
الحارث قال تزوجت ابنة ابي اهاب فجاءت امرأة سوداء تستطعمنا فابينا ان نطعمها فجاءت من الغد تشهد على الرضاع ومثل هذه الشهادة
يكون عن ضغن فلا يتم الحجة بها فاما بيان وجه التنزه ان المخبر اذا كان ثقة فالذي يقع في قلوب السامعين انه صادق فيه فصحبتها بريبة ومفارقتها
لا بأس به ولو امسكها ربما يطعن فيه احد وسهمه وقال عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال عليه
السلام اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره فليس كل سامع نكرا يطيق ان توسعه عذرا ولان يدع وطيا حلالا
خير له من ان يقيم على وطي حرام ولكن ينبغي له ان يطلقها لانها منكوحة في الحكم فاذا لم يطلقها لا يتعذر على الزوج بغيره فتبقى
معلقة ثم يعطيها نصف الصداق بعد الطلاق وان لم يكن دخل بها لانها استوجبت في الحكم ذلك عليه فلا ينبغي له ان يمنعها بتطوع لنفسه
والمستحب لها ان لا تاخذ شيئا ان كان لم يدخل بها لجواز ان يكون المخبر صادقا والنكاح لم يكن منعقدا بينهما وان كان دخل بها فلا بأس
بان تاخذ مقدار مهر مثلها بما استحل من فرجها وينبغي ان لا تاخذ الزيادة على ذلك الى تمام المسمى ولكن يبرئه عن ذلك لانه حق مستحق لها في الحكم
فلا يسقط باسقاطها ولا يبعد ان يندب كل واحد منهما الى ما قلنا كما ان الله تعالى اثبت نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثم ندب
كل واحد من الزوجين الى العفو وكذلك الرجل يشتري الجارية فيخبره عدل انها حرة الابوين او انها اخته من الرضاعة فان تنزه عن وطيها فهو
افضل وان لم يفعل وسعه ذلك وفرق بين هذين الفصلين وبين ما تقدم من الطعام والشراب فاثبت الحرمة هناك بخبر الواحد العدل ولم
يثبت هنا لان حل الطعام والشراب يثبت بالاذن بدون الملك حتى لو قال الغير كل طعامي هذا او توضأ بمائي هذا او اشربه وسعه ان يفعل ذلك
فكذلك الحرمة تثبت بما لا يبطل به الملك وحل الوطي لا يثبت بدون الملك حتى لو قال لغيره جاريتي هذه فقد اذنت لك فيه او قالت له ذلك حرة
في نفسها لم يحل له الوطي فكذلك الحرمة لا تثبت بما لا يبطل به الملك وهو خبر الواحد وتقرير هذا الفرق من وجهين احدهما ان الحل والحرمة فيما
سوى البضع مقصود بنفسه لما كان يثبت بدون ملك الحل وتثبت الحرمة مع قيام الملك فكان هذا اخبارا بامر ديني وقول الواحد فيه ملزم
فاما في الوطي الحل والحرمة يثبت حكما للملك وزواله لا يثبت مقصودا بنفسه وقول الواحد في ابطال الملك ليس بحجة فكذلك في الحل الذي
ينبني عليه والثاني ان في الوطي معنى الالزام على الغير لان المنكوحة يلزمها الانقياد للزوج في الاستفراش والمملوكة يلزمها الانقياد لمولاها وقول
الواحد لا يكون حجة في ابطال الاستحقاق الثابت لشخص على شخص فاما حل الطعام والشراب فليس فيها استحقاق وحق على احد يبطل ذلك بثبوت
الحرمة وانما ذلك امر ديني وخبر الواحد في مثله حجة مسلم اشترى لحما فلما قبضه اخبره مسلم ثقة انه ذبيحة مجوسي لم ينبغ له ان ياكله لانه
اخبره بحرمة العين وهو امر ديني فيتم الحجة بخبر الواحد فيه وكما لا ياكله لا يطعمه غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله
عنها في نظيره اطعميها الآكلين ولا يرده على صاحبه لان فسخ البيع معتبر بنفس البيع وكما لا يتم الحجة بخبر الواحد في البيع فكذلك فيما يفسخه
ولا يستحل منع البايع ثمنه لانه قد استوجبه بالعقد قبله وقول الواحد ليس بحجة في اسقاط حق مستحق للعباد ولان العين قد بقي مملوكا له
متقوما لان نقض الملك فيه بقول الواحد لا يجوز فعليه اداء ثمنه فان قيل الحل هنا انما يثبت حكما للملك فينبغي ان لا يثبت الحرمة الا بما
يبطل به الملك كما في مسئلة الوطي قلنا لا كذلك بل ثبوت حل التناول بالاذن لان الموجب للبيع اذن المشتري في التناول مسلط له على ذلك
وهو كاف لثبوت الحل في هذا العين فما زاد عليه غير معتبر في حكم الحل ونحوه علل محمد رحمه الله في البيوع في تنفيذ تصرف المشتري شراء
فاسدا انه فعل لان البايع سلطه على ذلك والدليل على هذا ان تمام البيع بهذا اللفظ حتى لو قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فاكله كان
هذا بيعا وكان فيه كل حلالا بخلاف الوطي فانه لو قالت طأني بكذا لا يحل له ان يفعل ولا ينعقد النكاح بينهما لو فعله يوضحه

المعتبر هو الحل دون الاحوال واذا كان حل الطعام في الجملة يثبت بغير ذلك فكذلك الحرمة تثبت مع قيام الملك ولو لم يبعه هذا الرجل ولكن
اذن له في التناول فاخبره مسلم ثقة انه محرم العين لم يحل له تناوله فكذلك اذا باعه يوضحه ان قبل البيع انما لا يحل له تناوله لان حرمة العين
ثبت في حقه بخبر الواحد والبيع ليس له تأثير في ازالة حرمة ثابتة للعين واذا ثبت انه لو اشتراه بعد الاذن او ملكه بسبب آخر لم يحل له
تناوله فكذلك اذا اشتراه قبل الاذن فاخبره عدل بانه محرم العين ولو اشترى طعاما او جارية وملك ذلك ميراثا او هبة او صدقة
او وصية فجاء مسلم ثقة فشهد ان هذا لفلان الفلاني غصبه منه البايع او الواهب او الميت فاحب الى ان يتنزه عن اكله وشربه والوضوء
منه ووطي الجارية لان خبر الواحد يمكن ريبة في قلبه والتنزه عن مواضع الريبة اولى وان لم يتنزه كان في سعة من ذلك لان المخبر هنا لم
يخبر بحرمة العين وانما اخبر ان من يملك من جهته لم يكن مالكا وهو مكذب في هذا الخبر شرعا فان الشرع جعل صاحب اليد مالكا باعتبار
يده ولهذا لو نازعه فيه غيره كان القول قوله وعلى هذا ايضا لو اذن له ذو اليد في تناول طعامه وشرابه فاخبره ثقة ان هذا الطعام
والشراب في يده غصب من فلان وذو اليد يكذبه وهو متهم غير ثقة فان تنزه عن تناوله كان اولى وان لم يتنزه كان في سعة وفي الكتاب
اذا لم يجد وضوءا غيره يتوضأ به ولم يتيمم لان الشرع جعل القول قول ذي اليد فيما في يده وهذا بخلاف ما سبق لان هنا المخبر انما اخبر بملك
الغير في المحل وخبره في هذا ليس بحجة وهناك اخبر بحرمة ثابتة في المحل لحق الشرع وخبر الواحد فيه حجة فان قيل الحل بعد الحرمة ليس بصفة
للمحل حقيقة وانما هو صفة للفعل الصادر من المخاطب وهو التناول وقد اخبره بحرمة التناول في الفصلين جميعا قلنا هذا شيء توهمه بعض
اصحابنا وهو غلط عظيم فانا لو جعلنا الحرمة صفة للفعل حقيقة ثم توصف العين به مجازا كان مشروعا في المحل من وجه وذلك يمتنع بعد ثبوت
حرمة الامهات وحرمة الميتة بالنص ولكن نقول الحرمة صفة للعين حقيقة باعتبار انه خرج شرعا من ان يكون محلا للفعل الحلال ولكن
حقيقة موجب النهي والنسخ ثم ينتفي الفعل باعتبار انعدام المحل لان الفعل لا يتصور الا في المحل كالقتل لا يتصور الا في الحي وكان هذا اقامة
العين مقام الفعل لان صفة الحرمة يثبت له حقيقة ويتضح ذلك في مورد الشرع فان الله تعالى في ملك العين نهى عن الاكل انه قال ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الى قوله لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم فعرفنا ان المحرم هو الاكل وفي الميتة قال حرمت عليكم الميتة فقد جعل
الحرمة صفة للعين وكذلك قال حرمت عليكم امهاتكم فمعرفة حدود كلام صاحب الشرع محض الفقه وكذلك من حيث الاحكام من قال لامرأته
انت كالميتة كان بمنزلة قوله انت علي حرام بخلاف ما لو قال انت علي كمتاع فلان فاذا تقرر هذا ان الحرمة ثابتة صفة للعين محض حق الشرع فيثبت
بخبر الواحد ولهذا لا يسقط الا باذن الشرع وحرمة التناول في طعام الغير ثابتة لحق الغير ولهذا سقط باذنه وحق الغير لا يسقط بخبر الواحد
فلا يثبت الحرمة ايضا ولو ان رجلا مسلما شهد عنده رجل ان هذه الجارية التي في يد فلان وهي مقرة بالرق امة لفلان غصبها والذي هي في
يده يجحد ذلك وهو غير مأمون على ما ذكر فاحب الي ان لا يشتريها وان اشتراها ووطيها فهو في سعة من ذلك لان المخبر مكذب فيما اخبره شرعا
والقول قول ذي اليد انها مملوكة له فله ان يعتمد الدليل الشرعي فيشتريها وان احتاط فلم يشترها كان اولى لانه متمكن من تحصيل مقصوده بغيرها
وابن مسعود رضي الله عنه كان يقول في مثله كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام ولو اخبره انها كانت حرة الاصل او انها كانت امة لهذا الذي
في يده فعتقها وهو مسلم ثقة فهذا والاول سواء لما بينا ان المخبر مكذب شرعا وان نص فيما على انها مملوكة لذي اليد حجة شرعا في اثبات الملك
له فللمشتري ان يعتمد الحجة الشرعية والتنزه افضل له فان قيل في هذا الموضع اخبر بحرمة المحل حين زعم انها معتقة او حرة فلم جعلت هذا نظير
ما سبق قلنا لا كذلك فحرمة المحل هنا لعدم الملك والملك ثابت بدليل شرعي ومع ثبوت الملك لا حرمة في المحل وفي الكتاب قال هذا بمنزلة المنكوحة
الذي يشهد فيه بالرضاعة وهو اشارة لما قلنا ان حل الوطي لا يكون الا بالملك والملك المحكوم به شرعا لا يبطل بخبر الواحد فكذلك ما ينبني عليه من الحل
واذا كانت الجارية لرجل فاخذها رجل آخر واراد بيعها لم ينبغ لمن عرفها للاول ان يشتريها منه حتى يعلم انها قد خرجت من ملكه او انتقلت الى
ملك ذي اليد بسبب صحيح او يعلم انه وكله ببيعها لان دليل الملك للاول ظاهر عنده فلا يثبت الملك للثاني في حقه الا بدليل يوجب النقل اليه او التسليط
لغير المالك لا يحل الا باذن المالك فلو علم القاضي ما علمه هو كان يجب عليه ان يرده على المالك حتى يثبت الثاني سبب الملك لنفسه فكذلك اذا علم
هذا الذي يريد شراءه فان قال ذو اليد اني اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي او وكلني ببيعها فان كان ثقة فلا بأس بان يصدقه على
ذلك ويشتريها منه ويطأها لانه اخبر بخبر مستقيم صالح فيكون خبره محمولا على الصدق ما لم يعارضه مانع يمنع من ذلك والمعارض المنكر لم
يوجد ولو كلفناه الرجوع الى الاول ليسأله ربما كان ذلك نوع حرج بعد جواز ان يكون غائبا او مختفيا لمعنى وان كان غير ثقة الا ان اكبر
رأيه انه صادق فكذلك ايضا لما بينا ان في المعاملات لا يمكن اعتبار العدالة في كل خبر لمعنى الحرج والضرورة لان الخبر غير ملزم اياه شرعا مع ان
اكبر الرأي اذا انضم الى خبر الفاسق شاهد به وقد بينا نظيره في الاخبار الدينية فهنا اولى وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض
لشيء من ذلك لان اكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين ولو تيقن بكذبه لم يحل له ان يعتمد خبره فكذلك اذا كان اكبر رأيه في ذلك والاصل

فيه قوله عليه السلام لوابصة بن معبد رضي الله عنه ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك في صدرك فدعه وان افتاك الناس به وقال الاثم حزاز القلوب اي على المرء ان يترك ما حز في قلبه تحرزا عن الاثم وكذلك لو لم يعلموا ان ذلك الشئ لغير الذي هو في يديه حتى اخبره الذي هو في يديه انه لغيره وانه وكله ببيعه او وهب له او اشتراه منه لان اقراره بالملك لغيره حجة في حق المقر شرعا فصار في حق السامع بمنزلة ما لو علم بملك الغير ان عاينه في يده فان كان المخبر ثقة صدقه فيما اخبر به من سبب الولاية له في بيعه وكذلك ان كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فيه صدقه ايضا وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يقبل منه ولم يشتره وان كان لم يخبره ان ذلك الشئ لغيره فلا باس بشرائه منه وقبول هبته وان كان غير ثقة لان دليل الملك شرعا ثابت له وهو اليد والفاسق والعدل في هذا الدليل سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول قوله ويحل لمن راه في يده ان يشهد له بالملك والمصير الى اكبر الراي عند انعدام دليل ظاهر كالمصير الى القياس عند وجود النص قال الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك المعين فاحب الى ان يتنزه عنه ولا يتعرض له بشراء او غيره وذلك كدرة يراها في يد فقير لا يملك شيئا او راى كتابا في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك فالذي يسبق الى قلب كل احد انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه منه افضل وان اشتري وقبل وهو لا يعلم انه لغيره رجوت ان يكون في سعة من ذلك لانه يزعم انه مالك والقول قوله شرعا فالشرع منه يعتمد دليلا شرعيا وذلك واسع الا انه مع هذا لم يثبت الجواب وعلقه بالرجا لما ظهر من حال الناس ولما يسبق الى وهم كل احد ان مثله لا يكون مالكا لهذا العين فان كان الذي اتاه عبدا او امة لم ينبغ له ان يشتري ولا يقبله حتى يسال عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يعلم دليلا مطلقا للتصرف في حق من راه في يده لا يحل له الشرا منه لانه عالم انه لغيره واليد في حق المملوك ليس بمطلق للتصرف فان الرق مانع له من التصرف ما لم يوجد الاذن فان سال فاخبر ان مولاه قد اذن له فيه وهو ثقة مامون فلا باس بشرائه منه وقبوله لانه اخبر بخبر مستقيم صالح وهو محتمل في نفسه فيعتمد خبره اذا كان ثقة وان كان غير ثقة فهو على ما يقع في قلبه فان اكبر رايه انه صادق فيما قال صدقه بقوله وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يعرض لشئ من ذلك وكذلك ان كان لا راي له فيما اخبر لان الحاجر له عن التصرف ظاهر فلا يكون له ان يتصرف معه بمجرد خبره ما لم يترجح جانب الصدق فيه بنوع دليل ولم يوجد ذلك وكذلك الغلام الذي لم يبلغ حرا كان او مملوكا فيما يخبر انه اذن له في بيعه او ان فلانا بعث معه اليه هدية او صدقة فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه ان يصدقه وهذا للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على ايدي المماليك والصبيان وفي التورع عنه من الحرج ما لا يخفى وان كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يقبل منه شيئا لان اكبر الراي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين قال وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول الصبي اذا اتى بقالا بفلوس اشترى منه شيئا واخبره ان امه امرته بذلك فان طلب الصابون ونحوه فلا باس ببيعه منه وان طلب الزبيب ونحوها مما ياكلها الصبيان عادة فينبغي ان لا يبيعه لان الظاهر انه كاذب فيما يقول وقد عثر على فلوس امه فيريد ان يشتري بها حاجة نفسه وان قال الصبي هذا لي وقد اذن لي ابي ان اهبه لك او اتصدق به عليك لم ينبغ له ان يقبل منه لانه ليس للاب ولاية الاذن بهذا التصرف لو لم يكن بخلاف ما لو قال بعثه ابي اليك على يدي صدقة او هبة لان للاب هذه الولاية في مال نفسه فكان هذا خبرا مستقيما وكذلك الفقير اذا اتاه عبد او امة بصدقة من مولاه ولو ان رجلا علم ان جارية لرجل يدعيها ثم راها في يد رجل اخر يبيعها ويزعم انها كانت في يدي فلان وذلك الرجل يدعي انها له فكانت تقوم له بالملك غير انه زعم انها كانت لي وانما امرته بذلك لامر خفته وصدقه الجاحد بذلك والرجل ثقة مسلم فلا باس بشرائها منه فكذلك اذا اخبر بذلك لانه اخبر بخبر مستقيم محتمل ولو كان ما اخبر به معلوما للسامع كان له ان يشتريها منه فكذلك اذا اخبر بذلك ولا منازع له فيه وان كان في رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يشتريها ولا يقبلها لانه ثبت عنده انها مملوكة للاول فان قال رد اليه بان الاول كان يدعي انها كانت مملوكة حين كانت في يده فثبت الملك له وكذلك سماع هذا الرجل منه انها له دليل في حق اثبات الملك له والذي اخبر المخبر بخلاف ذلك لو ثبت عنده حين كان في اكبر رايه انه كاذب في ذلك ولو لم يقل هذا ولكنه قال ظلمني وغصبني فاخذتها منه لم ينبغ له ان يعرض بشراء ولا بقبول وان كان المخبر ثقة او غير ثقة والفرق من وجهين احدهما انه اخبر هناك بخبر مستنكر فان الظلم والغصب مما يمنع كل احد عنه عقله ودينه فلو ثبت بخبره غصب ذلك بقي قوله فاخذتها منه وهذا اخذ بطريق العدوان والاخر ان القاضي لو عاين ذلك منه امره برده عليه حتى يثبت ما يدعيه واذا اسقط اعتبار يده بقي دعواه الملك فيما ليس في يده وذلك لا يطلق الشرا منه وفي الاول اخبر بخبر مستقيم كما قررنا فان دينه وعقله لا يمنعه من التلجية عند الخوف والثاني ان خبر الواحد عند المسالمة حجة وفي الاول اخبر عن حال مسالمة وعند المنازعة لا يكون حجة لانه يحتاج فيه الى الالزام وذلك لا يثبت بخبر الواحد وفي الفصل الثاني اخبر عن حال المنازعة بينهما في غصب الاول منه واسترداده هذا فلا يكون خبره حجة وفي الاول اخبر عن حال مسالمة ومواضعة كانت بينهما فيعتمد خبره اذا كان ثقة وان قال انه كان ظلمني وغصبني ثم رجع عن ظلمه فاقر لي بها ودفعها الي فان كان عنده ثقة فلا باس بشرائها وقبولها منه لانه اخبر عن حال مسالمة وهو اقراره له بها ودفعها اليه ولان القاضي لو عاين ما اخبر قضى بالملك له فيجوز للسامع ان يعتمد خبره ان كان ثقة وفي الاول لو عاين القاضي اخذها منه فقد امره بالرد ولم يلتفت الى قوله كان غصبني وكذلك

ان قال خاصمته الى القاضي فقضى لي بها ببينة اقمتها عليه او بنكوله عن اليمين لانه اخبر بخبر مستقيم وهو اثباته ملك نفسه بالحجة ثم الاخذ بقضاء القاضي وذلك اقوى من الاخذ بتسليم من كان في يده اليه بعد اقراره له بها وان كان غير ثقة واكبر رايه انه كاذب لم يشترها منه في جميع هذه الوجوه لان اكبر الراي في هذا كاليقين وان قال قضى لي بها القاضي عليه واخذتها منه فدفعها الي وقال قضى لي بها فاخذتها من منزله باذنه او بغير اذنه فهذا وما سبق سوا لانه اخبر ان اخذه كان بقضاء القاضي وان القاضي دفعها اليه وهذا خبر مستقيم صالح وهو بمنزله حالة المسالمة معنى لان كل ذي دين مسلم لقضاء القاضي وان قال قضى لي بها فجحد في قضائه فاخذتها منه لم ينبغ له ان يشتريها منه لانه لما جحد القضاء قد خاف المنازعة فانما اخبر بالاخذ في حاله المنازعة وخبر الواحد في هذا لا يكون حجة لما فيه من الالزام ولان القضاء سبب مطلق للاخذ له كالشرا ولو قال اشتريتها ونقدته الثمن ثم جحدني الشرا فاخذتها منه لم يحل له ان يعتمد خبره فكذلك اذا قال جحد في القضاء وهذا لان الشرع جعل القول قول الجاحد فيكون سبب استحقاقه عند جحود الاخر كالمعدوم ما لم يثبته بالبينة يبقى قوله اخذتها منه ولو قال اشتريتها من فلان وقبضتها بامره ونقدته الثمن وكان ثقة عنده مامونا فقال له رجل اخر ان فلانا جحد هذا الشرا وزعم انه لم يبع منه شيئا والذي قال هذا ايضا ثقة مامون لم ينبغ له ان يعرض لشئ من ذلك بشراء ولا غيره لان الاول لو اخبر انه جحد الشرا لم يكن له ان يشتريها فكذلك اذا اخبر غيره وهذا لان المعارضة تحققت بين الخبرين في الامر بالقبض وعدم الامر والجحود والاقرار لا اصل فيه الجحود وان كان الذي اخبر الثاني غير ثقة الا ان اكبر رايه انه صادق فكذلك الجواب لان خبر الفاسق يتايد باكثر الراي السامع بخلافه وكان المعنى فيه ان خبر العدل انما كان مقبولا لترجح جانب الصدق فيه باكثر الراي لا بطريق اليقين فان العدل غير معصوم عن الكذب فاذا وجد مثله في خبر الفاسق كان خبره كخبر العدل وان كانا جميعا غير ثقة فاكبر رايه ان الثاني صادق لم يعرض لشئ من ذلك بمنزلة ما لو كان الثاني ثقة وفي الكتاب قال لان هذا من امر الدين وعليه امور الناس وهو اشارة الى ان كل ذي دين معتقد لما هو فيه من امر الدين فتتم الحجة بخبر الثقة لوجود الالتزام من السامع اعتقادا والتعامل الظاهر بين الناس اعتمادهم على الاخبار ولو لم يعمل بهذا في مثل هذا الا بشاهدين لضاق الامر على الناس فلدفع الحرج يعتمد فيه خبر الواحد كما جعل الشرع شهادة المراة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة لدفع الضيق والحرج قال الا ترى ان تاجرا لو قدم بلدا بجواري وطعام وثياب فقال انا مضارب لفلان او انا معاوضه وسع للناس ان يشتروا منه ذلك وكذلك العبد يقدم بلدا بتجارة ويدعي ان مولاه قد اذن له في التجارة فان الناس يعتمدون خبره ويعاملونه ولو لم يطلق لهم ذلك كان فيه من الحرج ما لا يخفى واستدل عليه بحديث رواه عن ابي حنيفة عن الهيثم ان عاملا لعلي رضي الله عنه اهدى اليه جارية فسالها افارغة انت فاخبرته ان لها زوجا فكتب الى عامله انك بعثت بها الي مشغولة قال الا ترى انه كان مع الرسول شاهدان ان عاملك اهدى اليك هذه وقد سالها علي رضي الله عنه فلما اخبرته ان لها زوجا صدقها وكف عنها ولو لم يسالها عن ذلك الا لانها لو اخبرته انها فارغة لم ير باسا بوطئها قال واكثر الراي والظن يجوز للعمل فيما هو اكثر من هذا كالفروج وسفك الدما فان من تزوج امراة ولم يرها فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يعتمد خبره اذا كان ثقة او كان في اكبر رايه انه صادق فيغشاها وكذلك لو دخل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه او ماد رمحه يشتد نحوه ولا يدري صاحب المنزل انه لص او هارب من اللصوص فانه يحكم رايه فان كان اكبر رايه انه لص قصده لياخذ ماله وليقتله ان منعه وخافه ان زجره او صاح به ان يبادره بالضرب فلا باس بان يشد عليه صاحب البيت بالسيف فيقتله وان كان اكبر رايه انه هارب من اللصوص لم ينبغ له ان يحمل عليه ولا يقتله وانما اورد هذا الايضاح ما تقدم ان من الامور الدما والفروج فان الغلط اذا وقع فيهما لا يمكن التدارك ثم جاز العمل فيهما باكثر الراي عند الحاجة ففيما دون ذلك اولى وانما يتوصل الى اكبر الراي في حق الداخل عليه بان يعرفه بهيئته او كان قد عرفه قبل ذلك بالجلوس مع اهل الخير فيستدل به على انه سارق واذا قال الرجل ان فلانا امرني ببيع جاريته التي في منزله ودفعها الى المشتري بها فلا باس بشرائها منه وقبضها من منزل مولاها بامر البائع او بغير امره اذا وفاه ثمنها اذا كان البائع ثقة او كان غير ثقة ووقع في قلبه انه صادق لان الجارية لو كانت في يده جاز شراؤها منه لاعتبار يده باخباره انه وكل بالبيع فان هذا خبر مستقيم صالح وهذا موجود وان لم يكن في يده وبعد صحة الشرا له ان يقبضها انا او في الثمن من غير ان يحتاج الى اذن احد في ذلك وان وقع في قلبه انه كاذب قبل الشرا او بعده قبل ان يقبض لم ينبغ له ان يعرض حتى يسال مولاها في امر مولاها لان اكبر الراي بمنزلة اليقين في حقه فان ظهر كذبه قبل الشرا فهو مانع له من الشرا وان ظهر بعد الشرا فهو مانع له من القبض بحكم الشرا لان ما يمنع العقد اذا اقترن به يمنع القبض بحكمه ايضا كالبيع في العصير وكذلك لو قبضها ووطئها ثم وقع في قلبه ان البائع كذب فيما قال وكان عليه اكبر ظنه فانه يعتزل وطئها حتى يتعرف خبرها لان كل وطية فعل مستانف من الواطئ فلو ظهر له هذا قبل الوطية الاولى لم يكن له ان يطاها فكذلك بعدها وهكذا امر الناس كما لو جحد الجاحد بان ملك الجارية فاذا جاء ذلك لم يقربها ورددها عليه لان الملك ثابت بتصادقهما والتوكيل لم يثبت بقول البائع فعليه ان يردها ويتبع البائع بالثمن لبطلان البيع بينهما عند جحود الموكل وينبغي للمشتري ان يدفع العقر الى مولى الجارية لانه وطئها وهي غير مملوكة له وقد سقط الحد بشبهة فيلزمه

العقد وان كان المشتري حين اشتراها شهد عنده شاهدا عدل ان مولاها قد امره ببيعها ثم حضر مولاها فجحد ان يكون امره ببيعها فالمشتري في سعة من امساكها والتصرف فيها حتى يخاصمه الى القاضي لان شهادة الشاهدين حجة حكمية لو شهدا عند القاضي لم يلتفت القاضي الى جحود المالك وقضى بالوكالة التي تصحح البيع فكذلك اذا شهدا عنده فاذا خاصمه الى القاضي فقضى له بها لم يسعه امساكها بشهادة الشاهدين لان قضاء القاضي نفذ في الشهادة التي لم يقض بها ومعنى هذا ان الشهادة لم تكن ملزمة بدون القضاء وقضاء القاضي ملزم بنفسه والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي رجل تزوج امراة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فاخبره مخبر انها ارتدت عن الاسلام والمخبر ثقة عنده وهو حر او مملوك او محدود في قذف وسعه ان يصدقه ويتزوج اربعا سواها لانه اخبره بامر ديني وهو حل نكاح الاربع له وهذا امر بينه وبين ربه وكذلك ان كان غير ثقة وكان اكبر رايه انه صادق لان خبر الفاسق يتايد باكبر الراي ولان هذا الخبر غير ملزم اياه سائر المعتبر في مثله التمييز دون العدالة وانما اعتبار العدالة في خبر ملزم وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يتزوج اكثر من ثلث لان خبر الفاسق سقط اعتباره بمعارضة اكبر الراي بخلافه ولو كان المخبر اخبر المراة ان زوجها قد ارتد فلها ان تتزوج بزوج اخر في رواية هذا الكتاب ايضا وفي السير الكبير يقول ليس لها ذلك حتى يشهد عندها بذلك رجلان او رجل وامراتان قال لان ردة الرجل اغلظ حتى يتعلق بها استحقاق القتل بخلاف ردة المراة وما ذكر هنا اصح لان المقصود الاخبار بوقوع الفرقة لا اثبات موجبها لردة الاخرى انها تثبت بشهادة رجلين وامر نفس القتل بمثله لا يثبت وكذلك ان كانت صغيرة فاخبر انها قد ارتضعت من امه او اخته ولو اخبر انه تزوجها يوم تزوجها وهي مرتدة او اخته من الرضاعة والمخبر ثقة لم ينبغ له ان يتزوج اربعا سواها ما لم يشهد له بذلك عنده شاهدا عدل لانه اخبر بفساد عقد قد حكمنا بصحته فلا يبطل ذلك الحكم بخبر الواحد وفي الاول ما اخبر بفساد اصل النكاح بل اخبر بوقوع الفرقة بامر محتمل توضيحه ان اخباره بان اصل النكاح كان فاسدا مستنكر لان المسلم لا يباشر العقد الفاسد عادة فاما اخباره بوقوع الفرقة بسبب عارض غير مستنكر وان شهد عنده شاهدا عدل بذلك وسعه ان يتزوج اربعا لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان النكاح فكذلك اذا شهدا به عند الزوج وعلى هذا لو ان امراة غاب عنها زوجها فاخبرها مسلم ثقة ان زوجها طلقها ثلثا او مات عنها او كان غير ثقة فاتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا يدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق فلا باس ان تعتد وتتزوج ولو اتاها فاخبرها ان اصل نكاحها كان فاسدا او ان زوجها كان اخاها من الرضاعة او مرتدا لم يسعها ان تتزوج بقوله وان كان ثقة لان في هذا الفصل اخبرها بخبر مستنكر وقد الزمها الحكم بخلافه وفي الاول اخبرها بخبر محتمل وهو امر بينها وبين ربها فلها ان تعتمد ذلك الخبر وتتزوج وهي نظير امراة قالت لرجل قد طلقني زوجي ثلثا وانقضت عدتي ووقع في قلبه انها صادقة فلا باس بان يتزوجها بقولها وكذلك المطلقة ثلثا اذا قالت له انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس على زوجها الاول ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة لانها اخبرت بحلها له بامر محتمل وفي هذا بيان انها لو قالت لزوجها حللت لك لا يحل له ان يتزوجها ما لم يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها له بمجرد العقد قبل الدخول فلا يكون له ان يعتمد مطلق خبرها بالحل حتى يستفسر ولو ان جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يدي رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لانه علم انها كانت مملوكة للذي كانت في يده فان اليد فيمن لا يعبر عن نفسه دليل الملك والقول قول ذي اليد لانها مملوكة فاخبارها بخلاف المعلوم لا يكون حجة له وهو خبر مستنكر وان قالت كنت امة له فاعتقني وكانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة لم ار باسا بان يتزوجها لانها اخبرت بحلها له بسبب محتمل لم يعلم هو خلافه فجوز ان يعتمد خبرها وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلا ثم اتت غيره فاخبرته ان نكاحها الاول كان فاسدا او ان زوجها كان على غير الاسلام لم ينبغ لهذا ان يصدقها ولا يتزوجها لانها اخبرته بخبر مستنكر يعلم هو خلاف ذلك وان قالت طلقني بعد النكاح او ارتد عن الاسلام وسعه ان يعتمد خبرها ويتزوجها لانها اخبرت بحلها له بسبب محتمل فمتى اخبرت بعد النكاح انه كان مرتدا حين تزوجني او اني كنت اخته من الرضاعة لا يعتمد خبرها لانه خلاف المعلوم واذا اخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع او غير ذلك وثبت على ذلك فان كانت ثقة مامونة او غير ثقة الا ان اكبر رايه انها صادقة فلا باس ان يتزوجها وفيه شبهة فان الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبرها وقيام الملك للغير يمنعه من ان يتزوجها ولكن قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال فان ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال فاما في صحة النكاح في الابتداء بدليل موجب وهو العقد الذي عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد واستدل بحديث بريرة انها اتت عائشة رضي الله عنها بهدية اليها فاخبرتها انها صدقة تصدق بها عليها فكرهت عائشة رضي الله عنها ان تاكلها حتى تسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية فقد صدق بريرة بقولها وقد علم ان العين كان مملوكا لغيرها وصدق عائشة بقولها ايضا حين تناولت منها

باب الرجل يرى الرجل يقتل اباه او غيره

واذا راى الرجل رجلا يقتل اباه متعمدا فانكر القاتل ان يكون قتله او قال لابنه فيما بينه وبين الله اني قتلته لانه قتل ولي لي عمدا او لانه ارتد عن الاسلام ولا يعلم الابن شيا مما قال القاتل ولا وارث للمقتول غيره فالابن في سعة من قتل القاتل لانه تيقن بالسبب الموجب للقصاص للقاتل فكان له ان يقتص منه معتمدا على قوله فقد جعلنا لوليه سلطانا وعلى قوله عليه السلام العمد قود وحاصل المسئلة على اربعة اوجه احدها ان عاين قتله والثاني اذا اقر عنده انه قتله فهذا ومعاينته القتل سواء لان الاقرار موجب بنفسه حتى لا يملك المقر الرجوع عن نفسه فاقراره فهذا ومعاينته السبب سواء والثالث ان يقيم البينة عليه بانه قتل اباه فيقضي له القاضي بالقود فهو في سعة من قتله لان قضاء القاضي ملزم فيثبت به السبب المطلق لاستيفاء القود له والرابع ان شهد عنده شاهدا عدل ان هذا الرجل قتل اباه فليس له ان يقتله بشهادتهما لان الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل به قضاء القاضي فلا يتقرر عنده السبب المطلق لاستيفاء القود بمجرد الشهادة ما لم ينضم اليه القضاء والذي بينا في الابن كذلك في غيره اذا عاين القتل وسمع اقرار القاتل به او عاين قضاء القاضي به كان في سعة من ان يعين الابن على قتله لانه يعينه على استيفاء حقه وذلك من باب البر والتقوى ولو شهد عنده بذلك شاهدان لم يسعه ان يعينه على قتله بشهادتهما حتى يقضي القاضي له بذلك وان قام عند الابن شاهدان عدلان ان اباه كان قتل اب هذا الرجل عمدا فقتله به لم ينبغ للابن ان يعجل بقتله حتى ينظر فيما شهدا به لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان حقه فكذلك اذا شهدا عنده وكذلك لا ينبغي لغيره ان يعينه على ذلك اذا شهدا عنده وكذلك لا ينبغي لغيره ان يعينه على ذلك اذا شهدا عنده عدل لان لما قلنا او بانه كان مرتدا حتى يتثبت فيه وهذا لان القتل اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه حتى يكون اقدامه عليه عن بصيرة وان شهدا بذلك عند القاضي لم يمنعه من قتله بل يعينه على ذلك فكذلك اذا شهدا عنده وان تثبت فيه فهو خير له لانه اقرب الى الاحتياط فان القتل لا يمكن تداركه اذا وقع فيه الغلط وفرق بين القصاص وحد القذف فقال القاذف اذا اقام اربعة من الفساق يشهدون على صدق مقالته لا يقام عليه الحد والقاتل اذا اقام فاسقين على العفو او على ان قتله كان بحق لا يسقط القود عنه والفرق ان هناك السبب الموجب للحد لم يتقرر فان نفس القذف ليس بموجب للحد لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فانما يصير موجبا بعجزه عن اقامة اربعة من الشهداء ولم يظهر ذلك العجز لان للفساق شهادة وان لم تكن مقبولة والموجب للقود القتل وقد تقرر ذلك فالعفو بعده مسقط وهذا المسقط لا يظهر الا بقبول شهادته وليس للفاسق شهادة مقبولة وبيان هذا ان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء والمعطوف على الشرط شرط وفي باب القتل اوجب القود بنفس القتل فقال تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ثم قال فمن تصدق به فهو كفارة له فعرفنا ان العفو مسقط بعد الوجوب لا ان يكون عدم العفو مقررا لسبب الوجوب وان شهد بذلك عنده شاهد عدل ممن تجوز شهادته فقال القاتل عندي شاهد اخر مثله ففي القياس له ان يقتله لان المانع لا يظهر بشهادة الواحد وفي الاستحسان لا يعجل بعقوبته بقتله حتى ينظر اياتيه باخر ام لا لانه لو اقام شاهدا عدلا عند القاضي وادعى ان له شاهدا اخر حاضرا امهله الى اخر مجلسه فكذلك الولي يمهله حتى ياتي بشاهد اخر وان قتله كان في سعة لان السبب المثبت لحقه متقرر والمانع لم يظهر وعلى هذا ما في يدي رجل يشهد عدلان عند رجل ان هذا المال كان لابيه غصبه هذا الرجل منه ولا وارث للاب غيره فله ان يعتمد شهادتهما وليس له ان ياخذ ذلك المال ما لم تقم البينة عند القاضي ويقضي له بذلك لان الشهادة لا تكون ملزمة بدون القضاء وفي الاخذ قصر يد الغير وليس في الدعوى الزام احد شيا فيتمكن من الدعوى بشهادتهما ولا يتمكن من الاخذ حتى يقضي له القاضي بذلك لان ذا اليد يزاحمه فيه ولا تنقطع مزاحمته الا بقضاء القاضي وكذلك لا يسع غير الوارث ان يعين الوارث على اخذه بهذه الشهادة ما لم يتصل به القضاء وان كان الوارث عاين اخذه هذه الشهادة من ابيه وسعه اخذه منه وكذلك ان اقر الاخذ عنده بالاخذ لان اقراره ملزم فهو كمعاينة السبب وقضاء القاضي له وسعه ان يقاتله عليه وكذلك يسع من عاين ذلك اعانته عليه وان ابى ذلك على نفسه اذا امتنع وهو في موضع لا يقدر فيه على سلطان ياخذ له بحقه لانه يعلم انه ملكه وكان له ان يقاتل دفعا عن ملكه اذا قصده الظالم اخذه منه فكذلك له ان يقاتل في استرداده والاصل فيه قوله عليه السلام من قتل دون ماله فهو شهيد فاذا شهد عدلان عند امراة ان زوجها طلقها ثلثا وهو يجحد ذلك ثم غابا او ماتا قبل ان يشهدا عند القاضي بذلك لم يسع امراته ان تقيم عنده وكان ذلك بمنزلة سماعها لو سمعته يطلقها ثلثا لانهما لو شهدا عند القاضي حكم بحرمتها عليه فكذلك اذا شهدا بذلك عندها وهذا بخلاف ما تقدم لان القتل واخذ المال قد يكون بحق وقد يكون بغير حق فاما الطلاق الثلاث لا يكون الا موجبا للحرمة فان قال قائل قد يطلق الرجل غير امراته فلا يكون ذلك طلاقا قلنا هذا على وجهين اما ان يكون امراته فيكون الطلاق واقعا عليها او تكون غير امراته فليس لها ان تمكنه من نفسها وحاصل الفرق ان هناك الشبهة من وجهين احدهما احتمال الكذب في شهادتهما والاخر كون القتل بحق فيصير ذلك مانعا من الاقدام على ما لا يمكن تداركه وهنا الشبهة من وجه واحد وهو احتمال الكذب في شهادتهما والاخر كون القتل فاما اذا كانا شاهدين فلا مدفع للطلاق ويظهر عند القاضي عندها ينتفي هذا الاحتمال حكما كما ينتفي عند القاضي فان قيل كان في شهادة شاهدين احتمال الكذب ففي اقرار المقر ذلك وقد قلتم يسعه ان يقتله اذا سمع اقراره قلنا هذا الاحتمال

بيد فيه عقل للفقر فالانسان لا يقر على نفسه بالسبب الموجب لسفك دمه كاذبا اذا كان عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا معتبر باقراره وكذا لو شهدا
على رضاع بينهما او وسعها المقام على النكاح لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي فرق بينهما فكذلك اذا شهدا عندها فان مات الشاهدان
وجحد الزوج وحلف ينبغي لها ان تفتدي بمالها او تهرب منه ولا تمكنه من نفسها بوجه من الوجوه لانه تمكين من الزنا وكان اسمعيل الزاهد
يقول تسقيه ما تسكره به شهوته فان لم تقدر على ذلك قتلته اذا قصدها لانه لو قصد اخذ مالها كان لها ان تقتله دفعا عن مالها فاذا قصد
الزنا بها اولى ان يكون لها ان تقتله دفعا عن نفسها ولو هربت منه لم يسعها ان تعتد وتتزوج لانها في الحكم زوجة الاول فلو تزوجت غيره
كانت ممكنة من الحرام فعليها ان تكف عن ذلك قالوا وهذا في القضاء فاما فيما بينها وبين ربها فلها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يشبه
ما وصفت لك قضاء القاضي مما تختلف فيه الفقهاء مما يرى الزوج فيه خلاف ما يرى القاضي وبيان هذا الفصل انه لو قال لامرأته
اختاري فاختارت نفسها وهو يرى ان ذلك تطليقة بائنة والمرأة لا ترى ذلك فاختصما في النفقة والقاضي يراه تطليقة رجعية فقضى
القاضي بانه يملك رجعتها جاز قضاؤه ووسع للرجل ان يستاعد يراجعها فيمسكها وكذلك ان كانت المرأة هي التي تراه تطليقة بائنة فراجعها
الزوج وحكم القاضي له بذلك وسعها المقام عنده ولم يسعها ان تفارقه لان قضاء القاضي هنا اعتمد دليلا شرعيا وفي الاول قضى بالنكاح
لعدم ظهور الدليل الموجب للحرمة فكان نفاذ ما كان على ما كان لا قضاء بالحل بينهما حقيقة ثم حاصل الكلام في المجتهدات ان المبتلى بالحادثة
اذا كان عاميا لا رأي له فعليه ان يتبع قضاء القاضي سواء قضى له بالحل او الحرمة وان كان عالما مجتهدا فقضى القاضي بخلاف اجتهاده فان كان
هو يعتقد الحل وقضى القاضي عليه بالحرمة فعليه ان ياخذ بقضاء القاضي ويدع رأي نفسه لان القضاء ملزم للكافة وولاية لا يعدوه وان قضى له
بالحل وهو يعتقد الحرمة ففي قول ابي يوسف عليه ان يتبع رأي نفسه وفي قول محمد ياخذ بقضاء القاضي لان الاجتهاد لا يعارض القضاء
الا ترى ان للقاضي ولاية نقض اجتهاد المجتهد والقضاء عليه بخلافه وليس له ولاية نقض القضاء في المجتهدات والقضاء بخلاف الاول
والضعيف لا يظهر مع القوي والضعيف ابو يوسف يقول اجتهاده ملزم في حقه وقضاء القاضي يكون عن اجتهاد فمن حيث ولاية القضاء
ما يقضي به القاضي اقوى ومن حيث حقيقة الاجتهاد يترجح ما عنده في حقه على ما عند غيره فتتحقق المعارضة بينهما فيغلب الموجب للحرمة
عملا بقوله ما اجتمع الحرام والحلال في شيء الا غلب الحرام الحلال توضيحه ان عنده ان قضاء القاضي ليس بصواب ولو كان ما عنده عن القاضي
لم ينقض بالحل فكذلك اذا كان عنده لا يعتقد فيه الحل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاية ففي هذا بيان ان قضاء القاضي
لا يحل للمرء ما يعتقد فيه الحرمة وعلى هذا الاموال لو ان القاضي لو قضى بالميراث للجد دون الاخ والاخ فقيه يعتقد قول فعليه ان يتبع رأي القاضي
وان قضى القاضي بالمقاسمة على قول زيد والاخ يعتقد مذهب الصديق فعلى قول ابي يوسف ليس له ان ياخذ المال وعلى قول محمد له ان
ياخذ المال وعلى هذا الطلاق المضاف اذا كان الزوج يعتقد وقوع الطلاق فقضى القاضي بخلافه فهو على الخلاف وان كان الزوج
عاميا او كان يعتقد ان الطلاق غير واقع فعليه ان يتبع رأي القاضي وقضاه بخلاف اعتقاده وعلى هذا لو استفتى العامي افقه الفقهاء عنده
فافتاه بشيء فذلك بمنزلة اجتهاده لانه وسع مثله ثم فيما يقضي القاضي بعد ذلك بخلافه حكمه حكم المجتهد في جميع ما بينا وكذلك لو حكم فيها حكما
كفتواه بمن سببه تراضيهما لا ولاية ثابتة له حكما فكان تراضيهما على تحكيمه كسؤالهما اياه والفتوى لا تعارض قضاء القاضي فاذا قضى القاضي عليه
بخلاف ذلك كان عليه ان يتبع رأي القاضي الا ترى ان للقاضي ان ينقض بخلاف حكم الحكم في المجتهدات وليس له ان ينقض بخلاف ما قضى به
في المجتهدات ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه فهذا معنى قولنا حكم الحكم في حقه كفتواه وعلى هذا لو شهد عدلان عند جارية ان مولاها اعتقها
لم يسعها ان تدعه يجامعها ان قضى القاضي به او لم يقض لان حجة حرمتها عليه تمت عندها فهو والطلاق سواء ولا يسعها ان تتزوج اذا كان
المولى يجحد العتق وكذلك اذا شهد بعتق العبد والمولى يجحد لم يسع العبد ان يتزوج بشهادتهما حتى يقضي له القاضي بالعتق لانهما لو كان له في
الحكم ولو تزوجا بغير اذنه كانا مرتكبين للحرام عند القاضي وعند الناس والتحرز عن ارتكاب الحرام فرض والله اعلم بالصواب

كتاب التحري

اعلم بان التحري لغة هو الطلب به والابتغا كقول القائل لغيره اتحرى مسرتك اي اطلب
مرضاتك وقال تعالى فاولئك تحروا رشدا وهو التوخي سواء الا ان لفظ التوخي يستعمل في المعاملات
والتحري في العبادات قال عليه السلام للرجلين اللذين اختصما اليه في المواريث اذهبا وتوخيا
واستهما وليحلل كل واحد منكما صاحبه وقال في العبادات اذا شك احدكم في صلاته فليتحر الصواب

وفي الشريعة عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته وقد منع بعض الناس
العمل بالتحري لانه نوع ظن والظن لا يغني من الحق شيئا ولا ينتفي الشك به من كل وجه ومع الشك
لا يجوز العمل ولكن نقول التحري غير الشك والظن والشك ان يستوي الطرفان العلم بالشيء والجهل به والظن
ان يترجح احدهما بغير دليل والتحري ان يترجح احدهما بغالب الرأي وهو دليل يتوصل به الى طرف العلم وان كان
لا يتوصل به الى ما يوجب حقيقة العلم ولاجله سمي محرما والجزاء اسم لخبر وهو على طرف المفاوز والدليل على ما
قلنا الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات وذلك
بالتحري وغالب الرأي فقد اطلق عليه العلم والسنة قوله عليه السلام المؤمن ينظر بنور الله وقال فراسة
المؤمن لا تخطئ وقال لوابصة ضع يدك على صدرك فالاثم ما حاك في قلبك وان افتاك الناس وشيء من
المعقول يدلك عليه فان الاجتهاد في الاحكام الشرعية جائز للعمل به وذلك عمل بغالب الرأي ثم جعل مدركا
من مدارك احكام الشرع وان كان الحكم لا يثبت به ابتداء وكذلك التحري مدرك من مدارك التوصل الى
اداء العبادة وان كانت العبادة لا تثبت به ابتداء والدليل امر التحري فانه يجوز العمل فيها بغالب الرأي
مع ما فيها من تعريض النفس المحترمة للهلاك فان قيل ذلك من حقوق العباد لتحقق الضرورة لهم في ذلك كما في
قيم المتلفات ونحوها ونحن انما انكرنا هذا في العبادات التي هي حق الله قلنا في هذا ايضا معنى حق العبد
وهو التوصل الى اسقاط ما لزمه اداؤه وكذلك في امر القبلة فان التحري لمعرفة حدود الاقاليم وذلك
من حقوق العبد وفي الزكاة التحري لغة صفة العبد في الفقر والغنا فيجوز ان يكون غالب الرأي طريقا
للوصول اليه اذا عرفنا هذا فنقول بدئ الكتاب بمسائل الزكاة وكان الاولى ان يبدأ بمسائل الصلوة
لانها مبتداة في القران وكانه انما فعل ذلك لان معنى حق العبد في الصدقة اكثر فانه يحصل بها سد خلة
المحتاج او لانه وجد في باب الصدقة نصا وهو حديث يزيد السلمي على ما نبينه فبدأ بما وجد فيه النص
ثم عطف عليه ما كان مجتهدا فيه ومسئلة الزكاة على اربعة اوجه احدها ان يعطي زكاة ماله رجلا
من غير شك ولا تحر ولا سؤال فهذا يجزيه ما لم يتبين انه غني لان مطلق فعل المسلم محمول على ما
يصح شرعا وعلى ما يصح فيه يحصل مقصوده وعلى ما هو المستحق عليه حتى يتبين خلافه ولان الفقر
في القابض اصل فان الانسان يولد ولا شيء له والتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه جائز شرعا فالمعطي
في لاعطاء اعتمد دليلا شرعيا فيقع المودع موقعه ما لم يعلم انه غني فاذا علم ذلك فعليه الاعادة لان
الجواز كان باعتبار الظاهر ولا معتبر بالظاهر اذا تبين الامر بخلافه فان شك في امره بان كان عليه
هيئة الاغنياء او وقع في اكبر رأيه انه غني ومع ذلك دفع اليه فانه لا يجزيه ما لم يعلم انه فقير لان بعد
الشك لزمه التحري فاذا ترك التحري بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز الا ان يعلم انه فقير فحينئذ
يجوز لان التحري كان للمقصود وقد حصل ذلك المقصود بدونه فيسقط وجوب التحري كالسعي الى
الجمعة واجب للمقصود وهو اداء الجمعة فاذا توصل الى ذلك بان حمل الى الجامع مكرها سقط عنه فرض
السعي والثالث ان يتحرى بعد الشك ويقع في اكبر رأيه انه غني فدفع اليه مع ذلك فهذا لا يشكل ٣
انه لا يجزيه ما لم يعلم بفقره فان علم بفقره فهو جائز وهو الصحيح وقد زعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يجزيه على قياس ما بينه في الصلوة والاصح هو الفرق فان الصلوة لغير
القبلة مع العلم لا تكون طاعة فاذا كان عنده ان فعله معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه فاما التصدق
على الغني صحيح ليس فيه من معنى المعصية شيء فيمكن اسقاط الواجب بفعله هذا اذا تبين وصول الحق الى
مستحقه بظهور فقر القابض والفصل الرابع ان يتحرى ويقع في اكبر رأيه انه فقير فيدفع اليه فان ٤
ظهر انه فقير او لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر انه كان غنيا فكذلك في قول ابي حنيفة ومحمد
وهو قول ابي يوسف الاول رحمهم الله وفي قوله الاخر يلزمه الاعادة وهو قول الشافعي رضي الله عنه وكذلك
لو كان جالسا في صف الفقراء يصنع صنعهم او كان عليه زي الفقراء او سأله فاعطاه فهذه الاسباب بمنزلة

زكوة وجه البدأ بها

على اربعة اوجه احدها

التحري ووجه قول ابي يوسف رحمه الله انه تبين له الخطا في اجتهاده بيقين فيسقط اعتبار اجتهاده كمن
توضأ بماء وصلى ثم تبين انه كان نجسا او صلى في ثوب ثم علم انه كان نجسا او القاضي قضى في حادثة بالاجتهاد
ثم ظهر نص بخلافه وبيانه ان صفة الفقر والغنى توقف عليها حقيقة فان الشرع علق بهما احكاما من النفقة
وضمان العتق وغير ذلك وانما يتعلق الاحكام الشرعية بما توقف عليه واذا ثبت الوصف فتاثره ان
المقصود ليس هو عين الاجتهاد بل المقصود ايصال الحق الى المستحق فاذا تبين انه لم يوصله الى مستحقه صار
اجتهاده وجودا وعدما بمنزلة لان غالب الرأي معتبر شرعا في حقه ولكن لا يسقط به حق المستحق عليه لغيره
والزكاة صلة مستحقة للمحتاج على الاغنياء فلا يسقط ذلك بعذر في جانبه اذا لم يوصل الحق الى مستحقه وبه
فارق الصلاة على ابي يوسف رحمه الله لان فرضية التوجه الى القبلة بحق الشرع وهو معذور عند الاشتباه
فيمكن اقامة الاجتهاد مقام ما هو المستحق عليه في حق الشرع ووجه ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله انه يؤدي لما كلف
فيسقط به الواجب كما لو لم يظهر شيء من حال المصروف اليه وبيانه انه مأمور بالاداء الى من هو فقير عنده لا
الى من هو فقير حقيقة لانه لا طريق الى معرفة ذلك حقيقة فالانسان قد لا يعرف من نفسه حقيقة الفقر والغنا
فكيف يعرفه من غيره والتكليف يثبت بحسب الوسع والذي في وسعه الاستدلال على فقره بدليل ظاهر من
سؤال او هيئة عليه او جلوس في صف الفقراء وعند انعدام ذلك كله المصير الى غالب الرأي وقد اتى بذلك
وانما يكتفى بهذا القدر لمعنى الضرورة فلا يرتفع ذلك بظهور حالة الاداء لانه ليس له ان يسترد المقبوض من
القابض ولان ان يضمنه بالاتفاق فلو لم يجز عليه ضاع ما له فلابقاء الضرورة قلنا يجعل المؤدى مجزيا
عنه ولانه لا يعلم حقيقة غناه وانما يعرف ذلك بالاجتهاد وما امضي بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله
وتعلق الاحكام الشرعية بالغنا لا يدل على انه يعرف صفة الغنا حقيقة لان الاحكام تبنى على ما يظهر
لما كان معنى الحكم على صدق الشهود وان كان لا يعلم حقيقة وبه فارق النص لانه توقف على حقيقة
فكان المجتهد مخاطبا بالوصول اليه وان كان قد تعذر اذا كان يلحقه الحرج في طلبه فاذا ظهر بطل
بطل حكم الاجتهاد وكذلك نجاسة الماء ونجاسة الثوب يعرف حقيقة فيبطل بظهور النجاسة حكم الاجتهاد
في الطهارة ولا تقول في الزكاة حق للفقراء بل هي محض حق الله تعالى والفقير مصروف لا مستحق كالكعبة لاداء
الصلوة جهة يستقبل عند ادائها والصدقة تقع ثم هناك يسقط عنه الواجب واذا اتى بما في وسعه
ولا معتبر بالسيرة بعد ذلك بخلافه فكذلك هنا ولو تبين ان المدفوع اليه كان اب الدافع او ابنه فهو على
هذا الاختلاف ايضا وذكر ابو شجاع عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجزيه هنا كما هو قول ابي يوسف اما طريق ابي
يوسف رحمه الله ان من لا يكون مصرفا للصدقة مع العلم بحاله لا يكون مصرفا عند الجهل بحاله اذا تبين الامر
بخلافه ووجه رواية ابن شجاع ان النسب مما يعرف حقيقة ولهذا لو قال لغيره لست لابيك يلزمه الحد والحد يندرئ
بالشبهة فكان ظهور النسب بمنزلة ظهور النص بخلاف الاجتهاد ووجه ظاهر الرواية ما احتج به في الكتاب فانه
روى عن اسرائيل عن ابي الجويرية عن معن بن يزيد السلمي قال خاصمت ابي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقضا لي عليه وذلك ان ابي اعطى صدقته رجلا في المسجد وامره بان يتصدق بها فاتيته فاعطانيها ثم اتيت
ابي نعلم بها فقال والله يا بني ما اياك اردت فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا يزيد
ما نويت ويا معن لك ما اخذت ولا معنى لحمله على التطوع لان ترك الاستفسار من رسول الله صلى الله
عليه وسلم دليل على ان الحكم في الكل واحد مع ان مطلق الصدقة ينصرف الى الواجب وفي بعض الروايات
قال صدقة ماله وهو تنصيص على الواجب وكان المعنى فيه ان الواجب فعل هو قربة في محل صالح للصدقة
والصدقة وهو المال باعتبار مصرف بينهما وكذا ثم عند الاشتباه والحاجة اقام الشرع اكثر هذه الاوصاف
مقام الكل في حكم الجواز والحاجة ماسة لتعذر استرداد المقبوض من القابض وبهذا يستدل في المسئلة
الاولى ايضا فان التصدق على الغني فيه معنى القربة كالتصدق على الولد ولهذا لا رجوع فيه فيقام الاكثر
مقام الكل في حق الجواز ثم طريق معرفة النبوة الاجتهاد الا ترى انه لما نزل قوله الذين اتيناهم الكتاب يعرفونه

الفقير المصرف المستحق كالكعبة لاداء الصلوة جهته

كما يعرفون

كما يعرفون ابناءهم قال عبد الله بن سلام والله اني بنبوته اعرف مني بولدي فانى اعرفه نبيا حقا ولا ادري
ماذا احدث النساء بعدي واذا كان طريق المعرفة الاجتهاد وكان هذا والاول سواء من حيث انه لا ينقض
الاجتهاد بمثله فان تبين انه هاشمي فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لان المنع من جواز صرف الواجب اليه باعتبار
النسب مع ان التصدق عليه قربة فهو وفصل الاب سواء في جامع البرامكة روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يلزمه الاعادة لان كونه من بني هاشم مما توقف عليه في الجملة ويصير كالمعلوم حقيقة فكان هذا بمنزلة ظهور
النص بخلاف الاجتهاد والدليل انه لو قال لهاشمي فانه يحد ويعزر على حسب ما اختلفوا فيه ولو تبين ان
يعني لست لابيك
المدفوع اليه ذمي فهو على هذا الخلاف ايضا وفي الامالي روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يجزيه لان
الكفر مما يوقف عليه ولهذا لو ظهر ان الشهود كفار يبطل قضاء القاضي وفي ظاهر الرواية قال ما يكون في الاعتقاد
بطريق معرفته الاجتهاد والتصدق على اهل الذمة قربة فهو وما سبق سواء في الكتاب اعطى ذميا اجره
انه مسلم او كان عليه سيما المسلمين وهذا دليل انه يجوز تحكيم السيما في هذا الباب قال تعالى يعرف المجرمون بسيماهم
وقيل دليل ان الذمي اذا قال انا مسلم لا يصير مسلما لانه قال اخبره انه مسلم ثم علم انه ذمي وهذا لان قوله انا مسلم
اي منقاد للحق مستسلم وكل احد يدعي ذلك فيما يعتقده وقد قال بعض المتاخرين المجوسي اذا قال انا مسلم يحكم
باسلامه لانهم يتشاءمون بهذا اللفظ ويتبرؤون منه بخلاف اهل الكتاب وان تبين ان المدفوع اليه مستامن
حربي فهو جائز على ما ذكر في كتاب الزكاة وفي جامع البرامكة روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله الفرق
بين الذمي والحربي المستامن فقال قد نهينا عن البر مع ما يقاتلنا في ديننا فلا يكون فعله في ذلك قربة
وبدون القربة لا يتادى الواجب ولم ينه عن المبرة مع من لا يقاتلنا قال تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين فيكون فعله في حق الذمي قربة يتادى به الواجب عند الاشتباه ولو تبين ان المدفوع اليه عبده
او مكاتبه لا يجزيه لفقد فعله فان الواجب عليه بالنص الايتاء وذلك لا يكون الا باخراجه عن ملكه فيما فيه
يمنع جعله لله تعالى خالصا وهذا بخلاف ما لو تبين ان المدفوع اليه عبد لغني او مكاتب له فانه يجزيه وفي المكاتب
مع العلم ايضا ولا ينظر الى حال المولى لان اخراجه عن ملكه على وجه التقرب هنالك قصدا ونية خالصا فاما
في عبد نفسه ومكاتبه لم يتم اخراجه عن ملكه وبقاء حقه يمنع ان يصير لله خالصا فلهذا لا يسقط به الواجب
لا صل في فرضية التوجه الى الكعبة للصلاة قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وكان رسول
الله بمكة يصلي الى بيت المقدس ويجعل البيت بينه وبين بيت المقدس فلما هاجر الى المدينة اضطر الى
استدبار الكعبة والتوجه الى بيت المقدس وكان يحب ان يكون الكعبة قبلته كما كانت قبلة ابراهيم
صلوات الله عليهم فسأل جبريل عليه السلام ان يسأل الله تعالى له في ذلك ويديم النظر الى السماء
رجاء ان يأتيه جبريل عليه السلام بذلك فانزل الله تعالى قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك
قبلة ترضاها الاية ثم لا خلاف في حق من هو بمكة ان عليه التوجه الى عين الكعبة فاما من كان خارجا
عن مكة فقد كان ابو عبد الله الجرجاني يقول الواجب عليه التوجه الى عين الكعبة ايضا لظاهر الاية ولان
وجوب ذلك لاظهار تعظيم البقعة وهو يختلف بالقرب منه والبعد وغيره من مشايخنا يقول الواجب في
حق من هو خارج عن مكة التوجه الى الجهة لان ذلك في وسعه والتكليف بحسب الوسع ومعرفة الجهة اما
بدليل يدل عليه او بالتحري عند انقطاع الادلة ثم الدليل المحاريب المنصوبة في كل موضع لان ذلك كان
باتفاق من الصحابة ومن بعدهم فان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا العراق وجعلوا القبلة ما بين المغرب
والمشرق ثم فتحوا خراسان وجعلوا قبلة اهلها ما بين المغربين مغرب الشتاء ومغرب الصيف فكانوا
يصلون اليها ولما ماتوا جعلوا قبورهم اليها ايضا من غير نكير منكر من احد منهم وكفى باجماعهم حجة وقد
كانت عنايتهم في امر الدين اظهر من عناية من كان بعدهم فيلزمنا اتباعهم في ذلك ومن الدليل السؤال
في كل موضع ممن هو من اهل ذلك الموضع لان اهل كل موضع اعرف بقبلتهم من غيرهم عادة وقال تعالى
فاسألوا اهل الذكر الاية ومن الدليل النجوم ايضا على ما حكي عن عبد الله بن المبارك انه قال اهل الكوفة

فصل تحكيم السيما

في التوجه الى الكعبة للصلاة

معرفة الجهة

المحاريب

السؤال

النجوم

يجعلون الجدي خلف القفا في استقبال القبلة ونحن نجعل الجدي خلف الأذن اليمنى وكان الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول السبيل في معرفة الجهة أن ينظر إلى مغرب الصيف في أطول أيام السنة فيعينه ثم ينظر إلى مغرب الشمس في أقصر أيام السنة فيعينه ثم يدع الثلثين على يمينه والثلث عن يساره فيكون مستقبلا للجهة إذا واجه ذلك الموضع ولا معنى للانحراف إلى جانب الشمال بعد هذا لأنه إذا مال يكون توجهه إلى حد غروب الشمس في أقصر أيام السنة أو يجاوز ذلك فلا يكون مستقبلا للقبلة ولا للحرم أيضا على ما حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أن الحرم من جانب الشمال ستة أميال ومن الجانب الآخر اثني عشر ميلا ومن الجانب الآخر ثمانية عشر ميلا ومن الجانب الآخر أربعة وعشرين ميلا وقيل قبلة أهل الشامات الركن الشامي وقبلة أهل المدينة موضع الحطيم والميزاب من جدار البيت وقبلة أهل اليمن الركن اليماني وما بين الركن اليماني إلى الحجر قبلة أهل الهند وما يتصل بها وقبلة أهل خراسان والمشرق الباب ومقام إبراهيم فإذا انحرف بعد هذا وإن قل انحرافه يصير غير مستقبل للقبلة وعند انقطاع الأدلة فرضه التحري وزعم بعض أصحابنا أن الجهة التي يؤدي إليها تحريه تكون قبلة حقيقة في حقه لأنه أتى بما في وسعه ولا تكليف بحسب الوسع وهذا غير مرضي فيه قول كل مجتهد مصيب ولكنه يؤدي ما كلف وإنما كلف طلبه الجهة على وجه الإصابة فالمقصود ليس عين الجهة إنما المقصود وجه الله تعالى كما قال فأينما تولوا فثم وجه الله ولا جهة لوجه الله إلا أنا لو قلنا يتوجه إلى أي جانب شاء انعدم الابتلاء وإنما يتحقق معنى العبادة إذا كان فيه معنى الابتلاء فإنما وجب عليه التحري لرجاء الإصابة ليتحقق الابتلاء وإذا فعل كان مؤديا لما عليه وإن لم يكن مصيبا للجهة حقيقة والدليل على أن الصحيح هذا ما بينا في كتاب الصلاة أن المصلين بالتحري إذا أمهم أحدهم فصلاة من يعلم أنه مخالف للإمام في الجهة فاسدة ولو انتصب ما ظن الإمام إليه قبلة حقيقة يصح اقتداء هذا الرجل به وإن خالفه في الجهة كما إذا صلوا في جوف الكعبة

إذا عرفنا هذا فنقول من اشتبه عليه القبلة في السفر في ليلة مظلمة واحتاج إلى أداء الصلاة فعليه التحري ثم المسألة على أربعة أوجه أما أن يصلي إلى جهة من غير شك ولا تحري أو يشك ثم يصلي إلى جهة من غير التحري أو تحرى فيصلي إلى جهة أخرى وبيان الفصل الأول أنه إذا صلى من غير شك ولا تحري فإن تبين أنه أصاب أو أكبر رأيه أنه أصاب أو لم يتبين من حاله شيء بأن ذهب من ذلك فصلاته جائزة لأن فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن وكل من قام لأداء الصلاة يجعل مستقبلا للقبلة في أدائها باعتبار الظاهر ويحمل أمره على الصحة حتى يتبين خلافه وإن تبين أنه أخطأ القبلة فعليه إعادة الصلاة لأن الظاهر يسقط اعتباره إذا تبين الحال بخلافه ولأن الحكم بجواز الصلاة هنا لانعدام الدليل المفسد لا للعلم بالدليل المجوز فإذا ظهر الدليل المفسد وجبت الإعادة وكذلك إن كان أكبر رأيه أنه أخطأ فعليه الإعادة لأن أكبر الرأي كاليقين خصوصا فيما بني على الاحتياط وأما إذا شك ولم يتحر ولكن صلى إلى جهة فإن تبين أنه أخطأ القبلة أو أكبر رأيه أنه أخطأ أو لم يتبين من حاله شيء فعليه الإعادة لأنه لما شك فقد لزمه التحري لأجل هذه الصلاة وصار التحري فرضا من فرائض صلاته فإذا ترك هذا الفرض لا تجزيه صلاته بخلاف الأول لأن التحري إنما يفترض عليه إذا شك ولم يشك في الفصل الأول فأما إذا تبين أنه أصاب القبلة جازت صلاته لأن فرضية التحري لمقصود وقد توصل إلى ذلك المقصود بدونه فيسقط فرضية التحري عنه وإن كان أكبر رأيه أنه أصاب فكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر بن حامد رحمه الله يفتي بالجواز هنا أيضا لأن أكبر الرأي بمنزلة اليقين فيما لا يتوصل إلى معرفة حقيقته والأصح أنه لا يجزيه لأن فرض التحري لزمه بيقين فلا يسقط اعتباره إلا بمثله ولأن غالب الرأي يجعل كاليقين احتياطا والاحتياط هنا في الإعادة وأما إذا شك وتحرى وصلى إلى الجهة التي أدى إليها اجتهاده فإن تبين أنه أصاب أو أكبر رأيه أنه أصاب أو لم يتبين أنه أخطأ فصلاته جائزة عندنا وقال الشافعي رحمه الله إن تبين أنه تيامن أو تياسر فكذلك وإن تبين أنه استدبر الكعبة فصلاته فاسدة وعليه الإعادة في أحد القولين لأنه تيقن بالخطأ في اجتهاده فيسقط اعتبار اجتهاده كالقاضي فيما يقضي باجتهاده إذا ظهر النص بخلافه والمتوضئ بماء إذا علم بنجاسته بخلاف ما إذا تيامن أو تياسر لأن هناك لا يتيقن بالخطأ فإن وجه المرء مقوس فعند التيامن والتياسر أحد جوانب وجهه إلى القبلة وأما عند الاستدبار لا يكون شيء من وجهه إلى الكعبة فيتيقن بالخطأ وحجتنا في ذلك قوله ولله المشرق والمغرب الآية وفي سبب نزولها حديثان أحدهما ما روي عن عبد الله بن عامر قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر في ليلة ظلماء مظلمة فاشتبهت علينا القبلة فتحرى كل واحد منا وخط بين يديه خطا فلما أصبحنا إذا الخطوط على غير القبلة فلما ذكرنا

لما سألنا

470

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فنزلت الآية فقال عليه السلام أجزأتكم صلاتكم وفي حديث جابر قال كنا في سفر في يوم ذي ضباب فاشتبهت علينا فتحرى وصلى كل واحد منا إلى جهة فلما انكشف الضباب فمنا من أصاب ومنا من أخطأ فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنزلت الآية ولم يأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بإعادة الصلاة وقال علي رضي الله عنه قبلة المتحري جهة قصده معناه تجوز صلاته إذا توجه إلى جهة قصده والمعنى فيه أنه مؤد لما كلف فيسقط عنه الفرض مطلقا كما لو تيامن أو تياسر وبيان الوصف ما قررناه فيما سبق أن المقصود من طلب الجهة ليست عين الجهة إنما المقصود وجه الله تعالى إلا أنه أمر بطلب الجهة ليتحقق معنى الابتلاء وما هو المقصود وهو الابتلاء قد تم بتحريه فيسقط عنه ما لزمه من الفرض ألا ترى أنه في التيامن والتياسر على وجه لا يجوز مع العلم يحكم بجواز صلاته عند التحري للمعنى الذي قلنا فكذلك في الاستدبار وإيضاح ما قلنا فيما نقل عن بعض العلماء قال قبلة البشر الكعبة وقبلة أهل السماء البيت المعمور وقبلة الكروبيين الكرسي وقبلة حملة العرش العرش ومطلوب الكل وجه الله تعالى وهذا بخلاف ما إذا ظهرت النجاسة في الثوب وفي الماء لما قلنا أن ذلك فيما يحتمل الوقوف على حقيقته ولأن التوضي بماء نجس ليس بقربة فلا يحتمل أداء الواجب به بحال فأما الصلاة إلى غير الكعبة قربة ألا ترى أن الراكب يتطوع على دابته حيث ما توجهت به اختيارا ويؤدي الفرض كذلك عند العذر أيضا وبنحو هذا فرق في الزكاة أيضا أن المتصدق على الأب أو على الغني قربة ولهذا لا يثبت له حق الاسترداد كما قررنا فأما إذا أعرض عن الجهة التي أدى إليها اجتهاده وصلى إلى جهة أخرى ثم تبين أنه أصاب القبلة فعليه إعادة الصلاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله قال أخشى عليه الكفر لإعراضه عن القبلة عنده وروي عنه أيضا أنه قال أما يكفيه أن لا يحكم بكفره وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز صلاته لأن لزوم التحري كان لمقصود إصابة القبلة وقد أصاب ذلك المقصود بغيره فكان هذا وما لو أصابه بالتحري سواء وهذا على أصله مستقيم لأنه يسقط اعتبار التحري إذا تبين الأمر بخلافه كما قال في الزكاة وإذا سقط اعتبار التحري فكأنه صلى إلى هذه الجهة من غير تحري وقد تبين أنه أصاب فتجزيه صلاته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه اعتقد فساد صلاته لأن عنده أنه يصلي إلى غير القبلة فلا يجوز الحكم بجواز صلاته مع اعتقاده الفساد فيه كما لو اقتدى بالإمام وهو يصلي إلى غير جهته لم تجز صلاته إذا علم لاعتقاده أن إمامه على الخطأ وتوضيحه أن الجهة التي أدى إليها اجتهاده صارت بمنزلة القبلة عملا حتى لو صلى إليها جازت صلاته وإن تبين الأمر بخلافه فصار في الإعراض عنها بمنزلة ما لو كان معاينا للكعبة فأعرض عنها وصلى إلى جهة أخرى فتكون صلاته فاسدة ولهذا لا يحكم بكفره لأن تلك الجهة ما انتصبت قبلة حقيقة في حق العلم وإن انتصب قبلة في حق العمل فإن كان تبين الحال له في خلال الصلاة فنقول أما في هذا الفصل فعليه استقبال الصلاة لأنه لو تبين له بعد الفراغ لزمه الإعادة فإذا تبين في خلال الصلاة أولى ولم يرو عن أبي يوسف رحمه الله خلاف في هذا وينبغي أن يكون هذا مذهبه أيضا لأنه قد يقول قوي حاله باليقين بالإصابة في خلال الصلاة ولا يبنى القوي على الضعيف كالمومي إذا قدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة فأما إذا كان مصليا إلى الجهة التي أدى إليها اجتهاده فتبين له أنه أخطأ فعليه أن يتحول إلى جهة الكعبة ويبني على صلاته لأنه لو تبين له بعد الفراغ لم تلزمه الإعادة فكذلك إذا تبين له في خلال الصلاة وهذا لأن افتتاحه إلى جهة تلك الجهة قبلة في حقه عملا فيكون حاله كحال أهل قباء حين كانوا يصلون إلى بيت المقدس فأتاهم آت وأخبرهم أن القبلة حولت إلى الكعبة فاستداروا كهيئتهم وهم ركوع ثم جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتهم وعلى هذا قالوا لو صلى بعض الصلاة إلى جهة بالتحري ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى يستقبل تلك الجهة ويتم صلاته لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله ولكن في المستقبل يبني على ما أدى إليه اجتهاده حتى روي عن محمد رحمه الله أنه قال لو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات بهذه الصفة يجوز واختلف المتأخرون فيما إذا تحول رأيه إلى الجهة الأولى فمنهم من يقول يستقبل تلك الجهة أيضا فتتم صلاته جريا على طريقة القياس ومنهم من يستقبح هذا فيقول إذا أدى الأمر إلى هذا فعليه استقبال الصلاة أيضا فأما إذا افتتح الصلاة مع الشك من غير تحري ثم تبين له في خلال الصلاة أنه أصاب القبلة أو أكبر رأيه أنه أصاب فعليه الاستقبال لأن افتتاحه كان ضعيفا حتى لا يحكم بجواز صلاته ما لم يعلم بالإصابة فإذا علم في خلال الصلاة فقد تقوى حاله وبناء القوي على الضعيف لا يجوز فيلزمه الاستقبال بخلاف ما إذا علم بعد الفراغ لأنه لا يحتاج إلى البناء ونظيره في المومي والمتيمم وصاحب الجرح السائل يزول ما بهم من العذر إن كان بعد الفراغ لا تلزمهم الإعادة وإن كان في خلال الصلاة يلزمهم الاستقبال فأما إذا كان افتتحها من غير شك ولا تحر فإن تبين في خلال الصلاة أنه أخطأ فعليه الاستقبال وإن تبين أنه أصاب فهذا الفصل غير مذكور في الكتاب وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول يلزمه الاستقبال أيضا لأن افتتاحه كان ضعيفا ألا ترى أنه إذا تبين الخطأ يلزمه الإعادة فإذا تبين الصواب في خلال الصلاة فقد تقوى حاله فيلزمه الاستقبال كما في الخ

ابو بكر محمد بن حامد رحمه الله يقول لا يلزمه الاستقبال وهو الاصح لان صلاته هنا في الابتدا كانت صحيحة لانعدام الدليل المفسد
فبالتبين لا يزداد القوة حكما فلا يلزمه الاستقبال بخلاف ما بعد الشك لان هناك صلاته ليست بصحيحة الا بالتيقن بالاصابة فاذا تبين
انه اصاب فقد تقوى حاله حكما فلهذا لزمه الاستقبال رجل دخل مسجدا لا محراب فيه وقبلته تشكل وفيه قوم من اهله فتحرى القبلة وصلى
ثم علم انه اخطأ القبلة فعليه ان يعيد الصلاة لان التحري حصل في غير اوانه فان اوان التحري ما بعد انقطاع الادلة وقد بقي هنا دليل وهو السؤال فكان
وجود التحري فيه بمنزلة ما لو صلى بعد الشك من غير التحري فلا تجزيه صلاته الا اذا تبين انه اصاب فكذا هنا عليه الاعادة لما تبين انه اخطأ وان تبين انه اصاب فصلاته
جائزة واستشهد لهذا بمن اتى ماء من المياه او حيا من الاحياء فطلب الماء فلم يجده فتيمم وصلى ثم وجده فان كان في الماء قوم من اهله ولم يسألهم حتى تيمم
وصلى ثم سألهم فلم يخبروه لو لم يكن بحضرته من يسأله اجزته صلاته وكذلك لو افتتح الصلاة بالتيمم ثم رأى انسانا يظن ان عنده خبر الماء تمم صلاته ثم
يسأله فان اخبره ان الماء قريب منه يعيد الصلاة وان لم يعلم من خبر الماء شيئا فليس عليه اعادة الصلاة وقد بيناه في كتاب الصلاة وهذه الفصول
والفرق بينها وبينما اذا سأله في الابتدا فلم يخبره حتى صلى بالتيمم ثم اخبره فليس عليه اعادة الصلاة فامر القبلة كذلك ولم يذكر في الكتاب ان هذا
الاشتباه لو كان له بمكة ولم يكن بحضرته من يسأله فصلى بالتحري ثم تبين انه اخطأ هل يلزمه الاعادة وقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله انه لا
اعادة عليه وهذا هو الاقيس لانه لما كان محبوسا في بيت وقد انقطعت عنه الادلة ففرضه التحري وقد حكم بجواز صلاته بالتحري فلا يلزمه الاعادة كما
لو كان خارج مكة وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول هنا يلزمه الاعادة لانه يتيقن بالخطأ اذا كان بالمدينة لان القبلة بالمدينة مقطوع بها فانه انما نصبها
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوحي بخلاف سائر البقاع فان الاشتباه يكثر فيها ولا ضرورة في المسايل بعد هذا ان الحكم للغالب لان المغلوب يصير مستهلكا
في مقابلة الغالب والمستهلك في مقابلة الغالب في حكم المعدوم الا ترى ان الاسم للغالب وان الحنطة لا تخلو عن حبات شعير
ثم يطلق على الكل اسم الحنطة وعلى هذا قالوا في قرية عامة اهلها المجوس لا يحل لاحد ان يشتري لحما ما لم يعلم انه ذبيحة مسلم وفي القرية التي
عامة اهلها المسلمون يجوز ذلك بناء للحكم على الغالب ويباح لكل واحد قتل من يراه في دار الحرب ما لم يعلم انه مسلم او ذمي ولا يحل
ذلك في دار الاسلام ما لم يعلم انه حربي ولو ان اهل الحرب دخلوا قرية من قرى اهل الذمة لم يجز استرقاق واحد منهم الا من يعلم بعينه انه حربي
لان الغالب في هذا الموضع اهل الذمة ولو دخل قوم من اهل الذمة قرية من قرى اهل الحرب جاز للمسلمين استرقاق اهل تلك القرية الا من يعلم انه ذمي
ثم المسايل نوعان مختلط منفصل الاجزا ومختلط متصل الاجزا فمن المختلط الذي هو منفصل الاجزا مسيلة المساليخ وهي تنقسم ثلثة اقسام اما ان تكون
الغلبة للحلال او للحرام او كانا متساويين وفيه حالتان حالة الضرورة بان كان لا يجد غيرها وحالة الاختيار ففي حالة الضرورة يجوز له التحري في الفصول
كلها لان تناول الميتة عند الضرورة جائز له شرعا فلان يجوز له التحري عند الضرورة واصابة الحلال بتحريه مأمول كان اولى وفي حالة الاختيار
فان كانت الغلبة للحلال بان كانت المساليخ ثلثة احدها ميتة جاز له التحري ايضا لان الحلال هو الغالب والحكم للغالب فبهذا الطريق جاز له التناول منها الا ان يعلم
انها ميتة والتحري جائز له فالسبيل ان يوقع تحريه على احدها انها ميتة فيجتنبها ويتناول ما سوى ذلك لا بالتحري بل لغلبة الحلال ولولا ان الحكم له وان كان الحرام
غالبا فليس له ان يتحرى عندنا وكذلك عند الشافعي رح لانه يتيقن بوجود الحلال فيها ويرجوا اصابته بالتحري فله ان يتحرى كما في الفصل الاول وهذا لان
الحرمة في الميتة محض حق الشرع والعمل بغالب الراي جائز في مثله كما في استقبال القبلة فان جهات الخطأ هناك تغلب على جهة الصواب ولم يمنع ذلك من العمل
بالتحري فهذا مثله وحجتنا في ذلك ان الحكم للغالب واذا كان الغالب هو الحرام كان الكل حراما في وجوب الاجتناب وهذا لانه لو تناول شيئا منها انما تناول
بغالب الراي وجواز العمل بغالب الراي للضرورة ولا ضرورة في حالة الاختيار بخلاف ما اذا كانت الغلبة للحلال لان حل التناول هناك ليس بغالب الراي كما
قررنا وهذا بخلاف امر القبلة لان الضرورة هناك قد تقررت عند انقطاع الادلة عنه فوزانه ان لو تحققت الضرورة هنا بان لم يجد غيرها مع ان
الصلوة الى غير جهة الكعبة قربة جائزة في حالة الاختيار وهو المتطوع على الدابة وتناول الميتة لا يجوز مع الاختيار بحال فلهذا لا يجوز له العمل بغالب الراي هنا في
حالة الاختيار وكذلك ان كانا متساويين لان عند المساواة يغلب الحرام شرعا قال عليه السلام ما اجتمع الحرام والحلال في شيء الا غلب الحرام الحلال ولان التحرز عن تناول
الحرام فرض وهو مخير في تناول الحلال ان شا اصاب منه وان شا اصاب من غيره ولا يتحقق المعارضة بين الفرض والمباح فيترجح جانب الفرض وهو الاجتناب عن
الحرام ما لم يعلم الحلال بعينه او بعلامة يستدل بها عليه ومن العلامة ان الميتة اذا القيت في الماء يطفو لما بقي من الدم فيها والذكية ترسب وقد تعرف
الناس ذلك بكثرة النشر وبسرعة الفساد اليها ولكن هذا كله بعد ما ... الحرام ذبيحة المجوسي او ذبيحة مسلم ترك التسمية عمدا ومن المختلط الذي هو متصل
الاجزا مسيلة الدهن اذا اختلط به ودك الميتة او شحم الخنزير وهي تنقسم ثلثة اقسام فان كان الغالب ودك الميتة لم يجز الانتفاع بشيء منها
بالاكل ولا بغيره من وجوه الانتفاع لان الحكم للغالب وباعتبار الغالب هذا محرم العين غير منتفع به فكان كالميتة وكذلك ... واستدل
عليه بحديث جابر قال جاء نفر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ان لنا سفينة في البحر وقد احتاجت الى الدهن وقد وجدنا ناقة كثيرة
الشحم ميتة افندهنها بشحمها فقال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بشيء وكذلك ان كانا متساويين لان عند المساواة يغلب الحرام
فكان هذا كالاول فاما اذا كان الغالب هو الزيت فليس له ان يتناول شيئا منها في حالة الاختيار لان ودك الميتة وان كان مغلوبا مستهلكا
حكما فهو موجود في هذا المحل حقيقة وقد تعذر تمييز الحلال من الحرام ولا يمكنه ان يتناول جزءا من الحلال الا بتناول جزء من الحرام وهو ممنوع شرعا من تناول الحرام ويجوز له ان ينتفع

رجل دخل مسجدا لا محراب له وفيه قوم لم يسألهم وصلى بالتحري

ولم يخبروه ولم يجد ... وكان سألهم

لو كان بمكة ولم يكن بحضرته من يسأله

كأنه لا يجد غيرها

حجة الشافعي

حجتنا

علامة الميتة

من حيث

من حيث الاستصباح ودبغ الجلود بها لان الغالب هو الحلال فالانتفاع انما يلاقي الحلال مقصودا وقد روينا في كتاب الصلوة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعن علي رضي الله عنه جواز الانتفاع بالدهن النجس لانه قال وان كان ذائبا فانتفعوا به دون الاكل وكذا يجوز بيعه
مع بيان العيب عندنا ولا يجوز عند الشافعي لانه نجس العين كالخمر ولكنا نقول النجاسة للمجاور لا لعين الزيت فهو كالثوب
النجس يجوز بيعه وان كان لا تجوز الصلوة فيه وهذا لان الى العباد احداث المجاورة بين الاشيا لا تقليب الاعيان واذا
كان التنجيس يحصل بفعل العباد عرفنا ان عين الطاهر لا يصير نجسا وقد قررنا هذا الفصل في كتاب الصلوة فان باعه
ولم يبين عيبه فالمشتري بالخيار اذا علم به لتمكن الخلل في مقصوده حين ظهر انه محرم الاكل وان دبغ به الجلد فعليه ان يغسله
ليزول بالغسل ما على الجلد من اثر النجاسة وما يشرب فيه فهو عفو ومن المختلط الذي هو منفصل الاجزا مسيلة الموتى اذا
اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار وهي تنقسم ثلاثة اقسام ايضا فان كانت الغلبة لموتى المسلمين فانه يصلى عليهم ويدفنون
في مقابر المسلمين لان الحكم للغالب والغالب موتى المسلمين الا انه ينبغي لمن يصلي عليهم ان ينوي بصلوته المسلمين خاصة
لانه لو قدر على التمييز فعلا كان عليه ان يخص المسلمين بالصلوة عليهم فاذا عجز عن ذلك كان له ان يخص المسلمين بالنية لان
ذلك في وسعه والتكليف بحسب الوسع ونظيره ما لو تترس المشركون باطفال المسلمين فعلى من يرميهم ان يقصد المشركين وان
كان يعلم انه يصيب المسلم وان كان الغالب موتى الكفار لا يصلى على احد منهم الا من يعلم انه مسلم بالعلامة لان الحكم للغالب
والغلبة للكفار هنا وان كانا متساويين فكذلك الجواب لان الصلوة على الكافر لا تجوز بحال قال الله تعالى ولا تصل على
احد منهم مات ابدا ويجوز ترك الصلوة على بعض اهل المسلمين كاهل البغي وقطاع الطريق فعند المساواة يغلب ما هو الاوجب
وهو الامتناع عن الصلوة على الكفار ولا يجوز المصير الى التحري هنا عندنا لما بينا ان العمل بغالب الراي في موضع الضرورة ولا
تتحقق الضرورة هنا وذكر في ظاهر الرواية انهم يدفنون في مقابر المشركين لانهم في حكم ترك الصلوة عليهم جعلوا كانهم كفار
كلهم فكذلك في حكم الدفن وقيل هذا قول محمد فاما على قول ابي يوسف ينبغي ان يدفنوا في مقابر المسلمين مراعاة لحرمة المسلم
منهم فان الاسلام يعلو ولا يعلى ودفن المسلم في مقابر المشركين لا يجوز بحال وقيل بل يتخذ لهم مقبرة على حدة لا من مقابر المسلمين
ولا من مقابر المشركين فيدفنون فيها واصل هذا الخلاف بين الصحابة في نظير هذه المسيلة وهو ان النصرانية اذا كانت تحت
مسلم فماتت وهي حبلى لا يصلى عليها لكفرها ثم تدفن في مقابر المشركين عند علي وابن مسعود رضي الله عنهما ومنهم من يقول في مقابر
المسلمين لان الولد الذي في بطنها مسلم ومنهم من يقول تتخذ لها مقبرة على حدة فهذا مثله وهذا كله اذا تعذر تمييز المسلم بالعلامة
فان امكن ذلك وجب التمييز ومن العلامة للمسلمين الختان والخضاب ولبس السواد اما الختان فلانه من الفطرة كما قال
عليه السلام عشر من الفطرة وذكر من جملتها الختان الا ان من اهل الكتاب من يختتن فانما يمكن التمييز بهذه العلامة اذا
اختلط المسلمون بقوم من المشركين يعلم انهم لا يختتنون فاما الخضاب فهو من علامة المسلمين قال عليه السلام غيروا الشيب ولا
تشبهوا باليهود وكان ابو بكر الصديق يختضب بالحنا والكتم حتى قال الراوي رأيت ابن ابي قحافة على منبر رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولحيته كانها ضرام عرفج واختلفت الرواية في ان النبي عليه السلام فعل ذلك في عمره والاصح انه لم يفعل ولا خلاف
انه لا باس للغازي ان يختضب في دار الحرب ليكون اهيب في عين قرنه واما من اختضب لاجل التزين للنساء والجواري فقد
منع من ذلك بعض العلماء والاصح انه لا باس به وهو مروي عن ابي يوسف رحمه الله قال كما يعجبني ان تتزين لي يعجبها ان اتزين لها
فاما السواد من علامات المسلمين جاء في الحديث ان النبي عليه السلام قال اذا لبست امتي السواد فابغوا الاسلام ومنهم من روى فانعوا
والاول اوجه فقد صح ان النبي عليه السلام بشر العباس رضي الله عنه بانتقال الخلافة الى اولاده بعده وكان من علاماتهم لبس
السواد والكفار لا يلبسون السواد فان امكن التمييز بشيء من هذه العلامة وجب المصير اليها كما اذا امكن معرفة جهة القبلة بشيء
من العلامات وجب المصير اليها عند الاشتباه ومن المختلط الذي هو منفصل الاجزا مسيلة الثياب اذا كان في بعضها نجاسة
كثيرة وليس معه ثوب غير هذه الثياب ولا ماء يغسلها به ولا يعرف الطاهر من النجس فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه
انه طاهر سوا كانت الغلبة للثياب النجسة او للثياب الطاهرة او كانا متساويين بخلاف مسيلة المساليخ وعند التامل لا فرق
لان هناك يجوز له التحري عند الضرورة ايضا والضرورة قد تحققت لانه لا يجد بدا من ستر العورة في الصلوة ولا ثوب معه
سوى هذه الثياب فجوزنا له التحري للضرورة ثم الفرق ان عين النجاسة ليس بنجس ولا يلزمه الاجتناب عنه بل له ان يلبسه لغير
الصلاة وان كان نجسا فاذا لم يكن النجاسة صفة العين كان له ان يلبس اي هذه الثياب شا في غير الصلوة فانما يتحرى لما هو من
شرايط الصلوة فانما يتحرى لما هو من شرايط الصلوة على الخصوص وهو طهارة الثوب فكان هذا والتحري لاستقبال القبلة سوا

للعباد احداث المجاورة لا تقليب الاعيان

المدبوغ يغسل ليزول ما اشرب الجلد فهو عفو

الموتى اذا اختلط

بخلاف المسالخ فان الميتة محرمة العين فاذا كانت الغلبة للحرام كان بمنزلة ما لو كان الكل حراما في وجوب الاجتناب والى
نحو هذا اشار في الكتاب وقال لان الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد الصلوة ومعناه ليس
عليه الاجتناب عن لبس الثوب النجس في هذه الحالة فلا يكون له ان يتحرى واصابة الطاهر بتحريه مأمول اولى وفي المسالخ في حالة
الاختيار عليه الاجتناب عن الحرام فاذا كانت الغلبة للحرام كان عليه الاجتناب ايضا واذا وقع تحريه في ثوبين على احدهما انه هو
الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع اكبر رايه على الآخر انه هو الطاهر فصلى فيه العصر لا تجزيه لانا حين حكمنا بان الطاهر ذلك الثوب
ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الآخر فلا يعتبر اكبر رايه بعد ما جرى الحكم بخلافه وهذا بخلاف امر القبلة فانه اذا صلى
الظهر الى جهة ثم تحول رايه الى جهة اخرى فصلى العصر اجزاه لان هناك ليس من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بان تلك
الجهة هي جهة الكعبة الا ترى انه وان تبين الخطا جازت صلاته فلهذا كان تحريه عند العصر الى جهة اخرى مصادفا محله وهنا
من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بان الطاهر ذلك الثوب الا ترى انه لو تبين النجاسة فيه يلزمه الاعادة يوضحه ان
الصلوة في غير جهة الكعبة يجوز في حال الاختيار مع العلم وهو التطوع على الدابة والصلوة في الثوب الآخر الذي ليس فيه نجاسة
كثيرة لا يجوز في حالة الاختيار مع العلم فمن ضرورة جواز الظهر تعين صفة الطهارة في ذلك الثوب والنجاسة في الثوب الآخر
والاخذ بالدليل الحكمي واجب ما لم يعلم خلافه فان استيقن ان الذي صلى فيه الظهر هو النجس اعاد صلوة الظهر لانه تبين الخطا
بيقين فما امكن الوقوف عليه في الجملة وكذلك لو لم يحضره تحري ولكنه اخذ احد الثوبين فصلى فيه الظهر فهذا وما لو فعله
بالتحري سواء لان فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيه فيجعل كان الطاهر هذا الثوب ويحكم بجواز صلوته الا ان
يتبين خلافه وكذلك لو لم يعلم ان في احدهما نجاسة حتى صلى وهو ساه في احدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الاول المغرب
وفي الآخر العشاء ثم نظر فاذا في احدهما قذر ولا يدري اي هو الاول او الآخر فصلوة الظهر والمغرب جائزة وصلوة العصر
والعشاء فاسدة لانه لما صلى الظهر في احدهما جازت صلوته باعتبار الطاهر فذلك بمنزلة الحكم بطهارة ذلك الثوب ونجاسة
الثوب الآخر فكل صلوة اداها في الثوب الاول فهي جائزة وكل صلوة اداها في الثوب الثاني عليه اعادتها ولا يلزمه اعادة
ما صلى في الثوب الاول من المغرب لمكان الترتيب لانه حين صلى المغرب ما كان يعلم ان عليه اعادة العصر والترتيب بمثل
هذا العذر يسقط ومن المختلط الذي هو منفصل الاجزاء مسئلة الاواني اذا كان في بعضها ماء نجس وفي بعضها
ماء طاهر وليس معه ماء طاهر سوى ذلك ولا يعرف الطاهر من النجس فان كانت الغلبة للاواني الطاهرة فعليه التحري لان
الحكم للغالب وباعتبار الغالب لزمه استعمال الماء الطاهر واصابته بتحريه مأمول وان كانت الغلبة للاواني النجسة او كانا
سواء فليس له ان يتحرى عندنا وعلى قول الشافعي يتحرى ويتوضا بما يقع في تحريه انه طاهر وهذا ومسئلة المسالخ سواء
والفرق بين مسئلة الثياب ومسئلة الاواني لنا ان الضرورة لا تتحقق في الاواني لان التراب طهور له عند العجز
عن الماء الطاهر فلا يضطر الى استعمال التحري للوضوء عند غلبة النجاسة لما امكنه اقامة الفرض بالبدل وفي مسئلة الثياب
الضرورة مست لانه ليس للستر بدل يتوصل به الى اقامة الفرض حتى انه في مسئلة الاواني لما كان تحقق الضرورة في
الشرب عند العطش وعدم الماء الطاهر يجوز له ان يتحرى للشرب لانه لما جاز له شرب الماء النجس عند الضرورة فلان
يجوز التحري واصابة الطاهر بالتحري مأمول اولى يوضحه ان في مسئلة الاواني لو كانت كلها نجسة لا يؤمر بالتوضي بها ولو
فعل لا يجوز صلوته فاذا كانت الغلبة له فكذلك ايضا وفي مسئلة الكتاب وان كان الكل نجسا يؤمر بالصلوة في بعضها ويجزيه ذلك
فكذلك اذا كانت الغلبة للنجاسة وفي الكتاب يقول اذا كانت الغلبة للماء النجس يريق الكل ثم يتيمم وهذا احتياط وليس بواجب
ولكنه ان اراق فهو احوط ليكون تيممه في حال عدم الماء بيقين فان لم يرق اجزاه ايضا لانه عدم آلة الوصول الى الماء الطاهر
وهو العلم والطحاوي يقول في كتابه يخلط الماءين ثم يتيمم وهذا احوط لان بالاراقة ينقطع عنه منفعة الماء وبالخلط لا فانه بعد
الخلط يسقي دوابه ويشرب عند تحقق العجز فهو اولى وبعض المتأخرين من ائمة بلخ كان يتوضا بالاناءين جميعا احتياطا لانه
يتيقن بزوال الحدث عند ذلك لانه قد توضا مرة بالماء الطاهر وحكم نجاسة الاعضاء اخف من حكم الحدث فاذا كان قادرا
على ازالة اغلظ الحدثين لزمه ذلك وقاسوا بمن كان معه سور الحمار يؤمر بالتوضي به مع التيمم احتياطا ولسنا ناخذ بهذا
لانه اذا فعل ذلك كان متوضيا بتيقن النجاسة ويتنجس اعضاؤه ايضا خصوصا راسه فانه بعد المسح بالماء النجس وان مسحه
بالماء الطاهر لا يطهر فلا معنى للامر به بخلاف سور الحمار فانه ليس بنجس ولهذا لو غمس الثوب فيه جازت صلوته فيه فيستقيم

الامر بالجمع بينه وبين التيمم احتياطا ثم الاصل بعد هذا ان التحري في الفروج لا يجوز بحال لان التحري انما يجوز فيما يحل تناوله عند
الضرورة على ما قررنا ان استعمال التحري نوع ضرورة والفرج لا يحل بالضرورة الا ترى ان المكره على الزنا لا يحل له الاقدام
على الوطي في غير الملك فلهذا لا يحل الفرج بالتحري بخلاف ما تقدم من الفصول اذا عرفنا هذا فنقول رجل له اربع جوار
اعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها لم يسعه ان يتحرى للوطي لان المعتقة بعينها محرمة عليه فلا يحل له ان يقرب واحدة منهن
حتى يعرف المحرمة بعينها وهذا لان قيام الملك في المحل شرط منصوص للحل وبتحريه لا يصير هذا الشرط معلوما بيقين بخلاف ما
ما اذا اعتق احداهن بغير عينها فان العتق في المنكر لا يزيل الملك عن المعين بالبيان فكان له ان يطا من شاء منهن باعتبار الملك
المتيقن به في المحل وكما لا يتحرى للوطي فهنا لا يتحرى للبيع لان جواز البيع واباحته شرعا لا يكون الا باعتبار قيام الملك في المحل
فان الحرة ليست بمحل للبيع شرعا ولا يخل الحاكم بينه وبينهن حتى يتبين المعتقة وكذلك اذا طلق احدى نسائه بعينها
ثلاثا ثم نسيها وهذا ابلغ من الاول لان المطلقة ثلاثا محرمة العين لا يحل له بنكاح ولا غيره ما لم تتزوج بزوج آخر وكذلك ان
مات منهن الا واحدة لم يسعه ان يقربها حتى يعلم انها غير المطلقة بخلاف ما اذا وقع الطلاق على احداهن بغير عينها لان بموت
الثلاث هناك يتعين الطلاق في الرابعة وهنا الطلاق وقع على عين فلا يتحول بالموت من محل الى محل بحال فهو الى نفسه
بعد موت ضرائرها كحالها قبل موتهن فلا يسعه ان يقربها حتى يعلم انها غير المطلقة فاذا اخبر بذلك فقد اخبر بحلها وهو امر
بينه وبين ربه فيصدقه مع ذلك مع اليمين ويستحلفه البتة ما طلق هذه بعينها ثلاثا ثم يحل بينهما اما اذا كانت تدعي هي الطلاق فغير
مشكل وكذلك ان كانت لا تدعي ففي الحرمة معنى حق الشرع الا ترى ان البينة تقبل فيه من غير دعوى فلهذا يستحلفه القاضي البتة
فان حلف وهو جاهل بذلك فلا ينبغي له ان يقربها لانه مجازف في يمينه واليمين الكاذبة لا تحل الحرام وان ادعت كل
واحدة منهن انها المطلقة حلفه القاضي لكل واحدة منهن انها المطلقة حلفه القاضي لكل واحدة منهن فان نكل عن اليمين فرق
بينه وبينهن لان النكول في حق كل واحدة منهن بمنزلة الاقرار وان حلف لهن بقي حكم الحيلولة كما كان لانا نتيقن انه كاذب
في بعض هذه الايمان وروى ابن سماعة عن محمد انه قال اذا حلف لثلث منهن تعين الطلاق في الرابعة ضرورة فيفرق بينه
وبينها كما لو اخبر انها هي المطلقة ولكن هذا لا يستقيم فيما اذا وقع على المعينة في الابتداء لانه ليس اليه البيان انما عليه
ان يتذكر وذلك لا يحصل بيمينه لبعضهن بخلاف ما اذا كان الايقاع على غير المعينة في الابتداء فان باع في المسئلة الاولى ثلثا
من الجواري فحكم الحاكم بجواز بيعهن وكان ذلك من رايه وجعل الباقية هي المعتقة ثم رجع اليه مما باع شي بشرا او هبة او ميراث
لم ينبغ له ان يطاها لان القاضي في ذلك قضى بغير علم ولا معتبر بالقضاء عن جهل ولانا نعلم انه مخطي في قضائه لانه حكم بجواز
البيع في محل لا يعرف فيه الملك بيقين فيكون باطلا وادنى الدرجات فيه ان يكون حكمه بجواز البيع في شخص متردد الحال بين
الرق والحرية فلا ينفذ حكمه كما لو حكم بجواز بيع المكاتب بغير رضاه ولا ينبغي للولي ان يطا شيئا منهن بالملك الا ان يتزوجها
فان تزوجها فلا باس بوطيها لانها ان كانت حرة فالنكاح بينهما وبينه صحيح فان كانت امة فهي حلال له بالملك فهي اما زوجة او امة
فله ان يقربها ولو ان قوما كانت لكل واحد منهم جارية فاعتق احدهم جاريته ثم لم يعرفوا المعتقة فلكل واحد منهم ان يطا
جاريته حتى يعلم المعتقة بعينها لانا علمنا قيام الملك لكل واحد منهم في جاريته وحل وطيها له ولم يتيقن باكتساب سبب الحرمة
من كل واحد منهم ان يتمسك بما تيقن به لان اليقين لا يزال بالشك بخلاف ما تقدم لانا قد تيقنا هناك باكتساب سبب
الحرمة من المولى في بعضهن فليس له الاقدام على الوطي ما لم يعلم ان الموطوءة خارجة عن تلك الحرمة وهذا لان القضاء بالحرمة
يصح على المعلوم دون المجهول ففي المسئلة الاولى المقضي عليه المولى وهو معلوم فالجهالة في جانب الجواري لا تنفي منع القضاء ثم
هي حق الشرع وهنا المقضي عليه بالحرمة من الموالي مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فلكل واحد منهم ان يتمسك في جاريته بالحل
الذي تيقن به حتى يعلم خلافه فان كان اكبر راي احدهم انه هو الذي اعتق فاحب الي ان لا يقربها وان قربها لم يكن ذلك عليه حراما
حتى يستيقن لان اكبر الراي يوجب الاحتياط ولا يزيل الملك والحرمة في هذا المحل باعتبار زوال الملك وذلك لا يثبت باكبر الراي
ولو اشتراهن جميعا رجل واحد قد علم ذلك لم يحل له ان يقرب واحدة منهن حتى يعرف المعتقة اما اذا اشتراهن بعقد واحد
فهذا البيع باطل لان فيه جمعا بين الحرة والاماء وبيع الكل بثمن واحد وان اشتراهن في عقود متفرقة فنقول لما اجتمعن عنده
وهو مستيقن بان احديهن محرمة عليه كان هذا وما لو كان المولى في الابتداء واحدا سواء لان المقضي معلوم هنا ولو اشتراهن
الا واحدة حل له وطيهن لانه لا يتيقن بالحرمة فيما اشتراهن لعل المعتقة تلك الواحدة التي لم يشترها فلا يصير المقضي عليه

بالحرمة معلوما لهذا فان وطيهن ثم اشترى الباقية لم يحل له وطى شىء منهن ولا بيعه حتى يعلم المعتقة منهن لانه يعلم ان احدىهن
محرمة عليه وليس لما سبق من الوطى اثر فى تمييز المعتقة من غير المعتقة لانه لا طريق لذلك الا التذكر والوطى ليس من التذكر
فى شىء وكذلك لو كان احد اصحاب الجوارى لانهن قد اجتمعن عنده فصار المقضى عليه بالحرمة معلوما ثم اعاد المسئلة الاولى
لايضاح ما بينا ان التحرى لا يجوز فى الفروج فقال لو مات المولى بعد ما اعتق واحدة منهن بعينها ونسيها فليس للقاضى ان
يتحرى ولا يامر الورثة بذلك ايضا فى تعيين المعتقة حتى يقول لهم اعتقوا التى اكبر رايكم انها حرة او اعتقوا ايتهن شئتم
وكيف يقول لهم ذلك والعتق الواقع على شخص بعينه لا يتصور انتقاله الى شخص اخر بحال ولكنه يسالهم عن ذلك فان ادعوا
ان الميت اعتق فلانة بعينها اعتقها واستحلفهم على علمهم فى الباقيات لانهم خلفاء المورث فيخبرهم كخبر المورث ان المعتقة
هذه الا ان اليمين فى حقهم على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وان لم يعرفوا شيئا من ذلك اعتقهن جميعا وابطل قيمتهن فيهن
واحدة بينهن بالحصص ويسعى فيما بقى لانه تعذر استدامة الملك فيهن لحق الشرع فيخرجن الى الحرية بالسعاية الا انه يسقط عنهن
ما يتيقن بسقوطه وهو قيمة واحدة ثم ختم الكتاب بهذا وفى بعض النسخ ذكر بابا من كتاب الاجارات وكانه يذكر تلك المسائل
حين صنف هذا الكتاب فاثبتها كيلا يفوت فقال رجل اجر عبده من رجل سنة بماية درهم للخدمة فخدمه ستة اشهر ثم
اعتقه المولى فالعتق نافذ لقيام الملك فى رقبته وحق المستاجر انما يثبت فى المنفعة دون الرقبة ولا تاثير لما استحقه من اليد الا
فى عجز المولى عن تسليمه والقدرة على التسليم ليس بشرط لنفوذ العتق حتى ينفذ العتق فى الابق والجنين فى البطن ثم يتخير العبد
فى فسخ الاجارة لان على احدى الطريقين الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة ولو اجر
ابتداء بعد العتق لا يلزمه العقد الا برضاه وعلى الطريق الاخر العقد وان انعقد جملة فهو يحتمل الفسخ بعذر والعذر
قد تحقق هنا لان لزوم تسليم النفس للخدمة بعد العتق بعقد باشره المولى يلحق الشين به فيكون ذلك عذرا له فى فسخ الاجارة
ارايت لو تفقه وتقلد القضاء اكان يجبر على الخدمة بسبب ذلك العقد تقرره ان فى اجارة النفس للخدمة كد وتعب فلا يلزمه
من المولى على العبد الا فى منافع مملوكة للمولى والمنافع بعد العتق تحدث على ملك العبد فيثبت له الخيار نظير هذا النوع
من الملك له كالمنكوحة اذا اعتقت يثبت لها الخيار لملكها امر نفسها او زيادة ملك الزوج عليها وان فسخ العقد فاجر
ما مضى للمولى لان ما يقابله استوفى على ملكه بعقده وان مضى على الاجارة فللعبد اجر ما بقى من المدة لانه بدل ما هو مملوك
للعبد فان المنافع بعد العتق تحدث على ملكه والبدل انما يملك بملك الاصل وهذا بخلاف المنكوحة فانها اذا لم تختر
نفسها بعد العتق فالصداق للمولى ان لم يدخل بها الزوج قبل العتق لان الصداق وجب بالعقد جملة واستحقه المولى عوضا
عن ملكه وهنا الاجر يجب شيئا فشيئا بحسب ما يستوفى من المنافع المنفعة او يتجدد انعقاد العقد على احد الطريقين هنا فهو
بمنزلة ما لو اجره بعد العتق برضاه فيكون الاجر للعبد الا ان المولى هو الذى يتولى قبضه لان الوجوب بعقده وحقوق
العقد تتعلق بالعاقد وليس للعبد ان يقبضها الا بوكالة له المولى وليس له ان ينقض العقد بعد اختياره المضى عليها
لانه اسقط خياره كالمعتقة اذا اختارت زوجها فان كان المستاجر عجل الاجرة كلها للمولى قبل ان يعمل العبد شيئا فى الاجارة
فالاجر كله للمولى لانه ملك الاجر بالقبض وما ملكه المولى من كسب العبد يبقى على ملكه بعد عتقه بخلاف الاول لانه ما ملك
الاجر بنفس العقد هناك وانما ملكه شيئا فشيئا بحسب ما يستوفى من المنفعة وان فسخ العبد الاجارة فى بقية المدة فعلى المولى رد حصة
ذلك من الاجر على المستاجر كما لو تفاسخا العقد وهذا لان المولى اكتسب سبب ثبوت الخيار للعبد وفسخ العقد من العبد بناء عليه
فيصير مضافا الى المولى فلهذا يلزمه الرد بحساب ما بقى من المدة واذا اختار المضى فقد بقى العقد على ما باشره المولى والملك فى جميع الاجر
قد ثبت للمولى بذلك العقد فيبقى ولا يتحول شىء منه الى العبد وان كان الاجر شيئا بعينه فى جميع هذه الوجوه فالجواب فيه والجواب
فى الدراهم والدنانير سواء وهذا اظهر لان الاجر لما كانت بعينها لا تملك قبل التعجيل ولا تجب وجوبا مؤجلا ولا حالا لان فى
الاجر اذا كان بعينه كلام انه هل تجب بنفس العقد وجوبا مؤجلا ام لا فاذا كان هناك حصة ما بقى من المدة للعبد فهنا اولى
فان وكذلك الجواب فى العبد اذا ولى اجارة نفسه باذن المولى الا ان العبد هو الذى يلى القبض هنا اذا اختار المضى على الاجارة
لانه المباشر للعقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو الذى يطالب برد ما يجب رده من المعقود عند الفسخ لانه هو الذى
قبضه بحكم العقد ثم يرجع هو على المولى به عينا كان ذلك فى يد المولى او مستهلكا لانه انما وجب بعد العتق والفسخ وهو من اهل
ان يستوجب على مولاه دينا فى هذه الحالة وقد لزمه هذا الدين بسبب كان هو فيه مباشرته عاملا لمولاه باذنه فيثبت له به حق

الرجوع به ثم ذكر فى الكتاب سؤالا فقال يكون للعبد ان يفسخ الاجارة وهو الذى يليها ثم اجاب فقال لانها تمت فى حال رقه
باذن المولى فكان المولى هو الذى باشر الا ترى ان امة لو زوجت نفسها باذن مولاها ثم عتقت كان لها الخيار كما لو كان
المولى هو الذى زوجها وكذا اذا اجره الوصى فى عمل من الاعمال فلم يعمل حتى بلغ الصبى مبلغ الرجال فهو يعنى بالخيار بين المضى
على الاجارة وفسخها وكذلك الاب اذا اجر ابنه ثم ادرك الابن لما بينا ان فى اجارة النفس كد وتعب فلا يلزم من الاب
والوصى فى حق الصبى بعد بلوغه وما يلحقه من المشقة يصير عذرا له فى الفسخ بخلاف ما لو اجر داره او عبده سنين معلومة
فادرك الغلام لم يكن له ان يبطل الاجارة والشافعى يسوى بينهما فيقول العقد نفذ بولاية تامة فلا يثبت له حق الفسخ بعد ذلك
فى الفصلين والفرق لنا بين الفصلين من وجهين احدهما انه ليس فى اجارة الدار والعبد معنى الكد والعار فى حق الصبى اذا ادرك
فلا يثبت له حق الفسخ بخلاف اجارة النفس والثانى ان اجارة الدار والعبد تملك بالولاية الا ترى ان من له ولاية من
القرابات ومن يعول الصبى ليس له ولاية اجارة داره وعبده فاذا نفذ باعتبار قيام ولايتهما جعل كانهما باشراه بعد
البلوغ فاما صحة اجارة النفس ليس باعتبار المنفعة والمصلحة للولد فى ذلك ليتادب ويتعلم ما يحتاج اليه الا ترى ان من يعول
اليتيم يملك ذلك منه وببلوغه زال هذا المعنى لانه صار من اهل النظر لنفسه فيما يحتاج اليه فلهذا يثبت له الخيار واذا اجر
العبد المحجور عليه نفسه من رجل سنة بماية درهم للخدمة فخدمه ستة اشهر ثم اعتق فالقياس ان لا يجب الاجر لان المستاجر
كان ضامنا له حين استعمله بغير اذن مولاه والاجر والضمان لا يجتمعان ولكنا نستحسن اذا اسلم العبد ان يجعل له الاجر
فيما مضى لان فى ذلك محض منفعة لا يشوبه ضرر والعبد غير محجور عن اكتساب المال وما يكون فيه محض منفعة كالاحتطاب
والاحتشاش بخلاف ما اذا هلك فان الضمان قد تقرر عليه من حين استعمله وهو يملكه بالضمان من ذلك الوقت فتبين انه
استعمل عبد نفسه فلا يجب الاجر وبه فارق الصبى المحجور اذا اجر نفسه ومات فى خلال العمل فانه يجب الاجر بحساب ما عمل
لان الصبى لا يملك بالضمان فلا ينعدم السبب الموجب للاجر فيما مضى فان هلك الصبى من استعماله غرم ديته واذا اسلم العبد
من العمل حتى وجب الاجر بحساب ما عمل مضى يقبضه العبد فيدفعه الى مولاه لانه وجب بعقده ولكنه بمقابلة منافع هى
مملوكة للمولى فيلزمه دفعه الى المولى ويجوز الاجارة فيما بقى من السنة للعبد ولا خيار له فى نقض الاجارة لانها نفذت بعد
بغير اجازة المولى فكانه باشرها بعد العتق الا ترى ان امة لو زوجت نفسها بغير اذن مولاها ثم اعتقها المولى نفذ العتق
ولا خيار لها بخلاف ما اذا كان عقدها باذن المولى او اجازة المولى قبل العتق فكذلك فى الاجارة وكذلك الجواب هنا
ان كان قبض الاجر فى حال رقه لان للعبد منها حصة ما بقى وللمولى حصة ما مضى بخلاف ما تقدم لان العقد كان هناك كان
نافذا والاجر كله بالقبض صار ملكا للمولى وهنا العقد لم يكن نافذا الان مباشرة محجور عليه فانما ينفذ بحسب ما يستوفى من المنفعة
لانه حينئذ يتمحض منفعة فحصة ما يستوفى من المنفعة صار مملوكا من الاجر فيكون للمولى وحصة ما لم يستوف من المنفعة لم يصر
مملوكا وان كان مقبوضا وانما يملك بعد العتق باعتبار ايفاء المنفعة وانما اوفى فيما بقى من المدة المنافع التى هى مملوكة فلهذا كان
الاجر بحساب ما بقى من المدة للعبد والله اعلم ۵

باب اللقيط ۵

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ركن الاسلام رحمه الله اللقيط لغة اسم لشىء موجود فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح
بمعنى المقتول والمجروح وفى الشريعة اسم لحى مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه اثم ومحرزه غانم
لما فى احرازه من احياء النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحى بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس
جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما فى تركه من ترك الترحم على الصغار وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس
منا وفى رفعه اظهار الشفقة وهو افضل الاعمال بعد الايمان على ما قيل افضل الاعمال بعد الايمان بالله التعظيم لامر الله والشفقة
على خلق الله وقد دل على ما قلنا الحديث الذى بدا به الكتاب ورواه الحسن البصرى ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رضى الله عنه
فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذى وليت منه احب الى من كذا وكذا فقد استحب على رضى الله عنه ان يكون هو الملتقط
له فدل على ان رفعه افضل من تركه فان قيل ما معنى هذا الكلام وقد كان متمكنا من حفظه بولاية الامامة قلنا نعم ولكن احياؤه كان
فى التقاطه حين كان على شرف الهلاك ولا يحصل ذلك بالاخذ منه بعد ما ظهر له حافظ ومتعهد فلهذا استحب ذلك مع انه لا ينبغى
للامام ان ياخذ من الملتقط الا بسبب جديد ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به باعتبار يده وفى هذا الحديث دليل على ان

اللقيط حر وهو المذهب انه حر مسلم اما باعتبار الدار لان الدار دار حرية واسلام فمن كان فيها فهو حر مسلم باعتبار الظاهر او باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن دار الاسلام الاحرار المسلمون والحكم للغالب او باعتبار الاصل فالناس اولاد آدم عليه السلام وحوا وكانا حرين فلهذا كان اللقيط حرا وفي حديث آخر ان عليا رضي الله عنه فرض له وهذا يدل على ان نفقة اللقيط في بيت المال لانه عاجز عن الكسب محتاج الى النفقة ومال بيت المال معد للصرف الى المحتاجين ○ وفي حديث آخر ان عليا رضي الله عنه قال ولاؤه وعقله للمسلمين وهو المذهب ان عقل جنايته على بيت مال المسلمين لانه لو مات وترك مالا كان ماله مصروفا الى بيت المال ميراثا للمسلمين فلذلك عقل جنايته ونفقته على بيت المال لان الغنم مقابل بالغرم وهو مروي عن عمر رضي الله عنه ايضا قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وذكر حديث الزهري عن سنين ابي جميلة قال وجدت منبوذا على بابي فاتيت به عمر بن الخطاب فقال عمر رضي الله عنه عسى الغوير ابؤسا هو حر ونفقته علينا ومعنى المنبوذ المطروح قال تعالى فنبذوه وراء ظهورهم وهو الاسم الحقيقي للموجود لانه مطروح وانما يسمى لقيطا باعتبار ماله وتفاؤلا لاستصلاح حاله فاما قول عمر رضي الله عنه عسى الغوير ابؤسا مثل معروف لما يكون باطنه بخلاف ظاهره واول من تكلم به الزباء الملكة حين رأت الصناديق فيها الرجال وقد اخبرت ان فيها الاموال فلما احست بذلك انشأت تقول

ما للجمال مشيها وئيدا ○ أجندلا يحملن ام حديدا ○ ام صرفانا باردا شديدا ○ ام الرجال جثما قعودا ○

ثم قالت عسى الغوير ابؤسا فصار كلامها مثلا وكان عمر رضي الله عنه ظن ان هذا الرجل جاء اليه بولده يزعم انه لقيط ليستوفي منه نفقته فلهذا ذكر هذا المثل وفي الحديث دليل ان الملتقط ينبغي له ان يأتي باللقيط الى الامام وينبغي للامام ان يعطي نفقته من بيت المال وانه يكون حرا كما قال عمر رضي الله عنه نفقته علينا وهو حر وان انفق عليه الملتقط فهو في نفقته متطوع لا يرجع بها اذا كبر لانه غير مجبور على ما صنع شرعا والمتطوع من يكون مختارا غير مجبر على ايجاد شيء شرعا ولو انفق على ولد له اب بغير اذن ابيه كان متطوعا في ذلك فكذلك اذا انفق على اللقيط وهذا لان بالالتقاط ثبت له من الحق بقدر ما ينتفع به اللقيط وهو الحفظ والتربية ولم يثبت له عليه ولاية الزام شيء في ذمته لان ذلك لا ينفعه ولانه ليس بينهما سبب مثبت للولاية ولهذا لا يرجع بالنفقة عليه ولان الغالب من احوال الناس انهم بمثل هذا يتبرعون وفي الرجوع لا يطمعون ومطلق الفعل محمول على ما هو المعتاد فان امره القاضي ان ينفق عليه على ان يكون ذلك دينا عليه فهو جائز وهو دين عليه لان القاضي نصب ناظرا ومعنى النظر فيما امر فانه اذا لم يكن في بيت المال مال وابى الملتقط ان يتبرع بالانفاق فتمام النظر في الامر بالانفاق عليه لانه لا يبقى بدون النفقة عادة وللقاضي عليه ولاية الالزام لانه ولي كل من عجز عن التصرف بنفسه فيثبت ولايته في الدين ومن وجه هذه الولاية فوق الولاية الثابتة بالابوة فلهذا اعتبر امره في التزام الدين عليه وقد قال بعض مشايخنا بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو امر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذلك اذا امر القاضي به والاصح ما ذكره في الكتاب ان يامره على ان يكون دينا عليه لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع فانما يزول هذا الاحتمال اذا اشترط ان يكون دينا له عليه فلهذا قيد الامر به فاذا ادعى بعد بلوغه انه انفق عليه كذا وصدقه اللقيط في ذلك رجع به عليه وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى المدعي البينة لانه يدعي لنفسه دينا في ذمته وهو ليس بامين في ذلك وانما يكون امينا فيما ينفي به الضمان عن نفسه فلهذا كان عليه اثبات ما يدعيه بالبينة وشهادة اللقيط بعد ما ادرك جائزة اذا كان عدلا لانه حر مسلم فيكون مقبول الشهادة في الامور كلها اذا ظهرت عدالته وكان مالك رحمه الله يقول لا تقبل شهادته في الزنا لانه في الناس متهم بانه ولد الزنا فيعير بذلك فربما يقصد بشهادته الحاق عار الزنا بغيره ليساويه بنفسه ولكن هذا ضعيف فان الزاني بعد ظهور توبته مقبول الشهادة في الزنا والسارق كذلك ثم تهمة الكذب كما تنتفي عنه في سائر الشهادات يترجح جانب الصدق بظهور عدالته فكذلك في الشهادة على الزنا وجنايته والجناية عليه وحدوده كغيره من الاحرار المسلمين لانه محكوم بحريته باعتبار الظاهر كما قررنا ○ رجل التقط لقيطا فادعى رجل انه ابنه صدق فيه استحسانا واثبت نسبه منه الا ان الذي التقطه لو ادعاه ثبت نسبه منه والقياس كالاستحسان في الفصلين اما الملتقط اذا ادعاه ففي القياس لا يصدق لانه مناقض في كلامه فقد زعم انه لقيط في يده وانه لا يكون لقيطا في يده ولانه يلزمه النسبة اليه اذا بلغ وليس عليه ولاية الالزام وفي الاستحسان هو يقر له بما يحتاج اليه اللقيط فانه محتاج الى النسب ليتشرف به ويندفع العار عنه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له عليه هذا المقدار ○ يوضحه انه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية ثم التناقض لا يمنع ثبوت النسب بالدعوة كالملاعن اذا اكذب نفسه وهذا لان سببه خفي فربما يشتبه عليه الامر في الابتداء فيظن انه لقيط ثم يتبين انه ولده وان ادعاه غير الملتقط ففي القياس لا يثبت نسبه منه وهذا قياس آخر سوى الاول لانه يقصد بهذه الدعوى ان يأخذه من الملتقط وحق الحفظ قد ثبت للملتقط على وجه ليس لغيره ان يأخذه منه فلا يقبل مجرد دعواه في ابطال الحق الثابت له وجه الاستحسان ان اللقيط محتاج الى النسب فهو في دعوة النسب يقر له بما ينفعه ويلتزم حقا له فكان دعواه كدعوى الملتقط نسبه ثم يترجح هو على الملتقط في الحفظ حكما لثبوت نسبه ومثل هذا يجوز ان يثبت حكما وان لم يتمكن من اثباته قصدا كما ان النسب والميراث يثبت بشهادة القابلة على الولادة حكما وان كان لا يثبتان بشهادتها قصدا ○ يوضحه انه اذا قصد اخذ اللقيط من يده فانما ينازعه في عين ما باشره الاول فيترجح الاول بالسبق واما اذا ادعى نسبه فما نازعه في شيء باشره الملتقط فتصح دعوته لمصادفتها محلها ولا منازع له في ذلك ومن ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من اجنبي واذا ابى الملتقط ان ينفق على اللقيط وسأل القاضي ان يقبله منه فللقاضي ان لا يصدقه في ذلك ما لم يقم البينة على انه لقيط لانه متهم فيما يقول فلعله ولده او بعض من يلزمه نفقته واختار هذه الحيلة ليسقط نفقته عن نفسه فلهذا لا يصدقه ما لم يقم البينة فاذا اقام البينة انه لقيط قبل منه البينة من غير خصم حاضر لانها تقوم لكشف الحال مسموعة من غير خصم او لانها غير ملزمة واشتراط حضور الخصم لمعنى الالزام ثم يتخير القاضي ان شاء قبضه منه وان شاء لم يقبض ولكن يوليه ما تولى فيقول له قد التزمت حفظه فانت وما التزمته وليس لك ان تلزمني ما التزمته والاولى ان يقبضه اذا علم بعجزه عن حفظه والانفاق عليه لان في تركه في يده تعريضه للهلاك ولان الاخذ الآن من باب النظر والقاضي منصوب لذلك فاذا اخذه ووضعه على يدي رجل كان امره بان ينفق عليه على ان يكون ذلك دينا على اللقيط ثم ان الذي التقطه سأل القاضي ان يرده عليه فهو بالخيار ان شاء رده عليه وان شاء لم يرده لانه اسقط ما كان له من حق الاختصاص بازالة يده فحاله بعد ذلك كحال غيره من الناس في طلبه ان يرده عليه ○ رجل التقط لقيطا فجاء رجل آخر فانتزعه منه فاختصما فيه فانه يدفع الى الاول لان يده سبقت اليه فكان هو احق بحفظه ثم الثاني بالاخذ فوت عليه يدا محقة فيؤمر باعادتها بالرد عليه وهذا لان الاول اخذ ما هو مندوب الى اخذه والثاني اخذ ما هو ممنوع من اخذه لحق الاول فلا يكون يده معارضة ليد الاول ولا ناسخة لها واذا كبر اللقيط فادعاه رجل فذلك الى اللقيط لانه في يد نفسه وله قول معتبر اذا كان يعبر عن نفسه فيعتبر تصديقه لاثبات النسب منه وهذا لان المدعي يقر له بالنسب من وجه ويدعي عليه وجوب النسبة اليه من وجه فلا يثبت حكم كلامه في حقه الا بتصديقه دعوى كان او اقرارا واذا صدقه ثبت النسب منه اذا كان مثله يولد لمثله فاذا كان مثله لا يولد لمثله لا يثبت النسب منه لان الحقيقة تكذبهما وجناية اللقيط على بيت المال لان ولاءه لبيت المال فان الولاء مطلوب لمعنى التناصر والتقوي به ومن ليس له مولى يتعين تناصره بالمسلمين وانما يتقوى بهم فاذا كان ولاؤه لهم كان موجب جنايته عليهم يؤدى من بيت المال لانه مالهم وميراثه لبيت المال دون الذي التقطه ورباه لان استحقاق الميراث يختص بسببه بالقرابة او ما في معناه من زوجية او ولاء وليس للملتقط شيء من ذلك ○ فان قيل هو بالالتقاط والتربية قد احياه فينبغي ان يثبت له عليه الولاء كما يثبت للمعتق بالاعتاق الذي هو احياء حكما قلنا هذا ليس في معنى ذلك لان الرقيق في صفة مالكية المال هالك فالمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقيط كان حيا حقيقة ومن اهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محييا له حقيقة ولا حكما فلا يثبت له عليه ولاء ما لم يعاقده عقد الولاء بالبلوغ واذا ثبت انه لا ميراث للملتقط منه كان ميراثه لبيت المال لانه مسلم ليس له وارث معين فيرثه جماعة المسلمين بوضع ماله في بيت مالهم وان والى رجلا بعدما ادرك جاز كما لو والى الملتقط لان ولاءه لبيت المال لم يتأكد بعد فله ان يوالي من شاء بخلاف ما اذا جنى جناية وعقله بيت المال فان هناك قد تأكد ولاؤه للمسلمين حين عقلوا جنايته فلا يملك ابطال ذلك بعقد الموالاة مع واحد كالذي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان يجني جناية ويعقله بيت المال ولا يجوز للملتقط على اللقيط ذكرا كان او انثى عقد نكاح ولا بيع ولا شراء لان نفوذ هذه التصرفات على الغير بحكم الولاية كما قال عليه السلام لا نكاح الا بولي ولا ولاية للملتقط على اللقيط انما له حق الحفظ والتربية ليكون منفعة محضة في حقه وبهذا السبب لا تثبت الولاية وان ادعى ان اللقيط عبده لم يصدق بعد ان يعرف انه لقيط لانه محكوم بحريته باعتبار الظاهر فلا يبطل ذلك بمجرد قوله ولان يده يد حفظ فلا يمكن ان يحول يده يد ملك بمجرد قوله من غير حجة ○ وهذا بخلاف ما اذا ادعى انه ابنه لان ذلك اقرار للقيط بما ينفعه وهذا دعوى عليه بما يضره وهو تبديل صفة المالكية ○

بالملوكيه ولو ان رجلا وجد لقيطا معه فوضعه القاضي على يدي رجل وقال انفق عليه منه فهو جائز لان ذلك المال للقيط فانه موجود
معه وكانت يده اسبق اليه من يد غيره وانما ينفق عليه من ماله ولان الظاهر ان واضعه وضع ذلك المال معه لينفق عليه منه والبناء على
الظاهر جائز ما لم يظهر خلافه وهو صدقه مصدقه في نفقة مثله لانه امين يخبر بما هو محتمل وينكر وجوب الضمان عليه فيقبل
قوله في ذلك كمن دفع الى غيره انسان مالا وامره بان ينفق على عياله يقبل قوله في نفقة مثلهم وما اشترى من طعام او كسوة
فهو جائز عليه لان القاضي لما امره بانفاق المال عليه فقد امره بان يشتري به ما يحتاج من الطعام والكسوه وللقاضي عليه من
الولايه فكذلك ما يملكه الملتقط بامر القاضي واذا مات اللقيط وترك ميراثا او لم يترك فادعى رجل انه ابنه لم يصدق
لان نسبه لا يثبت بعد الموت فان حكم النسب وجوب الانتساب والمقصود به الشرف وذلك لا يتحقق بعد الموت ولان
صحة الدعوى باعتبار انه اقرار له بما يحتاج اليه وهو بالموت قد استغنى عن النسب فبقي كلامه دعوى الميراث فلا يصدق الا
بحجة فانا ادرك اللقيط كافرا وقد وجد في مصر من امصار المسلمين حبس واجبر على الاسلام استحسانا كالمولود بين المسلمين
اذا بلغ مرتدا وفي القياس يقتل الا ان يسلم لانا كنا نحكم باسلامه فيقتل على الرده كما لو وصف الاسلام بنفسه بعد البلوغ
ثم ارتد ولكن في الاستحسان لا يقتل لان حقيقة الاسلام يكون بالاعتقاد بالقلب والاقرار باللسان وقد انعدم ذلك
منه فيصير ذلك شبهة في اسقاط القتل الذي هو نهايه في العقوبات في الدنيا وهذا لان ثبوت حكم الاسلام له بطريق
التبعية كان لتوفر المنفعة عليه وليس في القتل معنى توفر المنفعة وهو نظير ما يقول في الصبي العاقل اذا اسلم يحبس اسلامه
ثم اذا بلغ مرتدا حبس ويجبر على الاسلام ولا يقتل فان مات هذا اللقيط قبل ان يعقل صليت عليه سواء كان وجده مسلم او ذمي
لانه حكم باسلامه تبعا للمكان فيصلى عليه اذا مات كالصبي اذا سبي واخرج الى دار الاسلام وليس معه واحد من ابويه يصلى عليه
اذا مات قال ولو كان وجد في بيعة او كنيسة او قرية ليس فيها الا مشرك لم يجبر على الاسلام اذا بلغ كافرا وان مات قبل ان يعقل
لم يصل عليه لان الظاهر انه من اولاد تلك القرية وهم كفار كلهم وهذه المسألة على اربعة اوجه في الحاصل احدها ان يجده
مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما بالكفر لا يصلى عليه لدبا لاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر
كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان
يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبره للمكان في الفصلين جميعا
وفي رواية ابن سماعه عن محمد قال العبرة للواجد في الفصلين جميعا وهكذا ذكر في بعض النسخ من كتاب الدعوى ففي
بعض النسخ قال ايهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك وفي بعض النسخ قال يحكم زيه وعلامته وجه رواية هذا الكتاب ان هذا
المكان اسبق اليه من يد الواجد وعند التعارض يترجح السابق والظاهر يدل عليه فان المسلمين لا يضعون اولادهم في
البيعة عادة فيبنى على الظاهر ما لم يعلم خلافه وجه رواية ابن سماعه ان يد الواجد اقوى لانه احراز له والمباح
بالاحراز يظهر حكمه وانما يعتبر تبعية المكان عند عدم يد معتبرة الا ترى ان من سبي ومعه احد ابويه لا يحكم له بالاسلام
باعتبار الدار فلذلك هنا مع يد الواجد لا معتبر بالمكان فكان المعتبر حال الواجد ووجه الرواية الاخرى ان
اعتبار احدهما يوجب الاسلام واعتبار الاخر يوجب الكفر فيترجح الموجب للاسلام كما في المولود بين كافر ومسلم ووجه
الرواية التي يعتبر فيها الزي فقال عند الاشتباه اعتبار الزي والعلامة للفصل وكذلك المسلمون اذا فتحوا القسطنطينيه
فوجدوا شيخا عليه سيما المسلمين يعلم صبيانا حوله القران ويزعم انه مسلم فانه يجب الاخذ بقوله ولا يجوز استرقاقه
لاعتبار الزي والعلامة والاصل فيه قوله تعالى تعرفهم بسيماهم فهذا اللقيط اذا كان عليه زي المسلمين يحكم باسلامه
ايضا واذا كان عليه زي الكفار بان كان في عنقه صليب او عليه ثوب ديباج او يحرز وسط الراس فالزي يسبق الى
وهم كل احد انه من اولاد الكفار فيحكم بكفره وان وجده مسلم في قرية فيها مسلمون وكفار صليت عليه اذا مات
استحسانا وعلى هذه الروايه يعتبر المكان وجه القياس انه لما تعارض الدليلان وتساويا لا يصلى عليه
كموتى الكفار والمسلمين اذا اختلطوا واستووا لم يصل عليهم على ما بيناه في الحرى ووجه الاستحسان ان الادلة لما تعارضت
في حق المكان يترجح الاسلام باعتبار الواجد لانه مسلم او باعتبار علو حال الاسلام فلهذا يصلى عليه اذا مات واذا وجد
اللقيط على دابة فالدابة له لسبق يده اليه فان المركوب يتبع الراكب وهو كالمال يوجد معه وقد بينا ان ذلك له باعتبار
الظاهر ان من وضع معه المال فانما وضعه لينفق عليه منه فكذلك من حمله على الدابة فانما حمله عليها لينفق عليه ما لتلك

الدابة واذا وجد اللقيط بالكوفة فادعاه رجل من اهل الذمة انه ابنه فانه لا يصدق في القياس لانه حكم له بالحرية
والاسلام فلو جعل ابن الكافر بدعوته لكان تبعا له في الدين وذلك ممتنع بعد ما حكم باسلامه ولان تنفيذ قوله عليه
في دعوة النسب نوع ولايه عليه ولا ولاية للكافر على المسلم ولكنا نستحسن ان يكون ابنه ويكون مسلما لانه محتاج الى النسب
بعد ما حكم باسلامه فمن ادعى نسبه وان كان ذميا فهو مقر له بما ينفعه فيكون اقراره صحيحا ويوجب كلامه شيان احدهما
ثبوت نسبه منه وذلك ينفعه والاخر كفره وذلك يضره وليس من ضروره امتناع قبول قوله في احد الحكمين امتناعه
في الاخر لان النسب ينفصل عن الدين الا ترى ان ولد الكافر من امراة مسلمة يكون ثابت النسب من الكافر ويكون مسلما
فهذا مثله فان ادعى مسلم ان اللقيط عبده قضي له به لانه اثبت دعواه بالحجة وثبوت حريته باعتبار الظاهر والظاهر
لا يعارض البينه فان قيل كيف يقبل هذه البينه ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولي له فلا يكون خصما عنه فيما
يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه منه ويزعم انه احق بحفظه لانه لقيط فلا يتوصل الى استحقاق
يده عليه الا باقامة البينه على رقه فلهذا كان خصما عنه وان اقام الذمي البينه من اهل الذمه انه ابنه لم يجز شهادتهم
على المسلمين قيل مراده انه اقام البينه من اهل الذمة في معارضة بينة المسلم التي اقامها على رقه ولا يجعل المعارضه بهذا
لان شهادة اهل الذمه لا يكون حجة على الخصم المسلم والاصح ان مراده اذا ادعى الذمي ابتداء انه ابنه واقام البينة من اهل
الذمة فان النسب قد ثبت منه بالدعوة ولكنه محكوم له بالاسلام فلا يبطل ذلك بهذه البينه ولا يحكم بكفره لان هذه الشهادة
في حكم الدين انما يقوم على المسلم وشهادة اهل الذمة بالكفر على المسلم لا يقبل وان كان شهوده مسلمين قضيت له به لانه اثبت
نسبه منه بما هو حجة على المسلم فيصير تبعا له في الدين ولا يأخذ الملتقط بما انفق عليه لانه كان متطوعا فيما فعل واذا وجد
اللقيط مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند احدهما قضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم احق بحفظه ولان المسلم يعلمه
احكام الاسلام والكافر يعلمه احكام الكفر اذا كان عنده وكونه عند المسلم انفع له حتى يتخلق باخلاق المسلمين واللقيط يعرف
بما هو انفع له وان ادعت امراة اللقيط انه ابنها لم يصدق الا بشهود بخلاف ما اذا ادعاه رجل لان النسب يثبت باعتبار
الفراش فانما يثبت من صاحب الفراش اولا وهو الرجل فالمراة بالدعوة تحمل النسب على غيرها وهو صاحب الفراش حتى اذا
ثبت منها منه يثبت منها وقولها ليس بحجة على الغير والرجل يدعي النسب لنفسه ابتداء ويعربه على نفسه توضيح الفرق ان سبب
ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره وهو الوطء فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المراة الولادة وذلك
يقف عليه غيرها وهو القابله فلم يكن مجرد قولها فيه حجة فان اقامت رجلا وامراتين على الولادة يثبت النسب منها لان
النسب مما يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة الرجال مع النساء وان ادعته امراتان واقامت كل واحدة امراة انه ابنها فهو
ابنهما جميعا في قول ابي حنيفه وهذا في رواية ابي حفص واما في رواية ابي سليمان فلا يكون ابن واحدة منهما وجه رواية
ابي حفص ان شهادة المراة الواحدة تامة في اثبات الولاده لانه لا يطلع عليها الرجال فكان اقامة كل واحدة منهما امراة
واحدة بمنزلة اقامتها رجلين او رجلا وامراتين ووجه رواية ابي سليمان ان شهادة المراة الواحدة حجة ضعيفه
لان شهادة المراة الواحدة حجة ضعيفه عند المعارضه والمزاحمة الا ترى انه لو اقامت احداهما رجلين والاخرى امراة
واحدة لم يكن شهادة المراة حجة الواحدة في معارضة شهادة رجلين فلا يثبت النسب من واحدة منهما الا ان يقيم كل واحدة
البينه رجلين او رجل وامراتين فحينئذ يثبت النسب منهما في قول ابي حنيفه وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يثبت من واحدة منهما
وقد بينا هذه المسأله فيما امليناه من شرح كتاب الدعوى مع اختها وهو ان يدعي رجلان او اكثر من ذلك من اختلاف الروايات
فان اقامت احداهما رجلين والاخرى امراتين جعلته ابن التي شهد لها رجلان لان شهادة الرجلين حجة قوية وشهادة
المراتين حجة ضعيفه والضعيف ساقط الاعتبار في مقابلة القوي واذا وجد العبد والمكاتب او الذمي او الحربي لقيطا
في مصر من امصار المسلمين فهو حر لانه لما علم انه لقيط فقد حكم بحريته باعتبار الدار والاصل فلا ينبغي لنا الحكم بصفة الملتقط
بعد ذلك واذا وجد اللقيط قتيلا في مكان غير ملك الملتقط فالقسامة والدية على اهل ذلك المكان وثلث المحلة لبيت المال
لانه حر محترم فانه لما حكم باسلامه وحريته كانت لنفسه من الحرمة والتقوم ما لساير نفوس الاحرار ووجوب الديه والقسامة
لصيانة النفوس المحترمة عن الاهدار كما قال عليه السلام لا يترك في الاسلام مفرج الى مهدر الدم بدل نفسه ميراث عنه وقد
بينا ان ميراثه لبيت المال واذا وجد العبد لقيطا فلم يعرف ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عندي فالقول قول المولى

اذا كان العبد محجورا لانه ليست له يد معتبرة في كسبه فان الاذن في التجارة فك الحجر واطلاق اليد في الكسب ومن له يد معتبرة في
شي فقوله مقبول فيه ونوضح الفرق ان العبد بقوله هذا لقيط في يدي يخبر بسقوط مولاه حق مولاه عنه لانه حر والمحجور لا قول له فيما
يرجع الى اسقاط حق المولى عنه الا ترى انه لو اقر على نفسه بالدين لا يسقط به حق مولاه عما في يده بخلاف الماذون فقوله فيما في يده
مقبول في اسقاط حق المولى عن اكسابه كما لو اقر بدين على نفسه واذا وجد الرجل لقيطا فاقر بذلك ثم قتله هو او غيره خطا فالدية
على عاقلته لبيت المال لقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله واللقيط حر مومن فتجب على
قاتله الدية على عاقلته اذا كان خطا الملتقط وغيره في ذلك سوا وان قتله عمدا فان شاء الامام قتله به وان شاء صالحه
على الدية في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله والحربي اذا اسلم وخرج الى دارنا ثم قتله انسان
عمدا فعلى قاتله القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وفيه روايتان عن ابي يوسف وجه قول ابي يوسف انا نعلم
ان للقيط وليا في دار الاسلام من عصبة او غير ذلك وان بعد الا انا لا نعرفه بعينه وحق استيفاء القصاص يكون الى الولي كما
قال الله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا فيصير ذلك شبهة مانعة للامام من استيفاء القصاص واذا تعذر استيفاء القصاص
بشبهة وجبت الدية في مال القاتل لانها وجبت بعمد محض وعلى هذا الطريق يقول في الذي اسلم من اهل الحرب يجب القصاص
لانا نعلم انه لا ولي له في دار الاسلام والطريق الاخر ان القصاص عقوبة مشروعة لتشفي الغيظ ودرك الثار وهذا المقصود
يحصل للاوليا ولا يحصل للمسلمين والامام نايب عن المسلمين في استيفاء ما هو حق لهم وحقهم فيما ينفعهم وهو الدية لانه مال
مصروف الى مصالحهم فلهذا اوجبنا الدية دون القصاص وعلى هذا الطريق الذي اسلم من اهل الحرب واللقيط سوا وجه ابي
حنيفة ومحمد العمومات الموجبة للقود كقوله كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولان من لا يعرف
له ولي فالامام وليه كما قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له واذا ثبت ان السلطان هو الولي يمكن من استيفاء القصاص
لقوله فقد جعلنا لوليه سلطانا والمراد سلطان استيفاء القود الا ترى انه عقبه بالنهي عن الاسراف في القتل بقوله فلا
يسرف في القتل وهذا يتضح في الذي اسلم وكذلك في اللقيط لان ما لا يوقف عليه في حكم المعدوم ولان وليه لما كان عاجزا عن
الاستيفا ناب الامام منابه في ذلك وليس هنا شبهة عفو لان ذلك الولي غير معلوم حتى يتوهم العفو منه وحديث الهرمزان
حجة لهما ايضا فان عبيد الله بن عمر رضي الله عنه لما قتله بتهمة دم ابيه واستقر الامر على عثمان طلب منه علي رضي الله عنه ان يقتص
منه فقال عثمان رضي الله عنه هذا رجل قتل ابوه بالامس فانا استحي ان اقتله اليوم وان الهرمزان رجل من اهل الارض وانا
وليه اعفو عنه واودي الديه فقد اتفقا على وجوب القصاص ثم القصاص مشروع لحكمة الحياة كما قال تعالى ولكم في القصاص
حيوة الاية وذلك بطريق الزجر حتى اذا تفكر في نفسه انه من قتل غيره قتل به انزجر عن قتله فيكون حياة لهما جميعا ولهذا قيل
القتل انفى للقتل وهذا المعنى متحقق في اللقيط والذي اسلم تحققه في غيرهما فكان للامام ان يستوفي القصاص ان شاء وان شاء
صالح على الدية لانه مجتهد وله ان يميل باجتهاده الى المطالبة بالديه ولانه ناظر للمسلمين فربما يكون استيفاء الدية انفع للمسلمين
وليس له ان يعفوا بغير مال لانه نصب لاستيفاء حق المسلمين لا لابطاله ويحد قاذف اللقيط في نفسه ولا يحد قاذفه في امه لانه
محصن فانه عفيف عن الزنا اولا ولا معتبر بالنسب في احصان القذف فيحد قاذفه في نفسه فاما امه ليست بمحصنة بل هي في صورة
الزانيات لان لها ولدا لا يعرف له والد فلهذا لا يحد قاذفه في امه وفي حد القذف والقصاص اللقيط كغيره من الاحرار لانه
محكوم بحريته تغليب الحد الكامل اذا ارتكب السبب الموجب له فان اقر بعدما ادرك انه عبد لفلان او ادعاه فلان ان كان عبدا له لا
غير متهم فيما يقر به على نفسه وليس في قبول اقراره ابطال حق ثابت لاحد فيه وليس له نسب معروف فكان ما اقر به من الرق
محتملا ولكن هذا اذا لم يتاكد حريته بقضاء القاضي عليه بما لا يقضى به الا على الحر كالحد الكامل والقصاص في الطرف فاما اذا
اتصلت حريته بقضاء القاضي بذلك لم يقبل اقراره بالرق بعد ذلك لانه يبطل حكم الحاكم باقراره وقوله ليس بحجة في ابطال
الحكم ولانه مكذب في هذا الاقرار شرعا ولو كذبه المقر له كان حرا فاذا كذبه الشرع اولى ومتى ثبت الرق باقراره فاحكامه
بعد ذلك في الجنايات والحد وما كاحكام العبد لانه صار محكوما عليه بالرق فان كان اللقيط امراة فاقرت بالرق لرجل
وامعن لذلك الرجل كانت امة له لتصادقهما على ما هو محتمل ولا حق لغيرهما في ذلك الا انها كانت تحت زوج لا تصدق في ابطال النكاح
لان ذلك حق الزوج وليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء الحكم بالنكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء وبقاء بخلاف ما اذا
اقرت بانها ابنة ابي زوجها وصدقها الاب في ذلك فانه يثبت النسب ويبطل النكاح لتحقق المنافي لان الاختية منافي النكاح ابتداء

بقا ولو اعتقها المقر له لم يكن لها خيار ايضا لان اقرارها بالرق في حق الزوج لم يكن صحيحا ولانه يتمكن تهمة المواضعة
بينها وبين المقر له في ان يقر له بالرق ثم يعتقها فتختار نفسها لتخلص من الزوج فلهذا لا يصدق في حقه والاصل ان في كل حكم
لحق الزوج فيه ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه فانها لا تصدق في ذلك الحكم وفي كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه يكون
مصدقة في حقه حتى اذا طلقها واحدة فاقرت بالرق صار طلاقها ثنتين لانه تمكن من دفع الضرر عن نفسه بمراجعتها
واستيفاء حكم الطلقة الثانية ولو كان طلقها ثنتين ثم اقرت بالرق فانه يملك رجعتها لانا لو جعلنا طلاقها ثنتين
باقرارها لحق الزوج ضررا لا يمكنه دفع ذلك عن نفسه فلا يصدق فيها في ذلك وكذا حكم العدة وان اقرت بالرق بعد مضي
حيضتين فله ان يراجعها في الحيضة الثالثة فان اقرت بالرق بعد مضي حيضة فعدتها حيضتان لما قلنا ولو قذفها
زوجها لم يكن عليه حد ولا لعان لان الرق ثبت في حقها باقرارها والمملوكة لا تكون محصنة فلا يجب بقذفها حد ولا لعان
ولو كانت دبرت عبدا او امة ثم اقرت بالرق لم يصدق على ابطاله لان المدبر استحق حق العتق بالتدبير ولو استحق
حقيقة العتق بان اعتقه لم يصدق على ابطاله لكونها متهمة في حقه فكذلك في التدبير فاذا ماتت عتق من ثلثها وسعى في
ثلثي قيمتها لمولاها لان السعاية حقها وقد زعمت ان كسبها لمولاها واقرارها في حق نفسها صحيح ولو ان مولاها اعتقها كان
المدبر على حاله غير ان خدمته للمولى وسعايته بعد موتها له لانها اقرت بذلك له واقرارها بذلك صحيح لانه خالص
حقها ثم باعتاق المولى اياها لا يسقط حقه عن كسبها الذي كان قبل العتق فلهذا كان خدمة مدبرها وسعايته بعد موتها
لمولاها ❊ واذا ادرك اللقيط فتزوج امراة ثم اقر انه عبد لفلان ولامراته عليه صداق فصداقها لازم له ولا يصدق
على ابطاله لان ذلك دين ظهر وجوبه عليه بصحة سببه فكان هو متهما في اقراره فيما يرجع الى ابطاله وكذلك ان استدان
دينا او بايع انسانا او كفل بكفالة او وهب هبة او تصدق بصدقة وسلمها او كاتب عبدا او دبره او اعتقه ثم اقر بانه
عبد لفلان لا يصدق على ابطال شي من ذلك لانه متهم في ذلك ولان ثبوت الحكم بحسب الحجة وقوله ليس بحجة على احد
من هولا فيما يرجع الى ابطال حقهم فوجود اقراره في ذلك وعدمه سوا

كتاب اللقطة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة ابو بكر محمد بن سهل السرخسي رحمه الله اختلف الناس فيمن وجد لقطة
فالمتقشفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ المال بغير اذن صاحبه لا يحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من
ايمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والترك افضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا
تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يامن على نفسه ان يطمع فيها بعدما يرفعها فكان في رفعها معرضا
نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقها ان رفعها افضل من تركها لانه لو تركها لم يامن ان يصل
اليها يد خاينة فيكتمها عن مالكها واذا اخذها عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الامانة في رفعها لانه يحفظها
ويعرفها والتزام ادا الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على ادا ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الامر قال الله تعالى
ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها وامتثال الامر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان احدهما ما يعلم ان مالكه
لا يطلبه كقشور الرمان والنوى ❊ والثاني ما يعلم ان مالكه يطلبه فالنوع الاول له ان ياخذه وينتفع به الا ان صاحبه اذا
وجده في يده بعدما جمعه كان له ان ياخذه منه لان القاه ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواجد ولم يكن تمليكا
من غيره فان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له ان ينتفع به مع بقاء ملك المبيح فاذا وجده
في يده فقد وجد عين ملكه وقال عليه السلام من وجد عين ماله فهو احق به وان وجد ذلك مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان
الظاهر ان المالك ما القاه بعدما جمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن ابي يوسف ان من
القى شاة ميتة له فجا اخر وجز صوفها كان له ان ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما القاه ولو وجد صاحب الشاة في يده كان
له ان ياخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها ان ياخذ الجلد منه بعدما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل
بالالقاء والصوف مال متقوم من غير ان يصنع به شي احد فله ان ياخذه مجانا فاما الجلد لا يصير مالا متقوما الا بالدباغ فاذا
اراد ان ياخذه كان عليه ان يعطيه ما زاد الدباغ فيه فاما النوع الثاني وهو ما يعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه ان يحفظه

ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبهذا الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال في اللقطة يعرفها فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء
صاحبها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا على سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان ابا حنيفة رحمه الله كان
لا يرى تقليدا لتابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتي به يعتمد قول ابن مسعود رضي
الله عنهما فان فقه اهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم اعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمنقول عنهما فلهذا احتج بالكتب
من اقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له ان يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بلازم في كل شيء
وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها
حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف لابلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن
فالقليل الى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبلغ حولا كاملا فقد اعتذر وفيما دون العشرة
الى ثلثة يعرفها شهرا وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفيما دون الدرهم يعرف يوما وفي فلس او نحوه ينظر يمنة او يسرة ثم
يضعه في كف فقير وشيء من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكنا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب
اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبنى على غالب رأيه ويعرف القليل الى ان يغلب على رأيه ان صاحبه لا يطلبه
بعد ذلك فاذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها على مالكها وذلك بايصال عينها اليه ان وجده
والا فبايصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه
وذلك سبب موجب الضمان عليه وان شاء انفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فان قيل كيف يضمنه
وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا الشرع اباح له التصدق بها وما الزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للحق
محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه تقيد بشرط السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم
فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله ان يضمن ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن اصابته المخمصة في تناول مال
الغير وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى جارية بسبعمائة درهم
او بثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضي الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول اللهم
فان ابى فلنا وعلينا الثمن ثم قال هكذا تصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان ان الملتقط له ان يتصدق بها بعد التعريف
على ان يكون ثوابها لصاحبها ان اجاز وان ابى فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود رضي الله عنه من هذا ان حكم الثمن اذا
عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فاما عين اللقطة فمملوكة
لصاحبها والملتقط امين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة فلا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لانه صح من مذهبه ان
النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن
عن نفسه بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة وايصال ثوابها الى صاحبها ان رضي بصنعه والا فالثمن دين عليه كما كان وعن ابي
سعيد مولى ابي اسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وانا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها
فعملت بها حتى اديت مكاتبتي ثم اتيته فاخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام ولاية الاقراض في
اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضي الله عنه اعمل بها وعرفها اما ان يكون بطريق المضاربة او الاقراض وقد علمنا انه لم يرد
المضاربة حتى لم يبين نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض الهلاك فيهلك من
صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير دينا في ذمة المستقرض يؤمن فيه التوى بالهلاك وكذلك بالجحود لانه متاء كد بعلم القاضي
ولهذا كان للقاضي ولاية الاقراض في اموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة او الى غيره فذلك كله الى القاضي لانه
نصب ناظرا وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجا فله ان ينتفع باللقطة بعد التعريف لان هذا كان محتاجا الى العمل فيها ليؤدي
مكاتبته من ربحها فاذن له عمر رضي الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام ان يعرض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة في ذلك لانه
امره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه انما امره بذلك لانه كان سبيلها التصدق بها بعد التعريف فامره بدفعها الى من هو في
بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة وذكر في الاصل عن سويد بن غفلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان
واناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدنا سوطا فاختصم القوم وكرهوا ان يأخذوه وكنت احوجهم اليه فاخذته فسألت
ذلك ابي بن كعب فحدثني المائة الدينار التي وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فاخبرت النبي عليه

السلام بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها احد فاخبرته فقال عرفها سنة اخرى فعرفتها فلم يعرفها احد فاخبرته فقال عرفها سنة
فعرفتها فلم يعرفها احد فاخبرته فقال عرفها سنة اخرى ثم اخبرته به فقال عرفها سنة اخرى ثم قال بعد ثلث سنين اعرف عددها ووكاءها
واخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقها الله اليك اما قوله وجدنا سوطا يحتمل ان يكون ذلك
مما يكنس من البياط ويعلم ان صاحبه القاه فتركهم القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه واخذه سويد لينتفع به فانه كان محتاجا اليه
فذلك يدل على ان ما القاه صاحبه يباح اخذه للانتفاع به لمن شاء ويحتمل ان هذا كان سوطا مقوما لم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون
بمنزلة اللقطة وفي قوله فاختصم القوم حجة لمن يقول ترك اللقط اولى من رفعها ولكنا نقول هذا كان في ذلك الوقت لان الغلبة كانت لاهل
الخير والصلاح فاذا تركه واحد يتركه الاخر ايضا او يأخذه ليؤدي الامانة فاما في زماننا قد غلب اهل الشر فاذا ترك الامين اخذه الخائن
فيكتم من صاحبه والحكم يختلف باختلاف احوال الناس الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق
رضي الله عنه ثم منعن من ذلك في زمن عمر رضي الله عنه وكان صوابا وفي الحديث الذي رواه ابي بن كعب دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في
التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها الا ترى ان المائة الدينار لما كان لها خطر عظيم كيف امره رسول الله صلى الله عليه وسلم
بان يعرفها ثلث سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي في ان للملتقط ان ينتفع باللقطة بعد التعريف وان كان غنيا فان رسول الله صلى
الله عليه وسلم جوز ذلك لابي وهو كان غنيا وقد دل عليه غناه قوله اخلطها بمالك ولكنا نقول يحتمل انه علم فقره وحاجته لديون عليه
فاذن له في الانتفاع بها وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال لحربي لا امان له وقد سبقت يده اليه فحله احتوته لهذا واليه اشار عليه
السلام فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف عددها ووكاءها احتياطا حتى اذا جاء طالب لها محترم يمكن من
الخروج مما عليه بدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن صالح قال وجد لقطة ايام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر فقال عرفها في الموسم فان
جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الاجر وبين الثمن يعني القيمة فان اختار الثمن فادفعه اليه وان اختار الاجر فله الاجر وفي
هذا دليل على انه ينبغي للملتقط ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا امره بالتعريف في الموسم وهذا لان
المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف في مجمع الناس في الموضع الذي اصابها حتى تحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها
وذكر عن ابي اسحق عن رجل قال وجدت لقطة حين اتى علي بن ابي طالب رضي الله عنه الناس الى صفين فعرفتها تعريفا ضعيفا حتى قدمت
على علي بن ابي طالب فاخبرته بذلك فضرب بيده على صدري فان وجدت صاحبها فادفعها اليه والا تصدق بها فان جاء صاحبها تخير
فان شاء اختار الاجر وان شاء ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفا ضعيفا اي عرفتها سرا وما اظهرت تعريفها في مجمع الناس فكأنه طمع
ان يبقى له وعرف ذلك منه علي رضي الله عنه حين ضرب على صدره وقال ما قال انك سليم تطمع في مال الغير وهذا من عادة علي رضي الله عنه
وقد كان به دعابة كما قال عمر رضي الله عنه حين ذكر علي للخلافة اما انه ان ولي هذا الامر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعابة به وفيه دليل
ان التعريف سرا لا يكفي بل ينبغي للملتقط ان يظهر التعريف كما امر علي رضي الله عنه الرجل به وانه ينبغي ان يعرفها في الموضع الذي وجدها
لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكي ان بعض العلماء وجد لقطة وكان محتاجا اليها فقال في نفسه لا بد من تعريفها
ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بير فدلى رأسه في البير وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتم
ينشد ذلك فدلوه علي وتحت البير رجل يرقع شمله وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى اخذه منه ليعلم ان المقصود لا يتحاله
فلا ينبغي ان يترك ما التزمه سرا وهو اظهار التعريف وبعد اظهار التعريف ان جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف
وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء امسكها حتى يجيء صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها لان الحفظ هو
العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيتخير بين التمسك بالعزيمة او الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها
فهو بالخيار ان شاء اجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان تخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد
منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتمليك ماله من غيره بغير اذنه والمسكين بقبضه لنفسه على طريق التملك وايهما ضمنه لم يرجع
على الاخر بشيء اما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره واما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه
تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشيء وان كان الملتقط محتاجا فله ان يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف
لانه انما يتمكن من التصدق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج وايصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه
اذا كان محتاجا فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فاما اذا كان غنيا فليس له ان يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك
على ان يكون ذلك دينا عليه اذا جاء صاحبها لحديث ابي بن كعب كما رويناه ولما روي عن علي رضي الله عنه انه وجد دينارا فاشترى بها طعاما

التعريف فاكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضى الله عنهم ولو كان سبيله التصدق ولم يكن
للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما اكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان الملتقط ان يصرفها الى نفسه انما كان
محتاجا بسبب الالتقاط وما يثبت له بسبب الالتقاط يستوى فيه ان يكون غنيا او فقيرا كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره ولهذا
لان فى الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها اظهر لانه يتوصل الى منفعتها بيده ليكون دينا عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة
كل واحد فى هذا اظهر وحجتنا فى ذلك ما روينا من الاثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولان المقصود ايصال ثوابها
الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسها اذا كان غنيا بل يتبين به انه فى الاخذ كان عاملا لنفسه ولا يحل له شرعا اخذ
اللقطة لنفسه فكما يلزمه ان يتحرز عن هذه النية فى الابتداء فكذلك فى الانتهاء يلزمه التحرز عن اظهار هذا وقد بينا تاويل حديث ابى
فاما حديث على فقد قيل ما وجده لم يكن لقطة وانما القاه ملك ليأخذه على رضى الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاما اياما وعرف
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحى فلهذا تناولوا منه على ان الصدقة الواجبة كانت لا تحل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة
فلهذا استجاز على رضى الله عنه الشرا بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهى دراهم او دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها
ووكاءها فاصاب ذلك كله فان شاء الذى فى يده دفعها اليه وان شاء ابى حتى يقيم البينة عندنا وقال مالك يجبر على دفعها لانه
لما اصاب العلامات فالوهم الذى يسبق الى وهم كل احد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصا عند عدم المنازع كما يثبت
الاستحقاق لذى اليد باعتبار الظاهر والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر على صاحبها اقامة البينة فانه
ما استشهد احدا عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقط منه فسقط اشتراط اقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما
تقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكنا نقول اصابة العلامة محتمل فى نفسه فقد يكون ذلك جزافا
وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط
امين ويصير بالدفع الى غير المالك ضامنا فيكون له ان يتحرز من اكتساب سبب الضمان بان يدفع اليه حتى يقيم البينة فيثبت
استحقاقه بحجة حكمية وله ان يتوسع فيدفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه اخذ منه بها كفيلا نظرا منه لنفسه فلعله يأتى مستحقها
فيضمنها اياه ولا يتمكن من الرجوع على الاخذ منه لانه يخفى شخصه فيحتاط فيها باخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم اقام آخر
البينة انها له فيضمن الملتقط اما بعد التصديق يؤمر بالدفع اليه لان الاقرار حجة فى حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الاخر لان
البينة حجة متعدية الى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذى اقام البينة وتبين ان الملتقط دفع ملكه الى غيره بغير امره فله الخيار ان
شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه
باصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتمادا على الظاهر ولا يقال له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذبا فى اقراره يسقط اعتبار
اقراره كالمشترى اذا اقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة فى وكيل المودع اذا جاء الى
المودع وقال انا وكيله فى استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه الا فى رواية عن ابى يوسف بخلاف وكيل صاحب الدين
لان المديون انما يقضى الدين بملك نفسه واقراره فى ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا فى اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها
اليه وصدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك للغير الذى حضر ظاهر فى الوديعة وهنا ليس فى اللقطة ملك ظاهر لغير الذى حضر
فينبغى ان يكون اقرار الملتقط ملزما اياه الدفع اليه ثم فى الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك فى يده ثم حضر المودع
وانكر الوكالة وضمن المودع فليس له ان يرجع على الوكيل بشئ وهنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك فى زعم المودع ان
الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا فى زعمه
ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا توضيحه ان هناك
المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة الى البينة وانما يقضى القاضى على المودع بالضمان باعتبار الاصل وهو
عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذبا فى زعمه حكما وهنا انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذبا فى زعمه حكما وهنا
انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذبا فى زعمه حكما فان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا اتى عليه يوم او يومان عرفها
حتى اذا خاف ان يفسد تصدق بها لان المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فتتقيد مدة التعريف بالوقت الذى لا يفسد فيه
لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبها فى ايصالها اليه وقد بينا ان التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير الى
ذلك اذا خاف ان يفسد العين واذا وجد شاة او بعيرا او بقرة او حمارا فحبسه وعرفه وانفق عليه ثم جاء صاحبها واقام البينة انه

لم يرجع عليه بما انفق لانه متبرع فى الانفاق على ملك الغير بغير امره الا ان يكون انفق بغير امر القاضى فامر القاضى بمنزلة امر صاحبها
لما للقاضى على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والامر بالانفاق من النظر فانه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة
فان رفعها الى القاضى فاقام البينة انه التقطها امره بان ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البينة والامر بالانفاق
بعدها فى اللقيط ثم انما يامر بالانفاق نظرا منه لصاحبها فلا يامر الا فى مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين او ثلثة لانه لو امر بالانفاق
مدة طويلة ربما ياتى ذلك على قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فاما فى المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل
فان لم يجئ صاحبها باع الشاة ونحوها لان فى البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تعذر حفظ العين
عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع واما الغلام والدابة فيواجر وينفق عليه من اجره لان بهذا الطريق يتوصل الى حفظ
عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضى المدة فاجارته والانفاق عليه محض نظر له فاذا باعها اعطاه القاضى من ذلك الثمن ما انفق عليه
بامره فى اليومين او الثلثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضى فيقضى دينه بماله لان
صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذ فكذلك القاضى يعينه على ذلك وان لم يبعها حتى جاء صاحبها واقام البينة انها له
قضى له بها القاضى وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا ادفعها اليك حتى تعطينى النفقة كان له ذلك لان ملكه فى الدابة
حى وبقى بتلك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيحبسها كما يحبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر فى الكتاب
ان الملتقط اذا لم يقم البينة هل يامر القاضى بالانفاق ام لا والصحيح انه ينبغى للقاضى ان يقول له ان كنت صادقا فقد امرتك بالانفاق
عليه لان فى هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على احد فانه ان كان غاصبا للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على
مالكها لان الامر لما قيد بكونه صادقا فيه واذا التقط الرجل لقطة او وجد دابة ضالة او امة او عبدا او صبيا حرا ضالا لم يرده
على اهله لم يكن فى شئ من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه فى الرد ووجوب الجعل لرد الآبق حكم ثبت نصا بخلاف القياس بقول الصحابة
فلا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه والضال ليس فى معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعد من المولى حتى يغيبه والضال لا يزال يقرب
حتى يجده فلهذا اخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئا فهو حسن لانه محسن اليه فى احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان
الا الاحسان ولانه منعم عليه وقال عليه السلام من اتى اليه نعمة فليشكرها وذلك بالتعويض وادنى درجات الامر الندب واذا
وجد الرجل بعيرا ضالا لا اخذه لعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك تركه اولى للحديث المشهور ان النبى عليه السلام سئل عن ضالة
الغنم فقال هى لك او لاخيك او للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه فقال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها
ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها وتاويله عندنا انه كان فى الابتداء فان الغلبة فى ذلك الوقت كان لاهل الصلاح والخير لا يصل اليها
يد خائنة اذا تركها واجدها فاما فى زماننا لا يأمن واجدها وصول يد خائنة اليها ففى اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها
فهو اولى من تضييعها كما قررنا فى سائر اللقطات واذا باع اللقطة بامر القاضى لم يكن لصاحبها اذا حضر الا الثمن كما لو باعها
القاضى بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير امر القاضى فالبيع باطل لانه
من لا ولاية له على الملك بغير امر معتبر شرعا ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة فى يد المشترى تخير بين ان يجيز البيع وياخذ الثمن وبين
ان يبطل البيع وياخذ العين عين ماله لان البيع كان موقوفا على اجازته كما لو كان حاضرا حين باعه بغير امره فان كان قد هلكت
اللقطة فى يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير اذنه وان شاء ضمن المشترى
بقبضه ملكه لنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على
القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خبيث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقا عليه كيف ينفذ البيع من جهته
باداء الضمان قلنا كذلك بل كما رفعه ليبيعه بغير امر القاضى صار ضامنا بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من
جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضامنا فيستند ملكه الى تلك الحالة وان ضمن المشترى قيمتها رجع بالثمن على
البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له ان يجيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجارة فى حقه بمنزلة
ابتداء التمليك فلا يصح الا فى حالة بقاء المعقود عليه قائما فى يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك فى يده ثم اجاز البيع بعد ما كان
المعقود عليه قائما فى يده وكان الملتقط امينا فى الثمن لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا اخذ عبدا فجاء به الى مولاه فقال هذا
عبد ابق فقد وجب لى الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال او قال انا ارسلته فى حاجة لى فالقول قول المولى لان الراد يدعى
لنفسه عليه الجعل والمولى منكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تعيب بالاباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة

عند الملتقط فهو على ثلثة اوجه ان كان حين اخذها انما اخذها لان يردها على مالكها واشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان عليه لانه
مأذون في اخذها انما اخذها للرد على المالك مندوب الى ذلك شرعا فكان هذا الاخذ نظير الاخذ باذن المالك فلا يكون
سببا للضمان وان كان اخذها لنفسه واقر بذلك فهو ضامن لانه ممنوع من اخذها فكان متعديا في هذا الاخذ فيكون ضامنا
كالغاصب والاصل فيه قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد اى ضمان ما اخذ والاخذ مطلقا من يكون عاملا
لنفسه وان لم يكن اشهد عند الالتقاط ولكنه يدعى انه اخذها للرد ويدعى صاحبها انه اخذها لنفسه ففي قول ابى حنيفة
ومحمد القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند ابى يوسف القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين احدهما ان مطلق فعل
المسلم محمول على ما يحل شرعا قال عليه السلام لا تظنن بكلمة خرجت من في اخيك سوءا وانت تجد لها في الخير محملا والذى يحل له
شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه والثانى ان صاحبها يدعى
عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل
لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان اخذا لنفسه باعتبار الظاهر
هذا اذا وجدها في موضع تمكن من الاشهاد فان لم يكن متمكنا من الاشهاد لعدم من يشهده او لخوفه على ان ياخذ منه ذلك ظالم
فالقول قوله ولا ضمان عليه والثانى ان اخذ مال الغير بغير اذنه سبب موجب للضمان عليه الا عند وجود الاذن شرعا والاذن
شرعا مقيد بشرط الاشهاد والاظهار فاذا ترك ذلك كان اخذه سببا للضمان عليه شرعا فلا يصدق في دعوى المسقط بعد
ظهور سبب الضمان كمن اخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه اودعه لم يصدق في ذلك الا بحجة وان قال
قد التقطت لقطة او ضالة او قال عندى شيء فمن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق على
ذلك ولا ضمان عليه لانه اظهرها بما قال وتبين انه اخذها للرد فكان امينا فيها ولا يضره ان لا يسمى جنسها ولا صفتها في التعريف
لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه الى قاض يرى الاستحقاق
بصفة العلامة فقد بينا ان في هذا اختلافا ظاهرا وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سببا للضمان عليه وكذلك لو وجد
لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على ولم يقل عندى لقطتان ثم هلكتا عنده ثم جاء صاحبها فلا ضمان عليه فيهما لانه
اظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة اسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان
كانت عنده عشرا لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا اخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم اعادها الى المكان
الذى وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل ان يصل اليها صاحبها او استهلكها رجل اخر لان اخذها للتعريف
لم يكون سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة
الى مالكها ورد المغصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الاخذ لا يصير ملتزما للحفظ فقد ياخذها على ظن انها له بان كان سقط منه
مثلها فاذا اتاملها وعلم انها ليست له ردها الى مكانها وقد ياخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد
ياخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع ان يتمكن من اداء الامانة فيها فاذا احس بنفسه عجزا او طمعا في ذلك ردها الى مكانها
فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الاول اخذها لنفسه ثم اعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت او
استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن ايهما شاء لان اخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعدما وجب الضمان لا يبرأ الا
بالرد على المالك كالغاصب واعادتها الى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مسقطا للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن
الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال اذا كانت
دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر لا ضمان عليه وعلى قول ابى يوسف هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من
اصبع نائم ثم اعاده الى اصبعه قبل ان ينتبه من تلك النومة برئ بالاتفاق فزفر سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين اعاده على الحال
الذى اخذه وابو يوسف يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده في حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطا للضمان
عنه بخلاف ما اذا رده قبل ان ينتبه وكذلك لو كان ثوبا فلبسه ثم نزعه واعاده الى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما
يلبس ذلك الثوب عادة فاما اذا كان قميصا فوضعه على عاتقه ثم اعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال
فلا يصير به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان
بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للتزين والاستعمال وان لبسه في اصبع اخر لم يكن ضامنا لان المقصود هنا

الحفظ دون التزين به وذكر هشام عن محمد ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامنا لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال
هشام رضى الله عنه من السلاطين من يتختم بخاتمين للتزين فهذا يكون استعمالا لا منه والا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفا فتقلد به
فهذا استعمال وان كان متقلدا سيفا وكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين الا ان يكون متقلدا بسيفين فحينئذ يتقلده بعد هذه
اللقطة يكون حفظا ولا يكون استعمالا فلا يصير ضامنا لها قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى ارض صاحبها لم يبرأ من
الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها اذا ردها الى ارض صاحبها فقد اتى بما هو المعتاد في الرد
فلا يكون ضامنا شيئا فاما الغاصب ضامن لها فحاجته الى رد يسقط الضمان عنه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل
جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذى حلها وروى عن محمد انه ضامن لها وعلى هذا
لو فتح باب القفص فطار الطير او فتح باب الاصطبل فذهبت الدابة وجه قول محمد ان الذى حل الرباط او فتح الباب في
الحقيقة مزيل المانع فيوجد شرط الذهاب الا ان ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعا وفي
مثله يحال بالاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضامنا كحافر البئر في الطريق فانه اوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الارض
فاما العلة ثقل الماشى في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالما به كان مضافا الى
الحافر حتى يكون ضامنا وكذلك من شق زق انسان فسال منه ما كان فيه فهو ضامن وعلته ازالة المانع فقط فاما علة السيلان
كونه مائعا ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافا الى الشرط وعلى هذا لو قطع حبل قنديل فسقط فعل القاطع
في ازالة المانع فكان ضامنا لهذا المعنى وابو حنيفة وابو يوسف يقولان علة في ايجاد الشرط كما قال محمد وقد طرى على ذلك
الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا المعتبر فعله بان فعل الدابة هدر ملغى
ثم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به الاترى ان من ارسل دابته في الطريق فاصابت في سيرها رسالة
مالا او نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت او تياسرت ثم اصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم الفعل المرسل به
كذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذى حلها او فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئرا في الطريق فجاء حرب لا امان له
والقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربى غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف
مسئلة الزق والحبل فانه ما طرى على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامدا ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل
كيف يستقيم القول في هذا الفصل بان علة في ايجاد الشرط والشرط يتاخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى
السبب فان الحكم يوجد عند وجود السبب الا ان السبب يتقدم والشرط يتاخر فهذا للتقدم في معنى السبب ولكونه مزيلا للمانع
هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد ابق فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله الا ان يكون العبد
مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال ايضا لو
كان هذا المجنون مقيدا في بيت مغلق فحل انسان قيده وفتح اخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة
للمانع قبل فتح الباب وانما مزيل ذلك الفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب او حل
الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن ازال
هذا المانع فهو متعدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يدى مسلم فادعاها رجل ووصفها فابى الذى في يده ان يدفعها
اليه الا ببينة فاقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانه يقوم على المسلم في استحقاق ما في يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم
وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لانى لا ادرى لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن
في الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم
كما يتوهم انها للمسلم يتوهم انها للكافر فيتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يعارض المعلوم وان كان في يدى مسلم وكافر لم تجز
شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا اقر الملتقط بلقطة
الرجل واقام اخر البينة انها له صرف بها للذى اقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير
والضعيف لا يعارض القوى فان اقر بها لاحدهما ولا ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم اقام اخر البينة فله ان يضمن ان
شاء الدافع وان شاء القابض لانه اثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدى في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع القابض لانه
مقر ان القابض اخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئا واقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع

ايضا لانه في القبض كان عاملا لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله ان يضمن القابض ان سالما قلنا وان اراد ان يضمن الدافع فقد قال مرة في اخر هذا الكتاب ليس له ان يضمن الدافع وقال مرة اخرى له ان يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له ان يضمن الدافع فهو قول ابي يوسف واصله مسألة الوديعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان اودعنيه فلان لرجل اخر فان دفعه الى المقر له الاول بغير قضاء القاضي يضمن للمقر له بالوديعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره سلط القاضي على القضا فهو كما لو فعل ابتداء على معرفة الوديعة وعند ابي يوسف لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيء على صاحب الوديعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط امين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول ابي يوسف شيا لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله اعلم

كتاب الاباق

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءه في الاعراق يظهر العبد عن صنيع فرارا ليصير ماله فيه ضمارا ورده الى مولاه واعادته الى مثواه احسان وامتنان وانما جزاء الاحسان الا الاحسان والكتاب لبيان الجزاء المستحق للراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باغاثة اللهفان ومنع المعتدي عن العدوان والاصل فيه الحديث عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت جالسا عند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا ان شاء من كل راس اربعين درهما في هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود لم ينكر عليهم اطلاق القول بانه اصاب اجرا وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان اخذ به علماؤنا رحمهم الله وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي لانه تبرع بمنافعه في رده على مولاه ولو تبرع عليه بعين من اعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافعه ولان رد الابق نهي عن المنكر لان الاباق منكر والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلا ولكنا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضي الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر منه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه احد من اقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه يثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على وجوب اصل الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضي الله عنه دينارا او اثني عشر درهما وقال علي رضي الله عنه دينارا او عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه اذا اخذه في المصر فله عشرة دراهم وان اخذه في غير المصر فله اربعون درهما فقد اتفقوا على وجوب اصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والاصل ان الصحابة رضي الله عنهم متى اختلفوا في شيء فالحق لا يعدوهم وليس لاحد ان يترك جميع اقاويلهم برايه ولكن يرجح قول البعض على البعض فنحن اخذنا بقولهم في ايجاب اصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود في مقداره فان قيل كيف ينبغي ان يؤخذ بالاقل في المقدار لانه متيقن به قلنا انما لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وان اخذه خارج المصر كما به عن مسيرة سفر ومتى امكن التوفيق بين اقاويلهم وجب المصير اليه ثم الاخذ بالاقل انما يكون فيما يقولونه بارائهم ونحن نعلم انهم ما قالوا هذا بالراي لانه خلاف القياس ولانه نصيب المقادير بالراي لا يكون ولا طريق لما يثبت عنهم من الفتوى الا الراي والسماع ممن نزل عليه الوحي فاذا انتفى احدهما تعين الاخر وصار كان كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض اولى فلهذا اخذنا بالاكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والاخذ باقاويل الصحابة فقد تمت الشريعة بفتواهم الى اخر الدهر وليس لاحد ان يظن بهم الا احسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب وليس في هذا الباب شيء من المعنى سوى ما ذكر عن ابراهيم قال كي يرد الناس بعضهم على بعض معناه ان الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل للراد ترغيب له في رده واظهار الشكر في المردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ما روي عنه انه كان يستحب ان يرضخ للذي يجيء بالابق ولم ياخذ بقوله في هذا وانما ناخذ بقول شريح والشعبي ان الراد يعطى اذا اخذه خارجا من

480

المصر فقال شريح له اربعون درهما فيؤخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح في هذا ونحوه لان الصحابة قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم في الفتوى الا ترى انه خالف عليا رضي الله عنه في رد شهادة الحسن رضي الله عنه له وان مسروقا خالف ابن عباس في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس الى قوله فعرفنا ان من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي ثم قال الشافعي استحسن برايه في هذه المسألة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوما فقال من رده منكم فله كذا فرده احدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شيء يأباه القياس لان العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق خير من الاستحسان الثابت براي الشافعي ولا حجة له في قوله ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطابا لغير معين وهو لا يقول به كانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوما باعيانهم فرده احدهم لا يستحق شيا ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا وان قال اعتبر قول المالك لاثبات امره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك قلنا لو كان هذا معتبرا لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى ثم الامر هنا ثابت ايضا بدون قوله الا ترى ان العبد الهارب من مولاه ما دام بمراى العين منه ينادي مولاه على اثره خذوه فعرفنا بهذا انه امر لكل من يقدر على اخذه ورده ان يرده عليه والامر الثابت بفعله بمنزلة الامر الثابت افصاحا ثم ذكر عن الشعبي في رجل اخذ غلاما ابقا فابق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن اشياخ من قومه قال اخذ مولى للحي ابقا حوحي فكتب الى مولاه يأتي اهله فجعل له منهم فنفعل ذلك ثم كتب اليه فاقبل بالعبد فابق منه فاختصموا الى شريح فضمنه ثم رجع الى علي بن ابي طالب رضي الله عنه فقال يحلف العبد الاحمر للعبد الاسود بالله ما ابق منه ولا ضمان عليه وانما ياخذ بحديث علي رضي الله عنه والشعبي فيقول لا ضمان عليه اذا اخذه للرد على مولاه لانه اخذه باذن مولاه كما بينا وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجعل وكان ذلك امرا ظاهرا حتى لم يخف على مولى اليهم حين كتب الاخذ الى مولاه ان يأتي اهله فجعل له منهم الا انه كان من مذهب شريح تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الاجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي ان لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في احدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله يحلف العبد الاحمر يريد به الراد سماه احمر لقوته وقدرته على اخذ الابق وسمى الابق اسود لخبث فعله وهو من دعابة علي رضي الله عنه قال واذا اتى رجل بعبد ابق فاخذه السلطان فحبسه فجاء رجل واقام البينة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه ولا يقول ينبغي للراد ان يأتي به الى السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الابق بنفسه عادة فيرفعه الى السلطان ليعزره ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير لمن يدعيه لا يستحقه بدون البينة فاذا اقام البينة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتمل ان يكون باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك فان قيل كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك قلنا يستحلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضي مامور بان يصون قضاءه عن اسباب الخطا بحسب الامكان او يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري او موهوب له فاذا حلف دفعه اليه ولا احب ان ياخذ منه كفيلا وان اخذه منه كفيلا لم يكن مسيئا ولكن ان لم ياخذ احب الي هذه رواية ابي حفص وفي رواية ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه كفيلا وان لم ياخذ منه كفيلا وسعه ذلك من اصحابنا من قال ما ذكر في رواية ابي حفص قول ابي حنيفة فانه لا يرى اخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في اخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قال في رواية ابي سليمان قولهما لانهما يجوزان للقاضي ان يحتاط باخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه او نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والاصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية ابي سليمان اقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة على الولادة في ملكه فيكون مقدما على من اقام البينة على الملك المطلق او يقيم البينة على الملك المطلق فيكون من احاله او يقيم البينة على انه اشتراه منه فالمستحب ان ياخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم تقم عليه دليل فكان في سعة من ان لا ياخذ منه كفيلا وما ذكر في رواية ابي حفص اقرب الى القياس لان استحقاقه ثابت بما اقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل بحجة معلومة لامر موهوم ارايت لو لم يعط كفيلا او لم يجد كفيلا اكان يمتنع القاضي من القضاء له وقد اقام البينة ولكنه لو اخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئا وان لم يكن للمدعي بينة واقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا اما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد اقر بانه مملوك له ولو ادعى انه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا اقر انه

مملوك له يصح اقراره في حقه لانه لا منازع لهما فيما قالا والخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان
الدفع اليه بالبينة حجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة باتيه في حق القاضي ٥
يوضحه ان قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكه غير مقبول الا ترى انه لو كان في يد رجلين فاقر بالملك لاحدهما لم يصح
اقراره وكان بينهما فلذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعدما اقر برقه فلابد من ان يأخذ منه كفيلا حتى
نفسه حتى اذا حضر مالكه واراد ان يضمنه تمكن من اخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فاما اذا اقام البينة فقد اثبت استحقاق
اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط باخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا طال
ذلك باعه الامام وامسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة انه عبده فيدفع اليه الثمن لانه مأمور بالنظر وليس من النظر امساكه
بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يأبق منه فكان حفظ ثمنه ايسر عليه من حفظ
عينه وانفع لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر ان ينقض بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الامام في مدة حبسه
من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان محبوسا ولو امره الامام بان يخرج فيكتسب ما يأبق ثانيا فكان النظر
عليه في الانفاق من بيت المال لانه معد للنوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده عليه ومن ثمنه ان باعه وقد بينا هذا
في نفقة اللقيط بامر القاضي فكذلك في نفقة الامام من بيت المال على الابق لان قضاه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان اقام
مدعيه شهود النصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصارى وان اقام
بينة من المسلمين وقد باعه الامام ان كان قد دبره او كانت جارية فزعم انها كانت ام ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ
من القاضي بولاية شرعية فكان المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا ان يكون لها ولد في
يده وقد ولدته في ملكه فيدعي انه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان
ثبوت نسب الولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع الى ابطال حق الغير الا ترى ان المريض اذا اقر بجاريته انها ام ولده
ومعها ولد يدعي نسبه كان مصدقا في ابطال حق الغير لغرمائه والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فهذا مثله واذا وجد
الرجل غلاما او جارية ابقا بالغا او غير بالغ فرده الى مولاه فان كان اخذه من مسيرة ثلثة ايام او اكثر فله الجعل اربعون درهما لا
يزاد على ذلك وان بعدت المسافة لان تقدير الجعل باربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود والزيادة على العدد
الثابت شرعا بالرأي لا يجوز ولان ادنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعا كسائر الاحكام المتعلقة
بالسفر وان اخذه في المصر او خارجا منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لان التقدير الثابت بالشرع يمنع ان يكون لما دون
المقدر حكم المقدر ولان الجعل انما يستحقه براد الابق وتمام الاباق بمسيرة السفر فيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء
من احكام السفر فيما دون السفر وفي الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين
المدة بل لما يلحقه من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره الا ترى ان المالك لو استأجره بما لم يعلم
ليرده من مسيرة يوم استحق المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان انفق عليه مقدار الجعل بغير امر القاضي فليس له سوى
الجعل لانه متبرع فيما انفق وان مات عنده قبل ان يرده او ابق منه فان كان اشهد على ذلك حين وجده انه انما اخذه ليرده على
صاحبه فلا ضمان عليه وان اقر انه اخذه فهو ضامن وان ادعى انه اخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف
وقد بينا هذا في اللقطة فكذلك في الابق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان ابقا فان انكر المولى ان يكون عبده ابقا فالقول
قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو اخذه مال الغير بغير اذنه فهو انما يدعي ما يسقطه وهو الاذن شرعا بكون
العبد ابقا ولو ادعى الاذن من المالك في اخذه وانكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون
عبده ابقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه ابق من مولاه وان مولاه اقر باباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة
يجب له الجعل واذا اعتقه المولى في اباقه جاز ذلك لان حق نفوذ هذا التصرف بقيام الملك دون القدرة على التسليم حتى
ينفذ في المرهون والمواجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الابق لان الاباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم
ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لا يصح الا فيما هو مقدور التسليم للعاقد وقدرته على التسليم تنعدم بالاباق ولان في بيعه معنى
الغرر لانه لا يعلم بقاؤه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فاما الغرر
لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه اذا ظهر كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لا تتم الا بالتسليم و[illegible]

غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة والعلامة بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا ٥
للصغير باليد الحكمي الذي بقي له وحق القبض فيما يوهب للصغير اليه وسواء كان الصغير في عياله او لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة
فلا ينعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمي كان له باعتبار
ملكه فلا ينعدم الاباق باعتراض يد اخرى على يده وبالاباق لا يوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين ان يكون متردد في دار الاسلام
او في دار الحرب ووجه اخر فيه ان اليد الحكمي باعتبار تمكنه من الاخذ لان لو قدر عليه وذلك باق ما دام في دار الاسلام بقوة الامامة
والمسلمين وعلى هذا الطريق لو ابق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه قاضي الحرمين عن ابي حنيفة لان اليد الحكمي
ليس بثابت له في دار الحرب واذا ابق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجورا عليه استحسانا وفي القياس لا يصير
محجورا عليه وهو قول زفر لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته لا ينعدم بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا
ينافي البقاء بطريق الاولى وجه الاستحسان ان المولى انما رضي بتصرفه ما دام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده واباقه
فاما ان يتقيد الاذن المطلق بما قبل الاباق بدلالة العرف او يصير محجورا بعد الاباق بدلالة الحجر فان المولى لو ظفر به ادبه
وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة الاذن بخلافها الا ترى ان تقديم المائدة بين يدي انسان يكون اذنا له في التناول
دلالة فان قال لا تأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه المولى ثم المولى لو ظفر به ادبه وحبسه وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه
فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب بموته الامام حكما فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله كان العجز
عن ذلك جعله الشرع ميتا حكما فهذا مثله والحكم في جناية الابق والجناية عليه في حدوده كالحكم فيها في المصر لان الرق فيه باق
بعد الاباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع او الفداء عند قدرته عليه واذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه
الامام حتى يحضر مولاه فاذا حضر قطعه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك اذا اقامت
البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة كالحرية من حد او قصاص فهو على هذا الخلاف وجه قول ابي يوسف ان العبد
في الاسباب الموجبة للعقوبة كالحر بدليل انه يصح اقراره بها على نفسه ولا يصح اقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر
لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولى في
ملك المالية فبقي هو في النفسية على اصل الحرية لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار اخرى فما يثبت باقراره لا يشترط
حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل اولى لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة في حق المقر
وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى عليه فلا يجوز الا بمحضر منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على
غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا ان للمولى حق الطعن في الشهود حتى لو كان حاضرا كان طعنه مسموعا ففي اقامة العقوبة
بتفويت حق المطعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافرا ومولاه مسلما لم يقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة
ولم يكن للمولى حق في هذه البينة لما لا يعتبر دينه في ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن في اقراره
فلا يكون في اقامة العقوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء
اتلاف ماليه المولى والبينة لا توجب شيئا بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تتمة القضاء الا ترى ان المعترض بعد القضاء
قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن باصل القضاء حتى يمنع الاستيفاء به فاذا كان تمام قضائه فيما ولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك
بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضي وولاية الاستيفاء يثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضرة المولى واذا
اخذ العبد الابق وحبس في بلدة ففقد مولاه الى قاضي بلدته واقام عليه شاهدين وطلب ان يكتب به الى قاضي البلد الذي هو فيه
لم يجبه الى ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد ولو فعل لم يقبض القاضي المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول ابي يوسف يجيبه الى ذلك
بطريق نذكره وهو قول ابن ابي ليلى والحاصل ان كتاب القاضي الى القاضي في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقارات لان
اعلامها في الدعوى والشهادة بذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفي العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضي الى
القاضي عند ابي حنيفة ومحمد ايضا وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو
كان حاضرا في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي كما في سائر العروض ٥
ولكن استحسن ابو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجته من بلده الى بلده فيمتنع من الرجوع
اليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي ولو لم يقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي ادى الى اتلاف اموال الناس

كتاب القاضي في العبد الابق

فكان قبول البينة بعذه الصفة ارفق بالناس وما كان ارفق بالناس فالاخذ به اولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية
ايضا يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبني على الاحتياط ولان هذا البلوى انما
في الجواري فالمولى لا يرسلها من بلد الى بلد عادة والاباق في الجواري نادر ايضا ثم بيان مذهبه ان المدعي يقيم عند القاضي
شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الى قاضي البلد الذي هو فيه محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك
القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ويوافق حلية العبد وصفته ما في الكتاب دفع اليه من غير ان يقضي له بالملك له ويختم في عنقه
بالرصاص للاعلام ويأخذ من المدعي كفيلا ثم يأتي به المدعي الى البلد الذي فيه شهوده ويكتب معه كتابا الى ذلك القاضي فاذا اتى
به الى هذا القاضي اعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك
القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي الجواري على قوله الاول لا يدفعها اليه القاضي المكتوب اليه اولا ولكنه يبعث بها معه على
يدي امين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطيها وان كان امينا في نفسه لانه يزعم انها مملوكته ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا لا
هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي
وربما يظهر العبد لغيره اذا جاء به الى القاضي الكاتب فالحلية والصفة يشتبه الا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان
في الحلية والصفة ارايت لو كانت جارية حسناء كان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبيح فلهذا اخذ بالقياس فان كان
القاضي باع العبد الابق حين طال حبسه واخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل واقام البينة ان عبدا له
اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذي باعه القاضي لم يقبل ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا
على استحقاق ما في يد القاضي من الثمن انما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا ان يشهدوا
ان العبد الابق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هذا فحينئذ يقضى له بالثمن لانه اثبت الملك في هذا العبد بعينه بالبينة
والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعي البينة ان المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة
والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل رجل اخذ عبدا ابقا فباعه بغير اذن القاضي ثم اقام
المولى البينة انه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الاخذ باعه بغير ولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضي كان
البيع باطلا فان كان العبد هلك عند المشتري فللمستحق ان يضمن قيمته ايهما شاء لان البايع متعدي في حقه بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض لنفسه فان ضمن المشتري قيمته رجع على البايع بالثمن لان المبيع لم يسلم له من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين
وان ضمن البايع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملك بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل
لا على ملكه بكسب خبيث رجل اقام البينة عند قاض من القضاة بان العبد الذي باعه قاضي بلد كذا من فلان هو عبده واخذ
كتابه الى ذلك القاضي الذي باع الابق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضي اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضي عنده بالبينة لان المدعي بهذه
البينة لا يريد اخذ عين العبد فان بيع القاضي قد نفذ فيه الا ترى انه لو اقام البينة عنده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من اخذ العبد
فعرفنا ان مقصوده اثبات حق اخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها على الدين سوا فلهذا يكتب القاضي له بذلك ويقضي القاضي
المكتوب اليه بخلاف ما سبق فان قيل الثمن عين في يد ذلك القاضي كالعبد قلنا نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلا تقع الحاجة
الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد واذا وجد الرجل عبدا او امة ابقا وهو يقدر على اخذه فانه يسعه
تركه واحب الي ان يأخذه فيرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسعه تركه لان النهي عن المنكر فرض على كل من يقدر عليه لان
حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو راى انسانا يغرق لم يسعه الا ان يخلصه اذا قدر عليه وكذلك اذا راى مالا له يتوى وكذا
نقول هو يحتاج في رده الى معالجة ومؤنة فكان في وسعه ان لا يلتزم ذلك وان كان الاولى ان يلتزمه ولانه في الترك يتمسك
بظاهر قوله عليه السلام لا يؤوي الضالة الا ضال وقال ضالة المؤمن حرق النار وظاهر الحديث يعول جهال اهل التقشف وجهال
اهل التصوف لا يسعه ان يأخذه فلا اقل من ان يسعه الترك بظاهر الحديث فاذا اخذ عبدا ابقا فادعاه رجل واقر له العبد
فدفعه اليه بغير امر القاضي فهلك عنده ثم استحقه اخر ببينة فله ان يضمن ايهما شاء لكون كل واحد منهما جانيا في حقه
فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه اخذ العبد منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصبا الا انه كان للغاصب الاول حق الرجوع
على الثاني بما يضمن ولانه لم يستبق اقرار من الدافع ولو كان اقر له بذلك فسقط اعتبار اقراره لما صار مكذبا شرعا فاذا لم يبق
اقراره اولى وان كان لم يدفع الى الاول حتى شهد شاهدان عنده انه عبده فدفعه اليه بغير حكم ثم اقام اخر البينة عند القاضي

صورة كتاب القاضي في العبد

فانه يقضي به لهذا لان البينة الاولى اقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم ولا تكون
معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم مختص ببينة تقوم في مجلس القضاء وان اعاد الاول بينة لم ينفعه ايضا
لان اليد في العبد له وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا يعارض بينة الخارج وما يكتسبه العبد الابق بالبيع والشرا والاجارة
وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقه واذا لم يكن المكتسب اهلا للملك فولاه يخلفه في ملك الكسب لملكه رقبته وان
اجر الذي اخذه واحد اجرته فهو للذي اجره قال لانه في ضمانه وكانه اشار بهذا الى قوله عليه السلام الخراج بالضمان ولانه
بعقده صيرما ليس بمال مالا لان المنافع لا يأخذ حكم المالية الا بالعقد عندنا كما بينته في الغصب ومن صيرما ليس بمال من
ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اخذ كودا من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له ان يتصدق به لانه حصل له بكسب
خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا المال غلته عندك وقد سلمه لك فهو للمولى لانه اخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن
اختلاف العلماء فان عند الشافعي هذا المال للمولى وعندنا هو للاجر ولا يمنعه من تمليك مال نفسه منه طوعا ثم يحل للمولى اكله
استحسانا وفي القياس لا يحل لان حق الفقرا ثبت فيه حين وجب التصدق به فلا يملك الاجر اسقاط حق الفقرا ولكنه استحسن فقال
وجوب التصدق به كان لخبث دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الاجر لا في حق المولى بل التسليم الى المولى يزول
ذلك الخبث فكان له ان يأكله استحسانا لانه كسب عبده وفي القياس لا يجب لان المستاجر ضامن للعبد باستعماله والاجر مع
الضمان لا يجتمعان ولكنه استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع الا ترى انه يصح قبول الهبة والصدقة واذا
سلم من العمل تمحض ذلك العقد منفعة لانه لو لم يستبق العقد لم يجب على المستعمل له شي فلهذا نفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا اتلف لانه
لو نفذنا العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستاجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الاجر اليه لانه وجب
بعقده ما خوذ فيدفعها الى المولى واباق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق الماذون لان المولى يقدر على ان يحجر على الماذون
ولا يستطيع ان يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك بيعه بخلاف الماذون وحقيقة المعنى ان الاباق لا يتحقق
من المكاتب فان له ان يخرج في الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى ان يمنعه من ذلك بخلاف الماذون فان للمولى ان يمنعه من الخروج
فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا ولهذا الطريق يقول لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بابق بخلاف الماذون ولان الجعل انما يستوجب
الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فان حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصر مشرفا على الهلاك
باباقه حتى يكون في الرد احياؤه بخلاف العبد لان ماليته رقبته حق المولى وقد اشرفت على التوى باباقه فيكون الراد محييا له ويجوز
عتق الابق عن الظهار اذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عتقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده فان
قيل الابق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك عن الظهار لا يجوز كالاعمى قلنا المستهلك منه حكما ماليته لا ذاته والكفارة انما
تتادى بتحرير مبتدا وذلك يرجع الى الذوات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق
عرفا وليس في النص تعرض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سوا بخلاف الاعمى فالمستهلك هناك
الذات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وام الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدا بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا
ويجوز بيع الابق ممن اخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره للعجز عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشتري
لقيام يده فلهذا جاز بيعه منه واذا ابق عبد الرهن فرده دخل حيوة الراهن وبعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته كانت قد اشرفت
على التوى بالاباق ثم قد حيي بالرد فهو كما لو اشرفت على الهلاك ثم برى فيكون رهنا على حاله والمرتهن احق به من ساير غرما الراهن
بعد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لانه انما وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد وماليته حق المرتهن لان موجب
عقد الرهن ثبوت يد الاستيفا للمرتهن من المالية الا ترى انه لو لم يرده حتى تحقق التوى يسقط دين المرتهن فعرفنا انه في الرد عامل له فكان
الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفدا وذلك على المرتهن بقدر المضمون وكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء
الملك لا لاحياء المالية الا ترى ان المرتهن اذا امتنع من الانفاق يمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا ان النفقة لابقاء الملك والملك
للراهن والجعل لاحياء المالية فيكون على المرتهن الا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن كالنفقة
النفقة فكذلك جعل الابق وللذي جاء به ان يمسكه حتى يأخذ الجعل لانه انما استوجب الجعل باحيائه ماليته فكان لما يستوجب تعلقا
بالمالية فيحبسه به كما يحبس البايع المبيع بثمنه وان مات العبد في يده بعد ما قضى القاضي بامساكه فلا ضمان عليه لانه محق في حبسه ولا
جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم يصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البايع فان حقه في

الثمن سقط سوا اجبسه اولم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سوا حبسه اولم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته
في يده سوا حبسه اولم يحبسه عبد ابق وذهب معه بمال فجا به رجل فقال لم اجد معه شيا فالقول قوله ولا شي عليه لان وصول يده
الى العبد لا يكون دليل وصول المال اليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين اخذه والمولى يدعي عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه
انه غصبه مالا وان انكر وان اتهمه رب المال فله ان يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى لانه يدعي عليه ما لو اقر به لزمه فاذا
انكر يستحلف لرجا نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره ولو ان امة ابقت من مولاها فلحقت بارض الحرب ثم اصابها المسلمون فاشتراها
رجل منهم ووطيها وولدت له ثم جا مولاها فانه ياخذها وعقرها وقيمة اولادها في قول ابي حنيفه وكذلك لو كان الواطي اشتراها
من المشركين وعند ابي يوسف ومحمد هي ام ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بنا على ان الابق الى دار الحرب لا تملكه
المشركون بالاخذ في قول ابي حنيفه لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يد محترمه فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلا
ايضا فمن اشتراها فوطيها فهو بمنزلة المغرور حربا لقيمه وللمستحق ان ياخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر رضي
الله عنه وعند ابي يوسف ومحمد هم يملكون الابق اليهم بالاخذ فاذا ملكوها ملكها المشتري ايضا وقد استولدها فكانت ام
ولد ولا حق للمولى في استردادها والجعل واجب في رد المدبر وام الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة النفس القن
فان قيل فاين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحيا المالية ولا مالية في ام الولد خصوصا عند ابي حنيفه قلنا نعم ليس فيها ماليه
باعتبار الرقبة ولكن له ماليه باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه احق بمكاسبه فلا يكون راده محييا للمولى ماليته باعتبار كسبها بخلاف
المكاتب الرقبة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل ان يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل
وكذلك ان كان على المدبر سعايه بان لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند ابي
حنيفه وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب او الحر فاما اذا اوصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى
وعتقهما بعد ذلك واذا كان الابق بين رجلين فالجعل بينهما على قدر انصبايهما لان وجوبه باعتبار احيا ماليتهما والماليه
لصاحب الكثير اكثر منه لصاحب القليل واذا رد الصغير اذا كان ابقا يستوجب الجعل كما في رد الكبير غير انه ان جا به من مسيرة سفر
فله اربعون درهما وان جا به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عنايه وعناوه في رد الكبير اكثر منه في رد الصغير فالرضخ يكون بحسب
ذلك واذا انتهى الرجل بالعبد الابق الى مولاه فلما نظر اليه اعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضا له باعتاقه الا ترى ان المشتري
اذا اعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضا وكذلك ان باعه من الذي اتاه به لانه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتمليك من غيره
ولان سلامة الثمن له باعتبار رده على الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له وان سلمه الراد الى مولاه فابق منه ثم جاء به اخر من مسيرة
ثلثة ايام فعلى المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احيا الماليه بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما وان كان
الاول ادخله المصر ثم ابق منه قبل ان ينتهي به الى مولاه فالجعل للاخر ان جا به من مسيرة ثلثة ايام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا
شي للاول لان تمام السبب باتصاله الى المولى والاول ما اوصله الى المولى فانتقض السبب في حقه باباق العبد منه قبل تمامه بالايصال
الى المولى فلا جعل له واما الثاني فقد اتم السبب بايصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان اخذه الاول مع الثاني ورداه من
مسيرة يوم فللاول نصف الجعل بما يرضخ للثاني على عمله لانهما تمما السبب بايصاله الى المولى الا ان الاول قد ضم فعله الثاني
الى الفعل الاول وباعتبار هذا الضم يكون راداله من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاما والثاني انما رده من مسيرة يوم فيجعل في حقه
كانما رداه من مسيرة ثلث فالجعل بينهما سوا لانهما استويا في سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلث
فيستويان في استحقاق الجعل وان كان الراد اخذ الابق عبدا محجورا او ماذونا فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب المال
والعبد المحجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة في حق المولى وان كان العبد الابق لمكاتب او عبد ماذون فعليهما الجعل للراد
لان حقهما في كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع الى الملك والتصرف والراد احيا مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك
ان كان الابق للصبي فالجعل في ماله يودي عنه ابوه او وصيه لان منفعة احيا الماليه حصلت له عبد جنايته ثم ابق فجا به رجل
فالمولى بالخيار بين الدفع والفدا اذا كان قبل اباقه فان اختار الفدا فالجعل على مولاه لانه طهر عن الجناية باختياره وتبين ان الراد
عمل له في احيا ماليته وان اختار دفعه الى اصحاب الجناية فالجعل على اصحاب الجنايه لانه تبين ان الراد احيا حقهم فان نفس
العبد مستحق لهم بالجنايه الا ان يختار المولى الفدا ولهذا لو هلك العبد قبل ان يختار المولى شيا بطل حقهم فتبين باختيار الدفع
ان الراد احيا حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله ان يحبسه عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له ان يحبسه عن المولى عبد ابق الى بعض البلدان

فاخذ

فاخذ رجل فاشتراه منه رجل وجا به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشتري قد يكون قاصدا الى تملك المشتري فيكون هو غاصبا
في حق المولى لا عاملا له في الرد وكذلك ان وهب او اوصى له او ورثه فان اشهد حين اشتراه انه انما يشتريه ليرده على صاحبه لانه
لا يقدر عليه الا بالشرا فله الجعل لانه بهذا الاشهاد اظهر انه يعمل للمولى في الرد ولكن الطريق الذي يمكنه فيستوجب ولا يرجع على
المولى بما ادى من الثمن قل ذلك او كثر لانه متبرع في ذلك كما كان متبرعا فيما ينفق عليه بغير امر القاضي وكذلك ان كان ابق
الى دار الحرب فحق الراد هو والماخوذ في دار الاسلام سوا واذا اخذ الابق فجا به ليرده على مولاه فوجده قد مات فله
الجعل في تركته لان وارثه او وصيه خلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حيوته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك دينا في
تركته كساير الديون فان كان عليه دين محيط بما له فالراد احق بامساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد
وبدا بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرما لان حق الغرما في ماليته انما يثبت من جهة الميت وقد كان الراد احق به من الميت ما لم يستوف
الجعل فكذا يكون هو احق به من غرما الميت ايضا فان كان الذي جا به وارث الميت وقد اخذه وساربه ثلثة ايام في حيوته واوصله
الى المصر فمات المولى قبل ان يرده عليه وليس للوارث الراد في عيال له فله الجعل في قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف لا جعل
له لان استحقاق الجعل انما يكون بالايصال الى المالك وكذا لو ابق منه قبل ان يوصله الى المالك فلا جعل له والايصال
هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سببا لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل في شي هو فيه شريك لا يستوجب
الاجر بالعقد وان شرط ذلك بالعقد فهنا اولى ان لا يستوجب ووجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله في الرد وقد تم ذلك
في حيوة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه الا ان ايصاله الى المولى شرط عند وجوده يستحق الاجر بعمله لا بما هو شرط والشرط
تحقق مع الشركة في المحل فاما الذي لا تحقق تسليم العمل الى غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلما الى المولى بايصاله
بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل توضيحه انه باحيا الماليه يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى
لو كان على الميت دين او اوصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هنا بمنزلة ما لو رده عليه في حيوته ولم ياخذ الجعل منه حتى مات
واذا جا بالابق من مسيرة ثلثة ايام وهو لا يساوي اربعين درهما ففي قول ابي يوسف الاول له الجعل اقل من قيمته بدرهم وهو
قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخر له الجعل تاما وجه قوله الاول ان وجوب الجعل باعتبار احيا الماليه للمولى فلا بد من
اعتبار مقدار الماليه التي وجبت له ثم الراد ماذون من جهة المولى في ايصال المنفعة اليه لا في الحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه
عليه فاذا كانت قيمة العبد درهما كان في ايجاب الاربعين على المولى ضرر بين فينبغي ان يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة
عمله للمولى وذلك ان ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم من الكسور فلا يجوز اعتباره شرعا ووجه قوله الاخر ان
وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه باربعين درهما من غير ان يعرضوا القيمة العبد وما ثبت من المقدر
شرعا يجب اعتباره وكان على الراد هنا في ايجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر الى
قيمة العبد فكذلك هنا توضيحه ان ماليته رقبته وان كان دون الاربعين فاليته كسبه الذي يحصل للمولى قد يزيد عليه وقد بينا
ان ذلك معتبر لايجاب الجعل ابتدا فلان يعتبر لتكميل الجعل كان اولى واذا كان على العبد دين فجعله على مولاه اذا اراد ذلك بان
يقضي على العبد من الدين وان ابى بيع فاستوفى صاحب الجعل جعله وكان ما بقي من الثمن لاصحاب الديون وهذا وما تقدم مما
اذا كان على العبد جناية سوا الا ان المستحق هناك الدفع بالجناية وهنا البيع في الدين واذا اخذ الرجل عبد اخيه او اخته او عبد
ابيه او عبد امراته او امراة اخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد ان يكون له الجعل اذا لم يكن في عيال له لان
ملك احدهما منفصل عن ملك الاخر فيتحقق منه احيا المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كساير الاجانب ولكنه استحسن فقال اذا
وجد عبد ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحق على الابن دينا وان لم يكن مستحق عليه دينا ولهذا لو استاجر ابنه لخدمته لم يستوجب
الاجر سوا كان في عياله او لم يكن وكذلك لا يستوجب الجعل برد ابقه وكذلك المراة مع الزوج لان كل واحد منهما له بسوطه
اليد في مال صاحبه وبعد حرزه حرز نفسه ولان خدمة الزوج مستحق على المراة دينا حتى لا يستاجرها على ذلك والزوج هو الذي
يطلب ابق امراته عادة فاذا وجد عبد ابيه فان كان في عيال ابيه فلا جعل له لان ابق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة وهذا
ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا اخر وان لم يكن الاب في عيال الابن فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحق على الاب دينا
ولا هو شايع له شرعا ولهذا لو استاجر اباه ليخدمه استوجب الاجر عليه وكذلك يستوجب الجعل وكذلك الاخ له الجعل
اذا لم يكن في عيال اخيه وان كان في عيال له فلا جعل له لانه انما يعوله وينفق عليه لهذا وحكم واذا ابق عبد اليتيم فجا به الوصي فلا

جعل له لانه انما يعوله وينفق عليه هو الذي يطلب ابق اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك ان كان
اليتيم في حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذي جاء بالابق مولاه من الجعل على عشرين
درهما جاز لانه يجوز بدون حقه واحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجعل له
اربعون درهما جاز منه اربعون ويطرح الفضل لان حقه مقدر بالاربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير ما لو
صالح الشريك المعتق شريكه على اكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بينا واذا ابقت الامة ولها صبي رضيع فردهما احد
فله جعل واحد لان الاباق من الرضيع لا يتحقق فانما رد ابقا واحدا وهي الامة وان كان ابنها غلاما قد راهق الحلم فله جعلان
ثمانون درهما لان الاباق يتحقق منهما فانما احيا ماليه مملوكين بالرد فيستوجب جعلا كاملا باعتبار كل واحد منهما واذا رجع الواهب
في الهبة بعد ما رد العبد من اباقه وسلمه الى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه احيا ماليته له بالرد والايصال اليه
ثم زوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد في الجعل فكذلك اذا رجع الواهب

كتاب المفقود

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء المفقود اسم لموجود هو حي
باعتبار اول حاله ولكنه خفي الاثر كالميت باعتبار ماله واهله في طلبه يجدون ولخفا اثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره
واستتر عليهم اثره وبالجد ربما يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقا الى يوم التناد والاسم في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشي
اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله
بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات احد من اقربايه لان ثبوت حيوته باستصحاب الحال فانه علم حيوته فيستصحب
ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقا ما كان على ما كان غير معتبر في اثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع من قسمة ماله
بين ورثته ابقا ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا له ولان حيوته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق
وليس بحجة للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ولهذا لا يتزوج امراته عندنا
وهو مذهب علي رضي الله عنه كما بدا به الكتاب من قوله في امراة المفقود انها امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق
وبه كان ياخذ ابراهيم كما قال قد سمعنا ان امراته تتربص اربع سنين وليس ذلك بشي هي امراة ابتليت فلتصبر وتربص اربع سنين كان
يقول به عمر رضي الله عنه في الابتدا ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه فيقول الظاهر انه يوقف على خبره بعد هذه المدة ان لو كان حيا
والبنا على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصا اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها لكيلا تصير معلقة الا ترى انه يفرق
بين العنين وامراته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص
وذلك بان يجعل الشهور سنين فلهذا يتربص ولا ناخذ بهذا لان نكاحه حقه وهو حي في ابقا ملكه وحقه عليه ولو مكناها وجته
من ان يتزوج كان فيه حكما بالموت ضرورة اذ المراة لا تحل لرجلين في حالة واحدة فيجب قسمة ماله ايضا وذلك ممتنع ما لم يقم على موته دليل
موجب له والتقدير بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها امراة ابتليت فلتصبر ولو
شا الله تعالى لابتلاها باشد من هذا فاذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب انه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا فانه يحكم بموته لان ما يقع
الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النسا بعد موت جميع اقرانه نادر وبنا الاحكام الشرعية
على الظاهر دون النادر وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول اذا تم مايه وعشرين سنة من مولده حكم بموته وهذا يرجع
الى قول اهل الطبايع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة لان اجتماع المحسنين يحصل لطبايع الاربعة
في هذه المدة ولا بد من ان يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت ولكن خطاهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة
في طول عمر من كان قبلنا كنوح صلوات الله عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول وعن ابي يوسف رحمه الله قال اذا مضى مايه سنة من
مولده يحكم بموته لان الظاهر ان احدا في زماننا لا يعيش اكثر من مايه سنة وحكي انه لما سيل عن معنى هذا قال اسهل لكم طريق يحسن
فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول ابويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا
وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلثين سنه يستوي هكذا وعقد ثلثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد اربعين
فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقص للشيخوخة هكذا وعقد ستين

فاذا كان ابن سبعين يتوكا على عصى هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين يضم
اعضاوه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مايه يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى وهذا عمل من ابي يوسف
على طريق المطايبة الا ان يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن ابي يوسف انه سيل عن بنات العشر من النسا فقال هو اللاتي
فسيل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسيل عن بنات الثلاثين فقال سرد ولين فسيل عن بنات الاربعين فقال ذات
مال وبنين فسيل عن بنات الخمسين فقال عجوز الغابرين فسيل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين وكان محمد بن سلمه يفتي
في المفقود بقول ابي يوسف حتى تبين له خطاه في نفسه فانه عاش مايه وسبع سنين فالاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشي لان
نصب المقادير بالراي لا يكون ولا نص فيه ولكن يقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظايره وذكر
عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال اكلت حريرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت
فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخل قلت نعم فخلوا عني فجيت فاذا عمر بن الخطاب رضي
الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر
واهل الحديث يروون في هذا الحديث انه هم بيا ديته حتى راه وجعل يقول يغيب احدكم عن احدكم زوجته هذه المدة الطويلة
ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا امير المومنين وذكر له قصته وفي هذا الحديث دليل لمذهب اهل السنة والجماعة في ان الجن
قد يتسلطون على بني ادم واهل الزيغ ينكرون ذلك على خلاف بينهم فمنهم من يقول المستنكر دخولهم في الادمي لان اجتماع الروحين
في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسليطهم على الادمي من غير ان يدخلوا فيه ومنهم من قال اجسامهم لطيفة فلا يتصور ان يحملوا جسما
كثيفا من موضع الى موضع ولكنا نقول ما جا به الاثار قال النبي عليه السلام ان الشيطان يجري من بني ادم مجرى الدم وقال
عليه السلام انه يدخل في راس الانسان فيكون على قافية راسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا ايضا فيتبع الاثار ولا يشتغل
بكيفية ذلك وكان عمر رضي الله عنه انما رجع عن قوله في امراة المفقود لما تبين من حال هذا الرجل واما تخييره اياه بين ردها عليه وبين
المهر فهو بنا على مذهب لعمر رضي الله عنه في المراة اذا نعي اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم اتى الزوج الاول حيا انه يخير
بين ان ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول علي رضي الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الاول ويفرق بينها وبين
الاخر ولها المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الاول حتى تنقضي عدتها من الاخر وبهذا كان ياخذ ابراهيم فيقول قول علي رضي الله
عنه احب الي من قول عمر وبه ناخذ ايضا لانه تبين انها تزوجت وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هي من المحرمات
في حق ساير الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النسا فكيف يستقيم تركها مع الثاني اذا اختار الاول المهر ولم يكن النكاح
منعقدا بينهما وكيف يستقيم دفع المهر الى الاول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة
فعرفنا ان الصحيح انها زوجة الاول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة اذا وطيت بالشبهة وذكر عن عبد الرحمن بن
ابي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن قضايا الى قول علي رضي الله عنه عن امراة ابي كنف والمفقود زوجها والمراة التي تزوجها
في عدتها اما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا واما حديث ابي كنف فهو ما رواه ابراهيم ان ابا كنف طلق امراته فاعلمها وراجعها
قبل انقضا العدة ولم يعلمها فجا وقد تزوجت فاتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فانت
احق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على راسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا
بينها وبيني فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر رضي الله عنه فعرفوا انه جا بامر بين وهذا كان مذهب عمر
رضي الله عنه في الابتدا انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة في حقها ما لم يعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها
الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه ان مراجعته اياها صحيح بعد علمها وهي منكوحة
سوا دخل بها الثاني او لم يدخل لان الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح ايقاع الطلاق عليها وان لم يعلم به
فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وانما يكون احق اذا كانت تستبد به والرجعة امساك بالنص
كما قال تعالى فامساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك ملكه من غير ان يحتاج الى علم غيره قال واذا فقد الرجل فارتفع ورثته
الى القاضي واقروا انه فقد وسالوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى يقوم البينة على موته لما قلنا انه حي في حق نفسه ومال الحي لا يقسم
بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضي لا يشتغل بقسمة ماله فان قيل كيف تقبل البينة للقضا بها على الغايب قلنا
بان يجعل من في يده المال خصما عنه او ينصب عنه خصما في هذه الولاية فاذا قامت البينة على من نصبه القاضي فقضى بموته فان

قيل ينبغي كان ينبغي ان يجعله ميتا حكما لانقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمرتد اللاحق بدار الحرب قلنا هنا لم يظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا واهل الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكما ولان هناك لو ظفر به الامام مات حقيقة بان يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكما فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا

قال وتفسير المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه او باسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله فهذا مفقود لا يقضي القاضي في شيء من امره حتى يقوم البينة انه مات او قتل ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق احد من الاغنياء النفقة في مال الحي سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة او بكونها محبوسة لحقه وذلك موجود في حق المفقود فاما استحقاق من سواها باعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغناء المستحق فان كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضي في غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته واولاده الصغار او الكبار من الاناث او الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوما عنده لانه لو كان حاضرا فقضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فاذا كان غائبا يقضي لهم بذلك في ماله ايضا وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الحقيقة بل يكون تمكينا للمستحق من اخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم ان ياخذوه فيعينهم القاضي على ذلك والاصل فيه قوله عليه السلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقيل بل هو قضاء منه وللقاضي ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجته ولا يبقى بدون الصفة فكان له ان ينفق عليها من ماله حفظا لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظا لنسله وللقاضي ولاية في ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم ياخذ منهم كفيلا فهو مستقيم ايضا الا ان الاحوط ان ياخذ الكفيل لجواز ان يكون فارقها قبل ان يفقد او كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر في الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعا لان هذه كفالة له للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضي اخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك وليس هنا خصم طالب فهذا يسعه ان لا ياخذ كفيلا ولا ينفق من ماله على غير من سمينا من ذوي الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون الا بعد قضاء القاضي والقاضي لا يقضي على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد في حق ذوي الرحم المحرم ولا يبيع شيئا مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما سوى حفظه انظر له فلا يبيع شيئا من ذلك فان لم يكن له مال الا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كانت له خادم لان هذا ما لا يخاف عليه الفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلهذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساده وهذا بخلاف الوصي في حق الوارث الكبير الغائب كان له ان يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وفي بيع العروض فيه معنى حقه وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته ايسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان انفع له فلهذا لا يبيع من العروض

وقال ابو حنيفة ان كان له اب محتاج فلابيه ان يبيع شيئا من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له ان يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قول ابي يوسف ومحمد وذكر الكرخي ان محمدا ذكر قول ابي حنيفة في الامالي قال وهو حسن وجه القياس انه لا ولاية للاب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية الا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه اذا كان حاضرا والحاضر والغائب في حكم الولاية للاب عليه سواء الا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاد لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته ووجه الاستحسان ان ولاية الاب وان زال بالبلوغ فقد بقي اثره حتى يصح منه فوق حاجته الى الاستيلاد لبقاء نسله ولهذا يتملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء اثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق الوارث الكبير الغائب وهناك يثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فانها محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يعتذر زوال ولاية الاب بالبلوغ مع بقاء اثره كما لو مات واوصى الى رجل زال ولايته بالموت وبقي اثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دراهم او دنانير او ذهب او فضة تبرا انفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومتاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته او ولده بيعها

باطل لان البيع من الحفظ واما القاضي فليس يملك النفقة في شيء والبيع في حق الاستيفاء النفقة دون الحفظ واما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وكذلك الدين يكون للمفقود على الرجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام في الدين اظهر لان اقرار المديون يلاقي ملك نفسه فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها والجواب في الفصلين جميعا استحسان اذا كان مقرا بالنسب والمال فان كان جاحدا لاحدهما لم يسمع البينة من طالب النفقة لانه اذا كان جاحدا للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه وانما يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه حقه وهو ليس بخصم عن المفقود في وان كان منكرا للزوجية فانما يثبت النكاح على المفقود والمودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح عليه وان كانت الزوجية والمالية معلوما للقاضي فعلم القاضي بذلك اقوى من اقرار المودع والمديون وان اعطاها المديون بغير امر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان اعطاها المودع من الوديعة فهو ضامن لانه دفع مال الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي فان امر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا ان الانفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون امر القاضي فيه كامر المفقود وان طلب زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلا يتقاضى دينه ويجمع غلاته ويواجر رقيقه فعل القاضي ذلك نظرا منه للحاضر والغائب جميعا للغائب بحفظ ماله وجمعه وللحاضر بوصوله الى حقه وهي النفقة وكان للوكيل ان يتقاضى ويقبض ويخاصم من يجحد حقا من عقد جرى بينه وبين الوكيل لان ما وجب بعقده فهو احق بقبضه الا ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فاما كل دين كان للمفقود تولاه او نصيب كان من عقار او عرض في يدي رجل او حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من يجحده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط وحفظه يتحقق فيما وصل بيده اليه فاما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك وراه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاء يعني هذا القضاء على الغائب بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات عنه من عزل عن ميراثه وقد اقر له بدين في صحته عزلت في حق المفقود من ذلك وجعلت على يدي وكيله لان ذلك من الحفظ وان لم يكن اوصى به وعليه ديون لعينه لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا ان يراه القاضي فيقضي به فحينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف قلنا لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء ام لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وان ادعى انسان على المفقود حقا من دين او وديعة او شركة في عقار او رقيق او طلاق او عتاق او نكاح او رد بعيب او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم يقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا احد من ورثته خصما اما الوكيل فلانه نصب للحفظ فقط واما الورثة فانهم يخلفون بعد موته ولم يظهر موته فان راى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا انه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده واذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما انفق القاضي او وكيله بامره على زوجته وولده من ماله وعلى والديه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما انفقوا هم على انفسهم من دنانير او دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا انهم اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم ان ياخذوا بالمعروف فلا يضمنون شيئا من ذلك وكذلك ان كان ماله طعاما فاكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان له في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فاما ما سوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له الا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لا يملكون بيعه وانما لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وابو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر على من لزمه حق فكذلك عند طلبه وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امراته والنفقات المجتمعة عليه قبل ان يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي ان يفرض لها النفقة عليه هل يجيبها الى ذلك وكان ابو حنيفة يقول اولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي ثم رجع الى قول شريح وقال لا يجيبها الى ذلك فالحجة لقوله الاول

حديث هند كما روينا ووجه الاخران نفقة الزوجة لا تصير دينا الا بقضاء القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغايب فيلزم
بقضايه شيا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان ارادت اثبات النكاح بالبينة لم يسمع القاضي بينتها عندنا لان البينة
لا تكون حجة الا على خصم جاحد فما لم يحضر هو او خصم عنه لا يسمع عليه البينة بالنكاح وعلى قول زفر يسمع البينة ويامرها بان تستدين
وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها اعادة البينة فان اعادت قضى على الزوج بما انفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على
الزوج لم يقض عليه بشي وهذا منه نوع احتياط في حق الخاص في الغايب جميعا واذا اخذ المفقود شيا قبل ان نفقد لم ينقض الاجارة
بعد ما يصير مفقودا لانه حي في ابقاه ما كان على ما كان ولا يبرا المستاجر بدفع الاجرة الى زوجته وولده الا ان يامره القاضي بذلك
كما في ساير الديون واذا فقد الرجل بصفين او بالجمل ثم اختصم بين ورثته في ماله اليوم فان هذا قد مات الا ترى انه لم يبق احد
ادرك ذلك الزمان فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته والجمل كان حرب بين علي وعايشة وطلحة والزبير
بالبصرة رضوان الله عليهم وصفين كان بين معاوية وعلي وبين اهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب
كان اكثر من مائة وعشرين سنة والذي فقد في ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة او اكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لا يبقى في مثل
هذه المدة الطويلة ظاهرا فان كان له ابن مات زمن خالد بن عبد الله وترك اخا لامه وللمفقود عصبة فانه ينظر الى سن المفقود
يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم يورث الابن منه شيا لبقايه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم
اورثه ايضا لان بقاء الوارث بعد موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي خلف الميت فاما الميت لا خلف الميت
وما كان شرطا فما لم يثبت بدليل يوجب له لا يثبت الحكم واستصحاب الحال دليل منفي لا موجب ولهذا لا يرث المفقود من ابنه ثم
يكون ميراث المفقود لعصبته الحي بعد ما مضى من المدة ما لا يعيش مثله اليه وان كان مثله لا يعيش مثله اليه وان كان مثله لا يعيش
الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت الميراث لابنه لان حيوته بعد موته معلوم هنا بدليل شرعي فاذا صار مال المفقود ميراثا له
كان ذلك موروثا عن ابيه بعد موته كساير امواله للاخت لامه منه السدس والباقي لعصبته وان كان مات بعض الورثة من ورثة
المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الى ان تبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشبه الحال بمنزلة الحمل في البطن
فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا وان لم يظهر حاله فذلك ورثته مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم
بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كساير ورثته
يوم مات واذا فقد المكاتب وله مال وولد ولد في المكاتبة وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية اداء الكتابة من ماله انما يكون
بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حيوته ولم يظهر موته وكذلك استسعا اولاده في بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته
ولم يظهر لانه لا يستسعى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسعى ولده بعد ما يصير مفقودا وله مال
وينفق على ولده الصغار ونيابة الذين ولدوا في المكاتبة وعلى امراته من ماله لان هولاء كانوا يستحقون عليه النفقة في كسبه
ان لو كان حاضرا فكذلك ينفق عليهم من ماله بعد ما يصير مفقودا كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة
بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء واولاد الذين ولدوا في المكاتبة هو احق بكسبهم فيلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم
فان ابن له ولد في مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد مكسبه لورثته لانه يحكم
بحريته اذا اديت كتابته من ماله مستندا الى حيوة ابيه فلحقا له له المستحق بقي موقوفا وان كان ماله في يدي اخيه لم اخرجه من يده
ولم اعرض له لانه لا يدري لمن هذا المال وما لم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي ان يتعرض لذي اليد بازاله يده ولو اقر ولد المكاتب الذي
ولدوا في الكتابة وهم كبار ان اباهم قد مات وماله في ايديهم واقر المولى بذلك فادوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا وجحد بعضهم
بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتصادقهم الاول منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذي يجحد بعد ذلك مناقض
لكلامه والقاضي لا يلتفت الى اقرار المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه واقروا انه عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال
بينهم بعد اداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة ولو اقروا بدين عليه بدات به قبل المكاتبة
كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين اقوى من المكاتبة حتى اذا عجز نفسه سقطت المكاتبة عنه دون الدين وعند اجتماع
الحقوق في مال يبدا بالاقوى فالاقوى عرف ذلك بقضية العقول وشواهد الاصول وكذلك الحر اذا اقر ورثته انه قد مات فانه
يقضي دينه ويقسم الميراث بينهم اذا كان في ايديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر ما لم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك
ان كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك وان جحد موته لم انزعه من يده الا ببينة يقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في

هذا المال على ذي اليد وقولهم ليس بحجة عليه في استحقاق يده فما لم تقم البينة على موته لا اخرج القاضي المال من يد ذي اليد ولو ان المولى
اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب حرا وله اخوة احرار لم يقض لهم بشي من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود
ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى اياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم ان هو وارث وبالظاهر لا يثبت هذا
الشرط فلهذا لا يقضي لهم بشي حتى يعلم موت الاب قبله وكذلك ان كان مكان المكاتب عبدا الا ان اعتاق المولى عبده المفقود
ولا ينفق على ولده الصغار من هذا المال شيا حتى يعلم موت الاب قبله لانه لا يدري لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق
فيه للاخوة لم يثبت للاب المفقود لانه لا يرث من غيره ما لم يعلم حيوته حقيقة وقت موت مورثه ولو ادعى مملوك المفقود العتق
واقام بينة على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر قال ولو ادعى اولاده يبيعونه قبل هذه البينة ما كان لهم ان يبيعوه فبعدها
اولى ومراده بعد ما يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في البينة التي اقامها
المملوك على العتق وكذلك لو ادعت امراته الطلاق او ادعت امراته الطلاق او ادعت امراته انه تزوجها لم اقبل بينتها على ذلك
لانعدام الخصم ولو اوصى رجل للمفقود بالوصية لم اقضها له ولم ابطلها ولم انفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث
وشرط الاستحقاق للموصى له بقاؤه حيا بعد موت الموصي كالميراث وقد بينا انه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفق
على ولده منه شي فكذلك الوصية رجل مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يدي الابنتين
فارتفعوا الى القاضي واقروا الابن مفقود قال القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف شيا منه للمفقود ومراده
بهذا اللفظ انه لا يخرج شيا من ايديهما لان القاضي لا يتعرض لاخراج المال من يد ذي اليد الا بحضرة من الخصم ولا خصم هنا فان
اولاد المفقود لا يدعون لانفسهم شيا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدري ان المفقود حي فيرث او ميت فلا يرث فلهذا
لا يخرج المال من ايديهما خلاف المفقود الذي يعلم انه له لان حق اولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة
في ملكه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قد مات اخونا وقال هو ولد الابن
هو مفقود لان من في يده المال قد اقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار
ذلك الاقرار ولو كان مال الميت في يدي وكيل الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فانه يعطى
الابنتان النصف لانهما استحقاق النصف لهما فان المفقود ان كان حيا فالميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين
فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقي لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقي في يد ولد الابن
من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات اخونا قبل
ابينا وقال ولد الابن هو مفقود فان اقر الذي في يده المال بالمال للميت وبان الابن مفقود فانه يعطي الابنتين النصف اقل
النصفين لهما والباقي موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور المفقود حال المفقود وان قال الذي في يده المال قد مات
المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده للابنتين
فيجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمتنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا يقسمون بهذا القول لا يدعون شيا
يوقف الثلث الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه ولو جحد الذي في يديه المال ان يكون المال للميت فاقامت
الابنتان البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا
فولده الورثة معهما ولا يعلم له غير هولاء فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في المال
والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف
والثاني يخرج من يد ذي اليد فيوضع في يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذا اليد قد جحده وظهرت خيانته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك
وان كان معروفا بالعدالة لان العدل لا يجحد ما يزعم انه ملكه بخلاف ما سبق فذو اليد كان هناك مقرا بان
المال للميت وقد انتفت الخيانة منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقي في يده اولى لظهور امانته بالبينة فان ادعى ولد المفقود انه
مات بعد شهادة الشهود ولو ادفع اليهم شيا حتى يقوم البينة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد بمجرد
قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان اباهم ان مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثا
من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثا من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشي قبل ظهور سبب الاستحقاق
فلا بد ان يقيموا البينة على موته قبل ابيه او بعده ولا ينفق عليهم من ذلك شيا وان كانوا محتاجين لانه لا يدري لمن هذا المال

ونفقتهم عند الحاجة في يد الباقين والملك لابنهم في هذا المال لانه ما لم يعلم حيوته بعد موت الجد كان المال ارضا في يدي الابنتين
وولد الابن فاقروا جميعا ان الابن قد مات قبل ابيه واقتسموا الارض بينهم على ذلك ثم ادعوا انه مفقود كان القاضي يمضي القسمة
عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيما في ايديهم مقبول فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك
والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في يده شيء من هذه الارض
ثم قدم فقال والدي مفقود واراد نقض القسمة لم يكن له ذلك لانه لا يدعي لنفسه بمقابلته شيئا وانما يدعي الملك للمفقود وهو مقر
انه ليس بوكيل له ولا وارث لانه حي ونقض القسمة بقول من لا يدعي لنفسه شيئا لا يجوز بخلاف ما لو كان بعض الارض في يده لانه
مدعي لنفسه حقا وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب
صغير فادرك ولو ادعى ان اباه مات قبل جده كان له ان ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة مستقبلة باقرارهم على انفسهم
لانه يدعي لنفسه بعض الملك هنا ويدعي بطلان قسمتهم لان تراضيهم على القسمة بعد موت الجد لا يعمل في حق الغائب والصغير
وهم مصدقون له فيما يدعي فلهذا ينقض القسمة بخلاف ما لو كان القاضي هو الذي قسمه بين الحضور وعزل نصيب الغائب والصغير
فانه ينفذ قسمته وجهها اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس
للورثة مثل الولاية في حق الغائب والصغير ولو مات ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يدي اجنبي لم اعرض له ولم اقف
منه شيئا للمفقود لانه لا يدري حي هو فيكون وارثا او ميت فلا يكون وارثا وقد بينا انه لا يتعرض لذي اليد الا بمحضر من
الخصم وان كان ميراثها في يدي اجنبي لم ادفع الى اخيها منه شيئا لان شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتا فما لم يصر هذا
الشرط معلوما بالحجة لا يدفع الى الاخ بالميراث شيئا لان شرط توريث الاخ ... وان كان ميراثها في يدي اختها واخيها وارادا
القسمة وهم مقرون بان الاب مفقود لم اقسم بينهم لان القسمة تنبني على ثبوت استحقاقهم للميراث ولا يثبت ذلك ما لم
تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امراة فماتت وميراثها في يدي ولدها لم اقسم للمفقود من
ذلك نصيبا لان حيوته بعد موتها غير معلوم ولم اقف له شيئا لان التعرض لذي اليد لا يجوز الا بمحضر من الخصم وان اراد
ولدها قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم اقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود
فيوقف حتى يعلم انه مات قبلها او بعدها ويقسم ما بقي بينهم اما قبل ان تقوم البينة على موته القاضي لا يشتغل بالقسمة لان
فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من خصم واما بعد موته فقد ثبت للقاضي
ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفا حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها او بعدها ولو
كان في يد غيرهم صدقت لهم ثلثة ارباعه لانا تيقنا لاستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذي اليد حتى يظهر حال
المفقود بخلاف ما سبق فان المال هناك في ايديهم ففي القسمة تمييز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهنا المال
ليس في ايديهم فقضاؤه لهم ثلثة ارباعه لا يمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم واذا فقد المرتد فلم يعلم الحق بدار الحرب ام لا
فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين
موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب وان مات احد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس
للمفقود لانه محروم عن الميراث بكونه مرتدا فان المرتد لا يرث احدا واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم
الا ترى ان الاب المفقود لو كان عبدا لم يحبس له شيء من ميراث ولده لان الرق الذي يحرمه معلوم والعتق بعد ذلك موهوم
وكذلك ان كان ميراثه في يدي اجنبي وكذلك الامة المرتدة فانها لا ترث احدا وكذلك الذمي يفقد وله بنون مسلمون فمات احدهم
لم يوقف للاب شيء لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث المسلم وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات احدهم
قسمت ميراثه بين اخوته ولم اوقف على ابيه شيئا لان المسلم لا يرث الكافر فسبب حرمانه متيقن والله اعلم

كتاب الغصب

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة فخر الاسلام السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان الاغتصاب اخذ مال الغير بما هو عدوان
من الاسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ او غيره يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم
الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوما ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمته في الشرع بالكتاب والسنة اما الكتاب

فقوله

فقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال الله تعالى ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما
انما ياكلون في بطونهم نارا وقال عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفس منه وقال عليه السلام سباب المؤمن فسق وقتاله كفر
وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال عليه السلام في خطبته الا ان دماءكم واعراضكم واموالكم حرام عليكم كحرمة يومي هذا في شهري
هذا في مقامي هذا فثبت ان الفعل عدوان محرم في المال كهو في النفس ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال عليه السلام من غصب
شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين الا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به فاما اذا كان مخطيا بان
ظن المأخوذ ماله او كان جاهلا بان اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثما لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد
المأثم فاما حكمه في الدنيا ثابت سواء كان آثما فيه او غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعي وان الآخذ معذور شرعا لجهله
وعدم قصده والحكم الاصلي الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤديه
وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وقال عليه السلام من وجد عين ماله
فهو احق به ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه انه مفوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال
مال مقصود يتوصل به الى التصرف والانتفاع وتحصيل ثمرات الملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر
والخسران عن صاحبه واتم وجوهه رد العين ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الاصلي لا يصار الى غيره الا عند العجز
عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله او بغير فعله فعليه ضمان المثل جبرا بما فوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة
كتفويت الملك عليه بالاستهلاك ثم المثل نوعان كامل وقاصر فالكامل هو المثل صورة ومعنى والقاصر هو المثل معنى اي في صفة
المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفا عن المثل التام في كونه واجبا
عليه وبيان هذا ان المغصوب اذا كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون فعليه رد المثل عندنا وقال نفاة القياس عليه
رد القيمة لان حق المغصوب منه باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكنا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازا كما قال الله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها والجزاء لا يكون سيئة وقد ثبت بالنص ان هذه الاموال امثال متساوية وبه قال عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل
بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل اتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاب المثل
عدلا الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من ايدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول ابي حنيفة يعتبر
القيمة وقت القضاء لان التحول اليه لا يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى مجيء اوانه كان له ان يطالبه
بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب او المستهلك بالا مثل
له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند ابي حنيفة ولكنه غير مطالب باداء المثل بل هو مطالب باداء القيمة باصل السبب فيعتبر
قيمته عند ذلك وابو يوسف يقول لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي
يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول الغصب اصل الغصب اوجب المثل خلفا عن رد العين وصار
ذلك دينا في ذمته فلا يوجب القيمة ايضا لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع
عن ايدي الناس فيعتبر قيمته باخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وان كان المغصوب من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس
فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عددا ثم زفر يقول
المثل فيما يؤدي به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيها
الربو لانها ليست بامثال متساوية قطعا وما كان ثابتا بالنص فهو مقطوع به فلا يتادى بما هو مجتهد فيه ولكن لا يصار الى القيمة
لتعذر اداء المثل كما في العدديات المتقاربة ولكنا نقول المماثلة في آحاد هذه الاشياء ثابت بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو
المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لان آحاد هذه الاشياء لا تتفاوت في المالية انما تتفاوت
انواعها كالمكيل والموزون وان كان المغصوب من العدديات المتقاربة كالثياب والدواب فالواجب على الغاصب ضمان
القيمة عند تعذر رد العين عندنا وقال اهل المدينة الواجب هو المثل لحديث انس رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي
الله عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يضرب بالحجاب فاتي بقصعة من ثريد عند بعض ازواجه فضربت عائشة رضي الله
عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله يأكل من الارض ويقول غارت امكم غارت امكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة

مثل تلك القصعة فردتها واستحسن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغرم وقال علي رضي الله عنه في المغرور دية الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولكنا نحتج بحديث معروف عن النبي عليه السلام انه قال في عبد بين شريكين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له وتاويل حديث انس ان الرد كان على طريق المروة ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي الغلام بالغلام الذي بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي انهما قضيا في ولد المغرور انه حر بالقيمة ثم بدا محمد رحمه الله الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح قال من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها فاما ان يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة او يحمل الحديث الاول على العصا الصغير فانها من العدديات المتقاربة لا تتفاوت احادها في المالية ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لا يمكن الانتفاع به بعد ذلك فاما اذا كان الكسر يسيرا فليس على الكاسر الا ضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما مكن نقصانا في ماليته فعليه ضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وفي تلك الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية فان العيب هناك فاحشا كان او يسيرا يثبت لصاحبه الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان يتعذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة على قول الشافعي رحمه الله له ان يضمنه النقصان وهو بناء على ان مذهبه ان للجودة في هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال الا ترى ان لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة وما لا يتقوم شرعا بالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من الملاهي ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدي الى الربا فان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعاوضة وذلك لا يوجد هنا خصوصا على اصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون ولكنا نقول لا قيمة للجودة في هذه الاموال منفردة عن الاصل قال عليه السلام جيدها ورديها سواء يعني في المالية التي هي معنى العقد عليه ولانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله في العين واذا ثبت انه لا قيمة للجودة منفردة عن الاصل فاما اذا اسلم العين اليه فلا يكون فيه افراد الجودة عن الاصل وهي متقومة مع الاصل تبعا فلهذا كان له ان يضمنه المثل وقول شريح فهي له دليل على ان المغصوب يصير ملكا للغاصب عند اداء الضمان كما هو مذهبنا وذكر عن الحجري ان اعرابيا اتى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال ان بني عمك عدوا على ابلي فقطعوا البانها واكلوا فصلانها حتى بلغ الوادي فعزم بعض القوم لعبد الله بن مسعود فقال بيني وبينك عبد الله فقال له عثمان لو تعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل فصلانك قال اذا اسطع البانها وتموت رضي الله عنه نعم فقال عبد الله ارى ان يأتي هذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضي عثمان بذلك واعطاه وظاهر الحديث يشهد لاهل المدينة في ان الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود الا انا نقول لم يكن مضمونا بالمثل عندنا الغصب هذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضي لان المتلف لم يكن عثمان ووجوب الضمان على المتلف فالانسان غير مواخذ بجناية بني عمه الا ان عثمان كان يتبرع باداء مثل ذلك عن بني عمه ونقول ان قومتم وبعزتهم بي وهذا لانه كان به قرط الميل الى اقاربه واليه اشار عمر رضي الله عنه حين ذكر عثمان رضي الله عنه في الشورى فقال انه كلف باقاربه وكان ذلك ظاهرا منه ولهذا جاء الاعرابي يطالبه وانما عزم بعض القوم لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه لما كان بين عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم ثم فيه دليل جواز التحكيم وان الامام اذا كان يخاصمه غيره فله ان يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه وفيه دليل ان رد مثل المغصوب والمستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضي الله عنه وهذا لان دليل المقصود هو الجبران ودفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه في ذلك الموضع واداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب وذكر عن شريح ان مسلما كسر دنا من خمر لرجل من اهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه ناخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لانا امرنا بتركهم وما يعتقدون فيها المالية وانما يكون المال متقوما بالاحراز والامام مأمور بان يكف عنهم الايدي المتعرضة لهم في ذلك لانه عقد الذمة فيتم احرازها منهم بذلك ويستقر ذلك في موضعه ثم فيه دليل ان المسلم يضمن قيمة الخمر للذمي عند

الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوي ما هو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر واذا اغتصب لرجل جارية تساوي الف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن والانجلاء بياض العين وفي الكتاب بدا ببيان الزيادة المتصلة ولكن الاولى ان يبدا ببيان الزيادة المنفصلة فنقول هذه الزيادة تحدث امانة في يده عندنا حتى لو هلك من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا وقال الشافعي تحدث مضمونة لانها تتولد من اصل مضمون بيد متعد به فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الاصل يكون بصفة الاصل والاصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه الا ترى ان الزيادة مملوكة للمغصوب منه كالاصل ثم له في بيان المذهب طريقان احدهما ان الزيادة مغصوبة مباشرة من الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في الجاهلية يتملكون بهذا اليد ويسمونه غصبا والشرع ابطل حكم الملك بها في محل محترم واثبت الضمان وبقي حكم الملك بها في محل مباح كالصيد ثم انما يملك الصيد باثبات اليد عليه فلذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه انسان كان القول قوله والثاني وهو انه غاصب للولد تسببا لان غصب الام وامساكها الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو متعد لان اصحابنا لسوائم مسكون الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبب هو فيه متعد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالغصب اخرى وفي الاتلاف المسبب اذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الغصب وحجتنا في ذلك ان وجوب ضمان الغصب لا يكون الا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسببا ولا مباشرة لان حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتة ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شيء عليه وليس في الغصب تفويت العين فعرفنا ان وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التفويت باداله يده عما كان في يده او بازالة تمكنه من احدهما ولم يكن في يده وما كان الولد في يد المالك قط ولا زال تمكنه من اخذه بحصوله في دار الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد فاذا منعه تحقق التفويت بتعديه عنه بالمنع فيكون مضمونا عليه كالثوب اذا ذهبت به الريح والقته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتفويت شيء عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم امن صيدا ومعنى الصيدية في تنفره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال المحفوظة بالايدي فلا يكون اثبات اليد على المال اتلافا لشيء على المالك يوضح الفرق ان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مامنه فانما وجد المنع بعد الطلب وذلك سبب للضمان وعلى هذا الطريق يقول الولد اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولا وجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازا كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغاصب للعصاب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوكه حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه او اتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدي منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة وسلمها فان قيل فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا فاما الزيادة المتصلة فهي امانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم انه كلامه هنا اظهر لان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب ان يكون على الزيادة يد غصب ايضا ولكنا نقول سبب الضمان في الاصل ليس هو يد الغاصب بل اليد الغاصبة لان يد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على اصل السبب لا على حكمه فاصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة فان منعها بعد الطلب ففي احدى الروايتين يضمن مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لا يصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لا يتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور ردها بدون

الاصل ولا معتبر بهذا المنع في حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فلهذا لا يضمن الزياده المتصله ما لم يمنعها بعد الطلب
بخلاف الزياده المنفصله وعلى هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زياده في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها
وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من اصله ان سبب الضمان اثبات اليد فهذا الطريق
يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فيعتبر
قيمتها عند ذلك فان باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها الفين بالزياده المتصله فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها
فله الخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الفين وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري منعقد بقبضها لنفسه على
طريق التملك وفي هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بينا انه كان متمكنا من استردادها من الغاصب وقد ذلك زال
ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك الفا درهم بمنزلة ما لو غصبها غاصب
من الاول بعد الزياده فان للمالك ان يضمن الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه وفيه طريقان احدهما ما بينا والثاني
ان المولى باختياره تضمين الغاصب الثاني يكون مبريا للغاصب الاول فلهذا له ان يضمنه بعد ذلك وبهذا الابراء يصير
يد المالك وا الغاصب الثاني مفوت لهذا اليد فاذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان
اختار تضمين البايع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب الف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم الفي درهم
ولم يذكر فيه خلافا في الكتاب وروى الحسن عن ابي حنيفة وابن سماعه عن محمد عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمن الغاصب
وقت البيع والتسليم فيها وجه ظاهر الروايه قولها ان الزياده حصلت في يد الغاصب امانه وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم
فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزياده منفصله وكما لو قتلها بعد حدوث الزياده ولانه وجد من الغاصب سببان
موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه باي السببين كما لو قتلها بعد الغصب وتحقيق هذا ان
البيع والتسليم استهلاك الا ترى ان من ادعى عينا في يد انسان فاقام البينه ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضي يقضي
بالملك كما لو شهدوا بالملك له فهو بالبيع والتسليم باشر شاهدا ثبته المشتري بالبينه فقضى القاضي بالملك له فيكون ذلك
استهلاكا للملك على المغصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان كالاستهلاك بالقتل
وجه قول ابي حنيفه ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في المغصوب لوجهين احدهما ان
الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق والثاني ان الاسباب
مطلوبه لاحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئا فلا يعتبر كتكرار البيع بين واحد وانما قلنا ان
ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لان ملك المغصوب منه باق بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه والاستهلاك اما ان يكون
بتفويت العين حقيقه او بتفويت الملك فيه حكما وذلك غير موجود والدليل عليه ان الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن
بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند ابي حنيفه وابي يوسف لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب
وهو مضمون بالاتلاف فاذا ثبت هذه القاعده فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الاصل كما قلنا ان الغصب بعد
الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الاول ولا وجه لابطال حكم الضمان الثابت بالغصب الاول بفعل الغاصب لان المسقط
للضمان عليه عنه نسخ فعله باعادته الى يد المالك لا اكتسابه غصبا اخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في حق الزياده لان
الزياده تابعه للاصل فلا يثبت الحكم فيها الا سويه في الاصل ولان الزياده المتصله لا تنفرد بالغصب فلا تنفرد بضمان
الغصب ولانه لما ضمن الاصل بالغصب ملك الاصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين انه باع ملك نفسه كما لو نفذ بيعه
هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف ما اذا قتلها لان ذلك ضمان اتلاف والزياده تنفرد بالاتلاف
ولان اعتبار السبب الثاني هناك مفيد في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقله وبالغصب يجب على الغاصب
فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا لكونه مفيدا ثم يعتبر في حق الزياده تبعا للاصل الا
انه اذا ضمن الاصل بالقتل لا يملكها لان ضمان القتل لا يوجب الملك فلا نتبين به ان الزياده كانت مملوكه له ولم يذكر هنا ان
المغصوبه لو كانت دابه فاستهلكها الغاصب بعد الزياده المتصله هل يضمن قيمتها زايده ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
انه يضمن قيمتها زايده فظن بعض المحققين من اصحابنا ان ذلك الجواب قولهم جميعا وجعل الفرق لابي حنيفه ان الاستهلاك
بعد الغصب يتحقق في الاصل فيكون موجبا للضمان واما الغصب بعد الغصب لا يتحقق قال رضي الله عنه والاصح عندي

انه لا فرق في الفصلين عند ابي حنيفه فانه كما لم يذكر الخلاف ثمه ولم يذكره هنا قال رحمه الله وقد رايت في بعض النوادر
بيان الخلاف في الشاه اذا ذبحها الغاصب واكلها بعد الزياده انه لا يضمن قيمتها زايده وهذا لما بينا ان السبب انما يعتبر
اذا كان مفيدا وحكم الاستهلاك في الدواب وحكم الغصب سوا لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك بالمضمون له
فالاستهلاك وان تحقق فلا فايده في اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل في الادمي فان حكم ضمان القتل يخالف حكم ضمان
الغصب فكان اعتبار السبب الثاني مفيدا وهذا بخلاف صبغ الثوب اذا باعها وسلمها بعد الزياده لانا نثبت بهذا الكلام ان
البيع والتسليم لا يكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزياده كانت مضمونه عليه قبل هذا الا ان تضمين مضمونه
بالبيع والتسليم وان اختار المغصوب منه تضمين المشتري بطل البيع ورجع بالثمن على الغاصب لان استرداد القيمه منه كاسترداد
بيع العين ولان ملك العين لم يسلم للمشتري بالبيع وانما سلم له بضمان القيمه فلا يسلم الثمن للبايع ايضا فلهذا استرد الثمن من البايع
رجل غصب جاريه فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجاريه مع نقصان الولاده لانها دخلت في ضمانه
بجميع اجزايها وقد فات جزء مضمون منها ولو فات كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل وان كان الولد حيا فعليه
ردهما لان الولد جزء من الاصل فيكون مملوكا للمالك الاصل ومؤنه الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنه
الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولاده لم يضمن الغاصب من
نقصان الولاده شيا عندنا وقال زفر هو ضامن لذلك وان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد على
قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون
منها الا بالاداء او الابراء منزله الحق وقد انعدم الاسقاط منزله الحق وهو برد الولد لا يكون مؤديا للضمان لان الولد ملك
المضمون له واداء الضمان بملك غير المضمون له لان الضمان لجبران ما فات عليه وملكه لا يكون جابرا لملكه ولا يجوز ان يكون
الولد قايما مقام الجزء الفايت فالولاده لان الولاده امانه في يده والفايت مضمون عليه فكيف يكون الامانه خلفا عن المضمون
الا ترى انه لو دخلها عيب اخر في يده وفي قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان وشبه
هذا بمن قطع قوايم شجر انسان فنبتت مكانها اخرى لم يسقط الضمان عن القاطع فيما ينبت لان النابت ملك المضمون له
بخلاف ما لو قطعت يدها فاخذ الارش فردها مع الارش لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن ان يجعل مؤديا للضمان
به وبخلاف ما لو قلع سنها فنبت مكانه اخرى وصارت مجزوله ثم سمنت لان هناك انعدم سبب الضمان لان السبب افساد
المنبت لا مجرد القلع وقد تبين انه ما افسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعد الرد لم يجب على الغاصب شي ايضا وهنا
السبب وهو النقصان قايم مشاهد والولد لا يصلح ان يكون قايما مقام ذلك النقصان الا ترى انه لو نبا بقيمته لو حصل
بعد الرد لم يجبر به فكذلك قبله وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والثابت حكما كالثابت حسا او اقوى منه
وبيان ذلك ان الولد خلف عن الجزء الفايت بالولاده بطريق اتحاد السبب وهو ان الولاده اوجبت فوات جزء من ماليه
الاصل وحدوث ماليه الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام اذ كان وصفا
لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى اثر في النقصان والزياده كانت خلفا عن النقصان كالمبيع
لما زال المبيع عن ملك البايع ودخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفا عن ماليه المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شي
بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيا وكذلك الارش خلف عن ماليه اليد المقطوعه باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك
الجزء مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشي يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه فصل السن
والسمن فان الحادث هناك يجعل خلفا عن الفايت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتاثير السبب في الخلافه اكثر من تاثير
المحل فاذا جعل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفايت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا اولى وبهذا ظهر الجواب عن كلامه
فانا لا نجعل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبريه بانعدام سبب الضمان برد ملك المغصوب فيكون المردود منه
يقرر هذا المعنى فان قيل كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان قلنا في الملك لم يكن
خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان
لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهاره لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا
له ولا يكون خلفا في حكم الطهاره لا في الملك واذا ثبت هذا فيما اذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولاده فكذلك

اذا صار فيه وفا بعد الولادة قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحادث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود
وقت السبب كالزوائد في المبيع بعد البيع قبل القبض يلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة في حكم الانجبار لا يكون
رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع
بعد القبض لا يعتبر في انقسام الثمن فاما في السن فتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفائت
باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله يوضحه ان هنا
لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل
في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ماله ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع
وذلك لا ينعدم بنبات مثله ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل ببقاء القطع الشجرة الحية النامية والانجبار بحكم
اتحاد السبب على ما قررنا فان ماتت الام وبالولد وفا بقيمتها ففي هذه المسئلة ثلث روايات روى عن ابي حنيفة انه يبرأ
برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب وذلك حاصل بالوفا في قيمة الولد وروى عنه انه
يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب
الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية
عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين احدهما انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من اصله كالجرح اذا اتصل به
زهوق الروح يكون قتلا من اصله لا ان يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبا للزيادة وهذا
بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد
السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور ان يكون الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل كالسمن والسن لا اذا
كان الفائت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد الجنس يجعل الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل لا اذا كان
الفائت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله يوضحه انه لما ضمن الاصل من وقت
الغصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا
رد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقررة وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفا عن حكم الانجبار به قال
واذا جاء المغصوب منه يدعي جاريته في يد الغاصب وهو منكر فاقام شاهدا انها جاريته غصبها هذا اياه واقام شاهدا
اخر على اقرار الغاصب بذلك لم يجز لانهما اختلفا حين شهد احدهما بالقول والاخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة
الواحد لا يثبت واحد من الامرين وكذلك لو شهد احدهما بالملك له وشهد الاخر على اقرار الغاصب له بالملك لان
المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد احدهما ذكر الغصب فالشهادة
جائزة لانهما اتفقا في الشهادة على الملك للمدعي وتفرد احدهما انها جاريته وشهد الاخر انها كانت جاريته فتقضي بها له
لانهما اتفقا في المشهود به وهو الملك للمدعي لان ما كان له فهو باق على ملكه ابدا حتى يخرجه من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك
عرفنا ان كل واحد منهما شاهد له بالملك في الحال وان شهد احدهما انها جاريته اشتراها من فلان وشهد الاخر انها جاريته
ورثها عن ابيه لم يجز لان احدهما شهد له بملك هو اصل فيه مستفاد بسبب احدثه وهو الشرا والاخر شهد له بملك هو خلف
عن مورثه فيه واحد الملكين متباين عن الاخر الا ترى ان الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغرورا بشرى مورثه
والمشتري لا يرد على البائع بائعه ولا يصير مغرورا بسبب شرى بائعه واذا المشهود به مختلفا لم يتمكن القاضي من القضا بشي
وان شهد احدهما بالشرا من رجل والاخر بالشرى من رجل اخر او هبة او صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به وهو
السبب اما لان الهبة والصدقة غير الشرا من عرفنا ان شهد انها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل
وسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفا على اجازة المالك فان من اصلنا ان ما له
مجيز حال وقوعه يتوقف على الاجازة وان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا ولكن الشرط لتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين
والمعقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا وقد ذكر في النوادر ان المدعي اذا طلب من القاضي ان يقضي له بالملك ففعل لم يكن له
ان يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي ان يفرد ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا للبيع فهذا وجه
ظاهر الرواية ان الملك الذي ظهر له بقضاء القاضي لا يكون اقوى من ملك ظاهر له وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفا فلان يمنع

بقاء

بقاء البيع اذا ظهر بالقضاء بطريق الاولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار
الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتها بمنزلة الاذن في الابتدا وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو امين فيما
يقبض الا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولا يشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان
الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع ابتدا فكذلك لا يشترط بقاؤه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ما حدث للجارية
عند المشتري من ولد او كسب او ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع
فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة
ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع واحد
اخذ جميع ذلك منها لانه بقي ملكه متفردا فيها وانما يملك الارش والكسب والولد بملك الاصل فان اعتقها المشتري لم ينفذ عتقه
قبل ان يجيز المالك البيع عندنا وقال ابن ابي ليلى عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق
الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهنا لما الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشتري اذا ضمن قيمتها فهنا
كذلك اعتبارا للحكم بالحقيقة ولكنا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل كما قال
عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والبيع الموقوف ضعيف في نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان
الموهوب له لو اعتق الموهوب قبل ان يقبض لم يعتق ولا يصير قابضا به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك وغير
الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكا حتى كان للمغصوب منه ان يضمن المشتري ان شا فان اجاز المغصوب منه البيع بعد
ما اعتق المشتري الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف هكذا رواه محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال ابو سليمان وكذا سمعنا من ابي يوسف
روايته عن ابي حنيفة انه لا ينفذ عتقه وجه القياس ان هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ
بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار للبائع اذا اعتق ثم سقط الخيار بل اولى لان البيع بشرط الخيار للبائع اذا اعتق ثم اقوى
من البيع الموقوف فانه متفق على جوازه ويتم بموت البائع وسكوته حتى تمضي المدة والبيع الموقوف مختلف في جوازه وهو يبطل
بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة من الظاهر الملك فان المالك لو اجاز
العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له الملك كالمشتري من المكره اذا اعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع
لم ينفذ عتق المشتري يوضحه ان البيع والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو اجاز العتق بطل البيع فكذلك لو اجاز البيع
بطل العتق لما بينهما من المنافاة في حقه والدليل عليه ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان
اقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ينفذ عتقه فهنا اولى وكذلك لو كان المشتري من الغاصب
اعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك اذا نفذ البيع باجازة المالك وجه الاستحسان
ان هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بنفوذ السبب بالاجازة كالوارث اذا اعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين
ثم يسقط الدين او المشتري من الوارث اذا فعل ذلك وتقرير هذا الكلام ان العقد الموقوف سبب تام في نفسه وانعقاده بكلام
المتعاقدين ولهما ولاية على انفسهما فاذا اطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك ولا ضرر على المالك
بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لانه ليس من ضرورة تمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لان الاسباب الشرعية
لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز ان يتاخر الحكم عن السبب والضرر على المالك في اثبات الملك للمشتري لان من ضرورته زوال
ملكه فيتاخر ذلك الى وقت الاجازة فبقي السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة
والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصادقا وافترقا
ثم اجاز المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب والنكاح لا يحتمله كخيار الشرط ولا يكون عفوا في الصرف بعد
الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة واذا ثبت ان السبب تام
فنقول العتق قبض حتى ان المشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا والقبض بعد تمام السبب يتوقف السبب وينفذ بنفوذه
كالقبض الحقيقي في المبيع او الثمن والدليل عليه ان رجلا لو قال للغاصب اعتق هذا العبد عني بالف درهم فاعتقه ثم اجاز المالك نفذ
بالاجازة العتق والبيع جميعا فهذا مثله بل اولى لان سبب الملك هناك ضرورة وهنا مقصود به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من

المالك فاجابه اليه كان نافذا فكذلك اذا التمس من غير المالك فاجابه اليه فاجازه المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب
هناك غير تام به فان قوله على انى بالخيار مقرون بالعقد نصا وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم
يجز البيع قياسا لانه ادخل الشرط على السبب وفى الاستحسان جعل الشرط داخلا على حكم السبب فينعقد اصل العقد ويكون
فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله الا ترى انه لو قال لله على ان اتصدق بدرهم فتصدق به
اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله على ان اتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعلق
بالشرط يمنع منه نوضح الفرق ان فى العقد الموقوف يثبت ملكا يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا لا يزيل ملك المالك
ولا يتضرر به فاما ترتب على الملك الموقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فاما الشرط فى مسئلة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك
الموقوف فلو يترتب عتق المشترى على الملك فى المحل اصلا ومسئله المكره قد منعه بعض اصحابنا والاصح ان نقول بيع المكره فاسد
ولهذا لو اعتقه المشترى بعد القبض ينفذ عتقه والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام فى حكم الملك كالهبة قبل القبض فلا
يثبت به ملك تام ولا موقوف فى المحل فلهذا لا ينفذ عتقه وعتق المشترى يخالف بيعه لان البيع ليس بقبض الا ترى انه لو باع المبيع
قبل القبض لا يصير به قابضا وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه من حيث انه قبض ومن حيث
ان الشرا موجب وهو شراء القريب فانه اعتاق بخلاف البيع توضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهى له الا ترى ان المشترى
لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بايعه بحصة العيب من الثمن بخلاف ما لو اعتقه فلكون العتق منهيا للملك يتوقف بتوقف
الملك وهذا بخلاف ما لو اجاز المالك العتق لانه باجازة العتق من نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازة البيع
محل العتق للمشترى وهو الملك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة
الملك ولهذا لا يستحق الزوايد المنفصله وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب فى كسبه وهنا الثابت للمشترى
من وقت العقد حقيقه الملك ولهذا استحق الزوايد المنفصله والمتصله فاما اذا اعتقه المشترى ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب
فالاصح انه ينفذ العتق ايضا هكذا ذكره هلال رحمه الله فى كتاب الوقف فقال ينفذ وتفقه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى
وبعد التسليم يقول هناك المشترى يملكه من جهة الغاصب وقد بينا انه لا يثبت للغاصب حقيقه الملك فكيف يثبت لمن تملكه
من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يثبت الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة
الملك للمشترى من وقت العقد بالطريق الذى قلنا فلهذا نفذ عتقه وان ماتت الجارية فى يد المشترى ثم اجاز المالك البيع لم يتم
لان اجازته انما تصح فى حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لا يصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشترى يثبت عند الاجازة مقصودا
بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصودا بسببه وان لم يمت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولكن
الغاصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ بيع
الاول من الغاصب بهذا الشرا لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم فلهذا لا يصح البيع الاول بعد شرى الغاصب ولذلك
ان اجازه المالك لانه قد طرى ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلا للموقوف اذ لا يتصور اجتماعهما فى محل واحد والبيع
بعدما بطل لا يلحقه الاجازه وكذلك لو وهبها مولاها للغاصب او تصدق بها عليه او مات فورثها منه فهذا كله مبطل
للملك الموقوف نظرا بان الملك النافذ فى المحل رجل غصب من رجل جارية فغيبها فاقام المغصوب منه البينة انه قد غصب
جارية له كان يحبس حتى يجى بها ويردها على صاحبها وكان ابو بكر الاعمش يقول تاويل هذه المسئله ان الشهود شهدوا على اقرار
الغاصب بذلك لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فاما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغصوب
لان المقصود اثبات الملك للمدعى فى المغصوب ولا يتمكن القاضى من القضا بالمجهول ولا بد من الاشارة الى ما هو المقصود
بالدعوى فى الشهادة ولكن الاصح ان هذه الدعوى والشهادة صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعا من احضار
المغصوب عادة وحين يغصب فانما يتانى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار
علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته
باقراره فيحبس حتى يجى به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضى من القضاء
به فلهذا يحبسه حتى يجى بها ويردها على صاحبها كان قال الغاصب قد ماتت وبعتها ولا اقدر عليها يلوم القاضى فى ذلك
زمانا ولم يعجل بالقضا بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة وفيه نوع ضرر على صاحبها فى الملك مقصود

لصاحبها كالعين وربما يتعلل الغاصب بذلك ليسلم العين له عند اداء القيمة فلهذا لا يعجل بالقضا بها وليس لمدة التلوم مقدار بل
يكون موكول الى راى القاضى لان نصب المقادير بالراى لا يكون وهذا التلوم اذا لم يرض المغصوب منه بالقضا بالقيمة له فاما اذا رضى
بذلك او بلوم القاضى فلم يقدر على الجارية فان اتفقا فى قيمتها على شى واقام المغصوب منه البينه على ما يدعى من قيمتها قضى له القاضى بذلك
وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعى الزياده وهو منكرها فان استحلف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره
بما يدعيه المالك وان حلف قضى له بما اقر به الغاصب لان ما زاد على ذلك انتفى عنه بيمينه ما لم يقم المالك حجة عليه فان ظهرت الجارية
بعد ذلك فان كان القضا بالقيمه بالبينه او بالنكول والاقرار من الغاصب بما ادعى المالك فالجارية له لا سبيل للمغصوب منه
عليها وان كان القضا بالقيمة بزعم الغاصب بعد ما حلف فالمغصوب منه ان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان
شاء امسك ثمن القيمة ولا سبيل له عليها فى الكرخى هذا اذا كان قيمتها بعد ما ظهرت اكثر مما قال الغاصب فاما اذا كان
قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له فى استردادها لانه يوفى عليه بدل ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو
الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت الخيار لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك
لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضى الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا فاما عند الشافعى الجارية باقية
على ملك مولاها فيستردها اذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمه وبعض المتقدمين من اصحابنا يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان
على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان ولكن هذا غلط لان
الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا ينفذ بيع الغاصب ويسلم الكسب له وبعض المتاخرين يقول الغصب هو السبب
الموجب للملك عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك فى
لكان اذا تم له الملك بذلك السبب ملك الزوايد المتصله والمنفصله كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازه ملك المشترى المبيع بزوا
المتصله والمنفصله ومع هذا فى هذه العباره بعض السمعه فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون فى
سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه مرغب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز
اضافة مثله الى الشرع فالاسلم ان يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصودا
بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضا بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع فلا
يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزياده المتصله فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم
فى التبع كثبوته فى الاصل سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه وشرطا لغيره وجه قول الشافعى الاستدلال بقوله
تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فالله تعالى جعل اكل مال الغير قسمين قسم بالباطل
وقسم بالتجارة عن تراض وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون اكلا بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه
شبهة الاباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك كالقتل وتاثيره ما قلنا ان الملك حكم مشروع فيستدعى سببا مشروعا
والعدوان المحض ضد المشروع فادنى درجات المشروع ان يكون مرضيا به وان يكون مباحا والعدوان المحض ضد ذلك
يجوز ان يثبت الملك بضمان القيمة لان هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفايت والفايت بالغصب يد المالك لا ملكه
فعرفنا ان هذا الضمان بمقابلة النقصان الذى حل بيد الغاصب لا ان يكون بدلا عن العين ولهذا قلنا لو هشم ملح فضة
انسان وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضا ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق
من غير قبض ولما ثبت ان هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ما هو قائم بل بالجبر ما هو فايت وملكه فى
العين كان قايما فلو جعلناه زايلا بالقضا بالقيمة له كان هذا تفويتا لا جبرانا ولو كانت القيمة بدلا عن العين فهو حلف
بصار اليه عند وقوع الناس عن رد العين ومثل هذا الحلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن الانسان
فاستولى به حولا ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبتت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش لهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر فانه
يتضح جميع ما قلنا فان الغصب يتحقق فى المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق فى المدبر وبقضاء القاضى بالقيمة لا يزول عن ملكه
ولو كان شرط القضا بالقيمة انعدام ملكه فى العين وكانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضى بها فى محل لا يتحقق فيه هذا الشرط
وان تم بقضاء القاضى ينبغى ان يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام فى الشاة المصلية
المغصوبة اطعموها الاسارى فقد امرهم بالتصدق بها لان التصدق بملك الغير اذا كان مالكها معلوما لا يجوز ولكن يحفظ عليه

وهذا الجواب اذا ثبت ان الملك لا يثبت بسبب العدوان والضمان

عين ملكه فان تعذر ذلك يباع فيحفظ عليه ثمنه والمعنى فيه ان الغصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك له اذا
امكن والصلح وبيان الوصف ان غصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لانه ليس بمال وكذلك غصب الخمر من المسلم لانه غير متقوم
وتاثيره ان اختصاص السبب بمحل لا يكون الا لاختصاصه بحكم يختص به ذلك المحل فالمحل الذي هو مال متقوم يختص بصحة التملك
فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا انه انما اختص لهذا الحكم فان الفعل الذي هو عدوان محض وازالة اليد
المحقه لا يختص بمحل هو مال متقوم ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب على الغاصب بدل العين لا ترى انه يقوم العين به وانه يسمى
الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم
لا املاكيته بها عرفنا ان الضمان بدل عن العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعي الفوات لا محالة لانها تجبر الفايت
دون القايم فكان من ضرورة القضا بقيمة العين انعدام ملكه في العين ليكون جبرانا لما يكون موفايت وما لا يمكن اثباته
الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الى اثباته تقدم شرطه عليه لا محالة كما اذا قال لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتقه
تقدم التمليك منه على نفوذ العتق عنه ضرورة كونه شرطا في المحل الا ان يكون قوله اعتقه عني سببا للتمليك مقصودا اذ تقرر
هذا تبين انا نثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضا بالقيمة جبرانا لحقه في الفايت ثم انعدام الملك في العين
لما كان من شروط هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بحسنه ولهذا لا يشترط النقا بل لان شرط القابض فيما هو سبب للملك
مقصودا الا فيما يثبت شرطا لغيره كما لا يثبت يشترط القبول في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم لان شرط القبول في سبب
ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المغصوب وان كان هالكا عند القضا بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان
الهالك مما لا يقبل التمليك مقصودا بسببه لا شرطا لغيره وكذلك يقول اذا اخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا يبقى على ملكه
ولكن يخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فاما المدبر ففي تخريجه طريقان احدهما ان هناك لا يتوقف
بقا العين على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يخرج ذاتا عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لو لم يظهر المدبر بعد ذلك .
فظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المغصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العبد
يثبت له بالبدبير عاهدوا والثاني ان في المدبر القيمة ليس بدل العين لان ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر في
المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذي حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففي كل محل يمكن ايجاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان
الذي حل بيده ونظيره فصلان احدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن ايجاد شرطه بتحقق الضرورة وهو تمليك
العين فيما لا يحتمل ايجاد هذا الشرط كالمدبر وام الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل
لا يحتمل تمليك العين يجعل الماخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده وكذلك اذا اخذ القيمة بقضا القاضي وفيما تلا من الاية بيان
ان الاكل بالتجارة عن تراض جائز لا ان يكون للجواز مقصودا عليه ثم بمعنى التجارة عن تراض قد وجد هنا من وجه لان المالك
هنا متمكن من ان يصبر حتى يظهر العين فاذا اخذ وطالب بالقيمة مع علمه ان من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك
لان من طلب شيا لا يتوصل اليه الا بشرط كان يكون راضيا بمطلوبه رجل غصب من رجل جارية فوطيها فولدت منه ثم
حضر صاحبها فادعاها ولم يكن له بينة فاقر له بها دفعها اليه لو بعيد وعليها وعلى ولدها لان حق امه الولد لها حقيقة الحرية
للولد يثبت من حيث الظاهر فان من في يده شي فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدق في
ابطال حقها ولكنه مصدق فيما يقر به على نفسه وقد اقر انها كانت مغصوبة في يده وانه ضامن لقيمتها عند تعذر ردعينها
وقد تعذر رد العين بفعله فلهذا يلزمه قيمتها للمقر له قال ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر وذكر المسئلة في اختلاف
زفر ويعقوب ان على قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول ابي يوسف لا يضمن ذلك وجه قول زفر انه اقر بوجوب
العقر عليه لانه يزعم انه وطيها وهي مغصوبة في يده والوطي في ملك الغير لا ينفك عن حد او عقر وقد سقط الحد للشبهة
فيجب العقر وكذلك لو اقر ان الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن الولد بالمنع
او يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلى المغرور عقرها للمستحق فهذا امثله وجه قول ابي يوسف ان
ما يلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما اقر بوجوب العقر عليه انما اقر بوجوب الحد عليه لان وطي الجارية المغصوبة
يوجب الحد على الغاصب دون العقر وكذلك ولد المغصوبة لا يكون مضمونا على الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه في
الولد وانما امتنع رده لحريته شرعا فهو كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما اقر على نفسه بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد

فلا يلزمه ذلك فان كان المدعي اقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضى له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة
ولم يذكر العقر وينبغي ان يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما انكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد ثبت بالبينة انه
وطي ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذي هي في يده ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت ان يقضي
بالجارية للذي اقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعتها ولا اذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيا من ذلك قال لا استحلفه على شي
من ذلك الا ان يدعي الذي هي في يده لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهييجها ولان الاستحلاف يترتب على دعوى
صحيح فاذا لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه يحلف لانه يدعي عليه ما لو اقر به لزمه وروي عن
ابي يوسف ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضا نفسه وان اقام الذي هي في يده البينة على تسليمه
البيع اخذ رب الجارية الثمن من البايع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولان اجازة البيع في الانتها بمنزلة الاذن في
الابتدا فان تصادق الاول والجارية على انه كان اعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا على ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما
اثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان على ابطال ملكه ولكن ان اقامت الجارية البينة ان الاول كان اعتقها قبل
ان يشتريها هذا فانها تعتق لانها اثبتت حريتها باعتاق من كان يملكها بالحجة ثم تبين بطلان البيع فيرجع المشتري على البايع
بالثمن وعلى المشتري العقر للجارية لانه وطيها بشبهة الملك وهي حرة والولد ولد بغير قيمة لان الولد يتبع الام في الحرية وقد
ثبت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حرا بذلك السبب لا بالغرور ولهذا لا يغرم قيمة الولد ولو اشترى جارية فولدت له
ثم جاء اخوه فاقام البينة ان الجارية له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لان حرية الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك
الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ على عمه بعد ما يملكه وهنا الولد كان حر الاصل فلم يدخل في ملك المدعي حتى يجعل عتقه بسبب
القرابة واذا ثبت ان حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله عنهما ويرجع المشتري على البايع
بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطي فلا يرجع به على غيره رجل غصب
جارية او شاة او بقرة فولدت ولم يمنع ذبح الولد او باعه او استخدمه حتى مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الاول
الولد كان امانة عنده وقد اتلفه بالذبح او الاستخدام حتى مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان امانة عنده
وقد اتلفه بالذبح او الاستخدام حتى مات منه وصار متعديا عليه بالبيع والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة
وان لم يصنع شيا من ذلك ولكن الام ماتت فله ان يضمنه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب
شرعا لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعدي الى الولد فان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان اصل السبب
للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بعد موت الام فاما قبل هو فالواجب رد العين فالملك به يثبت كذلك ويتبين ان
من وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد كحكم الملك الثابت للمكاتب
بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكا للمولى وولده يكون مملوكا له بنفذ عتقه فيه رجل غصب جارية قيمتها الف درهم
فصارت قيمتها الفان ثم قتلها رجل خطا فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب الف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع
عاقلة القاتل الفي درهم في ثلث سنين لان كل واحد منهما جاني في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمنه
باعتبار الغصب فنظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب
يرجع على عاقلة القاتل بالفي درهم مؤجلا في ثلث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القاتل جاني على ملكه فلهذا
يرجع على عاقلة القاتل بالفي درهم مؤجلا في ثلث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القاتل جاني على ملكه فلهذا يرجع
على عاقلة القاتل بالفي درهم في ثلث سنين ولان المالك لما ضمنه فقد اقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار
الرجوع عليهم اخذ منهم الفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة
قد رما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه
التصدق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كان قيمة الجارية يوم غصبها عشرة الاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فمولاها
بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة الاف درهم في ماله حالا بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة الاف درهم الا
عشرة دراهم في ثلث سنين بسبب القتل لان الواجب لهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة الاف كبدل
نفس الحرة وينقص الرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة الاف

درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه او لانه ظهر ان جناية القاتل كان على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت
رجلا خطأ اخذها مولاها ودفعها او فداها لانها بعد الغصب باقية على ملك مولاها وموجب جناية المملوك ان يخير مولاها
بين الدفع والفداء واي ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقل من قيمتها ومن الفداء لان ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب
وجنايتها في ضمان كجناية الغاصب عليها ولان الرد لم يسلم حين استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فيرجع عليه بقيمتها
الا ان يكون الفداء اقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقل لانه في التزام الزيادة على الاقل مختار فانه يتخلص باختيار الاقل فان
كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية اخذ الجاني قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فدفعها الى اولياء الجناية لانها كانت
مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واخلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها واذا دفع القيمة اليهم رجع بها على الغاصب
مرة اخرى لان المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها
ودفعها بالجناية

غصب العقار

رجل غصب دار رجل وسكنها فان انهدم من سكناه او عمله فهو ضامن للمالك لانه متلف لما انهدم
بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وان انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف
الاخر وفي الاستحسان يضمن وهو قول ابي يوسف الاول ومحمد والشافعي حجتهم في ذلك قوله عليه السلام من غصب شبرا من
ارض طوقه الله تعالى من سبعة ارضين فقد اطلق النبي عليه السلام لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال
غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع باقامة ذي اليد البينة على ان يده يد امانة واذا ثبت
ان الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه اما الشافعي فيقول العقار مال بالاستيلاء فيضمن بالاستيلاء كالمنقول
وبيان الوصف ان الغزاة اذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على اصله ان حد الغصب المعتبر اثبات اليد
لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائز والفاسد فيضمن
بالغصب كالمنقول وتحقيقه وهو ان وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فاما
فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء باقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى
والشهادة الاشارة الى العين في المنقول الذي يمكن احضاره ثم في العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام
الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة التخلية يقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا
معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنعه من ان يدخل ملكه فيسكن لان ما هو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة
الملك وثمراته عليه تحصل بهذا ويجوز اقامة فعله في غير المضمون مقام فعله في المضمون في ايجاب الضمان كحافر البئر في الطريق
فعله في الارض دون المال ثم يجعل ذلك قائما مقام فعله في المال لو اتلف في البئر في ايجاب الضمان عليه فهذا مثله او اقوى منه
وحجتنا في ذلك الحديث كان النبي عليه السلام بين جزاء غاصب العقار الوعيد في الاخرة ولم يذكر الضمان فذلك دليل
على ان المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان اولى ان يبين الضمان لان الحاجة اليه امس والاطلاق لفظ الغصب
عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا الا ترى انه اطلق لفظ البيع على الحر بقوله
من باع حرا وهذا لا يدل على ان البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا الا ترى انهم
يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الصدقة وقد ورد الشرع بذلك ايضا ثم لا تتحقق في العقار السرقة
الموجبة لحكمها على انا نقول يتحقق اصل الغصب في العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول وبيان
هذا ان الضمان انما يجب جبرانا للفائت من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل في المال بدون النقل والتحويل لان يد
المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان يبقى ما بقي المال في ذلك المكان كان محالا الا ان ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة
الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من ان يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل في المالك لا في الملك وفعله في المالك لا يفوت يده
عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلية قبل النقل فكذلك العقار وانما
الشيء الاخر مقام السبب الموجب للحكم طريقه فيما يأذن الشرع فيه او يوجبه الحكم فاما الغصب لا يأذن الشرع فيه والحكم ممنوع منه
فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكما ولكن ان صادف الفعل محلا يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلا لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم
كمن زنا بميتة واتى بما في وسعه من المعالجة لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لانما هو حد فعل الزنا لا يتحقق في هذا المحل فلا يشتغل
باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود به فارق ضمان العقد لان ذلك توجبه فيجوز اثباته بطريق حكم العقد الفاسد معتبر

بالجائز لان الفاسد لا يمكن ان يجعل اصلا في معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة
يجوز ان يقام مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجبه الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض في باب الهبة فان الشرع يأذن
فيه فيصار الى ايجاده بطريق التمكن ولو كان ما قاله محمد من اقامة الفعل في المالك صحيحا لكان الاولى ان يصار اليه في المنقول
لان الحاجة الى حفظ المنقول بايجاب الضمان اظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان على الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط
مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو ثقله في نفسه وسببه اذا كان لا يعلم والحافر اذا وجد شرط الوقوع بازالة
المسكة واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب اصل في الشرع والاتلاف بهذا الطريق فاما هنا الفعل
في المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكما الا ترى ان هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة
فان تلفته في البئر يقام الحفر مقامه وهنا بما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل في المالك مقام الفعل في المال ولا يدخل
على هذا ما قاله في الزيادات اذا وهب لرجل دارا بما فيها من الامتعة قبل ان ينقلها الموهوب له ثم استحقت فللمستحق ان يضمن الموهوب
له لان في جواب تلك المسألة نظر فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم على اصل محمد ايضا لانه قد نص ايضا في المنقول انه
لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه في السير الكبير ثم العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت
مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له فان قيل اليس انه لو اشترى منقولا وخلى بينه فهلك قبل النقل ثم
جاء مستحق فليس له ان يضمن المشتري وهذا المعنى موجود فيه قلنا لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشتري فلا يجعل يده كيد
البائع فاما الهبة لا توجب التسليم الى الموهوب له فيستقيم ان يجعل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق
للمالك ان يضمن غاصب الغاصب ايضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهي يد مفوتة ليد المالك فيتحول اليه بصفته
واشار في الكتاب الى حرف آخر فقال لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت او لبس ثوبه
فاحترق كان ضامنا ومعنى هذا ان العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن بدون اسبابه وهو الدخول كالمنقول ولكن عذر محمد في
هذا اوضح لان الضمان انما يجب باثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لا يحصل انما يحصل بالسكنى الا ترى ان من
ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان اباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه
الدار استحق القضاء له بها لانهم شهدوا باليد للاب عند الموت بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت اليد
حتى لو شهدوا ان اباه مات وهو لابس هذا الثوب او راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع اللابس
والمركوب تبع للراكب فظهر انما الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب
الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشرى من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال
ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب
والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وقد ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان
وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب
الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما ان هناك اتلاف الملك على المشهود عليه
قد حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا يقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع
والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا
ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر رجل
غصب عبدا او دابة فآجره واصاب من غلته فالغلة للغاصب لان وجوبها بعقده وقد بينا في كتاب اللقطة ولان المنافع
لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فاذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له كما في الاصل
قلت ولم لا يكون لصاحب العبد قال لانه كان في ضمان غيره وكأنه اشار بهذا التعليل الى قوله عليه السلام الخراج بالضمان يجب
كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان له الاجر له دون المالك ويؤمر ان يتصدق بها لانها
حصلت له بكسب خبيث فان مات العبد فالغاصب ضامن لقيمته وله ان يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة لانها ملكه وما فضل
بعد ذلك تصدق به باعتبار الجزء بالكل فان قيل القيمة دين في ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه ان يتصدق بمثله قلنا
نعم ولكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه الا ترى انه لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك تناول ذلك وليس عليه

الغاصب شيء اخر فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبريا له عن ضمان القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه وان كان الغاصب باع الدابة واخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشتري فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في اداء الثمن لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول اليه بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة اليه قال الا ان لا يكون عند الغاصب ما يؤدي به الثمن فلا باس حينئذ ان يؤدي من الغلة لانه محتاج الى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فاذا اصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني عنه وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك لان وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاكه الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فان كان محتاجا فليس عليه ان يتصدق بشيء منه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله فكذلك في استهلاك الثمن وانما قلنا ذلك لان حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى ان له ان يتصدق وله ان يردها على المالك ان شاء ثم الملتقط اذا كان محتاجا فله ان يصرف اللقطة الى حاجة نفسه بخلاف ما اذا كان غنيا فكذلك حكم هذه الغلة وليس على الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة اجر وعلل فقال لانه كان ضامنا ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم في العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعته فاذا اعتبر المنفعة لايجاب ضمان العين لا يمكن اعتبارها لايجاب ضمانها مقصودا والمنفعة كالكسب وقد بينا في الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك في المنفعة ولهذا كان التعليل تعقبا عقد في الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند ابي حنيفة وابي يوسف كالاصح وبناء هذه المسئلة على الاصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث في العين شيئا فشيئا وقد بينا ان زوائد المغصوب لا يكون مضمونا على الغاصب عندنا ويكون مضمونا عند الشافعي فكذلك المنفعة ولان الغصب الموجب للضمان عندنا يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما يثبت على العين وعنده الاسد مفوته ليد المالك فلهذا لا يضمن المنافع بالغصب عندنا فاما الاتلاف فنقول عندنا المنافع لا تضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي تضمن ومنفعة الحر في ذلك سواء حتى لو استسخر حرا واستعمله عنده تضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ما صنع ولكنه لا يضمن شيئا وجه قول الشافعي ان المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا ومن غيرنا بهذه الصفة وانما يعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستاجر المرء جملة ويؤاجر متفرقا لابتغاء الربح كما يشتري جملة ويبيع متفرقا وولي الصبي يستاجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع في المالية مثل الاعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا نقوله في منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف الا انه اذا حبس حرا لا يضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهي متقومة لانها تقوم الاعيان فيستحيل ان لا تكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالعقد وتضمن به صحيحا كان العقد او فاسدا وانما يملك بالعقد ما هو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفصل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة في المالية لان الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار تفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لا يملك بعقد الاجارة حتى لو استاجر مسكا ليشمه لا يجوز ولا يضمن بالعقد ايضا صحيحا كان او فاسدا ويحتجان في ذلك بحديث عمر وعلي رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعي لجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه ان بيان ان المنفعة ليست بمال متقوم فلا يضمن بالاتلاف كالخمر والميتة وبيانه ان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا بيديه او اعاره شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان التقوم لا يسبق الوجود فان المعدوم لا يوصف بانه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لا يسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلى هذا يقول الاتلاف لا يتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لا يحل المعدوم وبعد الوجود لا يبقى ليحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فاما بالعقد يثبت للمنفعة

حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا يتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فبقي الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم التقوم والاتلاف وفي الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين تتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما وليس لنا ان المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان في المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص الا ترى ان الحال لا يضمن بالنسيئة والدين لا يضمن بالعين لانه فوقه فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين وبيان هذا الكلام ان الملك عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لا تبقى وقتين والعين تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم والعين لا تضمن بالمنفعة قط ومن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره ان يكون ذلك الغير مثلا له ايضا والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الاتلاف والمماثلة بين المنفعة والمنفعة اظهر من المماثلة بين العين والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبني على المماثلة باعتبار الاصل بل على التراضي وكيف يبنى على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح ثم ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والامكان ولهذا اوجب الضمان باعتبار التراضي فاسدا كان العقد او جائزا فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد فاما الاتلاف محظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الاتلاف فان قيل يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم وللزجر عن اتلاف منافع اموال الناس ولان المتلف عليه مظلوم فيسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم اولى من مراعاة جانب الظالم مع ان هذا التفاوت من زيادة وصف ولو لم يعتبر سقط به حق المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من اهدار احدهما فاهدار الصفة اولى من اهدار الاصل قلنا فقد اوجبنا للزجر التعزير والحبس فاما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما اتلف كان ذلك ظلما مضافا الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهو انا لا نقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع ان حق المظلوم لا يهدر بل يتأخر الى الآخرة ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا في حق المتلف فيبطل حقه عنه اصلا فكان ما قلنا من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة اعدل من هذا الوجه فان اقام رب الدابة البينة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه واقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه وماتت في يده فعلى الغاصب القيمة لان رب الدابة يثبت على الغاصب سبب وجوب القيمة والغاصب ينفي ذلك لان موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على احد والبينات للاثبات دون النفي فان قيل سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت ببينته ما يبرئه عن الضمان وهو الرد فكانت بينته اولى بالقبول قلنا نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز ان يكون ركبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلهذا جعلنا بينته اولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها ان الغاصب قتلها او انه هدم الدار وشهود الغاصب انه ردها اليه على حالها لان الرد بعد القتل يتحقق من الغاصب وكذلك هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لان الغاصب ببينته ينفي ذلك السبب فاما اذا اقام صاحبها البينة انها ماتت في يد الغاصب واقام الغاصب البينة انه ردها فماتت في يد صاحبها فعلى قول ابي يوسف تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لان الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها ببينته يثبت سبب الضمان ضمان متجدد وهو غصبه اياها عند الموت فيقضى له بالضمان وعند محمد البينة بينة الغاصب هنا لانه يثبت اثبات الرد وسقوط الضمان عنه ثم ليس في بينة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد لان الظاهر انهم انما شهدوا بذلك لانه خفي الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا انها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد فشهدوا به بخلاف ما سبق فان القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه ما لم يعاينوه باعتبار علمهم السابق واذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق او كان طعاما فاكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له ان يرجع بالضمان على الواهب عندنا وقال الشافعي له ذلك لانه صار مغرورا من جهته حين اوجب الملك له بالعقد واخبر انه يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة احد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكنا نقول الموهوب له في القبض كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على احد فاما المغرور فلنا بمجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن اخبر انسانا ان هذا الطريق

امر فملكه فاخذ اللصوص ما له او اخبره ان هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف وانما المغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع
لمعنيين احدهما ان بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب في الاستحقاق فبفوات ما هو مستحق له يثبت له حق الرجوع فاما
بعقد التبرع لا يستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيبا لا يرده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور ايضا والثاني
وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه
فاما الموهوب له في القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئا ليتاكد ذلك بقبضه وعلى هذا لو وهب
له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها واخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له على الواهب بشيء بخلاف ما لو
كان اشتراها فان هناك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالحصة ولا يرجع بالعقر
عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر ايضا لان البائع قد ضمن له سلامة الوطء لكنا نقول وجوب العقر بما استوفى منها
وهو الذي نال تلك اللذة فلا يرجع بما لحقه بسببه على احد وعلى هذا لو ان غاصب الدابة اجرها فعطبت عند المستاجر ثم ضمنه
المغصوب منه قيمتها رجع بها على الاخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستاجر في قبضها عامل للاخر من وجه فانه
يتقرر به حقه في الاجر فاما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع على احد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا
الهبة وعند الشافعي لان المستعير ضامن للعين في حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما لحقه من الضمان واذا اختلف رب الثوب والغاصب
في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينة رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن
لرب الثوب بينة لانكاره الزيادة فان اقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الى بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا
القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وانما يدعي رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة او نفوا تلك
الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعواه وفي الاصل يقول رب الثوب هو
المدعي والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعي فقال البينة على المدعي وبالالف واللام يظهر ان جنس البينة
في جانب المدعي وجعل اليمين في جانب المدعى عليه والبينة لا تصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين باقامة البينة فان شهد
لرب الثوب شاهدان ان قيمة ثوبه كذا او شهد اخر على اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما بذلك لانهما اختلفا فشهد احدهما بالقول
والاخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فاردت ان تحلف على ذلك فقال انا ارد اليمين
على رب الثوب واعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله
الى غيره قال ولا ارد اليمين ولا احولها عن موضعها الذي وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا
في جانب المدعى عليه اما للنفي او لابقاء ما كان على ما كان ومويّاه دمه فاذا حولت الى جانب المدعي لم تعمل الا بهذا المقدار لان
عمل الشيء في محله اقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعي شيئا بل حاجته الى اثبات ما ليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا
وكذلك ان رضي رب الثوب بذلك وقال انا احلف فتراضيهما على ما خالف حكم الشرع يكون لغوا فان جاء الغاصب بثوب زطي
فقال هذا الذي غصبتك وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروي او مروي كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الخلاف
بينهما في تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض امينا كان او ضامنا لانه لو انكر القبض اصلا كان القول قوله ثم ذكر صفة يمينه
وقال يحلف بالله ان هذا ثوبه الذي غصبته اياه وما غصبه لا هرويا ولا مرويا لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل
القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع في رد الوديعة او هلاكها والمدعي يدعي عليه انه غصبه هرويا او مرويا
وهو منكر فالقول قوله مع اليمين ولهذا جمع في اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وابرأت الغاصب
من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعي لان نكوله كاقراره وعند النكول
لا يقضى له بهذا الثوب لانه لا يدعي ثوبين انما يدعي ثوبا هرويا وقد استحقه فاما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان
يدعي اصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بنفي دعواه اصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء اخذه
وان شاء تركه فان جاء بثوب هروي خلق فقال هذا الذي غصبتك وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديدا حين
غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب حين كان جديدا ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال
معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه الى اقرب الاوقات
فان اقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب انه غصبه جديدا لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة

عن

عنه وان لم يقم لواحد منهما بينة وحلف الغاصب فاخذ رب الثوب الثوب ثم اقام البينة انه غصبه اياه جديدا ضمن الغاصب
فضل ما بينهما لان الثابت ببينته كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لا يمنع قبول بينة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر
رضي الله عنه قال اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة ولان القاضي ما قضى بان المغصوب كان خلقا وقت الغصب ها
ولكنه امتنع عن القضاء بانه كان جديدا عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه ان يقضي بها فان كان غصبه ثوبا فصبغه
احمر او اصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب ابيض وكان الثوب للغاصب وان شاء اخذ الثوب وضمن
للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم للغاصب وهو قائم في الثوب وقد بينا ان تعديه لا يسقط حرمة ماله فالاصل
الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الاخر وتعذر ايصال منفعة ملك كل واحد منهما على
الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الاصل اولى لان الاصل
قائم بنفسه وقيام الوصف بالاصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله
ان لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب ابيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له ما زاد الصبغ فيه فيتوصل
الغاصب الى مالية حقه ويتملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدي من الضمان والغاصب راض بذلك حين خلط ملكه وصفا
لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته ابيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب
ان لا يملك ثوبه منه بقيمته وان لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الاخر الا بالبيع وهو نظير ما لو
هبت الريح بثوب انسان فالقته في صبغ غيره فانصبغ الا ان هناك لا ضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصنع فيه وفيما وراء
ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا في هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا في
بعض الثياب وذكر هشام عن محمد قال لو غصب ثوبا يساوي ثلثين درهما فصبغه بعصفر فتراجع قيمته الى عشرين درهما
فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد له فان كان خمسة دراهم فلصاحب الثوب ان ياخذ ثوبه وياخذ خمسة دراهم من الغاصب
ايضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة دراهم فالخمسة بالخمسة قصاص
ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وان كان المغصوب جارية صغيرة فرباها حتى ادركت وكبرت ثم اخذها رب الجارية لم يضمن
للغاصب ما زاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف ما بينا من الصبغ في الثوب فهو زيادة من مال
الغاصب لا من العين المغصوبة ولا يرجع بما انفق على المغصوب منه لانه متبرع في الانفاق بغير امره ولانه استخدمها بازاء ما انفق
ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه واذا غصب سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمنه قيمة السويق وضمن للغاصب ما زاد السمن فيه لان السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب
وكذلك الدهن اذا خلط به مثله وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا ميتا كدهن البزر ونحوه اخذه صاحبه
ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه واذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب ان ياخذه ولا يعطيه
شيئا في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن ابو حنيفة اجاب على ما شاهد
في عصره من عادة بني امية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس لبس
السواد وكان ابو يوسف يقول اولا بقول ابي حنيفة فلما قلد القضاء وامر بلبس السواد وكان ابو يوسف يقول اولا احتاج الى
التزام مؤنة في ذلك رجع وقال السواد زيادة وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالعصب ونحوه
فان كان المغصوب ثوبا ينقص السواد من قيمته فالجواب ما قاله ابو حنيفة وان كان الثوب يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالا
انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمته وان شاء اخذ الثوب وضمنه
ما نقصه القطع لان القطع نقصان فاحش في الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبعد ما قطع لا يصلح
لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك
وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء واخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان الثوب ليس من اموال الربا وتضمين النقصان
في مثله مع اخذ العين جائز شرعا وكذلك ان انقصه الصبغ الاسود في مثله نقصان فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لانه قبله
كان متمكنا من احداث اي لون شاء فيه وقد خرج من ان يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن غسله عادة وبه
يفرق ابو حنيفة بينه وبين سائر الالوان ولو غصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيرا ضمن الغاصب النقصان فقط واخذ صاحب

الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فبهذا القدر من الحرق لا يخرج من ان يكون صالحا لما كان قبله وانما تمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك
النقصان وان كان الحرق كبيرا فاحشا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح
بعد هذا الحرق لجميع ما كان صالحا قبله وان شاء اخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه ما نقصه فعل الغاصب واما الدابة اذا غصبها
فقطع يدها او رجلها فلصاحبها ان يضمن الغاصب قيمتها بخلاف ما لو كان المغصوب عبدا او جارية فقطع منها يدا او رجلا فانه
يأخذه مع ارش المقطوع لان الادمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا قبله والدابة تصير مستهلكة
بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها ان يتركها للغاصب
ويضمنه قيمتها وكذلك لو كان دجة او جزورا فقطع يدها او رجلها او كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه
يفوت به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن فلصاحبها ان يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء اخذ المذبوح مسلوخا كان او غير مسلوخ
وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يضمن شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة
ولهذا ابليته بمقابلته العوض ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح لانه زيادة من حيث التقرب الى الانتفاع باللحم ولكنه نقصان
بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء واذا طحن
الغاصب الحنطة فعليه مثلها والدقيق له عندنا وسوى هذا عن ابي يوسف روايتان احداهما ان حق المغصوب منه لا ينقطع
عن الدقيق لا على معنى انه يتمكن من اخذه ولكن يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق
من سائر الغرماء لانه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه اذا ازيلت يده بغير
رضاه بان قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع فههنا اولى ان لا ينقطع حقه والرواية الاخرى ان ملكه لا يزول به بل له الخيار
ان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء اخذ الدقيق ولم يضمنه شيئا قال ـــ استحسن فخالف فيه
ابا حنيفة لانه استقبح ان يأتي مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يذهب بالدقيق لانه الطحين فلا يتوصل صاحب الحنطة الى حقه
وهذا قول الشافعي ايضا الا ان عند الشافعي يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان على اصله تضمين النقصان مع
اخذ العين في اموال الربا يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا ووجه القياس هذا ان الدقيق
عين ملكه فيكون له ان يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل
كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربوا بينهما ولا يجرى
الربوا الا باعتبار المجانسة واستدل محمد في املاء الكيسانيات لابي حنيفة بالحديث الذي رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب
الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل
يلوكها ولا يسيغها فقال عليه السلام انها لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كان اعز منها لم انفس
عليه وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فامره بالتصدق بها
بيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر النبي عليه السلام
بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله ابو حنيفة اصلا في اكثر مسائل
الغصب والمعنى ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن اتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق وبيان
المغايرة انها غيرها اسما وهيئة وحكما ومقصودا ولذلك تعذر اعادة الدقيق الى صفة الحنطية وتحقيقه ان الموجودات من الخلق
تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت
المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني انعدام الاول لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا
مثله وقد ملكه بالضمان فيحصل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له او يحصل حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك له فيصير
مضافا اليه ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربوا مبني على
الاحتياط فلاعتبار شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربوا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم
العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم الذبح والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل
يحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل العين فلهذا كان لصاحبها ان يأخذها ثم على قول زفر للغاصب ان يأكل هذا الدقيق
وينتفع به قبل ان يؤدي الضمان وهو القياس لان ملكه حادث بكسبه وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له ان ينتفع به قبل ان يؤدي الضمان

بالتراضي او بقضاء القاضي عليه بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذا اجزاء ملك المغصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما بني
على الاحتياط والاكل مبني على ذلك فانما يتم تحول حق المغصوب منه الى الضمان بالاستيفاء او بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بعده واذا
استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والصنعة
في الاموال الربوية قيمة وعندنا وعند الشافعي يضمن قيمته لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال
حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا فان وجده صاحبه
مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في
الاموال الربوية وله ان يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا او فاحشا
لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وايفاء حقه في الصنعة الا بذلك وكذلك كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة عليه قيمته
مصوغا من الفضة للتحرز عن الربوا مع مراعاة حق المغصوب منه في الصنعة وان كسر درهما او دينارا فعليه مثله لانه غير مصنعة
ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه اخذه ولم يرجع عليه بشيء وسوى
ان كانت ماليته انتقصت بالكسر او لم تنتقص لان صفة العين تغيرت بفعله وذلك كاف لاثبات الخيار له الا انما يكون زيادة فيه على
ما ليس واذا ادعى دارا او ثوبا او عبدا في يدي رجل واقام البينة انه له وقال الذي هو في يديه هو عندي وديعة فهو خصم له
لظهور العين في يده ولو ثبت بقوله ان يده يد غيره وان اقام البينة ان فلانا استودعها اياه او اعارها او اجرها او رهنها
منه لم يكن بينهما خصومة لانه اثبت بالبينة ان يده يد حفظ وهذه مسئلة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى وان اقام المدعي
البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه الا ترى ان دعوى الغصب على غير ذي
اليد صحيح بخلاف دعوى الملك المطلق وان اقام المدعي البينة على انه ثوبه غصبه منه فقد اندفعت الخصومة عن ذي اليد باقامة
البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل ما لم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذي اليد انما كان هو خصما باعتبار يده
كما في الغصب ولكن استحسن ابو حنيفة وقد اثبت ان يده يد حفظ وان قال المدعي هذا ثوبي سرق مني الا انه اختار هذا اللفظ ابتداء
الى ما يندب اليه في الشرع فالجواب كذلك في القياس وهو قول محمد وزفر لان قوله سرق مني ذكر فعل ما لم يسم فاعله فلا يصير
الفعل به مدعى على ذي اليد انما كان هو خصما باعتبار يده كما في الغصب ولكن استحسن ابو حنيفة وابو يوسف وقالا لا تندفع
الخصومة عن ذي اليد وللاستحسان وجهان احدهما ان قوله سرق مني معناه سرقت مني الا انه اختار هذا اللفظ ابتداء الى ما ندب
اليه في الشرع من التحرز عن اظهار الفاحشة والاحتيال للدرء الحد فاذا آل الامر الى ان يبطل حقه يعود فيدعي عليه فعل السرقة وهذا
المعنى لا يوجد في الغصب لان الغاصب مجاهر بما صنع ولا يبالي بالنسبة الى من جاهر بفعله والثاني ان السارق في العادة يكون
بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه في ظلمة الليل انه فلان او غيره فهو بقوله سرق مني يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك شرعا فكان
هذا في معنى قوله سرقته مني بخلاف الغصب ولان السراق اقل ما يتوقف على اثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن
ذي اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعي لا تحويلا فهو بمنزلة ما لو اقام البينة على انه اودعه رجل لا يعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون
ظاهرا فيكون هذا من ذي اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي رجل غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن
الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب قيمته عشرون وقال صاحب الثوب ثلثون
لم يلزم الكفيل الا عشرة مع يمينه بالله ما قيمته الا ذلك لانه التزم بالكفالة قيمة المغصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب
وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه واقرار الغاصب بعشرة اخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على
الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع على الغاصب بعشرة اخرى مع يمينه بالله ما قيمته
الا عشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه عشرة اخرى وهو منكر لذلك رجل غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا
فان لصاحبها ان يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع اجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب
بفعل الغاصب فضمن ذلك اعتبارا للجزء بالكل وكذلك لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ما هو مقصود منه
وهو قوة الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف ما لو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث
له من قوة الشباب وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند
افسادها المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا ولو كان نحرفا عرفه فنمى ذلك عند الغاصب ثم نحو

كان ضامنا للنقصان لانه فات ما كان مقصودا منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته فان قيل عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في
العين ولهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب قلنا نعم ولكن اذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد
بالعيب عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان ايضا وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فخرق عنده واصفر فقد انتقص ماليته بما
حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان ولو غصب طعاما حديثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد
للغاصب لان دفع الضرر يتحقق بالمثل الا ان يرضى المالك باخذ الطعام العفن فياخذه ولا شي له سواه رجل غصب من رجل ثوبا ومن
اخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا قال اما صاحب العصفر فياخذه حتى يعطيه عصفرا مثله او قيمته لان ما غصبه صار مستهلكا
فعلى الغاصب ضمان مثله او قيمته ان كان لا يوجد مثله والسواد في هذا الفصل عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم
وانما هو نقصان في الثوب عند ابي حنيفة واذا ضمن لصاحب العصفر عصفره ملك المضمون وصار في الحكم كانه صبغه بعصفر نفسه
وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففي القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بالصبغ
فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن في الاستحسان لصاحب الثوب هنا ان ياخذ ثوبه ولا يعطي الصباغ شيا ولا يضمنه
قيمة صبغه لان ملكه صار وصفا لملكه فلا يكون مستهلكا من هذا الوجه ولانه اذا اختار اصل الثوب كان بمنزلة المجيز لفعله في الانتها فيجعل
ذلك كالاذن منه في الابتداء فلهذا كان له ان ياخذ الثوب وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذي قلنا اذا ضمنه كان
بمنزلة ما لو صبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا ولو كان الثوب مغصوبا من انسان والصبغ من اخر فصبغه الغاصب ثم لم يقدر عليه
ففي القياس ياخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه والغاصب
على صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا اخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه وفي الاستحسان اذا
اخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صنع فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ
انسان ولهذا يوجب السعاية في العبد المشترك بعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صنع
في ذلك فان شاء صاحب الثوب باعه ضرب هو في الثمن بقيمة ثوبه ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب
بصبغ نفسه على ما بينا فان غصب من واحد حنطة ومن اخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد
منهما الوصول الى عين ملكه فان تمييز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالمتعذر كالممتنع ولو بين في الكتاب حكم المخلوط
على قول ابي حنيفة يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة او بالشعير وعلى قول ابي يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاء اخذ
المخلوط فكان مشتركا بينهما على قدر ملكيهما وان شاء ابرأ المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق
اما في الخلط بالجنس فلان الشي يتكثر بجنسه وكذلك في الخلط بغير الشي اذا كان بحيث يتاتى التمييز في الجملة الا انه يعيب ملك كل واحد
منهما بعيب الشركة فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة فيجعلها بالشركة في المخلوط وهو
نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا وابو حنيفة يقول بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه
شي اخر سوى ما كان قبل الخلط الا ترى انه تبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والان يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شي واحد
ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرده بالعيب خاصة والبعض من الشي الواحد غير كله فعرفنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب
حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما فلهذا ثبت لكل واحد منهما حق التضمين مع امكان التمييز في
الجملة بخلاف السواد مع الصبغ واذا صار ملك واحد منهما مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك له في المضمون
وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع احد فان المخلوط هناك ايضا هالك الا انه لا ضمان له فيكون لاقرب الناس اليه
وهما المالكان قبل الخلط ولان الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب لان المحل بمعنى الشرط والحكم يضاف الى الشرط
عند تعذر اضافته الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل ادمي وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه في المخلوط يصير مضافا
اليه وعند انعدام الفعل يصير مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما ولو غصب من اخر كتانا فغزله ونسجه فعليه مثله او قيمته ان كان
لا يوجد مثله ولا سبيل له على الثوب وكذلك ان غصب قطنا فغزله ونسجه او غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فاما على قول ابي يوسف
الاخر وهو قول الشافعي فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا في الحنطة اذا طحنها لانه لا فرق بين الفصلين في المعنى فان
هناك الغاصب فرق بين الاجزاء المجتمعة بالطحن وهنا جمع الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لا تتبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لا تتبدل
بجمع المتفرق وكما هو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لا ينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار ولنا نقول الثوب غير الغزل والقطن

صورة ومعنى اما الصورة فالغزل خيط ممدود والثوب مولف مركب له طول وعرض والدليل على المغايرة تبدل
الاسم ومن حيث المعنى فالحكم الغزل والقطن موزون وهما مال الربوا والثوب مذروع ليس بمال الربوا وبعد النسج لا يتصور
اعادته الى الحالة الاولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فمن ضرورة حدوث الثاني انعدام الاول لاستحالة ان يكون الشي الواحد
شيين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له فاما القطن اذا غزله ف
الصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك عنه ايضا اشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا
نسجه ومن اصحابنا من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط دقيقة بعد واذا لك لمن امعن النظر فيه ويتحقق ذلك في الابريسم
فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتاليف واحداث المجاورة لا تبدل العين ولهذا بقي موزونا يجري فيه الربا
كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه ولو غصب ساحة فجعلها بابا او حديدا فجعلها سيفا ضمن قيمة الحديد والساحة وجميع

غصب الساحة

ذلك للغاصب عندنا وكذلك لو غصب ساجة او خشبة وادخلها في بنايه او اجرا فادخله في بنايه او جصا فبنى به فعليه في
كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض بنايه وعلى قول زفر والشافعي في هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فرع مع
الشافعي في هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم وبيان هذا فيما ذكر في الجامع
اذا اشترى حنطة فطحنها او غزلا فنسجه ثم زاد البايع في الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاده في الثمن يجوز فوجه
قولهم في ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتاثير هذا الكلام ان
العين باق والرد جايز شرعا فما دام الرد جايزا يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا او خاط به بطن نفسه
او بطن عبده او لوحا واصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من اتلاف الحيوان ونقض البنية وذلك محرم
شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا وحجتنا في ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من البنا
متقوم حقا للغاصب وبسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ
متقوم بنفسه فيمكن الحاق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة الصبغ له وهذا الوصف غير متقوم
بنفسه مقصودا ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بايجاب قيمة المغصوب حقا للمغصوب منه ليتوصل هو الى مالية ملكه
ويبقى صاحب الوصف في الوصف مرعيا وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي
قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر
الابطال وهو نظير مسيلة الحنطة واللوح ولهذا جوزنا الرد هنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فاذا رضي فقد التزم الضرر
فان قيل صاحب الثوب صاحب اصل والغاصب صاحب وصف ولا اشكال ان مراعاة صاحب الاصل اولى فلماذا يقطع صاحب
الاصل ويلحق صاحب الوصف وهو جاني قلنا لان هذا الوصف قايم من كل وجه والاصل قايم من وجه مستهلك من وجه
لان الاصل كان ملكا للمغصوب منه مقصودا والان صار تبعا لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة
بعد ان كان منقولا لا يستحق بالشفعة وانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا فعرفنا انه قايم من وجه دون وجه والقايم من كل وجه
يترجح على ما هو قايم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجح الاصل اذا كان قايما من كل وجه كما في مسيلة الساجة فانها قايمة من كل وجه
صالحة لما كانت صالحة له قبل البنا يستحق بالشفعة كما كان من قبل فلهذا رجحنا هناك اعتبار حق صاحب الساجة ولا يدخل على شي مما
ذكرنا اذا غصب ثوبا فقصره لانه ليس للغاصب في الثوب وصف قايم متقوم والقصارة تزيل الدرن والوسخ عن الثوب
ثم لون البياض وصف اصلي للقطن ولا يقال اليس ان القصار يحبس بالاجر قلنا نعم ولكن باعتبار اثر عمله في المعمول لا باعتبار
قيام الوصف في المحل المعمول بعمله وذكر الكرخي في مسيلة الساجة ان موضع المسيلة فيما اذا ادخل الساجة في بنايه بان بنى حولها
لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبنا في ملكه فاما اذا بنى على الساجة فهو متعد في هذا البنا والساجة من وجه كالاصل لهذا البنا فهدم
للرد كما في مسيلة الساحة ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف انه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة
انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعدي لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير او في ملك نفسه
والصحيح ما قلنا وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد ادرك الزرع او هو بقل فعليه حنطة مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع
عندنا وعند الشافعي الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد من ملكه يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمر الشجرة وهذا لان فعل الزارع
حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات والدليل عليه ان المتولد من الاصل ان يصفه الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل

عليه انه لو حصل بغير فعل احد بان هبت الريح بحنطة انسان والقته في ارض الغير فنبتت كان الزرع لصاحب الحنطة وجعنا في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بني آدم والزرع نقل هو علف الدابة وابو هذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا باصل الحنطة او بقوة الارض والهوا او بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك الحنطة فكيف يكون علة لحدوث شي اخر وقوة الارض والهوا بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط كذلك لانها مسخرات بتقدير الله لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بقي عمل الزارع وهو في معنى الشرط لانه جمع بين البذر وقوة الارض والهوا بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما انه لو حفر في الطريق بيرا يضاف هلاكه الى الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو ثقله ومشيه بغير عمله لا يصلح علة لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الى الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزرع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا انه لا يطيب له الفضل في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يطيب له الفضل لانه كسبه ولكنا نقول دخل في كسبه حيث من حيث انه استعمل في الاكتساب ملك الغير ولان من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الاصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلاعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نوى فانبتها او بالة فغرسها الا انه روى عن ابي يوسف قال في البالة لا يحل له ان ينتفع بها حتى يودي الضمان وفي الزرع والنوى له ذلك لان البذر والنواة يفسد في الارض فكان الزرع والنخيل كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل اداء الضمان المستهلك واما البالة لا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا النخيل غير البالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع قبل اداء الضمان كما في الحنطة اذا طحنها وفي ظاهر الرواية الجواب في الفصلين سوا وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى افرخت فهذا مسيلة الزرع سوا والمغايرة بين الفرخ والبيضة لا يشكل على احد لان هذا حيوان وذلك موات ولا يدخل على شي من هذا اذا غصب شجرة وقلعها وكسرها لان القلع نقصان محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكثير تحقيق ما هو المقصود بالشجر بعد القلع وهو الحطب فهو كسيله الشاة اذا ذبحها وسلخها مسلم غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمتقوم كان الشرع افسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فلرب الخمر ان ياخذها لان بفساد معنى التمول والتقوم لا تخرج من ان تكون مملوكة للمسلم اذ الملك صفة العين والعين باقية ولهذا جاز له امساك الخمر للتخليل وكان احق بها من غيره فاذا خللها الغاصب من غير القاء شي فيها فالعين باقية على حالها لبقاء الهيئة كما كانت وان القى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا ايضا وان صب فيها خلا فهذا خلط الا ان الخلط انما يزيل ملك المغصوب منه بشرط الضمان وايجاب الضمان هنا متعذر لان الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك فلهذا كان شريكا في المخلوط بقدر ملكه وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه فالوا هذا على وجهين اما ان القى الجلد صاحبه فاخذه انسان ودبغه فهو مملوك له لان صاحبه القاه تاركا له بمنزلة من يلقي النوى وقشور الرمان فجمع ذلك انسان وينتفع به فانه يكون مباحا له واما اذا غصب الجلد من صاحبه فان دبغه بشي لا قيمة له كالتراب والشمس وصاحبه احق به ياخذه ولا يعطي الغاصب شيا لان ملكه باق بعد الموت ولم يحدث للغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا ان صنعته انما تعتبر اذا امكن تحويل حق صاحب الاصل الى الضمان وهذا غير ممكن هنا لان جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك وان اذا دبغه بشي له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما اشبه ذلك فلصاحب الجلد ان ياخذ جلده ويعطيه ما زاد الدباغ فيه لانه عين مال قائم للغاصب بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له ان يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لان الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوما والجلد قبل الدباغة لم يكن مالا متقوما حتى ذكر في كتاب الاجارات لو غصبه جلدا ذكيا فدبغه بشي له قيمة فان شاء صاحب الجلد ضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ وان شاء اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لان جلد الذكي مال متقوم قبل الدباغ فهو ومسيلة الثوب سوا وان غصبه عصيرا فصار عنده خمرا فله ان يضمنه قيمة العصير لان المغصوب كان مالا متقوما وبالتخمر يصير هذا الوصف منه مستهلكا ومراده من قوله يضمنه قيمة العصير ان الخصومة بعد انقطاع اوان العصير لما في رواية يضمنه مثله لان العصير من ذوات الامثال وان لم يخاصم حتى صارت خلا فان شاء اخذ الخل وان شاء ضمنه قيمة العصير لان العين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من الحلاوة الى الصفة الحموضة فان شاء رضي به متغيرا ولا يضمنه شيا اخر لان العصير مال الربوا وقد بينا انه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع اخذ العين ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل فمن اصحابنا من يقول لا خيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان اخذ الخمر عوضا عما استوجبه من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح ان هناك يثبت الخيار

ايضا بطريق انه يكون مبرءا عن الضمان ثم ياخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر رجل له حنطة عند رجل وشعير لاخر عند ذلك الرجل ايضا فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرف قال يباعان ويقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير فهذا عندهما وهو الاستحسان عند ابي حنيفة ايضا فاما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكا للخالط وحق كل واحد منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ملكه حقهما ووجه الاستحسان ان المخلوط وان صار مملوكا للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما عنه على وصول البدل اليهما الا ترى انه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يود البدل اليهما واذا بقي حقهما فيه قلنا يباع لابقاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشتري لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطة مخلوطا بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعير غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنتقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في البيع والشعير يزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنتقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في البيع والشعير يزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قال وكذلك كل ما يكال او يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر التمييز وان اختلفا في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكها المشتري فالقول في الحنطة قول صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعي زيادة في مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعي لنفسه على صاحبه من الزيادة وكل واحد منهما منكر للزيادة التي يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلفا يقسم الثمن بينهما على مقدار ما يزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلفا يقسم الثمن بينهما ثوب في يدي رجل اقام رجل البينة انه ثوبه غصبه اياه هذا واقام الذي في يديه البينة انه وهبه له قال اقضي للذي هو في يديه البينة لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه سبق ذلك ولانا نجعل كان الامرين كانا والهبة بعد الغصب تحقق موجبا للملك وكذلك لو اقام البينة على البيع منه بثمن مسمى او على اقراره انه ثوبه غصبه الاخر اياه لان البيع والاقرار بالملك بعد الغصب تحقق فيقبل البينتان جميعا فان كانا في ايديهما جميعا فاقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه غصبه الاخر اياه قضيت به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفي يد كل واحد منهما نصفه فكان بينة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه اولى بالقبول فلهذا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه فان اقام رجل البينة انه ثوبه استودعه في الميت الذي هذا وارثه واقام الاخر البينة انه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد منهما اثبت الملك لنفسه في جميع الثوب وان وصوله الى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا يرجح لمدعي الغصب في معنى الضمان لان الضمان للاخر ثابت ايضا فان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يكون ضامنا ولان المقصود اثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين وان جاء بالبينة على دراهم بعينها الضمان له غصبها اياه الميت فهو احق بها من غيره من غرما الميت لانه اثبت بالبينة ملك العين لنفسه فان الدراهم يتعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب امساك العين ورد المثل وحق الغرما انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بما له دون مال المغصوب منه وان اقام رجل البينة ان هذا ثوبه غصبه اياه ذو اليد واقام الاخر البينة ان ذا اليد اقر به له اقضي به للذي اقام البينة انه ثوبه غصبه اياه لانه اثبت الملك لنفسه بالبينة واثبت ان ذا اليد كان غاصبا والاخر انما اثبت ببينته اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس بحجة في الاستحقاق على المالك رجل غصب ثوب رجل فاودعه عبدا فهلك عنده فلصاحبه ان يضمنه ايهما شاء لان كل واحد منهما متعدي في حقه فان المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب في حقه فان ضمن المستودع رجع على الغاصب بما ضمن لانه في حفظ العين كان عاملا له فكان مغرورا من جهته حين اخبره انه ملكه وانه لا يغرم شيا ان هلك في يده ولم يذكر ان المودع اذا رد الثوب على الغاصب او كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل والجواب انه لا سبيل للمالك عليه الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول صار ضامنا للمالك بقبضه فلا يبرا الا بالرد على المالك وعلى من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا يقوم مقام يد المالك فلا يبرا بالرد عليه ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انتسخ ذلك حين اعاده الى يد من وصلت اليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكه واذا قال الرجل لاخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتكها ولكن

غصبتك الطهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره ما ادعاه فانه ادعى غصب الجبة والطهارة ليست بجبة ولا تسمى
الغصب في البطانة والحشو ولو انكر الغصب في الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الطهارة لاقراره بغصب
الطهارة واقراره حجة في حقه فكان غاصبا غصب الطهارة وجعلها جبة وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة
والحشو لي لم يصدق لانه راجع عما اقر به فاسم الجبة يتناول الكل وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فصه لي او هذه
الدار ثم قال بناؤها لي او هذه الارض ثم قال شجرها لي وانا غرستها لم يصدق على شيء من ذلك لكونه راجعا فان البناء والشجر
تبع للاصل فيصير مذكورا بذكر الاصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الاصل والفص في الخاتم كذلك فيكون راجعا
بدعواه الملك لنفسه فيما اقر به لغيره وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لي او قال هذه الجارية ثم قال ولدها
لي فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعا للام فاقراره بالاصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق بالبينة عندنا
وقد بينا هذا الفرق في الدعوى فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضا بل يكون متمسكا بما هو الاصل وهو ان ما في يده
فالظاهر انه ملكه الا ما يقر به لغيره   رجل غصب من رجل ثوبا ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم
يعرفه فالغاصب بريء عن الضمان عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يبرأ لانه ما اتى بالرد المامور به فانه غره والشرع لا يامر
بالغرور والغاصب لا يستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يوجد صار ضامنا ولانه ما اعاده الى ملكه كما كان لان المباح له الطعام
لا يصير مطلقا للتصرف فيما ابيح له فكان فعله قاصرا في حكم الرد فلو جعلنا هذا ردا تضرر به المغصوب منه لانه اقدم على
الاكل بناء على ظنه انه اكرم ضيفه ولو علم انه اكل ملكه ربما لم ياكله وحمله الى عياله فاكله معهم فلدفع الضرر عنه يبقى الضمان
على الغاصب   وحجتنا في ذلك ان الواجب على الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك اما من حيث الصورة فلانه وصل الى
يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتا ومن حيث الحكم فلانه صار متمكنا من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل
بحاله وجهله لا يكون منفيا للضمان في ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطة كما ان جهل المتلف لا يكون منفيا للضمان
في ذمة الغير بما لغاصب من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكما
انما المعتبر ما يكون في ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضا ولان اكثر ما في الباب ان
لا يكون فعل الغاصب هو الرد المامور به ولكن تناول المغصوب منه عين المغصوب كاف في اسقاط الضمان عن الغاصب الا ترى انه
لو جاء الى بيت الغاصب واكل ذلك الطعام بنفسه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا اطعمه الغاصب
اياه وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقي النبيذ
التمر اياه لا يكون ردا للعين المغصوب منه ولا اداء للضمان وكذلك كل ما يشبهه كالدقيق اذا اخبزه ثم اطعمه واللحم اذا
شواه ثم اطعمه وكذلك اذا غصب حديدا فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته وكذلك اذا
غصب صفرا فجعله كوزا لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكا وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل
العين صورة ومعنى واسما وحكما ومقصودا فلهذا لا سبيل له على المصنوع وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة
لا يباع وزنا اما اذا كان يباع وزنا ينبغي ان يكون للمغصوب منه حق اخذ المصنوع ان شاء عند ابي حنيفة كما في النقرة لبقاء
حكم الربا والاصح ان الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف الفلس على ما نبينه فان كسر صاحب
الصفر الكوز بعدما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم
فيكون المغصوب منه الصفر في كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل ان يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك له حين كان حادثا
بفعله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المغصوب منه استوجب عليه قيمة
الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان ويترادان الفضل فان غصب فضة فضربها دراهم او صاغها
آنية فعلى قول ابي يوسف ومحمد هذا والحديد والصفر سواء لان الاسم يتبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان النقرة
لا تصلح راس مال الشركة والمضاربة والدراهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة فان هذا موجود في الحديد والصفر
ثم جعل هناك الثاني غير الاول وجعل الاناء حادثا بعمل الغاصب فهذا مثله وابو حنيفة يقول هنا للمغصوب منه ان ياخذها
ولا اجر للغاصب وعلل فقال لانه عينه بعينها لا يخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفر وبهذا الحرف يستدل الكرخي
في تقسيم الجواب هناك ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة

انما يتبدل اسم الصنعة فان الدراهم والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجري فيه الربا
بعلة الوزن ويجب الزكاة فيه باعتبار العين فاما صلاحيته راس مال الشركة والمضاربة فهو حكم الصنعة لا حكم العين
ولهذا نقول لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالذهب والفضة واذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك
دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر على المغصوب منه اخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة
من الاصل وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجه من الوزن ومن ان يكون مال الربوا وللصنعة في غير مال الربوا قيمة
مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا وان غصب حنطة فاستهلكها ثم باعه شعيرا او غيره مما يكال او يوزن او من
العروض قبل القبض فلا باس به يدا بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته وبيع الحنطة بالشعير جائز كيف ما كان لو كانت
الحنطة عينا فكذلك اذا كان دينا لان الدين بالدين حرام فيشترط قبض ما يقابلها في المجلس ليخرج من الدين بالدين وكذلك
ان اقرضه طعاما فله ان ياخذ ما بدا له بخلاف البيع والسلم يريد به الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز والمسلم فيه في حكم المبيع فاما
بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض فيه اصلا في الابراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن في البيع واذا
غصب رجل دابة من رجل فاقام صاحبها البينة انها نفقت عند الغاصب واقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه وانها
نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف ابي يوسف في هذه المسئلة وان بينة المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب
وقعت على امر هو حادث وهو الرد فكان اولى بالقبول   مسلم غصب من نصراني خمرا فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا
وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير   وجه قوله ان الخمر والخنزير محرم العين فلا يضمن بالاتلاف حقا للمسلم
وكذلك الذمي لان حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة
على المتلف امر وراء ذلك يحققه هذا ان ترك التعرض لهم لاعتقادهم ان الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على
المسلم المتلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبرا في حقهم ولهذا لا نأخذهم على شربها ولا يمنع احدا بتعرض لهم في ذلك ولا نتعرض
لهم في الانكحة ايضا   والدليل على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير ان المجوسي اذا مات عن ابنتين احداهما امراته فانها لا تستحق
بالزوجية شيئا ولو جعل اعتقادهم معتبرا في استحقاق الفضل شيء من الميراث على الاخرى وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي
بالاتلاف وان كان هو يعتقد انه مال متقوم وانه محق في اعتقاده ثم لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف الا ان
هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ما ضمنا ترك التعرض لهم في ذلك وحجتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين
سال عماله ماذا يصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها واخذ العشر من الثمن وذكر ابو عبيد في كتاب الاموال ان عمر رضي الله عنه
كتب الى عماله ان اقتلوا خنازير اهل الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه على انه مال متقوم في
حقهم يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر لو كان مالا متقوما في شريعة من كان قبلنا وكذلك في شريعتنا في الابتداء ثم ان
الشرع افسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث قال يا ايها الذين امنوا الى قوله فهل انتم منتهون فبقي في حق من لم
يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى لان حرمة العين وفساد التقوم يثبت بخطاب الشرع
وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية
الالزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة وبقي الخطاب في حقهم كان الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان الا ترى ان
من شرب الخمر من المسلمين بعد ما نزل الخطاب بالتحريم قبل علمه به لم يكن معاقبا بذلك كما قال تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات
جناح فيما طعموا وكذلك اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد ما نزلت فرضية التوجه الى الكعبة وجاز ذلك منهم لكان
الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله ايضا ولا نعني الانكحة على هذا وليس في هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك
لهم على الجهل وتمهيد لعقوبة الاخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي عليه السلام الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر
وبهذا تبين فساد ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن ببقاء ما كان على
ما كان وهو المالية والتقوم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون المحل مالا متقوما ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف
انعدام المالية والتقوم في المحل وهذا الشرط لم يثبت في حقهم مع انا ما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها
وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تثبت بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف يبتنى على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضمناه بعقد

الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ضمنا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا
فانه يتعرض لهم في ابطال العقود الربوا بينهم لانا لم نضمن ترك التعرض لهم في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من
اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال
الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه وكذلك الجواب في موقوذة المجوسي الصحيح ان المسلم يضمنها له بالغصب والاتلاف
وهو قول ابي يوسف انه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليس بمال في اعتقاد اهل الذمة وقد امرنا ان نبني احكام المجوس
على احكام اهل الكتاب كما قال عليه السلام سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الحديث الا ان هذا ضعيف فان في حكم
الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير بنى ذلك على اعتقاد اهل الكتاب والعذر عن فصل الميراث بالزوجية بيناه في النكاح
انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف ما لو اتلف متروك التسمية عامدا على شفعوي
المذهب لان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا
لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان ولو غصب نصراني من نصراني خمرا فاستهلكها فعليه مثلها لان الخمر من ذوات الامثال
والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن اداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تمليك
الخمر من غيره بعوض فلهذا جازت المبايعة في الخمر فيما بينهم وان اسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء له على المستهلك
لان الخمر ليس بمال متقوم بعد ما قضى له بمثلها النصراني له بالغصب والاستهلاك لم يضمنه شيئا فكذلك اذا احتبس ما صار
دينا منها ولكنه باسلامه يكون مبريا له عما كان له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من ان يكون مالا متقوما في حقه ومن ان
يكون متمكنا من قبضه وكذلك لو اسلما معا لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو اسلم المطلوب وحده واسلم المطلوب ثم
الطالب فعلى قول ابي يوسف هو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله الجواب كذلك وفي قول محمد وهو رواية عامة وزفر
عن ابي حنيفة على المطلوب قيمة الخمر وجه قول محمد ان الاسلام الطارى بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن
بالسبب كما ان الاسلام الطارى بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر
واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارى وهذا لان خمر الذمي يجوز ان يكون مضمونا
في يد المسلم فكذلك يجوز ان يكون مضمونا في ذمة المسلم لا يجوز ان يكون مضمونا في يد الذمي وكذلك في ذمته فكان اسلامه مبريا
بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاها في ذمته بعينه ولا يمكن جعل اصل السبب موجبا للقيمة في اسلام المقارن لانه وجب به
ضمان المثل فلا يجب به القيمة ايضا بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام احدهما كانت بعينها او بغير عينها
لان الاسلام الطالب يمنع من حيث تعذر ابقاؤها في الذمة او مضمونا في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان
القيمة باصل السبب لان هو القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها بصحة التسمية لا بقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية
صحيحة حين كان المسمى مالا متقوما بينهم وابو يوسف يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الاسلام فلا يجب القيمة كما
لو اسلم الطالب وتحقيقه انه لما وجب الخمر بالسبب دينا في ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار اصل السبب ولا يمكن ايجاب
القيمة عوضا عما كان في الذمة لان شرطها تمليك ما في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم لا يملك
الخمر بعوض فلانعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كما لو هشم قلب فضة انسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس
له ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين القيمة تمليك المكسور منه وذلك فايت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب
القيمة هناك باعتبار اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يكون موجبا
للملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر وان غصب خنزيرا فاستهلكه ثم اسلم احدهما او اسلما فعليه قيمته لان بنفس
الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم او دنانير فلا يمتنع بقاؤها في الذمة
واستيفاؤها بعد اسلامهما او اسلام احدهما ولو غصب مسلم من مسلم خمرا فخللها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه لما بعد
ما خللها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له ان ياخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوما لغيره وذلك موجب
للضمان عليه امانة كانت عنده او مضمونة وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته
لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من اخذه من غير ان يعطيه عوضا ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول يضمن قيمته طاهرا غير
مدبوغ لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله

لم يتميز الجلد من الدسومات النجسة واكثرهم على انه يضمن قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفردا
عن الجلد ولهذا لا يغرم باعتباره شيئا واذا صار اصل الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله فاما اذا
دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه ما زاد
الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامنا كالثوب المغصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا المعنيين احدهما ان الاستهلاك جناية
موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا
ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فله ان يضمنه باي السببين شاء وهنا السبب الاول وهو الغصب
غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه ان يضمن
المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه والثاني وهو انه لما بقي الجلد مضمون الرد عليه فاذا تعذر رد عينها باستهلاكه
يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان
التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار اذا فوت المستعير بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بغير صنعه وكذلك
لو دبغه بشيء لا قيمة له او جعل الخمر خلا يضمن اذا فوتها بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك في يده وحجة ابي حنيفة وذلك ان المغصوب
منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه
كما لو استهلك البايع المبيع قبل التسليم وتقريره من وجهين احدهما ان الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد
الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقي حقا له حتى كان له ان يحبسه ليستوفي بدله والجلد
بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان تلك
الصفة ما بقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يحبسه ولا يرجع ببدله وكذلك الخمر اذا خلله والثاني ان ما اتصل
بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قايم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك
فاما اصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجح على ما لم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار
مالا بالاتصال فيكون تبعا للراجح واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال
ولما استويا في صفة المالية رجحنا ما هو الاصل واذا دبغه بشيء لا قيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والاصل
مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا او لا يقال في حال ابقاء الجلد رجحنا حق صاحب حتى يمكنه من اخذه وغلبنا الوصف على
الفايت بعوض وهذا لان اخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي
حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكا قايما بنفسه قبل الاتصال وبعده فاما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة
المالية والتقوم وصفة الدباغة في معنى المالية والتقوم مترجح على اصل الجلد فيعتبر ذلك في ايجاب الضمان يحقق ما قلنا ان
فايده وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفي منه قدر مالية الدباغ بالاتفاق وكيف يستوفي منه ما هو واجب له على غيره ولو ظفر
صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه اولى ان لا يضمن شيئا فاذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل اصل الجلد عن صفة الدباغة
حكما فيعتبر بما لو كان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما فقد اعتبرا هنا حتى قالا لا يكون له ان يضمنه قيمة الجلد غير
مدبوغ ولو غصب من رجل عينا فقال المغصوب منه للغاصب ابراتك عن الغصب ثم هلك في يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول
علمائنا وقال زفر هو ضامن للقيمة لان الابراء عن العين لغو فان الابراء اسقاط والعين ليس بمحل له اذ لا يسقط حقيقة ولا
يسقط ملك المالك عنه ايضا واضافة التصرف الى غير محله لغو ولكنا نقول قوله ابراتك عن الغصب اي عما وجب لي عليك
بسبب الغصب بمنزلة ابراء المجني عليه الجاني عن الجناية وابراء المشتري البايع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند
قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه ذلك ببقاء العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو ابراه بعد
تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الابراء فكذلك اذا ابراه بعد تقرر السبب ولو غصب جارية فحبلت عند الغاصب ثم ردها
فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند ابي حنيفة على الغاصب ضمان قيمتها وعند ابي يوسف ومحمد يقوم حاملا وغير حامل فيكون
على الغاصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها
بسبب الالام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت او وجب عنده

الغاصب ثم ردها فحلبت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب الا النقصان عيب الزنا وكذلك المبيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى فماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وابو حنيفة يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذي قبضها ولما هلكت بالسبب الذي كان عند الغاصب يجعل في الحكم كانها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت بالجناية فانه يضمن قيمتها ويجعل كانه لم يردها اصلا بخلاف الحمى لان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل باول الحمى عند الغاصب وذلك غير موجب لما كان بعده وهنا اصل السبب مما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الالم والولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الاول بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غير جارح ولا متلف ولهذا اختار سوطا لا ثمرة له فلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذي كان عند الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي تناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب في الولادة السلامة فاما على الغاصب نسخ فعله وذلك في ان يرده كما قبضه ولم يوجد ذلك الا ترى ان البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشتري فمات من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك ثم على قول ابي يوسف ومحمد هي قد تعيبت في يد الغاصب بعيب الزنا والحبل جميعا ففي القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمد وفي الاستحسان وهو قول ابي يوسف يضمن اكثرهما ويدخل الاقل في الاكثر وكذلك عند ابي حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان اكثرهما ولكن ان كان عيب الحبل اكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا اكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحد منهما عن الاخر وابو يوسف اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فيحكم اتحاد السبب يدخل الاقل في الاكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل في الاكثر لاتحاد السبب هنا ٥

كتاب الوديعة ٥

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى حفظ ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب الى القبول شرعا لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه وبعد القبول عليه اداء الامانة بالتزامه الحفظ حتى يردها الى صاحبها لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات وقد قيل في سبب النزول انها في رد مفتاح الكعبة على عثمان بن ابي طلحة لانه حين اتاه به قال خذوه بامانة الله تعالى لكن ظاهر الاية يتناول كل امانة وقال عليه السلام من ائتمن امانة فليؤدها وقال اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وقال علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا ائتمن خان على الموحد ان يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بان يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه فيضعها في بيته او صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام فان وضعها في بيته او صندوقه فهلكت لم يضمنها لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام قال من اودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال ليس على المستعير غير المغل ضمان فالمراد بالمغل الخائن قال عليه السلام لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقيل المغل المستغل من قولهم ارض مغل اي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد بغير صاحبه وقال عمر رضي الله عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدي وقال علي رضي الله عنه لا ضمان على راع ولا مرتهن والمعنى فيه ان المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع المتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما يصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع فان دفعها الى بعض من في عياله من زوجته او ولده او والدته او اجيره فلا ضمان عليه اذا هلكت استحسانا وفي القياس هو

ضامن لانه استحفظ من استحفظه منه ويؤيد وجه القياس قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم والمراد النساء فاذا امر ان لا يدفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره وجه الاستحسان المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بيده ومن في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بدا من هذا فانه اذا خرج من داره في حاجته وما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو وذكر في جملة من في عياله الاجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه فان انشق الكيس في صندوقه ٥ فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو كان بفعله فذلك من المودع بان جعل دراهم الوديعة في كيس بالي لكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكيهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس لاحدهما بان يجعل الهالك من نصيبه باولى من الاخر والاصل في المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة باعتبار ان الهالك يجعل كان لم يكن وان فعل ذلك انسان ممن هو في عيال المودع من صغير او كبير او مملوك او اجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكما فان فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا او دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير سواء لان الصبي يؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصبي ثم الخلط انواع ثلثة خلط يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بنفسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجبا للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهو مجاورة ليس بخلط وخلط يتعسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب فان قيل تمييز الحنطة من الشعير ممكن بان يصب في ماء فيترسب الحنطة ويطفو الشعير قلنا في هذا افساد للمخلوط في الحال ثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يترسب وما كان من حبات الشعير لصاحب الحنطة يطفو فعرفنا ان التمييز متعذر بهذا الطريق ايضا وكذلك الخلط الجياد بالزيوف ان كان بحيث يتعذر التمييز او يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه بقول كان لم يتحقق الخلط فقال احدهما انا آخذ المخلوط واغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شيء صح ذلك في حقهما وان ابى ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي بيناه في الغصب قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول ابي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن ابي حنيفة في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فاما على ما هو الظاهر من مذهب ابي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وابو حنيفة لا يرى ذلك والاصح انه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل الى كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط ان ينتفع بالمخلوط قبل اداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما ان يستوفيا حقهما من المخلوط اما صلحا بالتراضي او بيعا وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا على شيء واذا كان عند الرجل وديعة او دراهم او دنانير او شيء من المكيل والموزون فانفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما انفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولم يصر ضامنا لما بقي منها لانه في الباقي حافظ للمالك فانما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض فهو كما لو اودعه وديعتين فانفق احدهما لا يكون ضامنا للاخرى فان جاء بمثل ما انفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلط ما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه فان كان حين انفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي افتى بانه صار ضامنا لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفي الثمن فضل قال يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الباقي من الوديعة في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف لا يتصدق به لانه بالضمان قد ملكه مستندا الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصلا على ملكه وضمانه فيطيب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين او لبقاء حقه على ما قلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث

قيس بن عروة الكناني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمي انفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه
وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال يا معاشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة فعملنا
بالحديث في ايجاب التصدق بالفضل وهذا اذا كانت الوديعة شيئا يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشترى بها ثم ينظر
ان اشترى بها بعينها ونقدها لا يطيب له الفضل ايضا وان اشترى بها ونقد غيرها او اشترى بدراهم مطلقة ثم نقدها
يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد ما لم ينضم اليه التسليم ولهذا لو اراد ان يسلم غيرها كان له ذلك فاما
بالقبض تتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد
جميعا بالدراهم الوديعة او المغصوب لا يطيب له الفضل وكذلك ان اشترى بها ماكولا ونقدها لم يحل له ان ياكل ذلك
قبل اداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له ان ينتفع بها وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة
دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له ان ينتفع بالدينار ما لم يؤد الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد
العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف ما لو نقدها في ثمن الطعام لان بالاستحقاق ها
هنا لا يبطل الشراء بل يبقى الثمن دينا في ذمته كما كان وعلى هذا قالوا لو غصب ثوبا واشترى به جارية لم يحل له ان يطاها
لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية ولو تزوج بالثوب المغصوب امراة حل له ان يطاها لان المغصوب منه اذا استحق الثوب
لا يبطل النكاح ولا التسمية فان كان اخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بدا له فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان
عليه لان دفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه بمجرد نية الانفاق في حاجته ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب
مال انسان وهذا لقوله عليه السلام ان الله تجاوز لامتي عما حدثت به انفسهم ما لم يعملوا او يتكلموا والعراقيون يقولون كاد
ولما اي كاد يعصي فعصم والمعصوم لا يعاقب بعقوبة من عصى وان صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق برد العين الى مكانه
وذلك يبريه عن الضمان عندنا على ما بيناه بخلاف ما سبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما انفق ولهذا لا يكون
عوده الى الوفاق وهذا اولى الوجهين عندي فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى
وقت الوجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة فينبغي ان
لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة ان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثاني واذا طلب
المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه امين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره
السبب الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذي سلطه على ذلك فيجعل
قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفي التهمة عنه وكذلك لو قال سرقت او ضاعت او ذهبت ولا ادري كيف ذهبت لانه امين
اخبر بما هو محتمل ولانه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعي عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق الا بحجة
واختلف المتاخرون فيما اذا قال ابتداء لا ادري كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير
ضامنا بخلاف ما اذا قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت بين حالها ويكفيه هذا المقدار فلا معتبر
بعد ذلك بقوله لا ادري كيف ذهبت والاصح انه لا يصير ضامنا لانه لم يجهلها كما تحرز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله
لا ادري كيف ذهبت وهذا لان اصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار
باصل الذهاب يكفي في براءته عن الضمان وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو كقوله رددتها عليك
لان يد من في عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه وان قال بعثت بها اليك مع اجنبي فهو ضامن حتى
يقر المودع بوصولها اليه عندنا وقال ابن ابي ليلى لا ضمان عليه وهذا بناء على ان عنده للمودع ان يودع غيره لانه يحفظ الوديعة
على الوجه الذي يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من اجنبي فكذلك له ان يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع
الى الغير ليحفظ او يرد كما في حق من في عياله وعندنا ليس للمودع ان يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي
بحفظه وامانته دون غيره فاذا دفع الى اجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا من استحفظه فيكون ضامنا بخلاف
من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك كما اذا دفع الى اجنبي
لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه فاذا اقر بذلك
برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرا الغاصب بوصول المغصوب الى يد صاحبه وكذلك العارية في جميع ذلك لانها

امانة كالوديعة وفي هذا بيان ان المستعير ليس له ان يودع اجنبيا كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير
ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به وفي الاعارة ايداع وزيادة ولكن الاول اصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته
من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه
فاما ايداعه الغير تصرف في العين ولا حق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع فان قال بعثت بها
اليك مع هذا الاجنبي واستودعتها اياه ثم ردها علي فضاعت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لانه اقر بوجود السبب الموجب
للضمان عليه ثم ادعى ما يسقطه عنه فلا يصدق كالغاصب اذا ادعى رد المغصوب فان اقام البينة على ذلك برئ من الضمان لانه
اثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو نظير ما سبق ان المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق برئ عن
الضمان وعند الشافعي لا يبرا وبيانه في هذه المسالة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فهلك حجة الشافعي قوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وهو حين اخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرا الا
بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة ومن طريق الفعل اخرى ثم اذا ضمنها
بالجحود لم يبرا بترك الخلاف ما لم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل اولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل
به وقاس بالمستاجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لم يبرا وكذلك المستعير يعلم انه امين ضمن لامانته بالخيانة ولان
المودع ممنوع من الحفظ فاذا خالف فقد استرد يده عن ما سواه وهو ينفرد به ثم ما اذا عاد الى الوفاق فقد اراد اعادته
بعد ثانية منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك حتى حفظها لنفسه وبالخلاف يفوت موجب العقد
اما لتركه الحفظ اصلا او لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعد فوات موجبه ولان الانسان انما ياتمن
الامين على ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد واذا تقيد
العقد بما قبل الخلاف لا يبقى بعده وحجتنا في ذلك ان الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف وبيان الوصف انه قال
احفظ مالي او قال احفظه ابدا ولا يشكل على احد ان هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان
بطلان الشيء بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضوع لابطال الايداع وهو لا ينافيه الا ترى ان الامر
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لان الامر قول ورد
القول بقول مثله ولان الخلاف يكون في حالة غيبة المودع ولو قال رددت الامر في هذه الحالة لم يرتد ولانه تصرف
في حفظ الواجب بالامر على خلاف ما يوجبه وليس يتصرف في الامر وصحة الامر بان يكون الامر اهلا له وكون الحفظ مقصودا
من المامور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد الامر بعينه لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون
مامورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلوة
لم يكفر وكذلك في اوامر العباد اذا وكله ببيع عين بالف فباعه بخمسماية وسلم لم يبطل التوكيل مع تحقق الخلاف ومع ان التوكيل
جائز غير لازم كالايداع وعذره ان البيع لا يستغرق المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا
خالف في بعض المدة هنا وهنالك حتى يصير ضامنا ويشكل بالاستيجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم لا يبطل بالخلاف من طريق
الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لان بطلان العقد عند فوات المعقود عليه في اللازم وغير اللازم
فيه سواء انما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد ثم في الاستيجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا
فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراه لبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل فاما
استيجار الدابة الى مكان فقد قال بعض اصحابنا ان استاجرها ذاهبا وجائيا يبرا عن الضمان بالعود الى ذلك المكان وان استاجرها
ذاهبا لا جائيا لا يبرا لان العقد قد انتهى بالوصول الى ذلك المكان فيصير ضامنا بالمجاوزة لوجود سبب المجاوزة ثم بالعود الى
ذلك المكان لا يعود العقد بينهما ولو سلمنا فنقول العقد هناك يرد على منافع الدابة في ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان
يفوت المعقود عليه اصلا وهنا العقد يرد على منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه اصلا انما وقع
التغيير في التسليم في بعضه لانه كان مامورا بتسليم العين في المصر فاذا اخرجه يتغير التسليم من غير ان يفوت المعقود عليه حتى ان
في الاجارة لو حمل عليها حملا اخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وعكس العبرة كان في الاستيفاء ولان المستاجر
ضامن للامساك لا في المكان المامور به وهو في الامساك عامل لنفسه الا ترى انه لو امسكها اياما في بيته كان ضامنا فلهذا لا يتحقق الرد منه

بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فاما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك حتى ان فى الاجاره اذا لم
يضمن بالامساك لم يبرء بترك الخلاف على ما قال فى الاجارات اذا استاجر المراة ثوب صيانة لتلبسه اياما فلبست بالليل كانت
ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال بالليل دون الامساك اذا ثبت عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد
المودع فاما ان يجعل فى حالة الخلاف سوا كان من استعماله كان العين فى يد المالك والمستعمل متشبث به فان هلك من عمله
ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب فى يد صاحبه وهذا اختيار الهندوانى والاصح انه ضامن اذا هلك فى حالة الخلاف سوا كان من
استعماله او لا من استعماله وفى الكتاب ما يدل عليه فانه قال يبرء عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه
ولو تنازعا فى الهلاك انه كان فى حالة الخلاف او بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته
ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشى ينعدم بعدمه فيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد
المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء ولو اودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار ان يده كيد المودع فكذلك
هنا وتبين بهذا ان استرداده يد عاديته كان مقصودا على حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام
باطل فان احدا لا ينظر بصاحب المال ان يقول احفظ مالى ما لم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن واذا خنت فاترك
الخيانة واحفظه لى لان مقصوده من الامر بالحفظ ان يكون ماله مصونا عنده والحاجة الى ذلك فى حالة الخلاف اظهر واذا طلب
المودع الوديعة فجحدها المستودع كان ضامنا لها لوجهين احدهما ان بالجحود صار متمكنا فان المستودع جعل القول قوله فيما
فى يده ولا يتملك احد مال الغير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مانعا المالك
عن ملكه مفوتا عليه يده الثابته حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق ولم يذكر فى الكتاب اذا جحدها لا فى وجه المودع
بان قال له انسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدها او جحدها فى وجه المودع من غير ان طالبه بالرد بان قال ما حال وديعتى
عندك لتشكره على حفظها فجحدها وذكر الفصلين فى اختلاف زفر ويعقوب ان على قول زفر يكون ضامنا لما ذكرنا انه بالجحود
متملك لها ومفوت يد المالك حكما وقال ابو يوسف لا يكون ضامنا لان المالك ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار
بقائه يده كيد المالك فى العين ولان الجحود فى حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجبا
للضمان عليه فان اقام رب الوديعة البينة بعد جحود المودع انه استودعه كذا ثم اقام المستودع البينة انها ضاعت فهو ضامن
لها لانه بالجحود صار ضامنا لها وهلاك المضمون فى يد الضامن يقرر عليه الضمان وكذلك ان اقام البينة انها كانت ضاعت قبل
جحوده لا تقبل البينة لا تقبل الا بعد تقدم الدعوى وهو مناقض فى كلامه فجحوده اصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله
ولهذا لا تقبل بينته الا ان يقر المودع بذلك فحينئذ لا ضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه فى حق المقر ولان المناقض
اذا صدقه خصمه كان مقبول القول وان قال لم يودعنى شيا ثم قال بل اودعنى ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا ان جحوده اصل
الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يوكد الضمان عليه وان قال لا ولا اعطيتكها ثم قال بعد ايام لم
اعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها وطعن عيسى فى هذا وقال لا ضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد
منهما على الانفراد لم يكن ضامنا فمجموعهما كيف يصير ضامنا وتقرير هذا من وجهين احدهما ان الضمان يستدعى سببا لا محالة ولم يوجد
لانه قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامنا والثانى ان قول المودع رددتها او هلكت معتبر فى نفى الضمان عنه
لا فى ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على الوصى لم يضمن الوصى شيا واذا كان المقصود نفى الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو
المقصود لا يكون ضامنا شيا ووجه ظاهر الرواية انه مناقض فى كلامه لان اخباره بالرد يمنعه من دعوى الهلاك فى يده واخباره
بالهلاك فى يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى هو كالممتنع من رد الوديعة بعد ما طولب بها وذلك سبب
موجب للضمان عليه فكان ضامنا لها فان قال استودعتنى الف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها منى فالقول قول
المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسمع منه اقرار بسبب موجب للضمان
انما ذكر ان صاحب المال وضع ماله فى موضع فضاع وفعل الانسان فى مال نفسه لا يكون موجبا للضمان انما ذكر ان صاحب المال
على غيره وان قال المستودع اخذتها منك وديعه وقال الاخر بل غصبتنى فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه فى
ملك الغير وهو الاخذ كما قال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه فى الاخذ
فلا يصدق على ذلك ويكون ضامنا الا ان يقيم البينة او يابى المالك اليمين فيقوم نكوله مقام اقراره وان قال رب المال اقرضتكها

قرضا وقال المستودع بل وضعتها عندى وديعة وقد ضاع فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذن المالك فلا يكون
موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله اقرضتكها والمودع ينكر فكان القول قوله لانكاره ثم
تبين فى خلط الحنطة بالشعير انه كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بان يد قحاب الحنطة بالشعير
فتغربل فيتميز به من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان رجل استودع رجلا
الف درهم وله على المستودع الف درهم ثم اختلفا بعد ايام فقال الطالب اخذت الوديعه وقال المستودع طلبت اعطيتك القرض
وقد ضاعت الوديعه فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للالف فالقول قوله انه من اى جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن
جهة قضاء الدين فبرى من الدين به وبقيت الوديعة فى يده وقد اخبر بهلاكها فالقول قوله فى ذلك ثم صحح انه لو لم يدفعه
شيا حتى اخبر بهلاك الوديعة بعد اداء الالف رجل استودع صبيا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن فى قول ابى حنيفة ومحمد
وهو ضامن فى قول ابى يوسف والشافعى وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبى والبالغ فيه سوا لما بينا ان
تحقق الفعل بوجوده الا ترى ان الوديعه لو كانت عبدا او امة فقتلها الصبى كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك فى ساير الاموال
ولان الايداع من الصبى باطل لانه استحفاظ من لا يحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فاتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع
للمال فكانه القاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فاتلفه صبى كان ضامنا فهذا مثله وحجة ابى حنيفه ومحمد ما قال فى الكتاب
لانه صبى قد سلطه رب المال على ماله حين دفعه اليه وفى تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام احدهما انه تسليط باعتبار العادة
لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم فى عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له فى الاتلاف
وبقوله احفظ لا يخرج من ان يكون اذنا له لانه انما خاطب بهذا من لا يحفظ فهو كتقديم الشعير بين يدى الحمار وقال لا تاكل بخلاف
العبد والامة لانه ليس من عادة الصبيان القتل لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداعه تسليطا على القتل باعتبار
عادتهم وهذا بخلاف العبد والامة لانه عادتهم الاتلاف للدواب ركوبا فيثبت التسليط فى الدابه بطريق العادة والاصح ان يقول
معنى التسليط تحويل يده فى المال اليه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار متمكنا من استهلاكه
بالغا كان المودع او صبيا الا انه بقوله احفظ قصدا ان يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح فى حق
البالغ باطل فى حق الصبى لانه التزم بالعقد والصبى ليس من اهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف
العبد والامة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الادمى فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولان الايداع من
المالك تصرف فى ملكه والمملوك فى حكم الدم مبقى على اصل الحرية فلا يثبت وله الايداع والتسليط يثبت باعتباره بخلاف ما
لو قال اقتل عبدى لان ذلك استعمال والاستعمال وراء التسليط فان بعد الاستعمال اذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد
التسليط يسقط حق المسلط فى التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا فى هذا الموضع ان الصبى المستهلك اذا ضمن
للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال له اتلفه فذلك استعمال للصبى وهذا تسليط له بمنزلة قوله يجب لك ان تاكل هذا الطعام
ان شئت ولو قال ذلك فاكله الصبى لم يضمن ولو جاء مستحقه وضمنه لم يرجع على الذى قال له ذلك فهذا مثله الا ان ابا يوسف
يقول قوله احفظ بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه فى حقه فلا يعتبر لصحته حال
المخاطب به او ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ من هذا التسليط فاذا استهلكه الصبى كان مستهلكا بغير
اذنه ولكن ابو حنيفه ومحمد يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقا وهو احفظ كلام فلا يتحقق استثناء الفعل المطلق
بل يكون معارضا كذلك الفعل الذى هو تسليط ولا يكون معارضا الا بعد صحته كما يكون المخاطب من اهل الالتزام بالعقد
وذلك فى حق البالغ دون الصبى فبقى التسليط مطلقا فى حق الصبى والدليل عليه ان الصبى لو ضيع الوديعه لم يضمن بان راى انسانا
يأخذها وهو قادر على اخذها والبالغ يضمن مثله فعرفنا ان المعارض صحيح فى حق البالغ دون الصبى وعلى هذا لو اودع عبدا
محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند ابى حنيفة حتى يعتق لان المعارض صحيح فى حقه دون المولى فانه التزام بالعقد وعلى قول
ابى يوسف يباع فيه فى الحال لان المودع يتصرف على نفسه فى الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه فان كان العبد صبيا
لم يضمن عندهما فى الحال ولا بعد البلوغ والعتق لان المعارض لم يصح فى حقه ولا فى حق وان كان الصبى او العبد ماذونا كان ضامنا
فى الحال لان المعارض قد صح فى حقهما وفى حق المولى فالماذون من اهل الالتزام بالعقد ولهذا يواخذ بضمان التضييع وعلى
هذا الخلاف لو اقرض صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله اقرضتك معارض

كقوله احفظ في الوديعة على ما بينا وكذلك لو باع من صبي محجور عليه او عبد محجور عليه شيا فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم
اليهما بشرط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي اصلا ولا في حق العبد حتى يعتق فهذا الحرف الذي يخرج عليه هذه
المسايل وان هلكت الوديعة عند الصبي او العبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما وفي قتل العبد والامة يجب
عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمدا قتله او خطا لان عمد الصبي وخطاه سواء وعلى المولى
القصاص ان قتله عمدا وان قتله خطا يخاطب المولى بالدفع او الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وام الولد يعني الاقل من قيمة
المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب ان يسعى في الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول ولو اودع شيا فاستهلكه ابن له صغير او عبد فعلى
المستهلك ضمانه في الحال لان قبوله الوديعة يكون اذنا منه في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان ماذونا في حفظ الوديعة
يواخذ بضمان الاستهلاك رجل استودع رجلا الف درهم فدفعها المستودع الى آخر وادعى ان رب الوديعة امره بذلك
لم يصدق عليه الا ببينة وقال ابن ابي ليلى هو مصدق في ذلك مع يمينه لانه منكر للضمان
عليه فاما عندنا ليس للمودع ان يودع فرفعه الى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعي ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن
فلا يصدق الا ببينة كما لو اخذ مال انسان وادعى انه اخذه باذنه وله ان يستحلف صاحبها انه لم يامره بالدفع لانه لو اقر
بالامر برئ المودع فاذا انكر يستحلف لرجاء نكوله فان كان رب الوديعة امره ان يدفعها الى رجل فقال له قد دفعتها وقال
الرجل لم اقبضها منك وقال رب الوديعة لم يدفعها فالقول قول المودع مع يمينه لان دعواه الدفع الى من امره المالك بالدفع
اليه بمنزلة دعواه الدفع الى المالك فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك
الرجل بالم يقم البينة على قبضه واذا قال صاحب الوديعة للمودع احبسها في بيتك هذا فخباها في بيت آخر في داره فهلكت فضاعت
فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لانه خالف امره نصا فهو كما لو قال اخبأها في دارك هذه فخبأها في دار اخرى فهلكت
وفي الاستحسان نقول انما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدا دون ما لا يكون مفيدا الا ترى انه لو قال احفظها بيمينك دون
يسارك او انظر اليها بعينك اليمنى دون اليسرى لم يعتبر لانه غير مفيد اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان
في معنى الحرزية لان الكل حرز واحد الا ترى ان السارق اذا اخرج المتاع من احد البيتين الى البيت الآخر لم يقطع اذا اخذ
قبل ان يخرجه من الحرز فاما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيدا لان كل دار حرز على حدة الا ترى انه لو
قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها لان التقييد في المصر مفيد فان انتقل من الكوفة الى البصرة او الى
غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه لان المودع انما يلتزم من شرط المودع بحسب امكانه الا ترى انه لو قال امسكها بيدك
ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لان ما شرط عليه في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط باعتبار شرطه
اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه اذا هلكت وهذا بناء على اصلنا ان للمودع ان يسافر بالوديعة عند اطلاق
العقد وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال عليه السلام المسافر ومتاعه وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى
وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الاب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح الا ترى انهم
ان يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر نوضحه ان مقصود
المودع به وحجتنا في ذلك ان الامر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من راعى امره في شيء يراعي اطلاق
امره كما يراعي الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سوا انما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق امنا كان الحفظ فيه كالحفظ
في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحال في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يامنون خارج المدينة لغلبة الكفار
الا ترى انه فيما اخبر من الامن بعده قال يوشك ان تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذيب على غنمها ولا يجوز ان
يتقيد مطلق امره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون مقصوده ان يحمل المال اليه خصوصا اذا
سافر الى البلد الذي فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر لحاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما ان يدع
الوديعة الى غيره فيكون تاركا للنص لانه امره ان يحفظ بنفسه واما ان يحمل مع نفسه فيكون مخالفا للمقصود ولا اشك ان مراعاة المقصود
ولهذا قال ابو حنيفة ما له حمل ومونة وما لا حمل له ولا مونة في ذلك سوا بعدت المسافة او قربت لمراعاة النص وترك القياس واستحسن
ابو يوسف فقال اذا كان له حمل ومونة فليس له ان يسافر به لانه يلزم صاحبها مونة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المونة اياه
واستحسن محمد فقال اذا قربت المسافة فله ان يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمونة على صاحبها عند

بعد

بعد المسافة اذا اراد ردها ولو اودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امراتك او عبدك او ولدك او اجيرك فاني اتهمهم عليها فدفعها
الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بدا من ذلك
لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد يامن الانسان الرجل على ماله ولا يامن زوجته الا انه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان
فاذا كان يجد بدا من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المامور به فيصير ضامنا بحفظها على الوجه المنهي عنه
وان كان لا يجد بدا من ذلك فهو حافظها بحسب امكانه وليس عليه اكثر من ذلك فلا يضمنها واذا استعمل المودع الوديعة واقر
بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلكت لم يصدق الا بحجة فان اقام البينة انه ردها بيّنه لان السبب الموجب للضمان عليه وهو
الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق الا بحجة فان اقام البينة انه ردها الى
موضعها صحيحا ثم هلكت كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فلا يضمن شيا عندنا وان كانت الوديعة امة فوطيها المودع
فولدت فالولد مملوك لصاحب الاصل وعلى المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها وديعة عنده
لا يمكن في شبهة المحل الا ان يدعي شبهة نكاح او شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ويغرم العقر للشبهة واذا استودع الرجلان رجلا
وديعة من دراهم او دنانير او ثياب او دواب او عبيد ثم حضر احدهما وطلب حقه لم يكن له في ذلك حتى يحضرا جميعا ولو خاصمه الى القاضي
لم يامره بدفع نصيبه اليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يامره بان يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا يكون قسمته جائزة
على الغايب وعن محمد في الامالي قال قول ابي حنيفة اقيس من قول ابي يوسف اوسع وجه قولهما ان كل واحد من المودعين
مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بسبب غيبة الشريك كما في الدين اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون
بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغايب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بان يقسم فيدفع
الى الحاضر نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغايب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر الغايب كان له ان يشارك
الحاضر فيما قبض دفعا للضرر عنه وهذا في المكيل والموزون واضح فان الحاضر له ان ينفرد باخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك
للمودع ان يدفع نصيبه اليه وقد بينا نظيره في مال المفقود ومذهب ابي حنيفة مروي عن علي رضي الله عنه والمعنى فيه انه لو دفع شيا
الى الحاضر فاما ان يكون المدفوع من نصيبهما جميعا او نصيب الحاضر خاصة ولا يمكن ان يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك
لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغايب في القسمة فلم يبق الا ان يكون المدفوع من النصيبين ودفع مال الغير
الى الغير يكون جناية فلا يكون للمودع ان يباشر ذلك ولا يامره القاضي به والحاضر ان كان يتضرر بهذا فقد رضي بالتزام هذا
الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة وبان كان هو يتمكن من اخذه فذلك لا يدل على انه يكون للمودع ان يدفع اليه
الا ترى ان صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يامر المودع بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له ان
ياخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضي الدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الحاضر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة
على الغايب ولهذا يومر بخلاف ما نحن فيه رجل اودع رجلا الف درهم فجاء رجل وقال ارسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها
الي فصدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وانكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وتصادقهما لا يثبت
الامر في حق المالك اذا انكره فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول ان كانت الوديعة هلكت في يده او زعم انه اوصلها الى صاحبها
لانه قد صدقه في انه رسول امين وان المالك ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره الا ان يكون المقبوض قايما بعينه
في يده فياخذه لانه قد يملكه باداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة او لم يصدقه ولم يكذبه ودفع المال اليه ثم جاء المالك
فضمنه فله ان يرجع على الرسول لانه لم يقر بانه كان امينا ولكن دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب
الدفع اليه فاذا لحقه غرم كان له ان يرجع عليه ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعني ان الرسول قال له ان
لحقك فيه غرم فانا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله ان يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب
وجوب المال وهو المطالبة به واذا كان عند رجل وديعة او عارية او بضاعة فغصبها منه رجل فهو خصمه فيها عندنا وقال
الشافعي لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك لان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو او وكيله والمودع ليس بوكيل عنه
في الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر ولكنا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة وقد ازالها الغاصب فكان له ان يخاصم عن
نفسه لاعادة اليد التي ازالها بالغصب ولانه مامور بالحفظ من جهة المودع ولا يتاتى له الحفظ الا باسترداده عينه من الغاصب
او استرداد قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان المامور به دلالة وفي اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان

الغاصب اذا علم ان المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على اخذه فلهذا كان المودع فيه خصما واذا كانت الوديعة عند رجلين
من ثياب او غيرها فاقتسماها وجعل كل واحد منهما نصفه في بيته فهلك احد النصفين او كلاهما فلا ضمان عليهما وهكذا امر الناس
لانهما لا يستطيعان ان يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بينا ان المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم انهما لا يقدران على
ان يتركا جميع اشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما اودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضيا بقسمتهما وحفظ
كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص وان ابيا القسمة واودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزما
من الحفظ والمستضعان والوصيان والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك فان ترك احدهما عند صاحبه فان كان ذلك
شيئا لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما اودعهما مع علمه انهما لا يجتمعان على حفظ آناء الليل والنهار
فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه الا ترى انهما يتهايان في الحفظ وفي مدة المهاياه يتركه كل واحد منهما عند صاحبه في
نوبته وان كان شيئا يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك في يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب
صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند ابي حنيفة لا يضمن فاما الدافع عند ابي حنيفة ضامن للنصف لانه ترك الحفظ الذي
التزمه مع الامكان فانهما تمكنا من القسمة ليحفظ كل واحد منهما بصفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن شيئا لانهما ايتمنهما فقد صار
راضيا بحفظ كل واحد منهما له كما في الا يحتمل القسمة وقول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا
كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل وخرج واذا احترق بيت المودع فاخرج الوديعة مع متاعه ووضعه
في بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذي التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق
المالك في الضمان وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بدا من هذا في مثل هذه الحالة ولان وضعه في بيت جاره في هذه الحالة
من الحفظ لانه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة الا ترى انه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال
نفسه في هذه الحالة بهذا الطريق ارايت لو كان في سفينة فغرقت فناول الوديعة انسانا على الحد يمسكها اكان ضامنا واذا كانت
الوديعة ابلا او بقرا او غنما وصاحبها غايب فان انفق عليها المستودع من ماله بغير امر القاضي فهو متطوع لانه تبرع في
بالانفاق على ملك الغير بغير امره وان رفعها الى القاضي فسأله البينة لانه يدعي ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضي فيه
فلا يصدقه الا ببينة فان اقام البينة انها وديعة عنده لفلان امره ان ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى القاضي لانه مأمور
بالنظر والحيوان لا يبقى بدون النفقة والمودع لا ينفق بغير امره لانه لا يرضى بان يتبرع به فيامره بذلك نظرا منه للغايب ويكون
دينا على رب الوديعة لان امر القاضي في حال قيامه ولايته كامره بنفسه ولو امره بان ينفق كان ما ينفق دينا له على المالك
فكذلك اذا امره القاضي به فاذا جاء اجبره على رد نفقته اليه وان راى القاضي ان يامره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان
في الامر بالانفاق تلف بعض المالية على المالك وفي البيع تيسير حفظ جميع المالية فلهذا نفذ بيعه بامر القاضي وان لم يرفعها الى
القاضي واجتمع عنده من البانها شيء يخاف فساده او كان لها ثمر في ارض فباع بغير امر القاضي فهو ضامن لها ان كان في مصر
يتمكن من استطلاع راي القاضي وان باعها بامر القاضي لم يضمن لان القاضي نايب الغايب فيما يرجع الى النظر له وان تمكن من
استطلاع راي المالك فباعه بغير امره لم ينفذ بيعه وكان ضامنا فكذلك اذا تمكن من استطلاع راي القاضي فلم يفعل فاما
اذا كان في موضع لا يتوصل الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشيء لم يضمن استحسانا لان بيعه الآن من الحفظ وليس في وسعه الا
ما اتى به وحكي ان اصحاب محمد مات رفيقهم في طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الى محمد فسألوا عن ذلك فقال
لو لم تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح وان حمل عليها المستودع فحمل ولم يكن صاحبها امر بذلك فاولادها
لصاحبها لان الولد متولد من الاصل فيملك بملك الاصل وان هلكت الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حتى
اتى بغير ما امر به فيضمن ما هلك بسببه ولو اكرى الابل الى مكة واخذ الكرى كان الكرى له لانه وجب بعقده وليست الغلة
كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذلك يتولد من الاصل فيملك بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد
فيكون للعاقد وقد بيناه في الغصب وان ادعى المستودع انه انفق الوديعة على اهل المودع بامره وصدقه عيالاته في ذلك
وقال رب الوديعة لم امرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب ضمان الضمان في الوديعة وهو
الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق في ذلك الا ببينة واذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة
مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه امره بان يتصدق بها على المساكين او يهبها لفلان فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع

من رجل واخذ عقرها فولدت ونقصها الولادة ثم جاء سيدها فله ان ياخذها وولدها وله ان يفسد النكاح لان المودع باشره
بغير رضاه فكان موقوفا على اجازته واذا افسد النكاح اخذ عقرها لان المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين والعقر كالارش فيكون
بمنزلة المتولد من العين بخلاف الاجر ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت نقصتها ولم يكن في الولد وفاء بها وان كان
في الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم في حق الغاصب وان كان نقصانها
من غير الولادة من شيء احدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك غاصبا لها بما صنع وانما
ينجبر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد في نقصان حدث بسبب اخر وان كان المستودع
استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان امانة عنده كولد المغصوب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك ثم رد قيمة
الولد كرد عينه في انجبار نقصان الولادة به رجل استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذي في يده فوقع عليها
المشتري فولدت له ثم جاء سيدها فله ان ياخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام
الملك في جميعها في صحة الاستيلاد ولو كان الملك له في جميعها ظاهرا كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر
بالقيمة ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد في جبر نقصان الولادة به فان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان اخذ تمام ذلك
من المشتري لان المشتري كان غاصبا لها في حق مالكها فيكون ضامنا لما حدث من النقصان في يده ثم يرجع المشتري على البايع
بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البايع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء
معتبر بالكل واما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن البايع نصف النقصان لانه كان
امينا في نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم الا ترى انها لو هلكت كان له ان يضمن البايع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها
بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذي حضر الا بقول المستودعين لم يقبل منهما دعوتهما في ذلك لان البايع منهما مناقض في كلامه
والاخر قد علك عليه المستولد نصيبه ايضا بالضمان فلا يقبل منهما دعوتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية ام
ولد للمشتري باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيهما كما هو الحكم في جارية مشتركة
بين شريكين يستولدها احدهما فان قيل كيف يغرم للشريك هنا وهو يابى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره قلنا نعم ولكنه صار مكذبا
شرعا في زعمه حين كانت الجارية ام ولد للمشتري فلهذا سقط اعتبار زعمه واذا جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم اودع من ماله
عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصا بما ذهب به من وديعته لان المال صار دينا له على المستودع بجحوده وصاحب
الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له ان ياخذه والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقيل في تاويل قوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد اخذ جنس حقه
اذا ظفر به وكذلك ان كان المال دينا عليه فانكره ثم اودعه مثله فاما اذا اودعه شيئا من غير جنس حقه لم يبعه امساكه عنه
لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والاول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء وحكي عن ابن ابي ليلى التسوية
بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لا يكون له ان يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تمليك
العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له في العين وان كان عند الهلاك
يصير مستوفيا دينه باعتبار المالية ثم عند المجانسة اذا طلب الثاني يمين المودع الاول كان له ان يحلف بالله ما يلزمني تسليم
شيء اليك فان قال للقاضي حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الان يودي المدعى عليه فيقول قد يودع الرجل شيئا عنده
ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان ودى بهذه الصفة فقد طلب من القاضي ان ينظر له فيجيبه الى ذلك فاما اذا لم يذكر هذا فان
القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما اودعك ما يدعي ثم لا ينبغي له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذبا في يمينه ولا رخصة في اليمين
الكاذبة فطريق التخلص له ان يحلف للقاضي بما ذكرنا او يحلف ما استودعني شيئا الا كذا وكذا يستثني من كلامه ويخفيه من خصمه
ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد الى الاضرار بغيره الا ان يجوز نيته لا تكفي لذلك لانه محتاج
الى اخراجه من جملة ما يتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك لا يحصل بالنية لان الاستثناء بيان ان كلامه عبارة عما وراء المستثنى ولا
يحصل ذلك الا بما يصلح ناسخا له او مغيرا ومجرد الاستثناء بالنية لا يصلح لذلك فلهذا اشترط التكلم بالاستثناء وحد ذلك ما لو
قرب انسان اذنه من فيه سمع ذلك ويخفيه واذا غاب رب الوديعة ولا يدري احي هو او ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه
التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف اللقطة فانه كما

غير معلوم عنده معنا التعريف التصدق بها طن لولا اتصالها اليه وهنا مالكها معلوم فظن لو اتصالها الحفظ الى ان يحضر المالك او يتبين
موته فيطلب وارثه ويدفعها اليه واذا مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فان عرف باعيانها فاربابها
احق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا احق بها في حيوة المديون فكذلك
بعد موته وان لم يعرف باعيانها قسم المال بينهم بالحصص واصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا وعلى
قول ابن ابي ليلى الغرماء احق بجميع التركة واصل المسئلة ان الامين اذا مات مجهلا للامانة فالامانة تصير دينا في تركته عندنا
لانه بالتجهيل صار متملكا لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة
الشهادة بالملك حتى يقضي القاضي للوارث والمودع بالتمليك يصير ضامنا ولانه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته
على اخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامنا كما لو دل سارقا على سرقتها ولانه التزم اداء الامانة ومن اداء الامانة
بيانها عند موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن ايضا بترك البيان عند الموت وابن
ابي ليلى يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكنا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب
ما لم يتبين خلافه وربما يقول حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق اصحاب الامانة لم يكن في ذمته في حيوته فكيف
يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته ولكنا نقول صار حقهم ايضا دينا قبل موته حين وقع الناس عن بيانه ثم حق اصحاب الامانة من وجه
اقوى لعلمنا انه كان في عين المال الذي في يده ومن له حق في العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن فان كان لا يستحق
صاحب الامانة الترجيح فلا اقل من ان يزاحم الغرماء واذا رد المستودع الوديعة الى المودع ثم اقام رجل البينة انها له وحضر
القاضي فلا ضمان على المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من اخذها منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك وبيان الانفساخ من حيث
الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلانه مأمور بالرد الى من اخذها منه قبل حضور المالك الا ترى ان الاول لو كان غاصبا معروفا فطالب
المودع بالرد عليه قبل ان يحضر المالك الزمه القاضي ذلك وكذلك لو كانت سرقة او غصبا فالمودع بالرد على من اخذها منه يكون
ناسخا حكم فعله فلا يبقى للمالك قبله حق وهذا لان وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان باخذه فات على المالك التمكن
من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة اليه وكذلك ان كان المودع صبيا او عبدا محجورا عليه وكذلك ان كان رب الوديعة
صبيا او عبدا لان المسقط للضمان في حق المودع رده الى من اخذها منه وذلك متحقق منه وان كان المودع دفعها الى انسان بامر المودع
او باع او وهب وسلم بامره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع لانه ما نسخ فعله بالرد الى من اخذه منه وذلك ما نسخ
انما سلمه الى غيره وذلك موجب للضمان عليه بدون امر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان امره لم يكن معتبرا فكان المستودع ضامنا
بخلاف الاول فقد ردها الى الموضع الذي اخذها منه وذلك ناسخ لفعله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن للمولى ان ياخذ
الوديعة تاجرا كان العبد او محجورا لان المودع ما قبض منه شيئا ولان تمكنه من اخذ المال بشرطين احدهما قيام ملكه في رقبته الى
الحال والثاني فراغ ذمته عن دين العبد لان دين العبد في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين
عليه ولانه انما تمكن من اخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة في يده لغيره وانما اورد هذا ايضا
لما سبق ان رد الوديعة الى من اخذها منه وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها على العبد اذا حضر
ولا يلزمه ردها على مالكها واذا مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة المورث قائم مقامه بعد موته
فان كان على الميت دين وله وصي فينبغي للمستودع ان يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الموصي بعد موته فاما الوارث انما
يخلف المورث بشرط فراغ التركة من حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان عليه ان يدفعها الى الوصي ليبيعها
فيقضي الدين ثم يدفع ما بقي الى الوارث واذا كانت الوديعة عبدا او دابة او ثوبا واحدا عند رجلين فانهما يتهايان على حفظه
فيمسكه كل واحد منهما شهرا لان اجتماعهما على الحفظ اناء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما
بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذي يحفظان مالهما وان وضعه احدهما عند صاحبه
فهلك لم يضمنا شيئا اعتبارا بما لو هلك في يد احدهما في زمان المهايأة وقد بينا هذا واذا قال رب الوديعة اودعتك عبدا
او امة وقال المستودع ما اودعتني الا الامة وقد هلكت فاقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه
جحد الوديعة في العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله
مع يمينه ۞ رجلان ادعى كل واحد منهما امة في يدي رجل انه اودعها اياه وقال المستودع ما ادري لايكما هي غير اني اعلم انها لاحدكما

قال

قال يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انه اودعه الامة بعينها وهو منكر لذلك انما اقر بايداع احدهما بغير
عينه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتمام بيان المسئلة في كتاب الاقرار انما اورد هذه المسئلة هنا لبيان
خلاف ابن ابي ليلى في فصل وهو انه اذا ابى ان يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويغرم قيمتها بينهما نصفين وعند ابن ابي
ليلى يردها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل عنده غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل
موجب للضمان وقد صار مجهلا في حق كل واحد منهما فيصير ضامنا ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه اخذ جميعها منه
وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامنا لكل واحد منهما ما بقي من حقه وذلك بان يغرم قيمتها بينهما الا ترى انه لو قال
هذه استودعنيها ثم قال لا بل هو هذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك
باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني باقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا
اذا دفعها الى الاول بغير قضاء القاضي وكذلك ان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد وفي قول ابي يوسف لا يكون لان بمجرد
اقراره لم يفت على الثاني شيء وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي
سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره وقد اقر انه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على اخذ الوديعة يصير
ضامنا للمودع ۞ رجل استودع رجلا وديعة فاودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعدى
بالتسليم الى الغير من امر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد هو ضامن لها ايضا
ولصاحب المال الخيار يضمن ايهما شاء وعند ابن ابي ليلى لا يضمن واحد منهما بناء على اصله ان للمودع ان يودع غيره وقد بينا
هذا فاما هما يقولان الاول متعدى في التسليم بغير اذن المالك فكان للمالك ان يضمن ايهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب
فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملك فتبين انه اودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع
على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان ان هلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه
في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وابو حنيفة يقول الاول لم يصر ضامنا بالتسليم الى الثاني بدليل
انه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامنا بترك الحفظ حين غاب بعدما سلمها الى
الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حتى هلكت فلا يضمن شيئا ۞ يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن
موجبا للضمان عليه حتى لو هلكت قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك يصير به ضامنا فالقبض كان
هذا في حقه كثوب هبت به الريح والضمان لا يجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ۞
ولما لم يصر الثاني ضامنا بالقبض كان هذا في حقه كثوب هبت به الريح والقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن تقرر
ان الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يدا معتبرة في ايجاب الضمان على
الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب فتخرق لما وجب الضمان على
الاستاذ بسبب فعل الاجير لم يجب على الاجير شيء من الضمان لانه لو ضمن انما يضمن بذلك الفعل بعينه والفعل الواحد لا يكون
موجبا للضمان على شخصين فهذا مثله بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامنا بفعله وهو
غصبه وغصب احدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في حق كل واحد منهما قيمته حين غصبه والله اعلم ۞

كتاب العارية

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء العارية تمليك المنفعة بغير
عوض سميت عارية لتعريها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض
فالعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وما يجوز تمليك منافعها بالعوض بعقد الاجارة
وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى
شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة في تلك العين
لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وما ملك الانسان الانتفاع به على ان يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا
وقال الكرخي يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة بدليل انه لا يشترط اعلام مقدار المنفعة

فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التمليك اما لا تمنع صحة الاباحة وبدليل ان المستعير ليس له ان يواجر ومن ملك شيئا بغير عوض جاز له
ان يملكه من غيره بعوض كالموهوب له والصحيح ان نوجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به
والمباح له لا يملك ان يبيح لغيره والعارية تنعقد بلفظ التمليك بان يقول ملكتك منفعة داري هذا شهرا او جعلت لك سكنى داري
هذه شهرا الا انه لا يواجر لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير ما لو استاجر دابة او ثوبا
ليس له ان يواجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره اضرار
بالاجر فان قيل كان ينبغي ان يملك المستعير الاجاره ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا
في نقض الاجاره قلنا لو ملك المستعير الاجاره كان ذلك من مقتضيات حق المعير في الاسترداد عقد المعير وكان صحة العقد
بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك وانما لا يشترط اعلام المدة والمكان في الاعاره لان اشتراط ذلك في المعاوضات يقطع
المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة اذا اراد المعير الاسترداد ولان المعاوضات يتعلق بها صفة
اللزوم فلهذا لا يشترط اعلام المكان ولا اعلام المدة ولا اعلام ما يحمل على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع
بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد لانه لا يواجرها فان
اجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب الغصب وان هلكت بعد ما اجرها كان ضامنا لها فاما اذا لم
يواجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في قول علمائنا سواء هلكت من استعماله او لا من استعماله وهو قول عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من الاستعمال ضمن قيمتها للمالك
وهو قول ابن عباس وابي هريرة رضي الله عنه واحتج في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل
الضمان صفة للعارية فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل فرهان
مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن واستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن
فقال له اغصبا يا محمد قال عليه السلام لا بل عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران ودروعا يعار رسلي فهلكت على ايديهم
فضمانها على رسلي وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع ما اخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود
في العارية وهو المعنى الفقهي انه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم كان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض على سوم
الشراء والمستقرض وهذا لانه لما ثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا انه مقصود على المنفعة لا يتعدى الى العين فكان
في حق العين كانه قبضه بغير اذنه بخلاف الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين وبخلاف
الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما المنفعة للمالك ولهذا لم يكن له عليه مؤنة الرد وهو المعتمد لهم فان
قبض العارية يوجب ضمان الرد فعليه ضمان الرد ولا يتحقق ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين
ليصير به مؤديا ما لزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه
يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى وبحد ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل باشره بتسليط المالك
كما لو غصب من غيره شاة فقال المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئا ولا يقال
قبضه بتسليط المالك ايضا لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن ان يجعل فعله في القبض كفعل المالك والدليل عليه
انه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان بيد المستعير في العين كيد المعير يرجع عليه كالمودع وحجتنا في ذلك قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير
عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستاجر وتاثيره ان وجوب الضمان
يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت الا ترى ان القبض في كونه موجبا
للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض اولى ولا يجوز ان يجب الضمان هنا باعتبار
العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا
العقد فما لم يتناوله العقد اولى ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجاره لا يوجب ضمان العين وتاثير العوض
في تقرير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعرى عن العوض كيف يوجب الضمان
والدليل عليه انه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه يستعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن

لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك القبض وان قال بحكم الاذن في الاستعمال اجعل استعماله كاستعمال المالك فبحكم الاذن
في القبض والاعطاء اليه ينبغي ان يجعل قبضه كقبض المالك ايضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة
النقل حصلت له والرد فسخ كذلك لما لنقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا يوجب مؤنة الرد على الموصى
له بالخدمة ايضا فاما ضمان العين انما يجب على من يفوت شيئا على المالك كالغاصب ولم يوجد ذلك فاذا كان القبض باذنه
والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد لان المالك هناك ما رضي بقبضه الا
بجهة العقد ففيما وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر ضمان
العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور او بسبب العيب وذلك يختص بعقد
المعاوضة فانه يقتضي السلامة عن العيب فاما عقد التبرع لا يقتضي ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا
وقوله بانه قبض العين لا عن استحقاق تقدم قلنا نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت
على المالك وكما ان القبض يوجب للضمان فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان بغير حق لا اذا حصل بغير استحقاق
تقدم فالقبض مثله والمراد من قوله عليه السلام العارية مضمونة ضمان الرد لانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في
ضمان الرد لانه يبقى ببقاء الرد وحديث صفوان فقد قيل انه اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا يا محمد
الا انه كان محتاجا الى السلاح فكان له الاخذ حلالا له شرعا ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير
بشرط الضمان وقيل كانت الدروع امانة لاهل مكة عند صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها
فكان مستعيرا من المودع وهو ضامن عندنا وقيل المراد ضمان الرد وقوله مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم
باللفظ لان المراد بالاول علم الفقه وقيل كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان
كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشروط
ما لا يجوز بين المسلمين وقيل انما كان ذلك تطييبا لقلب صفوان على ما روي انه هلك بعض تلك الدروع فقال عليه السلام
ان شئت غرمناها لك فقال لا لاني اليوم ارغب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء او الابراء
وقوله وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال هلكت في يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا كان
استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في وجوب ضمان القيمة
بعد هلاك العين قال وان استعار الدابة يوما الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها لم يضمن اذا هلكت لانه قبضها باذن صحيح ولكن
ان امسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا امسكها بعد مضي
المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع اذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت وهذا بخلاف المستاجر فان بعد
مضي المدة اذا امسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليس على المستاجر ولكنها على المالك فاذا لم
يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستاجر منع يصير به ضامنا وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا امسكها بعد مضي المدة
فقد وجد منه الانتفاع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه واذا لم يوقت المالك ولكنه اعارها ليحمل عليها ما
الحنطة فحمل عليها الحنطة اياما فلا ضمان عليه لان الاذن من المالك مطلق فلا يتقيد من حيث الا بالنهي والمطالبة بالرد ولم يوجد
وان حمل عليها الاجر او اللبن او الحجارة فعطبت فهو ضامن لانه خالف ما امره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير اذنه وهذه
المسألة على اربعة اوجه احدها ان يحمل عليها غير ما عينه المالك ولكنه مثل ما عينه في الضرر على الدابة من جنسه بان استعار ليحمل
عليه عشرة مخاتيم من حنطة اخرى او ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقييد انما يعتبر اذا كان
مفيدا وهذا التقييد والتعيين لا يفيد شيئا فان حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء والثاني ان يخالف في الجنس بان استعار
ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير في القياس يكون ضامنا لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر
المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لانه
لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون اخف على الدابة
وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيده شيئا حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن
من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ من الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل حطبا او تبنا فاما مثل

كيلها من الشعير لا يأخذ من ظهرها اكثر مما يأخذ من الحنطة ان خالف الى ما هو اضر على الدابة بان استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل
عليها حديدا او آجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان اضر عليها من حمل
الحنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق
ما يأخذ الحنطة فكان اضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا او تبنا والرابع ان يخالف في القدر بان استعارها ليحمل عليها
عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم حنطة موافق لانه حامل باذن
المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة يطيق حمل خمسة
عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما اذن في اتلافها وللشافعي
ثلاثة اقاويل في هذه المسئلة قول مثل قولنا وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ما هو اضر على الدابة فهو كما خالف في
الجنس وقول انه يضمن نصف قيمتها لانها لو تلفت من حملين احدهما باذنه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو امره ان يضرب
عبده عشرة اسواط فضربه احد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذاك ضمان قتل وفي باب
القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فقد تقوى الطبيعة على دفع الف جراحات في موضع ولا تقوى على دفع جراحة
واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل الحمل وثقل عشرة مخاتيم فوق
ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من ان يتوزع الضمان على مقدار ثقل الحمل وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة
مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلكت فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك
فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل يكون جملة واحدة فهو في
البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك واذا جاوز المكان الذي سمى له او اخذ الى مكان
غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها مفيد لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف
الطريق وبعده والسهولة والوعورة وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا او قوهيا او نحوها
لم يضمن لان التقييد بالهروي غير مفيد فان سائر اجناس الثياب كالهروي في الضرر على الدابة وكذلك في الوزنيات من الادهان
وغيرها كل تقييد يكون مفيدا فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامنا وما لا يكون مفيدا لا يعتبر وان استعارها ليركبها فركبها
وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفي النصف مخالف والجزء معتبر بالكل فان قيل اليس انه لو لم
يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه اولى لان الضرر على الدابة هنا اكثر قلنا اذا حمل عليها غيره فهو مخالف
في الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره الا ترى انه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الاجر الا اذا
حمل عليها غيره ووجب الاجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا اذا كانت الدابة بحيث يطيق حمل رجلين فان كان يعلم انها
لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بان يكون الذي حمله مع نفسه اخف منه او اثقل
منه بخلاف مسئلة الحنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال في مثل هذا فقال الدواب لو كان يوزن كل واحد منهما ايوزن قبل الطعام
او بعده قبل الخلاء او بعده لان الضرر في حق الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة فرب ثقيل يروض الدابة اذا
ركبها لهدايته في ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه في ذلك فلهذا اعتبرنا المناصفة فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده او بعض
من هو في عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من في عياله في الرد كيده كما ان يد من في عياله في الحفظ كيده والعرف الظاهر ان
المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة
وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحسانا والقياس ان لا يبرأ ما لم يصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان
ما لم يصل الى صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظها بيد هذا السائس ولو دفعها اليه لكان السائس يدفعها
الى المستعير باسترداده منه اذا عرف حتى صار مأذونا في دفعها اليه دلالة ولا يوجد مثل هذا العرف في الوديعة فان صاحبها هو
الذي يتولى استردادها عادة وانما اودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فرده على عبد
هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة وان استعار ثوبا ليلبسه هو فاعطاه غيره فلبس فهو
ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القصار والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار فكان هذا تقييدا مفيدا في حق صاحب
الثوب فاذا لبسه المستعير غيره صار مخالفا وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون في الركوب فرب

راكب يروض الدابة والآخر يقتلها فاما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فاعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس
من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير او لبسه غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المعير وكذلك ان كان المستعار مما لا يتفاوت الناس
في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على اصلنا ان
للمستعير ان يعير وعند الشافعي ليس للمستعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له ان يأذن لغيره في ذلك كالمباح له
الطعام لا يبيحه لغيره وهذا لانه يستوي غيره بنفسه فيما هو بالتصرف لا يوكل غيره به وحجتنا في ذلك ان المستعير مالك للانتفاع
بهذا العين فيملك ان يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه اشار بعد
هذا فقال من اعارك شيئا فقد جعل لك منفعة ذلك والدليل عليه انه لو قال ملكتك منفعة هذا العين كانت عارية صحيحة
فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير متصرف في ملك نفسه ويستوي غيره بنفسه في حق نفسه وذلك صحيح بخلاف
المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيح الا ان العين تبقى على ملك صاحبه فيما يتفاوت الناس
في الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما ان احد الشريكين في العبد اذا كاتب
كان للآخر ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه والمشتري اذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع
الضرر عن الشفيع قال رجل استعار من رجل ارضا على ان يبني فيها او على ان يغرس فيها نخلا فاذن له صاحبها في ذلك ثم
بدا له ان يخرجه فله ذلك عندنا وقال مالك ليس له ذلك لانه غير متعد في البناء والغرس فلا يهدم عليه وصاحب الارض وان
كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر فاما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه لانه ملكه وفيما شغل ارض
الغير به فلا يكون لصاحب الارض ان يأخذها ما لم يفرغ ولكنا نقول الارض تبقى على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها
اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هي مملوكة لغيره
من غير حق لازم فقد صار راضيا بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد اشتغل الارض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان له على
صاحب الارض عندنا وقال ابن ابي ليلى البناء للمعير ان يضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع
الضرر بهذا وشبه هذا بثوب انسان اذا انصبغ بصبغ فاراد صاحب الثوب ان يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه ولكنا نقول
الارض غير راض بالتزام قيمة البناء فلا يلزم ذلك عليه من غير رضاه اضرارا به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة
هناك لان دفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسئلة الصبغ فان تمييز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير
ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه ايضا حتى يكون له ان يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغي
ان لا يلزمه قيمة البناء بغير رضاه فان كان وقت له وقتا عشر سنين او نحو ذلك ثم اخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه
وغرسه عندنا وعلى قول زفر لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئا كاصل العقد فكما لا يكون له ان يضمنه قيمة البناء
والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت فهنا وبيان التوقيت غير ملزم اياه انه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت
وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده وقرار بنائه فيها في المدة التي سمى فاذا لم يف بذلك
صار غارا له وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا اطلق فهناك المعير لم يصر غارا له ولكن المستعير
حين ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة ولكن قد بينا فيما سبق ان الغرور انما يشترط في عقد الضمان ان يكون سببا للرجوع و
وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر عقد ضمان وان وقت فالوجه ان يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة
الى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه
قبله وصار تقدير كلامه كانه قال ابن لي في هذه الارض لنفسك على ان اتركها لك في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن
لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كانه بنى له بامره الا ان يشاء المستعير
ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما اوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي
بالتزام هذا الضرر كان هو احق بملكه يرفعه بتفريغ ملك المعير وقيل هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فاما اذا
كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير ان يرفعها بغير رضى المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير ان يتملكها عليه بالقيمة وان كان اعاره
الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتا او لم يوقت فلما تقارب حصاده اراد ان يخرجه ففي القياس له ذلك كما في البناء والغرس وهذا
لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها ان يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها ولكن في الاستحسان

لا يأخذ صاحبها ان يحصد المستعير زرعها لانه كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من
قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير في ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه ضرر بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال
فوق ضرر التاخير فاذا لم يكن بد من الاضرار يرجح اهون الضررين بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر
من الجانبين ضرر ابطال الحق فيرجح جانب صاحب الاصل على جانب صاحب البيع وبخلاف الغصب لان الغاصب متعد في الزراعة
في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدي ابقاء زرعه ولم يبين في الكتاب ان الارض يترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع باجر
او بغير اجر وانما ينبغي ان يترك باجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع بقل بعد وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن
منفعة ملكه مجانا لا يجوز بغير رضاه فانما يتعدل النظر من الجانبين اذا ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل فان رد المستعير
الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك او يؤدي عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤاخذ بضمان
الاستهلاك في الحال واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما اعارها له وقد عقرها الركوب والحمولة فالقول قول رب الدابة
عندنا وعند ابن ابي ليلى القول قول المستعير لان رب الدابة يدعي عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله
ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا انكر الاذن على الوجه
الذي انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعي ما يسقط الضمان عنه وهو
الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط وبقي هو ضامنا بالسبب الظاهر وان اعاره الارض على ان يبني فيها
او يسكن ما بدا له فاذا اخرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك الباني شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء
منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهي اجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه حين لم يذكر امدا معلوما ولجهالة الاجر حين
لم يكن مقدار ما يبني معلوما لها وقت العقد وعلى الساكن اجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد ونقض
الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض لان البناء ملكه فان قيل لماذا لا يتملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة
لانه صار قابضا له باتصاله بالارض قلنا كان الشرط بينهما ان يبني الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد
على المعدوم لا ينعقد اصلا وانما الملك بالقبض ثابت في العقد الفاسد واذا مات المعير او المستعير انقطعت العارية اذا مات
المعير فلان العين انتقل الى وارثه والمنفعة بعدها تحدث على ملكه وانما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره واذا مات
المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما اذا كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين
لا يتصور فيها هذه الخلافة وذلك لان الدلالة قامت لنا على ان المنفعة بعوض تبطل بموت احد المتعاقدين وهو الاجارة فما
كان منها بغير عوض اولى وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناه لك فان قوله لك يحتمل تمليك العين
ويحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى
فانما تثبت العارية بهذا اللفظ ثم ينقطع بموته واذا جاء رجل الى المستعير وقال اني استعرت من فلان هذا الذي عندك وامرني
ان اقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلك عنده ثم انكر المعير ان يكون امره بذلك فالمستعير ضامن له لانه يدعي على المعير الامر
بالدفع اليه وهو منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف تبين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان
عليه فان قيل لماذا لم يجعل هذا اعارة من المستعير حتى لا يكون موجبا للضمان قلنا المستعير اذا اعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه
في الانتفاع وامساك العين فيكون يد الثاني كيد الاول ولهذا كان له ان يسترده متى شاء وهنا تسليمه الى الثاني لم يكن بهذا
الطريق فانه اخرج العين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن ان يجعل كالمعير منه ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذي قبضه
منه لانه صدقه فيما ادعى في زعمه انه مستعير من المالك وانه لا ضمان على واحد منهما الا ان المالك ظلمه حيث ضمنه ومن ظلم فليس
له ان يظلم غير ظالمه وان كان الذي جاء فقبض العارية منه خادم المعير وانكر مولاه ان يكون امره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا
ان الرد على خادم المعير كالرد على المعير فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المستعير واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه
فربطها في دار صاحبها على معلفها فضاعت فهو ضامن لها في القياس لانه ضيعها حين اخرجها من يده ولم يسلمها الى احد يحفظها الا
ترى ان الغاصب لو فعل ذلك كان مضيعا ضامنا فكذلك المستعير وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه ربطها في موضعها المعروف
ولو ردها على صاحبها لكان يربطها في هذا الموضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة ان المستعير ياخذ الدابة
من مربطها ويردها الى مربطها فيثبت الاذن من جهة صاحبها في ذلك بهذا الطريق ولا كذلك الغاصب لانه ضامن محتاج

الى اسقاط الضمان عن نفسه بمثل فعله وذلك لا يتم بردها الى مربطها بعد ما اخذها من صاحبها فاما المستعير امين فاما الحاجة
الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة لان المربط في يد صاحب الدابة فاعادتها الى المربط بمنزلة
الاعادة الى يد صاحبها حكما ولو جحد المستعير العارية ثم زعم انه هلك فهو ضامن له لان العين كان امانة في يده فيصير ضامنا له
بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال رددته او ضاع مني فهو مصدق مع يمينه في كل ما يصدق فيه المودع لانه امين منكر وجوب
الضمان عليه وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتاتى الانتفاع بالنقود الا باستهلاك
عينها فيصير مأذونا في ذلك وفيه طريقان اما الهبة او القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع
وتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض يوجب عليه ضمان المثل القبض
لجهة القرض وكذلك كل ما يكال او يوزن او يعد مثل الجوز والبيض قال في الاصل ارايت لو استعار دراهم فاشترى بها
طعاما او جارية اما كان له ان ياكل الطعام ويطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه وان استعار انية يتجمل بها في منزله او سكينا
محلى او سيفا او منطقة مفضضة او خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن فهذا يجوز اجارتها
قالوا وكذلك لو ان صيرفيا استعار دراهم او دنانير يتجمل بها في حانوته او ليعير بها سنجاته فانه لا يكون قرضا لانه لما صرح
به علمنا ان مقصوده الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن في استهلاك العين واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فا
خذ بها في طريق اخرى الى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه ماذون في الوصول عليها الى ذلك المكان ولم يقيد له طريقا فلا يكون مخالفا
في اي طريق ذهب بعد ان يكون طريقا يسلكه الناس الى ذلك المكان وان كان طريقا لا يسلكه الناس الى ذلك المكان فهو ضامن
لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف وان استعارها الى حمام اعين فجاوز بها حمام اعين ثم رجع الى حمام اعين او الى الكوفة
ثم عطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردها الى صاحبها فمثل هذا اذا استعارها ذاهبا لا راجعا فاما اذا استعارها ذاهبا وجائيا
فلا ضمان عليه وهكذا ذكر في النوادر لان في الاول كما وصل الى حمام اعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصبا فلا يبرأ الا بالرد
على المالك وفي الثاني انما ضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المشروط فاذا رجع الى حمام اعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بعينها
فيكون امينا وقيل الجواب في الفصلين لان يد المستعير يد نفسه وفي الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق انما ابرأناه عن الضمان
لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كالرد على المالك وهذا لا يوجد هنا فيبقى ضامنا كما كان وان عاد الى مكان العقد ما لم
يوصله الى المالك والاجارة في هذا كالعارية لان يد المستاجر يد نفسه ايضا فانه يقبض المنفعة لنفسه ورجوعه لضمان الاستحقاق
لاجل العقود الثابت فهو ضمان لا لان يده يد المالك يوضح الفرق ان المستعير والمستاجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار
او استاجر دابة ليركبها الى مكان كذا فامسكها في المصر اياما كان ضامنا وكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمنها بامساكها في
غير الموضع الذي تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك الا بالرد فاما المودع يصير ضامنا بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم
الاستعمال حين عاد الى الوفاق فيقول فان اقام صاحبها البينة انها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه واقام المستعير شاهدين
انه قد ردها الى صاحبها اخذت ببينة رب الدابة لانها بينة سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير تنفي ذلك والبينات
للاثبات واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم اقام رجل البينة انها دابته يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا نسال
البينة انه لم يبع ولم يهب لان ذلك لا يدعيه احد والقاضي لا يشتغل بالخصومات لا يسال فاذا ادعى ذلك الذي اراد ان يضمنه او
اذن له في ركوبها حلف على ذلك لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كاقراره فلا يضمن المستحق احدا
وان حلف كان له ان يضمن ايهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسليم او المستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم
يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فتبين انه اعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير ايضا لانه ضمن
بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مغرورا من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضا بخلاف المستاجر فقد صار
مغرورا من جهة الاجر بما شرط له بعقد الضمان فاشتراط العوض لنفسه ثم على المستاجر الاجر الى الموضع الذي نفقت فيه الدابة
لانه استوفى المعقود عليه وذلك للاجر دون المالك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الاجر ولا باس بان يعير
الدابة العبد التاجر والعبد الذي يؤدي الغلة الدابة وفي القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من اهله فان التبرع
يكون تمليكا لغيره ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة ليست من التجارة في شيء ووجه الاستحسان ان هذا من
توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدا لانه اذا اراد الانسان ان يعطيه فلا بد ان يجلسه في حانوته او يضع وسادة له وهو اعارة

لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان وسنجات الميزان فاذا لم يعير لا يعار منه عند حاجته ايضا وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة والاهداء الى المجاهرين بشيء والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك وحديث ابي سعيد مولى ابي اسيد رضي الله عنه قال عرست وانا عبد فدعوت رهطا من الصحابة رضي الله عنهم فيهم ابو ذر فاجابوني فدل ان للعبد اتخاذ الدعوة حتى اجابه ابو ذر رضي الله عنه مع زهده والعبد الذي امره المولى باداء الغلة مأذون له في التجارة لانه لا يتمكن من الاداء الا بالاكتساب فامر المولى اياه باداء الغلة يكون له اذنا في الاكتساب عبد مأذون له اجر دابة من رجل فنفقت تحته فاستحقها رجل وضمن الراكب قيمتها يرجع بها على المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغرورا من جهته باشتراطه العوض لنفسه والمأذون يؤاخذ بضمان الغرور كالحر وبهذا تبين خطأ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله ان ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمغرور ان ضمنك احد بسبب ركوب هذه الدابة او استيلاد هذه الجارية في البيع فانا ضامن لك ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤاخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤاخذ بضمان الكفالة ولكن الطريق ان من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا ولهذا لا رجوع على المعير والواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع ثم العبد في التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة وهو الاجارة كالحر واذا اعار عبد محجور عليه عبدا مثله دابة فركبها فهلكت تحته ثم استحقها رجل فله ان يضمن ايهما شاء لان احدهما غاصب لملكه بالتسليم الى الاخر والاخر مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان محجورا عليه فلا يؤاخذ بضمان الاقوال وان ضمن المعير رجع به مولاه في رقبة الراكب لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه فيتبين ان الراكب اتلف ملكه بغير رضاه وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله ان يضمن الراكب لان اذن العبد المحجور عليه غير معتبر في اسقاط حق المولى فبقي الراكب مستعملا دابته بغير رضاه فكان غاصبا ضامنا وان استعار الرجل دابة سوجا والف من غير ان يعنف عليها فلا ضمان عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك ما في بطنها اولى وان ضربها ففقأ عينها او كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما اذن له المالك في الركوب دون الضرب ولو استعار من رجل سلاحا ليقاتل فضرب بالسيف فانقطع نصفين وطعن بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون في الاستعمال واستعمال السلاح لا يكون الا هكذا وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما اذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد ايضا فكان به ضامنا فان قال المستعير في صحته او مرضه قد هلكت مني العارية فالقول قوله مع يمينه لانه امين فيه كالمودع ولا يتغير حكم امانته بمرضه واذا كان يسير على دابة بعارية او اجارة فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان دخل الحمل في بيته وخلى عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز ولا حافظ معها من اصحابنا من قال هذا اذا لم يربطها بشيء وان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا والاصح انه يضمن اذا غيبها عن بصره الا ترى انه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي وامسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه فبهذا يتبين ان المعتبر ان لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فاما بعدما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشيء بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية سماها من النواحي في الكوفة فاخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لامساكه اياها في غير الموضع المأذون فيه او ركوبه اياها الى موضع لسقي ولا يقال انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على المالك في ذلك الا ان يأذن صاحبها وهو لم يأذن في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التي استعارها لان الماء موجود في كل موضع واذا وجد المعير دابته مع رجل يزعم انه اعاره اياه فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعي رقبتها وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق وان قال الذي هي في يديه اودعنيها فلان الذي اعارها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على ان الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعي لو كان حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا انه مودع حافظ لها فلا يكون خصما وان كان ذلك المستعير باعها من رجل او باعها وصيه بعد موته فاخذها صاحبها واقام البينة انها له قضى بها له ويرجع المشتري بالثمن على بائعه لانه بالاستحقاق تبين بطلان البيع واذا طلب المعير ثوبه فابى المستعير ان يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب وان منعه ولكنه قال دعه عندي الى غد فرضي به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا ۞ رجل ارسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحرم فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك اعرني ابلغ بها الى المدينة فدفعها اليه فجاء الرسول بها فدفعها الى الذي ارسله ثم بدا للذي ارسله ان يركبها الى المدينة وهو لا يعلم بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها وان ركبها الى الحرم فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي اذن فيه المالك فصار مستعملا له بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذي طلبه الرسول ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشيء لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما اخبره خبرا ولم يغره بشيء لكنه لم يبلغ رسالته كما امره وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية وان قال اعرتني دابتك فنفقت وقال رب الدابة ما اعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه اقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه فيظهر هو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه وان قال رب الدابة اجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الركوب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعي عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكاره وهذا بخلاف العين فانه اذا اهلك مال الغير ثم قال وهبتها لي وقال المالك بل بعتها منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عنه الا باسقاطه فاما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعي ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئا وان اقام رجل البينة على ارض ونخل انها له وقد اصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما اصاب من ذلك وقال ابن ابي ليلى لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكنا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجر لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامنا لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا اتلفها واذا غصب الرجل الارض فزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فاحبلها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل يصير مستهلكا بالاختلاط بمائها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع اجزائها مملوكة للمغصوب منه فاما الزرع ليس بجزء من الارض الا ترى انه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا ضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان في الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب ولكنا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا لقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية او قلع الاشجار ثم يرفع من الارض مقدار بذره وما انفق فيه وما غرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول ابي حنيفة ومحمد لانه حصل له بكسب خبيث وفي قول ابي يوسف وابن ابي ليلى لا يتصدق بشيء لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في الغصب واذا استأجر ارضا سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد كما في الفصل الاول وعند ابن ابي ليلى عليه اجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكانه زرعها في السنة الثانية على العقد في السنة الاولى وانما لم يتعرض لهذا والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح فيلزمه اجر مثلها ثم ختم الكتاب بمسألة ذكرها في الزكاة ان من وجد كنزا في دار رجل ففيه الخمس واربعة اخماسه لصاحب الخطة في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف وابن ابي ليلى للواجد وانما ذكر ابو يوسف هذه المسألة المختلفة بين ابي حنيفة وابن ابي ليلى في اخر هذا الكتاب واخر الوديعة لان كل واحد منهما كان استاذه فانه كان في الابتداء يختلف الى ابن ابي ليلى تسع سنين ثم تحول منه الى ابي حنيفة واختلف اليه ايضا تسع سنين فاحب ان يذكر بعض الفصول عن استاذيه جميعا فلهذا ذكر هذه الفصول والله اعلم ۞

كتاب الشركة

قال الشيخ الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن سهل السرخسي رحمه الله املاء الاصل في جواز الشركة ما روي ان السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال عليه السلام وكيف لا اعرفك وكنت شريكي وكنت خير شريك لا تداري ولا تماري اي لا تلاح ولا تخاصم وبعث رسول الله والناس يتعاملون ذلك فاقرهم عليه وقد تعامله الناس من لدن رسول الله الى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم الشركة نوعان شركة الملك وشركة العقد فشركة الملك ان يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان ثابت بغير فعلهما وذلك بقبول الشراء او الصدقة او الوصية والحكم واحد وهو ان ما يتولد من الزيادة

يكون مشتركا بينهما معتبر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه واما شركة العقد فالجامع منه اربعة اقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنايع فاما العنان مشتق من قول القايل عن لي كذا اي عرض قال امرو القيس

فعن لنا سرب كان نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل

اي عرض وزعم بعض اهل الكوفة ان هذا شي احدثه اهل الكوفة ولم تتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدي

وشاركنا قريشا في تقاها وفي احسابها شرك العنان

وقيل هو ماخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض او على معنى ان للدابة عنانين احدهما اطول والاخر اقصر فيجوز في هذه الشركة ان يتساويا في راس المال والربح او يتفاوتا فسميت عنانا واما المفاوضة فقد قيل اشتقاقها من التفويض لان كل واحد يفوض التصرف الى صاحبه في جميع مال التجارة وقيل اشتقاقها من المساواة قال القايل

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعني متساوين فلما كان هذا العقد مبنيا على المساواة في المال والربح سمي مفاوضة فاما شركة الوجوه يسمى شركة المفاوضة وهو ان يشترك الرجلان بغير راس مال على ان يشتريا بالنسيه ويبيعا سمي بهذا الاسم على معنى ان راس مالهما وجههما فانه انما يباع بالنسية ممن له في الناس وجه وشركة التقبيل ان يشترك صانعان في تقبيل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك ويسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانهما وشركة الصنايع لان راس مالهما صنعتهما واما شركة العنان وهو ان يشترك الرجلان براس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد او عند الشرا حتى ان الشركة لا تجوز براس مال غايب او دين ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي يشترط وهو رواية عن زفر والاصل عنده ان شركة الملك ثم شرط العقد ينبني عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضيته اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف فاذا اختلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الاخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبني عليه شركة العقد فاما قبل الخلط الشركة في الملك لم تثبت حتى اذا هلك راس المال احدهما كان هالكا عليه خاصا فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصودا وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشرا بالمال الذي عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد وعند الشرا لان الوكالة بالشرا بماله لا يصح الا به فانه بدون تعين المال يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي يقتضيه الشركة المشترى بالمال والربح لا في راس المال وذلك ثابت بدون الخلط على هذا الاصل لو كان راس مال احدهما دراهم والاخر دنانير انعقد الشركة بينهما صحيحا عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا والاخر سودا الا ان الشركة في الملك لا تثبت هاهنا لانهما لا يختلطان وعلى الرواية التي يشترط الخلط زفر جعل هذا الفصل ظاهرا على مذهبه واما على الرواية التي لا تشترط ذلك يقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الاخر بتغير سعر احد النقدين وذلك يقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقدين فانما لو صرح بالوكالة بان يشتري احدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشترى بينهما ويشتري الاخر بهذه الدنانير على ان يكون المشترى بينهما كان صحيحا فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة فاما شركة المفاوضة فهي جايزة عندنا وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وقال الشافعي ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال نوع من القمار فاما مالك فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وقال اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة واما الشافعي فانه بنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا تثبت باعتبار الملك فلهذا افسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول فان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول اولى والذي يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهبها الثوري لانه يقول اذا ورث احدهما ما لا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة يتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فاما الشركة للجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم والمضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشرا مجهول الجنس لا يصح مقصودا ثم صحت شركة العنان وان

تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة ومن شرط هذا العقد ان يتساويا في راس المال ولا يختص احدهما بملك مال يصلح ان يكون راس مال في الشركة من النقود وان يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا ان قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر الرواية يصح هذه الشركة من غير خلط المالين وبمالين لا يختلطان كالدراهم والدنانير والسود والبيض وزفر لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين رواية واحدة قال لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصا بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير انما يكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا يثبت بهذا الطريق كالمساواة التي يشترط في مبادلة الاموال الربوية بجنسها وان كان راس مال احدهما بيضا وراس مال الاخر سودا وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة وذكر اسماعيل بن حماد عن ابي يوسف انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الاموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما يعتبر المساواة في الوزن قال عليه السلام جيدها ورديها سوا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظة المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عنانا عاما والعنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما وتاويل هذا ان اكثر الناس لا يعرفون جميع احكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضى بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قايما مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان احكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكرا معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ فاما شركة الوجوه فهي صحيحة عندنا باطلة عند الشافعي بناء على ان اصله ان الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه وعندنا تصح شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشرا على ان يكون المشترى بينهما نصفان او اثلاثا صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا ان في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشترى لان الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه راس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراطه جزءا من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان اراد التفاوت في الربح فينبغي ان يشترط التفاوت في ملك المشترى بان يكون لاحدهما الثلث وللاخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشترى والربح جميعا فاما شركة التقبل فهي صحيحة عندنا ولا يصح عند الشافعي بناء على اصله ان شركة الملك اصل ولا يوجد ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق ولكنا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس يتعاملون هذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهو الاصل في جواز الشركة ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل اخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسوا اتفقت الاعمال او اختلفت عندنا وقال زفر ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين اذا اشتركا يجوز وان اختلفت بان اشترك صباغ وقصار لا يجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكنا نقول هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بل له ان يقيم باعوانه واجرايه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرايط المفاوضة ومعنى هذا انه يتعين كان مفاوضة كان كل واحد منهما مطالبا بما يلزم صاحبه كما هو حكم الكفالة اذا عرفنا هذا فنقول بدا الكتاب بثبات شركة العنان وانما كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله فيكون حكما بينهما فيما يجري من المنازعة قال الله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط فينبغي ان يكتب على اوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدا فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان وبعض اصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا اشارة الى الصك فالاحوط ان يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمد تبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله هذا ما توعدون وهو اشارة الى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا امر ان يكتب هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد بن هودة الهوذي ولما امر بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضي الله عنه بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطلح محمد بن عبد الله وسهيل

بن عمرو على اهل مكة ثم قال اشتركا على تقوى الله واداء الامانة فان هذا العقد عقد امانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى واداء
الامانة يحصل ثم بين مقدار راس مال كل واحد منهما لان عند القسمة لا بد من تحصيل راس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من
اعلام ذلك في كتاب الشركة ليرجعا اليه عند المنازعة ثم قال وذلك كله في ايديهما وهذه اشارة الى ان راس المال ليس بغائب ولا دين
بل هو عين في ايديهما ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط ان يكون المال في ايديهما جميعا فللتوثق يذكر ذلك ويذكر انهما
يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما فيه برايه ويبيع بالنقد والنسيئة وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما
بمطلق عقد الشركة الا ان من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك ما لم يصرحا به في عقد الشركة فللتحرز عن قول هذا القائل
يكتب هذا ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط
الوضيعة بخلاف مقدار راس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعي على ما نبينه واما ما فيه علي بن ابي طالب
قال الربح على ما اشترطا والوضيعة على المال وانما يذكر هذا ليكون ابعد عن الاختلاف ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط
بينهما هكذا ثم قال اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا وانما يبين التاريخ لقطع المنازعة حتى لا يدعي احدهما لنفسه حقا قبل
شرائه قبل هذا التاريخ وكتبة التاريخ في زمن عمر رضي الله عنه فانه شاور الصحابة في التاريخ من اي وقت نعتبرون فمنهم من
وقت مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من
وقت الهجرة وهو المعروف الذي يتعامله الناس الى يومنا هذا قال ولا يجوز ان يفضل احدهما صاحبه في الربح لان في المال العين
او العمل بايديهما او في الذي ليس فيه شراء شيء تاجر كاما في المال العين اذا تساويا في راس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما اثلاثا
او تفاوتا في راس المال فكان لاحدهما الف وللاخر الفان واشترطا ان يكون الربح بينهما نصفان يجوز عندنا وهو قول زفر
والشافعي لا يجوز اما عند الشافعي فلان شركة الملك على مذهبه اصل وفي شركة الملك لا يجوز ان يستحق احدهما شيئا من ربح
ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد واعتبر بالوضيعة فهي بينهما على قدر راس اموالهما واشتراطها بخلاف ذلك باطل فكذلك
الربح ولكنا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرطه له لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم
ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس اليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون احدهما احذق من الاخر في وجوه التجارة فلا
يرضى ان يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وحمق صاحبه ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة فبالعمل
مع المال اولى ثم الوضيعة هلاك جزء من المال وكل واحد منهما امين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل
الا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة على المضارب ولهذا يقولان التساوي في الربح مع التفاضل في راس
المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على المضاربة على معنى ان صاحب الالفين يشترط جزءا من الربح للاخر بعمله فيه
ومثل هذا في المضاربة لا يجوز لان المال في ايديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال او كون
المال في يده لا يجوز ولكنا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين راس المال ليكون امينا عاملا فيه وذلك ينعدم
بهذا الشرط فاما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال موجب الشركة ثم حكم المضاربة
هنا يثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصدا كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة وكذلك في العمل
بايديهما يجوز شرط التفاضل في الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون احدهما احذق في العمل من الاخر فاما قوله او في الذي
ليس فيه شراء شيء تاجر فهو اشارة الى شركة الوجوه لان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشترى لان
ذلك ربح ما لم يضمن وقد بينا ذلك قال والشريكان في العمل اذا غاب احدهما او مرض او لم يعمل وعمل الاخر فالربح بينهما على ما اشترطا
لما روي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا اعمل في السوق ولي شريك في المسجد يصلي فقال عليه السلام لعلك بركتك
منه والمعنى ان استحقاق الرجل بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان منهما وان باشر العمل احدهما الا ترى ان المضارب اذا استعان
برب المال في بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط الا ترى ان الشريكين في العمل يستويان في الربح وهما لا يستطيعان ان يعملا على
وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الاخر اكثر عملا منه فلذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقي
العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستويان امتنع الاخر من العمل بعذر او بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من
العمل استحقاق الربح بالشرط في العقد وان جاء احدهما بالف درهم والاخر بالفي درهم فاشتركا على ان الربح والوضيعة نصفان
فهذه شركة فاسدة ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب الالفين شرط ضمان

شيء مما هلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الامين فاسد ولكن لا يبطل به اصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة
والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة انما يفسد الشرط ويبقى الوكالة فكذا هنا كان العمل عليهما في هذا فوضعا الوضيعة على قدر
رؤوس اموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان اصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط
في العقد وكانه بينهما على ما اشترطا وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر راس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا
لان العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه وان
اشترطا الربح نصفين والوضيعة على راس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا من ربح مال صاحبه
وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له لان معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا
اشتراط العمل عليهما فان عملا او عمل احدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد لا بعين العمل وقد كان العمل
مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد احدهما باقامة العمل وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا ابين لان
صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة راس ماله وسدسه الى تمام حقه
من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطل فان قيل اذا كان يعمل في شيء هو فيه شريك
فكيف يستوجب عوض عمله الى شريكه قلنا استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل
ولا بيان المدة والعامل فيما هو من شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة
لان العامل شرط لصاحبه جزءا من ربح ماله من غير ان يكون له فيه راس مال او عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار المال
او العمل او الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراط جزء من الربح له باطلا والربح بينهما
على قدر رؤوس اموالهما لان العامل لم يطمع في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئا من ذلك لنفسه قال واذا اقعد الصانع
معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس لان راس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح ان تجعل راس
ماله في الشركة ولان المتقبل في العمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة
وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه
متعاملا بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا نوع حرج ولدفع هذا الحرج جوزنا هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان
بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه اهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنونه على متاعهم صاحب الدكان الذي
يعرفونه وصاحب الدكان لا يتفرغ لمثل هذا العمل في العادة ففي تجويز هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل
يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب
الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه اعان في دكانه او اعانه بمتاعه وربما يقيم بعض
العمل ايضا كالخياط يتقبل المتاع ويلي قطعه ثم يدفعه الى اخر بالنصف فلهذا طاب له الفضل وجواز هذا العقد كجواز عقد التسليم
كان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه ولا تصح الشركة بالعروض واعلم بان الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة
بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف ان من اشترى تبرا بعينه ثم هلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود
حتى قال لا يتعين بالتعيين والحاصل ان هذا يختلف باختلاف العرف في كل موضع فان كانت المبايعة بين الناس في بلدة بالتبر فهو
كالنقود لا يتعين بالتعيين فيجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تصح الشركة به وان كان التعيين يفيد
فيه فهو معتبر وان لم يكن يفيد لا يعتبر كتعيين الثياب والصنجات فاما الشركة بالفلوس اذا كانت نافقة لا تجوز في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وتجوز عند محمد وذكر الكرخي ان ابا يوسف كقول محمد والاصح ما قلناه وهو بناء على مسالة كتاب البيوع اذا
باع فلسا بعينه بفلسين باعيانهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وتعيين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد لا
ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعيين كالنقود فكذلك في حكم الشركة محمد يقول هي بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان
الرواج في الفلوس عارض باصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها ادى الى جهالة راس المال عند قسمة
الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المضاربة
بالفلوس الرائجة تصح وقال ابو يوسف تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة تحصيل راس المال اولا ليظهر
الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد الا بالحزر والظن ولا وجه لاعتبار العدد لما فيه من الاضرار لصاحب المال فاما

في الشركة اذا كسدت الفلوس يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص احدهما بالضرر دون الآخر فاما الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا يصح عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى ومالك هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى ذلك ولاعتبار شركة العقد بشركة المال وفي الكتاب علل الفساد فقال لان رأس المال مجهول يريد به ان العروض ليست من ذوات الامثال وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة فطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت العين به ثم الشركة تختص برأس مال يكون اول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعا وفي العروض اول التصرف يكون بيعا فكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على ان يكون له بعض ربحه وذلك لا يجوز وتقريبنا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامنا للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في مال احدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الثمن من غير ضمان له فيه وربما يخرج احدهما بارتفاع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعاني ابطلنا الشركة بالعروض فان باعا العروض بثمن واحد اقتسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما بائع لملكه والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت فكأنها لم تكن وكذلك لا يصح ان يكون رأس مال احدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا في مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال في نصيب صاحب العرض على ما بينا قال وان اشتركا في مكيل او موزون او معدود متقارب المقادير والصفة فان لم يخلطاه فليسا شريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته لان هذه الاشياء بمنزلة العروض واستحقاقهما بالعين بالعقد واول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعا لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة فيها وان خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعا فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعلهما فالمخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكيهما او قدر ملكيهما سواء فالربح والوضيعة بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك او شركة عقد وذكر في النوادر على قول ابي يوسف الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد تكون شركة عقد وثمرة هذا الخلاف فيما اذا شرطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند ابي يوسف لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه الا ترى ان الشراء بهما دينا في الذمة صحيح فكان ثمنا وان بيع عينهما صحيح فكان مبيعه وما تردد بين الاصلين توفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين يضعف اضافة عقد الشركة اليها فيتوقف ثبوته على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وابو يوسف يقول ما يصلح ان يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك ما لا يصلح ان يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط وهذا لان قبل الخلط انما لا تجوز شركة العقد بها لانها متعينة وتعين رأس المال في الشركة لا بد منه في عقد الشركة ولانها مبيعة في الصفقة اول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا بالخلط لان الخلط لا ينفي الا في تعين والمخلوط المشترك لا يكون الا متعينا فبقي المعنى المفسد لا يكون مصححا للعقد والذي يقال لجهالة تحصيل رأس المال عند القسمة هنا ممكن لانها من ذوات الامثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما اذا كان رأس مال احدهما حنطة ورأس مال الآخر شعيرا فالشركة لا تصح هنا سواء خلطاه او لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما من ذوات الامثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد يفرق فيقول عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض واما اذا كان الجنس واحدا فالمخلوط من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ثم عند اختلاف الجنس اذا باعا المخلوط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما معلوم القيمة وقت الخلط متعين بتلك القيمة ولكن مخلوطا لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن بالبيع فيعتبر صفة كل واحد منهما حين دخل في البيع فان كان احدهما يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون

غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير تزداد اذا خلطه بالحنطة وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط لان تلك الزيادة حصلت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بفعل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى في الفصلين جميعا فقال الصحيح في الفصل الاول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق الثمن بالبيع فانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع الا ترى انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن يكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا ان يكون تأويل المسألة ان يكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله وعندي ان ما ذكره صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا احيل الحكم الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق احدهما ما في بطنها فهو ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه مخبأ في البطن فصار الى تقويمه في اول الاحوال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا ترى انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لمساس زيادة ملك احدهما ونقصان ملك الآخر فيعتبر القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل واحد منهما وقت البيع هناك يمكن ما اعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل واحد منهما وقت البيع قال فان كان لاحدهما الف درهم وللآخر مائة دينار فخلطاها او لم يخلطاها فهو سواء لانهما لا يختلطان وقد بينا ان خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة العقد في الشركة فايهما هلك هلك من مال صاحبه لانه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما امين في رأس مال صاحبه سواء هلك في يده او في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك احد المالين لان المقصود بالشركة التصرف لها لا عينها فاذا اعترض بالعقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير المشترى قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذلك اذا اعترض والمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في بعض المواضع وفي بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقي مشتريا لنفسه خاصة وضع المسألة فيما اذا اطلقا الشركة فيكون المشترى بمال احدهما مشتركا بينهما بحكم الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال احدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه وحيث قال المشترى بالآخر لهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة في المشترى من قضية الوكالة لان كل واحد قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا على ان يكون نصف المشترى له والشركة وان بطلت بهلاك احد المالين فالوكالة باقية فلهذا كان المشترى بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه واذا تاملت موضوع المسألة في كل موضع تبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض في الجواب قال فان اشتريا متاعا على المال ونقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشترى بالدراهم بينهما على قدر رؤوس اموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشتريا بالدراهم وصار المشترى مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بحصته من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه ثم لم يذكر ان شركتهما في المتاع المشترى شركة عقد او شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله عند محمد هي شركة عقد حتى اذا باعه احدهما نفذ بيعه في الكل وعند الحسن هي شركة ملك حتى لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك ووجه قول محمد ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا لشركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا قال فان اشتريا بالدراهم والدنانير جميعا متاعا فالمتاع بينهما على قدر رؤوس اموالهما والحاصل انه في شرط الربح يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك في المشترى يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك في المشترى يعتبر قيمة رأس مالهما وقت الشراء وفي ظهور الربح في نصيبهما او في نصيب احدهما يعتبر قيمة رأس المال وقت

القسمة لانه ما لم يحصل راس المال لا يظهر الربح وقد بيناه فيما امليناه من شرح الجامع قال وان اشتريا بالف متاعا ثم اشتريا بعد ذلك بالدنانير متاعا فوضعا في احد المتاعين وربحا في الآخر فكذلك بينهما على قدر راس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح وكذلك لو اشتريا متاعا بالف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما في الشراء يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقده من البدل وكذلك لو اشتريا متاعا بكر حنطة وكر شعير وكان لاحدهما كر حنطة على ان له من المتاع بقدره وكان للآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانما يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان وكذلك كل ما يكال او يوزن قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسما على القيمة يوم الشراء لما بينا ان في وقوع الملك في المشترى يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع المشترى بقدر راس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما في العروض لو اشتريا متاعا بعرضين احدهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها ولكن هذا التاويل بعيد الا ان يكون تاويل المسئلة انما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبني على الثمن الاول على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة راس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض فان المشترى بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشترى بما له مثل من جنسه فكانت القسمة على قيمة العروض وقت الشراء بها ولكن هذا التاويل بعيد فانه قال ثم باعا ذلك بدراهم وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال اذا اشتريا بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما راس ماله الذي كاله او وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة راس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح عشرة احد عشر كان الربح من جنس المال بصفته واذا باعا مرابحة بمال مسمى فالربح مبني على الثمن الاول فيقسم على قيمة راس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال في كتاب المضاربة لو اشترى شيئا بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح من الغلة ولو باعه بربح احد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل تبين ضعف التاويل الذي قلنا في مسئلة الطعن فانه قال هنا يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر ذلك في جميع الثمن دون الربح قال الشيخ الامام رحمه الله والذي يخايل لي بعد التامل في الصحيح جواب الكتاب انه على قول محمد ان شركة العقد بالمكيل والموزون تثبت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان في اصل راس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس واختلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشترى والمشترى يختلط بينهما سواء اتفق جنس راس المال او اختلف فكان المشترى بينهما شركة عقد وراس مال كل واحد منهما ما ادى وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء قال ولو ان رجلا اعطى رجلا دنانير مضاربة فعمل بها ثم ارادا القسمة كان لرب المال ان يستوفي دنانيره او يأخذ من المال بقيمتها يوم يقتسمون لان المضارب شريك في الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كل راس المال الى رب المال اما باعتبار العين او باعتبار القيمة وقد بينا في اظهار الربح ان المعتبر قيمة راس المال وقت القسمة وانما اراد بفصل المضاربة لايضاح ما اشار اليه في الشركة قال وينبغي لمن خالف ان يقول يأخذ قيمتها يوم اعطاه وهو يبين من المخالف قيل المخالف في انه لا يجوز شركة العقد بالدراهم والدنانير لاختلاف جنس راس المال فانما يكون لكل واحد من ملك المشترى بقدر ما اعطى من ماله فلهذا اعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء وفي النوادر لو دفع الى رجل الف درهم على ان يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضيعة فهلكت قبل الشراء فالقابض ضامن لها لان المعطي مقرض المال منه حين شرط ان الربح كله والوضيعة عليه فهو اشارة الى انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد الاقراض والقبض بحكم القرض فيضمن ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل ان يعمل بها فلا ضمان عليه في قول ابي يوسف لانه امره بالعمل بها على وجه الشركة والمال امانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض في النصف هنا بمقتضى الشراء لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فانما ينفذ فيه الثمن يكون قرضا عليه فلا يثبت ذلك قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها للمعطي اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا بطريق الاقراض فان المضارب عليه من الوضيعة شيء فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمان القرض يثبت بالقبض قال واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو منهما لان

المخلوط مشترك بينهما وما يهلك من المال المشترك يهلك على الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب احدهما باولى من صرفه الى نصيب الآخر الا ان يعرف شيء من المال الهالك او الباقي من مال احدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط في ذلك المقدار لم يتحقق وانما يعرف ذلك بان يكون مال احدهما صحاحا والآخر مكسورة فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها والحال في هذا قبل الاختلاط وبعده سواء فاما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما على قدر ما اختلط من رؤوس اموالهما لتحقق الاختلاط في ذلك قال واذا اشتركا بغير راس مال على ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز وهذا يفسد شركة الوجوه في الرقيق خاصة وقد بينا ان شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعنانا اخرى والعنان منها يكون عاما وخاصا كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل بشرى نوع صحيح خاص صحيح وكذلك لو وقتا لا في هذا الشهر لانه توقيت في التوكيل والوكالة تقبل التخصيص في الوقت والعمل جميعا فان قال احدهما اشتريت متاعا فهلك مني وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق على شريكه بذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فقال اشتريته وهلك في يدي لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكيل امين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه في ذلك غير امين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهرا مثل ما الزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه ما يدخله في ملكه فاما في الاقرار لا يدخل شيئا في ملك شريكه ظاهرا فلا يصدق في الزام شيء في ذمته فالقول قول الشريك لانكاره بعد ان يحلف وانما يحلف على نفي العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعي والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما اشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود خمسين يمينا ما قتلوه ولا علموا له قاتلا قال وان اقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم هو امين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويرجع على شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشترى في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه في يد الموكل وكذلك اذا اشتريا متاعا وقبضاه ثم قبضه احدهما ليبيعه فقال قد هلك فهو مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصيب صاحبه والوكيل بالبيع امين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه قال واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشتريا من شيء فهو بينهما نصفان ولاحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل لان احدهما شرط لنفسه جزءا من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشيء من نصيب صاحبه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولكن اصل الشركة لا يبطل بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشتريا والربح بينهما نصفان على قدر ملكهما في المشترى قال واذا اشتركا شركة عنان باموالهما او بوجوههما فاشترى احدهما متاعا فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشترى هو لي خاصة وانما اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة فالقول قول المشترى لان الظاهر شاهد له والاصل ان كل واحد يكون عاملا لنفسه ما لم يقم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشترى ظاهر والآخر يدعي استحقاق بعض ما في يده فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ما هو من شركتنا فان قيل قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على ان المشترى بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعي لنفسه تاريخا سابقا في الشراء ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة قلنا نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فاما حاجة المشترى الى دفع استحقاق الآخر عما في يده والظاهر يكفيه لذلك قال رجل امر رجلا ان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه واشهد انه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة لانه وكيل من جهة الآخر في شرى نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما في فعل كل واحد منهما من الالزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب ما لم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا في امساك امر الآمر فانما عزله في مخالفته امره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فاما في امساك امره لا يمكنه ان يعزل نفسه وعلى هذا لو اشترى اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع احدهما الخروج من الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز حتى اذا تصرف قبل العلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر فكذلك في الشركة قال رجل امر رجلا ان يشتري له عبدا بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين

الاخر نصفين ولا شي للمشتري فيه لان الامر الاول وكله بشري نصفه له وقد تم التوكيل بقبوله فصار حال الملك بشري
ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شركة الانسان احد لانه انما ملك الشرا لغيره بامره فيما ملك شراه لنفسه كان الوكيل
بالنزاع في حقوق العقد كالعاقد لنفسه ولما امره الثاني بان يشتري العبد بينه وبينه فقد امره بشري نصفه له فينصرف هذا
النصف الى النصف الاخر غير النصف الذي قبل الوكالة فيه من الاول وهذا لانه وان ذكر النصف مطلقا فيتصرف بيعه الى
حصته خاصة فهنا ايضا يتصرف بوكيل الثاني الى النصف الاخر خاصة فلهذا يجعل مشتريا نصفه لكل واحد منهما بوكالته وكل
من اليمين قال رجل اشترى عبدا وقبضه فطلب اليه رجل اخر الشركة فاشركه فيه فله نصفه لان الاشراك تمليك نصف
ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بان ولاه البيع كان صحيحا فكذلك اذا ملك نصفه
وبيان هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث ولد الام فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في
الثلث اقتضى التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا اشركتك فيه فمعناه سويتك بنفسي لانه سواه بنفسه فيه ،
وانما تتحقق التسوية اذا كان العبد بينهم انصافا قال ولو اشترى رجلان عبدا فاشركا فيه رجلا فالقياس ان يكون للرجل
نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه لان الاشراك تمليك بطريق التسوية بين المشتري ومن اشرك على ما روي ان ابا بكر
رضي الله عنه لما اشترى بلالا رضي الله عنه اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال عليه السلام اشركني فيه فقال قد
اعتقته فعرفنا بهذا ان الاشراك تمليك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا
نصف نصيبه منه حتى سواه بنفسه في نصيبه فيجتمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربعه وفي الاستحسان يكون له ثلثه
لانهما حين اشركاه فقد سوياه بانفسهما فيقتضي هذا اللفظ ان يسوي بهما في ملك العبد وانما تتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد
من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما الثلث توضيحه انهما حين اشركاه فقد جعلاه كالمشتري للعبد معهما ولو
اشتراه معهما كان له ثلث العبد قال ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فاجاز شريكه ذلك كان للرجل
نصفه لان اشراكه في نصيبه نفذ في الحال وفي نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له
في نصيبه فكان كل واحد منهما اشركه في نصيبه بعقد على حدة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان احد المشتريين اذا قال لرجل
اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو اشركه باذن
شريكه كان بينهم اثلاثا وهذا لان الحر صار راضيا بالسبب لا مباشرا له والحكم الثابت عند الاجازة يستند الى وقت العقد
فيصير كانهما اشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا قال وكذلك ان شركه احدهما في نصيبه ولم يسم في كم اشركه ثم اشركه الاخر
ايضا في نصيبه لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصفه نصيبه منه وذكر ابن سماعة عن ابي
يوسف ان احد المشتريين لو قال لرجل اشركتك في نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك
بنصف هذا الا ترى ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل قد اشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله اشركتك
بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف البا
فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه قال رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم
يجز لانه بيع ما لم يقبض وذلك منهي عنه الا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك اذا ملكه البعض
بالاشراك فان اشركه بعد القبض فهلك قبل ان يسلمه اليه لم يكن عليه من الشركة فيه من الثمن لما قلنا في التولية وهذا لانه في حقه بايع
وهلاك المبيع في يد البايع قبل التسليم مبطل للبيع ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم اشرك فيه غيره والجواب انه يصح
اشراكه في نصف العبد اعتبارا للبعض بالكل فان قيل كان ينبغي ان ينصرف اشراكه الى النصف الذي قبضه خاصة قلنا لا
الاشتراك لتصحيح التصرف بمنزلة عبد بين شريكين باع احدهما نصفه مطلقا فينصرف البيع الى نصيبه خاصة قلنا الاشراك ،
يقتضي التسوية وانما يتحقق اذا انصرف الى اشراكه الى الكل فلم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في غير المقبوض لانعدام شرطه .
فاما اذا انصرف الى تمليك المقبوض خاصة لا يكون تسوية بينهما ولتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ ففي تعيين المقبوض
هنا مخالفة الملفوظ بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ
قال واذا اشترك الرجلان في عبد قبل ان يشترياه فقال كل واحد منهما لصاحبه ايما اشترى هذا العبد فقد اشرك صاحبه او قال
لصاحبه فيه شريك له فهو جايز لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا

نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فاذا قبضه فذلك كقبضهما جميعا لان القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد ثم يريد
الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه منه حتى اذا مات كان من مالهما جميعا فان اشترياه معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى
صاحبه النصف الباقي كان بينهما لانهما اشترياه معا فقد صار كل واحد منهما مشتريا نصفه لنفسه وان اشترياه احدهما نصفه
فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد احدهما الثمن بامر صاحبه او بغير امره
وقد كان اشتركا فيه قبل الشرا على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق منهما صار كل واحد منهما
وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله الا ترى انه لو اشتراه احدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك
اذا اشترياه وادى الثمن احدهما فانما ادى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه قال فان اذن كل واحد
منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه احدهما على ان له نصفه كان تابعا لنصيب شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن
ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد البيع على نصف المامور خاصة فا
فيحتاج في تخريج هذه المسئلة الى معرفة فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصف
ذلك وعند ابي يوسف ومحمد لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة والثاني ان العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته
منك الا نصفه بالف درهم كان بايعا للنصف بخمسمائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء
المستثنى فكانه قال بعت منك نصفه بالف درهم فاما قوله على ان لي نصفه ليس باستثناء بل هو عامل على سبيل المعاوضة للاول
فكان الايجاب الاول متناولا للجميع وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه انا
كان مقيدا الا ترى ان رب المال يشتري مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحا وان كان ذلك مملوكا لكونه مقيدا فهنا ايضا
ضم نفسه الى المخاطب في شرا العبد مفيد في حق التقسيم فلهذا كان بايعا نصفه من المخاطب بحسابه اذا عرفنا هذا فنقول البايع هنا
بايع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان الايجاب متناولا للكل ثم قوله
على ان لي نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجبا للمشتري نصيب شريكه بنصف الثمن
اذا قال بعته الا نصفه فهذا قوله بمنزلة قوله بعت نصفه بكذا فعند ابي حنيفة ينصرف الى النصف من النصفين جميعا لان
بيع نصيبه قبل الوكالة لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من اصله ان الوكيل ببيع
العبد يملك نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه
في النصفين لان الوكيل ببيع نصف العبد لا يبيع نصف ذلك النصف فينصرف بيعه الى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه قال
رجل اشترى عبدا وقبضه ثم قال لرجل قد اشركتك في هذا العبد على ان تنقد الثمن عني ففعل كانت هذه الشركة فاسدة لانه
ملكه نصف العبد بيعا بنصف الثمن وشرط فيه ان ينقد جميع الثمن عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل
هذا البيع بينهما لمكان الشرط وان نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لانه قضى دينه بامره ولا شي له في العبد لان الاشتراك
كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيا قال رجل اشترى نصف عبد بماية درهم واشترى رجل اخر
نصف ذلك العبد الباقي بمايتي درهم ثم باعاه مساومة بثلثمائة درهم او بمايتي درهم فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة
بربح مائة درهم او قال بالعشرة احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا وكذلك لو ولياه رجلا براس المال او باعاه بوضيعة كذا
فالثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا او كان
مشتري بعوض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه اما بيع
المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول الا ترى انه لا يستقيم هذا النوع في الموهوب والموروث وفي المشتري بعوض
لا مثل له والثمن الاول كان بينهما اثلاثا فكذلك الثاني توضيح الفرق ان في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول
كان البيع مرابحة في حق احدهما وضيعة في حق الاخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف
بيع المساومة قال واذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة على ان يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى احدهما شيا من
غير تلك التجارة فهو له خاصة لان كل واحد منهما في حكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص كان ذا اخصا نوعا كان
كل واحد منهما في شرى ما سوى ذلك كالاجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا لنفسه خاصة فاما في ذلك النوع بيع كل واحد وشراؤه ما لنهم
والنسيئة ينفذ على صاحبه لانهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان مطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشرا بالنقد والنسيئة

بالف درهم ولو قال بعته منك بالف درهم على ان لي
نصفه كان بايعا للنصف ،

على الموكل وكذلك مطلق الشركه الا انه اذا اشترى احدهما بالنسيه بالنقود او المكيل او الموزون فان كان في يده من مال الشركه
من ذلك الجنس جاز شراوه على الشركه وان لم تكن كان مشتريا لنفسه لانه لو نفذ شراوه على الشركه كان مستدينا على المال وليس
للشريك شركه عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانه بمطلق العقد بمعنى هو انه لو صح استدانتهما ازداد مال الشركه والمضاربه
وما رضي كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه الا في مقدار ما جعلاه راس المال فلهذا كان شراوه بالنسيه في هذه الحاله على
نفسه خاصة قال وان كان مال الشركه في يده دراهم فاشترى بالنسيه بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركه استحسانا
وفي القياس وهو قول زفر يصير مشتريا لنفسه بنا على اصل معروف وهو ان الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي
الاستحسان كجنس واحد في ضم احدهما الى الاخر وفي تكميل النصاب وغيره ثم قد بينا ان عند زفر في حكم الشركه هما جنسان
حتى لا تصح الشركه اذا كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الاخر دنانير فكذلك في حكم الشرا بالنسيه على شريكه وعندنا
هما كجنس واحد في صحة الشركه بهما فكذلك في النسيه لشرا بالنسيه على شريكه قال وان اقر احدهما بدين في تجارتهما وانكره
الاخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او عاملا لنفسه وان اقر
انهما ولياه لزمه نصفه لانه في النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه وبعقد الشركه لا يثبت له ولاية الزام الدين
في ذمة صاحبه باقراره فيبطل اقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضه فانها تتضمن الكفاله والوكاله جميعا فيكون كل واحد منهما
كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فاذا اقر احدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الكفاله فاما شركة العنان تتضمن
الوكاله دون الكفاله وبحكم الوكاله لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه قال فان كان لشريكي العنان على رجل دين
فاجله احدهما لم يجز على صاحبه بخلاف شريكي المفاوضه لان المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتاجيل من صنيع
التجار فيباشره احدهما فيه كمباشرتهما وبشركة العنان ما صارا كشخص واحد لان في شركة المفاوضه لكل واحد منهما حق المطالبه
بما وجب لصاحبه بمباشرته فكان له ان يوجله في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين ابي حنيفه وصاحبيه في صحة التاجيل
موضع بيانه في كتاب الصلح قال وان اشترى احدهما شيا من تجارتهما فوجد به عيبا لم يكن للاخر ان يرده لان الرد بالعيب
من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعاقد ولان الاخر في النصف اجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل ان يخاصم في العيب مع
البايع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو اخذ احدهما مالا مضاربه فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربه ليس من شركتهما
في شي فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله وكل وضيعه لحقت احدهما من غير شركتهما فهو
عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه بمنزلة الاجنبي وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما
فهو جايز لانه عدل لا تهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم في شهادته لما له من النصيب في المشهود به وقال ابو
حنيفه لشريكي العنان ان يبضع وان يدفع المال مضاربه وان لم ياذن له شريكه في ذلك ويجوز له ان يعمل في المال الذي من شركتهما
كما يجوز للمضارب ان يعمله وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذه المسيله تشتمل على فصول احدها ان لاحد الشريكين ان يوكل بالتصرف
وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل ان يوكل غيره لان الموكل انما رضي براى
ولم يرض براي غيره وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الخاصه
والعامه وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين بنفسه ولا يجد بدا من ان يوكل باحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح
فيصير كل واحد منهما كالاذن لصاحبه في ذلك دلاله ولان الوكاله التي تتضمنها الشركه بمنزلة الوكاله العامه ولهذا صحت
من غير بيان جنس المشترى وصفته وفي الوكاله العامه للوكيل ان يوكل فانه لو قال لوكيله اعمل برايك كان له ان يوكل غيره
وكذلك لاحد الشريكين ان يبضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استاجر من يتصرف في مال الشركه جاز ذلك منه على شريكه
فاذا وجد من يتصرف بغير اجر كان له ان يبضعه بطريق الاولى وكذلك له ان يودع من مال الشركه لان له ان يستاجر من يحفظ
مال الشركه لان له ان يستاجر من يحفظ مال الشركه فلان يكون له ان يودع ليحفظ المودع بغير اجر اولى وله ان يدفع من مال
الشركه مضاربه لان له ان يستاجر من يتصرف في مال الشركه باجر مضمون في الذمة فلان يكون له ان يستاجر من يتصرف ببعض
ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا في الذمة اولى لان هذا انفع لهما وروى الحسن عن ابي حنيفه انه ليس له ان يدفع المال
مضاربه لانه ايجاب الشركه للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركه وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركه
فكذلك لا يدفعه مضاربه وما ذكره في الكتاب اصح ووجه الفرق بين الشركه والمضاربه ان ما يستفاد بعقد فوق

توابع ذلك العقد وانما يتبع الشي ما هو دونه لا ما هو مثله او فوقه والمضاربه دون الشركه الا ترى انه ليس على المضارب شي من
الوضيعة وان المضاربه لو فسدت لم يكن للمضارب شي من الربح فيمكن جعل المضاربه مستفادا بعقد الشركه لانه دونه فاما الاشتراك
مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقولان للمضارب ان يوكل لان الوكاله دون المضاربه
وليس له ان يدفع المال مضاربه لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل ان يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني
مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فاما في حق نفسه فيجوز ان يوجب لغيره مثل ما له ولهذا كان للمكاتب ان يكاتب وللماذون
ان ياذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه

باب شركة المفاوضة

روي عن ابن سيرين رحمه الله قال لا تجوز شركه بعروض ولا بمال غايب وفي هذا دليل انه لا بد من احضار راس المال ولكن ان وجد
الاحضار عند الشرا فهو والاحضار عند العقد سوا حتى اذا دفع الى رجل الف درهم على ان يشتري بها وباع من ماله وعقدا عقد
الشركه بينهما بهذه الصفة فاحضر الرجل المال عند الشرا جازت الشركه لان المقصود هو التصرف لا نفس الشركه فاذا وجد احضار
المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد على ان يقسم الربح على ما اصطلحا عليه والوضيعة على المال فكذلك
في الشركه وهو مروي عن علي رضي الله عنه وبه ناخذ ونعتبر الشركه بالمضاربه فكما ان الربح في المضاربه على الشرط والوضيعة على
المال فكذلك في الشركه وعن علي رضي الله عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان وتفسير هذا ان الوضيعة على المال في المضاربه والشركه
لان الوضيعه هلاك جزء من المال والمضارب والشريك امين فيما في يده من المال وهلاك المال في يد الامين كهلاكه في يد صاحبه
قال واذا اشترك الرجلان شركه مفاوضه فان راس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برايه فاذا اشتركا على هذا
فهما متفاوضان وهذا لما بينا ان اعتبار المساواه ركن المفاوضه فلا بد من ان يذكر التسوية بينهما في راس المال والربح وان الركم
بينهما في كل قليل وكثير لانه اذا اختص احدهما بملك ما لا يصلح ان يكون راس مال الشركه لا يكون العقد بينهما مفاوضه لانعدام
المساواه ولكن ان اختص احدهما بملك عرض او دين على انسان فالشركه بينهما مفاوضه لان العرض لا يصلح ان يكون راس مال الشركه
والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة او الولد وذلك لا يعدم المساواه ولكن ان اختص احدهما بملك عرض او دين
على انسان فالشركه بينهما مفاوضه لان العرض لا يصلح ان يكون راس مال الشركه المعتبر في المفاوضه ونص في الكتاب على لفظه
المفاوضه وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع احكام المفاوضه وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى احدهما فهو
جايز عليه وعلى صاحبه يوخذ به كله لان المفاوضه تتضمن الكفاله والوكاله فبحكم الوكاله يجعل شرا احدهما كشرايهما وبحكم
الكفاله يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجاره قال فان كان راس مال كل واحد منهما الف درهم فاشتركا
ولم يخلطا المال فالشركه جايزه وفي النوادر قال في القياس لا يكون الشركه مفاوضه بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد
منهما مختص بملك ما يصلح ان يكون راس مال في الشركه وذلك ينفي المفاوضه وفي الاستحسان يجوز لان المساواه موجوده بينهما
وان لم يخلطا المال واختصاص احدهما بملك ما عينا في المفاوضه بعينه بل بانعدام المساواه فاذا كانت المساواه موجوده
كان الخلط وعدم الخلط سوا فان هلك احد المالين هلك من مال صاحبه على ما بينا في شركة العنان وتبطل الشركه بينهما
وان اشتريا باحد المالين في القياس تبطل المفاوضه ايضا لان المشترى بينهما نصفين والاخر مختص بملك راس ماله فينعدم
المساواه وفي الاستحسان لا يبطل العقد للاستحسان وجهان احدهما ان المساواه قايمة معنى لان الاخر وان ملك نصف
المشترى فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه والثاني انه لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا
ولا يمكن التحرز عن هذا التفاوت عادة فقل ما يتفقان شيا واحدا يشتريانه بمالهما فلا بد من ان يكون الشرا باحد المالين قبل
الاخر فيجعل هذا عفوا لعدم امكان التحرز عنه قال فان كانت دراهم احدهما بيضا ودراهم الاخر سودا فهو كذلك لان السود
والبيض كل واحد منهما يصلح ان يكون راس مال في الشركه ويتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط
الا ان يكون لاحدهما على الاخر فضل في الصرف فلا تجوز شركة المفاوضه لانعدام التساوي بينهما الا في رواية عن ابي يوسف وقد
بينا هذا ثم تكون الشركه بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الامكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد
يكون خاصا وهذا عنان وان لقباه بالمفاوضه فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضه ولكن لا يبطل به اصل الشركه فان كانا

ويكتبا اليهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا في كل قليل وكثير شركة مفاوضة

سوا ابو ومرو وقعت الشركه ثم صار في احدهما فضل قبل ان يشتريا شيا فسدت المفاوضه ايضا لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصو
به ما يمنع ابتدا العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث احدهما ما لا يصلح ان يكون راس مال في الشركه
يفسد به المفاوضه وان كان ذلك بعد ما اشتريا بالمالين او باحدهما فالشركه جايزه لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين او وهب له ما
فسدت المفاوضه قلنا لان المساواه في ملك المال ينعدم هناك بما اختص به احدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من النقد الى
المشترى والمشترى بينهما نصفان فان قيل لا كذلك بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف راس ماله دينا عليه حتى لو هلك
المشترى يرجع كل واحد منهما على صاحبه دين عليه والدين لا يصلح ان يكون راس مال بنصف راس ماله فتنعدم المساواه ايضا بطريق
الربح الفضل في النصف قلنا نعم ولكن ما استوجبه كل واحد منهما على صاحبه دين عليه والدين لا يصلح ان يكون راس مال في الشركه
فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقا المفاوضه كما لو وزن احدهما دينا او عرضا وكذلك لو كان راس مال احدهما الف درهم وراس
مال الاخر مايه دينار فان كانت قيمتها مثل الالف فالشركه بينهما مفاوضه وهذا في التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدنانير
اكثر من الف درهم لم يجز المفاوضه لانعدام المساواه وكانت الشركه بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما براس ماله او بقيمته ثم
يقتسمون لما بينا ان المعتبر قيمة راس المال وقيمة القسمه لاظهار الربح فانه ما لم يصل الى كل واحد منهما جميع راس ماله لا يظهر الربح ٥
ليقتسمانه بينهما ٥ قال ولو قال احدهما لصاحبه قد بعتك نصف ما لي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شريكين
فيها بمنزلة المال المختلط لان العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا بينهما نصفين
فان كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الاخر عروض فباعه نصف العروض بنصف الدراهم وتقابضا ثم اشتركا شركه مفاوضه
وشركه عنان جاز ذلك لان الدراهم بهذا العقد صار نصفين بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم ثبت حكم الشركه في العروض وهو بينهما
نصفان تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف ثبت
فيها حكم الوقف تبعا اذا وقف قرية بما فيها من الدواب والمماليك والات الحراثه وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات قصدا
فهذا مثله وقد بينا ان التبر والحلي بمنزلة العروض في انه لا يصلح ان يكون راس مال في الشركه ٥ قال وان اشتركا شركه مفاوضه
بغير مال على ان يشتريا بوجوههما فهو جايز كما بيناه في شركه العنان الا ان يكون المفاوضه عامة ومثله في الوكاله لا يجوز كان من
قال لغيره اشتر لي وبينك لا يكون ذلك صحيحا ما لم يعين المشترى او يخص بذكر الوقت او بتسمية الجنس في العروض او القدر في
الكيل والموزون او بتسمية الثمن وتفويض الامر الى رايه على العموم وفي شركه الوجوه يجوز بدون التخصيص لانها تشتمل على
البيع والشرا ومقصودهما الربح لا عين المشترى ومثله في الوكاله يجوز ايضا لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريتما من شي فهو
بيننا نصفان على ان نبيعه ونقسم ربحه نصفين وكان في ذلك تفسير للشركه فاما في الوكاله الخاصة المقصود عين المشترى
فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكاله قال وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطه مفاوضه او خياط وقصار
او شبه ذلك من الاعمال المختلفه او المتفقه حتى اذا تقبل احدهما عملا اخذ الاخر به وان كان عمله غير ذلك العمل لان بشركه المفاوضه
صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في تقبل العمل له وكفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما ماخوذا بما تقبله الاخر
ولا يمنع صحة التقبل باعتبار ان ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه اقامة ما يتقبل بيده ولكن له ان يقيمه باعوانه واجرا
وهو يقدر على ايفا ما يلتزمه بهذا الطريق فلهذا كان مطالبا به بحكم الكفالة ٥

باب بضاعة المفاوضة

قال ولاحد المتفاوضين ان يبضع بضاعة مع رجل وان يدفع مضاربة وان يودع وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفا
اولى لانه اعم تصرفا منه قال وليس له ان يقرض لان الاقراض تبرع وكل واحد من المفاوضين انما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركه
دون التبرع الا ترى انه لا يملك الهبة والصدقه في نصيب صاحبه فالاقراض في كونه تبرعا كالصدقه او فوقه قال عليه السلام
الصدقه بعشر امثالها والقرض بثمانية عشر قيل انما جعل الثواب في القرض اكثر لان ملتمس القرض لا يا تيك الا محتاجا والسايل
للصدقه قد يكون محتاجا وقد يكون غير محتاج وذكر الحسن ان على قول ابي حنيفه لاحد المتفاوضين ان يقرض مال المفاوضه من
رجل ويا خذ منه سفتجة به وعند ابي يوسف ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع في الادا ولكن يرجع بمثله
كما ان الكفيل متبرع في الالتزام ولكن يرجع بمثل ما يودي فهو من اصل ابي حنيفه ان احد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه وعند

معنى المفاوضه في ذلك راجحا فكذلك الاقراض وعندهما كفالة احد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعلا معنى التبرع فيه راجحا قال فان
اقرض احدهما فهو ضامن نصف ما اقرض لشريكه لانه متعدي في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركه ولكن لا تفسد
ذلك المفاوضه لان المضمون له ما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضه ما لم يقبضه ولان القرض مستوجب مثل ذلك على
المستقرض فكانت المساواه بينهما قايمة قال وليس له ان يعير بغير دابه من شركتهما في القياس لان الاعاره تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو
كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ما يقتضيه المفاوضه قال فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامنا
نصف قيمة الدابة لشريكه في القياس لانه متعدي في نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له ان يعير ولا ضمان عليه
لان الاعاره من توابع التجار فان التاجر لا يجد بدا من اعارة الميزان والسجادة من بعض الجيران فان من لا يعير لا يعار عند حاجته
وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ما هو من توابع التجارة الا ترى ان الماذون يعير والمفاوض اعم تصرفا
من الماذون حتى ان المفاوض يكاتب والماذون لا يكاتب وعلل في بعض النوادر فقال التاجر في المال وان لم يكن مالكا لشي منه فله
ان يعير وانما اراد به الماذون فالتاجر الذي يملك النصف ويكون شريكا في الربح لان يملك الاعاره اولى قال ولو ابضع احدهما
بضاعة مع رجل ثم تفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيا وهو لا يعلم بتفرقهما فشراوه جايز عليهما الامر وعلى شريكه لان الابضاع
توكيل ومباشرة احدهما فيه حال قيام المفاوضه كمباشرتهما ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لا يثبت قصدا
في حق الوكيل ما لم يعلم به فلهذا نفذ شراوه عليهما ولو كان امره بالشرا ولم يدفع اليه ما لا كان ما اشترى للامر خاصه لان على احد
منهما هو من شركتهما كفعلهما فاذا دفع اليه ما لا من شركتهما وامره ان يشتري بها فانما وجد على احدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن
دفع اليه ما لا فانما على احدهما الوكيل والانابه فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضه اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل
شراوه كشرا الموكل وكان المشترى بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لا يوجد اذا افترقا قبل شرى الوكيل لان عند شرى الوكيل
لو اشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه فكذلك الوكيل يكون مشتريا للامر خاصه توضيحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب فاذا كان
المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للامر خاصة كان ضامنا للاخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه مشتريا لهما اذا
لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لا يضمن للشريك شيا وان صار مشتريا للامر ولكن
يجب الثمن بالشرا في ذمته ويرجع به على الامر وقد رضي بذلك حين قبل الوكاله قال الا ترى انه لو مات الذي امر بضع ثم اشترى المستبضع
المتاع لزم الحي خاصه الا ان في فصل الموت اذا كان المال مدفوعا الى المستبضع فورثة الميت بالخيار ان شاوا ضمنوا المستبضع وان
شاوا ضمنوا الامر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه ينتقل الملك الى الورثة ولو يوجد منهم الرضا بتصرف الوكيل
والعزل الحكمي يثبت في حق الوكيل وان لم يعلم بخلاف افتراقهما فان ذلك من الذي لم يبضع عزل الوكيل في نصيبه قصدا فلا يثبت
حكمه في حقه ما لم يعلم به وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جاني في نصيبهم من المال بالدفع الى البايع من غير رضاهم
فلهذا يضمنوه ان شاوا وان شاوا الامر لان دفعه باذن الامر فيكون كدفع الامر بنفسه فان ضمنوا المستبضع رجع به على الامر
لانه غرم لحقه في عمل باشره له بامره ولان جميع المتاع صار للامر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من
مال غيره ويعد استحق فيرجع عليه بمثله قال واذا وكل احد المتفاوضين رجلا ليشتري جارية بعينها او بغير عينها بثمن مسمى
ثم ان الاخر نهاه عن ذلك فنهيه جايز لان عزل الوكيل من صنيع التجار كالتوكيل فكما جعل فعل احدهما في التوكيل كفعلهما فكذلك
يجعل احدهما كنهيهما وان اشتراها الوكيل فهو مشتري لنفسه لان الوكاله قد بطلت بعزل احدهما اياه فان لم ينهه حتى اشتراها
لهما جميعا فيرجع بالثمن على ايهما شا لان كل واحد منهما يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل احدهما كتوكيلهما
جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليهما بالثمن فله ان ياخذ ايهما شا بجميعه لانه في النصف اصيل وفي النصف كفيل عن صاحبه وكذا ان
اشترى احدهما شيا وقبضه كان للبايع ان ياخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشترى بما يلزمه بطريق التجارة وان كان بالمتاع عيب كان
للشريك ان يرده على البايع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجار وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له او عليه ٥
وكذلك ان باع احدهما متاعا فوجد المشترى به عيبا كان له ان يرده على الذي لم يبع لانه قايم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصو
في العيب انما لزمه بالتجارة فكان الاخر قايما مقام البايع في ذلك فيرد عليه كما لو اداه ولو كانا قصارين متفاوضين فاسلم رجل الى احدهما
ثوبا اما كان له ان ياخذ الاجر بعمله ذلك له ذلك وللاخر ان ياخذه بالاجر اذا فرغ من العمل كحكم الرد بالعيب كذلك قال ولو
ابضع اخر المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شاركه شركه عنان فابضع الف درهم بينهما نصفين مع رجل يشتري له بها متاعا فوضى

الشريك شركة عنان فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشتري ولا نقول فيما ذكرنا ان لاحد المتفاوضين
ان يشارك مع رجل شركة عنان وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة ليس له ذلك لانه ايجاب الشركة للغير في المال المشترك
وهذا لم يكن للشريك العنان ان يشارك غيره فكذلك في المفاوض وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة
فيمكن ان يجعل من توابع المفاوضة مستفادا بها كالمضاربة في شركة العنان قال وان شارك احد المتفاوضين رجلا مفاوضة
لم يجز ذلك على شريكه في قول ابي يوسف لان الثاني مثل الاول فلا يكون من توابع الاول مستفادا به كما انه ليس لشريك العنان
ان يشارك غيره وعلى قول محمد يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون
فعل كل واحد منهما كفعلهما اذا عرفنا هذا فنقول المستبضع وكيل الدافع فينعزل بموت الدافع علم به او لم يعلم لان هذا
عزل من طريق الحكم فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشتريا لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال الغير
دينا عليه فيكون ضامنا مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان فيضمن له ذلك والنصف الاخر للمفاوض
الحي ولورثة الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه ينعزل بموت الدافع اما في حصته لا يشكل وفي حق الشريكين الاخرين لان الشركة
قد انقطعت بين الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار امره في حقهما كان لعقد الشركة فلا يبقى بعد انتقاضها ولو كان
الدافع حيا ومات شريكه العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع ورثة الميت بحصته
من المال ان شاؤوا على المستبضع لانه دفع ما صار ميراثا لهم الى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على اي المتفاوضين
شاؤوا لان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ما يلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامنا لذلك لان اداء وكيله
بامره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المفاوض الاخر مات ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام
الشركة بين الدافع وبين شريكه العنان ولان شراء وكيله له كشرائه بنفسه ونصف المتاع للامر لا شيء منه لورثة الميت لان المفاوضة
قد انتقضت بين الدافع وبين الميت ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شيء من المشترى لورثة الميت فكذلك اذا اشترى
وكيله ولورثة الميت الخيار ان شاؤوا ضمنوا نصيبهم من المال المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤوا ضمنوا
المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الامر لانه عامل له فيما ادى بامره فيرجع عليه بما يلحقه من
الضمان ولا يرجع بها على شريكه الاخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالبا بما يجب على الاخر قال وان كان احد
المتفاوضين من رجل بالاعلى بيع فاسد فاشتريه وباع كان البيع لهما والضمان عليهما لان ما حصل انما حصل بطريق التجارة وما
وجب من الضمان انما يجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة
كفعلهما فيما يجب عليهما وفيما يحصل به لهما قال واذا امر احد المتفاوضين رجلين يشتريان عبدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه
وافترقا عن الشركة فقال الامر اشترياه بعد التفريق فهو لي خاصة وقال الاخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الامر مع
يمينه لان الشراء حادث فيحال بحدوثه على اقرب الاوقات ومن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول
قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشترى ظهر للامر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والاخر يدعي استحقاق المشترى عليه
وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الاخر البينة فان قاما البينة فالبينة بينة الاخر لان فيه اثبات التاريخ واثباتا لا استحقاق
له والبينات للاثبات فترجح بزيادة الاثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل انفسهما
كان قال الشريكان لا ندري متى اشتراه فهو للامر ايضا لانه انما يحال بالشراء على اقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق وان قال
الامر اشتراه قبل الفرقة وقال الاخر اشتراه بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يامر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له
ووجوب شيء من الثمن عليه والبينة بينة الآمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

باب خصومة المتفاوضين فيما بينهما

قال واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة وجحد المدعى عليه فالمال في يد الجاحد والقول قول الجاحد مع
يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي لعقده استحقاق نصف ما في يده وذو اليد منكر فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين وان اقام
المدعي البينة فشهد الشهود انه مفاوضه او زادوا على هذا قالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفين
فانه يقضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولانهما ان قالا المال الذي في يده بينهما نصفين او هو من شركتهما

فقد صرحا بالشهادة للمدعي بملك نصف ما في يد ذي اليد وان قالا هو مفاوضه فمقتضى المفاوضة هذا وهو ان يكونا مستويين في ملك
المال شريكين فيه فاذا قضى القاضي بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له واقام البينة على ذلك لم تقبل بينته في
قول ابي يوسف وقال محمد ان كان شهود المدعي شهدوا بانه مفاوضه فبينة ذي اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذي في
يده من شركتهما او هو بينهما فلا تقبل بينة ذي اليد بعد ذلك واحتج في ذلك فقال القاضي يقضي بما شهد به الشهود فاذا شهدوا
بمطلق المفاوضة قضى القاضي بذلك ايضا ومطلق المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له الا ترى ان العقد
لو كان ظاهرا بينهما او ورث احدهما مالا لا يصلح ان يكون راس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى المفاوضة بينهما
الا انا انما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا ظاهر يعتمد والظاهر يسقط اعتباره اذا قام
الدليل بخلافه فاذا اقام البينة على عين انه ميراث له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك
الدليل بخلاف ما اذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضي قضى بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة البينة بعد ذلك على
عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينة المقضي عليه على ابطال القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حاله الا
والبيان ان شاهدين لو شهدا بدار في يد رجل لانسان وقضى القاضي بذلك ثم زعم المدعى عليه ان البناء كان ملكا للمقضي عليه فانه
لا يبطل قضاء القاضي بالارض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والارض معا ثم اقام المدعى عليه ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك
اكذابا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضي له والفرق ما بينا ان البناء تابع فاستحقاقه في الفصل الاول باعتبار الظاهر لا استحقاقه
الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فاذا اكذب شهوده في ذلك بطلت شهادتهم له وجه قول ابي يوسف ان
ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له
كما لو كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها والمفاوضة سبب وحكم الشركة في المال الا ترى
ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة في المال فكذا في الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين ان يصرح الشاهد
بالحكم وبين ان يذكر السبب في ان القاضي يقضي بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهد بالشراء او بالشراء والملك جميعا للمشتري ثم
عند التفسير لم تقبل بينة ذي اليد لصيرورته مقضيا عليه فكذلك عند الابهام قال فان ادعى ذو اليد عينا في يده انه له خاصة وهبه
شريكه منه حصته فيه واقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه ومحمد يستدل بهذا على ابي يوسف ولا حجة له فيه على ابي يوسف لان
هنا بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعي شهادتهم او لم يفسروا لم يفسروا لان الفرق انه ليس في قبول هذه البينة ابطال القضاء الاول في هذا العين
بل فيها تقرير القضاء الاول لان القضاء الاول بالملك للمدعي وانما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الاول مع قبول البينة هناك ابطال
القضاء الاول ما ثاله القضاء قال الا ترى انهم لو شهدوا ان هذا العبد الذي في يده مشترك بينهما وقضى القاضي بذلك ثم اقام ذو
اليد البينة ان المدعي وهبه له او تصدق به عليه قبلت بينته ولو اقام البينة انه ورثه عن ابيه وهو يملكه او ان رجلا اخر وهبه منه لم
تقبل بينته على ذلك والفرق ما بينا فكذلك في المفاوضة وان ادعى شريكه شركة مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فاقر له بالمفاوضة
وقضى عليه باقراره ثم ادعى عبدا مما كان في يده انه ميراث له او وهبه من فلان فاقام البينة على ذلك قبلت وقضي له بالعبد وهو دليل
لمحمد ايضا من الوجه الذي قلنا ان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لابي يوسف من وجهين احدهما ان ذا اليد
هنا مقر بالمفاوضة مدعي الميراث ولا منافاة بينهما وقد اثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته الا ترى انه لو لم يكن له بينة كان يستحلف
خصمه وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له ان
يستحلف خصمه فعرفنا بهذا انه منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته والثاني ان الاقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء وانما
يقضي القاضي بالاقرار فقط ولهذا قلنا ان استحقاق الملك بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فاما البينة لا توجب الا بقضاء القاضي
وانما يقضي القاضي بما هو المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا تقبل بينة ذي اليد بعد ذلك وكذلك لو كان المال في ايديهما جميعا
وهما مقران بالمفاوضة فان ادعى شيئا من ذلك انه له ميراث واقام البينة قبلت بينته لانه مدعي اثبت دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة
استحلف صاحبه لانه منكر لو اقر به يلزمه ولا اشكال في هذا الفصل انه لو ادعى على ذلك نصيب صاحبه عليه بالهبة واقام البينة على
ذلك ان بينته تكون مقبولة وان ادعى رجل على رجل شركة في عبد له خاصة وجحد ذو اليد واقام المدعي البينة ان العبد بينهما نصفان
فانه يقضى له بنصفه لانه نور دعواه بالحجة ولا تقبل من ذي اليد البينة ان ادعى ميراثا منه لانه مقضي عليه بالملك في نصفه ولا بينة له
الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له قال واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد الباقي منهما وادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد

ذلك الحي فاقاموا البينة ان اباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه لان المفاوضة تنتقض بموت احدهما ولانه لا حكم لما شهدوا به في المال الذي في يد الحي في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا يوجب ان يكون ما في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا البينة انه كان في يده في حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم اثبتوا الاستحقاق بالحجة اما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعد موته وان شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فاليد الثابتة له في حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعاينة او باقرار الخصم وذلك يوجب ملك الميت في نصفه وورثته في ذلك خلفاؤه فان اقام الحي البينة انه ميراث له من قبل ابيه لم تقبل بينته لان الشهود قد شهدوا بنصف قد قضى عليه القاضي بالنصف للورثة بينهما ثم قالوا هكذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فينبغي ان تكون المسألة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على شركة المفاوضة واقام الورثة البينة ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ما بينهما لم اقبل منهم البينة على ذلك لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان اباهم مات وترك ميراثا فقد اقروا انه كان في ايديهم في حال قيام الشركة وهذا الفصل ايضا حمله بعضهم على الخلاف والاصح في الفصلين انه قولهم جميعا لانه بعد الموت قبل البينة للحكم لا للسبب والسبب قد انتقض بالموت فلهذا يسوى بين ما اذا فسر الشهود انه من شركتهما او لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا لم تقبل في قول ابي يوسف وقبلت في قول محمد بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعدما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحي شهدوا على شيء بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة في ذلك كما لا تقبل البينة فيه من المورث لو كان حيا قال واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى احدهما ان صاحبه كان شريكه في الثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيرها بينهما نصفان لان موجب المفاوضة المساواة في ملك المال فاتفاقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعي التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا في كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولا يصح المفاوضة الا بعد التساوي بينهما في المال الا ما كان من ثياب كسوة او متاع بيت او رزق العيال او خادم يطاها فاني اجعل ذلك لمن كان في يديه ولا اجعله في الشركة استحسانا وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال في يد احدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما في التصرف قائم مقام صاحبه ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها في مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فيبقى ظاهر الدعوى كما لا انكار ويجعل القول قول ذي اليد لانكاره وكذلك الخادم يطاها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولا يحل له الاقدام على وطيها الا اذا كان مختصا بملكها ارايت لو كانت مدبرة او ام ولد اما كان القول فيها قول ذي اليد فكذلك الامة وكذلك لو لم يفترقا ولكن مات احدهما ثم اختلفوا في مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال في يد احدهما في حال قيام المفاوضة وانتقاض المفاوضة بموت احدهما في نقض العقد فهو وافتراقهما سواء ولو كانا حيين كان المال في يد احدهما وهو منكر للشركة فاقام الاخر البينة انه شريكه مفاوضة له الثلثان وللذي في يده الثلث فهذه الشهادة في القياس لا تقبل لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمساواة في المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعي اذا اكذب شاهده تبطل شهادته وفي الاستحسان شهادتهم على اصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لا حاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ما ذكروا من الثلث والثلثين فيلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على اصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت في المال يصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتقد ذلك فبنوا على اعتقادهم ولكن القاضي يبني ما يثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفصل ضعف كلام محمد في الفرق بين ما اذا فسر الشهود واثبتوا ان تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا تفسيرهم في المنع من قبول بينة احدهما على متاع في يده انه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعي ميتا واقام ورثته البينة على مثل ذلك لانه خليفة مورثه قائم مقامه قال واذا افترق المتفاوضان واقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي كذا قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى بينهما نصفين واقام الاخر البينة بمثل ذلك من القاضي بعينه او من غيره فان كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ بين القضاءين اخذنا بالاخر وهو رجوع عن الاول لانه عالم بقضائه نفسه فاذا قضى ثانيا بخلاف ما قضى به اولا اذا تبين له الخطا في القضاء الاول فلهذا جعلنا الثاني نقضا للاول وهو كما لو تبايعا بالف ثم تبايعا بمائة

دينار يجعل الثاني نقضا للاول وان لم يعلم التاريخ بينهما ولو كان القضاءان من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذي لا يمنع عليه لان كل واحد منهما صحيح ظاهرا فانه يقضي بالحجة من له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك اذ ليس احدهما بالابطال باولى من الاخر واذا كان من قاضيين فكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الاخر ولا يقصد ذلك انما يقضي كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما لجواز ان يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل قال ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر او ارش جناية لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب بطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل ما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل لما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة الالتزام لهما وارش الجناية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجناية غير صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة قال ولا يشارك احدهما صاحبه فيما يرثه من ميراث او جائزة يجيزها السلطان له او هبة او هدية الا في قول ابن ابي ليلى فانه يقول مقتضى الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاه وهو بناء على مذهبه ان في الابتداء لو كان راس مالهما على التفاوت يجوز الشركة ويصير راس المال بينهما نصفين فكذلك في الانتهاء ولكنا نقول لا بد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير موجود في حق الشريك ولا يمكن جعل الوارث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتمليك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يجعل كالوكيل عن صاحبه فيما يحصله ويجوز والميراث يدخل في ملك الوارث بغير صنعه فلا يجوز ان يكون هو نائبا عن شريكه فيه وكذلك الهبة والصدقة فان تمام اضافة موجب العقد اليه لا يمكن جعله نائبا عن شريكه قال ولا يفسد ذلك المفاوضة الا ان يكون دراهم او دنانير وقد قبضه معناه لم يكن دينا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص احدهما بملك مال يصلح ان يكون راس مال الشركة بعد عقده موجب المفاوضة فيبطل المفاوضة قال وكل وديعة كانت عند احدهما فهي عندهما جميعا لانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد فيما يلزمه كل واحد منهما بسبب هو من صنيع التجار وقبول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل ان يبين لزمهما جميعا لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير متملكا للوديعة فهذا ضمان مال وجب بتملك احدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه فان قيل وجوب هذا الضمان بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت قلنا لا كذلك ولكنه لما اشرف على الموت وعجز عن البيان فقد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته فان قال الحي ضاعت في يد الميت قبل موته لم يصدق لانه لا عقد بينهما بعد موت احدهما وانما يجعل قول احدهما كقول صاحبه بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع نفسه بعدما صار ضامنا بالتجهيل لو زعم انه كان هلك في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المودع مقبول فيما هو امين فيه لنفي الضمان عنه فاما في اسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحي هو المستودع صدق لانه ما صار متملكا ولا ضامنا للوديعة ما دام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على اداء الامانة فلهذا كان قوله مقبولا فان قيل اليس كل واحد منهما فيما يلزمهما بقبول الوديعة مثل صاحبه قلنا نعم ولكن التمليك عند الموت باعتبار اليد لان الايدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة في يد المودع حقيقة لا في يد شريكه وان قال كلاهما قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق على صاحبه لان وجوب الضمان عليه باقراره عند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو في الاسناد غير مصدق في حق صاحبه الا ان يقيم البينة انه انفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيكون عليهما وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف عليه خاصة واصل المسألة اذا وجب على احدهما ضمان بغصب او استهلاك مال فعند ابي يوسف هذا نظير ارش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا الضمان بالغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه بدل ما يحتمل الشركة وانما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان قال واذا اودع احد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع انه قد ردها اليه او الى صاحبه فالقول قوله مع يمينه لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما امين فيه فانه كما يقوم احدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن بقوله لشريكه شيئا لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال الى من اخبر بدفعه اليه الا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يغرم الوصي لليتيم شيئا وكذلك لو امره ان يقضي بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قبضت شيئا فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب على المودع بحاله ولكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد عليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعي عليه ضمان نصيبه بجحوده

القبض ولو اقر بذلك لزمه فاذا انكر حلفه عليه وكذلك لو مات احدهما ثم ادعى المستودع انه كان دفعه الى الميت منهما لانه بقي امينا بعد
موته الا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حيا وانكر
القبض استحلف شريكه فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حيا وانكر القبض استحلف فكذلك بعد
موته الا انه اذا كان حيا فانما يستحلف على فعل نفسه والورثة يستحلفون على فعل المورث في القبض وقد بينا ان الاستحلاف على
فعل الغير يكون على العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ما قبضوه فهو ضامن للنصف حصة الحي من ذلك
لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الى ورثته وقد اخبر باداء الامانة في ذلك فاما نصيب الحي فليس له ان يدفعه الى ورثة الميت
لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انتقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له على نفسه بدفعه الى
ورثة الميت ثم يكون ذلك النصيب بين الحي وورثة الميت نصفين لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى ورثة الميت
انما يصدق في براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالتاوي والمال المشترك ما يتوى منه يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة
ولو قال دفعت المال الذي اودعني بعد الموت الى الذي لم يودعني وحلف على ذلك فهو بريء من الضمان لانه يدعي اداء الامانة في الكل
فان للمودع حق الرد على من قبض منه ما لكل كان يحتمل ذلك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة ولا
يصدق على الزام الحي شيئا بعد ان يحلف ما قبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحي نصفه
والى ورثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالقول قول المستودع مع يمينه وهو بريء لانه يخبر عن اداء الامانة باتصال نصيب كل
واحد منهما اليه فان اقر احد الفريقين بقبض النصف شركه الاخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف اليه وبدعوى المودع
لم يثبت وصول النصف الاخر الى صاحبه فما يثبت القبض فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون تاويا قال وان كانا جميعا
المستودع قد دفعت المال اليهما فاقر احدهما بذلك وجحد الاخر فالمستودع بريء ولا يمين عليه لان تصديق احدهما اياه في حال
قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان لم يقم قال المستودع دفعته الى الذي اودعني فهو بريء لان حق الرد
على المودع باعتبار ان الوصول اليه كان من جهته لا لانقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الى الاخر وكذبه ذلك نصف ذلك
المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو في نصيب
الشريك مخبرا باداء الامانة وفي نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه بدفعه الى غيره ثم ما يقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان
المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فيجعل ذلك كالتاوي فكان ما بقي بينهما نصفين وان صدقه الشريك
بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولا حق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى الشريك بعد
انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالقابض قال وعارية المفاوض واكل طعامه وقبول هديته في المطعوم
واجابة دعوته بغير امر شريكه جائز لا بأس به ولا ضمان على الداعي ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه تبرع
في نصيب شريكه بخلاف ما امره به فانه امره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة ولكنه استحسن فقال هذا
من توابع التجارة ومما لا يجد التاجر منه بدا الا ترى ان العبد المأذون يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدي اليهم المطعوم ليجتمع
عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو مأجور المفاوض مالك لنصف المال فلان يملك ذلك كان اولى وذكر حديث
سلمان رضي الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وانا عبد فقبل ان اكاتب فقبل ذلك مني وحديث الاحوص بن حكيم
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجابة دعوة عبد وقال ابو سعيد مولى ابي سعيد قال عرست وانا عبد فدعوت
رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم ابو ذر فاجابوني قال ولو كسا المفاوض رجلا ثوبا او وهب له دابة
الفضة والذهب كالامتعة والحبوب كلها لم يجز في حصة شريكه لانه متبرع وانما استحسن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز
واشباه ذلك مما يؤكل لان اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فاما في سائر الاموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع في
معرفة الفرق بينهما الى العرف قال ولو اعار احدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها اليه وقد عطبت
الدابة فان ما صدقه في الاعارة الى ذلك الموضع برئ المستعير من ضمانها لان اقرار احدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما
قال ولو استعار احدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس
وصاحبها انما رضي بركوب المستعير دون غيره فالاخر في ركوبها غاصب ضامن اذا هلكت وقد بينا ان ما يجب من الضمان على احدهما
بحكم الغصب فالاخر مطالب به فان كان ركبها في حاجتهما فالضمان في مالهما لان منفعة ركوبه يرجع اليهما فما يجب من الضمان بسببه

520

يكون في مالهما لان الغرم مقابل بالغنم وان كان ركب في حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا انهما ان اديا من مال الشركة رجع الشريك
على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب خلصت للراكب فكان اداء الضمان عليه بمنزلة غصب غصبه او طعام اشتراه فاكله ثم
ادى الثمن من شركتهما فنصف الثمن على الاخر عليه قال واذا استعار احدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة لرزقه الى مكان معلوم فحمل
عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما او لخاصته فلا ضمان عليه من قبل ان التقييد الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا والضرر
على الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام او مثله وفعل كل واحد منهما في الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما
او لغيره لم يضمن فكذلك شريكه الا ترى ان رجلا لو استعار رجلا من دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث الدابة مع وكيل له
ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمن المفاوضة او يجب من الوكالة وكذلك احد المفاوضين اذا استعارها ليحمل
عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن ولو حمل عليها طيالسة او اكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس والتفاوت
في الضرر على الدابة قال ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمن فكذلك شريكه الا انه ان كان ذلك من تجارتهما فالضمان عليهما
لحصول المنفعة لهما وان كانت بضاعة عند الذي حمل فالضمان عليهما لان الذي حمل غاصب والاخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع
الشريك على الذي حمل بنصف ذلك اذا اديا من مال الشركة لانه لا منفعة له في هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان بشيء ولو
استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا اخف على الدابة فلا يصير
الحامل به مخالفا في حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذي حمله او شريكه وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها
احدهما فالجواب في هذا كالجواب في الاول لان وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة في الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الآخر
استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لاهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا له لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن
شريكه المستعير فان المستعير عند الاستعارة انه يستعير ما المنفعة بنفسه لان ما يحمل رزقا لاهله يكون ملكا له خاصة لعدم رضا
بانتفاع الشريك فلهذا كان ضامنا قال واذا ادعى رجل ان احد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعي ان يحلف
المدعى عليه البيع على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد منهما لو اقر بما ادعاه المدعي كان اقراره ملزما اياهما فاذا انكر يستحلف كل
واحد منهما لرجاء نكوله الا ان المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على البتات وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون
يمينه على العلم وايهما نكل عن اليمين قضي بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كاقراره واقرار احدهما ملزم اياهما وكذلك لو
ادعى توليه او شركة او اجارة او تأجيل دين او تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل التجارة فعل احدهما كفعلهما واقرار احدهما
ملزم للاخر فيحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الا ان يحلف على فعل نفسه وايهما نكل عن اليمين امضي الامر عليهما وان ادعى
على ذلك احدهما وهو غايب كان له ان يستحلف الحاضر على علمه فان حلف ثم قدم الغايب كان له ان يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين
وان كان المفاوض هو الذي ادعى على رجل شيئا من ذلك وحلفه عليه ثم اراد شريكه ان يحلفه ايضا لم يكن له ذلك والفرق بين
احدهما ان المفاوض المدعي يكون نائبا عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعد ما استحلف خصومة الوكيل لا يستحلف خصومة الموكل لان
النيابة في الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن ان يجعل المفاوض المدعى عليه نائبا عن صاحبه في الحلف لان النيابة
لا تجري في اليمين فلهذا كان للمدعي ان يحلف الاخر ثانيا لان الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مفيدا فاما اذا لم يكن مفيدا فلا
يشتغل به واذا كان الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصومة احدهما فلا فائدة في استحلافه بخصومة الاخر لانه بعد
ما حلف في حادثة بخصومة انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة بخصومة الاخر فاما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف احدهما كان
استحلاف الاخر مفيدا لان احدهما قد لا يبالي من اليمين والاخر يمتنع من ذلك اذ الناس يتفاوتون في الجراءة على اليمين فلهذا كان
للمدعي ان يستحلف الاخر بعد ما حلف احدهما لرجاء نكوله قال وان ادعى على احد المتفاوضين جراحة لها ارش واستحلفه البتة فحلف
له ثم اراد ان يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما
ما يلزمه بسبب الجناية لا يكون الاخر كفيلا به الا ترى انه لو تثبت الجناية بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من وجه ولا
خصومة للمجني عليه معه وكذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقراره بالجناية على شريكه باطل وكذلك المهر والجعل
في الخلع والصلح من جناية العمد اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الاخر لما بينا قال وان ادعى على المتفاوضين مالا من
كفالة وحلفه عليه فله ان يحلف شريكه عليه ايضا في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد ليس له ذلك واصل المسألة ان احد
المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يلزم شريكه وجه قولهما ان الكفالة

تبرع بدليل انه لا يصح ممن ليس من اهل التبرع كالماذون والمكاتب وانه اذا حصلت من المريض كان معتبرا من ثلثه وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع الا ترى ان الهبة والصدقة من احدهما لا يصح في حق شريكه فكذلك الكفالة
ولابي حنيفة طريقان احدهما ان الكفالة من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزما شريكه كما لو توكل احدهما عن انسان بشرى
شي كان شريكه مطالبا بثمنه والثاني ان الكفالة تبرع في الابتدا ولكنها اذا صحت انقلبت معاوضة الا ترى ان الكفيل
يرجع بما يودي عن المكفول عنه اذا كفل بامره وقد صحت الكفالة هنا والذي كفل صار مطالبا بالمال ولما صحت الكفالة
انقلبت معاوضة وما يوجب على احدهما بمعاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشرا بخلاف كفالة
المديون والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح اصلا فلا يكون معاوضة وقد يجوز ان يكون تبرعا في
الابتدا معاوضة في الانتها كالهبة بشرط العوض فانه تبرع في الابتدا ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان معاوضة
واذا ثبت ان كفالة احدهما تلزم شريكه عند ابي حنيفة قال يحلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال لانه لو اقر به لزمهما
جميعا فاذا انكر يستحلف عليه لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة فيستحلف اذا انكر بخلاف المهر والارش
لانه غير مطالب به وان ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه ايضا وعند ابي يوسف ومحمد لو ثبتت الكفالة على
شريكه بالبينة لم يكن هو مطالبا بالمال فلا يستحلف عليه ايضا قال وان كانت الكفالة من احدهما بالنفس لم يلزم
شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا انكره بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليس بمال ولا يتحقق فيه معنى المعاوضة بحال
فحكمه يقتصر على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة
قال ولا يجوز المفاوضة بين المسلم والذمي في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز ذلك وهي مكروهة ووجه قوله ان كل
واحد منهما من اهل الوكالة والكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضى المفاوضة
الوكالة والكفالة فانما يشترط اهلية كل واحد منهما في ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد منهما من
اهل المفاوضة الا ترى ان المفاوضة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك يصح بين المسلم والذمي ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف
من حيث ان المسلم لا يتصرف في الخمر والخنزير والذمي يتصرف في ذلك وهذا لان الذمي الذي هو شريك المسلم مفاوضة لا يتصرف
عندي في الخمر والخنزير ثم لا معتبر في المساواة في التصرف الا ترى ان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي والمجوسي يتصرف
في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابي لا يفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفي المذهب وشفعوي المذهب وان
الحنفي يتصرف في المثلث البختج لانه يعتقد فيه المالية والشفعوي المذهب يتصرف في متروك التسمية عمدا لانه يعتقد فيها
المالية ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة
بين المسلم والذمي في التصرف ولا في محل التصرف وهو المال لان الخمر والخنزير مال متقوم في حق اهل الذمة يجوز تصرفهم
فيها بيعا وشرا وسلما في الخمر وهي ليست بمال في حق المسلمين فتنعدم المساواة بينهما وبدون المساواة لا تكون الشركة مفاوضة
الا ترى ان المفاوضة لا تصح بين الحر المسلم والعبد لانعدام المساواة بينهما قوله بانه لا يتصرف في الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا
للمسلم قلنا المعنى الذي لاجله كان ينفذ تصرفه في الخمر والخنزير هو اعتقاد المالية والتقوم فيه وذلك لا ينعدم بالمفاوضة مع
المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسي لان من يحل الموقوذة ما لا متقوما
في حقهم لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة بينهما في التصرف فان قيل لا يتحقق المساواة لان الكتابي يواجر
نفسه للذبح والتضحية والمجوسي لا يواجر نفسه لذلك لان ذبيحته لا تحل قلنا لا كذلك بل كل واحد منهما من اهل ان يتقبل ذلك
العمل على ان يقيمه بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيح يستوجب به الاجر وان كان لا تحل ذبيحته فاما بين الحنفي والشفعوي
تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه من الحنفي والشفعوي
جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه ابو يوسف لان في المفاوضة
الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمي بالتصرف له قال ولا يجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين الحر والمكاتب
ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا
عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من اهل الكفالة فلهذا لا يجوز المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف
بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد في الرق والمقصود من المفاوضة التصرف والاسترباح

فاذا لم يكن واحد منهما مالكا للتصرف لا يجوز المفاوضة بينهما ثم يكون الشركة بينهما عنانا في هذه المواضع لانهما اهل الشركة
وانما فسدت المفاوضة خاصة فيبقى العنان وقد بينا ان العنان يكون عاما وقد يكون خاصا قال وان تفاوض الذميان جاز
ذلك وان كان احدهما نصرانيا والاخر مجوسيا لان المساواة بينهما في الملك والتصرف تتحقق كل واحد منهما من اهل الوكالة
والكفالة فصحت المفاوضة بينهما قال وان شارك المسلم المرتد شركة عنان او مفاوضة فهو موقوف عند ابي حنيفة ان قتل
على ردته او لحق بدار الحرب بطل وان اسلم جاز لان من اصله ان التصرفات تتوقف بالردة على ان تنفذ بالاسلام او تبطل اذا
قتل او لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته فاما على قول ابي يوسف ومحمد شركة العنان منه صحيح لان من اصلهما ان تصرف
المرتد نافذ بعد ردته قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل او لحق بدار الحرب انقطعت الشركة لان في القتل موتا ولحوقه بدار الحرب
كموته والموت مبطل للشركة واما المفاوضة فعلى ما قال ابو حنيفة لم يرد به توقف اصل الشركة عندهما بل المراد توقف
صحة المفاوضة عند محمد لان المرتد عنده في التصرفات كالمريض وكفالة المريض مرض الموت معتبر من ثلثه فلا يكون المرتد
من اهل الكفالة المطلقة الا ان يسلم فلهذا توقف صحة صفة المفاوضة على اسلامه وعلى اصل ابي يوسف الكفالة وان كانت
تصح من المرتد لانه بمنزلة الصحيح في التصرف الا ان نفسه توقف بين ان يسلم له بالاسلام او يتلف عليه اذا اصر على الردة فيكون
في معنى المكاتب من هذا الوجه والمكاتب ليس من اهل المفاوضة فلهذا توقفت المفاوضة منه قال وان شارك المسلم
المرتدة شركة عنان او شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة الا ان تسلم لان تصرف المرتدة نافذ
المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لا تقتل فكذلك مالها الا انها كافرة كالذمية ومن اصل ابي حنيفة ومحمد
ان المفاوضة لا تصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهي مكروهة فكذلك في حق المرتدة قال وينبغي في قياس قول
ابي يوسف ان تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة
وذكر عيسى بن ابان عن ابي يوسف ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لا تقتل فانها
تسترق اذا لحقت بدار الحرب فنفسها كالموقوفة من هذا الوجه فلهذا تتوقف مفاوضتها قال ولا حد المتفاوضين ان يكاتب
عبدا من تجارتهما لان المفاوض في حق شريكه اعم تصرفا من الوصي في حق اليتيم وللوصي ان يكاتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى
وبيان هذا ان اقرار احد المتفاوضين صحيح في حق شريكه واقرار الوصي بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب
وهو انفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه
في اكتساب المال واذا كانت الكتابة من التاجر الذي لا يملك شيئا من العبد وهو الاب والوصي صحيحة فصحتها من التاجر الذي
يملك نصف العبد وهو المفاوض اولى واذا ثبت ان لاحدهما ان يكاتب فله ان ياذن للعبد في التجارة بطريق الاولى فان كل واحد
منهما فلنا الجواز في الكتابة لان الاذن في التجارة من صنيع التجار ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين
في ذلك يقوم مقام صاحبه قال وليس لاحد المتفاوضين ان يعتق عبدا بمال او بغير مال لان ذلك تبرع اما العتق بغير مال
فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لانه يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمال في ذمة مفلسة لا يدرى ايقدر على
الاداء او لا يقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلهذا لا يملك المفاوض في نصيب صاحبه وكذلك لا يزوج عبدا من
شركتهما لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعييب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلا يملك احدهما في
نصيب شريكه بدون اذنه وله ان يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب بها المهر ويسقط نفقتها
عن نفسه ولهذا يملك الوصي والاب تزويج امة اليتيم ولا يملك تزويج عبد اليتيم قال وليس لشريك العنان ان يكاتب لان
كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة وما يكون معتادا بين التجار والكتابة ليست من هذه
الجملة وكذلك لا يملك احدهما تزويج الامة في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يملك ذلك وقد بينا هذا في كتاب المكاتب
قال واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه احدهما دينا من تجارتهما لم يلزمه شي من ذلك لان فعل احدهما في الادانة كفعلهما
ولان مالية العبد من شركتهما وما اداه احدهما فهو من شركتهما ايضا فلا فائدة في الايجاب في ذمته فلا يشتغل بما لا يفيد
شرعا وكذلك في شركة العنان في البيع والتوكل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع بالنقد والنسيئة والادانة بيع بالنسيئة ولا
فائدة في ايجاب ذلك في ذمته متعلقا بمالية من شركتهما اما اذا كانا شريكين في عبد لهما خاصة فاذنا له في التجارة ثم ادانه واحد
منهما دينا فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الاخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه كالاجنبي حتى لا يملك التصرف

فيه فما ادى به كل واحد منهما نصفه في ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه
المورثة معينا فانه في ذلك النصف كاجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة ومن اراد ان عبده وعبد غيره يثبت من
دينه ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده   قال فان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه احدهما ثم بان من ميراث
ورثه لزمه نصف ذلك الدين في نصيبه الآخر لان ما اداه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي
ولو كان العبد بينهما لا لاحدهما فاذن له الآخر في البيع والشراء لم يجز لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة
كاذن اجنبي آخر لان ما اداه ليس من شركتهما وان اداه من مال التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل احدهما في الاداء من مال
التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الآذن منه لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين على عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه
اجنبي عن ماليته   قال واذا استأجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دارا او شيئا من الاشياء فللموجر ان يأخذ
ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجر لحاجة نفسه
او استأجر ابلا يحج الى مكة ليحج عليها فللمكري ان يأخذ به ايهما شاء ان المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالته
عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف واما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي
استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة فان ادى الاجرة من مال الشركة
رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتهما وادى الآخر من خالص ماله رجع على
شريكه بنصفه لانه وكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار وقد ادى الآخر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما في شيء خاص شركة ملك
لم يرجع على صاحبه بشيء مما ادى لانه ليس بوكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار   قال ولو آجر احد المتفاوضين عبدا من
تجارتهما كان للآخر ان يأخذ الاجر لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل احدهما كفعل صاحبه
وللمستأجر ان يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والآخر مطالب بكفالته عنه بما يلزمه بالتجارة ولو
آجر احدهما عبدا له خاصة من الميراث لم يكن للآخر ان يأخذ الاجر لانه بدل ما ليس من شركتهما الا ترى انه لو باع هذا العبد
لم يكن للآخر ان يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر ان يأخذه بتسليم العبد لما بينا ان فيما ليس من شركتهما
كل واحد من صاحبه كالاجنبي ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم او دنانير حتى يقبضها لان احدهما انما فضل صاحبه
بملك دين والدين لا يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح ان
يكون رأس مال في الشركة وذلك يعدم المساواة وكذلك كل شيء مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه ان يطالب به ولا
تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا   قال ولاحد المتفاوضين ان
يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه او بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة
عنان وقد بينا اختلاف الروايات في هذا الفصل ويستوي ان كان الذي شاركه ابوه او ابنه او اجنبي عنه لان حكم الشركة
واحد فلا تتمكن التهمة فيه بسبب القرابة   وذكر الحسن عن ابي حنيفة ان احد شريكي العنان اذا شارك انسانا آخر
شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضة وتبطل شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح
مفاوضته لان مباشرة المفاوضة مع الثاني نقض منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به ونقض احد
الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضره باطل   قال واذا آجر احد المتفاوضين نفسه لحفظ شيء او خياطة
ثوب او عمل معلوم باجر واكتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الاجر بتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه في حق صاحبه
فما يكتسب به يكون بينهما او يجعل عمل احدهما فيه كعملهما بخلاف ما اذا آجر نفسه للخدمة لان البدل هناك مستوجب بتسليم
نفسه ليست من شركتهما فانه يكون له خاصة لانه وكيل صاحبه في التصرف فهو بمنزلة ما لو آجر عبدا له ميراثا   واما شريك العنان
اذا اكتسب بتقبل العمل ليس في ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة لانه وكيل صاحبه في التصرف في مال الشركة وتقبل هذا
العمل ليس بتصرف منه في مال الشركة فكان شريكه في ذلك كاجنبي آخر ولاحد المتفاوضين ان يرهن عبدا من مال المفاوضة
بدين من المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر او غرم بغير اذن شريكه لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت
يد الاستيفاء للمرتهن وله ان يوفي من مال الشركة هذا الدين فكذلك له ان يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفيا
للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى دينا عليه من

مال مشترك وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لم يكن ضامنا للزيادة فكذلك المفاوض فان رهن عبدا له خاصة بدين
من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو تاما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضيا دين المفاوضة بخالص ملكه
وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما ادى من دينه من خالص ملكه   قال وان كان الدين من تجارتهما على رجل فارتهن
احدهما به رهنا جاز سواء كان هو الذي ولي المبايعة او صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء الدين الواجب
بالتجارة فكذلك في الارتهان به واما في شركة العنان فلا يجوز لاحدهما ان يرهن شيئا من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه
كما ليس له ان يوفي ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة في ذلك المال له لا في صرفه الى حاجة
نفسه قال ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين من الشركة على رجل الا ان يكون هو الذي ولي المبايعة او يأمره وليه منهما اعتبارا
للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك في الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق
العقد فيكون الى العاقد وكيلا كان او مالكا   قال ولا يجوز لاحدهما ان يرتهن بحصته رهنا بدين ولياه جميعا لان فيما وجب
بعقد صاحبه هو لا يملك الاستيفاء فلا يصلح ارتهانه به ولو جاز في نصيبه كان مشاعا والشيوع يمنع صحة الرهن فان فعل
فهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين ويضمن نصف الرهن خاصة لان الفاسد معتبر بالجائز في حكم الضمان فكان
المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد وطعن عيسى في هذا وقال الصحيح ان يذهب
نصف الدين ولا يضمن شيئا آخر لانه في نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه اجنبي وضمان الرهن ينبني على يد الاستيفاء واذا لم يثبت
له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لا يثبت الضمان في ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر على ان يكون هو عدلا فيه ان اجازه
صاحب الدين ضمنه وان لم يجز فلا شيء عليه فهلك الرهن في يده قبل ان يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئا وما ذكر في الكتاب اصح
لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضيا بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسئلة العدل شرط انه ان
لم يجز صاحبه فلا شيء عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لا على وجه الاستيفاء فلهذا لا يضمن شيئا ثم يكون للآخر
ان يطالب المديون بنصيبه من الدين لان نصيبه من الدين لم يصر مستوفى بهلاك الرهن   قال واقرار احد المتفاوضين بالرهن
والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك ومن ملك مباشرة الشيء يملك الاقرار
به لانتفاء التهمة فان اقر بذلك بعد التفرق او موت احدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه
مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما   قال ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما
تولاه عليه وعلى شريكه لان حق القبض اليه فيما تولى سببه كما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره
بالارتهان وفيما وليه صاحبه لا يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيب صاحبه ويجوز في نصيبه استحسانا لان الموكل اذا قبض
الثمن بتسليم المشتري اليه صح قبضه استحسانا فكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة او بالارتهان يكون صحيحا في نصيبه دون نصيب
صاحبه   قال وما غصبه المفاوض او استهلكه او عقر دابة او احرق ثوبا فلصاحبه ان يضمن ايهما شاء وقد بينا هذا الا ان
حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو ادى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه لان هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام
شريكه ولا مأذونا من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وثبوت الملك في المغصوب لتحقيق شرط تقرر الضمان فاما الواجب به
ضمان الفعل فيكون على الفاعل خاصة واذا ادى غيره عنه بحكم الكفالة رجع به عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الواجب به
ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان ما يجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا اداه احدهما من مال الشركة
لم يرجع به على صاحبه فكذلك ما يجب بالشراء الفاسد   قال ولو كان عند احدهما وديعة فعمل بها او كانت مضاربة فخالف
فيها كان الربح لهما لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل احدهما فيه كفعلهما ولصاحبه ان يضمن ايهما شاء بمعنى الكفالة بينهما كما في
ضمان الغصب والاستهلاك   قال واذا غصب شريكا العنان شيئا او استهلكه لم يؤخذ به صاحبه لان على صاحبه ليس بكفيل
عنه وان اشترى شراء فاسدا فهلكت عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء
الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بامره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف   قال
ولو كفل احد المتفاوضين عن رجل بمهر او ارش جناية فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لا يؤاخذ به شريكه في قول ابي يوسف ومحمد
وفي قول ابي حنيفة يؤاخذ به لان الواجب على المفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجناية والارش والمهر في حقه كسائر
الديون بخلاف المهر والارش الواجب على احد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية والشريك غير متحمل عنه

بهذا السبب وهذا لا يؤخذ احد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية بنفقة امرأة شريكه ولا بمتعتها ولا بنفقة بفرض
الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشركة
قال وان اقر احد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء او قرض لم يلزم شريكه منه شيء في قول ابي حنيفة ويلزم المفاوض
المفاوضة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من ابائه واولاده وعبيده ومكاتبيه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اقراره
لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه واصل المسألة في الوكيل بالبيع ان عند ابي حنيفة لا يملك البيع مطلقا لكل من لا تجوز شهادته له من احد من هؤلاء وعندهما
يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن اصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك
الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون متهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبده بخلاف الشهادة فان التسليط من
له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في حق مكاتبه وعبده بخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود
هناك الا ان الاقرار كل من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وابنه في ذلك كالاجنبي اخر وابو حنيفة يقول
هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح موجبة للحكم والانسان انما يملك ايجاب الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة
فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره
على نفسه فلهذا الزم المال المقر خاصة قال وكذلك لو اقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة يجوز اقراره
لها في حق شريكه واصله في الشهادة فانه اذا شهد للمبانة وهي معتدة منه قبلت الشهادة في رواية الحسن لانقطاع السبب الممكن للتهمة
وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء اصل النكاح
الا ترى ان في حرمة نكاح اختها واربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح وكذلك في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها
فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك قال ولو كان النكاح فاسدا وقد دخل بها كان اقراره
لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب ليس من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء الا ترى انها لا تستحق النفقة
والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه وكذلك لو اعتق ام ولده ثم اقر لها بدين لزمهما جميعا وان كانت في عدته لان هذه العدة
ليست من حقوق النكاح الا ترى انها لا تستحق النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف
عدة النكاح وللمولى ان يتزوج اربعا سواها في هذه العدة بخلاف عدة النكاح فلهذا كانت كالاجنبية في حكم الشهادة والاقرار لها
حتى ثبت المقر به في حقهما ويجوز اقراره عليهما جميعا الا لامرأته وولدها من غيرها اعتبارا للاقرار بالشهادة قال ولا يجوز اقرار المرأة
المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا تجوز شهادتها له ويجوز اقرارها بالدين لابوي زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها
كما تجوز شهادتها لهم قال واذا اعتق احد المتفاوضين عبدا من شركتهما فالقول فيه كالقول في غير المفاوض لان العتق ليس مما يقتضيه
المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق احد الشريكين العبد المشترك في كتاب العتاق قال واذا افترق المتفاوضان ثم قال احدهما كنت كاتبت
هذا العبد في الشركة لم يصدق على ذلك لانه اقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه في الحال وصحة اقرار المقر في حق الغير باعتبار ملكه للانشاء
ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون ذلك كانشائه مكاتبته وليس لشريكه ان يرده لدفع الضرر عن نفسه بعدما يحلف على
علمه لانه لو اقر بما اقر به شريكه صار العبد كله مكاتبا فاذا انكر يستحلف عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف
بالله ما يعلم انه كاتب في المفاوضة وكذلك ان اقر انه اعتقه في الشركة معناه ان اقراره يصح في نصيب شريكه فكذلك اذا اقر به بعد
الافتراق بخلاف الكتابة قال فان تفرقا واشهد كل واحد منهما على صاحبه بالبراءة من كل شيء له ثم قال احدهما قد كنت اعتقت هذا
العبد في الشركة وقد دخل نصف قيمته فيما برئت اليك منه فصدقه الاخر في عتقه وقال كنت اخترت استسعاء العبد فالقول قول
الذي لم يعتق لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقا له والمقر يريد
اسقاط حقه بما ذكر فلا يقبل قوله الا بحجة وعلى المنكر اليمين فاذا حلف كان له ان يستسعي العبد في قول ابي حنيفة ولا شيء له على الشريك
لاقراره بانه اختار الاستسعاء وذلك يوجب براءة المعتق عن الضمان قال فان قال قد اخترت ضمانك فقد برئت من الضمان بالبراءة كتب
لان حقه تقرر في ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئا شريكه بالاشهاد على البراءة من كل شيء وان قال ما كنت اخترت شيئا
وانا على خياري كان القول قوله لان الخيار كان ثابتا له والاختيار حادث من قبله فاذا انكره كان القول قوله ولكن له ان يستسعي
العبد وليس له ان يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان نصيبه في ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة
فقبل تقرر الضمان عليه لان يسقط بالاشهاد على البراءة اولى واذا اسقط حقه في تضمينه تعين في استسعاء العبد كما لو اعتقه

برضاه وان اقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه نجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيبرأ هو من ذلك ولا شيء على العبد
وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان القول قوله ايضا لان الاعتاق حادث فيحال به على اقرب الاوقات ولا يصدق
المقر في الاسناد الا بحجة فان اقام المعتق البينة انه اعتقه في المفاوضة وضمن له نصف قيمته واقام الاخر البينة انه اعتقه في
المفاوضة وضمن له نصف قيمته واقام الاخر البينة انه اعتقه بعد الفرقة واختار سعاية العبد فالبينة بينة المعتق ويبرأ هو
والعبد من نصف قيمته لانه اثبت ببينته سبق التاريخ في الاعتاق وابقاء ما لزمه من الضمان به والشريك ببينته ينفي ذلك
والبينات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات قال ولو اقر احدهما انه كاتب عبدا على الف درهم في الشركة وقبضها منه
ومات العبد فقد دخل فيما برئت اليك منه وقال الاخر كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يكاتب لان المكاتب يدعي
سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا حلف اخذ نصف الالف من المقر لانه اخذ
من كسب العبد وقد كان مشتركا بينهما بعد الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيرا فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وانا وارثه
وقال الاخر كاتبته في المفاوضة ونحن وارثاه جميعا ولم يؤد المكاتب شيئا بعد فالقول قول الذي لم يكاتب لان ملكه في نصف المكاتب
كان ظاهرا وذلك يوجب الملك له في نصف الكسب فالشريك بما قال يدعي تملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول
قوله مع يمينه فاذا حلف كان مكاتبا بينهما وقد مات فيأخذان المكاتبة من تركته والباقي ميراث لهما لان ولاءه لهما قال ولو مات
المتفاوضان واقتسم الورثة جميع ما تركا ثم وجدوا مالا كثيرا فقال احد الفريقين هذا كان في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا ببينة
لانهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركا في الاصل فدعوى احد الفريقين الاختصاص به بعد ذلك لا يقبل في حق الاخر الا بحجة
وعلى الفريق الاخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما نصفين فان كان في ايديهم صدقوا ان كانوا اشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم
بما في ايديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعا بعد ما حلف الاخرون ما دخل
هذا في قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركا في الاصل وانما يستحق اليد باعتبارها بل الاشهاد على البراءة وذلك غير موجود ولان دعوى
البعض ما في يد الغير دعوى الدين في ذمته مطلقا فكذلك لا يسمع منه دعوى ما في يده بخلاف ما قبل الاشهاد على البراءة قال ولو
كان في يد احد الفريقين مال فقالوا هذا لابينا قبل المفاوضة لم يصدقوا على ذلك لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث
ذلك في حياته لم يسمع ذلك منه وكان ما في يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المفاوضة فكذلك دعوى الورثة بعده وان كانوا قد
شهدوا بالبراءة مما كان في الشركة ثم اقروا بهذا فللفريق الاخر نصفه لان الاقرار حجة في حق المقر وقد زعموا ان هذا مما لم يتناوله البراءة
لانه لم يكن من الشركة فكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة مما كان في الشركة وغيرها فلا حق لهم فيه
لانه دخل في البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما او من غير شركتهما قال وكل ما اشتراه احد المتفاوضين من التجارة وغيرها
فهو بينه وبين الاخر الا اني استحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام ان يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى
المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما جميعا والقياس في الطعام والكسوة
والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسن فقال هذا مستثنى من عقد المفاوضة لان كل واحد منهما حين
شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة ان يكون نفقته ونفقة عياله
على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنيا هذا المقدار من تصرفه مما هو
من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يثبت المساواة شرعا فيما يتمكن كل
واحد من الوفاء به وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فاذا اشترى احدهما شيئا من ذلك كان له خاصة وللبائع ان يطالب
بالثمن ايهما شاء لان المشتري باشر سبب الالتزام والاخر كفيل عنه بما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا اداه احدهما من مال الشركة
رجع المؤدي على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد احدهما
فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة بجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحضر من صاحبه فجحوده يكون فسخا لانه بالجحود نفى عقد
الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك نفيه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما في يده اذا اقام الاخر البينة على المفاوضة لانه كان امينا
في نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامنا كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الاخر في يد وارث الميت
امانة فبالجحود يصير ضامنا فان ماتا واوصى كل واحد منهما الى رجل فوصي كل واحد منهما يطالب بما ولي موصيه مبايعته لانه قائم مقام
الموصي وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الاخر وهو قائم مقام الموصي وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الاخر

هو قائم مقام الذي ولي المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد ان يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الموصي قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان امينا في نصيب صاحبه   قال واذا اشترى احد المتفاوضين جارية لخاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير امر شريكه فهي بينهما وليس له ان يطأها لان هذا الشراء ما صار مستثنى من مقتضى الشركة فانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه عند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه فللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذي اشتراها بمنزلة ما يشتريه من الطعام والكسوة لنفسه وعياله وذكر في الجامع الصغير ان الجارية للمشتري بغير شيء في قول ابي حنيفة وله ان يطأها وايهما نقد الثمن من مال الشركة لم يرجع على صاحبه بشيء منه وعند ابي يوسف ومحمد اذا ادى الثمن من مال الشركة فللشريك ان يرجع على المشتري بحصته من الثمن وهو بما ذكر هنا ان الجواب المذكور في كتاب الشركة قولهما وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن يقابله الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما في الطعام والكسوة فانا وجدنا الملحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وابو حنيفة يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير امر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تمليك نصيبه من الجارية من المشتري بعقد الشراء فيكون واهبا لنصيبه من شريكه ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب احدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله نقرره ان اذن الشريك يعتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء احدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه في انفراد المشتري بملك الجارية وكذلك الطريق اما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما الهبة احدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كالمنصوص عليه بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشترى للمشتري خاصة بعقد الشراء فلهذا كان الثمن عليه خاصة   قال فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحقت فللمستحق ان يأخذ بالعقر ايهما شاء لانه دين وجب على احدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة في شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤاخذ بالعقر بسبب الشراء في الحال ولا يؤاخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق   قال واذا باع احدهما جارية من تجارتهما بنسيئة لم يكن لواحد منهما ان يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن لان فعل احدهما في البيع كفعلهما ولان احدهما تابع والاخر تبع له ومن باع او بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل النقد وان وهب البائع الثمن للمشتري او ابراه منه جاز في قول ابي حنيفة ومحمد ونفذ في نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع اذا ابرأ المشتري عن الثمن او وهبه له قبل القبض جاز في قول ابي حنيفة ومحمد وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجز ابراؤه في قول ابي يوسف فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة وان كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشتري جاز في نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل اذا ابرأ المشتري فاما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا يصح هبته وان اقاله البيع جاز عليه وعلى الذي ولي البيع لان الاقالة من صنع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي فكذلك تصح من المفاوض والشريك شركة عنان   قال ولو اسلم احد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما لانه شراء بنسيئة وهو من صنع التجار ففعل احد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين احدهما عينة وصورة العينة ان يشتري عينا بالنسيئة باكثر من قيمته ليبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنع التجار ففعل احد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف احد شريكي وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة اذا كان في يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فاما اذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة   قال ولو قبل احد المتفاوضين رأس مال السلم اليه صاحبه في طعام كان جائزا على شريكه لان قبول السلم من صنع التجار فان قيل كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل في حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل قلنا هذا في شركة العنان هكذا فاما في المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم بيع ما في ذمته والتزام ضمان ما في الذمة بما لا يأخذه فهو بمنزلة ما لو اجر نفسه لعمل من خياطة ونحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم   قال وان باع احد المتفاوضين عبدا بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه ان يخاصم فيه لان الشركة

انقطعت بينهما بالموت فانما يبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك الى العاقد او الى من قام مقامه بعد موته من وصي او وارث ولكن ان اعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه لان نصف الثمن ملكه اذا قبضه وصي الميت يلزمه دفعه اليه فاذا دفعه المشتري اليه بنفسه برئ استحسانا كالمشتري من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل يبرأ استحسانا واذا باع احدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز لان هذا بيع مفيد لان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشترى ثوبا لكسوته من اجنبي يختص بملكه فكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشراء اذا كان مفيدا كان صحيحا كالمولى اذا اشترى شيئا من كسب عبده المديون لنفسه او رب المال اذا اشترى شيئا من مال المضاربة من المضارب كان صحيحا وكذلك لو باعه جارية ليطأها او طعاما يجعله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من اجنبي اخر   قال واذا اشترى شيئا من ذلك احدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا لان هذا العقد غير مفيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مفيدا لا يكون منعقدا لان العقود الشرعية اسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغوا واللغو لا يكون مشروعا وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الاخر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة ما لم يكن فيها ولا تفسد المفاوضة حتى يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الدين فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة وكذلك ان كانت امة لاحدهما ميراثا اشتراها الاخر منه ليطأها   قال واذا ارتد احد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما لان القاضي لما قضى بلحاقه بدار الحرب فقد موته حكما حتى يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذا موته حكما ولانه صار حربيا ولا عصمة بين الحربي في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام الا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز فكذلك لا تبقى فان رجع مسلما قبل ان يقضي القاضي بلحاقه كانا على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تنقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل بردة الموكل ولحاقه ما لم يقض القاضي به فكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بقضاء القاضي اياه حين قضى بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل خلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة   قال واذا ارتد ولم يلحق بدار الحرب ثم اقر بدين ثم قتل على ردته لم يلزمه ذلك الدين في قول ابي حنيفة لان الاقرار تصرف منه في حال ردته فكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته وعند ابي يوسف ومحمد يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد ردته واما المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما اذا باشره ابتداء فكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما لانها تلك الزيادة فاذا قتل او لحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته   قال وبيع احد شريكي العنان وشراؤه سواء واقراره بالدين من جهة التجارة جائز على شريكه وكذلك اذا فعل المرتد ذلك وقال ابو حنيفة ان اقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه ووقف امر المرتد فان اسلم لزمه ما اقر به لبقاء الشركة بينهما وان مات او قتل على ردته لم يلزمه من ذلك شيء وكذلك ما اقر به المرتد الا ان اصل اقرار المرتد موقوف واذا قتل بطل كسائر تصرفاته واصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف ثبوت حكمه في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل او مات بطل ذلك وبقي المسلم مطالبا به   قال واذا باع احد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشتري بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله لان بيع احدهما في حال قيام المفاوضة مثبت حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشتري حتى اذا قضى الثمن لاحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى احدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به وهذا لان المشتري بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فيما ثبت بالافتراق قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصدا لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذي ولي البيع لان حكم العزل ثبت في حقه لما علم به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى وارثه ولا يتوقف ثبوت حكمه على العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا   قال وان وجد المشتري به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذي ولي البيع لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعاقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيلا فيرجع عليه بالحصة من العهدة فيه ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن او بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان له ان يأخذ ايهما شاء لان هذا دين لزم احدهما في حال قيام الشركة وصار الاخر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما

لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون قال ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن فلهما أن يأخذا بالثمن أيهما شاءا لأن البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الأصل بإبطال المستحق وتبين أن رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشتري أن يطالب به أيهما شاء فأما في الرد بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الأصل ولكنه كان صحيحا إلى وقت الرد وإنما وجب الثمن على البائع حين رد عليه المبيع وإذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشتري أن يطالب به الآخر قال رجل سلم ثوبا إلى الخياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك في الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما لأن كل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه ما بقيت الشركة بينهما فإن قيل عمل الخياطة مستحق على من باشر السبب والآخر بمنزلة الكفيل عنه فإذا شرط على الخياط أن يخيط بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا يطالب الكفيل به قلنا ما بقيت المفاوضة بينهما فهما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لأن المساواة التي هي ركن المفاوضة لا يتحقق إلا به فلا يظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وإنما يظهر بعد الفرقة فلا جرم إذا تفرقا أو مات الذي قبض الثوب لم يؤاخذ الآخر بالعمل لأن الموجب للاتحاد هو الشركة وقد انقطعت وإنما بقي معنى الكفالة وإذا مات الذي قبل بطل هذا التقبل لفوات المعقود عليه وهذا نظير ما لو دفع ثوبا إلى الخياط ليخيطه بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وإن لم يكن شرط عليه أن يخيط بنفسه جازت الكفالة لأن الكفالة بمضمون تجري النيابة في إيفائه صحيح وما لا تجري النيابة في إيفائه باطل وإذا شرط على الخياط العمل بنفسه فهذا لا تجري النيابة في إيفائه وإذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجري النيابة في إيفائه فتصح الكفالة وبعد صحتها إذا مات الخياط برئ الكفيل لأن الإجارة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل ولذلك هذا في كرى الإبل إذا مات الجمال برئ الكفيل لأن الإجارة قد انقطعت بموته قال وإذا كان بين الشريكين كر حنطة وكر شعير ولم يأمر أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعير لأن الشركة بينهما ملك وكل واحد منهما في التصرف كالأجنبي من صاحبه فيكون غاصبا للدابة ولنصيب شريكه من الشعير بحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير إذا تلف بحمله وليس هذا كشريكي العنان والمفاوض لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الحمل كما أنه وكيل صاحبه في التجارة فلهذا لم يكن ضامنا ثم ختم الباب في الأصل بما إذا اشترك الرجلان شركة وجوه وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملا بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة في هذين النوعين من الشركة إلا أن في المفاوضة يجب اشتراط التفاوت منهما في الربح ولكن هذا بعيد لأنه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضا أن الربح بينهما على الشرط والوضيعة بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما في أصل التقبل لكانت الوضيعة على ذلك ولكن الفرق من وجهين أحدهما أن في التقبل إنما يعانان للعمل فقد يكون في العمل بينهما تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فأما في شركة الوجوه فإنما يشتريان بأن يثبت في ذمتهما فيجب التساوي في ملك المشتري فلا يصح شرط التفاوت في الربح يوضح الفرق أن المنافع إنما تتقوم بالعقد فمنفعة كل واحد منهما تتقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشتري فإنه متقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شيء من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان وإذا تقبل العمل أحدهما فإن كانا متفاوضين فلا إشكال أن الآخر مطالب بذلك فأما إذا كانت الشركة مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسا واستحسانا في هذا الفصل في القياس لا يطالب الآخر به لأن الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة ألا ترى أنه لو أقر أحدهما بدين لإنسان لا يطالب الآخر فكذا إذا تقبل العمل وفي الاستحسان يكون الآخر مطالبا به لأن هذا التقبل مقصود بالشركة فيما هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا إذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالأجر استحسانا لأنه هو المقصود بعقدهما وبيان كونه مقصودا أن الشركة التي بينهما لا ينفك عن هذا بخلاف الإقرار بالدين وذكر بشر عن أبي يوسف أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحسانا أيضا وأنه لو ادعى عين في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به بعد افتراقهما في نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد في هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول إقراره بالعين كإقراره بالدين وما يتلف بجناية يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشيء من ذلك وأبو يوسف أخذ بالاستحسان لأن وجوب ضمان ما جنت يده باعتبار العمل وهما في العمل كالمتفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليه وكذلك الإقرار بالعين فإن الشركة لا تنفك من ذلك لأن من يسلم إلى أحدهما العمل فلا بد من أن يسلم إليه محل العمل وما يتقبله أحدهما ثبت عليه أنه بيدهما عند إقامة العمل فإذا لم يصح إقراره في حق شريكه تحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان ه ه ه ه ه

باب الشركة الفاسدة

قال وإذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب فيبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسدة لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة فلا يصح فيما لا تجوز فيه الوكالة ولو وكل إنسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيل وكان الحطب للذي يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لأن كل واحد منهما في المعنى موكل صاحبه بمباشرة بعض ذلك العمل له ولأن الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمعاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه بنصف مما يكتسب صاحبه وهذه معاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه إذا باع لأن البدل يملك بملك الأصل فإن احتطب أحدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذي احتطب لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر مثله لا يجاوز نصف الثمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ فأبو يوسف يقول قد رضي بنصف المسمى فيعتبر رضاه في إسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك ألا ترى لو استأجر جملا ليحمل له حنطة إلى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى وهذا لأن تقوم المنفعة باعتبار العقد والتسمية إذ المنافع لا تتقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد على المسمى لم يوجد التسمية ومحمد يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فإنه لا يدرى أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا أم لا والرضى بالمجهول لا يصح فإذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ فإذا أصابا شيئا أولى بخلاف حمل الحنطة فإن القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم ولهذا لا يجاوز به المسمى وعلى هذا الشركة في سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما فإن عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما كان لكل واحد منهما إن كان كيليا أو وزنيا لأن كل منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع إنما ينقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وإذا لم يكن كيليا أو وزنيا ينقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لأن معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما وكل واحد منهما في دعواه إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما إنما يدعي ما كان في يده والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعي خلاف ما يشهد له الظاهر ولأنه يدعي شيئا كان في يد صاحبه ولا يستحق المؤتمن في يده غير مجرد بدعواه إلا أن يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لأن التوكيل في هذه الأشياء لا يجوز فإنها على الإباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك إذا اشتركا على أن يلبنا من طين لا يملكه أحد ويطبخانه آجرا أو يشتركا على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه قال وإن كان من طين النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطبخاه فهو جائز لأنه إن كان بينهما رأس مال فهو شركة العنان وإن لم يكن فهو شركة الوجوه في هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد منهما وكذا سهلة الزجاج إذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وإن اشتركا على شيء لا يشتريانه بل هو مباح الأصل فهو فاسد لما قلنا ه قال وإذا اشتركا في الاصطياد فنصبا شبكة وأرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وإن كان الكلب لأحدهما فأرسلاه جميعا فالصيد لصاحب الكلب خاصة وإن كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فإن أصاب كل كلب صيدا على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وإن أصابا صيدا واحدا فهو بينهما نصفان وإن أصاب أحدهما صيدا فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الأول وإن لم يكن الأول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخناه فهو بينهما نصفان لأن الإرسال إذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك له وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك ه قال وإذا أرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيدا واحدا فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وإن أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه لأنه أخرجه بفعله من أن يكون صيدا وإن أثخناه جميعا فقد تقررت المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصفان ه قال وإن اشتركا لأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لأن كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بأن يؤاجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فإنه لو قال أجر دابتك على أن يكون جميع الأجر لي كان باطلا فكذلك إذا قال على أن يكون نصف الأجر لي وهذا لأن بدل المنفعة يعتبر ببدل العين ولو قال بع

دابته على ان يكون نصف ثمنها لي كان باطلا فكذلك في الاجارة واذا ثبت ان التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو ان التوكيل انما يصح فيما لا يملك الموكل مباشرته قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤاجرها قبل التوكيل فلهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظير العين في انه يتعين في العقد وقد بينا ان الشركة في العروض لا تصح فان اجرا جميعا باجر معلوم في عمل معلوم قسم الاجر بينهما على اجر مثل البغل واجر البعير لان الاجر بدل المنفعة للدابتين واجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما على قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا اجراهما ولو تقبلا حمولة معلومة باجر معلوم ولم يؤاجرا البغل والبعير فالاجر بينهما نصفان لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الاخر اعانه على الحمولة والنقلان كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر في قول ابي يوسف وقال محمد عليه اجر مثله بالغا ما بلغ وهذا والمسئلة الاولى سواء الا ان ليست الشركة في اجارة الدواب باعيانها مثل الشركة في عمل ايديهما بابدانهما حتى اذا اشترك قصاران لاحدهما اداة القصارين وللاخر بيت على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزا لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضمونا على كل واحد منهما والتوكيل في ذلك صحيح فكذلك الشركة وههنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصا بملك منفعة دابته لم يجز الشركة بينهما فيهما ۵ قال ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللاخر اكاف وجوالق على ان يؤاجرا الدابة على ان الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل في مثله لا يصح فان اجر الدابة كان الاجر لصاحبها وللدخيل معه اجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة لان الحمل على الدابة هو المقصود فاما الاكاف والجوالق فتابع للحمل فلا يقابلها شيء من البدل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد اعانه الاخر بنفسه وباداته بحكم عقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ولا يجاوز به نصف اجر الدابة عند ابي يوسف ۵ قال رجل دفع دابته الى رجل يؤاجرها على ان ما اجرها به من شيء فهو نصفان فهذه الشركة فاسدة اعتبارا للعقد الفاسد الوارد على المنفعة بالعقد الوارد على العين ولو دفع الدابة اليه ليبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسدا فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة لان المدفوع اليه وكيله في اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللذي اجرها مثل اجره لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له اجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة في ذلك ۵ قال ولو دفع دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض فان راس مال احدهما عرض وراس مال الاخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان التزايد المعقود عليه بدل ما حمل عليه المعقود عليه ولصاحب الدابة اجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضا عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب اجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة في هذا كالدابة اعتبارا المنفعة العين بالعين ۵ والله اعلم بالصواب ۵

۵ كتاب الصيد ۵

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان الاصطياد مباح بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وادنى درجات صيغة الامر الاباحة قال الله تعالى احل لكم صيد البحر الاية والسنة قوله عليه السلام الصيد لمن اخذه ففي هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا ويستوي ان كان الصيد ماكول اللحم او لا فان اصطياده لتحصيل منفعة جلده او دفع اذاه عن الناس والحيوانات نوعان منها ما لا دم له فلا يحل تناول شيء منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعا وذلك لا يتحقق فيما لا دم له الا ان الجراد والسمك مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان السمك والجراد ودمان الكبد والطحال وما له دم نوعان مستانس ومستوحش فالذي يحل تناوله من المستانس بالاتفاق الانعام الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون وفيما سواها من المستانس نذكره في موضعه والمستوحش نوعان منها صيد البحر فلا يحل تناول شيء منها سوى السمك ومنها

صيد البر فيحل تناولها الا ما له ناب او مخلب لنهي النبي عليه السلام عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والمعنى الخبث فيها فان من طبعها الاختطاف والانتهاب فلا بد من ظهور اثر ذلك في حق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال عليه السلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي والمستخبث حرام بالنص وهو قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات لانها مستخبثة طبعا وانما ابيح لنا اكل الطيبات قال الله تعالى يا ايها الرسل كلوا من الطيبات ما رزقناكم فقد اكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله عليهم حيث قال يا ايها الرسل كلوا من الطيبات الاية ثم شرط التناول فيما يحل منها الذكاة كما قال تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا ان الذبح والتذكية محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان وهذا عندي باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما هو محظور عقلا كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز ان يظن به انه فعل ذلك قط ثم في الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الادمي فيكون ذلك مباحا واليه اشار الله تعالى في قوله هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا والايلام لهذا المقصود فلا يكون محظورا عقلا كالفصد والحجامة وشرب الادوية الكريهة في دفعها والذكاة لغة التوقد والتلهب الذي يحدث في الحيوان بجرح ۵ الالة سميت الشمس ذكاء لشدة الحرارة وسمي الرجل الذي في خاطره حدة ذكيا فبهذا تبين ان اشتراط الذكاة لتطييب اللحم به فانه نوع يصح ولهذا كان المذكى اطيب لحما من الميتة وابعد من التعسر والفساد وقيل الذكاة عبارة عن تسييل الدم النجس فان المحرم في الحيوان الدم المسفوح قال الله تعالى في جملة المحرمات او دما مسفوحا فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطييبا بتمييز الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح في المذبح عند القدرة عليه قال عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين والجرح في اي موضع اصابه عند تعذر الذبح في المذبح كما في الصيود وهذا لان تمام ما يكون من تسييل الدم النجس بالذبح في المذبح ثم يحصل بعد ذلك بالجرح نوع تسييل بحسب الوسع ففي كل موضع يكون الذبح في المذبح مقدورا له لا يثبت الحل الا به وفي كل موضع تعذر يقام الجرح مقامه ثم حل التناول بالاصطياد يختص بشرائط احدها ان يكون ما يصطاد به معلما والثاني ان يكون جارحا قال الله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابها ومخلبها والثاني الكواسب كما قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ويمكن حمله عليهما فنقول الشرط ان يكون من الجوارح الكواسب التي تجرح والثالث الارسال ثبت ذلك بالسنة وهو قوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت الكلب المعلم وذكرت اسم الله فكل وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فلما حرم التناول عند عدم الارسال في احد الكلبين دل ان الارسال شرط ولان الذكاة انما تكون موجبا للحل اذا حصل من الادمي فلا بد من ان يحصل الصيد ما ساعد الادمي ليحصل الحل بفعله وذلك لا يكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما لتحقيق ۵ الارسال فيه والرابع التسمية والخامس امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر يفيد الوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا ان المراد به الارسال والسادس ان يكون الصيد مما يحل تناوله ۵ ويكون ممتنعا متوحشا والسابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدري لعل موته كان بسبب اخر سوى جرح ما ارسله واليه اشار ابن عباس رضي الله عنه بقوله كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء ما توارى عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدري لعله لو تبعه وقع في يده حيا وقدر على ذبحه في المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه يحرم والاصل انه متى اجتمع في الصيد الحل والحرمة ان لا يحل تناوله واليه اشار عليه السلام في قوله لعدي بن حاتم اذا وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما ارسله الصائد ان يكون جارحا فكذلك فيما يرمي به وبدا الكتاب ببيانه فروى عن ابراهيم اذا خزق المعراض فكل واذا لم يخزق فلا تاكل والمعراض سهم لا ريش له وذلك مدور لا يجرح الا ان يكون راسه محددا وقيل سهم لا ريش له فربما يصيب الصيد عرضا فيدق ولا يجرح وهو مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال عليه السلام ما اصاب بحده فخزق فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل والخزق هو الخرق يستعمل فيما لا حياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخزق يستعمل في الحيوان وقد بينا ان الحل باعتبار تسييل الدم وذلك يحصل اذا خزق ولا يحصل اذا دق ولم يخزق بل هو في ذلك بمعنى الموقوذة وهو حرام بالنص وذكر عن رجل قال كانت لبعض الحي نعامة فضربها انسان فوقذها فالقاها على كناسة ومر بها ... لنا سعيد بن جبير فقال ذكوها وكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا ادرك ذكاتها جاز تناولها لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولحصول ما هو المقصود وهو تسييل الدم النجس وهو دليل

اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضي الله عنه انه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان اكل الكلب منه فلا تأكل فانه امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الاكل وبه اخذ علماؤنا قالوا الكلب اذا اكل من الصيد الذي اخذه يحرم تناوله وقال مالك لا يحرم وهو احد قولي الشافعي لحديث ابي ثعلبة الخشني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب كل وان اكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد ولا يخرج به من ان يكون صيدا وتناول شيئا من القديد من لحم الصيد ٥ وحجتنا في ذلك قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وحين اكل منه فقد تبين انه امسك على نفسه لا على صاحبه حين لا يترك له لا يشبع منه واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي بن حاتم فان اكل منه فلا تأكل فانما امسك على نفسه وتاويل حديث ابي ثعلبة الخشني انه كان قبل نزول الاية ثم انتسخ ومراده اذا ولغ في دم الصيد وعندنا ذلك القدر لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار انه نائب عن صاحبه ويتعذر ذلك اذا اكل منه لانه تبين ان سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كما لو انعدم الارسال اصلا ثم ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل ٥ قال وتعليم البازي ان تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ان تضربه حتى يترك الاكل وبه ناخذ وفي احد قولي الشافعي البازي والكلب اذا اكل من الصيد لا يحل لما بينا انه ممسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا من وجهين احدهما ان جثة الكلب تحتمل الضرب فيمكن ان يضرب ليدع الاكل وجثة البازي لا تحتمل الضرب وقد بينا ان التكليف يثبت بحسب الوسع والثاني ان الكلب الوف وعلامة علمه ان ياتي بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه حين اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليل علمه بل يكون علامة علمه ترك الاكل مع حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا اكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب ان يكون معلما والبازي متوحش فاجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الاكل فهو وان اكل منه فلا يتبين به انه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنه في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه قال لا باس باكل الصيد وبه ناخذ ٥ وكان ابن ابي ليلى يقول يحرم بذلك لان دم الصيد جزء منه كلحمه فيتبين بشربه من دمه انه امسك على نفسه ولكنا نقول هذا دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب ما يعلم ان صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنعه منه وامسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان دليل ذلك علمه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه صاحبه لا يحرم تناول الصيد بخلاف ما اذا اكل لحمه وعن ابراهيم في كلب المجوسي وبازيه يصيد به المسلم قال لا باس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب والمرسل مسلم من اهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل وان كان للمجوسي كاصطياده بقوسه وسهمه وعنه في الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصيد معه ٥ قال ولا يؤكل وبه ناخذ لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من شرائط الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد ماخوذ بالكلبين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب الموجب للحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال ان رميت صيدا فتردى من جبل فلا تأكله فاني اخاف ان يكون التردي قتله وان رميت طيرا فوقع في الماء فلا تأكله فاني اخاف ان يكون الغرق قتله وبه ناخذ لما روي عن النبي عليه السلام قال لعدي بن حاتم اذا وقعت رميتك في الماء فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك ولان التردي يوجب الحرمة فان الله تعالى ذكر في جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى الموجب للحل ومعنى الموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وهذا بخلاف ما لو رمى طيرا في الهواء فوقع على الارض ومات فانه يؤكل وان كان من الجائز انه مات بوقوعه على الارض لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوا والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع في الماء والتردي من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوي في ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش في الماء غير مجروح فاما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم من غيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع الى موضع او وقع في ماء لان قطع الحلقوم والاوداج ذكاة مستقرة فانما يحال بالموت عليه دون ما يعرض بعده فان الرمي ليس بذكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد في يد الرامي حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردي من الجبل والوقوع في الماء محرما له وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن شيء كان قومي يصنعونه بالبادية ينصبون الشرك فيصيد وقد سمى الضبع فقال لي وانك ممن ياكل الضبع قلت ما اكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا ابو الدرداء رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذي ناب من السباع فقال ابن المسيب رضي الله عنه صدق وفي هذا دليل ان الضبع غير ماكول وهو مذهبنا وقال الشافعي لا باس باكل الضبع لحديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع

اصيد هو قال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وحجتنا في ذلك الحديث الذي روينا وحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والضبع ذو ناب يقاتل بنابه فلا يؤكل لحمه كالذئب وتاثيره ما ذكرنا انه مستخبث باعتبار ما فيه من القصد للاذى والبلادة فيدخل في جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وحديث جابر رضي الله عنه ان صح فتاويله انه كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول الاية وهذا لان الحرمة ثابتة بما روي من الحظر فيحمل على انه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف في ان الضبع صيد يجب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه ماكول اللحم فاما معنى حديث ابي الدرداء فالمراد بالخطفة ما يختطف بمخلبه من الهوى كالبازي والعقاب والشاهين والنهبة ٥ ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذكر هذين الوصفين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسري الى الآكل هذا الخلق الردي وفي المجثمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما جثم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما جثم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير ماكول ومعنى قوله كل ذي ناب من السباع ما يقصد بنابه ويدفع به فاما اصل الناب يوجد لكل صيد فعرفنا ان المحرم ما بينا وعن ابراهيم قال كانوا يكرهون كل ذي مخلب من الطير وما اكل الجيف وبه ناخذ فان ما ياكل الجيف كالغداف والغراب الابقع مستخبث طبعا فيدخل تحت قوله ويحرم عليهم الخبائث ٥ وعن هشام بن عروة عن ابيه انه سئل عن اكل الغداف قال ومن ياكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهن المحرم في الحل والحرم وذكر الغراب في جملتها والمراد ما ياكل الجيف فاما الغراب الزرعي الذي يلتقط الزرع والحب فهو طيب مباح لانه غير مستخبث طبعا وقد يالف الآدمي كالحمام فهو والعقعق سواء ولا باس باكل العقعق فان كان الغراب بحيث يخلط فياكل الجيف تارة والحب تارة فقد روي عن ابي يوسف انه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة وعن ابي حنيفة انه لا باس باكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا باس باكلها وقد اكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد تخلط ايضا وهذا لان ما ياكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط وعن ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وبه ناخذ وتفسيره ان يبالغ الذابح في الذبح حتى يبلغ السكين النخاع والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة وفي هذا زيادة ايلام غير محتاج اليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث ابي الاشعث الصنعاني ان النبي عليه السلام قال ان الله كتب عليكم الاحسان على كل شيء فاذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة واذا قتلتم فاحسنوا القتلة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان في شيء فكان منهيا عنه وروي كراهة ذلك عن عمر وابن عمر رضي الله عنه حتى قال عمر رضي الله عنه لا تجروا العجماء الى مذبحها برجلها واحدوا الشفرة واسرعوا الممر على الاوداج ولا تنخعوا وعن مكحول رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يسلخ حتى تبرد الشاة وفي هذا دليل على انه لا باس للمرء ان يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم في شيء بخلاف ما قاله جهال المتقشفة وفيه دليل على انه ينبغي للذابح ان يتحرز عن زيادة ايلام غير محتاج اليه ٥ وعن عكرمة رضي الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد اضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي تلاحظه فقال عليه السلام اردت ان تميتها موتات وبه ناخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه وضرب عمر رضي الله عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا قد اخذ اذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدها الى الموت قودا رفيقا وفي رواية كان اخذ سالفها فانما يرحم الله تعالى من عباده الرحماء والمعنى فيه انها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهمت البهائم الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك ان لم يحد الشفرة ولكن الشاة لا تحرم بشيء من هذا لان ما هو المطلوب بالذكاة وهو تسييل الدم النجس منها قد وجد والنهي لمعنى في غير المنهي عنه فلا يكون موجبا للحرمة ٥ وعن رافع بن خديج رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل انه يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها انهار الدم وافراء الاوداج والافراء القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمري والودجان وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى السن والظفر المركب لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانما هو آلة الذبح غير الذابح وانما يحصل انقطاع الاوداج بالقوة لا بحدة الآلة الا ترى انه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح بسن انفسهم وظفر انفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فاما في الذبح بالسن المقلوع والظفر المنزوع والعظم المنفصل اذا كان محددا

بيته وعن عامر قال لا بأس بذبيحة الأخرس إذا كان من أهل الإسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فإن إشارة الأخرس وتحريكه
الشفتين بمنزلة التسمية من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يصير الناطق شارعا بالتكبير ثم الأهلية للذبح بكون
الذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك باعتقاده التوحيد والأخرس معتقد لذلك ثم الحرمة بتعمد الإعراض عن التسمية
ولا يتحقق الإعراض من الأخرس فعذره أبلغ من عذر الناسي وإذا كان بعذر النسيان ينعدم الإعراض فبعذر الخرس أولى وعن علي
رضي الله عنه في الرجل إذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال لا بأس بأكله وعنه أنه قال تلك ذكاة وحية أي سريعة وعن عمر
رضي الله عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فأبانه قال تؤكل وبه نأخذ لأنه أتى بما هو المحتاج إليه وهو قطع الحلقوم
والأوداج وزاد على ذلك إلا أنه إن بدأ بالقطع من قبل الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك في إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لأنه
زيادة إيلام غير محتاج إليه وإن بدأ من قبل القفا فإن قطع الحلقوم والأوداج قبل أن تموت الشاة حلت فإن ماتت قبل أن
يقطع الحلقوم والأوداج لم تؤكل لأن فعل الذكاة يقطع الحلقوم والأوداج عند القدرة فإذا ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا
وذلك موجب للحرمة بخلاف ما إذا ماتت بعد قطع الحلقوم والأوداج وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال الذكاة ما بين
اللبة واللحيين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي عليه السلام والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على
أن أعلى الحلق وأوسطه وأسفله في ذلك سواء لأن الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء وعن إبراهيم قال إذا ذبحت فلا تذكر مع اسم
الله شيئا غيره وهذا نقل عن ابن مسعود جردوا التسمية عند الذبح والأصل فيه قوله تعالى فلا تدعوا مع الله أحدا وإن أهل
الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم الشرع ذلك بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله عند الذبح على الخلوص
مخالفة للمشركين فلا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وإذا أراد أن يدعو فيقول تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل
الذبح أو يؤخره عنه فأما الحال فلا يذكر غير اسم الله وهو تأويل الحديث أن النبي عليه السلام لما ضحى عن أمته قال هذا عمن شهد لنا بالبلاغ
إلى يوم القيمة إنما قال بعد الذبح لا معه وعن رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا من إبل الصدقة ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله
فقال عليه السلام إن لها أوابد كأوابد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه وبه نأخذ فنقول عند
تعذر بيان الاختيار إنما الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح في أي موضع أصابه ومعنى قوله عليه السلام إن لها أوابد كأوابد
الوحش أي نفورا واستيحاشا كما يكون للوحش إلا أن الأغلب من حالها الألف والوحشي أغلب حاله التوحش فإذا صار الوحشي
ألوفا غالبا فقد لنا لألوف إذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بإبل الصدقة ما يوجد في الصدقة أو ما كان يتجر لإطعام
المحتاجين وقد كان ذلك معروفا في عهد النبي عليه السلام والخلفاء وعن عباية بن رفاعة بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا تردى في
بئر المدينة فوجي من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر عشيرا بدرهمين وفي هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر
ذكاة الاختيار وأنه لا فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر بسقوطه في مهوى فإن ابن عمر رضي الله عنه مع زهده
وتقوره رغب في الشراء منه والعشير بتصغير العشير وقد روي عشيرا وهو سواد البطن الأول وعن إبراهيم قال
إذا تردى بعير في بئر لم يقدروا على أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة ففي هذا بيان أن السنة في البعير النحر وفي البقر والغنم
الذبح وبه نطق الكتاب قال الله فصل لربك وانحر وقال تعالى إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم
والمراد الشاة والذي جاء في الحديث نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة ومثل هذا الإضمار مع العطف معلوم
في لسان العرب قال القائل علفتها تبنا وماء باردا أي وسقيتها ماء باردا إلا أن الماء لا يعلف وعن علي رضي الله عنه
قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة ليس بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالأخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا يثبت
الحرمة بكون الآخذ مجوسيا أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الأهلية للمذكي وحيث لم يشترط في الجراد والسمك عرفنا
أن المراد الذكاة فيهما ليس بشرط كما قال عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه
الرجل من الأرض وفيه الميت وغيره قال كله كله فالتكرار في اللفظ الأول للمبالغة والثاني بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ فإن الجراد
وجد ميتا فإنه لا بأس بأكله لأن موته لا بد أن يكون بسبب فإنه بحر الأصل بري المعاش كما قيل إن بيض السمك إذا انحسر عنه الماء
يصير جرادا فإذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله كما إذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته
والدليل على إباحة الجراد ما روي أن مريم رضي الله عنها سألت ربها لحما لا دم له فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعا بأكل الجراد
حتى قال يوما في مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقفة وعن عمير قال خرجت مع وليد لنا فاشترى ساحرة بقفيز

من حنطة توضعنا في زنبيل فخرج رأسها من جانب ورجلها من جانب فمررنا على علي رضي الله عنه فقال لي بكم أحدث فأخبره فقال ما أطيبه
وأرخصه وأوسعه للعيال ففي هذا الحديث دليل أن الجريث مأكول وبه نأخذ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه فإنه سئل
عن الجريث فقال إنما نحن طائرية باسنا فأما أهل الكتاب فيكرهونه والروافض لعنهم الله يأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون
الجريث ويدعون نقول علي مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الجريث من جملة الممسوخات وهذا باطل فإن الممسوخ
لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الجريث نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه ثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال
الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان السمك والجراد وفي هذا دليل أنه لا بأس
للإنسان أن يتكلم مع النساء والإماء بما لا يحتاج إليه فإن هذا ليس من جملة ما لا يعنيه وإنما الذي لا يعني المرء دليل ما ورد النهي عنه
أن يكون فيه مأثم وعن إبراهيم قال ما طيبا ذنابه وهو كذلك وقد قيل أطيب الأشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس أنه
أتاه عبد أسود فقال إني في غنم لأهلي وإني بسبيل الطريق أفأسقي من لبنها بغير إذنهم فقال لا فقال إني أرمي الصيد فأصمي وأنمي قال
كل ما أصميت ودع ما أنميت قال أبو يوسف ومحمد الإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وبه نأخذ إلا أن المراد به إذا توارى
عنه وقعد في طلبه فأما إذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل أنه ليس
للراعي أن يسقي من لبن الغنم بغير إذن أهلها فإن ابن عباس رضي الله عنه نهاه عن ذلك وهذا لأن الراعي أمين في الحفظ والسقي
من لبنها بمنزلة هبة عنها لا يجوز ذلك بدون إذن أهلها والذي جاء في الحديث أن النبي عليه السلام مر براعي الغنم فاستسقاه اللبن
تأويله أن ذلك الراعي كان يرعى غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه في ذلك وقد عرف ذلك رسول الله ألا ترى إلى قوله عليه السلام
لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه وعن موسى بن طلحة أن أعرابيا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرنبا مشويا
قال لأصحابه كلوا فقال الأعرابي إني رأيت دما فقال رسول الله ليس بشيء وقال للأعرابي ادن فكل فقال إني صائم فقال صوم ماذا فقال
صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الأرنب مأكول فقد قبل رسول الله الهدية وأكل منه وأمر
أصحابه رضي الله عنهم بذلك وقول الأعرابي إني رأيت دما مراده ما يقوله أهل العرب أن الأرنب تحيض كالنساء فبين رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشيء وفيه دليل أنه لا بأس للمهدي أن يأكل من هديته فإن النبي عليه السلام دعاه إلى الأكل وإنما بعث
ليتمم مكارم الأخلاق فما كان يدعو أحدا إلى ما يخالف ذلك وفيه دليل أن من دعي إلى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول إني
صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال عليه السلام صوم ماذا فقال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يحثهم على ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر وفيه دليل على
أن الأفضل أن يكون صومه في أيام البيض لقوله فهلا جعلتها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند
بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في لياليها من أول الليل إلى آخر الليل فكان الليل يستوي
بالنهار في البياض وقيل لما روي أن آدم صلوات الله عليه لما أهبط إلى الأرض تغير لونه اغبر جسده فصام الرابع عشر فابيض ثلث
جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد إلى اللون الأول فسميت هذه الأيام بيضا لذلك
وعن عائشة أنه أهدي لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال عليه السلام
أتطعمين ما لا تأكلين وبه نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي يحل لحديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام سئل عن
الضب قال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنه قال أكل الضب على مائدة
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه كان ينظر إليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة فيه يتبين أن
امتناع رسول الله من أكله لحرمته لا لأنه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن كراهة الأكل للحرمة لأمرها بالتصدق
به كما أمر به في شاة الأنصار بقوله أطعموه الأسارى والحديث الذي فيه دليل الإباحة يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة والأصل أنه
متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر وقال بعض المتأخرين حرمة الضب لأنه من المسوخ
على ما روي أن فريقين من عصاة بني إسرائيل أخذ أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنازير
ويروى بهذا المعنى أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور وقد بينا أن الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن
ليس بممسوخ وإن مسخ قوم من جنسه ولكنه من الخبائث وهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل تحت قوله ويحرم عليهم الخبائث
لكونه مستخبثا طبعا كسائر الهوام وعن عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم خيبر حمرا أهلية فذبحناها وإن القدور لتغلي بها

فقال عليه السلام اكفؤها بما فيها ونهى عن اكلها فقلنا بينا انما حرمها لانها نهبة لم تخمس قال فلقيت سعيد بن جبير رضي الله عنه فذكرت له فقال بل حرمها البتة وبه ناخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلي وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك وقد روي ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية   وعن طاوس قال قلت لجابر بن زيد انهم يزعمون ان لحم الحمار الاهلي حرام فقال كان الحكم بن عمرو يقول ذلك عندنا بالبصرة فابى ذلك البحر يعني ابن عباس رضي الله عنه وفي حديث ابجر بن غالب رضي الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لي من مالي الا حمرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك فانما نهيتكم عن جوال القرية واعتبروا الحمار الاهلي بالوحشي فانه ماكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه ماكول فالاهلي من جنسه ماكول كالابل والبقر وما لا يكون اهليه ماكولا كالكلب والسنور   وحجتنا في ذلك ما روينا من الحديث فنه تبين انه ما كان نهيهم يوم خيبر لقلة الظهر لانه امر بالقاء القدور وبعد ما صار لحما لا ينتفع منفعة الظهر ولا حرمها لانها نهبة لم تخمس لان ما كان ماكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف ولا حرمها لانها جوال القرية ماخوذ من الجلالة يتناول الجيف كالجلالة فانه خص الحمر الاهلية بذلك وفي هذا المعنى الحمار الاهلي وغيره سواء فعرفنا انه حرمها البتة وقد روي انه امر ابا طلحة رضي الله عنه فنادى الا ان الله تعالى ورسوله ينهاكم عن لحوم الحمر الانسية فانها رجس   وروى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا فتوى ابن عباس رضي الله عنه في اباحة المتعة فقال له نهى رسول الله عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن يوم خيبر فترجح الاثار الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث ابجر فانه يعني بقوله عليه السلام كل من سمين مالك الذي تبيعه وتستنفق ثمنه فقد يقال فلان اكل عقاره والمراد هذا وقال القايل

ان لنا احمرة عجافا   ياكلن كل ليلة اكافا

والمراد ثمن الاكاف وما نقلوا عن ابن عباس رضي الله عنه لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه انه حرم الخيل والبغال والحمير واستدل لذلك بالاية لتركبوها وزينة على ما نبين ه وعايشة رضي الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله في لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا يكون دليل الحل وقد صح في الاثار ان النبي عليه السلام اباح تناول الحمار الوحشي كما روي ان اعرابيا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا عقيرا او رجل حمار وحشي فامر ابا بكر رضي الله عنه ان يقسمه بين الرفاق ثم كما ورد الحديث بالامر باكفاء القدور في لحم الحمار فقد ورد مثله في الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله في سفر فاصابتنا مجاعة ونزلنا في ارض كثيرة الضباب فاخذناها وان القدور لتغلي بها فامرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باكفاء القدور ومعلوم ان تضييع المال لا يحل فعرفنا ان الامر باكفاء القدور في الموضعين للحرمة وعن انس بن مالك رضي الله عنه قال اكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم   وعن الحارث قال كنا اذا نتجت فرس احدنا ملوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر فكتب الينا ان لا تفعلوا فان في الامر تراخ وبهذين الحديثين يستدل من رخص لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي فاما ابو حنيفة رحمه الله كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على ان الكراهة فيه للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء في لحم الحمير فاما انا فلا يعجبني اكله وما قال في الجامع الصغير اكره لحم الخيل يدل على انه كراهة التحريم فقد روي ان ابا يوسف قال لابي حنيفة رحمهما الله اذا قلت في شيء كراهة فما رايك قال التحريم ثم من اباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحوم الخيل في الاسواق من غير نكير ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا انه ماكول كالانعام وان ورد فيه نهي فلان الخيل كان قليلا فيهم وكانوا يحتاجون اليه في الحرب فلهذا نهاهم عن اكله لا للحرمة   حجة ابي حنيفة في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها الاية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب والزينة في الخيل ولو كان ماكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك اعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دونه الا ترى انه في الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تاكلون ولانه ضم الخيل الى البغال والحمير   وفي حديث المقدام بن معدي كرب ان النبي عليه السلام قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل وقد بينا ان الدليل الموجب للحرمة يترجح فان ما كان من الرخصة يحمل على انه كان في الابتداء قبل النهي ولان نتاجه غير ماكول وهو البغل فان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمها حكم الحل والحرمة فاذا لم يكن ماكولا عرفنا ان الخيل ليس بماكول ثم الخيل تشبه البغال والحمير من حيث انه ذو حافر اهلي بخلاف الانعام فانها ذو خف لا ذو حافر   وقد روى الحسن عن ابي حنيفة

الكراهة

الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وانما جعل بوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فالبلوى تاثير في تخفيف حكم النجاسة ومن قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالادمي من وجه من حيث انه يحصل ارهاب العدو به ويستحق السهم من الغنيمة والادمي غير ماكول لكرامته لا لنجاسته والخيل كذلك كره اكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهر السؤر وجعل بوله كبول ما يؤكل لحمه   وعن ابراهيم قال لا باس بثمن كلب الصيد وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه ناخذ فنقول بيع الكلب المعلم يجوز وعلى قول الشافعي بيع الكلب لا يجوز اصلا معلما كان او غير معلم لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كان متقوما لما امر بذلك ولان الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير والدليل عليه انه لو يحل البيع لم يفترق الحال بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبازي   وحجتنا في ذلك ما رواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهي فالحديث فيه تبين انتساخ ما روي من النهي وهذا لانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرب والماشية   وقد جاء في حديث عبد الله بن عمرو ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب الصيد والحرث والماشية   وروي انه قضى في كلب الصيد باربعين درهما وفي كلب الحرث بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها   وعن عثمان رضي الله عنه انه قضى على رجل اتلف كلبا لامراة بعشرين بعيرا والحديث له قصة معروفة ولما ثبت انه مال متقوم وهو منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا انه يحل الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تمليكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تمليكه بالعوض ايضا وبهذا تبين انه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تمليكه قصدا بالهبة والوصية ثم الصحيح من المذهب ان المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لو باع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فاما الذي لا يجوز بيعه العقور منه الذي لا يقبل التعليم لانه عين مؤذي لا ينتفع به فلا يكون متقوما كالذئب وهكذا نقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم على كل حال يجوز بيعه لذلك   وعن جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكلب والسنور وقال ابو يوسف ينقض هذا الحديث في السنور حديث النبي عليه السلام انه كان يصغي الاناء للهرة ليشرب منه ثم يتوضا وهذا دليل انها ليست بنجسة وقد نص على ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت يحمل على انه كان في الابتداء

قال   وصيد الكلب المعلم وما اشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم والكتابي ويسمي عليه فياخذه ويقتله جارحا وانما يشترط ان يكون المرسل مسلما او كتابيا لان الاصطياد في كونه سببا للحل كالذبح والاهلية في الذبح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصا لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وانما يتحقق ذلك ممن يعتقد توحيده ويظهر ذلك وهو مسلم او كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فلا تحل ذبيحة المجوسي وصيده   قال   وان ترك التسمية عامدا حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعي والمسلم والكتابي في ذلك سواء وان ترك ناسيا لم يحرم عندنا وقال مالك واصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضي الله عنه   وكان علي وابن عباس رضي الله عنهما يفصلان بين الناسي والعامد كما هو مذهبنا فقد كانوا مجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا وانما يختلفون اذا تركها ناسيا وكفى باجماعهم حجة ولهذا قال ابو يوسف متروك التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فاما الشافعي استدل بحديث البراء بن عازب وابي هريرة ان النبي عليه السلام قال المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد اظهر منه في حالة النسيان   ولما سئل ابن عباس رضي الله عنه عن متروك التسمية ناسيا قال يحل تسميته ملته وفي مقام المسلم مقام التسمية لا فرق بين النسيان والعمد   وسالت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب ياتوننا بلحوم فلا ندري اسموا او لم يسموا فقال عليه السلام سموا انتم وكلوا فلو كانت التسمية من شرائط الحل لما امرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مامورا به كما في المامورات لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والاوداج وكالتكبير والقراءة في الصلوة انما يقع الفرق في المزجورات كالاكل في الصوم

في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون معتقدا منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا او عامدا لا يكون مؤتمرا ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندبا كالاحتراز بالطبخ والخبز فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية ندب وليس بحتم فهذا هو طريق اليه اولى والدليل عليه انه يحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حل ذبائحهم لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانما يريدون غير الله وهو ما يعتقدونه معبودا لهم لان النصارى يقولون المسيح ابن الله وعزير ابن الله ولد

وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهي يقتضي التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه والهاء في قوله وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق اكل الحرام وان كان كناية عن المذبوح فالمذبوح الذي يسمى في الشرع فسقا يكون حراما كما قال الله تعالى او فسقا اهل لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصفه دليل على ان ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليس لعدم ذكر الله تعالى حتى انه وان ذكر اسم الله تعالى لم يحل وقال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف يعني عند النحر ثم قال فاذا وجبت جنوبها اي سقطت وقال ابن عباس في تفسير الآية ذكر اسم الله تعالى ان يقول مع الطعن بسم الله والله اكبر وقال تعالى فكلوا مما امسكن عليكم الآية والمراد التسمية فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر للوجوب وهي من شرائط الحل ثبت بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف على الشرط شرط واكد ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم الله على كلب غيره نفسه وشيء من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابي تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق يعقل معناه بالرأي سوى ان من يدعي التوحيد يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص ومن يدعي الاثنين لا يصح منه تسمية الله على الخلوص فيه يتبين ان التسمية من شرائط الحل وانما امرنا بنا الحكم في حق اهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون الا ترى ان تسمية غير الله تعالى على سبيل التعظيم موجب للحرمة لقوله تعالى وما اهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما يضمرون لم تحل ذبيحتهم ولذلك يستحلفون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله تعالى لا يحل فعرفنا انه يبنى على ما يظهرون ثم انا امرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لانهم كانوا يسمون الهتهم عند الذبح فمخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة ايضا بخلاف الطبخ والاكل فانهم ما كانوا يسمون الهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب وكذا عند الوضوء فالامر بالتسمية عند الوضوء لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا الا ان في حال النسيان تقام الملة مقام التسمية كما قال ابن عباس لمعنى التخفيف وهذا التخفيف يستحقه الناسي دون العامد ولان العامد معرض عن التسمية فلا يجوز ان يحل مسميا حكما بخلاف الناسي فانه غير معرض بل هو معذور والفرق بين المعذور وغير المعذور اصل في الشرع في الذبح وغير الذبح الا ترى ان في اعتبار الذبح في المذبح يفصل بين المعذور وغيره وفي الاكل في الصوم يفصل بين العامد والناسي ولا معتبر بالمأمور والمزجور فالاكل في الصلاة منهي وثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع في الاحرام كذلك ولكن هناك اقترن بحاله ما يذكره كهيئة المحرمين والمصلين فلا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحاله ما يذكره وقد يذبح الانسان الطير وقلبه مشغول بشغل آخر فيترك التسمية ناسيا وعليه يحمل الحديث انه اذا ذبح على اسم الله تعالى اذا كان ناسيا غير معرض بدليل انه ذكر في بعض الروايات وان تعمد لم يحل وحديث عائشة رضي الله عنها دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية فذلك دليل على انه كان معروفا عندهم ان التسمية من شرائط الحل وانما امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاكل بناء على الظاهر ان المسلم لا يدع التسمية عمدا كمن اشترى لحما في سوق المسلمين يباح له التناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم انه ذبيحة مجوسي ثم التسمية في الذبح يشترط عند القطع وفي الاصطياد عند الارسال والرمي لان التكليف بحسب الوسع وفي وسعه التسمية عند الرمي وليس في وسعه التسمية عند الاصابة فقام التسمية عند الرمي والارسال مقامه كما يقام الجرح في المتوحش مقام الذبح في المذبح في الاهلي ولان التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطياد فعله الارسال والرمي وعلى هذا لو اضجع شاة واخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة اخرى وترك التسمية عليها لا تحل ولو رمى سهما الى صيد وسمى فاصاب صيدا آخر واخذ سكينا وسمى ثم تركه واخذ سكينا آخر وارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد واخذ غيره وكذلك لو ذبح تلك الشاة ثم ذبح اخرى بعدها وظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والتسمية اذا

530 ذلك الصيد وغيره او اخذ الكلب في فوره ذلك الصيد وغيره حل الاكل وجهله ليس نظير النسيان الا ترى ان الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم فاخذ السكين وسمى ثم اخذ شاة منها فذبحها بتلك التسمية لا تحل ولو ارسل كلبه على جماعة من الصيود وسمى فاخذ احدها حل لان التعيين في الاصطياد ليس في وسعه والتعيين في الذبح في وسعه

قال ولو ارسل كلبه ولم يسم عمدا ثم زجره وسمى فانزجر واخذ الصيد لم يحل لان ارساله مع ترك التسمية عمدا فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فانزجر بزجره واخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلا معتبرا فان فعل البهائم غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال الآدمي فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقام التسمية به وعلى هذا الاصل اذا ارسل المسلم كلبه على صيد فزجره مجوسي فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا ينقطع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسي هو الذي ارسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسي محرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فاما اذا انبعث الكلب والبازي على اثر الصيد بغير ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجره ففي القياس لا يحل ايضا لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكون في يده حين زجره وهو دون الارسال لا يحل صيد الكلب ولكنه استحسن فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصيد في يده يبتلي بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على اثره ثم ينظر الى صاحبه لينزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من اخذه ثم اتباعه لم يكن فعلا معتبرا فالحاجة الى ابتداء الفعل لا الى نسخ الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الى نسخ فعل معتبر والزجر لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئرا في الطريق والقى انسان حجرا على شفيرها فتعثر انسان بالحجر حتى هوى في البئر فالضمان على الملقي ومثله لو نحى حجرا من سقف او جاء بسيل فتعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان على الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر ينسخ حكم فعله بخلاف الاول

قال واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه اثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه لا يستطاع الامتناع منه خصوصا في الغياض والمساحة الطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريبا من الليل طلبه فوجد الصيد ميتا والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدري الكلب جرحه او غيره لم يحل اكله عندنا وقال الشافعي لا يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارساله الكلب والبازي او الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا له ولكنا نستدل بما روي ان رجلا اهدى الى النبي عليه السلام صيدا فقال عليه السلام من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مرماي فقال عليه السلام لا ادري لعل بعض الهوام اعانك على قتله فلا حاجة لي فيه وقال ابن عباس رضي الله عنه كل ما اصميت ودع ما انميت والانماء التواري عن بصرك الا ان قدر ما لا يستطاع الامتناع به جعل عفوا فاما ترك الطلب ما يستطاع الامتناع منه والثابت بالضرورة لا يعدو مواضع الضرورة ثم في الموت العقيب يوهم اصابة آفة اخرى اياه ولا يوهم ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري لعله لم يترك الطلب وجده حيا فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركا ذكوة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجد وفيه جراحة اخرى ليس له ان يأكله ترك الطلب او لم يترك لانه ظهر لموته سببان احدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة كما لو وقعت الرمية في الماء

قال واذا ارسل كلبه او بازيه على صيد فاخذ ذلك الصيد او اخذ غيره او اخذ عددا من الصيود فهذا اكله حلال ما دام في وجه ارساله لان الارسال قد صح من المسلم موجبا للحل فما اخذه في وجه ارساله فهو ممسك له على صاحبه وتعيين الصيد في الارسال ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر فانه كان يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن ابي ليلى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك واخذ غيره لا يحل ولكنا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذه وهو الارسال فاما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه تعليم البازي والكلب على وجه لا ياخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده الى اخذ كل صيد يتمكن من اخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء اخذ ذلك الصيد او غيره حل

قال فان قيل واحدا ثم جثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فاخذه لم يؤكل لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلا وقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل فان قيل كيف يكون فعله ناسخا الارسال صاحبه

قلنا انما حمل ذلك الصيد تبنى على ارسال صاحبه لياتيه فاخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع ان فعل البهائم معتبر في نسخ حكم فعل الآدمي كمن ارسل دابة في الطريق فترك سنن الارسال وذهب يمنة او يسرة فاتلفت شيئا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهب على سنن الارسال قال وان وصل اليه صاحبه والصيد حي فاخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل اما اذا امكن من ذبحه فلا اشكال فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه واما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حين لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يحل استحسانا وهو قول الشافعي لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء بعينه وبين الماء سبع او عدو وهنا لم يقدر على الاصل لضيق الوقت فيبقى ذكاة الاضطرار موجبة للحل ولكنا نقول ذكاة الاضطرار انما يعتبر فيما اذا لم يقع في يده حيا وهنا قد وقع في يده حيا فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه والتحق بما كان في يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت حتى مات لم يحل فهذا مثله وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه حيا مع الجرح الذي جرحه الكلب فاما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يده حيا فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطرب ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاوداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد فاما عند ابي حنيفة لا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حيا وموته مما اصابه وحياته موهوم فانما يبني الحكم على ما هو معلوم حقيقة وهو وقوعه حيا في يده فلا يحل بدون ذكاة الاختيار قال والكلب الكردي والاسود في الاصطياد به اذا كان معلما كغيره لقوله تعالى مكلبين تعلمونهن وانما اورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ما اصطاد بالكلاب السود المسترخية الآذان وليس ذلك معتبر عندنا وكذلك علم شيئا من السباع حتى جعل يصيد به مثل عناق الارض وغيره فلا باس بصيده لانه يرسل معلما فيمسك الصيد على صاحبه قال واذا اكمن الفهد في ارساله حتى يستمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم اكله لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد انه يكمن ولا يعدو على اثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه يحقق ما قصده صاحبه بالارسال فاذا كان مقرا على ما اعتقده النحي بما لو كان عليه في الاصل ولو تمجس يهودي او نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الاصل قال فان كان غلام احد ابويه نصراني والآخر مجوسي وهو يعقل الذبح يؤكل ذبيحته وصيده عندنا وقال الشافعي لا يؤكل لانه تابع لابويه واعتبار جانب احدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيعتبر الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسي في الاصطياد او الذبح وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكرا واما كفورا فقد جعل الناقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما على التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه ولان احد الابوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تابعا له كما اذا كان احدهما مسلما والآخر مجوسيا وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت بالمجوسية شر فكان اتباع الولد الكتابي منهما انفع له وانما يترجح الموجب للحظر عند المساواة وقد انعدم المساواة هنا فجعلنا الولد تبعا للكتابي منهما فاما ذبيحة الصابي وصيده يحل عند ابي حنيفة ويكره وعند ابي يوسف ومحمد لا يحل وذكر الكرخي انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤون الزبور فهم صنف من النصارى فانما اجاب ابو حنيفة على ذبائح هؤلاء ومنهم من ينكر النبوات والكتب اصلا وانما يعبدون الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان فانما اجاب ابو يوسف ومحمد في حق هؤلاء قال الشيخ الامام رضي الله عنه ذكر الكرخي عندي نظر فان اهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه السلام وانما يقرون بادريس عليه السلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند ابي حنيفة انهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كما يستقبل المؤمنون القبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند ابي يوسف ومحمد انهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقاهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يستحبون اظهار الاعتقاد البتة وما اختاره ابو يوسف ومحمد اولى لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة قال ولا يؤكل السمك الطافي واستدل بقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وليس الطعام من السمك ما يؤخذ منه ميتا وقال عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث ابان بن ابي عياش ان النبي عليه السلام سئل عن اكل الطافي من السمك فلم ير به باسا واعتمد السمك بالبحر ودجلة انه لا يشترط فيه الذكاة فيستوي موته بسبب وبغير سبب وحجتنا في ذلك حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال ما انحسر عنه

الماء فكل وما طفا فلا تأكل ولا يقال هذا نهي اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص الطافي وغيره سواء وهذا لان الاسكبار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما حين قال علي رضي الله عنه للسماكين لا تبيعوا الطافي في اسواقنا وقال ابن عباس رضي الله عنه اكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما بينا انه يحيى الاصل في المعاش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وان مات في البر فقد مات في غير موضع اصله وذلك سبب هلاكه فروايته انه لو مات السمك بسبب وقد بينا ان الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ثم جميع انواع السمك حلال الجريث والمارماهي وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل ما سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعي يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن ابي ليلى قال لا باس بصيد البحر كله وقيل الصحيح من مذهب ابن ابي ليلى ان ما يؤكل جنسه من صيد البر واستدل الشافعي بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين سائر صيد الماء وميتتها وفي حديث ابي سعيد الخدري قال كنا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فاصابتنا مجاعة فالقى البحر لنا دابة يقال لها عنبر فاكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فقال عليه السلام هل بقي عندكم شيء منه تطعموني وحجتنا في ذلك قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولم يفصل بين البري والبحري وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فاذا ثبت بهذا الحديث ان الضفدع لا يستخبث غير ماكول فيقاس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه امر قبيح فانه لا يجد بدا من ان يقول يؤكل انسان الماء وهذا شنيع عرفنا ان الماكول من الماء السمك فقط وان المراد من قوله احل لكم صيد البحر وطعامه ما يوجد منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث ابي سعيد فالقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسمك وتاول الرواية الاخرى انه جوز لهم التناول لضرورة المجاعة او كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا في اباحة السمك ان ما مات منه بسبب فهو حلال كالماخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير ماكول كالطافي فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا باس باكله لوجود السبب وكذلك ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لياكله فمات منه وذلك معلوم فلا باس باكله وكذلك لو ربطها في الماء فماتت فهذا كله سبب لموتها فهو في معنى ما انحسر عنه وقال عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذا لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت فاما اذا ماتت بحر الماء او برده ففيه روايتان في احدى الروايتين يؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا يؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وروى هشام عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان راسه في الماء لا يؤكل وان كان الماء انحسر عن راسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل قال واذا ارسل البازي المعلم على صيد فاخذه وقتله فلا باس باكله لان هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه ولان من عادة البازي هذا ان يقع على شيء فيتطلع الى الصيد المناسب من الجانب الذي يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الارسال قال واذا اصاب السهم الصيد فاثخنه حتى لا يستطيع ان يتحامل فرماه بسهم آخر فقتله لم يحل اكله لان هذا قد صار اهليا فقد عجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فمن كونه بعد ذلك في الذبح في المذبح لا بالرمي بل الرمي في مثله يوجب الحرمة ولان الجانبه ايام وهذا لو اثخنه احدهما واخذه الآخر فهو للاول ولو اخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك اذا اثخنه وان رمى بالسهم الثاني غيره فقتله لم يحل ايضا لما بينا ويضمن قيمته مجروحا للاول في قول ابي يوسف ومحمد وذكر ابو حنيفة في هذا لا خلاف بينهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول ابي يوسف ومحمد وهذا لان الفعل من الاول موجب الملك له والحل كالثاني بفعله اتلف صيدا مملوكا للاول فيضمن قيمته بالصفة التي اتلفه وانما اتلفه مجروحا بالجرح الاول وان علم انه مات من الجراحتين جميعا فانه يضمن نصف قيمته مجروحا بالجرح الاول وان نصف قيمته لحما ذكيا لان النصف مات بفعله والنصف بفعل الاول لان الثاني افسد عليه اللحم في ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحما ذكيا وان اصابه رمية الثاني قبل ان يصيبه الاول لم يحرم اكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثاني لم يخرجه من ان يكون صيدا فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئا وان كان الصيد يتحامل ويطير مع اصابته من رمية الاول فرماه الآخر فقتله فهو للثاني حلال لانه هو الذي اخرجه من ان يكون صيدا بفعله والاول كالمثير له والثاني كالآخذ والصيد لمن اخذه لا لمن اثاره وان رمياه جميعا معا او احدهما بعد صاحبه قبل ان يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعا حلال لان كل واحد

مهما رمى الى الصيد مباح واصابه الرميتان معا فقد استويا في سبب الملك وذلك يوجب المساواة في الملك ويحل كل واحد منهما مذكي
للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه ثم اصابه السهم الاخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا
وقال زفر لا يحل لان الرمية من الثاني اصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي فهذا لا يحل اكله ولكنا نقول
فعل كل واحد منهما يوجب الحل لانه رمى الى الصيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لان الحل بالذكوة وهو فعل المذكي وفعله الرمي
فاما في الملك المعتبر وقت الاصابة لان الملك يثبت بالاحراز والاحراز للصيد بالاصابة دون الرمي وعلى هذا لو رمى الى الصيد
وسمى فكسر الصيد ثم اصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن اخذ صيدا او فرخ صيد من ارض رجل او ارضه فهو له
لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد بكونه في ملكه لانه ما قربه ليتركه
بل لينتفع به بخلاف النحل العسال اذا عسلت في ارض رجل فهو لصاحب الارض لانها القت ذلك للترك والقرار في ذلك الموضع فهو
بمنزلة طين يجتمع في ارض رجل من السيل يكون له قال ما لم يحرزه صاحب الدار بالقبض عليه او اغلاق باب ليحرزه به
بحيث يقدر على اخذه يعني صيدا فاذا فعل ذلك فقد تم احرازه بالاخذ انما اخذ صيدا مملوكا فعليه رده على مالكه كمن نصب
شبكة فوقع فيها صيد ثم اخذه انسان فعليه رده على صاحب الشبكة ولو تكسر صيد في ارض انسان فصار بحيث لا يستطيع
براحا او رمى صيدا فوقع في ارض رجل لا يقدر على براحه فاخذه رجل فهو للذي اخذه لان الاحراز وجد من الاخذ ولم يوجد
من جهة صاحب الملك احرازه وان عجز الصيد عن الطيران بما اصابه والمباح انما يملك بالاحراز وكل من اصطاد سمكا
من نهر جاري لرجل فهو للذي اخذه لان صاحب النهر ما صار له محرزا بل هو صيد في نهره فالمحرز له من اصطاده وكذلك ان كان
اجمة لا يقدر على اخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الاجمة ما صار محرزا لما حصل فيها من السمك انما المحرز الاخذ فان كان
صاحب الاجمة ما صار محرزا احتال لذلك حتى اخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب الاجمة لانه صار محرزا له بما صنع فالسمك على
النشر لا يكون صيدا فاذا صار بفعله بحيث يتمكن من اخذه من غير صيد فهو محرز له قال واذا عجز المسلم عن مد قوسه
فاعانه مجوسي على مده لم يحل الصيد لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسي من جنس فعل المسلم فيتحقق المشاركة
بينهما كما لو اخذ مجوسي بيد المسلم فذبح والسكين في يد المسلم قال واذا اصاب السهم الصيد فوقع على الارض فمات حل اكله
استحسانا وفي القياس لا يحل لجواز ان يكون مات بوقوعه على الارض فمات حل ووجه الاستحسان ان هذا مما لا يستطاع
الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى في الهواء ولا يسقط وان وقع في ماء او على جبل ثم وقع منه على الارض
ومات لم يؤكل وفي الوقوع في الماء اثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدي
بن حاتم وقد بينا ولان من الجائز ان التردي قتله وقد قال الله تعالى في جملة المحرمات والمتردية وكذلك لما اصابه قبل ان
يستقر على مكانه الذي يموت عليه يعني وقع على شجرة ثم وقع منها على الارض او وقع على سطح ثم وقع منه على الارض او وقع على سطح
وان مات على ذلك الشي ولم يقع منه على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه في الماء ثم وقع في الماء لان التردي
والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكوة ولم يكن سببا لموته وان وقع على الجبل فمات او على السطح فمات حل لان الموضع الذي
وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا ان ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفوا وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقبل فان
كان مما يقبل مثل حد الرمح والقصبة المنصوبة وحد الاجر واللبنة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو معنى اخر
سوى فعل الذكوة يستطاع الامتناع منه في الاصل قال وان وقع على اجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض
ويؤكل وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنها فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده مما ذكر في المنتقى
اذا اصابه بحد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكوة ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الاجرة الا
ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال وان رمى صيدا فمر السهم في سننه فاصاب
ذلك الصيد او غيره او اصابه ونفذ الى غيره فاصابه حل جميع ذلك لما بينا ان فعل الرمي يذكي لما يصيبه في سننه سوا اصاب
صيدا او صيدين وان عرض السهم ريح فرده الى ورائه فاصاب صيدا لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرمي بل بقوة الريح
فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضرب به على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكوة للصيد وكذلك ان رده حائط او شجرة
حتى اذا اصاب صيدا لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي في سننه فهو مضاف الى قوة الرامي فاما اذا رده
الريح يمنة او يسرة فمضى مضافا الى الريح لا الى الرامي فما دام يمضي في سننه فالريح يزيده في قوته فلا ينقطع به حكم اصابة العقر الى

الرامي وعن ابي يوسف قال وان رده يمنة او يسرة يحل ايضا لانه ليس يصد للجهة التي قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان
يصطاد في يوم ريح وكذلك لو اصاب السهم حائطا او شجرا او شيئا اخر فرده فهو ورد الريح سوا في جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ذلك
بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرامي وكذلك لو اصابه سهم اخر قبل ان يصيب الصيد فرده عن وجهه فاصاب صيدا لم يؤكل
وتاويل هذا اذا كان الرامي للسهم الثاني مجوسيا او لم يكن قصده الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين ان
يصيبه سهم فيرده عن سمته وبين ان يرد سهمه سهما اخر فيصيبه وقيل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامي وجرح الالة والسهم الذي
رمى به الثاني ما جرح الصيد والذي جرح الصيد ما رماه الثاني ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة ما لو اصاب السهم
قصبة محددة منصوبة في حائط واصاب تلك القصبة الصيد بحدها فجرح وذلك غير ماكول فهذا مثله قال ولا يحل صيد البندقة
والحجر والمعراض والعصا وما اشبه ذلك وان جرح لانه لا يخرق الا ان يكون شيئا من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وامكن ان يرمى به
فاذا كان كذلك وخرقه بحده حل لما بينا ان المطلوب بالذكوة تسيل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فاما الجرح الذي
يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسيل الدم به فهو في معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص ففعل الحديد وغير الحديد
في ذلك سوا وكذلك لو رمى الصيد بالسكين فاصابه بحده وجرحه يؤكل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السكين لم يؤكل
والمرداق كالسهم لانه يخرق ويعمل في تسيل الدم ما يعمل السهم وان حدد مروة فذبح بها صيدا لحصول تسيل الدم بجرح الالة وفيه
حديث محمد بن صفوان او صفوان بن محمد قال اخذت ارنبين فذبحتهما بمروة محددة ثم سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجوز لي اكلها قال وما توحش من الاهليات حل بما يحل به الصيد من الرمي لما بينا من الحديث ان لها اوابد كاوابد الوحش وقد روي
عن محمد في البعير والبقرة اذا ند في المصر او خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه فيصيب له فيخاف فوته وان كان
في المصر وخارج المصر فرماه انسان فاما الشاة اذا ندت في المصر لا يحل بالرمي لانه يمكن اخذها في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكوة
الاختيار واذا ندت خارج المصر يحل بالرمي لانه لا يقدر عليها خارج المصر والعجز عن ذكوة الاختيار قد تحقق وكذلك في المتردي في البير
يكتفى فيها بذكوة الاضطرار قال وان اصاب السهم الظلف او القرن فقتله حل به ايضا اما اذا ادماه وخلصت الرمية الى اللحم
لان ما هو المقصود وهو تسيل الدم قد حصل وكذلك المتردي في بير لا يقدر على ذبحه فاسماه حيث كان ادماه فهو ذكوة
لان المعتبر وقوع العجز عن ذكوة الاختيار وقد تحقق ذلك في المتردي في البير فهو وما ند سوا قال وان رمى صيدا بسيف
فابان منه عضوا ومات اكل الصيد كله الا ما ابانه منه لقوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ومراد رسول الله صلى الله
عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه في الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض الالية من الشاة وربما يقطعون بعض لحم العجز منها فياكلو
فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكوة لا يتحقق في المبان مقصودا او اصل الشاة حية وبدون الذكوة لا يثبت
الذكوة الحل وهذا المعنى موجود هنا لحكم الذكوة استقر في الصيد بعد ما مات وذلك العضو مبان منه حين مات فلا يسري
حكم الذكوة الى ذلك العضو لا يمكن اثبات حكم الذكوة في ذلك العضو مقصودا بالابانة كما لو بقي الصيد حيا فلهذا لا يؤكل
ذلك العضو ولا ان لم يكن بان ذلك العضو منه اكل كله لان ببقاء الاتصال يسري حكم الذكوة الى ذلك العضو فيكون حلالا
كغيره وان كان يتعلق منه بجلده فان كان بمنزلة ما قد بان منه لم يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم ايصاله بعلاج
فهو والمبان سوا وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا خارج وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه بنصفين يؤكل كله لان فعله اتم
ما يكون من الذكوة اذ لا يتوهم بقاؤه حيا بعد ما قطعه بنصفين طولا وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فابانه فانه يؤكل
الثلثان الذي مما يلي الراس ولا يؤكل الثلث الذي الى العجز وان قطع الثلث مما يلي الراس فابانه فانه يؤكل لان ما بين النصف
الى العنق مذبح ويريد به ان الاوداج من القلب الى الدماغ فاذا ابان الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكوة فهذا حين لم
يقطع الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجزء بان عنه قبل ذلك فاما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد استقر حكم الذكوة
بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده بنصفين فقد استقر فعل الذكوة بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان ابان طائفة
من راسه فان كان اقل من النصف لم يؤكل ما ابانه لان الراس ليس بمذبح فهو كما لو ابان جزءا من الذنب وان كان النصف
او اكثر اكل لانه يقطع الاوداج به فيكون فعله ذكوة بنفسه قال ولو ضرب ظبيا وسمى وقطع حلقه فان ادماه فلا باس
باكله وان لم يكن ادماه لا يحل لان تسيل الدم النجس لم يحصل في هذا الضرب عنق شاة بسيف فابانه من قبل الاوداج
فانه يؤكل وفي الكتاب رواه عن عمران بن الحصين وقد اسا فيما صنع حين ترك الاحسان في الذبح وقد اخلفنا المتاخرون من مشا

فمن ذبح شاة في المذبح فلم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت اكلت العناب فكان ابو القسم الصفار يقول لا تحل لانعدام معنى الذكوة وهو تسييل الدم النجس وقال عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وكان ابو بكر الاسكاف يقول لا باس باكله لوجود فعل الذكوة على ما قال عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وقد يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق فهذا مثله ثم بين ما يوكل وما لا يوكل من الصيود وقد تقدم بيان ذلك وذكر في جملة ما لا يوكل الير بوع والقنفذ وما اشبههما من الهوام لان الطباع السليمة يستخبثها فيدخل تحت قوله ويحرم عليهم الخبائث قال ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما اشبهه وكذلك حيوان الماء لا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا ان البيع لا يجوز الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والمتقوم به يكون منتفعا به وسائر حيوانات الماء سوى السمك غير ماكول ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوما فان كان شيء له ثمن كجلود الخز ونحوها فبيعه جائز لان هذا متمول منتفع به بوجه حلال فيكون متقوما يجوز بيعه فيكون مالا متقوما فيجوز بيعه ه قال ولا خير في اكل النسر والعقاب واشباههما من صيد الطير لنهي النبي عليه السلام عن كل ذي مخلب من الطير فاما العقعق والسودانيه واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا باس باكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق ه قال ولا تكره الصلوة على جلد ما يكره اكله من ذي الناب لان الذكوة تعمل فيما يوكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يوكل لحمه تعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم الا ترى انه يطهر بالدباغ قال عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر فكذلك بالذكوة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلوة قال ويكره لحم الجلالة والعمل عليها وبيان ذلك حالها الى ان تحبس اياما لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن لحم الجلالة وفي رواية نهى ان يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعتاد اكل الجيف ولا تخلط فيتغير لحمها ويكون لحمها منتنا فيحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتاذي الناس بنتنها فاما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه لم يظهر اثر ذلك في لحمه فلا باس باكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو ان جديا غذي بلبن خنزير فلا باس باكله لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا لم يبق له اثر وعلى هذا نقول لا باس باكل الدجاجة وان كان يقع على الجيف لانه يخلط ولا يتغير لحمه ولا ينتن وقيل هي بمعنى الجيف تعني الحب ثم فيها الا ان تتناول الجيف ه وكان ابن عمر يكره اكل الدجاج لانه يتناول الجيف ولسنا ناخذ بهذا فقد صح في الحديث ان النبي عليه السلام كان ياكل من لحم الدجاج ولو كان فيه ادنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذي روي انه كان يحبس الدجاجة ثلثة ايام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطا في الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التي لا تاكل الا الجيف وفي الكتاب قال تحبس اياما على علف طاهر وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام والاصح ان تحبس الى ان تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يمكن التقدير بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه الى اعتبار زوال المعنى فاذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك ه

كتاب الذبائح

قال الشيخ الاجل الامام الزاهد شمس الائمة السرخسي رحمه الله ولا يحل ما ذبح بسن او ظفر غير منزوع لانه يقتل ويخنق وليس يذبح فان الذبح للانقطاع بحد الالة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدة الالة ولان الالة الذبح غير الذابح ونفسه وظفره ولا باس باكله اذا كان منزوعا عندنا ولا يحل عند الشافعي لظاهر قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانه مدى الحبشة ولكنا نقول المراد غير المنزوع فان الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم قبل النزع ه وذكر في بعض الروايات ما خلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق في غير المنزوع فاما المنزوع اذا كان له حد فيحصل به تسييل الدم النجس فكانت كالسكين الا انه يكره الذبح به لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يحد هذا الفعل من الاحسان في الذبح قال عليه السلام فاذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة الحديث قال وما افرى الاوداج وانهر الدم فلا باس به ان يذبح حديدا كان او قصبا او حجرا محددا او غير ذلك لما روي ان عدي بن حاتم قال رايت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد احدنا صيدا وليس معه سكين فذبحه بشق العصا او بالمروة احل ذلك فقال عليه السلام انهر الدم بما شئت وكل ولان المقصود تمييز النجس من الطاهر وذلك حاصل بكل الة محددة ثم تمام الذكوة بقطع الحلقوم والمري والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الحل لحصول المقصود بالاكثر من ذلك ثم اختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا قطع ثلثا منها اي ثلث كان فقد قطع

للاكثر وعن محمد قال ان قطع الاكثر من كل واحد منها فكذلك يقوم مقام قطع الجميع فاما بدون ذلك يتوهم الحياة فلا يتم الذكوة وعن ابي يوسف قال ان قطع الحلقوم والمري واحد الودجين حل فشرط فيها الحلقوم والمري والودجان لان الحلقوم مجرى العلف والمري مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع احد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسييل الدم فاما قطع مجرى النفس لا بد منه ولا يقوم غيره في ذلك مقامه والشافعي يقول اذا قطع الحلقوم والمري حل وان لم يقطع الودجين لانه لا يبقا بعد قطع الحلقوم والمري ولكن هذا فاسد لان المقصود تسييل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل قال وان ذبحها من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشيا قبل ان يموت حلت لتمام الذكوة وان ماتت قبل قطع الاكثر لم تحل لانها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح وبه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح وبه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال وكذلك لو ضربها بسيف فابان راسها حل ويكره وكذلك ان ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك لان السنة في الذبح استقبال القبلة هكذا روي ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام استقبل بأضحيته القبلة لما اراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضي الله عنه وهذا لان اهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الاصنام فامر باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لان في التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فاما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب اليه في غير الصلوة فلهذا كان تركه موجبا للكراهة غير مفسد للذبيحة قال وان نحر البقرة حلت ويكره ذلك لما بينا ان السنة في البقرة الذبح قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة بخلاف الابل فالسنة فيه النحر وهذا لان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل اسهل فاما في البقر اسفل الحلق واعلاه في اللحم عليه سوا كما في الغنم فالذبح فيه ايسر والمقصود يحصل بالقطع في اي موضع كان منه فلهذا احل وهو معنى قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولكن ترك الاسهل مكروه في كل جنس لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال وان ذبح الشاة فاضطربت فوقعت في ماء او تردت من موضع لم يضرها شيء لان فعل الذكوة قد استقر فيها فانما ازهق حياتها وما يعتبر باضطرابها بعد استقرار الذكوة فيها كما لو وقع في ماء او سقط من موضع قال وان اراد ان يذبح عددا من الذبائح لم يجزه التسمية الاولى عما بعدها لما بينا ان الشرط ان يسمي على الذبح وذبح الشاة غير ذبح الشاة الاولى قال ولو اضجعها للذبح وسمى عليها ثم القى تلك السكين واخذ اخرى فذبح بها يوكل لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف الرمي فانه لو اخذ سهما وسمى عليه ثم وضعه واخذ سهما اخر فلا بد من تجديد التسمية لما بينا ان المعتبر هناك التسمية على فعل الرمي وذلك بحل السهم والثاني غير الاول وهنا الشرط التسمية على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبوح لا باختلاف السكين ونظير هذا من ذلك انه لو ترك تلك الشاة وذبح اخرى بتلك التسمية ولو كلم انسانا او شرب ماء او حد سكينا او ما اشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية لوجود التسمية على الذبح فالعمل اليسير لا يقطع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما اذا طال الحديث او طال العمل ثم ذبح فانه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح الا ترى ان العمل الكثير يقطع المجلس واليسير لا ينقطع وكذلك الامكان الكلام وان قال مكان التسمية الحمد لله وسبحان الله والحمد لله ولا اله والله اكبر يريد به التسمية اجزاه لان الشرط ذكر الله على سبيل التعظيم وقد حصل وابو يوسف يفرق بين هذا وبين التكبير فيقول المامور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المامور به التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا فلا يصير شارعا في الصلوة اذا كان يحسن التكبير فان اراد بذلك التحميد دون التسمية لم يحل لان الشرط ذكر اسم الله تعالى على الذبح وانما يتميز الذكر على الذبح وغيره بقصده منه التسمية فاذا لم يقصد التسمية لا يحل حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد به التحميد على العطاس وذبح لم يحل بخلاف ما قال ابو حنيفة في الخطيب اذا عطس على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك على القدر في احد الروايتين لان المامور به هناك ذكر الله تعالى مطلقا لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المامور به ذكر الله تعالى على الذبح ومعرفة حدود كلام الشرع عين الفقه قال ويكره ان ينخع وقد نهى عمر رضي الله عنه عن ذلك وبينا معناه ان يبلغ بالسكين النخاع وهو عرق ابيض في وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا يوكل لان النهي ليس لنقصان فيما هو المطلوب بالذبح وهو تسييل الدم بل لزيادة ايلام غير محتاج اليه قال ويكره ان يجر الشاة الى مذبحها وقد بينا النهي عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه وكذلك يكره ان يحد الشفرة بعد ما اضجعها وقد روينا النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه الا ان النهي ليس لنقصان فيما هو المطلوب

بالذبح فلا يؤكل بالحرمة قال ويكره ان يسمي مع اسم الله تعالى شيا سواه فيقول اللهم تقبل من فلان لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية ولان الشرط تسمية الله على الخلوص عند الذبح فما يكون منه من الدعا ينبغي ان يكون قبل الذبح او بعده كما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد ان يذبح شاة اضحية قال اللهم هذا منك ولك صلوتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه قال ولا باس بذبيحة المسلمة والكتابية لان تسمية الله تعالى على الخلوص تتحقق من النسا كما تتحقق من الرجال وكذلك الصبي الذي يعقل ويضبط فهو من اهل تسمية الله على الخلوص ولهذا صح اسلامه وان كان لا يعقل فلا تتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل ولهذا لا تحل ذبيحته قال ولا باس بذبيحة اهل الكتاب من اهل الحرب هكذا روي عن علي رضي الله عنه وهذا لانهم يدعون التوحيد سوا كانوا اهل الذمة او اهل الحرب وانما اباح الشرع ذبحهم لكونهم اهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والحربي والذمي في ذلك سوا قال وذبيحة الاخرس حلال مسلما كان او كتابيا لان عذره ابين من عذر الناسي فاذا كان في حق الناسي يقام مِلّته مقام تسميته ففي حق الاخرس اولى قال وما ادركت ذكوته من المتردية والنطيحة وما اكل السبع ونظايرها فذكيته حل لقوله تعالى الا ما ذكيتم ثم عند ابي حنيفة اذا علم انها كانت حية حين ذبحت حلت سوا كانت الحيوة فيها يتوهم البقا او عدم يتوهم البقا لان المقصود تسيل الدم النجس بفعل الذكوة وقد حصل وقال ابو يوسف ان كان يتوهم ان يعيش يوما او اكثر يحل بالذكوة وفي رواية اعتبر يتوهم البقا اكثر من نصف يوم لان ما دون ذلك اضطراب المذبوح فلا معتبر به وعن محمد قال اذا نقر الذيب بطن شاة فاخرج ما فيها لم يحل لانه ليس فيها حيوة مستقرة فانه لا يتوهم ان يعيش بعد ما فما بقي فيها الا اضطراب المذبوح وذلك غير معتبر قال ومن ذبح شاة او غيرها فخرج من بطنها جنين ميت لم يوكل الجنين في قول ابي حنيفة وزفر وهو قول ابراهيم والحكم بن عيينه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يوكل لانه روي عن محمد قال انما يوكل الجنين اذا اشعر وتمت خلقته فاما قبل ذلك فهو المضغه فلا يوكل واحتجوا بقوله تعالى ومن الانعام حموله وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحموله الكبار فقد من الله تعالى على عباده باباحة ذلك لهم وفي المشهور ان النبي عليه السلام قال ذكوة الجنين ذكوة امه معناه ذكاة الام نايبة عن ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم وروي ذكاة امه بالنصب ومعناه بذكوة امه الا انه صار منصوبا بنزع حرف الخافض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا اي ببشر وعن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان قوما سالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا ننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت افنلقيه ام ناكله فقال عليه السلام كلوه فان ذكوة الجنين ذكوة امه والمعنى فيه ان الذكوة تنبني على التوسع حتى يكون في الاهل بالذبح في المذبح وفي النادّ بالجرح في اي موضع اصابه لان ذلك وسع مثله فهنا اولى والذي في وسعه في الجنين ذبح الام لانه ما دام مختفيا في البطن لا يتاتى فيه فعل الذبح مقصودا او بعد الاخراج لا يبقى حيا فحصل ذكوة الام ذكوة له لان تاثير الذبح في الام في زهوق الحيوة عن الجنين فوق تاثير الجرح في حل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك ثم اكتفي بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا اولى ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام حتى يتغذى بغذايها ويتموا بنمايها وينقطع عنها بالمقراض كما سائر الاجزاء من الجملة ويتبعها في الاحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناوه في عتقها وبيعها كاستثنا يدها ورجلها وثبوت الحل في البيع بوجود فعل الذكوة في الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لماكله وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وابو حنيفه استدل بقوله تعالى والمنخنقة فان احسن احواله ان يكون حيا عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقه قال عليه السلام لعدي بن حاتم اذا وقعت رميتك في الما فلا تاكل فانك لا تدري ان الما قتله ام سهمك فقد حرم الاكل عند وقوع الشك في سبب زهوق الحيوة وذلك موجود في الجنين فلا يدري انه مات بذبح الام او خناق نفسه وقد يتاتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حيا للذبح وعلل ابراهيم ذكوة نفس لا يكون ذكوة نفسين ومعنى هذا ان الجنين في حكم الحيوة نفس على حدة مودعة في الام حتى ينفصل حيا ويبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم ان ينفصل الجنين حيا ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال حياة الجزء بحياة الاصل والذكوة تصرف في الحيوة فاذا كان في حكم الحياه نفسا على حدة فيشترط فيه ذكوة على حدة ولا يقول يتغذى بغذاء الام بل يغذيه الله تعالى في بطن الام من غير غذا او يوصل الله تعالى اليه الغذا كيف شا ثم بعد الانفصال قد يتغذى ايضا بغذا الام بواسطة اللبن ولم يكن في حكم الجزء وما جعل في ساير الاحكام تبعا لم يتصور تقرر ذلك الحكم في الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حيا بعد موت الام ولو انفصل

حيا ثم مات لم يحل عندهم فعرفنا انه ليس بتبع في هذا الحكم وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكوة تسييل الدم لتمييز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين والمقصود تطييب اللحم بالنضج الذي يحصل بالتوقد والتلهب ولا يحصل ذلك في الجنين بذبح الام وهو الجواب عما قالوا ان الذكوة تنبني على الوسع قلنا نعم ولكن لا يسقط بالتعذر كما لو قتل الكلب صيدا غما او خنقا وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح واباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حيا فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما لا يوكل لمقصود الجلد والمراد بالحديث التشبيه لا النيابة اي ذكوة الجنين كذكوة امه الا ترى انه ذكر الجنين اولا ولو كان المراد النيابة لذكر النايب اولا دون المنوب عنه كما في الالفاظ التي استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال لشبه فلان فلان مشبه ابنه وخط فلان خط ابيه وقال القايل

وعيناك عيناها وجيدك جيدها ۞ سوى ان عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التاويل في الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهي تمر مر السحاب اي كمر السحاب وحمل الباء ايضا ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمه يغلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت اي مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ومعنى قوله عليه السلام كلوه اي اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولين كان المراد به الجنين ففيه بيان ان الجنين ما كول وبه نقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان ينفصل حيا فيذبح

فصل به

باب الاضحية

قال رحمه الله اعلم بان القرب الماليه نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه يتقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك قال وهي واجبة على المياسير والمقيمين عندنا وذكر في الجامع عن ابي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام كتبت علي الاضحية وصلوة الضحى والوتر وقال ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم عليه السلام وعن ابي بكر وعمر انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبه ولانها لا تجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لا يفترق بين المسافر والمقيم في العبادات الماليه كالزكوة وصدقة الفطر لانهما يستويان في ملك المال وانما الفرق بينهما في البدني لان المسافر يلحقه المشقة في الاداء بالبدن والدليل عليه انه يحل له التناول منه واطعام الغني ولو كان واجبا لم يحل له التناول كما في جزا الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتدا بل بسبب من العبد كالعتق في الكفارات ولهذا اوجبنا الاضحية بالنذر وحجتنا في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر اي وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه السلام من ضحى قبل الصلوة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله والامر يفيد الوجوب وفي قوله عليه السلام ضحوا امر وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة الطريقه في الدين وذلك لا ينفي الوجوب ولا حجة في قوله عليه السلام ولم يكتب عليكم فانا نقول بانه غير مكتوب بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضا يكفر جاحده وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال وتاويل حديث ابي بكر وعمر انهما لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين او في حالة السفر وهو تاويل حديث ابي مسعود رضي الله عنه ولا كلام في المسئله على سبيل المقاييس والعبادات لا تثبت قياسا ولكن على سبيل الاستدلال نقول هي قربة يضاف اليها وقتها فتكون واجبه كالجمعة وبيان الوصف انه يقال يوم الاضحى وتاثيره ان اضافة الوقت اليه لا يتحقق الا ان يكون موجودا فيه استحقاقا ولجواز الادا فيه لا يصير الوقت مضافا اليه كساير الايام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الى القربة يدل على وجوبها فيه وانما لم يجب على المسافر لمعنى المشقة فان الادا يختص باسباب يشق على المسافر استصحاب ذلك في السفر ويفوت بمضي الوقت فلدفع المشقة لا يلزمه كالجمعة بخلاف ساير العبادات الماليه واباحة التناول باذن من له الحق وانه بالتضحيه جعلها الله تعالى فكلوا منها وقد قال تعالى فكلوا ولما كان من جنس التقرب بالتمليك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو واجب ابتدا وليس ذلك الا الاضحيه وفي الوجوب بالنذر دليل على ان من جنسه واجب

شرعا فان ما ليس حسنه واجب شرعا لا يصح التزامه باليد وكعيادة المريض ثم تختص جواز الاداء بايام النحر وهي ثلثة ايام عندنا لما النبي عليه السلام ايام النحر ثلاثة ايام اولها افضلها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تكن التضحية بعد ذلك وقال الشافعي يجوز في اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق وهذا ضعيف فان هذه القربة تختص بايام النحر دون ايام التشريق الا ترى ان الافضل اداؤها في اليوم الاول وهو العاشر من ذي الحجة وسموا ايام النحر الا ايام التشريق على ما قيل الايام المعدودات وهي ايام النحر والمعلومات ثلثة وهي ايام التشريق وبعض هذه السنة اربعة ايام فاليوم الاول من المعدودات خاصة واليوم الاخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر ذي الحجة والمعدودات ايام التشريق ثم تختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم ولا يجزيه الا الثني من ذلك في الابل والبقر والمعز ويجزي الجذع من الضان اذا كان عظيما سمينا لما روي ان النبي عليه السلام قال ضحوا بالسمان ولا تضحوا بالجدعان ولان الجذع ناقص وقد امرنا في الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه السلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم فاما الجذع من الضان فرى لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا ساق جذعا الى منى فبارت عليه فروى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال نعمت الاضحية الجذع من الضان فانتهبوها ثم الثني من الغنم وهو الذي له سنتان عند اهل الادب وعند اهل الفقه الذي تمت له سنة والثني من البقر الذي تمت له حولان وطعن في الثالث عند جمهور العلماء الفقهاء ومن الابل الذي تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له اربع سنين ومن البقر ما تم له حولان وهكذا كن الغنم عند اهل الادب وعند اهل الفقه اذا تم له سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجوز وانما ذلك من الضان خاصة ثم اول وقت التضحية عند طلوع الفجر الثاني من يوم النحر الا ان في حق اهل الامصار يشترط تقدم الصلوة على الاضحية فمن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت ولهذا جازت التضحية في القرى بعد انشقاق الفجر ودخول الوقت لا يختلف في حق اهل الامصار والقرى انما يختلفون في وجوب الصلوة فليس على اهل القرى صلوة العيد وانما عرفنا هذا الشرط في حق اهل الامصار لحديث البراء بن عازب ان النبي عليه السلام قال في خطبته من ضحى قبل الصلوة فليعد فقام خالي ابو بردة بن نيار وقال اني عجلت نسكي لاطعم اهلي وجيراني فقال عليه السلام تلك شاة لحم فاعد نسيكتك فقال عندي عتود جذع خير من شاتين فقال عليه السلام تجزيك ولا تجزي احدا بعدك وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم ان نصلي ثم نذبح ومن ذبح من اهل الامصار اضحيته قبل ان يصلي الامام لم يجز عندنا وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما يصلي فيه العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتاخير الامام الصلوة كما لو زالت الشمس ولكنا نقول الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقي وقت الصلوة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلوة العيد بزوال الشمس في هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية بعد ذلك قال واذا ذبحها بعد ما انصرف اهل المسجد قبل ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا ومعنى هذا ان الامام يخرج بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة قال واذا ذبح بعد ما فرغ اهل المسجد قبل ان تصلي اهل الجبانة ففي القياس لا يجزيه لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك وفي العبادات يوخذ بالاحتياط ولكنا استحسنا وقلنا قد ادت صلوة العيد في المصر حتى لو اكتفوا بذلك اجزاهم فيجوز التضحية بعد ذلك ولان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلوة العيد في هذا المصر ولم يذكر ما لو سبق اهل الجبانة بالصلوة فضحى رجل قبل ان يصلي اهل المسجد وقيل في هذا الموضع يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا وقيل الاستحسان فيهما لان اداء الصلوة بالمسجد احسن منه بالجبانة واذا كان في الموضع الذي صلى فيه اهل المسجد قياسا واستحسانا لما ذكرنا فهنا اولى قال ولا باس بان يضحي بالجماء ومكسورة القرن اما الجماء فلا مات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل لا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فمكسورة القرن اولى وقد روي ذلك عن عمار بن ياسر رضي الله عنه وكذلك الخصي لما روي ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوءين واحدهما عن نفسه والاخر عن امته والمراد خصيين وكان ابرهيم يقول ما زاد في لحمه بالخصا انفع للمساكين مما يفوته من الانثيين اذ لا منفعة في ذلك للفقراء وقال لا باس بان يضحي بالجرباء والثولاء اذا كانت سمينة والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب في جلدها لا في لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يضحي بالعجفاء التي لا تنقي والثولاء هي المجنونة والجنون عيب في العقل لا في الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشتراط السمن في الحديث الذي روينا ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين

املحين عيان في سواد وينظران في سواد ويا كلان في سواد ومقصود الراوي من هذه المبالغة بيان السمن قال ولا باس بان يشترك سبعة نفر في بقرة او بدنة وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل من سبعة لقوله عليه السلام على اهل كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة ومذهبنا مروي عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما والاستدلال لحديث جابر انه قال اشتركنا يوم الحديبية في البقرة والبدنة فاجاز النبي عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد بذكر اهل البيت قيم البيت لان اليسار له عادة وقد ذكر في بعض الروايات على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ويستوي ان كان قصدهم جميعا التضحية وقال او قصد بعضهم القربة اخرى عندنا وعند زفر لا يجوز الا اذا قصدوا جميعا التضحية وقال الشافعي يجوز وان كان قصد بعضهم اللحم وقد بينا هذا في المناسك فان كان الشركاء في بدنة ثمانية لم يجزهم لان نصيب كل واحد منهم دون السبع حتى سال عن رجل مات وترك ابنا وامراة وبقرة فضحيا بها يوم العيد هل يجوز والجواب انه لا يجوز لان نصيب المراة الثمن فاذا لم يجز في نصيبها لم يجز في نصيب الابن ايضا فان مات احد الشركاء في البدنة ورضي ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء في القياس لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالعتق واذا لم يجز في نصيبه لم يجز في نصيب الشركاء وفي الاستحسان يجوز لان معنى القربة حصلت في اراقة الدم فان التبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز العتق لما فيه من الزام الولاء وذلك غير موجود في الاضحية وعلى هذا ان كان احد الشركاء ام ولد ضحى عنها مولاها او صغير ضحى عنه ابوه ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحي عن احد من مماليكه فان تبرع بذلك جاز واذا جعله شريكا في البدنة ففيه قياس واستحسان لما بينا واما الاب فليس عليه ان يضحي عن ولده الصغار في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك كصدقة الفطر لانه جزء منه فكما يلزمه ان يضحي عن نفسه عند يساره فكذلك عن جزئه ووجه ظاهر الرواية انها لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كساير القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن الاولاد واجبة لامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونقل ذلك كما امر بصدقة الفطر وان كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا على الاب والوصي ان يضحي من ماله عند ابي حنيفة وعلى قياس صدقة الفطر والاصح انه لا يجب ذلك وليس له ان يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملكه في مال الولد كالعتق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع غير واجب ومال الصبي لا يحتمل صدقة التطوع قال واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشراء لا تتعين الاضحية قبل ان يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها في قول ابي حنيفة ومحمد ويكره وفي قول ابي يوسف لا يجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها ولكنهما يقولان تعلق حق الله تعالى لا يزيل ملكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقدرة على التسليم الا ترى انا نجوز بيع مال الزكوة ولهذا والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري له شاة للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله لك في صفقتك اما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به فجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد ما اشتراها للاضحية وان كانت الثانية شرا من الاولى فقد كان اوجب الاولى يتصدق بالفضل فيما بين القيمتين لما جاز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرايط الجواز واما التصدق فلانه لما اوجب الاولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيا منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بالتصدق بالدينار ومن اصحابنا من قال هذا اذا كان فقيرا فان كان غنيا ممن تجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل القيمة لان في حق الغني الوجوب عليه بايجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه في هذا المحل الا ترى انها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان ما ضحى به بخلاف حاله لم يلزمه شيء اخر واما الفقير فليس عليه اضحية شرعا وانما لزمه بالتزامه في هذا المحل بعينه ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء اخر فاذا استفضل لنفسه شيا مما التزمه كان عليه ان يتصدق قال الشيخ الامام والاصح عندي ان الجواب فيهما سواء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغني في ذمته فهو ممكن من تعيين الواجب في محل فيتعين بتعيينه في هذا المحل من حيث مقدار المالية لانه تعيين مفيد وان كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة قال والاضحية احب الي من التصدق بمثل ثمنها والمراد في ايام النحر لان الواجب التقرب باراقة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة فهي

حق الموسر الذي يلزمه ذلك لا اشكال انه لا يجزيه التصدق بقيمته وهذا لانه لا قيمة لاراقة الدم واقامة المتقوم مقام ما ليس بمتقوم
لا يجوز واراقة الدم خالص حق الله تعالى فلا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله واشرنا بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة
الفطر واما في حق الفقير التضحية افضل لما فيه من الجمع بين التقرب باراقة الدم والتصدق ولانه ممكن من التقرب بالتصدق في
سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب باراقة الدم الا فيها فتكون قربة في مكان مخصوص في هذه الايام وكان افضل فاما بعد مضي ايام
النحر فقد سقط معنى التقرب باراقة الدم لانها لا تكون قربة الا في مكان مخصوص وهو ايام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية
اذا كان ممن يجب عليه الاضحية لان تقربه في ايام النحر كان باعتبار المالية ليتوصل بعينها والتقرب بالمال في غير ايام النحر يكون
بالتصدق ولانه كان يتقرب بشيئين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأتي بما يقدر عليه قال
وليس على الرجل ان يضحي عن اولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر عنهم في يوم الفطر وهذا لان عليهم ان يضحوا عن
انفسهم فلا يجب عليه شيء ان يضحي عنهم قال واذا ولدت الاضحية قبل ان يذبحها ذبح ولدها معها لان حكم التقرب باراقة
الدم ثبت في عينها فيسري الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا للتقرب باراقة الدم مقصودا يثبت الحكم فيه تبعا
للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو اصل ووجودها في الاصل يغني عن اعتبارها في التبع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة يثبت فيه
فلا يكون له ان يصرف ماليته الى نفسه كما في حق الام وكذلك ان امسك ولدها حتى مضت ايام النحر تصدق به قال ويكره ان يجز
صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه اعدها للقربة بجميع اجزائها فلا ينبغي له ان يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لان ذلك
في معنى الرجوع في الصدقة وقال عليه السلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تعد في صدقتك قال ويكره ان يبيع جلد الاضحية
بعد الذبح لقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له وقال لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط الجزار
منها شيئا فكما يكره له ان يعطي جلدها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد وان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئا من لحمها قال ولا
بأس بان يشتري بجلد الاضحية متاعا للبيت لانه لو دبغها واستمتع به في بيته جاز فكذلك اذا اشترى ما ينتفع به في بيته لان حكم البدل
حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر في نوادر هشام قال يشترى به الغربال والجراب وما اشبهه ولا يشترى به الخل والمري
والملح وما اشبه ذلك والقياس في الكل واحد ولكنه استحسن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على
قصد التمول فليس له ان يفعل ذلك في جلد الاضحية وما ينتفع به في البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد فكان له ان يفعل ذلك
قال ويكره له ان يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها لان اللبن متولد من عينها وقد جعلها
للقربة فلا يصرف شيئا منها الى منفعة نفسه قبل ان يبلغ محله ولكن ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن فلا يتأذى به الا ان
هذا انما ينفع اذا كان يقرب من ايام النحر فاما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا وثانيا لما بعد ما يتقلص ولكن ينبغي له ان
يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطب قبل ان يبلغ محله فان عليه ان يذبحها ويتصدق بلحمها وقد بيناه في المناسك قال وان
اشترى بدنة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة
فلا يكون له ان يبيع شيئا منها بعد ذلك على قصد التمول والاشراك بهذه الصفة لو صح ان هذا رجوع منه عن بعض ما تقرب
به وذلك حرام شرعا وجه الاستحسان انه لو اشركهم معه في الابتداء بان اشتروا جملة فكذلك اذا اشركهم بعد الشراء قبل اتمام
المقصود وهذا لان الانسان قد يبتلى بهذا فانه يجد بقرة سمينة فيشتريها ثم يطلب شركاء فيها فلو لم يجز ذلك ادى الى الحرج قال ولو
فعل ذلك قبل ان يشتري كان احسن لانه ابعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع في القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك افضل قال
ولا يجزئ العوراء في الاضحية لقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان يضحى باربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي ثم الاصل
ان العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب
اليسير فاليسير ما لا اثر له في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه لا تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر بالعينين وعند قلة العلف تبين
العجف ثم العين والاذن منصوص على اعتبارهما فاذا كانت مقطوعة الاذن لم يجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف
فكذلك بطريق الاولى قال فان كان المقطوع بعض ذلك ففي ظاهر الرواية عن ابي حنيفة ان كان المقطوع اكثر من الثلث لا يجزيه
وان كان الثلث او اقل يجزيه وهكذا روى هشام عن محمد اعتبارا بالوصية باكثر من الثلث وفي رواية بشر عن ابي حنيفة اذا كان الذاهب
اكثر من الثلث يجزيه وان كان الذاهب الثلث لا يجوز لقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب

الربع لا يجزي لان للربع حكم الكمال كما في مسح الرأس وقال ابو يوسف اذا بقي الاكثر من العين والاذن اجزاه قال فذكرت قولي لابي
حنيفة فقال قولي قولك قيل هذا رجوع من ابي حنيفة الى قوله وقيل معناه قولي قريب من قولك ووجه قول ابي يوسف ان القلة
والكثرة من اسماء المقابلة فاذا كان الذاهب اقل من النصف فلنا اذا قابلت الذاهب بالباقي كان الباقي اكثر واذا كان الذاهب
اكثر من النصف فاذا قابلته بالباقي كان الذاهب اكثر واذا كان الذاهب النصف لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز رجح
المانع احتياطا فاما الشق في الاذن فهو عيب يسير الا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء من قال
لا يجوز لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة فالشرقاء ان تكون الخرق في اذنها طولا
والخرقاء ان تكون عرضا والمقابلة قطع في مقدم اذنها والمدابرة في مؤخر اذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الاذن مقطوعا
وكان الذاهب اكثر من الثلث لما بينا فاما العرجاء اذا كانت تمشي فلا بأس به واذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في
لحمها ولا يجزي العجفاء التي لا تنقي للنهي الذي روينا ولان هذا عيب فاحش اثر في لحمها ويستوي ان اشتراها كذلك او صارت عنده
كذلك وهو موسر لان الواجب في ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالناقص فاذا كان معسرا اجزاه لانه لا واجب في ذمته بل ثبت
الحق في العين ابتداء بالعين على اي صفة كانت وكذلك يروى عن علي رضي الله عنه وكذلك لو ماتت عنده او سرقت فعليه بدلها
ان كان موسرا ولا شيء عليه ان كان معسرا فاشتراها واوجبها ضلت ثم اشترى اخرى فاوجبها ثم وجد الاولى فعليه ان يضحي بهما
وان كان معسرا فاشتراها واوجبها ثم وجد الاولى فعليه ان يضحي بهما لان الوجوب في العين بايجابه وقد وجد ذلك في الثانية
كالاولى وان اصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين اضجعها للذبح وذبحها على مكانها ففي القياس لا يجزيه لانه تأدى الواجب
بالاضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان يجزيه لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد تتقلب
السكين من يده فيصيب عينها فيجعل ذلك عفوا لدفع الحرج ولانه اضجعها ليتقرب باتلافها فتلف جزء منها في هذه الحالة
من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن ابي يوسف قال اذا اصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك
بيوم او يومين جاز لانه جاء وقت اتلافها تقربا فتلف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال ولا يجوز ان يضحى بشاة ليس لها
اذنان خلقت كذلك وهي السكاء لان قطع بعض الاذن لما كان مانعا من الجواز فعدم الاذن اصلا اولى فاما صغيرة الاذن تجزئ
لان الاذن منها صحيح وان كان صغيرا واما الهتماء فكان ابو يوسف يقول اولا لا يجوز ان يضحى بها وان كانت تعتلف ثم رجع
فقال يجوز اذا كانت تعتلف لانه وقع عنده في ان يضحي بها لان الهتماء ليس لها اسنان ثم علم بعد ذلك ان الهتماء مكسورة بعض الاسنان
فاذا كانت تعتلف فالباقي من الاسنان اكثر من الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده والتي لا اسنان لها بمنزلة التي لا اذن لها لان كل
واحد منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام اقرب الى المقصود من الاذن لانها تعتلف بالاسنان قال ولا يجوز في
الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمر الوحش والظباء لان الاضحية عرفت قربة بالشرع وانما ورد الشرع بها من الانعام ولان
اراقة الدم من الوحشي ليس بقربة اصلا والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة واذا كان الولد بين وحشي واهلي فان كانت الام اهلية
جازت التضحية بالولد وان كانت وحشية لا تجوز لان الولد جزء من الام الا ترى ان ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها وانما ينفصل
الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لانه ينفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم وينفصل من الام
وهو حيوان محل لهذا الحكم فلهذا جعلناه معتبرا بالام قال رجل ذبح اضحية غيره بغير اذنه ولكنا نستحسن ونقول تجزيه
ولا ضمان على الذابح لانه لما عينها للاضحية فقد صار مستعينا بكل واحد في التضحية بها في ايام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت
وربما يعرض له عارض في ايام النحر والاذن دلالة كالاذن افصاحا كما في شرب ماء السقاية ونظائرها وقال الشافعي تجزيه
من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود الاذن دلالة ولو وجد الاذن
افصاحا لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلى هذا لو ان رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه عن نفسه اجزا
كل واحد منهما استحسانا ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه
ويجزيهما لانه لو اطعم كل واحد منهما اصحابه لحم اضحيته جاز ذلك غنيا كان او فقيرا قال ابو يوسف ان تشاحا فكل واحد منهما
يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة كما لو باع اضحيته فعليه ان يتصدق بالثمن قال ولو ان مجوسيا ذبح اضحيته
لم يجز لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسي لا تؤكل ولو ان يهوديا او نصرانيا ذبح للمسلم اجزاه لانهما من اهل الذبح ولكنه
مكروه لان هذا من عمل القربة وفعله ليس بقربة قال وان ذبح اضحيته بنفسه فهو افضل لان النبي عليه السلام لما

ساق ما يبدنه عن نيف وستين بنفسه ثم ولى الباقي عليا وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه ولكن هذا من عمل القربة وفعله لبس
بقربة اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف ان يعجز عن ذلك فالافضل ان يستعين بغيره ولكنه ينبغي له ان يشهدها بنفسه لما روي
ان النبي عليه السلام قال لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب اما انه يجاء بلحمها
ودمها يوم القيمة فيوضع في ميزانك وسبعين ضعفا قال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه اهذا لآل محمد عليه السلام فهم اهل
لما خصوا به من الخير ام للمسلمين عامة قال عليه السلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة • قال والاضحية تجب على اهل السواد كما
تجب على اهل الامصار لانهم مقيمون مياسير وانما لا تجب على المسافر لما يلحقهم من المشقة في تحصيلها وذلك غير موجود في حق اهل
القرى وفي الاصل ذكر عن ابراهيم قال هي واجبة على اهل الامصار ما خلا الحاج واراد باهل الامصار المقيمين وبالحاج المسافرين
فاما اهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا قال ولا باس لاهل القرى ان يذبحوا الاضاحي بعد انشقاق الفجر لما بينا ان دخول الوقت
بانشقاق الفجر من يوم النحر الا ان اهل الامصار عليهم الصلوة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلوة على اهل القرى لقوله عليه
السلام لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع • وعن علي رضي الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع ثم
المعتبر المكان الذي فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل في المصر واضحيته بالسواد يجوز ان يضحى بها بعد انشقاق الفجر فاما اذا كان
هو بالسواد واضحيته في المصر لا يجوز ان يضحى بها الا بعد فراغ الامام من الصلوة وقد بينا ان النحر بلا دليل افضلها اولها وذلك يروى
عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم • قال ويجزيه الذبح في لياليها الا انهم كرهوا الذبح في الليالي لانه لا يامن ان يغلط
فيفسد لظلمة الليل ولكن هذا لا يمنع الجواز قال وليس على اهل منا يوم النحر صلوة العيد لانهم في وقت صلوة العيد مشغولون
باداء المناسك فلا يلزمهم صلوة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما يجوز لاهل القرى ٥

باب من الصيد ايضا

قال ومن انفلت منه صيد بعدما احرزه فاخذه غيره فهو للاول لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالانفلات منه ولا
يملكه الثاني بالاخذ لان بالاخذ يملك الصيد المباح لا المال المملوك كما لو ابق عبده فاخذه انسان اخر لا يملكه ومن نصب شبكه
فوقع فيها صيد وصار بحيث لا يقدر على الذهاب فاخذه رجل فصاحب الشبكة احق به لانه صار اخذا له بالوقوع في شبكته
وهذا بخلاف ما لو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد فاخذه انسان فهو للاخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هو
اخذا للصيد بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامنا وصاحب الفسطاط ما قصد به الاصطياد فلا يصير اخذا
له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن • قال ومن اخذ بازيا او شبهه في مصر او سواد وفي رجليه سير او جلاجل
وهو يعرف انه اهلي فعليه ان يعرفه ليرده على صاحبه لانه تيقن بثبوت يد الغير عليه فكانه لا يخرج من السعة مع الجلاجل
ان يكون انفلت من يد صاحبه او ارسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته فعرفنا انه ملك الغير فهو بمنزلة اللقطة فعليه ان
يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان اخذ ظبيا وفي عنقه قلادة وكذلك لو اخذ حمامة في المصر يعرف انها لا تكون وحشية فعليه ان يعرفه
لانه بمنزلة اللقطة ولهذا يتبين ان من اتخذ برج حمام فاوكرت فيها حمام الناس فلا يا خذ من فراخها لا تحل له لان الفرخ ملك لصاحب الاصل
فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيرا حل له ان يتناول لحاجته وان كان غنيا ينبغي له ان يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشيء
فيتناول وهكذا كان يفعل شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله وكان مولعا باكل الحمام • قال ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه
فاخذه حلال ثم حل الاول فله ان يسترده منه لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه الا ترى ان الرجل محرم وله صيود
في بيته فلا يلزمه شيء واذا كان بعد الارسال باقيا على ملكه لم يملكه الاخذ فله ان يسترده • قال ومن قتل بازيا معلما او كلبا
لرجل فعليه قيمته لذلك وقد بينا هذه المسئلة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن متلفه وانما يعتبر قيمته كذلك
بخلاف المحرم اذا قتل بازيا معلما فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلما لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيدية في المقتول
وبكونه معلما ينتقص ذلك لانه يخرج به من ان يكون متوحشا فلا يعتبر ذلك في حق الله تعالى فاما وجوب الضمان للادمي لكونه مالا
منتفعا ويزداد ذلك بكونه معلما فلهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته
ايضا وبزاده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعا وان كان عقورا لا يقبل التعليم فمتلفه لا يضمن شيئا لانه عين موذي
وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع لانه يقبل التعليم ويتاتى الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم

شيء من ذلك لانه لا منفعة في لحمه سوى الاكل فاذا لم يكن ماكولا لا يكون مالا متقوما وجواز البيع يختص بالمال المتقوم حتى اذا كان
له ثمن بان كان يرغب فيه لاطعام الكلاب والسنانير جاز بيعه اذا كان مذكى الا ان يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبغها
رجل وباعها جاز بيعها لانه مال ينتفع به وان كانت غير مدبوغة لم يجز بيعه ان اراده اذا كانت ميتة فاما اذا كانت مذكاة لا يجوز
وقد بينا ان عمل الذكاة في الحل والطهارة فيما يؤكل اللحم وفي طهارة الجلد فيما لا يؤكل اللحم كالدباغ قال وان وجد في الماء سمكة
مقطوعة لا يدرى من قطعها فلا باس باكلها لانه ليس فيها ما يدل على سبق يد اليها ليتوهم ان يكون فعل بها سمكة اخرى وان
اصاب في وسطها او في موضع منها خيطا من خيوطا او ما كلها او يعرفها لانه علم ان يدا اخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة في يده
فيعرفها • قال ومن سمع حسا ظن انه حس صيد فرماه وارسل كلبه فاصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فرماه وارسل كلبه فلا
باس بما اصاب ذلك وان كان حس انسان او غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد لانه رمى الى الحس والرمي الى الاهلي لا يكون ٥
اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله •
اذا اصاب صيدا ماكولا او غير ماكول لان الحس حس صيد ماكول او غير ماكول وعن زفر قال ان كان الحس حس صيد غير ماكول لم يحل تناوله
وان اصاب صيدا ماكولا لان فعله لم يكن مبيحا الا ترى انه لو اصاب ما قصده لم يفد الحل وعن ابي يوسف قال ان كان الحس حس
خنزير لم يحل وان اصاب رميه الصيد بخلاف ساير السباع لان الخنزير محرم العين فاما في ساير السباع فعله مؤثر في طهارة الجلد
فاذا اصاب ما حل تناوله كان مؤثرا في اباحة اللحم ايضا والصحيح ما بينا لان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فاما حل التناول باعتبار
صفة في المحل فاذا اصاب فعله في الاصطياد محلا ماكولا فلهذا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل اكله لاجتماع المعنى الموجب
للحل والمعنى الموجب للحرمة وفي النوادر اذا رمى طيرا فاصاب صيدا وذهب الطير فلم يعرف انه كان اهليا او وحشيا بخلاف ما لو رمى بعيرا
فاصاب صيدا وذهب البعير فلم يعرف انه كان اهليا او متوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه الوف في الاصل والتوحش منه نادر
فيتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن انه انسان فرماه فاصاب ما رماه وتبين انه كان صيدا يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد
وظنه بحقيقة خلاف فعله لغو • قال ولو رمى خنزيرا اهليا فاصاب صيدا لم يؤكل لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو كما لو رمى شاة
او كذلك لو رمى حربيا محصنا مربوطا فاصاب صيدا لم يؤكل لان رميه الى الحربي ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل
تناول ما اصابه من الصيد ٥

باب الصيد في الحرم

قال واذا اخرج الصيد من الحرم الى الحل فلا باس باصطياده لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده
كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا قال وان رمى رجل
صيدا في الحل فاصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء لان وجوب الجزاء باعتبار فعل محظور وفعله كان مباحا وهو الرمي
الى الصيد في الحل او باعتبار حرمة المحل ولم يكن محترما حين اصاب الصيد السهم فهو كما لو رمى الى حربي او مرتد فاصابه ثم اسلم وفي القياس
لا باس باكله لان فعله كان مذكيا له الا ترى انه لو مات في الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعدما دخل الحرم لانه دخلها وهو مذكى وحرمة
الحرم انما تظهر في حق الصيد لا في حق المذكى ولكنه استحسن فقال يكره اكله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عند ذلك في الحرم
والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فباعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة وباعتبار حالة الاصابة يوجب فعله
الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فاما الحل صفة في المحل والمحل في الحرم عند ثبوت صفة
الحل فيه • قال وان اصابه في الحرم فمات في الحل فلا خير في اكله لان الحل باعتبار الاصابة وقد اصابه وهو صيد الحرم وهذه هي المسئلة ٥
المستثناه من اصلنا ان المعتبر حالة الرمي فيما يبنى عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان في حل التناول يعتبر حال الاصابة ايضا لان الحل
صفة للمحل وانما يثبت في المحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان اصابه في الحل وقد رماه من الحرم لان الرمي من الحرم
قتل محظور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم قيل معناه وانتم في الحرم لانه يقال احرم اذا دخل في الحرم كما يقال اشام اذا دخل
الشام والموجب للحل الذكوة لا القتل المحظور والدليل عليه وجوب الجزاء على الرامي فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيدا وكذلك ان
رماه من الحل في الحرم لان الصيد اذا كان في الحرم فهو ممنوع من الرمي اليه وان كان في الحل فيكون فعله قتلا محظورا بالارسال فينسخ حكم
فعله بحكم ارساله ورد ان هذا من ذلك لو عاد الصيد الى الحرم بعدما ارسله ثم اصابه ما اصابه وكذلك لو كان الذي اخرجه من الحرم

هو الذي صاده بعد ما ارسله فذبحه لم يكن باكله بأس لانه حلال ذبح صيدا في الحل فهو وغيره من الحلالين سوا قال ابو يوسف ومحمد هو وغيره سوا في ذلك الا ان عليه الجزا وابو حنيفة في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثاني ووجوب الجزا عليه باعتبار فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولو سوق ذلك لاحتاج بعد ما ارسله فلهذا لا يثبت الحرمة ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ما وجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل ان يرسله او دفعه الى غيره فذبحه لان ملك اليد باقية حقيقة او حكما وانما تمكن من الذبح باعتبارها فلهذا كره اكلها قال محرم اصاب صيدا فادخله منزله في الحل فجاء بعض اهله فذبحه فلا باس باكله واضاف الجواب الى ابي يوسف ومحمد لانه لم يحفظ جواب ابي حنيفة لا ان جوابه بخلاف جوابهما وهذا لان الذابح حلال قد ذبحه في الحل ولو ارسله المحرم في غير منزله فاخذه حلال حل تناوله فكذلك اذا ارسله في منزله الا ان على المحرم الجزا لانه ما نسخ حكم فعله بارساله اياه في منزله فان معنى الصيد به من حيث النفرة والاستيحاش بعد الفعل كما كان قبل اخذه فلهذا كان عليه الجزا بخلاف ما لو ارسل خارجا من منزله قال ولا يعجبنا هذا الفعل لان فعل بعض اهله في الذبح كفعله من وجه شفقة عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن وجه الذابح كالمأمور من جهته فلهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان ارسله في منزله فخرج من منزله فتبعه بعض اهله وذبحه ولو يأمر بذلك فهذا والاول سوا ولا اكره اكله وفي رواية ابي حفص قال واكره اكله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس باكله والحاصل انه لم يتم ارساله بعد في حق نسخ الفعل الذي تبعه انما تمكن من اخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزا لذلك الا ان في اباحة التناول هما يقولان لو ارسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك وكذلك اذا ارسله في منزله فخرج هكذا ذكر في رواية ابي سليمان حيث قال ولا اكره اكله ووجه رواية ابي حفص هو انه لما ارسله بمرأى العين من بعض اهله فقد طلب منه دلالة ان يتبعه فياخذه ولو امره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة قال واذا انفلت من المحرم في جوف المصر وارسله فاخذه انسان وذبحه فهذا كانه في يده حتى يرسله لان بالارسال في جوف المصر لم يعد اليه النفرة والاستيحاش على الوجه الذي كان قبل اخذه فلا ينتسخ به حكم فعله وهذا لان ما في جوف المصر يمكن اخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة في المصر لم يحل بالرمي قال واذا انفلتت منه في الصحرا لا يقدر على اخذه الا بصيد فرماه حلال فلا باس به كما لو ارسله في الصحرا وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكانه لم ياخذه قط قال حلال ارسل كلبه على صيد في الحل فتبعه الكلب حتى ادخله الحرم فقتله فيه كرهت له اكله لما بينا ان الحل يثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان اصل الارسال في الحل وكذلك ان ادركه صاحبه حيا فاخذه واخرجه الى الحل وذبحه لانه حين اخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع بيده حيا فجواب هذا الفصل كجواب ما لو اخرج صيدا من الحرم وذبحه في الحل وان ارسل كلبه من الحرم على صيد في الحل كرهت اكله وعليه الجزا لان ارسال الكلب على الصيد اصطياد ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمي اليه سوا كما بينا قال وان ارسله في الحل على صيد في الحرم فتبعه حتى اخرجه الى الحل ثم اخذه وقتله كرهته ايضا لانه ارسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد في الحرم فخرج من الحرم قبل الاصابة قال وان اخذه من الكلب حيا في الحل فذبحه كرهت هذا الصنع ولا باس باكله في القياس لانه حين اخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل الا بذكوة الاختيار فانما المعتبر اخذه وذبحه وقد حصل ذلك في صيد الحل فلا باس باكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من اخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراما لكون الصيد في الحرم عند ذلك قال ظبي بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه حلال في الحرم فقتله فانه يكره اكله لوجوب الجزا عليه وهذا لان قوام الصيد بقوائمه واعتبار ما في الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب ترجح لانه جانب الحظر وجانب الحرمة لحق الشرع وان كان قوائمه في الحل وراسه في الحرم فلا باس باكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه وقيل هذا اذا كان قائما فان كان نائما فهذا والاول سوا لان استمساكه على الارض في حالة نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب منه في الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا في المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع اصلها لا موضع اغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام الصيد ليس بغصن الشجرة كما قال الله تعالى ما يمسكهن الا الله فاما قوام غصن الشجرة باصلها ففي حق ضمان الغصن يعتبر موضع اصل الشجرة وفي حق ضمان الصيد يعتبر الموضع الذي فيه الصيد فان كان في هوا الحرم فهذا الصيد صيد الحرم قال وان اشترك الحلال والمحرم في رمي الصيد لم يحل اكله لان اعتبار فعل المحرم يحرم والموجب للحرمة يغلب على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد قال رجل ارسل بازيا على صيد في الحرم فتبعه حتى اخرجه الى

الحل فقتله كرهت اكله لان اصل السبب ارسال البازي وقد كان محظورا فانه ارسله على صيد في الحرم فباعتباره ثبت الكراهة قال حلال اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا ثم ذبحها وذبح اولادها فليس اكلها واكل اولادها بحرام لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال في صيد الحل ولكن لا يعجبني هذا الفعل لانه لو اذن في ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاخذ السابق وقد كان ذلك حراما عليه وعليه الجزا فيها وفي اولادها لان الارسال والاعادة الى المأمن مستحق عليه فيها وفي اولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزا ولانه انما يضمن جزاء الام لازالة معنى الصيدية فيها باثبات اليد عليها وهذا المعنى موجود في ولدها وكذلك ان ادى الجزا عنها ثم ذبحها فهذا والاول سوا لانه مطالب بارسالها واعادتها الى المأمن بعد اداء الجزا لان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فاما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت في يده بعد اداء الجزا فليس عليه في ذلك الولد جزا لانه لو ماتت هي في يده بعد اداء الجزا لم يلزمه شي اخر فعرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد اداء الجزا يسري الى الولد بخلاف ما قبل اداء الجزا فان قيل فاين ذهب قولكم انه لا معتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى المأمن بعد اداء الجزا قلنا نعم لا معتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لا يجمع الاصل والبدل فيبقى بعد اداء الجزا الحق مترددا بين الارسال الذي هو الاصل وبين المؤدى من الجزا فباعتبار الاصل يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزا لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شي فلهذا لا يلزمه الجزا فيه ويتملك ذلك الصيد بما ادى من الجزا ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فلهذا لا يلزمه الجزا فيه وكذلك لو ان محرما صاد ظبية ثم حل من احرامه وهي في يده فحالها وحال اولادها كما بينا في الفصل الاول من الفرق بين ما قبل اداء الجزا وبعد اداء الجزا فان ما قررنا من المعنى يشمل الفصلين جميعا والله اعلم

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان اوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤولون وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وظن بعض اصحابنا انه غير جائز على قول ابي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية فنقول اما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ومراده ان لا يجعله لازما فاما اصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو اوصى به بعد موته يكون لازما بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوي ان عنده لو نفذ في مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصا فيما لا يكون تمليكا كالعتق فانه يجعل موقوفا على ما يظهر عند موته والصحيح ان ما باشره في المرض بمنزلة ما لو باشره في الصحة في انه لا يتعلق به اللزوم ولا يمتنع الارث بمنزلة العارية الا ان يقول في حياتي وبعد موتي فحينئذ يلزم اذا كان مؤبدا وصار الابد كعمر الموصى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت فاما ابو يوسف ومحمد قالا الوقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن الدخول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لان الوارث خلف المورث في ملكه وكان ابو يوسف اولا يقول بقول ابي حنيفة ولكنه لما حج مع الرشيد فراى وقوف الصحابة رضي الله عنهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتى بلزوم الوقف فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل احداها هذه والثانية تقدير الصاع بثمانية ارطال والثالثة اذان الفجر قبل طلوع الفجر وحجتهم في ذلك الاثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعائشة وحفصة فانهم باشروا الوقف وهو باق الى يومنا هذا وكذلك وقف الخليل صلوات الله عليه باق الى يومنا هذا وقد امرنا باتباعه قال الله تعالى واتبعوا ملة ابراهيم حنيفا والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يعني اتخاذ الرباطات والخانات وتعامل الناس من غير نكير حجة ولهذا استبعد محمد رحمه الله قول ابي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول ابي حنيفة واصحابه الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير اثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشيا ولو جاز التقليد لكان من مضى قبل ابي حنيفة مثل الحسن البصري وابراهيم النخعي احرى ان يقلدوا ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف حتى خاض في الصكوك واستكثر اصحابه من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال ولو كان ابو حنيفة رحمه الله في الاحيا حين قال ما قال لدارت عليه فانه كما قال مالك رحمه الله

رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لا يدل عليه ولكن يجري بالحلاوة ثم استدل بالمسجد فقال اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق
وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف وبهذا
تبين انه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك العبد امتناع خروجه من ملكه ثم للناس حاجة الى ما يرجع الى مصالح معاشهم ومعادهم
فاذا جاز هذا النوع من الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كالخانات والرباطات واتخاذ المقابر ولو كان
الفرق من هذه الاشياء لكان الاولى ان يقال لا يلزم المسجد ويلزم المقبرة حتى لا يورث لما في النبش من الاضرار والاستبعاد عند الناس
او كان ينبغي ان يلزم الوقف دون المسجد لان في الوقف وان انعدم التمليك في عينه فكذلك يوجد فيما هو المقصود به وهو
التصدق بالغلة وذلك لا يوجد في المسجد فكان هذا الفرق ابعد عن الحكم بما ذهب اليه ابو حنيفة هذا معنى ما احتج به محمد
وقد طوله في الكتاب ويستدلون بالعتق ايضا فيه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك وصح ذلك على قصد التقرب
فكذلك الوقف وحجة ابي حنيفة قوله عليه السلام يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست
فابليت او عملت فابقيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث بين النبي عليه السلام ان الارث انما يعدم في الصدقة التي امضاها — اوتصدقت فامضيت
وذلك لا يكون الا بعد التمليك من غيره وسئل الشعبي عن الحبس فقال جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس فهذا بيان ان لزوم الوقف
كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون
هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك ولكنا نقول
النكرة في موضع النفي تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل واستدل بعض مشايخنا رحمهم الله بقوله
عليه السلام انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فقالوا معناه ما تركناه صدقة لا نورث ذلك عنا وليس المراد ان اموال
الانبياء عليهم السلام لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويرث
من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم المنزل بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل في الحديث بيان ان لزوم الوقف من الانبياء عليهم السلام خاصة بناء على
ان الوعد منهم كالعهد من غيرهم ولكن في هذا الكلام نظر فقد استدل ابو بكر رضي الله عنه على فاطمة رضي الله عنها حين ادعت
فدك بهذا الحديث على ما روي انها ادعت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب فدك لها واقامت رجلا وامراة فقال ابو بكر رضي
الله عنه ضمي الى الرجل رجلا او الى المراة امراة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال ابو بكر اولادي فقالت فاطمة رضي الله عنها
ايرثك اولادك ولا ارث انا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فعرفنا ان المراد ان ما تركه يكون صدقة ولا يكون ميراثا عنه وقد وقعت الفتنة
بين الناس بسبب ذلك فترك الاشتغال به اسلم والمعنى فيه ان العين الموقوفة كان مملوكا قبل الوقف ويبقى مملوكا اذ غيره لم يصر
مملوكا لغيره فكان باقيا على ملكه والمملوك بعين المالك لا يكون من ضرورة بقائه مملوكا ان يكون هو المالك او غيره ولم يصر مملوكا
لغيره فكان باقيا على ملكه والوارث خلف المورث في ملكه وبيان قولنا انه يبقى مملوكا انه ينتفع به على وجه الانتفاع بالمملوكات
من حيث السكنى والزراعة وسائر وجوه الانتفاعات ولانها خلقت مملوكة في الاصل وقد تعود الى تمام الاحراز فلا يتصور اخراجها
عن ان تكون مملوكة الا بجعلها لله تعالى خالصا وبالوقف لا يتحقق ذلك وفي هذه التسمية ما يدل على انها مملوكة محبوسة وبه فارق
العتق فالادمي في الاصل خلق ليكون مالكا فصفة المملوكية فيه عارض يحتمل الدفع واذا دفع كان مالكا كما كان ومن ضرورة اثبات صفة
المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فان تلك البقعة تخرج من ان تكون مملوكة وتصير لله تعالى الا ترى انه لا ينتفع بها بشيء من
منافع الملك وان كانت تصلح لذلك وقد وجدنا لهذا الطريق اصلا في الشرع وهو الكعبة فتلك البقعة لله تعالى خالصا محررة
عن ملك العباد فالحقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث انه
لا يخرج به العين من ان يكون مملوكا منتفعا او بسبب ما به لم يخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره واذا بقيت مملوكة
لا يمتنع الارث فيها الا باعتبار حق يستحقه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما اضاف الوقف الى ما بعد الموت فانه يبقى العين على
حكم ملكه لشغله اياه بحاجته وهو عمل الايصاء على الوقف المضاف الى ما بعد الموت والمنفذ في المرض وبعد الموت قال رحمه الله تقدم
الكتاب على قول ابي حنيفة واما البيان بعد هذا اصل ما بنا عليه الكتاب حديث رواه عن صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه كانت له ارض يدعى ثمغ وكان نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به
قال عليه السلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى

وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان ياكل منه بالمعروف او يوكل صديقا
له غير متمول فيه وهذه الارض سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه رضي الله عنهم ووقع لها
وقد كانت لاملاك العرب القاب حتى كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب
وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحاب به ثم في هذا دليل ان من قصد التقرب الى الله تعالى فينبغي ان يختار لذلك انفس امواله واطيبها
حتى قال الله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وقال تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون فلهذا اختار عمر رضي الله عنه انفس
امواله واطيبها لما اراد التصدق وفيه دليل ان من اراد التقرب فالاولى ان يقدم السؤال عن ذلك وان الربا لا يدخل في هذا السواد
خلاف ما يقوله جهال المتقشفة ثم امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق باصله لا يباع ولا يورث فهو من حجة
من يقول بلزوم الوقف وقد روي عن علي رضي الله عنه انه وقف كما فعله عمر رضي الله عنه ولكنه لم يستثن للوالي شيئا وفيه دليل
على ان كل ذلك واسع ان استثنى الوالي ان ياكل منه بالمعروف كما فعله عمر رضي الله عنه وهو صواب وان لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي
الله عنه فهو صحيح ايضا وللوالي ان ياكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما ان للامام ذلك في مال بيت المال وللوصي اليتيم ذلك في
مال اليتيم اذا عمل له قال الله تعالى ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف ولكن لا يكون ان يوكل غيره من ليس في عياله الا اذا شرط الواقف ذلك
كما قال عمر رضي الله عنه او يوكل صديقا وقوله غير متمول فيه يعني يكتفي بما ياكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازي
في طعام الغنيمة يباح له ان يتناول بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والاعراض من غيره وفيه دليل ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى
المتولي وفي قوله ولا جناح على من وليه اشارة الى ذلك وقد روي انه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها قال محمد وبهذا ناخذ
اذا تصدق بها في حياته وصحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق بها في مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازال الملك بطريق التبرع ثم
لا خلاف انه لو قال تصدقت بارضي هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفا بل يكون ذلك نذرا بالصدقة اذا اتصل به الالتزام
فان عين انسانا فهو تصدق عليه يبطل بالتمليك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت ارضي هذه او حبستها او حرمتها او هي موقوفة
او محبوسة او محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فلعل مراده وقفها على ملكي لتكون مصروفة في حاجتي او على قضاء ديوني
وان قال لانسان بعينه وقفتها لك او حبستها لك او قال هي لك او حبيس فهو باطل ايضا الا على قول ابي يوسف فانه يقول يكون
تمليكا منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك وقوله وقف او حبس باطل ووجه ظاهر الرواية ان قوله وقف او حبيس تفسير لقوله لك
فيمنع ذلك تمليك العين منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله داري لك سكنى يكون عارية فان
قال هي صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين واخرجها من يده الى من يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها
ويزرعها او يدفع من غلتها ما يحتاج اليه سواها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة في الفقراء والمساكين فهي صدقة جائزة وليس
له ان يرجع فيها لاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتابيد
في جهة صرف الغلة ما بقيت الدنيا وانما يبدا من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لا تبقى منتفعا بها الا بذلك ومقصود
الواقف ان تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه السلام كل عمل ابن آدم منقطع الا ثلثة علم علمه الناس فهم يعملون
به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية الى يوم القيامة وفي بعض الروايات قال الا اربع وذكر من جملة ذلك نهرا كراه
وخانا بناه وعلى مصحفا سبله وانما يرفع من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها لانه لا يمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لا تطيب
من الاراضي الخراجية الا باداء الخراج وانما قصد الواقف ان يكون التصدق عنه باطيب المال وذلك عند اداء النوائب فلهذا يرفع
الوالي من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة وهذا ليس بتوقيت ولكن يقسم عند حصول الغلة ومن
الاراضي ما تغل في السنة مرتين ومنها ما تغل في السنة مرة فكلما حصلت الغلة ينبغي له ان يقسم ما فضل من النوائب في الفقراء والمساكين
ولا يؤخر لما في التاخير من الآفات وفي التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف وكذلك اذا جعل ارضا له مقبرة للمسلمين واذن
لهم ان يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد ما يدفن المسلمين فيها او يقبروا فيها انسانا واحدا او اكثر ان يرجع فيها لان التسليم على
قول من يشترط التسليم يتم بهذا فان ما هو المقصود يحصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك ان جعل خانا للمارة من المسلمين وخلى
بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد او اكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم يتم بهذا وهذا لانه لا يتحقق القبض من جميع
المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة للمساواة بين الكل فيما يثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع الواحد من المسلمين امانه
كامان الجماعة ثم النزول في الخان والدفن في المقبرة من مصالح الناس قال الله تعالى الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا وجاء

الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من حيث المعاش او المعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمعتمرين ويدفعها الى
ولي يقوم عليها ويسكن فيها من يرى فليس له بعد ذلك ان يرجع فيها وان مات لم يكن ميراثا وان لم يسكنها احد لانه حين سلمها الى ولي
يقوم عليها فقد اخرجها من ملكه ويده والتسليم على قول من يشترط يكون باحد الطريقين اما بان تثبت يد القيم عليها او بان يحصل المقصود
بسكنى بعض الناس فيها باذنه وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة سكنى للمساكين ودفعها الى ولي يقوم بذلك وكذلك ان جعلها
سكنى للغزاة والمرابطين في ثغر من الثغور او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى ولي يقوم به فهو جائز ولا سبيل له
الى رده لانه قصد التقرب به بما صنع فاما السكنى فلا باس بان يسكنها الغني والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج وكذلك نزول
الخان والدفن في المقبرة فاما الغلة التي جعلت للغزاة فلا ينبغي ان ياخذ منها الا المحتاج اليها لان الغلة مال يملك والتقرب الى
الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغني بخلاف السكنى وحقيقة المعنى في الفرق ان الغني غني مستغن عن مال الصدقة
بمال نفسه وهو لا يستغني بماله عن الخان لينزل فيه وعن الدفن في المقبرة فلا يمكنه ان يتخذ ذلك في كل منزل وربما لا يجد ما
يستاجره فلهذا يستوي فيه الغني والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبير فانه يستوي فيه الغني والفقير لهذا المعنى وهذا
لان الكل ليس بمال مثل الاحراز والناس يتوسعون فيه عادة ولا يحتشمون به الفقراء من الاغنياء بخلاف المتصدق بالمال ثم الواقف وان
اطلق الغزاة في سبيل الله فمراده التقرب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل عليه شرعا قال الله تعالى في اصناف
الصدقات وفي سبيل الله ثم تصرف الصدقة الى الفقراء من الغزاة دون الاغنياء والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقراء والحاجة
فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون
فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار
حقيقة اللفظ كاليتامى فحينئذ ان كانوا يحصون فالفقراء والاغنياء فيه سواء وان كانوا لا يحصون فالوقف صحيح ويصرف الى فقرائهم
دون اغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره وتمام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا قال وان
جعل ارضا له مسجدا لعامة المسلمين وبناها واذن للناس بالصلوة فيها وابانها من ملكه فاذن فيه المؤذن فصلى الناس جماعة صلوة
واحدة او اكثر لم يكن له ان يرجع فيه وان مات لم يكن ميراثا لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله
وقال عليه السلام من بنى لله تعالى مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة ولا رجوع له فيما جعله لله تعالى خالصا كالصدقة
التي امضاها ثم عند ابي يوسف يصير مسجدا اذا ابانه عن ملكه واذن للناس بالصلوة فيه وان لم يصل فيه احد كما في الوقف على مذهبه
يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولي وعند محمد لا يصير مسجدا ما لم يصل الناس فيه بالجماعة بناء على مذهبه ان الوقف لا يتم الا
بالتسليم الى المتولي وعن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط اقامة الصلوة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال
اذا صلى فيه واحد يصير مسجدا وان لم يصل بالجماعة وجه رواية الحسن ان تمام التبرع بحصول المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود
بها اغناء المحتاج ثم لا يتم ما لم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهذا المقصود من المساجد اقامة الصلوة فيها بالجماعة لان جميع
الارض موضع الصلوة وانما يتميز المساجد لاقامة الصلوة فيها بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود وجه الرواية الاخرى
ان المسجد موضع السجود فقد حصل ذلك بالصلوة فيه منفردا كان او بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم
فيجعل صلوة الواحد فيه كصلوة الجماعة وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن في المقبرة وروي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه وابن عباس
وشريح والحسن والشعبي قالوا لا تجوز الصدقة حتى تقبض وبه ناخذ فنقول لا يتم الصدقة الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله
وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولا خلاف فيه بين علمائنا
رحمهم الله في الصدقة المنفذة وقال اهل المدينة بمجرد الاعلام يكفي لذلك لما جاء في الاثر عن ابن مسعود وغيره اذا اعلمت الصدقة جازت
وجعلوا ذلك قياس العتق فان العتق يزيل المعتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الاخذ للصدقة
هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه السلام ان الصدقة تقع في كف الرحمن فيربيها كما يربي احدكم فلوه حتى يصير
مثل احد ولكنا نقول هذا في ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير اخذا كفايته من الله تعالى فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه
وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها وهذا لم يكن للمعطي منه على القابض وهذا المقصود لا يحصل
قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يد نفسه فيصير قابضا نفسه مع ان العتق متلف للملك والرق فيه
والاتلاف يتم بالمتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التمليك من الفقير وكما ان التمليك من الفقير

540

لا يتم الا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى فاما الصدقة الموقوفة على قول ابي يوسف تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده
الى يد المتولي وعلى قول محمد لا تتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولي وهو قول ابن ابي ليلى وحجته في ذلك انه ازالة الملك
بطريق التبرع فتمامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح
سببا للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به فينبغي ان يكون متبرعا في ازالة يده كما في ازالة ملكه وذلك بان لم تتم الصدقة
قبل التسليم بل هذا اولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء وفي جواز الصدقة الموقوفة ولزومها
خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا اولى قال في الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم
يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول اهل المدينة وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع
التحكم وقد بينا ان ذلك لا يجوز وابو يوسف يقول هو ازالة ملك لا تتضمن التمليك فيتم بدون القبض كالعتق بخلاف الصدقة
المنفذة فانها تتضمن التمليك وهذا لان القبض انما يعتبر من المتملك او نائبه ليتاكد به ملكه الا ترى انه لا يعتبر قبض غيره له بغير
اذنه والصدقة الموقوفة لا يملكها احد فلا معنى لاشتراط القبض فيها يوضحه ان المتولي يختاره الواقف فيده تقوم مقام
يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فانه ما اختاره وربما لم يعلم به ايضا فاذا كانت تتم بيد من اختاره الواقف فبيد الواقف اولى
بخلاف العدل في الرهن فان يده كيد المرتهن لانه لا يصير عدلا الا برضى المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه
في يد العدل ولانه حق المرتهن يثبت في العين فيمكن ان يجعل العدل نائبا عنه في قبض العين وهنا حق الموقوف عليه في الغلة لا في العين
فلا يمكن جعل المتولي نائبا عنه في قبض العين بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه واستدل محمد رحمه الله في الكتاب
بحديث عمر رضي الله عنه فانه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها وانما فعل ذلك ليتم الوقف ولكن ابو يوسف يقول فعل ذلك
لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه في اوانه او ليكون في يدها بعد موته فاما ان يكون فعله لتمام الوقف فلا وكان القاضي ابو عاصم
يقول قول ابي يوسف من حيث المعنى اقوى لمقارنته بين الوقف والعتق من حيث انه ليس في كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد اقرب الى
موافقة الاثار وعلى هذا الخان والرباط تم عند ابي يوسف بالتخلية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه احد ولا يتم عند محمد الا بالتسليم
الى المتولي او بنزول الناس فيه وكذلك المقبرة والسقاية عند محمد لا يتم الا بالتسليم الى من يقوم عليه او بان يدفنوا في المقبرة
رجلا واحدا او يسقى من السقاية رجل واحد وكذلك المسجد الا ان في المسجد تمامه عند محمد بان يصلي الناس فيه بالجماعة
لان التسليم الى المتولي في المسجد لا يتحقق اذ لا تدبير فيه للمتولي في اختيار من يصلي في المسجد او يغلقوا او الاستغلال لان المسجد قد
كراهة غلق باب المسجد
تحرز عن ذلك وكذلك لا تدبير لاحد في سد باب المسجد لانا نكره لاهل المسجد ان يغلقوا باب المسجد فكيف يعين هذا يتوقف تمامه
على اقامة الصلوة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولي تدبير في ذلك فيجعل التسليم الى المتولي تماما للصدقة ولان المقصود في سائر
وقف المشاع
الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولي في ذلك بمنزلة يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى في المسجد خالصا ولا يحصل
ذلك الا باقامة الصلوة فيه قال ولو وقف نصف ارض او نصف دار مشاعا على الفقراء فذلك جائز في قول ابي يوسف لان القسمة
من تتمة القبض فان القبض للحيازة وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة ثم اصل القبض عنده ليس بشرط في الصدقة الموقوفة فكذلك
ما هو من تتمة الوقف وهذا لان الوقف على مذهبه قياس العتق والشيوع لا يمنع العتق فكذلك لا يمنع الوقف لان العتق لا يتجزى
عنده لما في التجزي من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد في الوقف فيحتمل التجزي ويتم مع الشيوع في القدر الذي وقفه
واما عند محمد لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان على مذهبه اصل القبض شرط لتمام الوقف فكذلك ما يتم به القبض
وتمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لا تتم في مشاع يحتمل القسمة كالهبة وتتم في مشاع لا يحتمل
القسمة لانه بالقسمة يتلاشى ولا يكون القسمة فيه جائزة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز في مشاع لا يحتمل القسمة ولا تجوز فيما
يحتمل القسمة ما لم يقسم وعلى هذا الخان والرباط والمقبرة والمسجد والسقاية يعني فيما يحتمل القسمة انه لا يتم مع الشيوع عند محمد فاما
المسجد والمقبرة لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان بقاء الشركة يمنع تكون البقعة لله تعالى خالصا ولانا لو جوزنا ذلك ودعت
الحاجة الى المهايأة فيقبر فيه الموتى في سنة ثم ينبش في السنة الاخرى ويزرع لمراعاة حق الملك ويصلي الناس في المسجد ويتخذ
اصطبلا في وقت اخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقي منه ملكا وفيما صار منه وقفا
فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يؤدي الى تضاد الاحكام بل يستغل ويقسم الغلة على قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك
لو جعل جميع الارض او الدار لذلك ثم افرز من ذلك او اخرجه من ملكه ثم استحق بعضه شائعا بطل في الكل ورجع الباقي اليه في حياته والى وارثه بعد

وقامه لان بالاستحقاق تبين بطلان تصدقه في القدر المستحق لانه لم يكن مملوكا له يوميد ولا اجازه مالكه ولو جاز في القدر
المملوك كان لزومه ابتدا في الجزء الشايع وقد بينا ان ذلك لا يجوز فيما يحتمل القسمة وهذا بخلاف ما اذا فعله في مرضه ثم مات
ولا مال له سواه فابطله الوارث فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحا لان حق الوارث انما يبطل بعد الموت فابطاله في القدر
الذي ابطله يقتصر على هذه الحالة فلا يتبين به ان ابتدا الوقف في الجزء الشايع واصل هذا الفرق في الهبة والصدقة المنفذ
فان رجوع الوارث في البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقي لانه شيوع طارئ فكذلك في الصدقة الموقوفة
وان استحق بعضه مميزا بعينه كان ما فعله جايزا فيما بقي ماضيا لوجهه لان هذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقي وان المستحق مميز
مما بقي فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحق احدهما وكذلك الحكم في الصدقة المنفذة اذا كان المستحق مميزا تقررت الصدقة فيما بقي
وكذلك الحكم في الهبة بخلاف ما اذا استحق جزءا شايعا ولا فرق عندنا في استحقاق الجزء الشايع بين ان يكون المستحق كثيرا او قليلا
لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك او كثر قال واذا كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة
على بعض الوجوه التي وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جايزا لان مثله في الصدقة المنفذة جايزة اذا تصدق
رجلان على واحد والمعنى فيها ان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين
بها والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سوا ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها
شايعا على حدة صدقة موقوفة وجعل لها واليا على حدة ومثله في الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعا
على رجل وسلم ثم تصدق الاخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شي من ذلك وهنا لان قبضه في نصيب كل واحد منهما لاقى جزءا شايعا
فكذلك قبض كل واحد من الوليين هنا لاقى جزءا شايعا قال ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين
وجعلا الوالي كذلك رجلا واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمام الصدقة بالقبض والقبض يجتمع فقد حصل قبض الكل
من واحد في محل عين والدليل على ان المعتبر هو القبض في الهبة والصدقة المنفذة فانه لو باشر ذلك مع الرجل في النصف
ثم في النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يجز وكذلك ان جعلاها جميعا الى رجلين لان الولي
هنا كولي واحد حيث جعلها كل واحد منهما والباقي صدقة فانما يلاقي كل واحد منهما جزءا شايعا الا ترى ان في الرهن لو ان رجلين
رهنا عينا من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قالا على ان نصيب احدنا رهن عند احدهما ونصيب الاخر عند الاخر لم يجز
وكذلك في الهبة والصدقة المنفذة ولو وهبا من رجلين او تصدقا عليهما جاز عند ابي يوسف ومحمد ولو قالا ان نصيب احد
الواهبين لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر لم يجز فكذلك في الصدقة الموقوفة قال ولو تصدقا بها على واحد فوكل
المتصدق عليه رجلين فقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب احدهما خاصة فقبضا ذلك معا جاز وان كان القابض اثنين لانهما
انما قبضاها لواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعا حكما وان كان متفرقا صورة
فان قيل ففي الصدقة الموقوفة الواليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغي ان يجوز وان تفرق المواليان لاتحاد جهة الصرف
قلنا لا كذلك بل كل واحد من الواليين عامل لمن جعله في الباقي صدقة ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار
كل واحد منهما في صدقته على حدة كان قبض كل واحد منهما في جزء شايع ولو تصدق بها على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق
عليهما رجلين كل واحد منهما بقبض ما تصدق به عليه احد الرجلين دون الاخر فقبض الوكيلان جميعا او احدهما قبل صاحبه جاز
ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل منهما نايب موكله في القبض ولو قبض الموكلان معا او احدهما يقبض المتصدق قبل
صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة من جانب المتصدقين وتمامها عند قبض الاخر منهما فكذلك الوكيلان الا ترى انه لو كان
المتصدق والمتصدق عليه واحدا فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سوا وان قبضا احد النصيبين كان
لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبضا نصيب الاخر قبل رجوع الاول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منهما في الكل
ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا بها رجلا واحدا فقبض
نصيبهما مجتمعا ومتفرقا كانت الصدقة جايزة لانه حين قبض الكل فلا شيوع في المحل وان كان قبض نصيب احدهما فله ان يرجع فيه ما لم
يقبض نصيب الاخر لما بينا ان قبضه في نصيبه لاقى جزءا شايعا فلا يتم به الصدقة قال فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه
لان الصدقة في نصيبه لم يتم بقبض الوكيل نصيب الاخر كان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه فان مات فهو ميراث
عنه فان قبض الوكيل نصيب الاخر كان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه فان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل

نصيب الاخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة في نصيبه وصار ميراثا للورثة
فلو جازت الصدقة في النصف الاخر بالقبض بعد ذلك كان في جزء شايع وذلك غير جايز ويستوي ان كان قبضه باذن الثاني او بغير
اذن الثاني بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة في نصيب الاول موقوف على ان يتم بتمام القبض وذلك حصل بقبضه نصيب
الثاني فلهذا تمت الصدقة في الكل قال وان كانت دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمها اليه او الى وكيله ثم تصدق
الاخر عليه ايضا بنصيبه وسلمه اليه او الى وكيله لم يجز شي من ذلك لانهما صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه في كل واحد
من النصفين لاقى جزءا شايعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الاخر بنصيبه عليه ايضا وقد اذن كل واحد منهما له في القبض
فقبضهما جملة جاز لما بينا ان المانع افتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكان الصدقة منهما عليه جملة بعقد واحد وكذلك لو
قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده او بيد وكيله فهو جايز لان قبضه ثم حين قبض نصيب الاخر منهما وقبض وكيله له كقبضه
وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الاخر اصلا فتعين جهة البطلان
في نصيبه الاول ثم قبض نصيب الثاني بعد ما بطل حكم الصدقة في نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثاني لملاقاته جزءا
شايعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الاخر فيتوقف حكم الصدقة في نصيب الاول على تمام القبض
وقد تم ذلك بقبض الثاني توضيحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثاني فانما يعتبر حكم قبضه
فيما يمكن منه خاصة وهو جزء شايع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض الثاني فيجعل ما تفرق من قبضه كالمجتمع لتمكنه من
قبض الكل قال واذا كانت الارض لرجل او رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلماها الى رجل واحد وجعل احدهما
وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده ونسلهم ابدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت عليها للمساكين وجعل الاخر نصيبه
وقفا على اخوته واهل بيته فاذا انقرضوا كانت عليه في الحج يحج بها في كل سنة او كان المتصدق واحدا جعل نصف الارض مشاعا
على الامر الاول ونصفها على الامر الاخر فكذلك جايز لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على اي الوجوه فرقوا
غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض فكذلك جايز لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد واذا كان الوالي واحدا فهو
يقبض الكل جملة فيتم الصدقة في الكل بقبضه ثم تفرق جهات الصدقة لا يفرق الصدقة الا ترى ان المتصدق لو كان واحدا
وفرق الغلة منها ما بعضها في الحج وبعضها في الغزو وبعضها في اهل بيته وبعضها في المساكين كان ذلك صدقة جايزة فكذلك
اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفا وهذا كله قول محمد فاما عند ابي يوسف الصدقة الموقوفة في
جميع هذه الوجوه جايزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة فالحاصل ان ابا يوسف توسع في امر الصدقة الموقوفة
في قوله الاخر غاية التوسع وفي قوله الاول ضيق فيها غاية الضيق كما هو قول ابي حنيفة فقال لا يلزم في الوجوه اصلا وتوسط قول
محمد في ذلك ولهذا افتى عامة المشايخ فيها بقول محمد فيما توسع فيه ابو يوسف انه لا يشترط التابيد فيه حتى لو وقفها على جهة يتوهم
انقطاعها صح عنده وان لم يجعل اخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وذلك يتابد كالعتق واذا كانت
الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوقف على العقد موجبه والتوقيت في هذا العقد كالتوقيت في البيع فكان مبطلا وابو يوسف يقول
المقصود هو التقرب الى الله تعالى والتقرب تارة يكون في الصرف الى جهة يتوهم انقطاعها لا تخرج الصدقة لتحصيل مقصود
الواقف ومن ذلك انه لو جعل مصرف الغلة لنفسه ما دام حيا فذلك جايز عند ابي يوسف ايضا اعتبارا للابتداء بالانتهاء
يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه في الانتهاء فكما يجوز ذلك في الانتهاء يجوز ان تقدم نفسه
على غيره في الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه السلام
ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فاما عند محمد اذا جعله وقفا على نفسه او جعل شيا من الغلة لنفسه ما دام حيا فالوقف باطل وهذا
مذهب اهل البصرة لان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة او بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحا وكذلك
لو شرط الغلة لامائه فهو كاشتراطه لنفسه ولكن ذكر محمد انه اذا اشترط الغلة لامهات اولاده فهو جايز وهذا على اصل ابي
يوسف غير مشكل وعلى قول محمد هو مستحسن على ما نبينه بعد هذا ومن ذلك اذا شرط في الوقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا
شاء ذلك فهو جايز عند ابي حنيفة وعند محمد وهو قول اهل البصرة الوقف جايز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع
من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا
فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا

مثله قال ولو شرط الخيار لنفسه ثلاثة ايام في الوقف فعلى قول ابي يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع في
الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل وهو قول محمد وقال ابو يوسف بن خالد السمتي الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك الى
مالك فيكون بمنزلة الاعتاق واشتراط الخيار في العتق باطل والعتق صحيح وكذلك في المسجد اشتراط الخيار باطل واتخاذ المسجد صحيح فكذلك
في الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع اشتراط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلا للوقف بمنزلة الاكراه على
الوقف ثم تمام الوقف على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض الا ترى انه في الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار وبه
فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط اقامة الصلوة فيه بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فلهذا كان مسجدا ثم شرط
غير معتبر في اتخاذ المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه في الوقف مراعى وما يتعلق الجائز من الشروط فالفاسد من الشروط يبطله وابو يوسف
يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ ببعض الاسباب واشتراط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع في انه يجوز اشتراط الخيار فيه وهذا
في الحقيقة بناء على الاصل الذي ذكرنا له فانه يجوز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز ان يشترط الخيار لنفسه ثلاثة
ايام ليروي النظر فيه قال فان خرب ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلوة فيه فعلى قول ابي يوسف لا يعود الى ملك الباني ولكنه
مسجد كما كان وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى ملك وارثه وان كان ميتا لانه جعل هذا الجزء من ملكه محررا الى قربة بعينها فاذا
انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدي ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء قال ولو اشترى حصير
المسجد او حشيشا فوقع الاستغناء عنه كان له ان يصنع به ما شاء وابو يوسف يقول لما زال العين عن ملكه وصار لله تعالى خالصا فلا يعود
الى ملكه بحال كما لو اعتق عبده وهذا لان القربة التي قصدها لم تنعدم بخراب ما حولها فان الناس في المساجد شرعا سواء فيصلي في هذا
الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول في الحصير والحشيش انه لا يعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد اخر بالقرب من ذلك المسجد
الاحصار لم يزل عن ملكه مثل الذبح واستدل ابو يوسف بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج
موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد وفي الحقيقة انما ينبني هذا على ما بينا فان
ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا
ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون
مسجدا وحكي ان محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول
المدة ومر ابو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد
منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ما هو من رسم الصكوك في ذلك يذكر
في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك ما يتصل بالوقف فمنه انه ذكر في المصارف وعلى ذوي الحاجة من موالي فلان بن فلان
ومواليه ولم يبين الاسفل او الاعلى وتأويل هذا فيما اذا كان فلان من ملك العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف بهذا
اللفظ لا يصح ما لم يبين الاعلى او الاسفل على قياس الوصية فانه لو اوصى لموالي فلان ولفلان موال اعتقهم او اعتقوه لا يصح الوصية
ما لم يبين الاعلى من الاسفل او الاعلى منصوص عليه في الوصايا في الجامع فكذلك الوقف ومن ذلك انه اشترط فيه ان يرفع الوالي من غلته كل عام
ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤنتها وارزاق الولاة عليها ووكلائها واجور وكلائها ممن يحصدها
ويدوسها وغير ذلك من نوائبها لان مقصود الوقف استدامة الوقف وان يكون المنفعة واصلة الى الجهات المذكورة في كل وقت ولا
يحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير الشرط عندنا الا انه لا يؤمن جهل بعض القضاة فربما يذهب
رأي القاضي الى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر واذا اشترط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثق فينبغي ان يكتب على
احوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل ومن ذلك قال وان مات القيم فيه من جهة الواقف فالامر الى الموقوف عليهم يقيم
فيه من احب ولا اشكال في جواز هذا الشرط على اصل ابي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الولاية لنفسه في الاستبدال بالوقف ففي
نصب القيم اولى وكذلك عند محمد لانه لا يجوز شرط الاستبدال بالوقف لما فيه من شرط اعادة العين الاولى الى ملكه وذلك لا يوجد
هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له نصبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار انه جعل منفعتهم كمنفعته فاشتراط رأيه في
نصب قيم اخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالوقف ولا معتبر بانه مات بعد واوصى الى غيره فوصيه بمنزلته لان الواقف نصبه ليكون
ناظرا له محصلا لمقصوده وقد عجز عن ذلك بموته فيكون ناظرا له في الاستعانة بغيره بعد موته كما ان للوصي ان يوصي الى غيره فيشترط ذلك في
الكتاب للتحرز عن هذا قال وان مات ولم يوص الى احد فالرأي فيه الى القاضي لانه نصب ناظرا لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت

وصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالرأي في نصب القيم الى القاضي قال ولا يجعل القيم من الاجانب ما وجد من اهل بيت الواقف
وولده ممن يصلح لذلك لانه لو لم يذكر هذا الشرط كان للقاضي ان ينصب اجنبيا اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود الواقف ان يكون ذلك
في اهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوبا اليه ظاهرا او لان ولده اشفق عليه وعلى اسبابه من غيره فيذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضي
عن خلاف شرطه قال وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى اجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه لانه بدون الشرط لا يستحق على
القاضي ان يفعل ذلك والانتهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام الا ترى ان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء كذا هنا في البيع كذلك
فاذا ذكر هذا في كتابه وجب على القاضي مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما اثمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان لا يصلح لذلك
انفع وان خاف ان يبطل بعض القضاة وقفه ونقضه واحب ان يحرز من ذلك ففيه طريقان احدهما ان يكتب في صكه فان ابطله قاضي
او غيره بوجه من الوجوه فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان
القاضي انما يبطل عند خصومة وارثه وغيرهم لايصال المنفعة اليه وذلك ينعدم بما يذكره الواقف فلا يشتغل احد بابطاله والوقف
يحتمل التعليق بالشرط فانا في الاصل اثبتنا جوازه بعد الموت والتعليق بالشرط يليق به والوجه الثاني ان الواقف بعد تمام الوقف
بالتسليم الى المتولي يخاصم فيه الى قاضي يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضي القاضي باجازته فينفذ قضاؤه لانه قضى عن اجتهاد في محله
وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما ان يكون اجازته في نسخة على حدة ويشهد الشهود على ذلك او يكتب ذلك في آخر صك الوقف والذي
جرى الرسم به الآن انهم يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لا يحصل باقراره لانه لا يكون حجة في حق الذي يرى ابطاله وربما يكتبون وقد
رفع ذلك الى قاض من القضاة وهذا كذب ان لم يكن رفع الى احد ولا رخصة في الكذب والمقصود لا يتم به ايضا فربما يذهب اجتهاد قاض
الى ان القضاء والاجازة من المجهول لا يعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرنا قال ولا يجوز ان يوقف على تجهيز الرجال بالكراع والسلاح
والنفقات في سبيل الله تعالى ومن في ذلك صكا وهذا لانه من باب القربة والطاعة فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة
لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه السلام الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى ان يقاتل آخر عصابة من امتي الدجال فلهذا يجوز الوقف
على هذه الجهة قال وان كان في الضيعة مماليك وازواج واولادهم يعملون فيها فوقفها بهم وسماهم جاز ذلك لان المقصود
وهو الغلة يعلم بحصول الوقف وان كان يختص بالعقار فيجوز ان يثبت في المنقول تبعا للعقار وعلى هذا الآلات اذا ذكرها في الوقف

وقف المنقول

يثبت فيها حكم الوقف تبعا وهو كالشرب والطريق يدخل في البيع تبعا وان كان لا يجوز البيع فيه مقصودا ثم في وقف المنقول مقصودا
اختلاف بين ابي يوسف ومحمد ذكره في السير الكبير والجواب الصحيح فيه ان ما جرى العرف بين الناس فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف
وذلك كثياب الجنازة وما يحتاج اليه من القدور والاواني في غسل الميت والمصاحف والكراع والسلاح للجهاد فقد روي انه جمع
في خلافة عمر رضي الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على افخاذها حبيس في سبيل الله تعالى وهذا الاصل معروف ان ما تعارفه الناس وليس في عينه
نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قال
واذا وقفها على امهات اولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى لكل واحدة منهن كل سنة شيئا معلوما في حياة فلان وبعد

شرط لنفسه

وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز وهذا على اصل ابي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه في حياته جاز فلامهات
اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حياته بمنزلة اشتراطه
لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه لسائر
الاجانب فيجوز ذلك في حياته ايضا تبعا لما بعد الوفاة كما قال ابو حنيفة واصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي يتعلق به اللزوم
وكذلك ان سمى ذلك لمدبريه لانهم يعتقون بموته كامهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد وابو يوسف يجوز ذلك
كله وانما يشترط ما لم يتزوجن لانه مقصوده توفير المنفعة عليهن ما دمن في بيته مشغولات بخدمة اولاده وذلك ينعدم بالتزوج
او مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن لعجزهن عن الكسب ويختص ذلك بما قبل التزوج فمن تزوجت تستحق النفقة على زوجها فلهذا قال
ما لم يتزوجن قال فان جعل الرأي في توزيع الغلة على الفقراء والقرابة في الزيادة والنقصان الى القيم جاز ذلك لان رأي القيم
قائم مقام رأيه وكان له في هذا التفصيل عند الوقف رأي فيجوز ان يشترط ذلك للقيم بعده وهذا لان المصارف تتفاوت في الحاجة فاختلاف
ذلك بالزيادة والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض عنه فلهذا جوز له ان يجعل الرأي في ذلك الى القيم وان كتب
لامهات اولاده وجواريه اللاتي جعلهن حرائر بعد موته كما بينا انه يتصدق عليهن في حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين
حدودها ومواضعها يسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر ما يكفيها ما عاشت فاي امرأة منهن تزوجت او خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل

فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن وكذلك جاز من اعتبار السكنى بالغلة فان الغلة بدل المنفعة واذا صح منه هذا الشرط لهن في الغلة فكذلك في المنفعة وهذا لان مقصوده ايضا لحاجتهن اليه لكيلا تضعن بعده وربما تكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد اعطاهن في حيوته من المال ما يكفيهن وانما وضع هذه المسايل في امهات الاولاد لا لان الحكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات يرجعن الى دور ابائهن ولا كذلك امهات الاولاد في دار الاسلام فلهذا ذكر المسايل فيهن قال وان لم يجعل من بقي منهن كان ذلك بينا على فخر ابي حنيفة رضي الله تعالى ولكن هذا الشرط يجوز عند ابي يوسف في الحيوة والموت لما بينا انه يتوسع في امر الوقف فلا يشترط التابيد فاشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد التابيد شرط للزوم الوقف في الحيوة فاشتراط العود الى الورثة بعدهن هذا الشرط يكون مبطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه وتعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى وكذلك في حق امهات الاولاد اذا مات هو وان كتب انه جعل لهن في حيوته واوصى لهن بعد وفاته لكل واحدة منهن بخادمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمى ما جعل لكل واحدة منهن من ذلك وبين قيمته وورثته وانه قد جعل لها في حيوته وصحته ودفعه اليها واوصى له بعد وفاته يجوز الوصية من الثلث فلا يجوز في الحيوة عندهم جميعا اما عند محمد لا يشكل وعند ابي يوسف لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ليست من اهل الملك فلا يصح التمليك منهن الا باعتبار حريتهن وذلك بعد وفاته فعرفنا انه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق لا تمليك بالوقف احدا شيا ولكن يخرج العين عن ملكه بجعله موقوفا عليهن لحاجته الى السكنى وذلك يتم منه في الحال فاذا كان صحيحا حين اخرج الوقف من ملكه ثم ذلك معتبر من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لا يعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بان جعل اخره وقفه على جهة لا تنقطع فاما اذا كانت بحيث تعود اليه والى ورثته بعد وفاته لا يتم زواله عن ملكه فانما يبقى عليهن منه ذلك لا يجوز في حيوته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى يعتبر بالثلث من ماله والله اعلم ٥

كتاب الهبة ٥

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املا اعلم ان الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول اظهر فان قوله او ردوها يتناول رد عينها وانما يتحقق ذلك في العطية وقال تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيا مريا واباحة الاكل بطيبة نفوسهن دليل جواز الهبة والسنة حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولانه من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابوا ثم الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك يثبت لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد البيع بل اولى لان هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فاذا كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد اولى وحجتنا في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا على ما نذكر اقاويلهم في الكتاب ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتاثيره ان عقد التبرع ضعيف في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو موته في الوصية لكون الموت منافيا لملكه وتسليمه في الهبة لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره يوضحه ان له في ازالة ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق ما لم يتبرع به عليه وهو اليد ولو ثبت الملك للموهوب له قبل التسليم وجب على الواهب تسليمه اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات والصدقة كالهبة عندنا في انه لا يوجب الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافا لمالك وفي الصدقة خلاف بين الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم فكان علي وابن مسعود رضي الله عنهما يقولان اذا اعلمت الصدقة جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضي الله عنهما يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن شريح وابراهيم النخعي فيه روايتان ذكرهما في الكتاب فاخذنا بحديث ابن عباس وحملنا قول علي وعبد الله بن مسعود على صدقة الرجل على ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضا له والاصل فيه قوله عليه السلام يقول ابن ادم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فقد شرط النبي عليه السلام الامضا في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا في كتاب الوقف ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القرابات وذلك افضل لما فيه من صلة الرحم واليه اشار النبي عليه السلام

فقال افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولهذا بدا الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضي الله عنه قال من وهب لذي رحم محرم هبة فقبضها فليس له ان يرجع فيها وذكر بعد هذا عن عطا ومجاهد عن عمر رضي الله عنه قال من وهب هبة لذي رحم فليس له ان يرجع فيها ما لم يثب منها والمراد بقوله ذي رحم محرم فقد ذكر في بعض الروايات وهذا لانه نص صلة القرابة المتايدة بالمحرمية دون القرابة المتجردة عن المحرمية وهو كما تبين في القران في قوله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام اي اتقوا الارحام ان تقطعوها وقال تعالى وتقطعوا ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله فاصمهم واعمى ابصارهم والمراد بقوله ذي الرحم محرم الرحم المتايد بالمحرمية ثم الحديث دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض لانه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا في ان الوالد اذا وهب لولده ليس له ان يرجع فيها كالولد اذا وهب للوالد وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم او لما في الرجوع والخصومة فيه من قطيعة الرحم والولاد في ذلك اقوى من القرابة المتايدة بالمحرمية وفيه دليل ان من وهب لاجنبي هبة فله ان يرجع فيها ما لم يعوض منها لقوله عليه السلام ما لم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضي الله عنه امامنا في المسلمين فنحتج بقوله على الخصم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينما دار الحق فعمر معه وان ملكا لينطق على لسان عمر وعن عائشة رضي الله عنها قالت نحلني ابو بكر رضي الله عنه جداد عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت حمد الله واثنى عليه ثم قال يا بنية ان احب الناس الي غنى انت واعزهم علي فقرا انت واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من نخلي بالعالية وانك لم تكوني حزتيه ولا قبضتيه وانما هو مال الورثة وانما هما اخواك واختاك قالت فقلت انما هي ام عبد الله يعني اسما قال انه القي في نفسي ان في بطن بنت خارجة جارية ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه نحلها ارضا له وفي هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوي في ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين وفيه دليل ان الهبة لا تتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان ابا بكر رضي الله عنه ابطل لعدم القبض والحيازة جميعا بقوله وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا اي جعله في حيزه وحاز كذا اي جعله في حيزه بالقسمة ولو حملناه على القبض هنا كان تكرارا وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة اولى من حمله على التكرار وفيه دليل ان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان ابا بكر رضي الله عنه باشرها ولكن لا يحصل الملك الا بعد القبض ولا تقول الهبة قبل القبض باطلة وفيه دليل ان التسليم كالتمليك المبتدا لان ابا بكر امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع عن ايثار بعض ورثته بشيء من ماله بطريق التبرع ولكن طيب بالها لا بتدا اما الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلة الرحم اسما اعان ولم على بره وبدا كلامه بالحمد والثنا على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصا في وصيته ثم تكلم بقوله ان احب الناس الي غنى انت واعزهم علي فقرا انت اي اشدهم من تفضيل الغني الشاكر على الفقير الصابر ولا شك ان ابا بكر كان يحب لها اعلى الدرجات ولكن المذهب عندنا ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه السلام اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين وقال عليه السلام الفقر ازين بالمومن من العذار الجيد على خد الفرس وكذلك ابو بكر رضي الله عنه اختار الفقر لنفسه حتى انفق جميع ماله على رسول الله فعرفنا انه انما قال ذلك تطييبا لقلبها او حبا لغناها لعجزها عن الكسب وظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال احب الناس الي غنى انت واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من نخلي بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقا في ذلك الموضع من ماله قال وانما هو مال الورثة وفيه دليل ان حق الوارث يتعلق بالمال بمرض الموت وهو معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وما سوى ذلك فهو مال الوارث او قال ذلك باعتبار انه ماله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون وانما هما اخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطييب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يسعني عنك فاشكل على عائشة قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختا واحدة وهي ام عبد الله فقال ابو بكر رضي الله عنه انه القي في نفسي ان في بطن بنت خارجة جارية يعني ام حبيبة امراته وكانت حاملا وفيه دليل ان الحمل من جملة الورثة وانه لا باس للانسان ان يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان ابا بكر رضي الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجما بالغيب فان ما في الرحم لا يعلم حقيقته الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام ولهذا قيل افرس الناس ابو بكر رضي الله عنه حيث تفرس في حبل امراته انها جارية فكانت كما تفرس وتفرس في عمر رضي الله عنه حين استخلفه بعده وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما قالا اذا وهب الرجل لابنه الصغير هبة فاعلمها فهو جائز وبه ناخذ فان حق القبض فيما يوهب للصغير الى الاب ولو كان الواهب اجنبيا فكذلك اذا كان هو الواهب يصير قابضا له من نفسه فتتم الهبة بالقبض ولا بد من الاعلام ليحصل التصدق به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوما وهو معنى ما روي عن شريح رحمه الله انه سيل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه ٥ والمراد الاعلام فالاشهاد في الهبة ليس بشرط للتمام وانما ذلك للتوثق حتى يمكن الولد من اثبات ملكه بالحجة بعد موته على ساير الورثة وعن ابراهيم قال الرجل والمراة بمنزلة ذي الرحم المحرم اذا وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه ناخذ لان ما بينهما من الزوجية

نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين من غير حجب وتمنع قبول الشهادة لكل واحد منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفي الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة والزوجية لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده وهذا كان مانعا من الرجوع فيما بين القرابات وقال في الرجل يهب لامرأته او لبعض ولده وهو في عياله ان ذلك جائز اذا اعلمه وان لم يقبض ذلك الموهوب له وبه ياخذ ابن ابي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له في عياله صح في قبضه الهبة كما في الصغار ولسنا ناخذ بذلك لانه لا بد من نوع ولاية له عليه ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كانوا في عياله الا ترى ان الغني يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك بالاعلام ما لم يسلمه اليه وعن عطاء بن السائب عن شريح انه سأله عن الحبس فقال انا اقضي ولست افتي قال فاعدت المسألة فقال لا حبس عن فرائض الله تعالى وبه ياخذ من يقول لا ينبغي للقاضي ان يفتي وهذا فصل تكلم فيه العلماء فمنهم من يقول في العبادات لا باس بان يفتي وفي المعاملات لا يفتي كيلا يقف الخصم على مذهبه فيشتغلون بالحيل على مذهبه ومنهم من يقول لا يفتي في مجلس القضاء وله ان يفتي في غير مجلس القضاء لانه لو اشتغل بها في مجلس القضاء وكل واحد منهما امر عظيم فربما لا يمكن الخلل في احدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين له ويدع الفتوى لغيره والاصح عنه انه لا باس له ان يفتي اذا كان اهلا لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون يقضون بين الناس ويفتون والقضاء في الحقيقة فتوى الا انه فتوى فيها الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتيا الا ترى ان شريحا افتى لما اعاد السوال بقوله لا حبس عن فرائض الله تعالى وهو دليل لابي حنيفة في ان الوقف لا يتعلق به اللزوم وقد روي هذا عن ابن مسعود رضي الله عنه بعينه في الوقف وعن ابن عباس وشريح قالا جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس وهكذا عن الشعبي وفيه بيان انه كان معروفا فيما بينهم ان الوقف لا يتعلق به اللزوم وعن ابن عمر رضي الله عنه قال ما بال احدكم يتصدق على ولده بصدقة ولا يحوزها ولا يقسمها يقول ان مات كانت له وان مات هو رجعت الي وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها وله يقسمها ثم مات الا صارت ميراثا للورثة وهكذا نقل عن عثمان رضي الله عنه وفيه دليل ان الصدقة لا تتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة في هذا الحديث القبض فانه قرنها بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كان تكرارا ولو حملناها على القبض كان مستفادا بكل لفظ فايدة جديدة وفيه دليل انه اذا مات بعدما تصدق على ولده قبل ان يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتاويله اذا كان الولد بالغا وهو حجة على ابن ابي ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الاب او لا يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقبضها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثا عن الاب بعد موته وعن علي رضي الله عنه قال اذا وهبت المراة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هي ادعت انه استكرهها فان وهب لها شيئا فليس له ان يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده ان الدعوى من المراة انها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لاعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه امرأته والمراة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المراة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته وفيه دليل ان الهبة من المكره لا تصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يعدم الرضا قال ومن وهب هبة مقسومة لذي رحم محرم فليس له ان يرجع فيها وهما فصلان احدهما اذا وهب لاجنبي شيئا فله ان يرجع في الهبة عندنا ما لم يعوض منها في الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعي ليس له ان يرجع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية قال لا يحل فهذا نفي الرجوع او حرمه ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعا وقال عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وفي رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه والعود في القيء حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تمليك فمطلقه لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع فيما كان بين الوالد والولد باعتبار ان الولد كسبه على ما نبينه او انه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها عوضه وهذا لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له جزئية فلا يرجع احدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين وحجتنا في ذلك حديث علي موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب على معنى انها كانت له كالرجل يقول كلنا خبز فلان الخباز وان كان قد اشتراه منه لانه مد هذا الحق الى الوصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى فحيوا باحسن منها او ردوها يدل على ذلك فقد بينا ان المراد بالتحية العطية قال القايل

تحييهم بيض الولايد بينهم

يريد عطاياهم وفي حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام من وهب هبة ثم اراد ان يرجع فيها فليوقفه وليعرف قبح فعله

وفي رواية

وفي رواية حسن فعله فانا اثني عليه والمراد حسن فعله في الهبة وقبح فعله في الرجوع وعن فضالة بن عبيد ان رجلين اختصما اليه فقال احدهما اني وهبت لهذا بازيا ليثيبني فلم يثبني فانا ارجع فيه فقال فضالة له لا يرجع في الهبة الا النساء والاشرار من الناس وعن ابي الدرداء رضي الله عنه قال الواهبون ثلثة رجل وهب على وجه الصدقة فليس له ان يرجع فيها ورجل استوهب فوهب له فله ان يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب بشرط العوض فهي دين على صاحبه في حياته وبعد موته والمعنى فيه انه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وبيان ذلك ان المقصود من الهبة للاجانب المكافاة والعوض والرجوع في ذلك الى العرف والعادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لو قد نصف لما ادري صدقة ام هبة فالصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والهبة يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة ومنه يقال الايادي قروض قال القايل واذا جوزيت قرضا فاجزه انما يجزي الفتى ليس الجمل وبهذا تبين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد على معنى ان المعروف كالمشروط لا يقال انما يقصد العوض في التجارات فاما المقصود بالهبة اظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضا مقصود فانما يمكن الخلل في بعض المقصود وذلك يكفي للفسخ مع ان اظهار الجود مقصود كرام الخلق ولهذا يقول الراجع في الهبة لا يكون من كرام الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما قال عليه السلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة فاما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضا ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس في سبيل الله ثم راى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك والشرا لا يكون رجوعا في الصدقة حكما والمراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعانا وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب والمراد بالحديث الاخر لسنة في معنى الاستقباح والاستقذار الا ترى انه شبهه بعود الكلب في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه يستقبح وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين وان وجد حصول ما هو المقصود هناك وتمكن الخلل من حيث ان السبب تمكن الخلل في المقصود هنا ولهذا احتاج الى القضاء او الرضا في الرجوع لانه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث ان السبب تمكن الخلل في المقصود فلا يتم الا بقضا او رضا والفصل الثاني اذا وهب الوالد لولده فليس له ان يرجع فيه عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه السلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن النهي اباحة وفي حديث النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان تشهد على ذلك رسول الله فحملني على عاتقه الى رسول الله واخبره بذلك فقال عليه السلام اوكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه السلام هذا جور وانا لا اشهد على جور اردده فقد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرجوع وادنى احوال الامر ان يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده ومعنى هذا ان الولد كسبه قيل في معنى قوله تعالى ما اغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه السلام وان ولده من كسبه وتقرير ما بينا انه لا يخرج له عن ملكه اذا كان الموهوب له كسبا كالموهوب به واذا كان الموهوب جزءا منه فلا يشكل انه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد ان يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالملك بالاستيلاد فانه يثبت للاب في جارية ابنه ولا يثبت للابن في جارية ابيه وحجتنا ما روينا من حديث عمر رضي الله عنه وهو الامام لنا في المسلمين ولان الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لابيه او الاخ لاخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان في الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود في حق الوالد مع ولده لانه ما لم يرجع يحمله على العقوق وانما امر الوالد ان يحمل ولده على بره ولا يقال مقصود الوالد ان يخدمه الولد فلما رجع فالظاهر انه لم يصل الى ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفي لا يبنى الحكم عليه وهو موجود في الولد اذا وهب لوالده فالظاهر انه قصد ان يخصه بالاكرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لمكاتبه او معتقه لا يرجع فيه وهو كسبه ايضا وهذا لان الولد كسبه لا ملكه بخلاف عبده فاما الحديث فقد قيل معنى قوله الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا قد تكون بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا اي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطا اي ولا خطا ومراده الا الوالد فانه ينفرد بالاخذ عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير قيل قوله وانا ابن سبع سنين وقوله حملني على عاتقه لم ينقل في شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغا ولم يسلمه اليه وعندنا في مثله له ان يرجع ويحتمل انه كان صغيرا

ولكن يعرض ذلك الى رسول الله ليمضيه له ان راه صوابا ومعنى قوله عليه السلام اردده اى امسك مالك وارجع الى رحلك وقيل هذا كان
منه بطريق الوصية بعد موته الا ترى انه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية فى الوصية بعد الموت فاما فى الهبة فى الصحة فلا الا ترى
ان ابا بكر رضى الله عنه خص عايشة بالهبة لها فى صحته كما روينا والدليل عليه ان النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع اى فى وصيته
وفى هذا التاويل كلام فالمذهب انه ينبغى للوالد ان يسوى بين الاولاد فى العطيه عند محمد على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين
وعند ابى يوسف يسوى بين الذكور والاناث قال عليه السلام ساووا بين اولادكم حتى فى القبل ولو كنت مفضلا احدا لكنت مفضلا
لفضلت الاناث والاعتماد على التاويل الاول وذو الرحم ليس بمحرم كالاجنبى فى حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا
لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح وكذلك المحرم ليس برحم لانه لا ياثم للرضاع والمصاهرة فى استحقاق الصلة فكانت
الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له ان يرجع فيها ان كانت قايمة لم تزد خيرا والموانع من الرجوع فى الهبة اما اخذ العوض
لان المقصود به تقدم وفى قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وان يزداد الموهوب فى يديه خيرا فانه حق الرجوع
فيما تناوله الهبة وتلك الزياده لم يتناولها الهبة ولا ساق الرجوع فى الاصل بدون الزيادة المتصله وهذا بخلاف ما لو زاد فى سعر
لان ذلك ليس بزيادة فى العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فاما العين على حاله كما كان ومنها ان يخرج الموهوب من
ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع فى الملك المستفاد بالهبة على معنى ان بالرجوع ينتهى ذلك الملك
فلا يمكن اثباته فى ملك اخر ومنها ان يموت الواهب فليس لورثته ان يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلفه ورثته
فيما لم يكن على ملكه عند موته ومنها ان يموت الموهوب له لان الموهوب الملك ينتقل من الموهوب الى وارثه ولو انتقل الملك
فى حيوته الى غيره لم يرجع الواهب فيه فكذلك بعد موته قال فان مات احدهما اما الواهب واما الموهوب له قبل التسليم بطلت
الهبة لان تمام الهبة بالقبض وكان القبض فى الهبة كالقبول فى البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما ان موت احدهما بعد الايجاب قبل
القبول يبطل البيع فكذلك الهبة قال وان كان الموهوب حاضرا فى المجلس فقبضه الموهوب له باذن الواهب ملكه وان قبضه بغير
اذنه فى القياس لا يملكه وفى الاستحسان يملكه نص على ذلك فى الزيادات وجه القياس ان العين باقية على ملك الواهب وليس لاحد ان
يقبض ملك غيره بغير اذنه فكان متعديا فى القبض لا متملكا ولان ايجاب العقد لا يكون اذنا فى القبض وان كان المبيع حاضرا حتى لا يسقط
حق البايع فى الحبس بل اولى فان هناك قد ملكه المشترى بالعقد فانما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك بالعقد ووجه
الاستحسان ان القبض فى الهبة كالقبول فى البيع ثم ايجاب البيع يكون اذنا فى القبض لان مقصود الموجب انما يتم به وذلك يكون فى
القبض فكان فى القبض تحصيل مقصوده فلهذا جعلناه مسلطا للموهوب له على ذلك اذا كان الموهوب حاضرا بخلاف البيع فالقبض هناك
لاسقاط حقه فى الحبس ولم يكن ذلك مقصوده بالبيع وانما كان مقصوده ان يسلم العوض له فلهذا لا يجعله بايجاب البيع راضيا بسقوط حقه
فى الحبس وان لم يكن الموهوب حاضرا فى المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا بغير اذن الواهب لا يملكه وان قبضه باذن الواهب
فقياس الاستحسان الاول ان لا يملكه ايضا لان القبض هنا بمنزلة القبول فى البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك باذن الموهب
كان او بغير اذنه فكذلك القبض هنا وفى الاستحسان يملكه لان العقد انعقد لوجود الايجاب والقبول والقبض يحتاج الى ذلك ليتقوى
به السبب فيكون موجبا للملك وذلك حاصل بعد الافتراق وانه يحتاج الى القبض الى اذن المالك صريحا او دلالة فاذا كان الموهوب
غايبا لم يثبت الاذن بقبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه باذنه ملكه والاصل فيه ما روى ان النبى عليه السلام لما نحر هدايا
قال من شاء ان يقتطع فليقتطع وانصرف وكان اذنا بالقبض فحصول ملكه بالقبض فلان يصح ذلك فى المعلوم كان اولى وله ان يرجع قبل ان
يقبضه الموهوب له سوا كان حاضرا او غايبا اذن له فى قبضه او لم ياذن له ويرده القوى بالرجوع لان الملك لم يحصل للموهوب
له فكان الراجع مستديما للملكه والملك المالك ينفرد باستدامة ملكه فاما بعد القبض لا يرجع فى الهبة الا بقضا او رضا بمنزلة الاخذ
بالشفعة لان الراجع يعيد الى ملكه ملكا هو لغيره فلا ينفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع ملكه
فكان الفصل بينهما الى القاضى كما فى الاخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامراته قال واذا اودع الرجل الرجل شيئا ثم لقيه فوهبه له
وليس الشى بحضرتهما فالهبة جايزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض جديد لان الشى فى يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها
كانشائها بعد قبول الهبة وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيه الامانة تنوب عنه بخلاف الشرا فان المودع لو اشترى الوديعة
من المودع وليست بحاضرة لا يصير قابضا بنفس الشرا لان القبض بحكم الشرا قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب
عن القوى وكذلك هذا فى العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستاجر قبض امانة كقبض المودع او اقوى منه قال والنحل والعمرى والعطيه

بمنزلة الهبة فيما ذكرنا لان هذه عبارات عن شى واحد وهو التمليك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه الا ترى ان لفظ
الفارسية والعربية فيه سوا والاصل فيه ما روى ان النبى عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط يعنى شرط العود اليه بعد موت الموهوب له
اما الصدقة اذا تمت بالقبض فليس له ان يرجع فيها سوا كانت لقرابته او لاجنبى لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل ذلك
ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن
للمعطى فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع فى ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم ذلك فى الصدقة فلهذا لا يرجع فيها ويستوى فى
الهبة حكم الرجوع وان كان الموهوب له مسلما او كافرا لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان
قريبا له فالمقصود صلة الرحم وفى حق المسلم والكافر سوا قال واذا وهب عبدا لاخيه ولاجنبى وقبضاه فله ان يرجع فى نصيب الاجنبى
اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فى نصيب الاجنبى مقصوده العوض ولم ينل ذلك قال وان وهب لاخيه هبة وهو عبد وقبضها فله ان
يرجع فيها لان الملك بالهبة للمولى فالعبد ليس من اهل الملك والمولى اجنبى فعرفنا ان مقصوده العوض والمكافاة ولم ينل ذلك
ولانه انما يخاصم فى الرجوع المولى باعتبار ان الملك واليد له فلا يتمكن بينهما قطيعة الرحم اذا كان المولى اجنبيا قال وان وهب لعبد
اخيه هبة فله ان يرجع فيها فى قول ابى حنيفة وفى قول ابى يوسف ومحمد ليس له ان يرجع فيها قولهما ان الملك بحكم الهبة وقع لذى الرحم
المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لانه وان اضاف العقد الى العبد فالمقصود المولى وهو قريبه فعرفنا ان قصده صلة
الرحم الا ترى انه لو اوصى لعبد وارثه او لعبد قاتله كان ذلك كالوصية لمولاه حتى لا يصح ولانه فى الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفى
مخاصمته فى الرجوع قطيعة الرحم وابو حنيفة يقول الصلة ما تمت لذى الرحم المحرم عقدا وملكا فيكون له ان يرجع فيها كما لو كان وهب
لاخيه وهو عبد لغيره وهذا لان الرجوع باعتبار العقد والملك حتى اذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا
لا رجوع والعقد هنا للعبد الا ترى ان القبول والرد يعتبر منه دون المولى وان المعتبر فيه دين العبد حتى اذا كان الموهوب خمرا صحت الهبة
اذا كان العبد كافرا وان كان مولاه مسلما والملك بحكم الهبة يقع للعبد على احد الطريقين لان الحكم انما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه
حاجة العبد حتى يقضى منه ديونه ثم ينتقل الى المولى عند استغناء العبد عنه لانه مالك لرقبته فيخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث وعلى
الطريق الاخر الملك يقع للمولى وهو بطريق الخلافة عن العبد لانه ليس باهل للملك فيخلفه القابل فى ذلك مولاه وهو نظير الطريقين فى الوكيل
بالشرا اذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو اجنبى فلم ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه اذا لم يعوض
فان قيل فاذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه الى المولى ينبغى ان لا يثبت حق الرجوع فيه قلنا هذا لو كان القابض له ملكا مستقرا وهو ليس من اهل
ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوما فلا يكون مانعا من الرجوع فان قيل كيف تقصد الهبة من العبد العوض وهو ليس من اهل
ان يعوض فينبغى ان لا يثبت الرجوع فى الهبة من العبد اصلا لعلمنا انه لم يقصد العوض به كما لا يرجع فى الهبة من الفقير قلنا العبد من اهل
يعوض بمنافعه وخدمته ومن اهل ان يعوض بكسبه عبدا اذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض
وهذا بخلاف الوصية فالبطلان هناك لا شارة بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات
المقصود بالعقد فان العوض مقصود لعقد التبرع ايضا فانما ينظر الى من وقع العقد والملك له فانما كان اجنبيا ثبت حق الرجوع له لانه
لم ينفك عن قصد العوض وان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان اخو لابيه عبدا لاخته لامه فقد ذكر الكرخى عن محمد
ان فى قياس قول ابى حنيفة له ان يرجع فيه ايضا لانه لا معتبر بقرابة العبد فى المنع من الرجوع بدليل الفصل الاول وبه فرقا وما لو كان العبد
اجنبيا سوا وكان ابو جعفر الهندوانى يقول لا يرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا انه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصيصه هذا
العبد من عبيد مولاه دليل على انه قصد صلة الرحم دون القبض قال والحربى دخل علينا بامان وله عندنا اخ مسلم فوهبا احدهما لصاحبه شيا
وسلمه فلا رجوع له فيه لان المقصود لا يختلف بكون احدهما مسلما او مستامنا ولان الرحم مع المحرمية مانع من الرجوع فى الهبة كما انه موجب العتق
عند دخوله فى ملكه ويستوى فيه المستامن والذمى والمسلم وكذلك فى حق الرجوع فان لم يقبض الموهوب له حتى رجع الحربى الى دار الحرب
بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب حرسا كموته فان من فى دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت وموت الموهوب له قبل القبض
فتبطل الهبة وكذلك ان كان الحربى هو الواهب فقد بطلت الهبة ويبقى المال على ملكه موقوفا حتى يحضر هو او نايبه فياخذه ولا يبعث به الى دار
الحرب بمنزلة مال خلفه فى دارنا وهذا لبقا حكم الامان فى المال الذى خلفه هنا فان كان الحربى اذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه الى
دار الحرب جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لانه لما صار بمنزلة الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه فى القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن فى
القبض وهذا لانه اذن له فى قبض متمم للهبة وذلك لا يكون الا مع بقايه حيا حقيقة وحكما ووجه الاستحسان ان اذنه فى القبض باق بعد لحاقه

لان ابتداء اذنه في قبض هذا المال بعد لحاقه معتبر فانه لو ارسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلان يبقى اذنه كان اولى واذا بقي اذنه جعل في الحكم كانه سلمه اليه بنفسه وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقي ان هناك المال صار حقا لوارثه وليس له اذن معتبر في ملك الغير وهذا المال بقي موقوفا على حقه فكان اذنه معتبرا فيما يملك بالقبض باذنه استحسانا قال رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها لانها لما كانت اجنبية منه حين وهب لها علمنا ان مقصوده العوض ولم ينل ذلك فان قيل بل كان مقصوده ان يتزوج نفسها منه وقد حصلت فينبغي ان لا يرجع في الهبة قلنا هذا ليس بمقصود شرعي في باب الهبة فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك فقد وجب عليه البدل فلا يعتبر ذلك في المنع من الرجوع في الهبة قال وان وهب لامرأته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية بينهما عرفنا انه لم يكن مقصوده العوض فلهذا لا يرجع قال رجل وهب لابنه الكبير عبدا وهو في عياله ولم يسلمه اليه او وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول من في عياله تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه ان الصغير اذا كان في عيال اجنبي فوهب لهو له او لغيره منه وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى انه يعوله ولكنا نقول لا ولاية على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شيء فكان هو كالاجنبي في ذلك ولانه متبرع في الانفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالانفاق على بعض المساكين وعولهم فلا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة ٥ والهبة بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه وهكذا نقول فمن يعول يتيما انما نعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا الموهوب له ولي بنفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله وفي حقه كما اذا كان الصغير في عيال اجنبي وله اب او جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله في اتمام الهبة له قال وكل شيء وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جايز والقبض فيه باعلام ما وهبه له لا بالاشهاد عليه والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز عن جحود ساير الورثة بعد موته او عن جحوده بعد ادراك الولد اياه اتفقوا على ذلك فالهبة تامة بدون الاشهاد وكذلك ان كان هذا الولد في عيال امه لان لها عليه نوع ولاية الا ترى انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة والصدقة في هذا قياس الهبة لان تمام كل واحد منهما بالقبض قال وان كان اليتيم في عيال امه فوهب له عبدا واشهدت عليه وابوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حيا لان في القبض معنى الاحراز والحفظ وللام ولاية حفظ مال اليتيم فكانت في قبض الهبة كالاب وكذلك ان كان اليتيم في عيال عمه فقبضه العم له وان كان له اخ فقبض الاخ له قبض ايضا لانه يستوي بالاخ في ثبوت ولاية الحفظ له فيما له فكان ذلك محض منفعة له وبسبب قرابة القريب ثبت هذا القدر من الولاية وقرابة العم كقرابة الاخ ثم باعتبار قرابة العم يكون اليتيم في عياله فتتم الهبة له بقبضه وكذلك ان كان اوصى فوهب له هبة ٥ وهو في عياله فاشهد على ذلك واعلمه جاز وقيل مراده وصي الام او الاخ فاما وصي الاب والجد فله ان يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله او لم يكن لانه قائم مقام الموصي في الولاية في ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له او غيره قال فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس بوصي له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الصبي احد سواه جاز له ان يقبض ما يوهب له استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع في تربيته والانفاق عليه فكان كسائر الاجانب فيما ينبني على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتمحض منفعة لليتيم فمن يعوله خلف عن وليه الا ترى انه احق بحفظه وتربيته لو اراد اجنبي انتزاعه منه لم يكن له ذلك وانه يسلمه في تعليم الاعمال فيكون في ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وانما اثبتنا هذه الخلافة توفيرا للمنفعة على الصغير لانه يقرب الى المنافع ويبعد عن المضار وفي قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت ان له ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب له واعلمه وابانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوي ان كان الصبي يعقل او لا يعقل وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا ولكن الجواب ان نقول يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه كالصغير يعني لا ولاية له على نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يسعى عليه بماله لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يعتبر هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل قال وكل يتيم في حجر اخ او ابن اخ او عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذي يعوله اذا كان هو صغيرا لا يحسن القبض وكذلك ان كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه ففي القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعي لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ خصوصا فيما امكن تحصيله له بغيره ولا يتحقق الضرورة ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحة اسلامه واعتبره في وصيته واختياره احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه كما ظاهر انه لا يتم نظره في عواقب الامور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المضرة ٥ والمنفعة فاما فيما يتمحض منفعة لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا ان في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه كما اذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره نعتبر

عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقين ثم العادة الظاهرة بين الناس التصدق على الصبيان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر اصل من الاصول كبير ولان حقيقة القبض توجد منه وهو محسوس فانما يسقط اعتباره في حقه حكما لحجر شرعي ولا حجر عليه فيما يتمحض منفعة له قال والصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه يعولها فان قيل الولاية عليها للاب دون الزوج قلنا نعم ولكن الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وجهازها وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن بهذا لا ينعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضه لقيام ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لما بينا ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق عرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير اولى بها من ابيها وان كانت لم تزف الى زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج والاب عليها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة قال ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان ٥ الاب حيا حاضرا لان من هو الاصل في هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف في ذلك فان كان الاب غائبا غيبة منقطعة جاز قبض الاخ عليه ان كان في حجره لان الولاية للاب عليه باعتبار توفير المنفعة عليه وذلك برأي حاضر لا بمجرد الرأي فاذا غاب غيبة منقطعة فقد خرج الصغير من ان يكون منتفعا برأي الاب فيصير هو كالمعدوم فيكون ولاية القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضانة والانفاق من المال فانه لا يعتبر بمال الجد ما دام الصغير منتفعا بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله جعل في حكم المعدوم اصلا الا ترى ان التيمم لما جعل خلفا عن الماء في حكم الطهارة فحال عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فهو في حجر الرجل وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه في النظر له فكان هو منتفعا برأي ابيه بخلفه القائم مقامه ولو كان منتفعا برأي ابيه بان كان حاضرا لم يجز قبض الاخ فهذا مثله وهذا لما بينا ان بمجرد قرابة الاخ لا يثبت له الولاية بدون اليد واذا كان في عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولا مستحقة حتى انه ليس له ان يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يد مستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذي يقبض الهبة والله اعلم ٥

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال واذا وهب الرجل لرجل نصيبا مسمى من دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعا او سلم اليه جميع الدار لم يجز يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وقال الشافعي يقع الملك وتتم الهبة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر الى موضع المسجد فوجده بين اسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب اسعد نصيبه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهبا الرجلان نصيبهما منه ايضا فبنى المسجد وقال صلى الله عليه وسلم للذي اتاه بكبة من شعر فقال اخذت هذه من الغنيمة لاخيط بها برذعة بعيري اما نصيبي منها فهو لك فقد وهب المشاع وعن انس بن مالك رضي الله عنه انه جوز الهبة في المشاع ولانه عقد تمليك المال فيصح في المشاع كالبيع وتأثيره ان الجزء الشايع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط في المحل المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصودا او موجبا لهبة الملك مقصودا ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشايع ولان الشايع الشيوع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندي ولان الهبة عقد تبرع فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع صحة الوصية وهي تبرع بعد الموت فكذلك التبرع في الحياة ولا يمنع القرض ايضا فانه لو دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفها قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته يجوز ذلك ويحصل القرض بطل اعتباركم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوع يتم انه ينتقل الضمان الى المشتري بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف واعتمادنا في المسألة على اجماع الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم فقد روينا في اول الكتاب شرط القسمة عن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه من وهب ثلث كذا او ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه ان شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعى وجوده على اكمل الجهات التي يمكن كشرط استقبال القبلة في الصلوة لما كان منصوصا يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلوته والحطيم من البيت من وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان

القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه
فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تتمة القبض الا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشتري كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات
المشتري كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشتري فان للمشتري ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالبعض
بالشراء فعرفنا ان القسمة من تتمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأتى فيه القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة لا يكون حيازة لان المقصود
الانتفاع وبالقسمة يتلاشى فعرفنا ان القسمة فيه ليس من تتمة القبض ولان اشتراط اصل القبض في وقوع الملك هنا للمعنى الذي يوجد
في القسمة وهو ان لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه في المتبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك
لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه
لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة فان قيل يستوجب به المهايأة قلنا المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لا في العين ولم يكن ذلك تمام
في عين ما تبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد
التبرع وضمان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا ترى ان شرى القريب اعتاق وان
كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشرى وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة ولان اصل القبض هناك
لا يشترط لوقوع الملك فكذلك ما يتممه وبه فارق الوصية فاصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما يستحق هناك ضمان
التسليم على المالك يستحق ضمان المقاسمة ايضا والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى كان المستقرض مضمونا بالمثل فلا يبعد
ان يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص عليه اعني وجوده على الكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه
بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان وحديث الكبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه
المبالغة في النهي عن الغلول لا التمليك الا تصيبي فكيف اطيب لك هذه الكبة من الغنيمة الا ترى انه ليس لواحد من الغانمين ان يهب نصيبه قبل
القسمة لانه لا يدري ان يقع نصيبه او كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة من الشعر اذا قسمت على جيش عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع
به وحديث المسجد فذكر الواقدي ان ابا بكر رضي الله عنه هو الذي اشترى موضع المسجد باثني عشر دينارا ولان ثبت الهبة فيحتمل ان اسعد رضي
الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة وهذا عندنا يجوز فان المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى
لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل يجوز قال ولو وهب احد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعا
فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا ايضا وقال ابن ابي ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فهذا
يقتضي ان الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق فان المرأة ندبت الى ان تترك الكل للزوج والزوج ندب الى ان يسلم الكل اليها وذلك
من كل واحد هبة في المشاع وعن ابي الساع مولى عطاء قال اقرضت ابن عمر رضي الله عنه خمسمائة درهم فقضاني في كيس فوجدت فيه زيادة على
حقي بما اسقلت في بعض لعله حربي بهذا فاتيته فاخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة المشاع في الزيادة من الشريك ولان المانع
ضمان الاستحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز في الهبة من الشريك وحجتنا في ذلك ما بينا ان اشتراط القسمة في الهبة فيما يحتمل
القسمة كاشتراط القبض وفي ذلك يستوي الهبة من الشريك ومن الاجنبي وكذلك في القسمة وهذا لان القبض في الهبة لا يتم في الجزء
الشايع بقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لتمام العقد كما يعتبر فيما
تناوله العقد دون غيره فاما الاستدلال بالاية قلنا العفو حقيقة اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم في العين كل واحد منهما مندوب
الى العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في ان يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس في الاية ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله
عنه فمن وجد اكثر ما يستوفي اكثر من حقه بمنزلة الفضل يأتي به ليرده ويحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر وعندنا هذا يجوز قال
ولو وهب دارا لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد تجوز لان العقد والتسليم لاقى بنفسهما فان
حصل في الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لانه لا يمكن الشيوع باعتبار تفريق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشيء يعقبه كالشيوع
الذي ينبني على ملك يقع للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ في الهبة كما لو رجع الواهب في النصف ولان المعنى استحقاق
ضمان الاستحقاق المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما ولان تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل
القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى وكذلك الاجارة عند ابي حنيفة لا تصح مع الشيوع ثم اذا اجر داره من رجلين يجوز
فكذلك الهبة وابو حنيفة يقول بقبض كل واحد منهما لاقى جزءا شايعا وذلك يمنع موجب الملك فيما يحتمل القسمة حكم الهبة كما لو وهب النصف
من كل واحد منهما بعقد على هبة وهذا لان تأثير الشيوع باعتبار القبض لا تتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم

قبضه مع الشيوع والدليل عليه ان المانع تمكن الشيوع في الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل
جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهبا احدهما نصيبه من زيد والاخر نصيبه من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع في الملك
المستفاد بالهبة وان وهبا فثبت ان المانع هذا وهو موجود في الهبة من رجلين والدليل على ان المعتبر جانب التملك دون المالك حكم
الشفعة فان رجلين لو اشتريا دارا من واحد كان للشفيع ان يأخذ نصيب احد المشتريين بالشفعة لتفرق الملك في جانب التملك ولو
باع رجلان من واحد لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما البايعين لعدم تفرق الملك في جانب المالك فظهر بهذا ان المعتبر جانب التملك
لا جانب المالك ولا اعتماد على انتفاء ضمان المقاسمة على الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على ان يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه
ونصيب الاخر للاخر لا يجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن لان المانع هناك تمكن الشيوع في المحل فان موجب
الرهن الحبس والحبس في الجزء الشايع لا يتأتى وفي الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس يثبت لكل واحد منهما في الكل حتى لو قضى
دين احدهما لا يكون له ان يسترد شيئا من الرهن ما لم يقبض دين الاخر وهذا لانه لا مضايقة في الحبس فانه يجوز ان يكون الشخص الواحد كله
محبوسا بدين زيد وكله محبوسا بدين عمرو وكذلك العين الواحد وههنا موجب العقد الملك ولا يتأتى اثباته بكماله لكل واحد منهما
فعرفنا ان كل واحد منهما يملك جزءا شايعا وهذا بخلاف الاجارة فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء
الشايع وذلك لا يوجد في الاجارة من الرجلين او المانع استحقاق عود المنفعة المستأجر الى يد الاجر في مدة الاجارة بحكم المهايأة وذلك
لا يوجد في الاجارة من الاثنين ولهذا اجاز اجارة احد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ثم قال في الاصل وكذلك في الصدقة وهذا
يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه لا يجوز عند ابي حنيفة كالهبة وفي الجامع الصغير قال لو تصدق على فقيرين بعشرة دراهم
يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة
من الفقير صدقة والصدقة على الغني يكون هبة والاظهر ان في المسئلة روايتين ووجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض
كالهبة وقبض كل واحد منهما لاقى جزءا شايعا فلا يتم به الصدقة كما لا يتم به الهبة ووجه الرواية الاخرى ان المتصدق يجعل ماله لله تعالى
خالصا ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما يملكه الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى بعدما تمت الصدقة من جهته واذا تصدق على رجلين
فلا شيوع في الصدقة لانه جعل جميع العين لله تعالى خالصا بخلاف الهبة الا ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى
اذا اوصى بثلث ماله صدقة على الفقراء يجوز بخلاف ما لو اوصى به لقوم لا يحصون من الاغنياء وكذلك اذا اوصى بنصفه لفلان ونصفه للفقراء
ولفلان فنصفه لفلان واعتبر للفقراء اسم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء قال وان وهب رجل دارا لرجلين
لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها وقبضاها لم يجز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز عند محمد وهذا على اصل ابي حنيفة لا يشكل فانه عند
الاطلاق لا يجوز فهذا عند التفصيل اولى وانما الخلاف بينهما لو قال على ان يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن سماعة
في نوادره فابو يوسف يقول كان التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا
بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر لفائدته لا لعينه فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف
الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال ان يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا فاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال
فيجب اعتباره واذا اعتبر يفرق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شايع على حدة وقاس بالرهن فانه لو رهن من رجلين
مطلقا يجوز واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يفرق العقد الا ان هناك يستوي ان فضل او سوى في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل
حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد يقول العقد والتسليم
من الواهب جملة وان فضل وفصل فيجوز اذا اطلق او سوى في التفصيل وهذا الوجهين احدهما ان الاطلاق في الهبة كالتفصيل
حتى لو وهب لرجلين عبدا لا يحتمل القسمة فقبل احدهما دون الاخر يجوز كما لو فصل فالعقد والثاني ان العقد متى كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل
لا يتفرق في عقود التمليكات كما في البيع فان رجلا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشتري العقد في احدهما لا يجوز ولو قبل
فيهما ثم نقد الثمن في احدهما لا يكون له ان يقبض ما نقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل واحد منهما ثمنه فعرفنا ان بالتفصيل لا يتفرق العقد
فالشيوع باعتباره لا يقترن بالعقد فيما يكون طاريا بعد الملك للموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن فالمانع تمكن الشيوع
في المحل فيما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند التفصيل وان كانت الصفقة واحدة الا ترى انه لو رهنه عبدا بدينين
نصفه باحد الدينين ونصفه بالدين الاخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا تمنع صحته لتمكن الشيوع فيما هو موجب العقد
وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما قال ولو وهب احد الشريكين نصيبه من الدار من اجنبي لم يجز لان الايجاب والتسليم لاقى جزءا

شايعا فانما اورد هذا الاشكال وهو ان يقال المقاسمة هنا لا تستحق على المتبرع انما تستحق على الشريك ولكن قد بينا ان هذا المعنى لا يمنع
في جميع العقود كالهبة من الشريك تجوز ذلك وان الحرف الذي تمسك ان القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة قال وان وهب رجل
لرجلين الفا لاحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه فذلك لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز عند محمد وهذا وما تقدم من هبة الدار
اذا فصل وفضل سوا قال رجل وهب دينارا له على رجل وامراته بقبضه جاز ذلك استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث في يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا اضيف الى ما ليس
بمال لا يصح ولا يصح باعتبار ماله كما لو وهب مسلم خمرا من مسلم باعتبار ماله وهو التخلل والدليل عليه ان بيع الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال فالهبة مثله او اولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ولا وجه
لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض اضيف اليه العقد لا غير ووجه الاستحسان انه انابه في القبض مناب نفسه فيجعل
قبض الموهوب كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز فكذلك اذا امر ان يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان في باب
الهبة المعتبر وقت القبض فان الملك عنده يثبت بدليل ما بينا من فصل الشيوع وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب
فكذلك في الهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل في الحكم كانه هو بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة
الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم
يجز بيعه ثم ان الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز ولو وهبه منه جاز فعرفنا انه مال قابل
للتمليك حكما ولهذا يجب الزكوة فيه قبل القبض والشرط في عقد التمليك ان يضاف الى محل قابل له وقد وجد ثم لزومه بالقبض وعند
القبض محل الهبة هو عين فيتم العقد قال رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز لانه ليس في يده كاليد بعقد لازم
مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضا له ولو ملك البيع ولانه يبطل حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب
عبده غاصب ثم وهبه لابنه لانه ليس في يد المغصوب منه حقيقة ولا حكما فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن بتفويت يد المغصوب منه
بخلاف الوديعة اذا وهبها من ابنه الصغير لان يد المودع في الحكم كيد المودع فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده
فان قيل فقد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا في الحقيقة اليد له
للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضا لنفسه ثم انما قامت يده مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذلك قبل
التمليك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه ولو باعه بيعا فاسدا وسلمه او باعه بشرط الخيار للمشتري ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز
لانه خرج من ملكه بتصرفه فاما ان وهب ما لا يملك ولان اليد للغير حقيقة وحكما حين كان في ضمان الغير قال ولا تجوز الهبة للمكاتب كما
لا يجوز عتقه لانه تبرع محض ولو اجازه المولى فكذلك لان اجازة المولى انما تعمل فيما يملك المولى انشاه وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب
قال رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف او ما في ضروعها من اللبن لم يجز ذلك لان الصوف واللبن ما دام متصلا بالحيوان
فهو ليس بالمقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التمليك مقصودا لا يتم فيما ليس بمال مقصود فان امره بجز الصوف وحلب اللبن
وقبضه له استحسنت ان اجيزه وهذا لوجهين احدهما ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل التمليك بدليل جواز الوصية به
وجواز الصلح عليه عند ابي يوسف في الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا كان قبضه بعد الجز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم
فيه الهبة كما بينا في الدين والثاني ان امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان
الفصل فيكون ذلك بمنزلة الشايع وقد بينا انه لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم مقسوما تمت الهبة فهذا مثله وكذلك الشجر والزرع
اذا حصد فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا قال ولا تجوز هبة العبد المأذون لانه منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات
فان اجازه مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فيملك باجازته ايضا وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازه
المولى والغرما لان حق الغرما في دينهم لا يسقط باجازة الهبة فلا يعتبر اجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا يعمل اجازته ايضا قال
ولو وهب له ما يثمر النخل العام لم يجز لانه معدوم في الحال والمعدوم ليس بشي واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو فان قيل اليس كذلك فالوصية
بما يثمر نخيله العام صحيح قلنا الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصي في الملك من عزائمه ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك
فيه على القبض وهنا العقد عقد التمليك فلا بد من اضافته الى ما هو مملوك ليعتبر والملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف
واللبن فانه موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمتنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند التسليم وذلك لا يوجد في الهبة
ثم الجزاز والحلب والقبض في اللبن في وسعه فيمكن ان يجعل نائبا فيه عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فاما في الايجاد في الثمار ليس له

قال وكذلك لو وهب له ما في بطن جاريته وهي حبلى او ما في بطن غنمه فهو باطل من اصحابنا من يقول ان امره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي ان يجوز
استحسانا كما في الصوف واللبن والاصح انه لا يجوز لان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه
فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن ومعنى هذا الفرق ان ما ليس في وسعه يكون تأخير الملك
الى قبضه لا لتعليق الهبة بالخطر وذلك غير جائز وما في وسعه يكون تأخير الملك الى قبضه لا لتعليق الهبة بالخطر وذلك جائز قال ولو اعتق ما في
بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها اليه جازت الهبة في الام وان باعها لم يجز بيعه لانه باع جاريته واستثنى ما في بطنها لم يجز البيع ولو وهبها
واستثنى ما في بطنها جازت الهبة في الام والولد والاستثناء باطل واصله ان استثناء ما في البطن ينقسم الى ثلثة اقسام قسم منها لا يجوز اصل
التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الام دخول الولد فيه واستثناء موجب العقد في هذه العقود مبطل للعقد
لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجانبين من الشرط فالشرط الفاسد يبطله وقسم منها يجوز التصرف فيه ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع
والصلح عن دم العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل فيه ما روي عن النبي عليه السلام
انه اجاز العمرى وابطل الرقبى وقسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان في حكم الوصية ما في البطن كانه شخص على حدة حتى يجوز
افراده بالوصية فيجوز استثناؤه ايضا لانه غير مبني على السراية بخلاف العتق فاذا عرفنا هذا فنقول في البيع لو استثنى ما في البطن قصدا لم
يجز البيع وكذلك اذا صار مستثنى حكما بنفوذ العتق فيه وفي الهبة لو استثنى ما في البطن قصدا لم يجز الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما وذكر
في كتاب العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز وقيل في الفصلين روايتان والاصح في الروايتين لا يجوز فيهما لان الموهوب
مشغول بما ليس بموهوب في ملك الواهب فكان ذلك في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فاما العتق فانه يزيل ملك العتق فاذا وهب الام بعد
اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب تمت
الهبة فكذلك هنا قال ولا يجوز للاب ان يهب من مال ابنه الصغير شيا لانه صار نائبا عن الصغير في التصرف في ماله لتوفر المنفعة عليه وذلك
بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب كما لو طلق امرأته قال عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين في رقبته يباع
فيه الا ان يودي عنه مولاه الذي في يده ومعنى قوله لا يجوز ان الهبة لا تتم وللغرماء ان يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء ثابت
على حقه في ماليته وفي تمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في اصل التمليك ابطال حقهم فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا بحق الغرماء
على الوجه الذي كان في ملك الواهب لانه اقامه مقام نفسه في ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه فلهذا لو قضى الموهوب له دينه
كان سالما له لان تمكن الغرماء من ابطال ملكه هو لقيام دينهم وقد وصل الى الغرماء حقهم قال فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فـ
للغرماء ان يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب لانه هو الذي اتلف حقهم بالتمليك من الموهوب له والتسليم فيضمن ضمان قيمته كما
لو اعتقه قال ولو وهب له ما في بطن امته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز وقد بينا الفرق بين هذا وبين هبة الدين
والصوف على ظهر الغنم وفي الكتاب قال من قبل انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الانفصال لا يكون ولدا الا ترى انه
لو وهب له دهن سمسم قبل ان يعصر وسلطه على قبضه اذا عصر او وهب له الزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة قبل الطحن والسمن في
اللبن قبل ان يمخض فهذا كله باطل لانه هبة المعدوم فان الدهن حادث بالعصر والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له
وهذا لان قبل الطحن في الحنطة والدقيق عين الحنطة وكون الشي الواحد شيين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم وكان
لغوا بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز في الوصية لانه خلافة وليس بايجاب للملك ثم قال في بعض النسخ وكذلك اللبن في الضرع شاة
والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قال قبل هذا في الصوف واللبن اذا اذن له في الحلب والجز وقبض ذلك جاز استحسانا وقد بينا
بطلان الفرق بينهما قال واذا وهب الرجل للرجل نصف عبد او ثلثه وسلمه جاز لانه مما لا ينقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل
القسمة صحيحة فاذا وهب جزءا مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع فيما لا يحتمل القسمة اصلا بخلاف ما يحتمل القسمة
فانه يحتاج فيه الى التصرف الى القسمة ولا يبطل اصلا فلا يتحقق فيه الضرورة قال وان وهب عبده لرجلين او وهب رجلان لرجل او وهب
احدهما نصيبه لشريكه او لاجنبي وسلمه فهو جائز كله لان الموهوب معلوم ولا اثر للشيوع في المنع من الهبة في هذا المحل وان قال لاحد
الشريكين لرجل قد وهبت لك نصيبي من هذا العبد ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة الموهوب وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة بينه
وبين الشريك الآخر ولان المجهول لا يجوز تمليكه بشي من العقود اصلا قصدا قال ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين او نصف
ثوبين مختلفين او نصف عشرة اثواب مختلفة زطي ومروي وهروي ونحو ذلك جاز لان مثل هذه الثياب لا يقسم قسمة واحدة فكان هذا
نصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب ليس يحتمل القسمة في نصيبه وكذلك الدواب المختلفة على هذا فان كان ذلك من نوع واحد يقسم قسمة

والحوض والدواب كذلك فاما وهبا النصف مشاعا فيما يحتمل القسمة وذلك لا يجوز قال وان وهب شيئا له في حايط او طريق او حمام وسمى وسلط فهو جايز لانه غير محتمل للقسمة فانه اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة قال ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الاخر لرجل اخر لم يجز شيء من ذلك لان كل واحد من العقدين لو تم انما يتم في مشاع يحتمل القسمة وان لم يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثاني للثاني ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند ابي يوسف ومحمد بمنزلة ما لو وهب الدار لهما جملة وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها ودفع اليه النصف اليه جاز لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك

باب العوض في الهبة

قال واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض ان يرجع في عوضه والحاصل ان العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فهذا الباب لبيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل ان المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط في العوض ما يشترط في ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار مختار في هذا التمليك كالواهب وبعد وصول العوض الى الواهب لا رجوع له في الهبة لقوله عليه السلام ما لم يثب منها وحكم ما بعد الغاية خلاف ما قبله ولان حق الرجوع له في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد انعدم ذلك بوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا من زوال العيب قبل ان يرده ولا يرجع المعوض في عوضه ايضا لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب في الرجوع وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى في التعويض ونفاحر الى بقاء اصله فاذا كان الموهوب سالما له ينبغي ان يكون الحرسالما لصاحبه ايضا قال وان وهب عبدا لرجلين فعوضه احدهما من حصته كان له ان يرجع في حصة الاخر لانه لم يصل اليه العوض عن حصة الاخر والحر معتبر بالكل في الرجوع في النصف شايعا صحيح خلافا لابتداء الهبة لان الراجع ليس يتملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك لا يمنع وبالرجوع في النصف لا يبطل الهبة فيما بقي لانه شيوع طرى بعد تمام الهبة فلا يكون موثرا فيه كان تمام القبض معتبر باصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لا يمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه احدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب ان يرجع في شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه اجنبي والتعويض من الاجنبي صحيح وان كان بغير امر الموهوب له لانه تصرف من المعوض في ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الاجنبي كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض ان يرجع في شيء من العوض لان مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع في الكل ولا يرجع على صاحبه ايضا بشيء سوى عوضه بامره او بغير امره وكذلك لو عوضه اجنبي عن الهبة شيئا اما اذا كان بغير امره فلا يشكل وان كان بامره فالتعويض لم يكن مستحقا على الموهوب له كانما امره بان يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولانه مالك للتعويض بدون امره فلا معتبر بامره فيه وهذا بخلاف الدين فانه اذا امره انسانا بقضاء دينه رجع عليه بما ادى لان الدين كان مملوكا في ذمته وهو كان مطالبا به فبعد امره بان يسقط عنه المطالبة بما يستحق عليه وامره ان يملكه ما في ذمته بعوض ولو امره ان يملكه عينا بعوض رجع عليه بما ادى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب في ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لانه ما كان يستحق عليه العوض انما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكنا من اسقاط حقه بدون التعويض بان يتصرف فيه فلهذا لا يرجع عليه المعوض بامره اذا لم يضمن له الا ترى انه فيما فوق هذا لا يرجع بالامر بدون الشرط حتى ما اذا قال كفر يميني من طعامك او ادّ زكوة مالي بمالك فهذا اولى قال واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا فقال هذا عوض من هبتك او ثواب من هبتك او بدلها او مكانها فهذا كله عوض لان الشرط في التعويض ان يضيف الى الموهوب ليندفع به الغرور عن الواهب ويعلم الموهوب انه يعطيه جزاء صنيعه وانما المقصود وقد حصل في ذلك لهذه الالفاظ وانما ينبني الحكم على ما هو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فان استحقت الهبة كان للمعوض ان يرجع في عوضه لانه انما عوضه ليتم سلامة الموهوب له باسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيمكن من الرجوع في العوض اولان المعوض كالواهب واذا استحق الموهوب فلو بقي له عفا بلغه هبته شيء فكان له ان يرجع بالهبة وان كان العوض هالكا ضمن قيمته وروى بشر عن ابي يوسف انه لا يضمنه شيئا لان المعوض واهب وهبة فبقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولانه سن انه بمنزلة الواهب ابتداء يكون حقه في الرجوع مقصورا على العين كحق الواهب ابتداء وجه ظاهر الرواية ان المعوض انما رضي بالتعويض ليتم

به سلامة الهبة فاذا استحق فقد تمكن الخلل في رضاه فيجعل كالمقبوض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة ولان الواهب غار له في هبة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور ان يدفع الغرور عن نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران يوضحه ان التعويض لا يكون الا مضافا الى الهبة والتمليك مضافا الى بدل مستحق يكون فاسدا فتبين ان الواهب قبضه لنفسه بسبب فاسد فكان مستحقا للرد عليه عند قيامه مضمونا بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان للواهب ان يرجع في هبته اذا كانت قايمة بعينها لم يزد خيرا لان التعويض بطل بالاستحقاق من الاصل فظهر الحكم الذي كان قبل التعويض قال وان استحق نصف الهبة كان للمعوض ان يرجع في نصف العوض اعتبارا للجزء بالكل وان استحق نصف العوض الهبة فليس للواهب ان يرجع في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة فيكون له ذلك قال زفر اذا استحق نصف العوض فله ان يرجع في نصف الهبة اعتبارا للجزء بالكل واعتبارا للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له ان يرجع في نصف العوض وكذلك اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يقتضي مقابلا بالاخر في حكم سلامته لصاحبه فهو كبيع العرض بالعرض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله وجه قولنا ان المستحق يخرج من ان يكون عوضا فيصير كان لم يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع في شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا لان ما بقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل وانما تمكن الخلل في رضا الواهب فكان ناسي في اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقي ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء امسك ما بقي ولم يرجع بشيء كان قيل في الابتداء جعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة فاما في الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع قلنا هذا مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض ليتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شيء من الهبة بسلامة جزء من العوض له ثم الفرق بين استحقاق نصف العوض ونصف الهبة لهذا الحرف وهو ان المعوض انما ملكه العوض لاجل فيعتبر حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة من يرجع بنصف العوض فاما الواهب ملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم تاثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم له رضاه والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فيوفر حظه عليهما فيقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع بالهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي قال وسواء كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذا ليس بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وانما تاثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير اذا سلم للواهب ورضي الواهب به قال فان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له تم في الموهوب بالقبض والتحق المعوض بسائر امواله فكما يصلح سائر امواله عوضا عن الهبة قل ذلك او كثر فكذلك هذا وقلنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه لهبة الف دينار ومنه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك سالما وسقوط حقه في الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه انما يجعل يجوز ان يجعل عوضا بالتراضي في الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضا شرطا في الابتداء فكذلك لا يستقيم ان يجعل عوضا في الانتهاء بخلاف مال اخر من ملك الموهوب له قال ولو ان نصرانيا وهب لمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمرا او خنزيرا لم يكن ذلك عوضا لما بينا ان هذا لا يصلح عوضا شرطا في الابتداء ولان المعوض مملك ابتداء وتمليك المسلم الخمر والخنزير من النصراني بالعقد باطل واذا بطل التعويض كان للنصراني ان يرجع في هبته قال وعبد ماذون له في التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في الذي له لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة الباطلة لا تنقلب صحيحة وانما تاثير العوض في اسقاط حق الرجوع في هبة صحيحة واذا رجع العبد في الهبة لبطلانها فللمعوض ان يرجع في العوض لانه عوضه ليسلم له الهبة ولم يسلم قال وكذلك الوالد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئا لرجل فعوضه الموهوب له لان هذا تعويض عن هبة باطلة قال فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز العوض لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا ان المعوض كالواهب ابتداء فاذا لم يسلم العوض للواهب فله ان يرجع في هبته كما قبل التعويض قال وان تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة او نحله او اعمره فقال هذا عوض فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر باختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي لفظ ملكه العوض والله اعلم انه عوض من هبته فهو عوض قال رجل وهب لرجل عبدا على ان يعوضه ثوبا او تقابضا على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع احدهما منه كان

فله ذلك فان تقابضا جاز ذلك بمنزلة البيع وليس لواحد منهما ان يرجع فيه وهذا لان عندنا ان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وعند
زفر ابتداء وانتهاء بيع وفي احد تأويلي الشافعي هو فاسد لان هذا شرط مخالف مقتضى العقد فيكون مبطلا للعقد وبيانه ان عقد الهبة
عقد تبرع واشتراط العوض فيه مخالف مقتضاه وزفر يقول هذا تمليك مال بمال شرطا فكان بيعا ابتداء كما لو عقدا بلفظ البيع او التمليك
وهذا لان في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبني الحكم الا ترى انه لو قال اشتريت منك كرا من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط
السلم يكون سلما وان لم يذكر لفظ السلم وانه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحا ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا ولو وهب عبده
من نفسه كان عتقا ولو وهب الدين ممن عليه الدين كان ابراء فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود والدليل عليه انه لو
قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهرا بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه وكذلك لو قال اعرتك والاعارة تمليك المنفعة بغير
عوض فاذا شرط فيه البدل كان اجارة فكذلك الهبة تمليك العين بغير عوض فاذا شرط فيه العوض يكون بيعا والدليل عليه ان
المكره على الهبة بشرط العوض لو كان مكرها وكذلك البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا في الحكم سواء لم يكن المكره
على احدهما مكرها على الآخر وحجتنا في ذلك ان هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداء معتبرا بلفظه وانتهاء
معتبرا بمعناه كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداء بلفظه حتى يبطل بعدم
القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاء معتبر بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا
يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون ابلغ من حقيقة التعويض
وحقيقة التعويض لا تنفي معنى الهبة فيشترط العوض اولى بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فان هناك بين اللفظ والمعنى منافاة
وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ وكذلك السلم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العقد فعند
الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود وما تردد بين اصلين يوفر حظه عليهما كالمكاتب لما كان
بمنزلة الحر من وجه وبمنزلة المملوك من وجه اعتبر الشبهان فاما لفظ الاعارة او الهبة في المنفعة فقد حكي عن ابي طاهر الدباس قال
كنت في تدبير هذه المسألة فوجدت رواية عن ابي حنيفة انه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم نقول هناك تعذر اعتبار الجانبين
لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجعلناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ما قررنا واما
مسألة الاكراه قلنا المكره مضار متعنت ومعنى الاضرار في حكم السبب لا في نفسه فلهذا استوى في حقه البيع والهبة بشرط العوض
ولهذا جعل المكره على الهبة مكرها على التسليم ولهذا التسليم في البيع والهبة بشرط العوض سواء اذا ثبت هذا الاصل فنقول
قبل التقابض العقد تبرع فلكل واحد منهما ان يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه ما لم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة
وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما ان يرجع فيها ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما ان يرد ما في يده بعيب ان وجد
فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق ما في يد احدهما يرجع على صاحبه بما في يده ان كان قائما وبقيمته ان كان تالفا لانه ما رضي بسقوط
حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم رجع بمتاعه ان كان قائما وبالقيمة ان كان هالكا وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت
احدهما وهو معنى ما ذكرنا من حديث ابي الدرداء رضي الله عنه وهو دين عليه في حياته وبعد موته   قال رجل وهب لرجل ثوبا لغيره ودفعه
اليه فاجاز رب الثوب جازت الهبة لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء من حيث انه يتم رضى المالك بها ثم العاقد
في الهبة يكون معبرا لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالمباشر لعقد الهبة فله ان يرجع فيها ما لم يعوضه الموهوب له او يكون
ذا رحم محرم منه وان عوض الرجل الذي وهب له او كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معبر كالرسول
فلا معتبر بحاله وانما المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا ان مقصوده العوض فاذا لم ينل العوض كان له ان يرجع فيه   قال
رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب ثم عوضه الثوب او الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لانها هبة
واحدة وقد بينا ان عقد الشيء في عقد واحد لا يكون عوضا ومعوضا وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب في الهبة   قال وان كانا
في عقدين مختلفين في مجلس او مجلسين فعوضه احدهما عن الاخرى فهذا عوض اخذ فيه بالقياس   وروى بشر عن ابي يوسف انه
لا يكون عوضا لانا نعلم ان الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكا له فالعقد الواحد والعقدان في هذا سواء وجه ظاهر الرواية
ان اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احدهما عوضا عن الآخر شرطا عند اختلاف العقد وكذلك مقصود وقد يقصد
الواهب هذا بان يهب شيئا ثم يحتاج اليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئا آخر على ان يعوضه الاول فيحصل به مقصوده ويندفع
عنه مذمة الرجوع في الهبة ارأيت لو كان الاول فيها صدقة والآخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة اما كان ذلك عوضا وذكر في اختلاف

زفر ويعقوب لو وهب نصف دار من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الكل لم يجز في قول زفر لان اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم
فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال ابو يوسف التسليم حصل جملة واحدة بفعل هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الكل وهذا لان
الفرق بين الصدقة والهبة في مقصود العوض ففي الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود فاما في اخراج العين عن ملكه
وتمليكها القابض بطريق التبرع لا فرق بينهما   قال وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيقه للحنطة كان جائزا لان الدقيق حادث
بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكا للغاصب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة اخرى سواء ولان حقه في الرجوع قد
انقطع بالطحن فتعويضه اياه لا يكون رجوعا فاما قبل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذا رجع فيه الواهب
فيقع فعله على الوجه المستحق وعلى هذا لو وهب شيئا فصبغ منها ثوبا بعصفر او خاطه قميصا ثم عوضه او كان وهب له سويقا فلت بعضه
ثم عوضه لان حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر اموال الموهوب له فكما انه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضا
فكذلك هذا المال   قال واذا وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض من هبتك فللواهب ان يرجع في هبته لانه لما لم يضف تمليكه الى
هبته كان فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فلكل واحد منهما ان يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول المقصود للواهب وانما يعلم
ذلك اذا بين له انه عوض ورضي به فاما بدونه لا يحصل المقصود وان قال قد كافيتك هذا من هبتك او جازيتك او اثبتك كان عوضا
لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والعبرة بالمعنى   قال وان عوض من نصف الهبة شيئا كان له ان يرجع فيما بقي اعتبارا للبعض بالكل
وهذا لان التعويض ما يحمل التجزي في الموهوب فاذا اضاف العوض الى بعض الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لا يحتمل
التجزي في المحل وعند محمد ان ثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه بالنصف فلان يجوز ذلك
بقاء اولى   قال وليس للواهب ان يرجع في هبته عند غيبة الا ان يرد اليه الموهوب له فيجوز لما بينا ان الرجوع في الهبة مختلف فيه بين
العلماء منهم من رأى ومنهم من ابى وفي اصله وهاهنا يكون الفصل بينهما في القضاء او الرضا لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب
له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار قضاء القاضي بينهما   قال ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له او اعتقه قبل ان
يقضي به القاضي للواهب جاز ما صنع الموهوب له فيه من ذلك لان ملكه قائم ما لم يقض القاضي عليه بالرجوع والملك في المحل بعد البيع والعتق
اذا صدر من اهله في محله ينفذ ولا يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضي عليه بالرد قبل ان يرده لان بقضاء القاضي عاد الملك الى
الواهب وتصرف ذي اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا ان يجيزه المالك وان مات في يد الموهوب له قبل ان يقبضه الواهب بعد ما قضى
القاضي له لم يكن للواهب ان يضمنه قيمته لان اصل القبض قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشيء معتبر باصله وكذلك
منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم يوجد بعد القضاء في الموهوب موجب سبب الضمان عليه والضمان
لا يجب بدون السبب الا ان يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع سبب الضمان وهو متعد على المالك في ملكه
بازالة تمكنه من اخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان   قال فان كانت الهبة هالكة او مستهلكة او خارجة من ملك الموهوب
له الى ولده الصغير او الى اجنبي بهبة او غيرها او زادت عنده خيرا فلا رجوع فيها للواهب وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين
وزيادة السعر وبين الزيادة في البدن والنقصان في حكم الرجوع وان كانت الهبة دارا او ارضا فبنى في طائفة منها او غرس شجرا او كانت
جارية بكرها او ازدادت خيرا او كان غلاما فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك وقال ابن ابي ليلى له ان يرجع في جميع ذلك لان حق الرجوع
كان ثابتا في الاصل فيثبت في البيع فان ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل ولا يجوز ان يبطل الحكم الثابت في الاصل بسبب المنع ولكنا نقول
حق الرجوع للواهب مقصور على الواهب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان او اصلا وهنا الحق في الاصل ضعيف وحق
صاحب الزيادة في الزيادة قوي فاذا تعذر التمييز بينهما رجحنا اقوى الحقين وجعلنا الضعيف تبعا بالقوي والبناء في بعض الارض
كالبناء في جميعها لان البناء في جانب الارض يعد زيادة في جميع الارض الا ترى انه يزداد مالية الكل وهنا اذا كان ما بنى يعد زيادة فان كان
لا يعد زيادة كالآري او يعد نقصانا كالتنور في الكاسة فانه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه
قال وان كانت الهبة دارا فهدم بناءها كان له ان يرجع في الارض وكذلك في غير الدار اذا استهلك بعض الهبة ببيع او غيره وبقي بعضها
كان له ان يرجع في الباقي اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان ما فعله من هدم البناء نقصان في الارض وليس بزيادة   قال وان كانت الهبة ثوبا
فصبغه احمر او اصفر وخاطه لم يكن له ان يرجع فيه لان ما فعله زيادة وصف قائم في العين ولو قطعه ولم يخطه فله ان يرجع فيه لان القطع
قبل الخياطة نقصان ولم يذكر ما لو صبغه اسود والجواب عند ابي حنيفة له ان يرجع فيه لان السواد عنده نقصان وعندهما ليس له ان
يرجع وقد بينا المسألة في كتاب الغصب   قال واذا وهب دينا له عليه فقبله لم يكن له ان يرجع فيه لانه سقط عنه فانه قابض للدين بذمته

يملك بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاشيا فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عينا فهلك عنده قال فان
قال الموهوب مكانها لا اقبلها فالدين عليه بحاله والحاصل ان هبة الدين ممن عليه الدين لا يتم الا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن
للمديون حق الرد قبل موته ان شاء وعن زفر انه سوى بينهما وقال تتم الهبة والابراء من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته من غير
قبول قبل القبول بناء على اصله انه يعتبرهما هو المقصود والمقصود في الوجهين الاسقاط دون التمليك لان ما في الذمة ليس بمحل التمليك
ولكنه مجرد مطالبة تحتمل الاسقاط ولكن عند زفر ان رده المديون صح رده في الوجهين وكان ابن شجاع يقول لا يعمل رده لان الاسقاط
يتم بالمسقط والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ولكنا نقول الدين مملوك
للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك ممن عليه الدين ويجعل ذلك في الحكم كانه ملك الدين خصوصا في السلم والصرف فاذا
ثبت انه قابل للتمليك والهبة عقد تمليك فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التمليك فيه والتمليك لا يتم بالمملك قبل قبول الآخر
لان احدا لا يملك ادخال الشيء في ملك غيره قصدا من غير قبوله وهو محتمل للاسقاط ايضا لانه في الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة والابراء
اسقاط فاذا ذكر لفظ الابراء كان تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط في خالص حقه فلهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معنى التمليك
من وجه لما بينا ان الدين مملوك في ذمته فانما يسقط عنه اذا ملكه فلاعتبار هذا المعنى قلنا له ان يرده بخلاف الطلاق والعتاق فانه
اسقاط محض لان الدين سقط على الاصيل على حاله فلا يتفرد الكفيل والهبة من الكفيل تمليك منه حتى يرجع على المكفول عنه ولا يتم
الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرئ مما عليه وهذا استحسان وفي القياس لا يبرا اصله
في الموصى له اذا مات بعد موت الموصي قبل قبوله في القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما خلفه وارثه في ملكه بعد موته
وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا في الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله قال فان وهبه له وهو
معه قائم فسكت حتى افترقا جازت الهبة وهذا استحسان ايضا فان سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا ودليل الرضا كصريح
الرضا الا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا فهذا مثله ومن مشايخنا من بنى الجواب في هذا الفصل على الظاهر
ونقول هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الابراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فبالموت قبل الرد بطل حقه في الرد وبقي
تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى الهبة تامة ولكن الاول هو الفرق بين الهبة والابراء من حيث المعنى اصح
ويتضح ذلك في الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه قال رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر
وسلمها اليه ثم رجع فيها او ردها عليه الآخر فللواهب الاول ان يرجع فيها اما اذا رجع فيها بقضاء قاض فلان القاضي يفسخ بقضائه
العقد الثاني فيعود الى الاول بملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتا له في ذلك الملك وما سقط بزواله بل تعذر
استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كان عاد حقه في الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضي فكذلك عندنا وقال زفر ليس للاول
ان يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ما لو وهبه له ابتداء او تصدق به عليه او اوصى به له او مات فورثه والدليل
عليه انه لو رده في مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان
بقضاء القاضي فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدا ولكنا نقول حق الواهب في الرجوع مقصود على العين وفي مثله القضاء وغير
القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا بدون القاضي عين ما امر به القاضي ان لو رفعا الامر اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا
مبتدا اذا تراضيا على سبب موجب الملك كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على رفع السبب الاول وذلك لا يصلح موجبا ملكا مبتدا
بخلاف الرد بالعيب فحق المشتري ليس في عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الفائت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب
في فسخ العقد مقصود على العين قال واذا رجع في مرض الموهوب له ففيه روايتان كلاهما في الكتاب في احدى الروايتين قال يعتبر من جميع
ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان يعتبر من الثلث لانه تمليك ابتداء
ولكن الراد في مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلهذا جعل معتبرا من ثلثه قال رجل وهب عبدا
لرجلين فله ان يرجع في نصيب احدهما وكذلك ان جعل نصيب احدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له ان يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل
وهذا في العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك
وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وان
العقد بقي في النصف الآخر فيكون ذلك شيوعا طاريا ولا اثر للشيوع الطاري في الهبة والدليل عليه ان بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب
قبل القبض وابتداء الملك بالهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على ان الشيوع لا يمنع الهبة منه لان تاثير الشيوع في المنع من اتمام القبض

فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض قال فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب او عجز فله ان يرجع في الهبة في قول ابي يوسف وقال محمد له
ان يرجع فيها اذا عتق وليس له ان يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له ان يرجع فيها وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من
الفقير صدقة لا رجوع فيها قال ولكنا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غني يدا وكسبا فالهبة منه لا ينفك عن قصد العوض اما بمنافعه
او كسبه كالهبة من العبد وله ان يرجع فيها اذ لم يصل اليه العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له في ملك المكاتب وقد تقرر ذلك بعتقه
فاما اذا عجز فالاصل عند ابي يوسف ان عجز المكاتب يبقي ملك المولى في كسبه كما ان عتقه يقرر ملكه لان الكل واحد حق الملك في الكسب وعند
محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الى مولاه بمنزلة موت الحر فكما ان موت الحر موت له ينقطع حق الواهب في الرجوع فكذلك
عجز المكاتب والدليل على الفرق ان المكاتب اذا استبرأ جارية بحيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى
ان يستبرئها وسنقرر هذا الاصل في كتاب الاجارات قال فان كان المكاتب اخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة
ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد وابي يوسف يرجع فيها
بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى اجنبي عنه وقد بينا انه لو وهبه لاخيه وهو عبد كان له ان يرجع فيها والمكاتب بعد العجز
بمنزلة العبد وكان ابو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة في الرجوع فيقول قبل العجز خصومته في الرجوع مع المكاتب
فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى فليس فيه قطيعة الرحم لان هبته تنفك عن قصد العوض ما دام الحق فيها
لقريبه فاذا تحقق الحق لاجنبي لم ينفك عن قصد العوض قال رجل وهب لرجل ارضا فبنى فيها الموهوب له ثم اراد الرجوع فيها وخاصمه
الى القاضي فقال له القاضي ليس لك ان ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب ان يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء
وفرق بين هذا وبينما اذا اشترى عبدا على انه بالخيار ثلثة ايام فحم العبد في الايام الثلثة وخاصمه في الرد فابطل القاضي حقه للحمى ثم اقلعت
قبل مضي الايام الثلثة ليس له ان يرده لان هناك حقه في الخيار بعرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهنا حق
الواهب في الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه في الرجوع ولكن يكف عن القضاء
بالرجوع لتعذره في ذلك بسبب البناء فاذا ازال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم فكان له ان يرجع فيها يوضحه ان السبب هناك للفسخ عدم
لزوم العقد فبقضائه يصير لازما لان صفة اللزوم يلحق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعا وتمكن الخلل في مقصوده وهو العوض
ونقصانه لا يرتفع هذا السبب فكان له ان يرجع اذا زال المانع قال رجلان وهبا لرجل عبدا وقبضه ثم اراد احدهما ان يرجع في
حصته والآخر غائب فله ذلك لان كل واحد منهما مباشر للتصرف في نصيب نفسه فيكون متمكنا من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه
قال واذا اراد الواهب الرجوع في الهبة وقال الموهوب له انا اخوك او قال قد عوضتك او قال انما تصدقت بها علي وكذبه
الواهب فالقول قول الواهب لان السبب المثبت لحق الواهب في الرجوع ظاهر والموهوب له يدعي المانع فالقول قول الواهب المنكر
ثم اذا قال تصدقت علي فالتمليك من جهة الواهب باتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التمليك فاذا قال عوضتك فهو يدعي تسليم
شيء من ماله وهو منكر واذا قال انا اخوك فالاخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به انه لم يكن قصد الواهب العوض قال وان كانت الهبة
خادما فقال وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي وازدادت خيرا وكذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا وقال زفر القول
قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما لو كان الموهوب
ارضا وفيها بناء او شجر وقال الواهب وهبتها كذلك وقال الموهوب لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب
له ولكنا نقول الموهوب له ان يدعي تاريخا سابقا في الهبة والهبة حادثة فمن يدعي فيها تاريخا لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة
من غيرها وحق الواهب ثابت في عينها باتفاقهما فكان الموهوب له مدعيا انتفاء حقه عن الزيادة المتولدة من العين مثل
السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر ملكه من جهة الواهب
وثبوت حقه فيه يوضح الفرق ان البناء من وجه اصل حتى يجوز افراده بالبيع فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب
والسمن والكبر وصف وهو تبع محض وثبوت الحق في البيع بثبوته في الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب وذكر في اختلاف زفر
ويعقوب لو وهبه عبدا فعلمه الموهوب له الكتابة او الخبز فليس للواهب ان يرجع فيه عند ابي يوسف وقال زفر له ان
يرجع لانه لا زيادة في عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغير السعر وقال ابو يوسف تعلم الكتابة والخبز معنى في العبد زيادة
ما لية فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك يبتنى على كثرة الرغائب فيه لا ان يكون معنى في العين والدليل عليه ان صفة
الكتابة والخبز يصير مستحقة للمشتري بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته فهي بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فيه يتبين انه

وصف في العين وكل شيء زاد فيه من عنده نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطه فالقول قول الموهوب له بمنزلة البناء والغرس
واما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر في الخادم واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج
او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة في الجارية نقصان
وقد بينا ان النقصان لا يمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لا يتميز عن الزيادة ليرجع فيها
وههنا الزيادة منفصلة عن الاصل فله ان يرجع فيها وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لو رد على الاصل رده
بجميع الثمن فيسلم له الولد مجانا بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفي الهبة يسلم له الولد مجانا وهذا غير ممتنع في التبرعات
وقد كان الاصل فيه مجانا سالما له مجانا قال واذا اراد الواهب الرجوع وهي حبلى فان كانت قد ازدادت خيرا فليس له ان يرجع
فيها وان كانت قد ازدادت شرا فله ان يرجع فيها والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة
في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصانا فيها لا يمنع الواهب من الرجوع قال وان
وهب له جاريتين فولدت احداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له ان يرجع في واحدة منهما لانه لا حق للواهب في الولد فهو كسائر
املاك الموهوب له في صلاحيته للعوض فاذا عوضه عنهما ورضي به الواهب فقد تم مقصوده قال وان وهب له حديدا فضرب
منه سيفا او غزلا فنسجه او وهب له دفاتر فكتب فيها لم يكن له ان يرجع في شيء من ذلك ابدا اما لتبدل العين او للزيادة الحادثة
في العين او فيما لية بفعله فان ذلك مانع من الرجوع ۵

باب الرقبى

قال رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيسا لم يكن حبيسا وكان ذلك ميراثا لان قوله حبيس اي محبوس فعيل بمعنى
مفعول كالقتيل بمعنى المقتول ومعناه محبوس عن سهام الورثة في ما له بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله
وهو معنى قول شريح لا حبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس وكذلك ان قال داري هذه حبيس بعد موتي
على عقبي فهو باطل لان معناه محبوس على ملكهم لا يتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا
ولو قال داري هذه لك رقبى فهو باطل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال حبيس
فابو يوسف استدل بحديث ابن ابي نجيح عن جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اجاز العمرى والرقبى والمعنى فيه ان قوله داري
لك تمليك صحيح وقوله حبيس او رقبى باطل فكانه لم يذكر ذلك يوضحه ان معنى قوله داري لك رقبى ملكتك داري هذه واراقب
موتك لتعود الي فيكون بمنزلة العمرى في معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التمليك فيبقى التمليك في الحال صحيحا وحجتهما في ذلك
حديث الشعبي عن شريح ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما فقول الرقبى قد تكون
من الارقاب وقد تكون من الترقب حيث قال اجاز العمرى ورد الرقبى يعني اذا كان من الارقاب بان يقول رقبة داري لك وحيث
قال رد الرقبى اذا كان من الترقب وهو ان يقول ارقب موتك وراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك
بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيان حتى يعاد الملك للذي اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما
يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء اما اذا فسرها بقوله رقبى او حبيس تبين انه ليس بتمليك كما لو
قال داري لك سكنى يكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه حكم يفسره كالحكم لذلك التفسير رجل قال لرجلين
عبدي هذا لاطولكما حياة او حبيس على اطولكما حياة فهذا باطل لانه لا يدري بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما
شابا والاخر شيخا لا يتبين الشيخ بالتمليك منه بهذا اللفظ ولكن المراد طول الحياة في المستقبل ومعناه للذي يبقى منكما بعد موت
الاخر فهو تعليق التمليك بالخطر وهو معنى الرقبى من حيث انه يأمل كل واحد منهما ان يراقب موت صاحبه ليكون الدار له وذلك
وذلك باطل ۵

باب الشهادة في الهبة

قال واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والهبة مع القبض سبب
ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو يجحد لم تجز شهادتهما في قول ابي حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو

قول

قول ابي يوسف ومحمد والصدقة والرهن على الخلاف ايضا وجه قوله الاول ان تمام هذه العقود بالقبض وهو فعل والقول
والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار لا يصير صدقا وما لم يكن موجودا من القبض فباقراره لا يصير
موجودا فظهر ان هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام وجه قوله الاخر ان القبض في هذه العقود لا يكون اقوى من القتل
والغصب ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على معاينته يثبت بالشهادة بالاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار
بالبينة كالمسموع من المقر في مجلس الحكم ولو اقر الخصم بانه وهبه وسلمه اليه يقضى بالملك فكذلك اذا ثبت اقراره بالبينة قال
وان كان العبد في يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك
وكذلك ان كان العبد في يد الموهوب له فاقر عند القاضي انه وهبه منه وسلمه اليه اخذ باقراره لان كون العبد في
يده لا ينافي ما اقر به من الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل في حق نفسه كان ما اقر به حق وفرق ابو حنيفة على القول الاول
بين ما اذا اقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب بنفسه من غير قضاء والشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي
والقاضي لا يقضي الا ان يشهدوا بسبب ملك تام قال واذا استودع الرجل رجلا وديعة ثم وهبها له ثم جحد فشهد بذلك
عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز لان العقد يثبت بالبينة وقبضه معلوم بالمعاينة فيتم به سبب الملك قال فان
جحد الواهب ان يكون في يده يومئذ وقد شهدت الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب انها
في يد الموهوب له يوم يخاصم الى القاضي فذلك جائز اذا كان الواهب حيا لانه في الحال قابض وقد ثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه
صادرا عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد ومتمم للعقد الذي هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما
يجعل القبض هناك متمما للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حيا فان كان ميتا فشهادتهما باطلة لان الملك في الحال
للوارث فلا يكون اثباتا لعقد على الواهب بعد موته سببا للملك الا ترى انه ما دام الواهب حيا اذا قبض الموهوب باذنه
تم الهبة وملكه وبعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد اذن له في ذلك الا ان يشهد على انها كانت في يده في حياة الواهب او على
اقرار الواهب بذلك فحينئذ يثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة قال رجل وهب لرجل عبدا
وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل فاقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض ابطلت الهبة لانه اثبت الشراء من
المالك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين انه وهب وسلم ما لم يملك قال فان شهدوا على الشراء ولم يذكروا انه كان قبل
الهبة له لانه في يده والاستحقاق ثابت له باعتبار يده وليس في هذه الهبة ما يوجب الاستحقاق عليه لان شراءه يحتمل انه لو كان
قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالاحتمال لا يثبت الاستحقاق وكذلك ان ارخ شهود الشراء شهرا او سنة لا
لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل على ذلك والتاريخ في حق الاخر مشهود به وليس الخبر كالمعاين
فان كان العبد في يد الواهب فاقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء واقام المشتري البينة انه اشتراه قبل
الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه اقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب
الملك في البدلين وعند المعارضة يترجح اقوى السببين لان الضعيف مدفوع بالقوي ولا يظهر عند المقابلة بالقوي قال
رجل وهب لرجل متاعا ثم قال انما كنت استودعتك فالقول قول صاحب المتاع مع اليمين لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب
وهو منكر فعليه ان يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف اخذ المتاع فان وجده هالكا فان كان قد هلك
بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحدا للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود
ولانه صار مفوتا اليد الحكمية التي كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه بتملك فكان ضامنا القيمة لهذا فان قيل ان هذا لو
ثبت الايداع قلنا لا حاجة الى ذلك بقبضه العين لنفسه على وجه التملك موجب للضمان الا ان يثبت تمليك من صاحبه اياه
ولم يثبت ذلك ۵

باب الصدقة

قال الصدقة بمنزلة الهبة في المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض وقد بينا اختلاف ابن ابي ليلى فيها الا انه لا رجوع في
الصدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد حصل وانما الرجوع عند تمكن الخلل فيما هو المقصود ويستوي ان يتصدق على
فقير غني او فقير في انه لا رجوع له فيها ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى انه في

حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء انما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة وكذلك في الصدقة ولكنا نقول ذكره لفظة الصدقة
على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا
يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال تتأدى الواجب من الزكوة
بالتصدق عليه ولا رجوع فيه بالاتفاق وكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه قال رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها
اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصدق وارثه فورث تلك الصدقة فلا باس عليه بها فيما بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه
ان رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي عليه السلام قال لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة وذكر من جملتها رجلا
تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورث تلك الصدقة قال رجل قال في صحته جعلت غلة داري هذه صدقة للمساكين
ثم مات او قال داري هذه صدقة في المساكين ثم مات قال هي ميراث عنه لانها صدقة لم يتصل بها القبض ولان هذا اللفظ
منه بمنزلة النذر سواء النذر التصدق بعينها او بغلتها والنذر لا يزول عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره
حقا لله تعالى ولهذا يفتى به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حيا وتصدق بقيمتها اجزاه لان
ما لزمه من التصدق في عين مال بالتزامه معتبر بما اوجب الله تعالى عليه وهو الزكوة والواجب هناك يتأدى بالقيمة كما يتأدى
بالعين فهذا مثله لان المقصود في حق المتصدق عليه اغناؤه وسد خلته قال فان قال جميع ما املك صدقة في المساكين فعليه
ان يتصدق بجميع ما يملك من الصامت ومال السوائم واموال الزكوة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا وفي القياس
عليه ان يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر وزعم بعض مشايخنا ان قوله جميع ما املك يتصدق بالكل قياسا واستحسانا وانما القياس
والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة والاصح انهما سواء ووجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المال
لكل ما يتموله الانسان ومال الزكوة في ذلك وغير مال الزكوة سواء الا ترى ان في الارث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله وهذا لان
اللفظ معمول به في حقيقته ما امكن ولكنه استحسن وقال انما ذكر الملك والمال عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكوة بدليل شرعي
وهو ان ما يوجبه على نفسه معتبر بما اوجب الله تعالى عليه والله تعالى اوجب الحق في المال وذلك يختص بمال الزكوة فكذلك ما اوجبه
على نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعا انما يكون عن غنى قال عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعا يختص
بمال الزكوة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق لغير التجارة غنيا شرعا فلهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ واوجبنا عليه التصدق
بمال الزكوة بخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافة والحاجة اليه في مال الزكوة وغير مال الزكوة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا
اصاب شيئا بعد ذلك تصدق بما امسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج ان يسال الناس ولا يحل له ان
يتصدق بماله ثم يسال الناس من ساعته ولم يبين في الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله وقيل
ان كان محترفا فانما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة امسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع امسك قوت سنة لان
يد الدهقان الى ما ينفق انما تصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهرا فشهرا ويد العامل يوما فيوما قال رجل وهب للمساكين
هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحسانا وفي القياس يرجع لانه ملكه بطريق الهبة وفي اسباب التمليك الغني والفقير سواء كالبيع
وغيره وجه الاستحسان ان المقصود بالهبة من الفقير الثواب دون العوض اذ لو كان يقصد العوض لاختار للهبة من يكون اقدر على اداء
العوض فلما اختار الفقير مع عجزه عن اداء العوض عرفنا ان مقصوده الثواب وقد نال ذلك قال وكذلك ان اعطى سائلا او محتاجا
على وجه الحاجة فان العطية بمنزلة الهبة وانما قصد بفعله سد خلة المحتاج وذلك يفعل لابتغاء مرضات الله ونيل الثواب وهو
معنى ما روي عن عمر رضي الله عنه من وهب هبة لصلة رحم او على وجه الصدقة لم يكن له ان يرجع فيها قال رجل جعل في داره مسجدا
يصلي فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته لانه لم يخرج عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع ثم الاصل في المساجد المسجد
الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملك محيط بكل جانب منه فلا يتمكن احد من الدخول
فيه بغير اذنه فان كان اخرجه من داره وعزله وجعله مسجدا واذن للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل
في كتاب الوقف قال وان بنى علية منزله مسجدا وسكن اسفله او جعله سردابا ثم مات فهو ميراث وكذلك ان جعل اسفله مسجدا
وفوقه مسكن لان المسجد ما يحرز اصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اذا استثنى العلو
او السفل لمنفعة نفسه وعن محمد قال ان جعل السفل مسجدا جاز دون السفل لا يجوز لان المسجد ماله قرار وما يتأبد وذلك في السفل
دون العلو وعن الحسن بن زياد انه اذا جعل العلو مسجدا والسفل مستغلا للمسجد فهو جائز استحسانا وعن ابي يوسف ان ذلك كله جائز

راجع اليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل باهلها جوز ان يجعل العلو مسجدا دون السفل والسفل دون العلو وهو مستقيم
على اصله وقد بينا انه يوسع في الوقف فكذلك في المسجد قال رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكوته
اجزاه لما بينا ان في حق المساكين لفظ الهبة كلفظ الصدقة لانه لا معتبر باللفظ في اداء الزكوة انما المعتبر الاعطاء بنية الزكوة
الا ترى انه لو اعطاه ولم يتكلم بشيء كان ذلك زكوة فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة

باب العطية

واذا قال الرجل لغيره اعمرتك هذه الدار وسلمها اليه فهي هبة صحيحة لحديث ابي الزبير عن جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعده وروى سلمة عن جابر ان النبي عليه السلام
قضى بالعمرى للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه السلام من اعمر عمرى قطع قوله حقه يعني قطع قوله وهبت لك عمرك حقه
في الرجوع بعد موته والمعنى فيه انه ملكه في الحال وانما الوارث خلفه في ملكه بعد موته فشرط الرجوع اليه بعد الموت فاسد
والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة قال وكذلك لو قال نحلتك هذا الثوب او اعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارة
عن تمليك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة وكذلك لو قال كسوتك هذا الثوب فان هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله
تعالى او كسوتهم في الكفارة لانما يتأدى الا بتمليك الثوب من المسكين ويقال في العرف كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه وان قال
حملتك على هذه الدابة يكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر للتمليك يقال حمل الامير
فلانا على فرس اي ملكه فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته وكذلك لو قال قد اخدمتك هذه الجارية فهي عارية
لان معناه مكنتك من ان تستخدمها وذلك تصرف في منافعها لا في عينها وان قال قد منحتك هذه الجارية او هذه الارض فهي
عارية لان المنحة بذل المنفعة بغير بدل قال عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك
منفعة هذه العين وهو تفسير العارية فان قال قد اطعمتك هذه الارض فانما اطعمها غلتها والرقبة لصاحبها لان عينها لا تطعم
فمعناه اطعمتك ما يحصل منها فيكون تمليكا لمنفعة الارض دون عينها وله ان ياخذها متى شاء يعني اذا كانت فارغة فاما بعد الزرع
اذا اراد ان يستردها فان رضي المستعير بان يقلع زرعها فله ذلك وان ترك في يده باجرة مثلها الى وقت ادراك الغلة
لانه محترم زرعها غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الغاصب وانما يعتدل النظر من الجانبين بان يترك في يده باجر الى
ادراك الغلة وان قال قد اطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه فهذه هبة لان عين الطعام يطعم فاضاف لفظة الاطعام
الى ما يطعم عينه فيكون تصرفا في العين تمليكا بغير عوض وذلك يكون هبة وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لان
معنى كلامه ملكتك هذه الدار الا ترى ان في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذلك في التمليك بغير بدل
فان قال داري لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى تفسير لقوله عمرى فالكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير
وبيان هذا وهو ان قوله لك عمرى يحتمل تمليك عينها مدة عمره ويحتمل تمليك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيرا اي لك سكناها عمرك
وكذلك قوله نحل سكنى وقوله هبة سكنى او سكنى هبة او سكنى صدقة فهذا كله عارية لما بينا ان قوله سكنى تفسير للمحتمل من كلامه
الا ترى انه لو قال هي لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هي لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيرا فكذلك اذا اراد لفظ
العمرى والهبة والصدقة وان قال هي لك هبة عارية او عارية هبة فهي عارية قدم لفظ الهبة او اخرها لانه يحتمل ان يكون
مراده هبة العين ويجوز ان يكون مراده هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه في نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة
فسواء قدمه او اخره فالحكم له وان قال هي لك هبة اجارة كل شهر بدرهم او اجارة هبة فهي اجارة في الوجهين لان لفظ الاجارة في حق
المحل محكم فيه لا يتناول الا المنفعة ولفظ الهبة يحتمل تناول العين تارة والمنفعة اخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه او اخره
وتمليك المنفعة ببدل معلوم الى مدة معلومة يكون اجارة وان قال داري هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه فهي هبة لان قوله تسكنها
ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيرا للاسم ولكنه مشورة اشار عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل
وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار لمعنى ليسكنها وهذا معلوم والمقصود لا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك
تاكله وهذا الثوب لك تلبسه وان قال وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته ففصل من الكلام غير محتاج اليه فكان لغوا وفيه
ايهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط باطل وكذلك لو قال اعمرتك داري هذه حياتك او اعطيتكها حياتك

او وهبت لك هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لي واذا مت انا فهو لورثتي فهذا كله تمليك صحيح في الحال وشرط الرجوع اليه او الى ورثته
باطل وكذلك لو قال هي هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملكه العين باول كلامه وذكر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو له ولوارثه
عقبه وورثته من بعده بخلفه وان قال اسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك بعدك للعطف والعطف للاشتراك فمعناه وسكناها
لعقبك من بعدك وان قال هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو لان قوله هي لك تمليك لعينها منه وبعد
ما ملك عينها منه لا يبقى له ولانه الايجاب لعين فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه تبرع وله ان ياخذها متى شاء قال
رجل وهب لرجل عبدا على ان يعتقه وسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه في الموهوب باطل
ولكن الهبة لا تبطل بالشرط الباطل كما قلنا قال رجل وهب لرجل عبدا مريضا به جرح فداواه الموهوب له حتى برا لم يكن للواهب
ان يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لو كان اصم او اعمى فسمع وابصر لان زوال العيب كالنقصان يكون
زيادة في العين فان العيب كان بفوات جزء من العين فبزواله يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة في العين تمنع الرجوع كما لو كان
مهزولا فسمن قال رجل وهب عبدا لرجل ولا مال له غيره فقبضه الموهوب له فاعتقه او باعه ثم مات من مرضه او فعل ذلك
بعد موت المريض قبل ان يقضي القاضي فيه بشيء فعتقه وبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقض بعد صحته يحكم بصحته
في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملا لان المانع مرض الموت وهو ما يتصل به الموت كالا يدري ان
مرضه هذا يتصل به الموت او لا والموهوم لا يعارض المتحقق فيحكم بنفوذ تصرفه هنا وثبت الملك للموهوب له بالقبض والتصرف في
ملكه في البيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان اكثر ما فيه ان الهبة انتقضت بموته في البعض او في الكل وفساد
السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض ولا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستغراق تركة الميت بالدين فحينئذ
بطل ملكه بقضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فاما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد ان كان على الميت دين
مستغرق لتركته لان الهبة في المرض وصية فتتاخر عن الدين ولزمه رد العبد لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه
فكان ضامنا قيمته وان لم يكن عليه دين ولكن لا مال للميت سواه فقد بطلت الوصية في مقدار الثلثين منه فيضمن ثلثي قيمته لورثة الميت
ان كان الموهوب له معسرا وقد كان اعتق العبد فلا سبيل لغرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب
له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر صحيح بذمته لا تعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان
تعلق بماليته قبل العتق فان كان الموهوب له اعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وهو عليه دين فعلى العبد السعاية في
قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر الرد فيه بالعتق فيجب عليه السعاية
في قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد
لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب له فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فاما دين غرماء الواهب
اصله كان على الواهب وانما استوجبوا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لاتلافه مالية الرقبة عليهم فلهذا ضربوا بقيمة العبد
وتعلق حق الفريقين بمالية العبد كان باعتبار دين الموهوب له فلهذا لم يقدم احدهما على الاخر قال رجل وهب لرجل عبدا
وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يثبت له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملكه الى ملك بعد ذلك فكان
ذلك كحقيقة الملك في المنع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقا فله ان يرجع فيه لانه عاد قنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة
لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر لمعنى في المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فللواهب ان يرجع فيه والجناية
باطلة لانه حين جنى كان مملوكا للموهوب له وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال يكون هدرا وبالرجوع لا يتبين انه لم
يكن مملوكا للموهوب له حين جنى لان الرجوع من وجه بمنزلة الملك المستفاد بالهبة الا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب
فلا عقر على الموهوب له وان كان الولد على الموهوب بعد رجوع الواهب فيه فكذلك لانه لا تعتبر جنايته بعد رجوع الواهب له
وكذلك لو ابق العبد عند الموهوب له فرده كان للواهب ان يرجع فيه لان الاباق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع في الهبة والجعل
على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد كانه احيا ملك الموهوب له فكان الجعل عليه قال
رجل وهب لرجل شجرة باصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال ابو حنيفة رحمه الله هذا غلط الا ان يريد بقوله باصلها بعروقها عصمة ح
ويأذن له في قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب في ملك الواهب في معنى الشيوع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا
تمت الهبة فيها وهي مقطوعة فله ان يرجع فيها فاما اذا كان المراد بقوله باصلها بموضعها من الارض فذلك معلوم تمييز بالهبة

تمت

تمت في الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة في حكم شيء اخر لانها كانت نامية وقد صارت حطبا فليس له ان يرجع فيها الا ترى انه لو
قطعها فجعلها ابوابا او جذوعا لم يكن له ان يرجع فيها اذا عمل فيها شيئا قل او كثر لانها الان ليست بشجرة كما وهبها له وله ان يرجع في
موضعها من الارض ولكن ما ذكر من الشرح اصح لان تجرد الشجرة بالقطع في الشجرة نقصان وان كان يزداد في ماليتها فهو باعتبار
رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح في الشاة والنقصان من الموهوب لا يمنعه من الرجوع بخلاف ما اذا جعلها ابوابا او جذوعا لان
زيادة صنعة حادثة في الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها ولو وهبها له بعينها باصلها واذن له في قبضها فقطعها
كان له ان يرجع فيها لان الهبة جازت وهي مقطوعة وفي الباب الاول جازت وهي شجرة وهذا اشارة الى ما ذكر ابو عصمة انه بعد
القطع لا يكون له ان يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة بعد الجذاذ كان ايصال الهبة بما ليس بموهوب من ملك الواهب يمنع تمام
الهبة اذا كان بعرض الفصل قال رجل وهب لرجل عبدا فجنى عند الموهوب له جناية بلغت قيمته مقدار الموهوب له فللواهب
ان يرجع في هبته لانه بالفداء طهر عن الجناية وعاد كما قبل الجناية ولم يتمكن في عينه زيادة فكان للواهب ان يرجع فيه ولا يرد على
الموهوب له شيئا من الفداء لانه فدا ملكه باختياره وقد بينا ان بالرجوع ينتهي ملكه المستفاد بالهبة لان المستحق بالجناية نفس
العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له
بغير اختياره فلا يصير هو متملكا ولا مختارا ولكن الجناية تبقى في رقبة العبد فيخاطب مالكه بالدفع او الفداء ومالكه الواهب في
الحال فهو المخاطب بذلك كما لو مات مولى العبد الجاني فوارثه قال ولو وهب له ثوبا فقطعه قميصين فخاط نصفه
ونصفه الاخر على حاله كان له ان يرجع في النصف الباقي لان الشق نقصان في الثوب والخياطة فيها زيادة ففي النصف الذي
حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا ان تعذر الرجوع في النصف لا يمنعه من الرجوع في النصف الباقي قال ولو
وهب له شاة فذبحها كان له ان يرجع فيها لان الذبح نقصان في العين فان عمله في ارهاق الروح قال وان ضحى بها او ذبحها في
هدي المتعة لم يكن له ان يرجع فيها في قول ابي يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزيه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول
ابي حنيفة وقيل قوله كقول ابي يوسف اما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عنها والذبح نقصان فلا يمنع الرجوع فيما
بقي كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القربة في نيته وفعله دون العين والموجود في العين قطع الحلقوم والاوداج سواء كان
على نية اللحم او نية القربة والذي حدث في العين انه تعلق به حكم الشرع من حيث التصدق به وذلك لا يمنع الرجوع كوجوب
الزكاة في المال الموهوب في يد الموهوب له بل اولى لان التصدق هناك ليس بحتم حتى لا يكون له ان ياكله ويطعم من شاء من الاغنياء
خلافا للزكاة وابو يوسف في التضحية يقول جعلها الله تعالى خالصا وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان
الموهوب ارضا فجعلها مسجدا وبيان قولنا ان التقرب باراقة الدم وقد حصل ذلك الا ترى انه لو سرق المذبوح او هلك
كان يجزيا عنه واباحة التناول منه باذن من له الحق بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير الا ترى انه لا يجوز له ان
يتصرف فيها على غير الوجه الماذون فيه وهو بيع اللحم للتجارة ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامنا فعرفنا انه بمعنى التقرب به
فيكون نظير هذا من الزكاة ما اذا اداه الى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب ان يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل في صورة
ذبح شاة القصاب ولكن في المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصورة الا ترى ان الذبح يتحقق من المجوسي والمسلم والتضحية لا تتحقق
الا ممن هو اهل فعرفنا انه في المعنى غير الذبح ثم عند محمد رجوع الواهب لا يبطل التضحية لان رجوعه في القائم دون ما تلف
منه وقد بينا ان الرجوع ينهي ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو في حقه نظير ما لو هلك بعد الذبح قال
رجل وهب لرجل دراهم فقبضها الموهوب له وجعلها صدقة لله تعالى فللواهب ان يرجع فيها ما لم يقبضها المتصدق عليه
لانه التزم فيها الصدقة بنذره فلا يكون ذلك اقوى من وجوب الصدقة عليه فيها بايجاب الله تعالى وهو الزكاة وذلك لا
يمنعه من الرجوع وهذا لان قبل قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه وكذلك لو وهب له ناقة فجعلها
الموهوب له بدنة وقلدها فللواهب ان يرجع فيها قبل ان ينحرها الموهوب له وفرق ابو يوسف بين هذا والاول فقال
بالتقليد لا يتم جعلها لله تعالى الا ترى انه لو قلدها عن هدي واجب فهلكت قبل ان ينحرها كان عليه اخرى بخلاف ما بعد
النحر وان وهب له اجذاعا فكسرها وجعلها حطبا فله ان يرجع فيها لان هذا نقصان في العين وان كان يزيد في ماليته باعتبار
ذلك من زيادة رغائب الناس فيه لان المعتبر في العين فلهذا كان له ان يرجع فيها وكذلك لو وهبه لبنا فجعله طينا فهذا نقصان
فان اعاده لبنا لم يرجع فيها لان هذا اللبن حادث بفعله اذا ضرب اللبن من الطين زيادة في عينه فاذا كان تحادث في يده

الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وان وهب له نحاسا فجعله حلالم يرجع فيه لان ما اليه الحل غير ما اليه النحاس وهو ماليه حدث
بصنعه حادثه في العين في يد الموهوب له وان وهب له سكينا فجعله سيفا فجعله سكاكين او سكينا لم يكن له ان يرجع فيه لان ه
السكين غير السيف وكذلك ان كسره فجعل منه سيفا اخر لان هذا الثاني حادث بعمله الا ترى ان الغاصب لو فعل ذلك كان ضامنا قيمة
السيف المغصوب ويجعل ما صنعه له قال وان وهب له دارا فبناها على غير ذلك البنا وترك بعضها على حالها لم يكن له ان يرجع
في شي منها لان ما زاد في البناء في جانب منها يكون زيادة في جميعها كما في الارض اذا بنى في ناحية منها قال وان وهب له حماما فجعله
مسكنا او وهب له بيتا فجعله حماما فان كان البنا على حاله لم يزد فيه شيا فله ان يرجع فيه لان تصرفه كان في المنفعة دون العين
والمانع من الرجوع زيادة في العين فان كان عليه زاد عليه بنا او علق عليه بابا او جصصه او اصلحه او جعله نصا روح او طينه
فليس له ان يرجع فيه لان هذا كله زيادة في عينها قال مريض وهب لصحيح عبدا يساوي الفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضا
وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فان كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد او اكثر فالهبة ماضية لان العوض المقبوض بمنزلة العوض
المشروط او اقوى وما الثلث منه كان من ثلث الصحة والثلثان حق الورثة فاذا كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد عرفنا انه لم يبطل شيا
من حق الورثة بتصرفه وانما تصرف في خالص ملكه فكانت الهبة ماضية وان كانت قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب
في سدس الهبة لان حقهم في ثلثي العبد وقد وصل اليهم من العوض مقدار ماليه نصف العبد فانما بقي الى تمام حقهم سدس العبد فلهذا
يرجع الواهب بسدس الهبة كلها واخذ العوض وان شاء رد الهبة سدس الهبة وامسك الباقي لانه ما رضي بسقوط حقه عن عوضه
الا بان يسلم اليه جميع الهبة للموهوب ولم يسلم ولان التبعيض في الملك المجتمع عيب فباستحقاق جزء من العبد وان قل يصيب ما
بقي منه وحق الرد بالعيب ثابت بعد التقابض اذا كان العوض مشروطا لان الهبة بشرط العوض تصير بيعا بالتقابض فلهذا اثبت له
الخيار في رد ما بقي فاما اذا لم يكن العوض مشروطا فانه لا يصير معاوضه بالتقابض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ه
ولا يكون له ان يسترد العوض لانه ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك ه

باب هبة المريض

ه قال ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت وقال ابن ابي ليلى يجوز غير مقبوضة لانها وصية
بدليل انها تعتبر من الثلث والوصية تتاكد بالموت قبضت او لم تقبض ولا تبطل به وكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب
الموت وحال ما باشر المريض في الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلثا ورثته بمنزلة ما لو وقعت الفرقة بينهما بالموت
فهذا مثله ولكنا نقول المعنى الذي له ولاجله لا تتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود في حق المريض وهو انه تمليك بعقد
تبرع فيكون ضعيفا في نفسه لا يفيد حكمه حتى ينضم اليه ما يؤيده وهذا في حق المريض اظهر لان تصرفه اضعف من تصرف الصحيح ه
واعتباره من الثلث لا يدل على انه غير ثابت في الحال كالكفالة والاعتاق وهذا بخلاف الوصية فانها خلافه ثم الملك من بعد موته ه
والخلافه لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تمليك لا يحتمل الاضافه فاذا لم يتم قبل الموت بطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم
يتصل به الاجازة حتى مات احدهما ولا نقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن يقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح ابقا
لحقها في ماله بعد تعلقه به ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا فان حق الوارث تعلق بثلثي ماله بمرضه فلانفاذ حقهم جعلنا هبته
من الثلث قال فان كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين الى الورثة وكذلك
سائر ما يقسم وما لا يقسم اما فيما لا يقسم فلا اشكال واما فيما يقسم فان الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه في الثلثين بعد
موته واذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طاريا فيما بقي بخلاف ما اذا استحق نصفها للدار فانه يتبين انه لم يملك المستحق بالقبض
وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقي كان شائعا فيما يحتمل القسمه وذلك يمنع ابتدا التمليك بالهبة قال فان كانت
الهبة قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثه
ولا يرد الكتابه لان الكتابه منه صحيحة لانه لكونه مالكا لها حين كاتب فما دامت باقية لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولان في ردها
على الورثه ابطال الحق الثابت لها في كسبها ونفسها وذلك لا يجوز واذا تعذر رد عينها بسبب باشره الموهوب له كان ضامنا للورثه
قيمة حصتهم منها كما لو كان دبرها او اعتقها فان قضى القاضي عليه بثلثي قيمتها ثم عجزت المكاتبه لم يكن للورثه عليها سبيل لان القاضي
قضى بالقيمه والسبب الموجب للقضا به وهو العجز عن رد العين متحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لا يعود في العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب

اذا عاد من اباقه بعدما قضى القاضي بقيمته على الغاصب وان عجزت قبل القضا اخذ والثلثيها لان المانع زال قبل انتقال حقهم
من عينها الى محل اخر وهو كالمغصوب اذا عاد قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذلك ان كاتبها بعد موت المريض فالجواب على ما تقدم ما لم
نقض القاضي بثلثيها للورثة لان ملك الموهوب له باق بعد قبضه فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزله عتق احد الشريكين
الجارية المشتركه وقد بينا ذلك في كتاب العتاق قال مريض وهب لمريض عبدا وسلمه اليه فاعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم
مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسعى العبد في ثلثي قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة ه
الوصية فيتاخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه اتلف عليهم حقهم في ثلثي العبد بالاعتاق
فعلى العبد ان يسعى في ذلك لهم وانما بقي مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسعى في ثلثي هذا
الثلث لورثة الموهوب له ثلث رقبته فكان جميع ما عليه السعاية في ثمانية اتساع قيمته وانما سلم له التسع وان كان على الموهوب
له دين الف درهم وقيمة العبد الف درهم سعى العبد في قيمته تضرب فيها غرما الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثي قيمة
العبد لان دين الموهوب له يحيط بتركته فعلى المعتق السعاية في جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب
فيها غرماوه بديونهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الاخر الف فيقسم التركه بينهما بالحصه قال مريض وهب
لمريض عبدا وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب في مرضه كالهبة مردوده الى وارثه لان الهبة في المرض في حكم
التنفيذ معتبرة بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة في المرض ه
وهذا بطلان الوصية للقاتل لدفع المغايظة عن الورثة حتى لا يزاحمهم قاتل مورثهم في الميراث وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه
قال رجل وهب لرجل عبدا في مرضه وقيمته الف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب فقال الموهوب
له ادفعه او افده لان الموهوب له ملك العبد بالقبض فانما جنى على الواهب في ملكه وموجب جناية المملوك خطا على غير المالك
يخاطب المالك بالدفع او الفدا كما لو جنى على انسان اخر وهو دليل تمام ملك الموهوب له الا ترى انها لو كانت جارية حل له وطيها بعد
الاستبرا فان اختار الفدا افداه بعشرة الاف لان الفدا بارش الجناية وهو دية النفس هنا ثم بدل نفس الواهب بمنزلة ماله
خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين انما له عند موته احد عشر الفا وان العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت
الهبة صحيحة في جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شي عليه لان المولى يتخلص عن عهدة الجناية بدفع الجاني ولم يبين كيفية الدفع هنا
وانما بين ذلك في كتاب الدور وقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع بالجناية لان الهبة تجوز في
نصف العبد وكان ينبغي ان يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواه ولكن لضرورة الدور جوزنا الهبة في
نصف العبد وبيان ذلك ان نجعل العبد على ثلثه اسهم ويجوز الهبة في سهم وتبطل في سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم
بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب حسابه الزيادة في تنفيذ الهبة واذا ازدنا في تنفيذ الهبة يزداد ما له بالدفع بالجناية
ايضا فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد والسبيل نفيه وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور
من جهتهم وانما الدور هنا بزيادة ظهرت في نصيب الورثه فالسبيل ان يطرح من اصل حقهم سهما فيبقى حقهم في سهم وحق الموهوب
له في سهم وبه يظهر ان العبد في الاصل يكون على سهمين سهم الهبة في احدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم
بالجناية فيسلم للورثة سهمان وقد نفذنا الوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحدا في الصورة
ففي الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية في نصف العبد ولما بطلت الهبة في النصف بالرد سقط حكم الجناية
فيه لانه جناية المملوك على مالكه خطا واعتبر في النصف الاخر وقد دفعه المالك بالجناية فلهذا لا شي عليه سواه قال واذا
رجع الواهب في هبته والموهوب له في مرض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء القاضي فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل
لغرما الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب استحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاضي
كان رد المريض هاهنا حين طلب الواهب الرجوع فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه
دين محيط بماله ابطل ذلك بالرجوع ورددت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان هذه المسئله من اختلاف الروايات والقياس
والاستحسان والذي ذكره هنا جواب الاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرما والورثه عنه بعد
تعلق حقهم به فيرد عليه قصده يوضحه ان حق الواهب في الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا
اتصل قضا القاضي به يقوى فيتقدم على حق غرما الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضا تقدم حق الغرما والورثه على

حقه لعوق حقهم وضعف حق الواهب قال مريض له عبد يساوي خمسة الاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال
له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه او افده لما بينا انه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد
بينا التخريج وان اختار الفداء افداه وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة مال حادث فيتبين به ان ماله خمسة
عشر الفا وقيمة العبد خمسة الاف فهو خارج من ثلثه فلهذا ينفذ الهبة في جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة في جميع العبد ظهر
ان على الموهوب له الدية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوي ستة الاف درهم واختار الفداء فانه يرد على ورثة الواهب
ربعه ويفدي ما بقي بثلثة ارباع الدية وذكر محمد في كتاب الدور طريقا في تخريج هذا الجنس من المسائل وهو اسهل الطرق قال
ولو كان للواهب سوى العبد الفا درهم لكانت الهبة صحيحة في جميع العبد لانه عند اختيار الفداء يؤدي الدية عشرة الاف
درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثني عشر الفا وقد نفذنا الهبة في العبد وهو يساوي ستة الاف درهم فيسلم
للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدمنا الالفين بعد ذلك علينا تنفيذ الهبة في جميع الهبة العبد فالسبيل ان يضم ما عدمنا
وهو الفان الى قيمة العبد وهو ستة الاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدمنا وهو تقدير الموجود والذي عدمنا من الجملة مقدار
الربع فتبطل الهبة في ربع العبد ويجوز في ثلثة ارباع العبد وقيمة ذلك اربعة الاف وخمسمائة ثم نفدي ذلك بثلثة ارباع
الدية وذلك سبعة الاف وخمسمائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمته الف وخمسمائة وجملة ذلك تسعة الاف وقد
نفذنا الهبة في نصف ذلك اربعة الاف وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور وما طريق بيان الدور
ان العبد في الابتداء على ثلثة اسهم صحت الهبة في سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدي هذا السهم بمثله ومثل ثلثه لان قيمة العبد ستة
الاف والدية عشرة الاف فهي مثل العبد ومثل ثلثه عرفنا ان كل سهم من العبد تقابله من الدية مثله ومثل ثلثه فاذا فداه بسهم
وثلث ازداد مال الورثة فجاء الدور من الوجه الذي قررنا فالسبيل ان يطرح من اصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلث
سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهما وثلث سهم بقي حقهم في ثلث سهم وحق الموهوب له في سهم فيكون العبد على سهم وثلث
انكسر بالاثلاث فاضربه في ثلثه فيكون اربعة فتبين ان العبد على اربعة اسهم وان الهبة تنفذ في ثلاثة ارباعه فيفدي ذلك بثلثة ارباع الدية
ثم التخريج الى اخره كما بينا وتخريج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يوحشنا ذلك الى كتاب الدور وهنا
المسئلة واخواتها نعود هنا لك ان شاء الله تعالى قال واهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات الا انه يجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي سواء كان المسلم هو المعوض للخمر او الذمي لان الخمر
ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو ممنوع من تمليكها وتملكها فهي في حقه كالميتة والدم لا يصلح عوضا وان صارت الخمر خلا في يد القابض
لم يصر عوضا ويرده الى صاحبه لان تمليكها على وجه التعويض باطل فيبقى على ملك صاحبها فاذا تخللت كان الخل مملوكا له يرده وداعليه
واصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحا بالتخلل كما لو باع خمرا من انسان فتخللت في يد المشتري ويجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين
الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما في حقنا وصحة
التعويض تختص بمال متقوم قال مسلم وهب لمرتد هبة فعوضه منها المرتد ثم قتل او لحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز
تعويضه في قول ابي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد في ماله ومن اصل ابي حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل او لحق بدار
الحرب واما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف في ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق
وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذا اولى الا انه كان للواهب حق الرجوع فيها لحصول الموهوب له وقتها تحقيقة او حكما باللحاق بدار
الحرب فكانت الهبة جائزة وقد بطل التعويض وفي قول ابي يوسف ومحمد تعويضه صحيح كساير التصرفات الا ان عند ابي يوسف رحمه الله
يكون من جميع ماله وعند محمد رحمه الله من ثلثه بمنزلة ساير تصرفات المرتد على وجه التبرع فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه
الموهوب له من قبله هبته ثم قتل او لحق بدار الحرب فانه يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه في ماله واذا كان تصرفه في ماله
تبرعا يبطل عنه اذا مات فتصرفه هبة اولى ويرد هبته الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قايما وان كان قد استهلكه
كان ذلك دينا في مال المرتد لانه قبضه على وجه العوض ولم يسلم الموهوب للموهوب له فلا يسلم العوض له ايضا ولكن ان كان
قايما رده على الموهوب له بعينه وان كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فيجب قيمته دينا في ماله سواء كان الا
علم بارتداده او لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من يعامله بردته وجهله فانا التوقف لحق الورثة وحقهم ثابت في
الحالين قال واذا وهب المرتد للنصراني هبة او النصراني للمرتد على ان عوضه منها خمرا فذلك باطل لان المرتد في حكم التصرف

في الخمر كالمسلم فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقر على ما اعتقده فيبطل تصرفه في الخمر تعويضا عن الهبة كما يبطل من المسلم قال
واذا وهب الحربي المستامن هبة لمسلم او وهبها له مسلم فقبضها ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد مستامنا فلكل واحد منهما ان يرجع في
هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة وبقاء العين على حاله كان المستامن وان كان في دارنا صورة فهو من اهل دار الحرب حكما
فلا يتبدل ملكه بالرجوع الى دار الحرب وان سبي واخذت الهبة منه لم يكن للواهب ان يرجع فيها لزوال الملك المستفاد
بالهبة فان نفسه بالسبي قد تبدلت وخرج هو من ان يكون اهلا للملك والموهوب صار ملكا للسابي بمنزلة ساير امواله التي
احرزها معه فلا سبيل للواهب عليه وان حضر قبل القسمة لانه انما يمكن من اخذها دفع الظهور عليه من ماله وهذا ما زال عن ملكه
باختياره فلا ياخذه من الغنيمة وان حضر قبل القسمة قال وان وقع الحربي في سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة
اليه بشراء وغيره لم يكن للواهب ان يرجع فيها لان هذا ملك حادث له وحق الواهب كان في الملك المستفاد بالهبة فلا يثبت
في ملك حدث بسبب اخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وان كان الحربي هو الواهب فسبي ووقع
في سهم رجل لم يكن له ان يرجع في هبته لان نفسه تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فان الحرية حياة والرق تلف وبموت
الواهب يبطل الحق في الرجوع ولانه لو رجع كان معيدا للعين الى ملك مولاه لا الى ملك نفسه وبالهبة لم يخرج من ملك مولاه
وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشيا لا يتصور
عوده قال الحربي وهب لحربي هبة ثم اسلم اهل الدار او اسلما جميعا وخرجا الى دار الاسلام فله ان يرجع في هبته لبقاء الملك
المستفاد بالهبة فان الاسلام يقرر الملك الذي كان قبله ولا يتبدل وكذلك العين على حاله في يد الموهوب له فان كان
عوضه من هبته لم يكن له ان يرجع فيها لحصول ما هو المقصود له بالهبة وهو وصول الهبة اليه والله اعلم
تم كتاب الهبة والحمد لله قال رحمه الله

انتهى شرح الصفا من الفروع ، من الاستحسان الى البيوع ،
ما المؤثر من المعاني مع الجزء المسموع ، بالملاء الملتمس لرفع الباطل الموضوع ،
المتفق لاجله المحصور الممنوع ، عن الاهل والولد والكتاب المجموع ،
الطالب للفرج بالدعاء والخنوع ، في ظلم الليالي بالبكاء والدموع ،
مقرونا بالصلوة على سيد امل الجموع ، وعلى اله واصحابه اهل التقوى والخشوع

كتاب البيوع

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان
الله سبحانه وتعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد في الدنيا وشرع طريق التجارة لاكتسابها لان ما يحتاج اليه كل احد لا يوجد
مباحا في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد والى ذلك اشار الله تعالى في قوله يا ايها الذين امنوا
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة نوعان حلال يسمى في الشرع بيعا وحرام يسمى ربا وكل
واحد منهما تجارة عن تراض منكم فان الله اخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين الربا والبيع عقلا فقال عز وجل ذلك بانهم قالوا
انما البيع مثل الربا عرفنا ان كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منهما بيع شرعا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس
يتعاملونه فاقرهم عليه والانعقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو قوله بعت واشتريت في مجلس كل واحد منهما
ما المتقوم على طريق الاكتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون بيعا ابتداء ولو كان احد اللفظين عبارة
عن المستقبل بان يقول احدهما بعني فيقول الاخر بعتك او يقول اشتر مني فيقول الاخر اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح
والشافعي رحمه الله يسوي بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق لنا من وجهين احدهما ان النكاح
يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجني نفسك في مجلس العقد لا يحمل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيحمل احد شطري العقد فاما
البيع يقع بغتة من غير تقدم استيام فيحمل قوله بعني استياما فلا بد من لفظة العقد بعده والثاني ان قوله زوجني نفسك تفويض
للعقد اليها فيحمل قولها زوجت عقدا تاما لان كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مامورا به وفي البيع
وفي البيع لا فانا في مثل هذا لان كلام الواحد لا ينعقد به البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الاخر فاما الربا في اللغة

هو الزيادة يقال اربى فلان على فلان اى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة لزيادة فيه على سائر الامكنة وفي الشريعة الربا هو الفضل
الخالي عن العوض المشروط في البيع لما بينا ان البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع لما
بينا ان البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالي عن العوض اذا دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه البيع فكان حراما شرعا
واشتراطه في البيع مفسد للبيع كاشتراط الخمر وغيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله وحرم الربا
وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات احدها التخبط قال الله تعالى لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان
من المس قيل معناه تنتفخ بطنه يوم القيمة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام القيام سقط فيكون بمنزلة الذي اصابه مس من الشيطان
فيصير كالمصروع الذي لا يقدر على ان يقوم وقد ورد بنحو اثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال علامة آكل الربا بطنه نارا يقذف
ما اكل الربا والمراد ان يفتضح على رؤس الاشهاد كما اشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر ان لواء ينصب يوم
القيمة لاهل الربا يجتمعون تحته ثم يساقون الى النار والثاني قال الله تعالى يمحق الله الربا والمراد الهلاك والاستيصال وقيل
ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعده والثالث الحرب قال الله تعالى فأذنوا بحرب من الله ورسوله والمعنى من
القراءة بالمد اعلموا الناس ان آكل الربا حرب لله ورسوله والرابع الكفر قال الله تعالى والله لا يحب كل كفار اثيم وقال الله تعالى
وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين وقال الله تعالى والله لا يحب كل كفار اثيم اى كفار باستحلال الربا اثيم فاجر باكل الربا الخامس الخلود
في النار قال الله تعالى ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون والسنة جاءت بما هو ابلغ منه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال كل درهم واحد من الربا اشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل ومن نبت لحمه من حرام فالنار اولى به والمقصود من هذا الكتاب
بيان الحلال الذي هو مشروع والحرام الذي هو ربا ولهذا ما قيل لمحمد رحمه الله الا تصنف في الزهد شيئا قال قد صنفت
كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث
رواه عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب
مثل بمثل ويدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد
والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل
يد بيد والفضل ربا وهذا مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد رحمه الله ببعضه كتاب البيوع وببعضه
كتاب الصرف وببعضه كتاب الاجارات ومثله حجة في الاحكام يجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ومدار هذا الحديث على
من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعوية بن ابي سفيان
رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم في الفرع اما تفسير قوله صلى الله عليه
وسلم الذهب بالذهب اى بيع الذهب بالذهب او بيعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعواض والابدال فانه للالصاق
وهو دليل فعل مضمر كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل يروى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل
ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلا بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ تبين ان المراد من هذا اللفظ المماثلة
في القدر وبهذا اللفظ تبين ان المراد من قوله وزن بوزن المماثلة قدرا لا وصفا وكلام رسول الله يفسر بعضه بعضا
وفي حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص على ان المراد المماثلة في الوزن دون الصفة
لان التبر لا يساوي العين في الصفة وانما يساويه من حيث المقدار وقوله يد بيد يجوز ان يراد به عينا بعين لان التعيين يكون
بالاشارة باليد ويجوز ان يراد قبض بقبض لان القبض يكون باليد وزعم بعض اصحابنا ان المراد به القبض لثباته في حديث عمر
رضي الله عنه فانه قال في الصرف من يدك الى يده وان استنظرك الى خلف السارية فلا تنظره وان وثب من السطح فثب معه ولكن
الاصح ان المراد به التعيين لانه لو كان المراد به القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره لا بيد غيره فعرفنا ان المراد التعيين
الا ان التعيين في النقود لا يتم الا بالقبض لانها لا تتعين في العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين الا ان التعيين
المنصوص عليه واليه اشار في حديث عمر رضي الله عنه بقوله هاء وهاء اى هذا وهذا وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل في القدر
ويحتمل الفضل في الحال بان يكون احدهما نقدا والآخر نسيئة وكل واحد منهما يراد باللفظ وقوله ربا اى حرام اى فضل خال
عن العوض في المقابلة اما مستفيانه عند فضل القدر او موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقد والنسيئة في المالية وكذلك
تفسير قوله الفضة بالفضة فاما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المماثلة في الكيل ويحتمل المماثلة في الصفة ولكنه في كتاب

الصرف ذكر مكان قوله مثل بمثل كيلا بكيل فتبين ان المراد المماثلة من حيث القدر وفي حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه
قال جيدها ورديها سواء فتبين ان المماثلة في القدر وقوله يد بيد معناه عندنا عينا بعين ولهذا لا نشترط التقابض في
المجلس في بيع الحنطة بالحنطة لان التعيين فيها يتم بالاشارة وقوله الفضل ربا يحتمل الفضل في القدر ويحتمل الفضل في الحال
وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه فقال من زاد او ازداد فقد اربى وكذلك الشعير
والتمر والملح فاما الحكم ففي الحديث حكمان حرمة النساء في هذه الاموال عند المبايعة بجنسها وهو متفق وحرمة التفاضل وهو
قول الجمهور من الصحابة الا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان يجوز التفاضل في هذه الاموال ولا معتبر بهذا القول
كان الصحابة رضي الله عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روي ان ابا سعيد الخدري رضي الله عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى
توكل الناس الربا اصحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم نصحبه اسمعت منه ما لم نسمع فقال لا ولكن حدثني اسامة بن زيد رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا في النسيئة فقال والله لا آواني واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد
ما خرج ابن عباس من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة ولو ثبت رجوعه فاجماع التابعين بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا
لا يعتد بهذا القول وتاويل حديث اسامة بن زيد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير او الذهب بالفضة
فقال عليه السلام لا ربا الا في النسيئة فهذا بناء على ما تقدم من السؤال فكان الراوي سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع
ما تقدم من السؤال او لم يشتغل بنقله واما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار على ان حكم الربا غير مقصور على الاشياء الستة وان
فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى الى غيرها من الاموال الا داود من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين فان داود يقول حكم الربا
مقصور على هذه الاشياء الستة لانه لا يجوز قياس غير المنصوص لاثبات الحكم وعند فقهاء الامصار القياس حجة لتعديه الحكم
الثابت بالنص والبتي يقول بان القياس حجة ولكن من اصله انه لا يجوز القياس على الاصول الا ان يقوم دليل في كل اصل على جواز
القياس عليه ولم يقم ذلك الدليل هنا وعند فقهاء الامصار يجوز القياس على الاصول الا ان يقوم دليل يمنع القياس على كل
اصل وقد قام الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن انس واسحق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا هذا الحديث وذكر في آخره
وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم الى سائر الاموال وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني اخشى عليكم الرما اى الربا ولم يرد به عين الصاع وانما اراد
به ما يدخل تحت الصاع كما يقال خذ هذا الصاع اى ما فيه ووهب لفلان صاعا اى من الطعام وفي حديث عامل خيبر انه اهدى
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اوكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكني دفعت صاعين
من جمع بصاع من هذا فقال صلى الله عليه وسلم اربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك تمرا ثم قال صلى الله عليه
وسلم وكذلك الميزان يعني ما يوزن بالميزان فتبين بهذه الآثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الاشياء الستة الى غيرها وهذا
بخلاف قوله صلى الله عليه خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم لم يجوز قياس ما سوى الخمس على الخمس لان التعليل للتعدية حكم النص الى غير
المنصوص لا لابطال المنصوص وقد نص في ذلك الحديث على ان الفواسق خمس ولو اشتغلنا بالتعليل كان اكثر من خمس فيكون ابطالا
للمنصوص وهذا ليس في الحديث ان مال الربا ستة اشياء ولكن ذكر حكم الربا في الاشياء الستة فان الاشتغال بالتعليل لا يؤدي الى
ابطال المنصوص فلهذا جوزنا ذلك وفائدة تخصيص هذه الاشياء بالذكر ان عامة المعاملات يومئذ كان بها ما جاء في الحديث
كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به ما يدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهو الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد
ذلك في المعنى الذي يتعدى الحكم به الى سائر الاموال قال علماؤنا رحمهم الله الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله
الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة والقدر بقوله مثل بمثل ونعني بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض
مشايخنا رحمهم الله ان العلة مع الجنس الفضل على القدر وذلك يحكى عن الكرخي رحمه الله ولكنه ليس بقوي فانه لا يجوز اسلام
حنطة في قفيز شعير ولا يثبت حرمة النساء الا بوجود احد الوصفين ولو كانت العلة هي الفضل لما حرم النساء هنا لانعدام
الفضل عرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رحمه الله العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين رحمه
الله تقارب المنفعة مع الجنس وقال الشافعي رحمه الله في القديم العلة هي الطعم في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال في الجديد
العلة هي الطعم وفي الذهب والفضة العلة الثمنية وهما اثمان والجنسية شرط عنده لا تعمل العلة الا عند وجوده
ولهذا لا تحل الجنسية اى في تحريم النساء فحاصل المسئلة ان بيع كل مكيل او موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود المماثلة في القدر

وان يكون عينا بعين وعنده بيع كل مطعوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند وجود الخلاص وهو المساواة في المعيار الشرعي وان يكون مقبوضا بقبض في المجلس والحاصل ان حرمة البيع في هذه الاموال اصل عنده والجواز بعارض المساواة في المعيار مع القبض في المجلس وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال اصل كما في سائر الاموال والفساد بعارض انعدام المماثلة بوجود الفضل الخالي عن العوض متيقنا به او موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات على المطعومات او غير الثمن على الثمن بناء على اصله ان التعليل يصح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص فالحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة لان الثابت بالنص مقطوع به والمنع بظاهر النص ثابت بالاستصحاب فالتعليل للمنع يكون لغوا عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لا يجوز لان الحرمة هي الاصل في بيعها والحل يثبت بعارض حكم المماثلة المساواة في المعيار الشرعي ولم يوجد فلا يجوز وعندنا لا يجوز لانعدام الفضل على القدر في المعيار الشرعي والحرام هو الفضل على القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز اصل في البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المماثلة في القدر وهو المعيار الشرعي وهنا لا معيار له فيجوز العقد ولو باع قفيز جص بقفيزي جص عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم ولو باع حفنة بحفنتين عنده لا يجوز لكونه مطعوما وقد عدمت المساواة في المعيار الشرعي وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع منا سكر بمنوي سكر عندنا لا يجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لا يجوز ايضا لوجود الطعم مع الجنس ولو باع منا قطنا بمنوي قطن عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم وحجة الشافعي لاثبات اصله ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا سواء بسواء ففي هذا بداية بيان النهي في المتن ولو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع احدهما بالآخر بحال فبه تبين ان حرمة البيع اصل وان الجواز بعارض المساواة بين ذلك بقوله الا سواء بسواء والمراد المساواة في القدر ثم اسم الطعام والبر يتناول القليل والكثير وما يكال من الاطعمة وما لا يكال فتثبت حرمة البيع في جميع ذلك وتبين بهذا ان التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل المعلل وذلك باطل وكذلك في الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلى الله عليه وسلم مثلا بمثل نصب على الحال اي انما يكون بيعا في حالة ما يكون مثلا بمثل والمراد المماثلة في القدر فتبين به ايضا ان الحرمة اصل فيها وان الحل بعارض المماثلة في القدر فتبين به ايضا ان الحرمة اصل فيها وان الحل بعارض المماثلة في القدر ودليل المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضي الله عنه ان آية الربا من آخر ما نزل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يبين لنا شأنها وان من الربا ابوابا لا يكدن يخفين على احد منها السلم في السن فتبين بهذا انه علم ان الاسم غير عام على مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس في السلم في السن زيادة خالية عن العوض وقد جعله من الربا الذي لا يكاد يخفى على احد ولئن كان المراد الزيادة فانما المراد فضلا قائما في الذات لان المطعوم اذا قوبل بجنسه لا يتساويان في الطعم الا نادرا ولا ينبني الحكم على النادر فتبين ان الفضل القائم في الذات حرام ربا الا انه سقط اعتباره شرعا بالمساواة في القدر تيسيرا على الناس فتبين بهذا ان الحرمة اصل ايضا وفي ذكر الطعام ما يدل على ان العلة هي الطعم لان الطعام اسم مشتق من معنى والحكم اذا علق باسم مشتق من معنى فالمعنى الذي اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى الزانية والزاني وفي قوله تعالى والسارق والسارقة ومن حيث الاستدلال وهو ان الشرع شرط لجواز البيع في هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد فعرفنا ان الموجب لهذين الشرطين معنى في المحل ينبئ عن زيادة خطر حتى يجب لاجله زيادة شرط كما انه لما خص النكاح بزيادة شرطين الولي والشهود كان ذلك دليلا على ان الموجب للشرطين معنى في المحل ينبئ عن زيادة خطر وهو ان المستحق به ما في حكم النفوس ثم هذا المعنى الذي ينبئ عن الخطر في الذهب والفضة هو الثمنية لانهما خلقا كذلك وبالثمنية حياة الاموال والمعنى الذي ينبئ عن زيادة الخطر في الاشياء الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ولهذا جعلنا الجنسية شرطا لا علة لان الحكم يدور مع الشرط وجودا وعدما كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير واذا لم يكن في الجنسية ما ينبئ عن زيادة الخطر لا يثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطا لا علة وبهذا تبين فساد التعليل بالقدر فانه لا ينبئ عن زيادة الخطر في المحل لان الجص شيء هين لا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزيين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الاثمان وهو الذهب والفضة وذكر من المطعومات انفس كل نوع فالحنطة انفس مطعوم بني آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل فلما اراد المبالغة في علف الدواب بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على اعلاه ليتبين بذلك بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر

جميع

جميع المطعومات نص من كل نوع على اعلاه ليتبين بذلك ان العلة هي الطعم فاما اذا جعل العلة هي القدر يتمحض ذكر هذه الاشياء تكرارا لان صفة القدر لا تختلف في الاشياء الاربعة وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد اولى ولهذا قال مالك رحمه الله العلة الاقتيات لانه خص بالذكر كل مقتات يدخر وقال ابن سيرين رحمه الله العلة تقارب المنفعة لوجود ذلك في الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تتقارب في المنفعة واذا ثبت ان العلة هي الطعم والثمنية امتنع قياس غير المطعومات على المطعومات وغير الاثمان على الاثمان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع معتبرا في الخلاص عن الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع في الربا لاستحالة ان يتضمن الشيء حكمين متضادين بل القدر في المقدرات بمنزلة العدد في المعدودات والذرع في المذروعات فكما لا يصلح جعل ذلك علة للربا فكذلك القدر وحجتنا في المسألة ما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء الستة وكذلك كل ما يكال او يوزن فقد عطف سائر الاشياء على الاشياء الستة بصفة الكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة فقوله الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة والبيع لا يجري باسم الحنطة فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها احد ولو باعها لم يجز لانها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة ان المراد الحنطة التي هي مال متقوم ولا يعلم ماليتها الا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعها احد وانما تعرف ماليتها بالوزن فالتقدير ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فكأنه قال الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجري مجرى العلة للحكم كقوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص الا ترى انه لو قال اعتقت عبدي من فلان بشاة يلزمه ان يثبت مال متقوم الثبوت صفة المالية بمقتضى الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشتري له طعاما فيه فاشترى فاكهة يصير مشتريا لنفسه وهذا لان سوق الطعام الذي يباع الحنطة ودقيقها وبائع الحنطة من يبيع الحنطة ودقيقها وهذا من ابواب اللسان ليس من فقه الشريعة في شيء واما الكلام في المسألة من حيث الاستدلال فينبني على معرفة حكم النص فنقول حكم النص الربا وجوب المماثلة في المعيار شرط الجواز العقد وحرمة الفضل لعدم تلك المماثلة بالوجوب المماثلة لا كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل الذات ثم المماثلة شرط لازالة فضل حرام والدليل على ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد اوجب المماثلة ربا بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وفي الحديث الآخر قال لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وبالاجماع المراد بالمساواة في الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور بقاء الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا اصلا والحفنة والتفاحة لا يقبل هذه المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه ان صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقرونا بالمخلص فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل المخلص اصلا فهي علة باطلة والطعم بهذه الصفة فانها توجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء الكلام مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج ما لولاه لكان الكلام متناولا له فلما كان المستثنى الكيل القابل للمماثلة عرفنا ان المستثنى منه من جنسه فما لا يقبل المماثلة لا يتناوله الحديث اصلا فان قال هو استثناء منقطع بمعنى لكن اي لكن اجعلوهما سواء بسواء فيقع احدهما بالآخر قلنا هذا مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل بل باعتبار الحقيقة يتبين ان حكم النص وجوب المماثلة فيما يختص بمحل قابل للمماثلة والدليل عليه انه لو باع قفيز حنطة علكة بقفيزي حنطة رخوة او قد اكلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل في الذات ومع ذلك جاز العقد لوجود المماثلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم في الذات لوجود المساواة في القدر قلنا هذا اجابوه ولكن عند قيام الدليل فاذا امكن ان يجعل الحكم في الذات وجوب المماثلة والفضل الذي هو ربا بعدم تلك المماثلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصا فيما بني امره على الاحتياط وهو الربا والذي قال ان الاسم غير عام على مقتضى اللغة ممنوع فانه دعوى المجاز ايضا فلا يمكن اثباته ايضا الا بدليل فاما حديث عمر رضي الله عنه فله تأويلان احدهما ان المراد بقوله فان من الربا ابوابا لا يكدن يخفين على احد منها السلم في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية ان الواحد منهم يسلم في بنت مخاض فاذا حل الاجل اداه في السن وجعلها ابنة لبون ليزيد في الاجل ثم يزيد الى سن الحقة والجذعة فتلك الزيادة خالية عن عوض

هو مال ولهذا قال انه من الربا الذي لا يكاد يخفى على احد والثاني ان المراد السلم في الحيوان والحيوان ما يتفاوت والمسلم فيه دين
فانما يصير معروفا بذكر الوصف وراس المال بمقابلة الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض يمكن التفاوت في المالية
بين المقبوض والموصوف عند العقد لا محالة فتلك الزيادة كانها خالية عن العوض فيحل ذلك من الربا الذي لا يكاد يخفى على
احد وان سلمنا ان حكم النص وجوب المماثلة لا يبقى لهم شي لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل للمماثلة وان لم يسلموا
فالدليل على اثبات هذه القاعدة ان الاموال انواع ثلثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا يجب المماثلة فيها
ايضا للمبايعة واشياء متقاربة كالسهام ولا يجب المماثلة فيها ايضا للمبايعة واشياء متساوية كالفلوس الرائجة ويجب المماثلة
فيها حتى اذا باع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما لا يجوز لان الذي فيه فان بيع فلس بفلسين جائز لوجوب المماثلة كان احد
الفلسين بقي بغير شي لما كانت اشياء متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا اذا كان كل واحد منهما بعينه فكان المتعاقدين
اعرضا عن الاصطلاح على كونها اشياء متساوية ولهذا يتعين بالتعيين فيصير اشياء متقاربة كالجوز والبيض اذا
عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المماثلة في هذه الاموال عرفنا انها اشياء متساوية وانما يكون اشياء
متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا بالجنس والقدر لان كل حادث في الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما تطلب
المماثلة من جهتين وجهين فالمماثلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في المقدار كالطول والعرض والمماثلة معنى باعتبار
الجنسية ولكن هذه المماثلة لا يكون قطعا الا بشروط وهي سقوط قيمة الجودة منها صارت اشياء متساوية قطعا فانما يقابل
البعض في البعض بالبيع من حيث الذات فاذا كان في احد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة كالخيطين اذا تقابلا
واحدهما اطول فتلك الزيادة تكون خالية عن المقابلة والفضل الخالي عن المقابلة ربا واذا جعل شرطا في العقد فسد به
العقد وهكذا في سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان
يسلم له مع ذلك ثوبا اخر لا يجوز لان هنا ان الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعا لوجوب المماثلة فيثبت بما قررنا ان العلة
لهذا الحكم ما له اثر في ايجاب المماثلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه
بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وبعد ليل يجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة
رديه ودرهم لا يجوز وما كان ذلك الا ان ما يجوز الاعتياض عنه وانما لا يجوز الاعتياض عما فسد تقومه شرعا كالخمر ونحو ذلك
فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس واثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة
الاصول وعلى ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول فالبيع ما شرع الا
لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال كسبه بالبيع فكيف يستقيم ان يحمل حراما بالراي وان اردت
تحرير النكتة قلنا التفاح والرمان مال لم يسقط قيمة الجودة منه عند المبايعة فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب
والدواب تقريره من الوجه الذي ذكرنا وبهذا يعلل في القليل من الحنطة كالحفنة ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو
غصب من اخر حفنة من حنطة فنقصت عنده ليس للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع اخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة
لكان ذلك كما في التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست من ذوات الامثال
كان المماثلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفنا ان الواجب هو القيمة وقد بينا ان المالية والقيمة في الحنطة لا تعلم الا
بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة
النقصان ليوجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحزر فيوجب القيمة ويكون شرط الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب
فاذا اراد استرداد العين لم يكن له ان يرجع بشي كما لو قطع يدي عبد انسان فاراد المولى امساك العبد لم يرجع بشي على قول ابي
حنيفة رحمه الله وعلى هذا الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز ايضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فيكون المقابلة باعتبار
الذات فيظهر الفضل الخالي عند المقابلة بخلاف الحفنة بالحفنتين فكل واحد منهما من هناك يقابل الاخر في البيع من غير اعتبار
القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والثمنية فانها
علة قاصرة لا تتعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن اعظم وجوه الانتفاع بالمال
وكذلك الثمنية فانها تنبئ عن شدة الحاجة اليه ولتاثير الحاجة في الاباحة لا في الحرمة كتناول الميتة يحل باعتبار الضرورة
ولا معنى لما قال ان الشرع ما جوز البيع في هذه الاموال الا بشرطين كان الشرع ما حرم في هذه الاموال الا ما حرم في سائر الاموال

وهو

وهو الفضل الخالي عن المقابلة وهذا لان هذه الاموال بدله كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير
عوض وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصون عن الابتذال ملحق بالنفوس فيجوز ان يشترط في النكاح زيادة شرط لاظهار خطر
المحل وبهذا يتبين فساد ما قال ان الاسم المشتق من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة اذا كان صالحا كالربا واذا
كانت الثمنية والطعم تنبئ عن شدة الحاجة فلا يصلح ان يكون علة للحرمة والذي قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قلنا نص
على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغي ان يكون العلة في الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف
عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة في النقود الثمنية وفي سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقم عطف بعضها
على البعض اذ لا موافقة بين الثمنية والطعم والذي قال القدر علة للخلاص لا كذلك فقد بينا ان جواز البيع في هذه الاموال اصل
بحيث يفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة كذلك فاما الجواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص
في حالة التساوي وعلة الربا في حالة الفضل والشي الواحد يجوز ان يتضمن حكمين مختلفين في محلين كالنكاح يثبت الحل في
المنكوحة والحرمة في امها وانما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة في القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن
وربما يقول بعضهم ان الحفنة مقدرة الا انه لا يمكن معرفة مقدارها الا بضم امثالها اليها ولا يخرج به من ان يكون مقدرا
كالصبرة وهذا فاسد فان المقدر ما يمكن معرفة مقداره فاذا ضم الى الحفنة امثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار
الحفنة بخلاف الصبرة فانه اذا فرقت اجزاؤها وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فاما علة ربا النسا احد هذين الوصفين
اما الجنس واما القدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا في الاشياء الستة واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد
ان يكون يدا بيد فقد ابقى ربا النسا بعد انعدام الجنسية لبقاء احد الوصفين فكان ذلك بيانا ان الموجب له احد الوصفين
والشافعي رحمه الله لا يخالفنا فيما هو العلة عنده ايضا وانما يخالفنا في الجنسية بناء على اصله ان الجنسية شرط لا علة وسنبين
هذا الفصل في الفصل الثاني ان شاء الله وعن ابراهيم رحمه الله قال اسلم ما يكال فيما يوزن واسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم
ما يوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا باس به واحدا باثنين يدا بيد ولا باس
به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا باس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة وبه نقول اما قوله
اسلم ما يكال فيما يوزن فغير مجرى على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه بان يكون مبيعا مضبوطا
بالوصف حتى اذا اسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا وللشافعي رحمه الله قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه
ان النقد يصلح ان يكون مبيعا حتى يتعين بالتعيين فاما عندنا الذهب والفضة لا يصلح ان يكون مبيعا والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن
هذا اسلاما كان عيسى بن ابان رحمه الله يقول هذا عقد باطلا وكان ابو بكر الاعمش رحمه الله يقول انه بيع الحنطة بدراهم
مؤجلة فيكون صحيحا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة وما
ذكره عيسى رحمه الله اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه فانما ينعقد صحيح العقد في المحل الذي اوجبا العقد في المحل الذي اوجبا
العقد فيه وقوله واسلم ما يوزن فيما يكال يجري على ظاهره فان اسلام الموزون في المكيل جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعا
اذ لا اتفاق بين البدلين في الجنس ولا في قدر واحد والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم ما يوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره
ايضا بل المراد اذا كانا متفقين في المعنى فذلك جائز كما لو اسلم النقود في الزعفران بان كانا متمثلين كالزعفران مع القطن فاما
اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو اسلم النقود في الزعفران والحديد او القطن فانه يجوز والعراقيون من مشايخنا
رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان راس المال يكون من النقود عادة والحاجة تمس الى اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعا
ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما فان الوزن
في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامنان ويكون مثمنا يتعين في العقود والنقد يوزن بالصنجات
ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الوزن تلزم في الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له ان
يتصرف فيه قبل ان يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئا بدراهم بشرط الوزن كان له ان يتصرف فيه قبل ان يزنه فما كان هذا
الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا في المعنى والحكم جوز اسلام
احدهما في الاخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال يجري على ظاهره فان اسلام المكيل في المكيل
لا يجوز بحال لاتفاقهما في قدر واحد وقوله واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا باس به واحدا باثنين يدا بيد هذا

شروع في مسائل السلم

يجرى على ظاهره لانعدام العله المحرمة للفضل وقوله لا باس به نسيئة هذا غير يجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان بما يجعل مسلما فيه
بصير مضبوطا بالوصف على وجه يلحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو اسلم ثوبا في جوهره او دره لا يجوز وكذلك لتنفى الحيوان
عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا باس به اثنان بواحد يدا بيد هذا يجرى على ظاهره وهو
متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا باس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس يدا بيد وقوله ولا خير فيه نسيه هو قول علمائنا
رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النسا بانفراده حتى لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروى لا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه
الله يجوز وكان مالك رحمه الله يقول ان اختلفا في الصفة يجوز لانه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو اسلم هرويا
في مروى جاز عندنا وعند ابن ابى ليلى رحمه الله لا يجوز لانه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل
عنده جنس واحد وباعتبار تقارب المنفعة يجعل الهروى والمروى جنسا واحدا وقد يقل ذلك عنه في الحنطة والشعير ايضا.
انهما جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبى صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الحنطة ثم قال كما اذا اختلف
النوعان فكذلك بيان انهما جنسان وكذلك المصنوع من اصل لا يكون جنسا للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنسا
لمصنوع اخر على هيئة اخرى من ذلك الاصل فعرفنا ان باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة ايضا
كما في الاموال الربوية فالحنطة العفنة مع الحنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقى مع النجمى والفارسى مع الدقل جنس واحد
مع اختلاف الوصف فاما الشافعى فانما ذهب على ما قلنا ان الجنس عنده شرط وقد بينا فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتج بحديث
عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فعزت الابل فامرنى ان اشترى بعيرا ببعيرين الى
اجل وعن على رضى الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى اجل مسمى وعن ابن عمر رضى الله عنه انه باع بعيرا له
باربعة الى اجل مسمى ولان هذا عقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام احدهما
في الاخر كالهروى مع المروى وتاثير هذا الكلام ان باعتبار التاجيل في احد البدلين يظهر التفاوت في المالية حكما والتفاوت
في المالية حكما والتفاوت في المالية حقيقة اكثر تاثيرا من التفاوت في المالية حكما فاذا كان التفاوت في المالية في هذه.
الامور حقيقة لا اثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكما اولى وهذا لان حكم الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسيه علة.
تودى الى تعميم حكم الربا في حكم مال فما من مال الا وله جنس فكانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك
الجنسيه وحجتنا في ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسية ولا يحمل هذا على النسية
من الجانبين لان ذلك مستفاد بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالى بالكالى ولانه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيه فانما يفهم
منه النسيه في البدل خاصه ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتاويل ما رواه من الاثار انه كان قبل نزول اية الربا
وكان ذلك في دار الحرب وعندنا لا يجرى الربا بين المسلم والحربى في دار الحرب فتحمل الجنس وان كان في دار الاسلام فلعل الاثار
كان من دار الحرب لعن بقاى دار الاسلام يومئذ ولان النبى صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية والقدر في اول الحديث ثم قال
واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فما بقى ربا النسا الا فيما هو من نسبه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصا
على ثبوت النسا لانه متى ثبت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص احدهما بحكم كان ذلك تنصيصا على ذلك الحكم في الاخر كالرجل يقول
اجعل زيدا وعمرا في العطية سوا ثم يقول اعط زيدا درهما يكون ذلك تنصيصا على ان يعطى عمرا ايضا درهما ولا يستقيم اعتبار
ربا النسا بربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النسا اعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس للجنس كالمالية
لان جعل المالية علة تودى الى تعميم الربا في البيوع كلها لانه لا بيع لا يجوز الا في مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا فعرفنا ان
المالية ليست بعلة فيه وليس في جعل الجنسية علة تعميم الربا في العقود كلها والقياس على اصول ينعدم فيها الجنسيه باطل لان
انعدام الحكم عند عدم العله دليل صحة العلة لا دليل فسادها ولان اسلام الشى في جنسه يودى الى اخلا العقد عن الفائدة
والى ان يكون الشى الواحد عوضا ومعوضا والى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه انه اذا اسلم ثوبا هرويا في
ثوب هروى لو جوزنا ذلك لكان اذا حل الاجل اخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوبا اخر فالثوب الاخر يكون فضلا خاليا عن
العوض مستحقا بالبيع وهو الربا بعينه قال واذا اسلم الرجل في الطعام كيلا معلوما واجلا معلوما وضربا من الطعام وسطا
او رديا او جيدا واشتراط المكان الذى يوفيه فيه فهو جائز قال رحمه الله اعلم بان السلم اخذ عاجل باجل وهو نوع بيع المبادلة
المال بالمال اختص باسم لاختصاصه بحكم البدل الاسم عليه وهو تعجيل اخذ البدلين وتاخير الاخر كالصرف وقيل السلم والسلف

بمعنى واحد وانما سمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته كان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد انما يقبل السلم
في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم وبيع ما هو
موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم اولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس في السنه اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى كالتبوع وقال ابن عباس رضى الله عنهما اشهد ان السلم المؤجل في كتاب الله تعالى انزل فيه
اطول اية وتلا هذه الاية والسنه ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ففى هذا دليل
انه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عدم وجوده في ملكه يقدر على التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على
التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على التسليم اما بالتكسب في المدة او بمجى اوان الحصاد في الطعام وفى الحديث عن ابن عباس
رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال صلوات الله عليه من اسلم
فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد قررهم على اصل العقد وبين شرايطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرايط
التى يحتاج الى ذكرها في السلم عند ابى حنيفه رحمه الله سبعة اعلام الجنس في المسلم فيه واعلام المكان الذى يوفيه فيه فيما له حمل ومؤ
واعلام قدر راس المال فيما يتعلق العقد على قدره والاصل في هذه الشرايط الحديث الذى روينا فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم امر باعلام القدر ولان ترك اعلامه يفضى الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم فوجب ما لها بالاعلام ووجها له الجنس يفضى
الى ذلك لانه اذا اسلم في شى فرب السلم يطالبه بالقارى على الاشياء والمسلم اليه لا يعطى الا ادنى الاشيا ويحتج كل واحد منهما على صاحبه
بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة
النوع فانه اذا اسلم اليه في تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه الفارسى ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم
فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة لانه اذا اسلم اليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة والمسلم
اليه لا يسلم الا الردى ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام القدر منصوص عليه في
الحديث وجهالته يفضى الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد الاسترباح ولا يعرف ذلك الا بمعرفه مقدار المالية والمالية
تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفه والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليتبين ما هو المقصود لكل واحد منهما معلوما له
فاما الاجل فهو من شرايط السلم عندنا وقال الشافعى رحمه الله الاجل ليس بشرط الا شرطا حتى يجوز السلم عنده حالا في الموجود
فاما في المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد ثبت في السلم رخصة مطلقة واشتراط
التاجيل فيه يكون زيادة على النص والمعنى فيه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ليس شرطا كالبيع والاجارة وهذا لان
المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه
لا يقدم على التزام ما لا يقدر على تسليمه فاذا قبل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر على تسليمه وذلك يكفى لجواز
العقد وان لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من راس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم راس المال
على رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه فهذا فارق الكتابه الحالة قال فانى لا اجوز الكتابة الحالة لان العبد يخرج من يد مولاه
ما لك لشى فلا يكون قادرا على تسليم البدل وما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا لا اجوزه الا مؤجلا فاما
المسلم اليه حر من اهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على التسليم الا ان يكون معلوما في العالم فحينئذ لا يقدر على التسليم
الا بوجوده في اوانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان ان الاجل من شرايط السلم كالرجل
يقول من اراد الصلوة فليتوضا الا ان يكون المراد انه اذا اسلم مؤجلا ينبغى ان يكون الاجل معلوما وفى قوله صلى الله عليه وسلم
ورخص في السلم ما يدل على الاجل ايضا لان الاجل في التى تيسير مع قيام المانع والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا انه رخص فيه مع
قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل مقامه لان به يقدر على التسليم اما بالتكسب ويجى زمان الحصاد فهو كالرخصة في المسح على
الخفين فانه اقام المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في المسله فانا نقول بيع ما لا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا
يجوز العقد كما لو قبل السلم في المعدوم حالا وبيان ذلك ان عقد السلم من عقود المفاليس لانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجودا
في ملكه لكان يبيعه بازدياد في الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه لاسقاط مونة الاحضار ولا دا
للمشترى فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ما ليس عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ما ليس في ملكه كان ما في ملكه وان لم يكن حاضرا

بجوز بيعه فعرفنا ان المراد بقول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادرا على التسليم لان العقد سبب للوجوب عليه لا له
فلا تثبت قدرته على التسليم وانما يكون قدرته بالاكتساب ويحتاج ذلك الى المدة فاذا كان مؤجلا لا تظهر المانع وهو عجزه عن
التسليم واذا كان حالا تظهر المانع والدليل عليه انه بالاتفاق يجب تسليم راس المال والا فلو جاز ان يكون المسلم فيه حالا لم يجب
تسليم راس المال والا فلو جاز ان يكون المسلم فيه حالا لم يجب تسليم راس المال اولا لان قضية المعاوضة التسوية بين المتعاقدين
في التملك والتسليم ويتضح هذا فيما اذا كان راس المال عينا فان اول التسليمين في البدل الذي هو دين كالثمن في بيع العين
والدليل عليه ان السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين
وليس ذلك الا الاجل وبه يبطل قولهما ان السلم الحال ابعد عن الغرر من المؤجل لان السلم في العين ابعد عن الغرر من السلم في الدين
ومع ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البدل في الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة على تسليم
المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في البيع فاما المسلم فيه معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لجواز
العقد كما في بيع العين ولان الكتابة عقد ارفاق والظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل واما السلم عقد تجارة
وهو مبني على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه الا مؤجلا ولم يبين في الكتاب
ادنى الاجل في السلم وذكر احمد بن ابي عمران عن اصحابنا ان ادنى الاجل فيه ثلثة ايام اعتبارا للاجل بالخيار الذي ورد الشرع فيه
بالتقدير بثلثة ايام وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول ادنى الاجل فيه ان يكون اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا
في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله من قال
ادنى الاجل شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المديون ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا
كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر فما فوقه في حكم الاجل فاما تعجيل راس المال فنقول اذا كان راس المال دراهم او دنانير
يكون التعجيل شرطا قياسا واستحسانا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فيكون هذا بيع الدين بالدين وذلك
لا يجوز لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالي بالكالي يعني النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان راس المال عروضا هل يكون
التعجيل شرطا القياس ان لا يكون شرطا وفي الاستحسان يكون شرطا وجه القياس ان العروض سلعة تتعين في العقود
بخلاف الدراهم فلو لم يشترط التعجيل لا يؤدي الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان ان السلم اخذ عاجل باجل
والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة
فان هذه العقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة ومن علمائنا رحمهم الله من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر
راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبعضهم عبر بعبارة اخرى شرط جواز السلم ان يكون المسلم فيه مضبوطا
الوصف معلوم القدر موجودا من وقت العقد الى وقت التسليم فاما بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من شرائط جواز
السلم في قول ابي حنيفة رحمه الله الاخر وكان يقول اولا ان ذلك ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للايفاء وان
لم يبين يتعين موضع العقد للايفاء وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وحجتهما في ذلك ان موضع العقد موضع الالتزام
فيتعين لايفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وهذا لان المسلم فيه دين ومحله الذمة فانما يصير مملوكا لرب
السلم في ذلك المكان والتسليم انما يجب في الموضع الذي يثبت الملك له فيه الا ترى ان من باع حنطة بعينها بالسواد يجب تسليمها
في موضع العقد الحنطة لانه ملكها في ذلك الموضع ولان احد البدلين وهو راس المال يجب تسليمه في موضع العقد فكذلك
البدل الاخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة بين البدلين وبان جاز تغييره بالشرط فذلك لا يدل
على انه غير ثابت بمطلق العقد في حكم مكان التسليم كنقد البلد في الثمن يتعين بمطلق العقد ويجوز تغييره بشرط الخيار وتوجه
المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقيبه ثم يجوز تغييره باشتراط الاجل وابو حنيفة رحمه الله يقول مكان الايفاء
مجهول وجهالته تفضي الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالتزام انما يتعين
للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلم لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق
التسليم عقيب العقد فيه بحال وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدري انه في اي مكان كان يكون ثم
ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل
والدليل عليه ان مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد بشرط

ان يسلمها

ان يسلمها في المصر لا يجوز العقد ولما جاز هنا بيان مكان الايفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف راس المال فانه لما تعين
مجلس العقد لتسليمه لم يجز تغييره بالشرط ثم هنا في موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم راس المال قبل الافتراق حتى لو تبايعا
ثم مشيا فرسخا ثم سلم اليه راس المال قبل ان يفارقه كان صحيحا فاما فيما لا حمل له ولا مؤنة فلا خلاف ان بيان مكان الايفا ليس بشرط ولكن عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في اظهر الروايتين يجب تسليمه في موضع العقد لانه موضع الالتزام وفي رواية اخرى عنهما يسلم اليه
حيث ما لقيه وهو قول ابي حنيفة رحمه الله سواء بينا المكان او لم يبينا لان الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا والمالية فيما لا حمل
له ولا مؤنة لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما له حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف
المكان فان الحنطة والحطب موجود في المصر والسواد جميعا ثم يشترى في المصر باكثر مما يشترى به في السواد وما كان ذلك الا
لاختلاف المكان وقد بينا ان ما تختلف مالية المسلم باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد ومن الخلاف في فصول اربعة احدها
السلم والثاني اذا باع عبدا بحنطة موصوفة في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفا لجواز العقد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يشترط بيان مكان الايفا لجواز العقد عند ابي حنيفة رحمه الله والثالث اذا استاجر دارا بما له حمل ومؤنة دينا في ذمته عند ابي حنيفة
رحمه الله يشترط بيان مكان الايفا وعندهما يتعين موضع الدار للاستيفا لا موضع العقد والرابع اذا اقتسما دارا وشرط احدهما
على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة فهو على هذا الخلاف ويأتي بيان ذلك في الاجارات والقسمة ان شاء الله تعالى فاما اعلام قدر راس
المال فيما يتعلق العقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط السلم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه يكفي
وكذلك اذا كان راس المال عدديا متقاربا كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة
على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغني ذلك عن اعلام القدر كما في الثمن والاجرة وكما في المضاربة لو دفع
اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف كان جائزا والدليل عليه ان راس المال لو كان ثوبا لا يشترط اعلام ذرعانه والذرع
في المذروعات للاعلام بمنزلة القدر في المقدرات الا ترى ان في المسلم فيه كما يشترط اعلام القدر يشترط اعلام الذرع اذا كان ثوبا
ثم في راس المال لا يشترط اعلام الذرع في المذروعات لكونه عينا وكذلك لا يشترط اعلام القدر في المقدرات ومذهب ابي
حنيفة مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضي الله عنهم مقدم على القياس والمعنى فيه ان هذا
عقد يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام قدره كالمسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا فيرده
ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رد واذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي واذا
كان مقدار راس المال معلوما يوزن المردود فيعلم انه في كم انتقض العقد وما يؤدي الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان
ذلك موهوما الا ترى انه لو اسلم في مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو مخالف لغيره من المكاييل
كما اذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولا فكذلك هنا يجب التحرز عن جهالته باعلام مقدار راس المال بخلاف ما اذا كان راس
ثوبا لان الذرعان في الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر ذراعا سلم اليه الزيادة ولو وجده
تسعة اذرع لا يحط عنه شيء من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما
يتصور استحقاق النصف او الثلث وذلك لا يؤدي الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف المقدار على ما بينا وان لم يذكر
في جملة الشرائط تعجيل راس المال في المجلس لانا عددنا الشرائط التي يحتاج الى ذكرها في العقد وتعجيل راس المال ليس من ذلك في شيء لانه
شرط بقاء العقد لا شرط الانعقاد به صحيحا فان العقد ينعقد صحيحا لا ترى ثم تعجيل راس المال اما في المجلس فلهذا لم نذكره في جملة الشرائط
قال واذا اشترط طعام قرية او ارض خاصة لا يبقى طعامها في ايدي الناس فالسلم فاسد لما روي ان زيد بن شعبة اسلم الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم في التمر فقال اسلمت اليك في تمر حائط فلان فقال صلى الله عليه وسلم اما حائط فلان فلا اسلم في تمر جيد وفي مسلة قال صلى الله عليه
وسلم ارايت لو اذهب الله ثمرته بما يستحل احدكم مال اخيه لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفي هذا اشارة الى المعنى وهو ان قدرة
العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط لجواز العقد ولا نعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار في ذلك النخل
او الحائط الذي عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك اذا عين ارضا لا يبقى طعامها في ايدي الناس فقدرته
على التسليم عند وجوب التسليم موهوم قال ولا باس بان ياخذ بعض راس ماله وبعض ما اسلم فيه اذا حل الاجل عندنا وهو قول ابن
عباس رضي الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك وبه اخذ ابن ابي ليلى قال اذا اخذ بعض راس ماله فسد العقد ويسترد
ما بقي من راس المال لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فاذا اخذ بعض كل واحد منهما فلم ياخذ الا هذا ولا ذاك ولا يتمكن

منه شيء عاد ولانه حين اخذ بعض راس المال فقد اختار فسخ العقد فينفسخ في الكل وحجتنا في ذلك ان اخذ راس المال اقالة ولو اقاله في
الكل جاز فاذا اقاله في البعض ايضا يجوز ايضا كما في بيع العين وتاويل الحديث ان النهي عن اخذ شيء سوى راس المال والمسلم فيه وانه في
هذا الموضع ما اخذ غير راس المال وغيره والمسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه
قال ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه ان يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه
يندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة الا انه لو اقاله في الكل فات
مقصود رب السلم وهو الربح فاذا اقاله في البعض تعذرا بالى ما ياخذ باليه واستوفي بعض المسلم فيه ليحصل مقصوده في الربح ففيه النظر لهما
وهو المعروف الحسن الجميل قال والسلم جائز فيما يكال او يوزن مما لا ينقطع في ايدي الناس والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطا
بوصفه معلوما بقدره موجودا من وقت عقده الى حين اجله يجوز السلم فيه وما لا فلا وقيل كلما امكن ان يوتى على حصر مقداره بما
ويكون مقدور التسليم عند وجوب التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما امكن معرفة كميته اجتهادا وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه
والمكيلات والموزونات بهذه الصفة قال ولا خير في السلم في الرطبة ولا في الحطب حزما ولا جرزا والوقاد الان هذا
مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان الاوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تتمكن المنازعة بينهما وقد بينا ان كل جهالة يفضي
الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز معناه اذا بين طول ما يشد به الحزمة انه ذراع او شبر كان كذلك
على وجه لا يتفاوت فانه يجوز حينئذ السلم لكون المسلم فيه معلوما مقدور التسليم قال ولا خير في السلم في جلود الابل والبقر
والغنم عندنا وقال مالك رحمه الله بانه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول
الجلود لا توزن عادة ولكنها تباع عددا وهي عددية متفاوتة فيها الصغير والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا ابتني على
السلم في الحيوان فقد قامت الدلالة لنا على ان السلم في الحيوان لا يجوز فكذلك في ابعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في الاكارع
والرؤس وكذلك لا يجوز في الادم والورق لانه يجهول فيه الصغير والكبير الا ان يشترط من الورق والصحف والادم ضربا
معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ يجوز السلم فيه بذكر الوزن كالثياب وكذلك الادم اذا كان يباع وزنا فانه يجوز السلم
فيه بذكر الوزن اذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلم قال ولا خير في السلم في شيء من الحيوان
عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة والسن واحتج في ذلك بما روينا من الاثار ان النبي صلى الله
عليه وسلم اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل وامر به عبد الله بن عمرو وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا وقضاه رباعيا
وقال خيركم احسنكم قضاء والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم
فيه بطريق الاولى والمعنى فيه انه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف انه
يجوز بيعه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمى الابل صار الجنس معلوما واذا قال بختي صار النوع معلوما واذا قال جذع او ثني
يصير السن معلوما واذا قال سمين يصير الصفة معلومة واعلام السن من الاعيان بهذه الاشياء وشرط جواز العقد اعلام العين
ولا يعتبر بعد ذلك تفاوت يقع في المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه ان بني اسرائيل استوصفوا البقرة
فوصفها الله تعالى لهم وادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الان جئت بالحق وقال صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل
بين يدي امرأته حتى كانها تنظر اليه فقد جعل الموصوف من الحيوان كالمرئي والدليل عليه انه ثبت في الذمة مهرا وان الدعوى
والشهادة في الحيوان تسمع بذكر الصفة فدل انها تصير معلومة بذكر الوصف بخلاف اللالي والجواهر فالسلم في الصغار من
اللالي يجوز وزنا اما الكبار منها لا يمكن اعلامها لان المقصود التدور والصفا والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه
فاذا بالغ في تعيينه يصير ذلك عدم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهرا في الذمة وحجتنا في ذلك حديث ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وفي الكتاب قال بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وانما
شهرة هذا الحديث في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مال المضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن
عرقوب في قلائص معلومة فقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اردد مالنا لا نسلم اموالنا في الحيوان وقد روينا عن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه قال ان من الربا ابوابا لا يكدن يخفين على احد منها السلم في السن وقد بينا تاويل ما رويتم وما روي انه استقرض بكرا
فالمراد استعجل في الصدقة ثم لم يجب الزكاة على صاحبها فرد رباعيا او استقرض لبيت المال وكما يجوز ان يثبت لبيت المال حق
مجهول يجوز ان يثبت ذلك على بيت المال ايضا والمعنى فيه انه اسلم في مجهول فلا يجوز كما لو اسلم في الحلقات والجواهر وهذا لان

المسلم فيه مبيع وشرط جواز العقد القدرة على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه مجهولا وبيان الوصف ان بعد ذكر الاوصاف
التي يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية فانك تجد فرسين مستويين في السن والصفة ثم يشترى احدهما باضعاف ما يشترى
به الاخر لتفاوت بينهما في المعاني الباطنة كالهملجة وشدة العدو وكذلك في البعيرين وهذا في بني ادم لا يخفى فان العبدين
والامتين يتساويان في السن والصفة ويختلفان في المالية لتفاوتهما في الذهن والكياسة وفيه يقول القائل

رب واحد يعدل الالفا زايدا والوف تراهم لا يساوون واحدا

وكما ان العين مقصود فالمالية ايضا مقصودة بل اكثر لان المقصود هو الاسترباح وذلك بالمالية يكون فاذا كان الحيوان بذكر
الاوصاف لا يلتحق بذوات الامثال في معنى المالية قلنا لا يجوز السلم فيها بخلاف الثياب فانها مصنوع بني ادم فاذا لم يكن معلوما لهم
لا يتمكنون من اتخاذها والثياب اذا نسجت في منوال واحد على هيئة واحدة لا تتفاوت في المالية الا يسيرا ولا معتبر بذلك القدر
كالتفاوت بين الجيد والجيد في الحنطة في المالية فاما الحيوان مصنوع الله تعالى وذلك يكون على ما يريد فقد يكون على وجه
لا نظير له ولو بالغ واستقصى في بيان وصفه يصير عدم النظير كذلك لا يجوز السلم فيه بالاتفاق توضيحه ان اقرب الحيوان
الى الثياب الغنم وما هو المقصود من الغنم غير مرئي بل هو تحت الجلد ويقع فيه تفاوت عظيم وما هو المقصود من الثياب ظاهر مرئي وقد
ذكر عمرو بن ابي عمرو عن محمد رحمهما الله قال قلت له انما لا يجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجيز السلم في الديباج
ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج ولكنه للسنة وانما ذكر الله تعالى لبني اسرائيل الاوصاف
الظاهرة وذلك يمكن اعلامه عند من كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا في الاستيصاف هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما
وانما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاستيصاف لخوف الفتنة وذلك يقع بالاوصاف الظاهرة انها يصير معلومة وثبوته
في الذمة مهرا لكون النكاح مبنيا على التوسع فان المقصود به شيء اخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز من غير بيان الوصف
هناك قال ولا باس بالسلم في الثياب كلها بعد ان يشترط ضربا معلوما وطولا وعرضا بذراع معلوم واجلا وصفة معلومة
لان مقدار المالية بذكر هذه الاوصاف يصير معلوما عادة والتفاوت الذي يقع بعد هذا يسير واليسير من التفاوت غير معتبر
لانه لا يتمكن بسببه منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن بخلاف الحرير فانه اذا اسلم في الحرير ينبغي ان يشترط الوزن
لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل
بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقينا انه لم يرد به قطع الحرير قال وكل شيء ينقطع من ايدي الناس فلا خير في السلم
فيه وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يكون المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل فاذا لم
يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد والثاني ان يكون منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند حلول الاجل
فهذا لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي والثالث ان يكون موجودا عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن ايدي الناس
فيما بين ذلك فهذا لا يجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله يجوز والرابع ان يكون موجودا من وقت العقد الى وقت المحل
على وجه لا ينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحا بالاتفاق وحجتهم في ذلك حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلث سنين فقال من اسلم منكم فليسلم
في كيل معلوم ومعلوم ان الثمار الرطبة لا تبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا اقرهم على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه
معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز العقد كما لو كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف
ان وجوب التسليم بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود في العالم والقدرة على تسليم الدين لوجود جنسه في
العالم ولا معنى لقول من يقول من المخالفين ان بموت المسلم اليه عقيب العقد يحل الاجل لان هذا امر موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات
الا ترى ان اعتبار هذا الموهوم يؤدي الى الحلول وجهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجودا في الحال فدل انه لا معتبر
ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتوهم ان يتاخر التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير
ما لو عين مكيالا او قفيزا يخالف ما بين الناس لان بطلان العقد ليس باعتبار هلاك ما عينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه
بالمكيال المعروف وكذلك اذا عين حائطا او نخلة فانما فسد العقد لان تعيين محل المسلم فيه كتعيين المسلم فيه ولانه يتوهم ان يصيب
ثمار تلك النخلة افة والدليل عليه ان وجود المسلم فيه في مكان العقد ليس بشرط لجواز العقد فكذلك في زمان العقد لان
التسليم لا يتاتى لا مكانا وزمانا فكما يسقط اعتبار وجوده في مكان العقد فكذلك في زمان العقد لان التسليم لا يتاتى الا بامكان

او زمان لما يسقط اعتبار وجوده في مكان العقد فكذلك في زمان العقد وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في
الثمار حتى يبدو صلاحها وفي الحديث المعروف ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهي عن بيعها عينا
لان ذلك جائز بشرط القطع فعرفنا ان المراد به النهي عن بيعها سلما والمعنى فيه ان قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد
كما في بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما في الحال لان
العاقد لا يقدر على تسليمه الا باتصال حياته باوان ذلك الشيء واتصال حياته باوان الوجود موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على
التسليم فان قيل حياته معلومة في الحال والاصل بقاؤه حيا الى ذلك الوقت واما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاؤه حيا
الى ذلك الوقت باستصحاب الحال لا بدليل موجب له واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان لا في اثبات امر لم يكن كبقاء
المفقود فانه ثابت باستصحاب الحال فيكون معتبرا في ابقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه فبهذا الطريق لا يثبت قدرته على
التسليم الا ان يكون موجودا حتى يكون حياته متصلة باوان ذلك الشيء ثم عجزه بالموت او بآخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر
ذلك في افساد العقد يقرره ان ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك الوقت
وذلك موهوم ووقت العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته وذلك موهوم ايضا فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود
وقت المحل بالاتفاق فكذلك يشترط الوجود من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ما وراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم
ابتداء انما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة الابتداء كخلو المحل عن العدة والعدة في النكاح
والشهود يعتبر عند ابتداء العقد لا عند البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فما انعدامه في مكان
العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الى زمان فتنعدم القدرة على التسليم لعدم الوجود في زمان العقد
الا ترى انه لا يشترط وجوده في المكان الذي جعلاه محل التسليم ويشترط وجوده في زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه
موجودا من وقت العقد الى وقت المحل ثم لو تاخر بعد محل الاجل حتى انقطع فرب السلم بالخيار ان شاء اخذ راس المال وان شاء صبر
حتى يجيء حينه فياخذ ما اسلم فيه عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله بطل العقد ويسترد راس المال لان الانقطاع من
ايدي الناس في العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك العين في العجز عن التسليم ولو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم بطل به البيع
فكذلك اذا انقطع من ايدي الناس وقاس بما لو اشترى بفلوس شيا فكسدت قبل القبض بطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع
المسلم فيه من ايدي الناس وحجتنا في ذلك ان تعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير العاقد فيه كما لو ابق العبد
المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين وبقاء الدين ببقاء محله ومحل الدين انما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا ببقاء
الذمة ولكن تاخر تسليمه الى اوان وجوده وفيه تغيير شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار بين ان يفسخ العقد ويسترد
راس المال وبين ان يصبر حتى ياتي اوانه فياخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك يفوت اصلا
وكذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد انما تناول فلوسا هي ثمن وبعد الكساد لا يبقى ثمنا اصلا يوضحه ان ما يكسد من الفلوس لا يروج
بعد ذلك ولا يدري متى يروج فلم يمكن القدرة فيه على التسليم اوان معلوم فتخير رب السلم ان شاء رضي بالتاخير وان شاء فسخ العقد واخذ راس
ماله قال ولا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار وما اشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن لانه يختلف
فيه الصغير والكبير فلا يمكن ان يوتى على حصر مقاربة واصل هذا الجنس يروى عن ابي يوسف رحمه الله قال ما يتفاوت احاده في
القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز السلم فيه عددا وما لا يتفاوت احاده وانما يتفاوت انواعه فهو عددي متقارب يجوز السلم
فيه والرمان والبطيخ تتفاوت احاده والباذنجان وما اشبه ذلك لا تتفاوت احاده في المالية وعلى هذا الاصل يجوز السلم
في البيض والجوز عددا لان احاده في المالية لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وانما تتفاوت بانواعه في
المالية وذلك التفاوت يزول بذكر النوع والعدد في العدديات كالقدر في المقدرات وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما
الله انه لا يجوز السلم في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية وعلى قول زفر لا يجوز السلم في الجوز والبيض عددا لان فيه
الكبير والصغير وتجري فيه المنازعة بينهما في التسليم والتسلم وانما يجوز السلم في البيض وزنا وفي الجوز كيلا لانهما ان يكون مكيال معروف
له وعن زفر يجوز السلم فيه كيلا ايضا لانه يكال تارة ويعد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر الكيل كما تنقطع بذكر العدد قال ولا باس
بالسلم في الفلوس عددا لانه عددي متقارب او هي اثمان متساوية قطعا ما دامت رائجة لسقوط قيمة الجودة منها باصطلاح الناس
وذكر ابو الليث الخوارزمي عن محمد رحمه الله انه لا يجوز السلم في الفلوس لانها ثمن ما دامت رائجة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز

ان يكون مسلما فيه كالذهب والفضة وبعد الكساد هي قطع صفر موزونة فلا يجوز السلم فيها عددا ولكن ما ذكره في الكتاب اصح
لان صفة الثمنية في الفلوس عارض باصطلاح الناس والمتعاقدان اعرضا عن هذا الاصطلاح على كونه عدديا ولكن ليس من ضرورة
خروجه في حقهما من ان يكون ثمنا خروجه من ان يكون كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فلا يتغير ذلك
بجعلهما اياه مبيعا الا ترى ان الفلوس تروج تارة وتكسد اخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود قال ولا
خير في السلم في اللحم لانه مختلف في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا باس به في قول ابن ابي ليلى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا
اسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لا خلاف بينهما وبين ابي حنيفة رحمه الله بل جواب ابي حنيفة فيما اذا لم يبين منه
موضعا معلوما وابو حنيفة رحمه الله يجوز ذلك والاصح ان الخلاف ثابت وان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم فيه
وان بين منه موضعا معلوما وحجتهما قولهما انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات وبيان الوصف ان الناس
اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه الربا بعلة الوزن ثم الموزون المثمن معتبر بالمكيل المثمن ويجوز السلم
فيه وان اشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فما فيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك ما في
اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلقة والدليل عليه جواز السلم في الالية مع ما فيها من العظم وكذلك يجوز السلم
في الشحم لانه موزون فكذلك وابو حنيفة له طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم
فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه الا ترى انه يجري المماكسة بين البايع والمشتري في ذلك فالمشتري يطالبه
بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي
في التمر فالمنازعة لا تجري في نزع ذلك وكذلك العظم الذي في الالية وعلى هذا الطريق اذا اسلم في لحم منزوع العظم يجوز
عند ابي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع رحمه الله والطريق الاخر ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك
مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلأ وبكثرة الكلأ والسلم لا يكون الا مؤجلا فلا يدرى ان عند حلول
الاجل على اي صفة يكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض
فالقرض لا يكون الا حالا وفي الحال صفة السمن والهزال معلوم وبخلاف الشحم والالية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة
وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الاصح قال ولا خير في السلم في السمك الطري في غير
حينه لانه ينقطع عن ايدي الناس ولانه مختلف فالنكتة الاولى يدل على انه اذا اسلم في حينه يجوز والنكتة الثانية تمنع ذلك وحاصل
الجواب ان السلم فيه في غير حينه لا يجوز وزنا ولا يجوز عددا لان فيه الصغير والكبير الا ان الناس اعتادوا بيعه وزنا والتفاوت
في المالية ينعدم بذكر الوزن وابو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بينا ان العظم ليس بمقصود من اللحم حتى تجري
المماكسة في نزعه وانه يشتمل على السمن والهزال وذلك لا يوجد في السمك وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان الكبار من السمك
الذي يقطع لا يجوز السلم فيها وزنا بمنزلة السلم في اللحم فانه اذا كان يقطع تجري المماكسة في نزع العظم منه ويختلف رغائب الناس
باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا باس بالسلم فيه وزنا معلوما ولا خير فيه عددا اما الصغار منه فانه يباع وزنا ولا سن له وهو
ما لا ينقطع عن ايدي الناس فيجوز السلم فيه وزنا وفي الكبار لا يجوز السلم عددا للتفاوت ويجوز وزنا وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع منه الجنب والظهر ولا يتاتى ذلك في السمك فلا يجوز السلم فيه وزنا قال
واذا اسلم في الجذوع ضربا معلوما وسمى طوله وغلظه واجله والمكان الذي يوفيه فيه فهو جائز لانه مذروع معلوم كالثياب
وكذلك الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ في القصب باعلام ما يشد به الطن بشبر او ذراع
او نحو ذلك فعند ذلك لا تجري المنازعة بينهما قال واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين او قلنسوة او طستا او كوزا
او آنية من اواني النحاس فالقياس ان لا يجوز ذلك لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه
وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ثم هذا في حكم بيع العين فلو كان موجودا غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه فكذلك اذا كان معدوما
اولى ولكنا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير
وتعامل الناس من غير نكير اصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه
وسلم لا تجتمع امتي على الضلالة وهو نظير دخول الحمام باجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهولا
وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس والحجامة باجر جائز لتعامل الناس وان لم يكن له مقدار فما يصح من الكنه على ظاهره غير معلوم وفي الحت

ان النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس في مقابلته وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول
الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت فيه بالخيار لكل واحد منهما والاصح انه معاقدة
فانه اجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان ابو سعيد البردعي رحمه الله يقول المعقود عليه هو
العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم والقدم فيه
بمنزلة الالة للعمل والاصح ان المعقود عليه المستصنع فيه الا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد
فاخذه كان جائزا والدليل عليه ان محمدا رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية
انما يثبت في بيع العين فعرفنا ان المبيع هو المستصنع فيه قال وكذا اعلمه الصانع فقيل ان رآه المستصنع باعه جاز بيعه من غيره
لان العقد لم يتعين في هذا بعد ولكن اذا احضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره وقال صلى الله عليه وسلم
من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن ابي يوسف رحمه الله قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع
الضرر عن الصانع في افساد اديمه والاته فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بانه لا يثبت له الخيار وفرق
في ظاهر الرواية بين هذا والسلم وقال لا فائدة في اثبات الخيار في السلم لان المسلم فيه دين في الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان
وهنا اثبات الخيار مفيد لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويتضح الفرق ان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا
يمكن فيه المعاينة فقام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين فاما اعلام العين فتمامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين
فلهذا ثبت فيه خيار الرؤية قال فان ضرب لذلك اجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم في قول ابي حنيفة رحمه الله
يعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا احضره المسلم اليه وهو عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله استصناع على حاله لانه بدون ذكر الاجل عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل فيه لا يصير لازما كعقد الشركة والمضاربة وهذا لان
ذكر الاجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلما لصار السلم
بحذف الاجل فيه يصير استصناعا ولو كان هذا سلما لكان سلما فاسدا لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم
وابو حنيفة يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ما ذكرنا ان المستصنع فيه مبيع والاجل لا يثبت
الا في الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا انه مبيع دين وتأثيره ان المعتبر ما هو المقصود وبه تختلف العقود لا باعتبار اللفظ الا
ترى انه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذه الدار سنة كان اجارة فعرفنا ان المعتبر ما هو المقصود
ثم السلم اقرب الى الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما مستحسن ولكن الاثار في السلم مشهورة وهو جار فيما للناس فيه تعامل وفيما
لا تعامل فيه فكان الاصل فيما تضمن السلم الا اذا تعذر جعله سلما بان لم يذكر فيه اجلا فحينئذ يجعل استصناعا فاما اذا امكن
جعله سلما بان ذكر الاجل يجعل سلما ولان الاجل يؤخر المطالبة ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع
فثبوت الاجل فيه دليل على انه سلم وذكر الصفة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته يجبر على القبول وبهذا
يتبين فساد توهمه انه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه وما قالا بان السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعا ينتكل بالمتعة فانه لا يصير
نكاحا بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهرا وهذا اذا تزوج امرأة شهرا وهذا اذا كان
ذكر المدة على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان تفرغ عنه غدا او بعد غد فهذا لا يكون سلما لان
ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم الا ترى انه ذكر ادنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندواني رحمه الله
قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل
الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف
الاعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم قال ولا بأس بالسلم في حنطة وزنا وكيلا معلوما لانه يكال تارة ويوزن اخرى فيصير معلوما
بذكر كل واحد منهما على وجه لا يبقى فيه منازعة في التسليم قال في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وكان هذا في عرف ديارهم كان اللبن
ينقطع عن ايدي الناس في بعض الاوقات فاما في ديارنا لا ينقطع وان كان يزداد قيمته في بعض الاوقات ولكن لا يعد ذلك انقطاعا
فيجوز السلم فيه في كل وقت قال ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا شرط فيه شيئا معلوما لانه عددي متقارب فان احاده
لا تختلف في المالية انما تختلف انواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبن فلبن كل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك
فلا خير فيه قال ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلوما وفيما ناسا معلوما لانه مكيل مقدور التسليم وكيله الغرارة اذا كان معلوما وان كان

لا يعرف ذلك فلا خير فيه قال ولا خير في السلم في رؤوس الغنم والاكارع لانها اعداد متفاوتة الا ترى ان المشتري يساوم البايع فيقول
اريد هذا ولا اريد هذا والمقصود ما عليها من اللحم وهي تختلف ثم هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله غير مشكل لانها ابعاض الحيوان كاللحم
وهما يقولان اللحم موزون اما الرؤوس والاكارع فغير موزونة عادة وبذكر الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها
قال ولا خير في السلم في كل شيء مما يكال او يوزن اذا اشترط مكيالا غير معروف او ميزانا بعينه غير معروف او بوزن حجر غير معروف
لان مقدار المسلم فيه لا بد من ان يكون معلوما عند العقد وذلك لا يصير مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما
فكان هذا سلما في المجهول ولان القدرة على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا بقاء عينه من المكيال الى
وقت حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما هلك قبل ذلك ولو اشترى بذلك لانا بيد ابيه فلا بأس به لان في العين يجوز البيع مجازفة
فبمكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب العقد والقدرة على التسليم للحال ثابت بقيام المكيال الذي عينه
وعن ابي حنيفة في غير الاصول انه لا يجوز لان البيع في المكيلات والموزونات اما يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود
عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المقصود ما سمي من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم
يكن المكيال معلوما وعن ابي يوسف قال في بيع العين ان عين مكيالا لا ينكبس بالكبس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يمكن
المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز قال ولا بأس بالسلم في العصفر في حينه كيلا
او وزنا لانه يوزن او يكال كاللبن وكذلك الحل لا بأس بالسلم فيه كيلا معلوما او وزنا معلوما لانه يكال ويوزن واعلام المقدار بكل
واحد منهما يحصل والحاصل ان ما عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو كيل ابدا وان اعتاد الناس بيعه وزنا
وما عرف كونه موزونا في ذلك الوقت فهو موزون ابدا وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع ان تعارفوا فيه
الكيل والوزن جميعا فهو مكيل وموزون وعن ابي يوسف ان المعتبر في جميع الاشياء العرف لانه انما كان مكيلا في ذلك الوقت
او موزونا في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنا نقول تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم
اياهم على ما تعارفوه في ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص قال وان اسلم في تمر ولم يسم فارسيا
ولا دقلا لم يجز لان للتمر انواعا فبدون ذكر النوع لا تنقطع المنازعة فان اشترط فارسيا فلا بد من ان يشترط جيدا او وسطا او رديا لان كل
نوع من التمر يشتمل على هذه الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بها قال ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها لان احادها
تختلف في المالية وكانت عددية متفاوتة وهما فرقا بين هذا وبين السلم في اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتاتى
ذلك في لحوم الطير وعن ابي يوسف رحمه الله قال ما لا يتفاوت احاده في المالية كالعصافير ونحوها يجوز السلم في لحومها قال ولا
خير في السلم في شيء من الجواهر واللآلي اما الصغار من اللآلي التي تباع وزنا وتجعل في الادوية يجوز السلم فيها وزنا واما الكبار منها
تتفاوت احادها في المالية وهي عددية متفاوتة لا يمكن اعلام ما هو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها قال ولا بأس بالسلم
في الجص والنورة كيلا لانه مكيل معلوم وهو مقدور التسليم في كل وقت قال ولا خير في السلم في الزجاج الا ان يكون مكسورا ويشترط
وزنا معلوما وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على وجه لا تفاوت فيه اما الاواني المتخذة من الزجاج فهي عددية متفاوتة
فلا يجوز السلم فيها بذكر العدد ولا بذكر الوزن لان ذلك لا يوزن ولا نعلم ما لينه بوزنه الا ان يكون شيئا معروفا نعلم انه لا يتفاوت
في المالية كالمكاحل والطابق فان احاد ذلك لا تختلف في المالية انما تختلف انواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز
السلم فيه بذكر العدد قال واذا اسلم الرجل الى رجل الف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت دينا عليه وخمسمائة نقدها
اياه جاز حصة العين من ذلك وبطل حصة الدين اما في حصة الدين فلنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالي بالكالي يعني الدين
بالدين وهذا فساد قوي يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار انه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا للقبول في حصة العين
وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل في الدين والعين جميعا وحقيقة المعنى ان العقد
انعقد صحيحا وهذا لانه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئا ممن عليه الدين ثم تصادقا
على ان لا دين بقي الشراء صحيحا وانما فسد العقد هنا في مقدار الخمسمائة وهذا بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على
ما وجد فيه علته كما لو هلك بعض المعقود عليه قبل التسليم قال واذا اسلم الرجل مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس
مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند ابي حنيفة رحمه الله بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وهذا بناء على ما بيناه ان اعلام قدر رأس المال فيما
يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهنا المائة التي تنقسم انقسمت على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون معلوما

راس المال لكل واحد منهما معلوما ولو تشاركا السلم في احدهما لم يعلم يقينا مقدار ما يرده فلا يجوز العقد وعندهما الاشارة الى العين يكفي لجواز
العقد وقد وجد قال ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق
بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره اكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض راس المال في المجلس يبطل السلم فاشتراط الخيار فيه اولى وهذا
لان القبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق والمتعلق بالشرط معدوم قبله ولهذا تبين انا لو قبض لا يتم
والافتراق قبل تمام القبض يبطل العقد الا ان يبطل صاحب الخيار خياره قبل ان يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا خلافا لزفر
فان من اصله ان تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقرره جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا
بالافتراق قبل تمام القبض وقبله يعدم ذلك متى اسقط الخيار قبل ان يتفرقا ولان حالة المجلس كحالة العقد ولهذا جعل قبض راس المال
في المجلس كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان راس المال قائما في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد انفقه حتى صار دينا عليه لم
يصح العقد باسقاط الخيار ذكره في الجامع لان ابتداء العقد براس مال هو دين لا يجوز فكذلك اتمامه باسقاط الخيار قال ولا يجوز اذا
اسلم اليه عشرة دراهم او ثوبا او عبدا في طعام ثم افترقا قبل قبض راس المال لم يجز السلم وقال مالك يجوز وان لم يقبض راس المال يوما او
بعد ان لا يكون مؤجلا بمنزلة الثمن في البيع انه لا يشترط قبضه في المجلس الا ان هنا الشرط ان يكون حالا لانه يقابله مؤجل والنسيئة
بالنسيئة حرام ولا يتعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوما او يومين ولكنا نقول السلم اخذ عاجل باجل فيشترط كون احد البدلين
فيه معجلا كما يشترط ان يكون الاخر مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل انما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغي ان يشترط
اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيرا كما في عقد الصرف ثم ان كان راس
المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبض راس المال قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان راس المال عينا ففي القياس لا يبطل
العقد لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن مؤجل ولكنه استحسن لان اعادة اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم
اليه وانما يتوفر عليه حاجته اذا وصل راس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد ثم حالة المجلس تجعل كحالة العقد فلهذا يفسد
بترك قبض راس المال في المجلس وان كان عينا وان قبض الدراهم ثم افترقا فوجدها زيوفا فانه يردها وينتقض السلم اما اذا تجوز بها
جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم شيء اخر ثم الزيوف ما يزيفه بيت المال
ولكن يروج فيما بين التجار والبهرجة ما يرده التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وهذا لا يخرج من ان يكون من
جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفيا لحقه فاذا تجوز به يجوز بخلاف ما اذا وجد المقبوض ستوقة او رصاصا فان ذلك ليس من جنس
الدراهم فلا يصير بقبضه مستوفيا لراس المال فاذا التجوز كان الستوق فلس مموه بالفضة ومعناه سه طاقة والرصاص ليس من
جنس الدراهم فلا يصير بقبضه مستوفيا لراس المال فاذا تجوز كان مستبدلا لا مستوفيا والاستبدال براس المال قبل القبض
لا يجوز فاذا رده في القياس ينتقض السلم سواء استبدل في مجلس الرد او لم يستبدل وجد الكل زيوفا او البعض وهو قول زفر
لان الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل بدليل انه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض مرتين فلو لم
ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له ان يرجع بموجب العقد وبدليل انه لو لم يستبدل في مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض
ليس بشرط لبقاء العقد واذا ثبت انتقاض القبض من الاصل صار كان لم يوجد فيبطل العقد بعد الرد وكما لو وجدها ستوقا
ولان راس المال دين والدين يختلف باختلاف الاصل وانما يكون الزيوف راس المال باعتبار اسقاطه حقه عن الجودة اذا
تجوز به فاذا ابى ذلك بالرد تبين انه فارقه قبل قبض حقه فيبطل العقد كما لو وجد المقبوض ستوقا او رصاصا واستحسن ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله فقالا اذا استبدل في مجلس الرد بقي العقد صحيحا سواء وجد الكل زيوفا او البعض لانهما افترقا عن قبض صحيح حتى
لو تجوز به جاز فانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الرد موجبا قبض الجياد وهما مجتمعان في مجلس الرد فيجعل اجتماعهما
في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فاذا افترقا بعد قبض موجب العقد وهو الجياد بقي العقد صحيحا كما لو زاد في راس المال وافترقا
عن مجلس الزيادة بعد القبض وهذا بخلاف الاستحقاق فقبض المشتري موقوف على اجازة صاحبه الا ترى ان المسلم اليه لو اراد ان يرضى
به لا يتمكن من ذلك والموقوف اذا بطل صار كانه لم يكن واذا نفذ باجازة المستحق لحقه الو كان نافذا في الابتداء كالبيع الموقوف فلهذا
اذا اجاز المستحق بقي العقد صحيحا واذا ابى واخذ دراهمه كان العقد باطلا وابو حنيفة رحمه الله اخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفا
او كانت الزيوف اكثر واخذ بالاستحسان اذا قل المردود بعد الزيافة لان في القليل بلوى وضرورة فقد دراهم الناس لا تخلوا عن قليل
زيف فيذهب الناقد وان كان بصيرا واقامة مجلس الرد مقام مجلس العقد لدفع الحرج فان الموجود في هذا المجلس شرط توجه المطالبة عن

العقد وهو الرد لا بسببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما يتحقق فيه البلوى وهو القليل دون ما لا بلوى
فيه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل او كثر لان دراهم الناس تخلوا عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لان العقد ما كان
موجبا لهذه الزيادة وانما صار الان موجبا فكان هذا المجلس في حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد في حق اصل راس المال
واذا وجد القبض في مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بعد ذلك ثم اختلفت الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله في الفرق بين
القليل والكثير ففي كتاب البيوع يقول ما دون النصف قليل والنصف فما فوقه كثير وفي كتاب الصرف يقول النصف فما دونه
قليل وفي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله الثلث كثير فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد رضي الله عنه والثلث كثير فاذا وجد
الثلث زيوفا فرده بطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية ان قلة الشيء وكثرته تتبين بالمقابلة فان العشرة بمقابلة الدرهم
كثير وبمقابلة المائة قليل فاذا كانت الزيوف دون النصف قلنا اذا قوبلت الزيوف بالجياد فالزيوف قليل وان كانت اكثر
من النصف فهو كثير عند المقابلة بالجياد فاذا كان النصف سواء ففي رواية كتاب البيوع قال هذا كثير اذ لا يقابله ما هو اكثر
منه ليتبين قلته بالمقابلة وفي كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود ولا تتبين كثرته اذا لم يكن ما يقابله اقل منه وقد كان
العقد صحيحا في الكل فلا ينتقض بالشك وكذلك حكم الصرف في جميع ما ذكرنا قال رجل اسلم الى رجل في طعام واخذ
منه كفيلا بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل على راس ماله وذلك دين فالصلح موقوف على اجازة المسلم اليه في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله فان اجاز رد راس المال جاز وان رد الصلح بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم ايهما
شاء وعند ابي يوسف رحمه الله الصلح جائز من الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم اليه بطعام السلم وهذا اذا كان
راس المال دراهم او دنانير فان كان راس المال عرضا لا يجوز الصلح بالاتفاق لانه اذا كان راس المال ثوبا فاما ان يصح
الصلح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لانه ملك المسلم اليه فلا يكون الكفيل قادرا على تسليمه فاما ان يصح على ثوب غيره وهو
باطل ايضا لانه لا يكون استبدالا براس المال وكذلك الصلح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالا لا محالة فاما اذا كان راس المال
دراهم او دنانير فالخلاف فيه يتحقق ووجه قول ابي يوسف رحمه الله وهو ان صلح الكفيل عن المسلم فيه على راس المال كالصلح
عن ساير الديون على اي بدل كان بدليل جواز ذلك من الاصيل ثم الكفيل في ساير الديون لو صالح على بدل جاز صلحه ورجع
على المكفول عنه بما كفل عنه فكذلك الكفيل بالسلم اذا صالح على راس المال وهذا لان الكفيل مطالب بالمسلم فيه كالاصيل
وللطالب ان ياخذ راس المال بالصلح ممن كان مطلوبا بالمسلم فيه اذا كان قادرا على تسليم راس المال بخلاف ما اذا كان راس المال
عينا في يد المسلم اليه لان الكفيل لا يقدر على تسليمه ولو صالح على قيمته كان مستبدلا لا مسترد الراس ولا يقال في هذا الصلح
تمليك طعام السلم من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين في ساير الديون لا يجوز ايضا ثم جاز الصلح مع الكفيل
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين في ساير الديون لا يجوز ايضا ثم جاز الصلح مع الكفيل في ساير الديون عرفنا انه ليس تمليك الدين
ولكن بعقد الكفالة كما وجب للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل الا انه مؤخر الى ان تسقط مطالبة الطالب عن الاصيل
وقد سقط ذلك بصلحه على راس المال كما تسقط بايفائه فلهذا كان له ان يرجع على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما ان
الصلح عن المسلم فيه على راس المال فسخ للعقد بدليل انه اختص براس المال وانه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسخا كان هذا
استبدالا بالمعقود عليه الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز والكفيل اجنبي من العقد فلا يملك الفسخ
كساير الاجانب والكفيل بالثمن في البيع وهذا لان الفسخ تصرف في العقد فانما يجوز من العاقد او ممن قام مقام العاقد او ممن كان
وقع العقد له والكفيل ليس بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه بالكفالة فلا يصير به في حكم العاقد في السلم بخلاف المسلم اليه فانه
عاقد فانه يجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب السلم اذا زاد المسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل في راس المال
درهما كان باطلا وبه فارق ساير الديون فالصلح هناك ليس بتصرف في السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في الدين الواجب
ولهذا جاز على اي بدل كان لان الكفيل مطالب بالدين كالاصيل فلهذا جاز الصلح معه قال واذا اسلم الرجلان الى رجل
في طعام فصالحه احدهما على راس ماله فالصلح موقوف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان اجازه الاخر جاز وكان المقبوض من راس
المال مشتركا بينهما وما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند ابي يوسف رحمه الله الصلح جائز بين المصالح والمسلم
اليه لما قلنا في المسألة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على راس المال كالصلح عن ساير الديون على اي بدل كان وعند الدين احد ربي الدين اذا
صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الاخر بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا

اذا صالح على راس المال ولان اكثر ما فيه ان هذا فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسخ في نصيب نفسه كما في بيع العين لو اشترى
رجلان عينا ثم قال احدهما للبيع في نصيبه مع البايع جاز بدون رضى الاخر فهذا مثله وابو حنيفة ومحمد قالا في هذا الصلح فسخ الدين قبل
القبض وذلك لا يجوز وبيانه انه كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بان تميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان
كان صالحه عن النصف من النصيبين جميعا فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الاخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام ان وجوب المسلم
فيه بعقدهما اذ هو لم يكن موجودا قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما في التصرف فيه كشرط العلة وبشطر العلة
لا يثبت شيء من الحكم فلم يتم ذلك باجازة الاخر كالمعتقة بين رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك
موجوده قبل العقد محلا للتصرف كل واحد منهما لا ان تكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد فلهذا جاز الفسخ من كل
واحد منهما في نصيبه كانه كان منفردا به وهنا المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد محلا وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان
كل واحد منهما فيه كشطر العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما يؤدي الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في راس المال
ثم يعود في المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم ارادا فسخ الاقالة لم يجز ذلك بخلاف بيع العين وبيانه ان الوصف ان الاخر اذا اختار
المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح عن المصالح حق المسلم فيه وتقرر في راس المال
فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه وبه فارق سائر الديون الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول انما لا يجوز ان يعود حقه فيما كان
ساقطا لان الساقط كالمتلاشي كما في فصل الاقالة وهنا انما يعود حقه فيما هو قايم وهو النصف الباقي من طعام السلم واما بيان قول ابي يوسف
رحمه الله يقول انما يجوز ان يعود حقه فيما كان ساقطا للاخر الخيار ان شاء شارك القابض في المقبوض لان اصل راس المال كان
مشتركا بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شيء الا بتسليم الاخر واذا شاركه في المقبوض كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركا بينهما وان شاء سلم المقبوض
للقابض ويرجع على المسلم اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم اراد الرجوع على شريكه لم يكن له ذلك لانه كان مخيرا بين شيئين فاذا
اختار احدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما فليس له ان يرجع فيضمن
الاخر بعد ذلك فان توى ما على المسلم اليه كان له ان يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط ان يسلم له ما في
ذمة المسلم فاذا توى بطل تسليمه كالمحتال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل قال وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل
مائة درهم فصالحه احدهما من حصته على ثوب وسلم له الاخر واختار اتباع المديون وتوى ما عليه كان له ان يرجع على صاحب
الثوب في الثوب فياخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب ان يرد عليه خمسة وعشرين درهما ولا يعطيه شيئا من الثوب ه
فحينئذ يكون له ذلك والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في الابتدا لو اختار المشاركة معه كان لصاحب الثوب الخيار بين ان
يعطيه خمسة وعشرين درهما وبين ان يعطيه نصف الثوب لان من حجته ان يقول بنى الصلح على التجوز بدون الحق فانما توصلت
الى نصيبي لاني رضيت بدون حقي بخلاف ما اذا اشترى نصيبه ثوبا وهذا فرق معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان
كفيلا فصالح احدهما صاحب السلم مع الكفيل على راس ماله فهو كالصلح مع الاصيل في الخلاف الذي بينا ه قال واذا
اسلم الرجل الى رجل دراهم في طعام ثم صالحه على راس ماله ثم اراد ان يشتري براس ماله شيئا قبل ان يقبضه في القياس له ذلك
وهو قول زفر رحمه الله لان عقد الفسخ ارتفع بالفسخ بقي راس المال دينا في ذمته بحكم القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق
قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كساير الديون الا ترى ان السلم لو كان فاسدا كان له ان يستبدل براس المال قبل الاسترداد فهذا
مثله واستحسن علماونا رحمهم الله تعالى فقالوا لا يجوز ذلك لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه قال اذا اسلمت
في شيء فلا تصرفه في غيره فلو جوزنا هذا كان صارفا حقه من طعام السلم الى شيء اخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تاخذ الا سلمك
او راس مالك وبهذا الطريق ياخذ شيئا اخر من غير راس المال وغير المسلم فيه وذلك غير جايز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه
بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض راس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز
هنا وبه فارق السلم الفاسد من الاصل لانه ما كان موجبا تسليم راس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهنا العقد كان موجبا تسليم
راس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد في المنع من الاستبدال ه قال واذا اسلم دراهم ودنانير في طعام وقد علم
وزن احدهما ولم يعلم وزن الاخر فلا خير فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وجايز عندهما لان اعلام قدر راس المال عندهما ليس
بشرط والاشارة الى العين تكفي وعند ابي حنيفة رحمه الله اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن
احدهما بطل العقد في حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر لان السلم في المجهول

لا يصح

لا يصح ابتداء ه قال واذا اسلم عشرة دراهم في ثوبين احدهما هروي والاخر مروي فلم يبين حصة كل واحد منهما من راس المال
لا يجوز العقد عند ابي حنيفة رحمه الله كما في الحنطة والشعير لان الانقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يتيقن حصة كل واحد
من الثوبين الا بالتسمية وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففي القياس كذلك لان الثياب ليست من ذوات الامثال والانقسام
على الثوبين باعتبار القيمة كما لو اشتراهما عينا وفي الاستحسان يجوز لان الموصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر في المالية
ما داما في الذمة والانقسام حال كونهما في الذمة فحصة كل واحد منهما نصف راس المال بيقين فيجوز العقد من غير اعلام حصة
كل واحد منهما كما لو اسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف ما لو اشتراهما عينا فانهما يتفاوتان في المالية اذا كانا عينين فلهذا
كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض الثوبين في السلم ثم اراد ان يبيع احدهما مرابحة على خمسة دراهم فليس له
ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يبين وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بذلك لان حصة كل واحد منهما من راس
المال معلومة بيقين فيبيعه مرابحة على ذلك كالكرين وبيانه ما ذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد ولا تفاوت في ذلك ولهذا
جاز العقد عند ابي حنيفة رحمه الله والدليل عليه انهما لو تقايلا السلم في احدهما يرد من راس المال خمسة ولو وجد باحدهما
عيبا فرده يرد بخمسة فعرفنا ان كل واحد منهما خمسة بيقين فكانه سمى ذلك في العقد وابو حنيفة رحمه الله يقول اشترى
الثوبين بثمن واحد فلا يبيع احدهما مرابحة كما لو اشتراهما عينا بخلاف الكرين وبيان الوصف ان رب السلم مشتري المسلم
فيه ببيع فاذا قبض المسلم فيه كان المقبوض عين ما تناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالا بالمسلم فيه فلا يجوز فمن هذا الوجه
جعل كانه عين ما تناوله العقد فاما في الحقيقة هو غيره لان العقد تناول عينا في الذمة والعين غير الدين فباعتباره هو في
الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل به ذلك المقبوض كانه عين المعقود عليه وذلك الطريق ان يجعل عند
القبض كانما جدد ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم الله للقبض في باب السلم حكم عقد جديد والدليل
عليه ما قاله في الزيادات لو اسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة وقبضه
فلما حل الطعام في السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعل عند القبض
كانما جدد العقد عليه واذا ثبت هذا فهو وما لو اشتراهما عينا بثمن سوا ه قال في السير الكبير لو احرز المشركون كرا لرجل
من المسلمين بدارهم فدخل اليهم مسلم واسلم اليهم مائة درهم في كر حنطة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه كان للمالك القديم ان ياخذ
بالمائة ولو كان باعهم عبدا بكر حنطة في الذمة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه فلا سبيل للمالك القديم عليه لانه اخذه عوضا عن
الكر الذي له في ذمتهم فلو اخذه المالك القديم ثم اخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد على ذلك
الكر بالمائة فياخذه المالك القديم بذلك ثم اكثر ما في الباب ان يثبت بجديد العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة في
بيع المرابحة بمنزلة الحقيقة الا ترى انه لو اشترى شيئا بثمن موجل لا يبيعه مرابحة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو اخذ
عينا صلحا من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة على ذلك الدين لشبهة الحطيطة بسبب الصلح والذي يوضح كلام ابي حنيفة رحمه الله ان
الثوبين الموصوفين لا يتفاوتان في الذمة ويتفاوتان بعد التعيين الا ترى انه لو قبضهما وباع احدهما من انسان ثم استهلك ذلك
الثوب على المشتري لا يجب عليه تسليم الثوب الاخر وانما يجب قيمة المستهلك فدل انهما لا يتماثلان عينا فجاز العقد في الابتدا
في الدين وكذلك الاقالة في احدهما واما بيع المرابحة لا يكون الا بعد التعيين فيعتبر التفاوت في حكم بيع المرابحة فلا يبيع احدهما
مرابحة من غير بيان ولا باس بان يبيعهما مرابحة على عشرة لان ثمنهما مسمى معلوم كما لو اشتراهما عينا ه قال ولا باس بالسلم
في المسوح والاكسية والعبي والجوالق والكرابيس بصفة معلومة عرضا وطولا ورقعة لما بينا ان اعلامه على وجه لا يبقى
فيه تفاوت في المالية ولا يبقى بينهما منازعة في التسليم ممكن ه قال ولا باس بالرهن والكفيل في السلم اما براس المال يجوز
اخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر رحمه الله وله في المسلم فيه روايتان لان الرهن والكفيل ما يتاخر قبضه وقبض
راس المال مستحق في المجلس فاخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكنا نقول راس المال دين واجب على رب السلم فالكفيل يلتزم
المطالبة بما هو مضمون على الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفا وراس مال السلم دين يستوفى فكان هلاك الرهن
في المجلس في قيمته وفا براس المال صار مستوفيا براس المال فان افترقا قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفا لا يتم الا
بهلاك الرهن والافتراق قبل ان يتفرق المتعاقدان تم العقد وان افترقا قبل ان ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب
الكفيل لانه ليس بعاقد حتى لو ذهب وجاء براس المال قبل افتراق المتعاقدين فادى تم العقد وهو في ذلك فضولي لو كان له والكفالة

والحوالة والجواب في الكل واحد ان قبض راس المال من الوكيل او المحتال عليه قبل افتراق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه واما اخذ الرهن والكفيل يجوز بالمسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر وذكر الحسن عن زفر انه لا يجوز فعلى رواية ابن شجاع قال كل دين لا يجب قبضه في المجلس ويجوز التاجيل فيه فاخذ الرهن والكفيل به يصح للتوثيق والمسلم فيه بهذه الصفة بخلاف راس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فاخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان في الكفالة اقامة ذمة الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون في معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالا والاصل هذا لا يجوز الرهن بالمسلم فيه وراس المال وبدل الصرف وحجتنا في ذلك ما روي في الكتاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودي طعاما نسيئة ورهنه درعه وشرى الطعام نسيئة يكون سلما وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه جوز الرهن بالمسلم وراس السلم واستدل فيه بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة والمعنى فيه ان عند هلاك الرهن يصير مستوفيا حقه لا مستبدلا لان عين الرهن لا يكون مملوكا للمرتهن ولهذا لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير مستوفيا دينه من ماليته والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن احد الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا ثبت انه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وفي الحوالة والكفالة لا اشك ان المستوفى من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفى من الاصيل في انه عين حق الطالب لا بدل له

قال وان اسلم في شيء من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز كما في الكيل اذا عين المكيال لانه لا يعرف مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا وكذا ذراعا فهو جائز وله ذراع وسط لان مطلق التسمية ينصرف الى المتعارف كمطلق تسمية الدراهم في الشراء ينصرف الى نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط وسمي المكسر وسمي بذلك لانه كسر من ذراع الملك قبضة فان الذراع الوسط سبع قبضات وهي سبع مشتاة ومعرفة هذا في كتاب العشر والخراج

قال واذا اسلم في الحرير وزنا ولم يشترط الطول والعرض لم يجز لان المالية لا تصير معلومة الا ببيان الطول والعرض في الثياب ولانه لو جاز هذا لكان ياتيه بقطاع الحرير بذلك الوزن الذي سمى فيجبر على اخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك ولهذا لا يجوز ما لم يبين الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن ايضا فيما يختلف ثمنه بالثقل والخفة كالحرير والديباج وما اشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بضمان غير الذراع فان كان شيئا معروفا من فيما بين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوما بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة على التسليم تحصل بتسمية ذلك

قال وان اشترط الرجل في سلمه ثوبا جيدا ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه هو جيد فان الحاكم يريه رجلين من اهل تلك الصناعة لانه لا علم عنده فيما اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قيمة المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعا على انه جيد مما يقع عليه اسم الجودة وان كان ليس بنهاية في الجودة اجبر رب السلم على اخذه لان المسلم اليه وفى بما شرط له فانما يستحق بالتسمية ادنى ما يتناوله الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يكمل ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى

قال وان كان اشترط وسطا فاتاه المسلم اليه بجيد اجبر رب السلم على قبوله وعلى قول زفر لا يجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له ان لا يقبل تبرعه فكذا اذا تبرع بالجودة ولكنا نقول اوفاه حقه بكماله واحسن في قضاء الدين قال صلى الله عليه وسلم خيركم احسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وارجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن

قال كان اتاه بالثوب الجيد والمشروط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدني درهما فلا باس بذلك ان فعل وهذه في الحاصل ثمانية فصول اربعة في الثياب واربعة في المقدرات اما في الثياب ان اتاه بازيد وصفا وذرعا او بادون وصفا او بازيد قدرا او بانقص قدرا اما في الثياب ان اتاه بازيد وصفا او ذرعا بان اتاه باحد عشر ذراعا وقد كان المسلم فيه عشرة اذرع فقال خذ هذا وزدني درهما يجوز ويكون الزيادة بمقابلة صفة الجودة او الذراع الزائد وذلك مستقيم الا ترى انه لو باعه ثوبا جيدا بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه احد عشر ذراعا بعشرة اذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو اتاه بانقص وصفا بان اتاه بثوب رديء فقال خذ هذا وارد عليك درهما لا يجوز لان هذا منهما اقالة للعقد في الصفة وحصة الصفة من راس المال غير معلومة فلا يجوز الاقالة فيه وكذلك لو اتاه بتسعة اذرع فقال خذ هذا وارد عليك درهما لا يجوز لان الذرع في الثوب صفة ولان راس المال لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم يكن حصة الذراع معلومة من راس المال فلا يجوز الاقالة فيه اما في المقدرات لو اسلم عشرة دراهم في عشرة اقفزة حنطة فاتاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدني درهما فانه لا يجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمة

للجودة

الجودة ولا قيمة للجودة في الاموال الربوية الا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا في معنى ذلك فانه ياخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذي له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو اتاه باحد عشر قفيزا وقال خذ هذا وزدني درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو اتاه بعشرة اقفزة ردية فقال خذ هذا وارد عليك درهما لا يجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف يستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو اتاه بتسعة اقفزة وقال خذ هذا وارد عليك درهما يجوز بخلاف الثياب لان راس المال ينقسم على القفزان باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من راس المال معلوم بخلاف ذرعان الثوب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الفصول كلها ذكر قوله في كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في راس المال فيلتحق الزيادة باصل العقد والمسلم اليه يحط شيئا من راس المال والحط ايضا يلتحق باصل العقد لا ان يكون بمقابلة الصفة او يكون فيه اقالة العقد في شيء ثم المسلم اليه احسن في قضاء الدين اذا اتى بالاجود ورب السلم احسن اليه حين يجوز بالردي فاذا امكن تحصيل مقصودهما بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليه عملا بقوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه ولكنا نقول هذا اذا لم ينصا على الشرط والمقابلة اما اذا نصا على ذلك لا يمكن حمل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لا يجوز ولا يحمل احد الدرهمين هبة وذكر ابو سليمان عن ابي يوسف رحمه الله ان ابا حنيفة جوز ذلك في الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد رحمه الله في الثوب اذا اتاه باردى مما شرط او بانقص مما شرط والاعتماد على رواية محمد رحمه الله

قال واذا اختلفا في السلم فقال الطالب شرطت لي جيدا وقال المطلوب شرطت لي وسطا او قال الطالب اسلمت اليك في حنطة وقال المطلوب اسلمت الي في شعير تحالفا وترادا وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفي حديث اخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع او يترادان وسنقرر هذا في باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الان اذا اختلفا في جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه اكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا في جنس الثمن تحالفا ففي جنس المعقود عليه اولى وكذلك اذا اختلفا في الصفة لان المسلم فيه دين وانما يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط الا ترى انهما لو احضرا كانا غيرين والاختلاف في الصفة فيما هو دين يكون اختلافا في المعقود عليه فيجري التحالف بينهما بخلاف ما اذا اختلفا في الصفة في بيع العين فان العين لا تختلف باختلاف صفته فلا يكون ذلك اختلافا بينهما في المعقود عليه

قال والذي يبدا به في اليمين المطلوب في قول ابي يوسف الاول لانه بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلوة والسلام قال فالقول ما يقوله البائع فظاهر هذا يقتضي ان يكتفى بيمينه وقد قام الدليل على انه لا يكتفى بذلك فيبقى الظاهر معتبرا في البداية بيمينه ولانه اشبه بالمنكرين فانه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين على المنكر ثم رجع وقال يبدا بيمين الطالب وهو قول محمد رحمه الله لان اول التسليمين في عقد السلم على الطالب وهو راس المال فكذلك اول اليمينين عليه ولانه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضي يقرع بينهما ويبدا بيمين من خرجت قرعته نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقيل الراي في ذلك الى القاضي وقيل ينظر ايهما سبق بالدعوى يبدا بيمين خصمه وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره وان قامت لهما جميعا بينة فبينة احدث بينة الطالب لان في بينته زيادة اثبات لانه يقيم البينة على حق نفسه فالمطلوب انما يقيم البينة على حق الطالب وبينة الانسان على حق نفسه اولى بالقبول وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وقال محمد رحمه الله ان كانا افترقا عن مجلس العقد فكذلك الجواب وان لم يفترقا عن مجلس العقد نقضي بسلمين عشرة في كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم اليه ومحمد رحمه الله يقول البينات حجج فمهما امكن العمل بها لا يجوز ابطال شيء منها وهنا العمل بالبينتين ممكن اذ لا منافاة بين العقدين فيجب العمل بحجة الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض عن المجلس الا عشرة واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فلهذا رجحنا بينة الطالب وقاس هذا ببيع العين فانه لو قال بعت منك هذه الجارية بالف درهم وقال المشتري بعتني العبد بالف درهم واقاما جميعا البينة يقضى بالعقدين جميعا بالاتفاق فكذلك في السلم وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان مع اختلافهما اتفقا على انه لم يكن بينهما الا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بما لم يطلبا وليس للقاضي ذلك نقرره انه لا مقصود للطالب في هذه البينة اثباتا لان حقه في راس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه فيما في ذمته حنطة كان او شعيرا فانما مقصوده نفي بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك يثبت ببينته ازالة العين عن ملكه لسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشتري فكان هو مثبتا كالمشتري فلهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا في جنس المسلم فيه ولم يذكر ذلك فيما اذا اختلفا في صفته ومن اصحابنا من قال هو على الخلاف ايضا ومنهم من فرق لمحمد

رحمه الله بينهما فقال باختلافهما في الصفة لا يتحقق الخلاف في العقد الا ترى انه قد يسلم في الجيد ويأخذ مكانه رديا ويجوز ان يسلم في الردي فيعطيه مكانه جيدا فعرفنا ان اختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضا هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان في السلم في الحنطة لا يجوز اخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافا وقد اثبت كل واحد منهما ما ادعى من العقد بالبينة فيقضى بالعقدين وان لم يكن لهما بينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعا للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة راس ماله اليه وقد بينا في باب اللعان انه يفرق بينهما بعد اللعان من غير طلبهما لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما دامت من حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبهما وهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما او طلب احدهما ه ل كان لم يختلفا في المسلم اليه ولكن اختلفا في مكان الايفا فقال الطالب شرطت لي مكان كذا وقال المطلوب بل مكان كذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الطالب وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المطلوب مع يمينه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وان لم ينص عليه في الكتاب وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يتحالفان ويترادان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زايد لا يحتاج الى ذكره والاصح ان الخلاف في موضعه فان عندهما تعين مكان الايفا من موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفا والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف ثم وجه قولهما ان المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف في الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وابو حنيفة رحمه الله يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المعقود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلهذا فرق بينهما في حكم التحالف ه ل وان اختلفا في الاجل فهو على ثلاثة اوجه اما ان يختلفا في مقدار الاجل فقال الطالب كان الاجل شهرا وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه وان اقاما البينة فالبينة بينة المطلوب لاثباته الزيادة في حقه وان اختلفا في مضيه فقال الطالب كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب اما لان الطالب يدعي ارتجاسا بقا في العقد ه والمطلوب منكر لذلك ولانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقا للمطلوب ثم الطالب يدعي ايفاء حقه والمطلوب ينكر الايفا فالقول قول المنكر وان اقاما البينة فالبينة بينة المطلوب ايضا لان المقصود اثبات الاجل وذلك في بينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفي ذلك ببينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينته من وجه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانكاره الضمان وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لاثباته الرد وان اختلفا في شرط الاجل ففي القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لانه لا يصح عقد السلم الا باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل شرط زايد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار في البيع استحسن ابو حنيفة رحمه الله فقال القول قول من يدعي الاجل ايهما كان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان الطالب يدعي الاجل ه فكذلك وان كان المطلوب هو الذي يدعي الاجل فالقول قول الطالب لانكاره قياسا لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وانكر الطالب فكلامهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر واذا ادعى الطالب الاجل فكلام المطلوب في الانكار تعنت لان الطالب اقر له بحقه وهو انكر ذلك لنفسد العقد فلا يلتفت الى قول المتعنت فهو كما لو اختلف المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الا عشرة فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت في انكار بعض ما اقر به ليفسد به العقد وابو حنيفة رحمه الله يقول الاجل من شرايط السلم فاتفاقهما على عقد السلم يكون اتفاقا على شرايطه فكان المنكر منهما للاجل راجعا عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل الا ترى ان الاختلاف لو وقع بين الزوجين في النكاح انه كان بشهود او بغير شهود جعل القول قول من يدعي ان النكاح بشهود لهذا المعنى وهذا لان شرط الشي تبع له وثبوت التبع بثبوت الاصل الا ترى ان من نذر صلاة يلزمه الطهارة فاتفاقهما على اصل العقد يكون اتفاقا على ما هو من شرايطه فان اقاما البينة فالبينة بينة من يثبت الاجل لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد اذ الاجل شرط زايد كالخيار فمن يثبته بالبينة كانت بينته اولى بالقبول قال ه واذا تشاركا السلم بعد قبض راس المال ثم اختلفا في راس المال ه

فالقول

فالقول قول المطلوب مع يمينه والبينة بينة الطالب لانه يثبت الزيادة ببينته والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانهما اذا اختلفا هناك في الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع في احتمال الفسخ الا ترى انه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنفسخ الاقالة ولو وجد به عيبا كان حدث عند المشتري رده بذلك واقالة السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو كان راس المال عينا لم تنفسخ الاقالة بالهلاك في يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين وبالاقالة يسقط والساقط متلاشي فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهنا لان العقد تناول العين وهو باق بعد الاقالة ه

ل وان اسلم عشرة دراهم الى رجل في طعام فوجد فيها درهما زايفا بعدما افترقا فانكر رب السلم ان يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف العين فان هناك المشتري اذا طعن بعيب وانكر البايع ان يكون ما احضره هو المبيع فالقول قول البايع مع يمينه لان العقد تناول العين وقد تصادقا على قبض المشتري لما هو المعقود عليه ثم المشتري يدعي عليه لنفسه حق الرد والبايع منكر لذلك وهنا حق المسلم اليه ثبت في الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء راس المال بان كان ساكتا او اقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فاما اذا اقر بشي مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيافة بعد ذلك مناقضا فلا يقبل قوله ه

ل واذا اسلم اليه مائة درهم في طعام واعطاه بعضها واحاله على رجل ببعضها وبقي عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم بحساب ما نقد وقد بطل ما سوى ذلك لانهما افترقا قبل قبض راس المال فانه بالحوالة لا يصير قابضا بل حقه في ذمة المحال عليه كما هو في ذمة المحيل وقد بطلت الحوالة لانها كانت براس مال السلم وقد بطل حق المسلم اليه عن ذلك حين افترقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب السلم بالدراهم التي احاله بها على المحال عليه يريد به انه كان ذلك دينا للمحيل على المحال عليه فيرجع بطلبه بدينه كما كان ه

ل ويجوز ان يسلم الحيوان وما لا يكال ولا يوزن فيما يكال ويوزن لان راس المال معجل في هذا العقد يجوز تعيينه فكل ما يصلح مبيعا عينا يصلح ان يكون راس المال وانما يجوز السلم عند انعدام ما يصلح علة الربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك ه

ل ويسلم الثوب القوهي في الثوب الهروي والمروي وما اشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف البلدان والصنعة يسلم بعضها في بعض وكذلك الزطي في اليهودي والبث في الطيلسان والطيلسان في الكسا والثوب من الكتان في الثوب من القطن اما لاختلاف في الاصول او لاختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود ولو ادى ذي ادبه ما لا يراد له البلدي والبدوي كذلك وان كان الكل واحدا وهو القطن وهو كالسقلاطوني مع الحمار الاسود جنسان وان اتحد الاصل وهو الابريسم والعفوري مع الكسا جنسان وان اتحد الاصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض في البعض ه

ل ولا باس بالسلم في الكتان والقطن والقز والابريسم لانه موزون معلوم بقدر التسليم وان اشترط ان يوفيه السلم في مدينة كذا او في مصر كذا بحيث ما دفعه اليه من ذلك المصر او من تلك المدينة فله ذلك وليس لرب السلم ان يكلفه تسليمه اليه في موضع اخر لان المستحق بالشرط ادنى ما ينطلق عليه الاسم كما بينا في شرط الجيد فحيثما دفعه اليه في ذلك المصر فقد وفى بالشرط ولان نواحي المصر في الحكم كمكان واحد بدليل جواز عقد السلم فاذا لم يعين موضعا من المصر كان له ان يسلم في اي موضع شاء منه فان قيل اليس انه اذا استاجر دابة الى مصر كذا فدخلها كان له ان يبلغ عليها الى منزله في المصر قلنا هذا مستحسن للعرف والعادة ان الانسان اذا استاجر دابة الى مصر من الامصار انه لا يستاجر دابة اخرى بعد دخول المصر ليبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا على القياس ولا يعد والموضع الذي فيه العرف ه

ل ولا خير في السلم في المساتق والفرا لانها تختلف منها الصغير والكبير وللشوبها له كمان طويلا كان يكون للاكراد وبعض العرب والفرو ما لا كم له قال الا ان يشترط من ذلك شيا معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم بقدر التسليم ه

ل ولا خير في السلم في كل شي اشترط فيه الاوقار والاحمال لان ذلك يختلف فبعضها يكون اثقل من بعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة بينهما ه

ل وان اشترط على المسلم اليه ان يحمل الاسفل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه في المكان الذي شرطه فلا خير فيه على هذا الشرط لان العقد يقتضي الايفا في المكان المشروط ثم بعد شرطه لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط ان يطحنه وان اشترط ان يوفيه اياه في المكان الذي شرطه منزله فلا باس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من اصحابنا من يقول موضع هذا القياس والاستحسان انه اذا اشترط ان يوفيه في مكان

كذا ليكون الفصل الثاني على وزان الفصل الاول وفي القياس لا يجوز اشتراطه منفعة لنفسه بعد ما انتهى العقد نهايته اذ لا ايتاء تى
ايفاوه في منزله بعد الايفاء في المكان المشروط الا بالحمل والايفاء فيه على السواء وفي الاستحسان قال ان اشترط بلفظة الايفاء فالثاني
مثل الاول من جنسه فينفسخ به الشرط الاول ويصير كانه شرط ابتداء هذا فاما الحمل ليس من جنس الايفاء فلا ينفسخ به الشرط الاول
وهو نظير ما لو باعه بالف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم ينفسخ به العقد الاول وبيان المجانسة ان العقد
يقتضي الايفاء لا محالة ولا يقتضي الحمل الا ترى ان رب السلم قد يأتي المسلم اليه ليوفيه في منزله فلا يحتاج الى الحمل فعرفنا ان الحمل
ليس من جنس الايفاء من حيث ان العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء ان يوفيه في منزله في
القياس لا يجوز لانه لم يعين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم فقد يكون في هذا المصر وقد يكون في
مصر اخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال المنزل بالمنزل في كل وقت او الانتقال من المصر الى المصر للتوطن ومنزله
للحال معلوم فباعتبار الظاهر يكون منزله عند حلول الاجل والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل موضع القياس
والاستحسان ما اذا شرط ان يوفيه في منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله في المصر في اي محله هو ففي القياس لا يجوز للجهالة وفي
الاستحسان يجوز لان نواحي المصر كمكان واحد ولكن في هذين الوجهين لا فرق بين ان يكون بلفظ الحمل او بلفظ الايفاء وفي الكتاب
قال يأخذ في الحمل بالقياس وفي هذا بالاستحسان عرفنا ان مراده الوجه الاول قال ولا بأس بالسلم في الجبن والمصل
لانه موزون معلوم وبعض المتأخرين يقولون هذا في مصل يا دخوار دو فانه لا يخالطه الدقيق فاما في مصل يا دنا ينبغي ان لا يجوز
لانه لا يخالطه دقيق الشعير وقد يقل ذلك ويكثر وبحسبه تختلف المالية فكان قياس السلم في الغالطة المون والاصح انه اذا
كان معلوما عند اهل الصنعة على وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح قال واذا اختلفا فقال رب السلم اسلمت اليك
في ثوب يهودي وقال المسلم اليه بل هو في زطي يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لاختلافهما في جنس المعقود عليه وايهما اقام
البينة وجب قبول بينته وان اقاما البينة فالبينة بينة الطالب في قول ابي يوسف وفي قول محمد رحمه الله تقضى بسلمين اذا كانا
في المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا على انه يهودي غير ان الطالب قال هو ستة اذرع في ثلثة اذرع وقال المطلوب خمسة اذرع في
ثلثة اذرع في القياس يتحالفان ويترادان وبالقياس نأخذ وفي الاستحسان القول قول المطلوب لان المسلم فيه مبيع ولو كان
مبيعا عينا واختلفا في طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك في السلم وهذا لان الزيادة في الطول والعرض
لا يستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا انهما اذا اختلفا في الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفي القياس المسلم فيه دين والذرعان
لا علامه في المذروعات بمنزلة القدر في المقدرات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا فهو اكثر ما في الباب ان الذرعان
صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا في الجيد والردي انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك في الذرعان
ويأخذ بالقياس لقوة جانب القياس في القياس والاستحسان قياسان فايهما كان اثره اقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس
والاستحسان عند الاختلاف في صفة الجودة والرداءة لتحقق المغايرة بينهما والجيد غير الردي اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك
المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصيرا بقطعه والقصير قد يزاد فيه فيصير طويلا فلهذا ذكر القياس والاستحسان
هنا ولم يذكره ثمه قال واذا اختلفا في السلم او في رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فالحاصل ان هذه مسئلة فصول احدها
ان يكون الاختلاف في رأس المال وهو على وجهين اما ان يكون عينا او دينا فان كان عينا فقال الطالب اسلمت اليك هذا الثوب في
كر حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الاخر فاقاما البينة فانه يقضى بسلمين بالاتفاق لان كل واحد منهما ببينته يثبت حقه فالطالب
يثبت ازالة الثوب الذي عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الاخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال
وقال المطلوب مع هذا الثوب الاخر واقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب
الواحد لا يكون جميع رأس المال في عقد وبعض رأس المال في عقد اخر والمطلوب يثبت زيادة في حقه [illegible]
باسلام الثوبين في كر حنطة وان كان رأس المال دينا فان اختلفا في جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم في كر حنطة وقال
المسلم اليه دينار في كر حنطة واقاما البينة فلا اشكال على قول محمد رحمه الله انه يقضي بالعقدين وقيل هكذا ينبغي في غير القياس
على قول ابي يوسف رحمه الله اعتبارا للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقضى بعقد واحد وتكون
البينة بينة المطلوب لان الطالب لا يثبت لنفسه شيئا اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه في الكر ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت
حقه ببينته فكانت بينته اولى وان اختلفا في قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون واقاما البينة

فهو على هذا الخلاف وكذلك الاختلاف لو كان في المسلم فيه في الجنس او القدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعا
بان قال رب السلم عشرة دراهم في كري حنطة وقال المسلم اليه عشرون درهما في كر حنطة فعند ابي يوسف رحمه الله تقبل بينة كل
واحد منهما على ما يدعي من الزيادة في حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهما في كري حنطة وعند محمد رحمه الله يقضى بعقدين
كما يشهد به كل فريق فالحاصل ان عند محمد رحمه الله يقضى بعقدين ما امكن الا اذا تعذر فحينئذ يشتغل بالترجيح للضرورة وعند
ابي يوسف رحمه الله يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر فحينئذ يقضى بعقدين للضرورة وقول ابي حنيفة رحمه الله كقول ابي
يوسف رحمه الله قال ولو اسلم عبدا او ثوبا في حنطة او شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز لما بينا ان
الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضره ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن يقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كر حنطة
وكر شعير عينا بثوب او عبد بعينه فانه ينقسم باعتبار القيمة للتعارض منهما وليس احدهما في تخصيصه بشيء باولى من الاخر
قال واذا باع جارية بالف مثقال ذهب وفضة او دراهم ودنانير كان له من كل واحد منهما النصف لان الواو
للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا انه ان كان قال الف مثقال
ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار
بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه وكل ما يصلح ان يكون عوضا في
البيع يصلح ذلك في الاجارة ايضا لان المنافع في حكم المال او بالعقد تثبت لها حكم المالية حتى لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة
لا حالا ولا مؤجلا كما في البيع وتثبت المكيل والموزون حالا او مؤجلا والثياب الموصوفة فيه تثبت مؤجلة لا حالة لان استقراض
الثياب لا يجوز والسلم فيها صحيح والقرض لا يكون الا حالا والسلم لا يكون الا مؤجلا فعرفنا انها تثبت في الذمة مؤجلة لا حالة عوضا
عما هو مال فاما الحيوان لا يجوز استقراضه ولا السلم فيه فعرفنا انه لا يثبت في الذمة مؤجلا ولا حالا الا عوضا عما هو مال
قال واذا اسلم اليه عشرة دراهم في عشرين مختوم شعير او عشرة مخاتيم حنطة بالشك انه يعطيه ايهما شاء فلا خير فيه
لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول الجنس ادخل حرف او بين الحنطة والشعير ومثل هذه الجهالة في بيع العين تمنع جواز العقد ففي السلم
اولى وكذلك لو قال ان اعطيتني الى شهر فكذا وان اعطيتني الى شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة المعقود عليه عند لزوم العقد اما
جنسا او قدرا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع وتفسير ذلك هذا ونحوه قال
ولا يستطيع رب السلم ان يبيع ما اسلم فيه قبل القبض لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز لحديث عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد رضي الله عنه
قاضيا واميرا قال انههم عن اربعة عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان البيع
اقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين اذا كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف
فاذا كان دينا اولى وذلك لان الغرر هنا قائم فان الدين يتوى بفوات محله يعني اذا مات المديون مفلسا ولهذا تبطل الحوالة فكما
لا يبيع المسلم اليه قبل القبض لا يشرك فيه شريكا ولا يوليه احدا لان التولية تمليك ما يملك بمثل ما ملك به والاشراك تمليك نصف
ما ملكه بمثل نصف ما ملك فكما لا يجوز هذا التصرف منه في الكل لا يجوز في البعض قال رجل قال لرجل اسلمت اليك عشرة دراهم
في كر حنطة ثم قال بعد ما سكت ولكني لم اقبض الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفي
القياس القول قول المسلم اليه وكذلك لو كان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد واقراره بالعقد
لا يكون اقرارا بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك بكذا ثم قال لم اقبض كان القول قوله في ذلك لانه منكر للقبض والاخر
يدعي عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم الا ترى انه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله في ذلك
لانه منكر للقبض والاخر يدعي عليه التسليم ولو صار بالاقرار بالسلم مقرا بالقبض لكان هذا رجوعا والرجوع لا يعمل موصولا
كان او مفصولا ولكنه استحسن فقال السلم اخذ عاجل باجل فمطلقه يقتضي الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله
لم اقبض بيانا فيه تغيير لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لا مفصولا وهذا تخصيص للفظه العام
والتخصيص من الاحتمال لا الابطال صحيح موصولا لا مفصولا بمنزلة الاستثناء قال في الاصل وهذا مثل قوله قد اعطيتني عشرة
دراهم في كر حنطة او اقرضتني او اسلفتني او اقبضتني عشرة دراهم ثم قال لم اقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن
من عادته الاستشهاد بالاوضح وكذلك لو قال على الف درهم من ثمن جارية بعتنيها ثم قال لم اقبضها وقال الاخر قد قبضت فهو

غير مصدق فى قوله لم اقبضها وصل او قطع فى قول ابى حنيفه رحمه الله وكان ابو يوسف اولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لم
يصدق ثم رجع وقال اذا فصل يسئل المقر عن جهة المال فان قال من جهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقر انى لم اقبضها
وان قال المقر له المال عليه من جهة اخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد رحمه الله وهذا فى الحقيقة ليس برجوع بل
تفسير لما ابهمه فى الابتدا وجه قولهما انهما تصادقا على البيع فالبايع يدعى تسليم المعقود عليه والمشترى منكر فالقول قول
المنكر كما لو قال ابتعت منك جارية بالف درهم ثم قال لم اقبضها او قال لك على الف درهم من ثمن الجارية التى بعتها منى ولم اقبضها
فالقول قوله فى ذلك فاما اذا لم يصدقه المقر له فى الجهة فقد اقر بوجوب المال عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق واذا كان كلامه
معصولا لما بينا ان قوله لم اقبضها بيان تغير لموجب اقراره فيصح موصولا لا معصولا كالاستثنا اذا قال لفلان على الف درهم
الا مايه او قال الا وزن خمسة وابو حنيفه رحمه الله يقول اقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان او معصولا ومعنى
هذا انه اقر بكونه دينا فى ذمته بقوله له على الف درهم ثمن جارية غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض ثم التى هى غير معينة لا يكون
واجبا الا بالقبض ثم التى هى غير معينة فى حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرفنا انه اقر
بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهناك ما اقر بان المال واجب فى ذمته انما اقر بالابتياع وذلك لا يكون اقرارا بالقبض
وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما اقر بوجوب المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل
القبض توضيحه انه اقر بالمال وادعى لنفسه اجلا غير مسماه فان المشترى لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البايع المبيع
وثمن جارية يحضرها البايع الاول للمشترى ان يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه اجلا معلوما كشهر او سنة لم يقبل قوله فى ذلك
وصل او فصل فهنا اولى بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه اجلا لانها حاضرة وانما اقر على نفسه بالمال بشرط
ان يسلم له تلك الجارية الا ترى ان المقر له لو قال الجارية جاريتك ما بعتها ولى عليك الف درهم يلزمه المال ولو قال
الجارية جاريتى ولى عليك المال لم يلزمه شى لانه لم يسلم له شرطه قال واذا اسلم الرجل الى رجل فى كر حنطة فاعطاه
كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يا كل حتى يكتاله والاصل فيه ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى
فيه صاعان صاع البايع وصاع المشترى يعنى اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفى بكيل البايع ولا يتصرف فيه بعد
القبض حتى يكيله وهذا لانه انما ملك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى لا يعلم ذلك الا بالكيل الا ترى انه لو كاله
فوجد ازيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الاكل والبيع بحكم الملك فما لم يتبين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف
فيه وان هلك عنده وهو مقر بانه كر وافٍ فهو مستوفٍ لانه قبضه على وجه التملك بعقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض
وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد اقر انه كان كرا فيصير مستوفيا بطريق المقاصه لان ما فى المقاوضة اخر الدينين قصاصا عن
اولهما واخر دين المسلم اليه بقبض رب السلم مقتضيا طعام المسلم به ولان القبض لا فى العين واستيفا الدين لا يكون
الا من العين فاذا اقر انه كان كرا فقد علمنا انه بقبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم فى كل مكيل وموزون فاما فى المذروعات
له ان يتصرف قبل الذرع لان الذرع صفة حتى لو وجد ازيد يسلم له الزيادة ولو وجد انقص لا يحط شى من الثمن فعرفنا
ان الملك بالعقد انما ثبت له فى العين وقد تم بقبضه فى العين وفى العدديات المتقاربة اظهر الروايتين عن ابى حنيفه رحمه
الله انه لا يتصرف قبل العد لان العد فى العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجد ازيد لا يسلم له الزيادة ولو
وجد انقص يحط حصة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه يجوز التصرف فيه قبل العد وهو قول ابى يوسف ومحمد
رحمهما الله لان صفة العدد لا يصير بها مال الربا فهو بمنزلة الذرع فى المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحقق فيه الغلط
الا بغلط فى العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهر باجتهاد من الكيال والوزان من غير ان
يتيقن الخطا فيه وهنا الزيادة والنقصان لا تظهر الا بالغلط فى العد فكان العقد متناولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل
العد كما فى المذروع وجه قول ابى حنيفه رحمه الله ان المعقود عليه فى العدديات العدد لانه مقدار كالكيل
والوزن الا ترى انه لو وجده ازيد لا يسلم له الزيادة ولو وجد انقص يحط حصة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر الذى لا
والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا انه لا يجرى فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا بجعل الشرع امثالا
متساويه حتى اذا باع جوزه بجوزتين فقد اعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم ايضا
بخلاف المكيل والموزون قال وان اشترى المسلم اليه من رجل كرا ثم قال لرب السلم اقبضه قبل ان يكتاله المشترى فليس

ينبغى لرب السلم ان يقبضه حتى يكتاله المشترى لانه فى هذا القبض وكيل المسلم اليه فكان المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه ان
يكيله فكذلك اذا قبضه وكيله كان عليه ان يكتال للمسلم اليه بحكم الشرا ثم يكيله ثانيا بحكم السلم وليس له ان ياخذ بكيله ذلك
لانه فى ذلك نايب عن المسلم اليه فكان المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكيله بنفسه بحكم السلم وهو المراد من
قوله صلى الله عليه وسلم حتى يجرى فيه الصاعان اى اذا تلقاه البايع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف
مشايخنا رحمهم الله فى فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكايلة فكاله البايع بمحضر من المشترى ثم سلمه اليه فمنهم من يقول ليس
للمشترى ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيله مرة اخرى لاستدلاله بظاهر الحديث وكيل البايع بحضرته لا يكون اقوى من كيله
بنفسه والاصح ان له ان يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده ففعل البايع بحضرته كفعله بنفسه وفى مسئلة السلم
استحقاق الاول الكيل كان للشرى فلا ينوب عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة اخرى فان دفع المسلم اليه الى
رب السلم دراهم فقال اشتر لى بها طعاما فاقبضه لى بكيل ثم كله لنفسك بكيل مستقبل كان جايزا لانه وكيل المسلم اليه فى الشرا وفعل
الوكيل كفعل الموكل فكانه اشتراه بنفسه ثم امر رب السلم بقبضه وهى المسئلة الاولى وان قال رب السلم للمسلم اليه كل ما لى
عليك من الطعام فاعزله فى بيتك او فى غرايرك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا له بمنزلة قوله اقبضه لى بيسارك من يمينك وهذا
لان المسلم فيه دين فى ذمة المسلم اليه والمديون لا يصلح ان يكون نايبا عن صاحب الدين فى قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم
بقبض ذلك غلام المسلم اليه او ابنه فهو جايز لانه يصلح نايبا عن رب السلم فى قبض حقه وهو فى ذلك كاجنبى اخر والانسان يصير
قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه قال ولو دفع اليه غرايره فقال كل ما لى عليك اجعله فى غرايرى
ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا وفرق بين هذا وبينما اذا اشترى منه طعاما بعينه على انه كر ثم دفع اليه غرايره
وامره ان يكيله فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض فى باب السلم موجب تملك العين وغرايره لا تصلح نايبة عنه
فى تملك العين وفى باب الشرى قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغراير تصلح نايبة فى الاحراز والثانى ان
امره بالكيل فى غرايره غير معتبر بنفسه فى السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فاما
فى الشرا اذنه معتبر فى الكيل لانه انما يكيل ملك المشترى وله فى ملك نفسه اذن معتبر فكان كيله فى غرايره ككيل المشترى الا ترى
انه لو امر المسلم اليه بان يطحن ما عليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا
وفى الشرا لو امره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشترى وكذلك فى الشرا لو امره ان يلقيه فى البحر ففعل جاز وكان الثمن متقررا
عليه ولو امره بذلك فى السلم لم يجز ثم قال فى الشرا وله ان يبيعه اذا كاله البايع فى غراير المشترى بامره قيل هذا غلط لان الغراير
نايبة عنه فى الاحراز لا فى معرفة القدر وكانه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيله ولكن ما ذكر فى الكتاب صحيح لما بينا ان امره
اياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البايع فى الكيل كالنايب عنه والغراير فى القبض والاحراز تنوب عنه وفعل نايبه كفعله بنفسه
وفى السلم ان كان فى الغراير طعام لرب السلم فكاله فيه بامره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان امره غير معتبر فى ملك الغير قال
رضى الله عنه والاصح عندى انه يصير قابضا لانه امره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التمييز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا
وهو مثل ما ذكر فى كتاب الصرف لو دفع الى الصايغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى خاتما ففعل ذلك
جاز وصار بالخلط قابضا له قال واذا اسلم الرجل فى كر حنطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم فى كر حنطة واجلهما واحد
وصفتهما واحدة او مختلفه لم يكن احدهما قصاصا بالاخر اذا حلا وان تقاصا لان المسلم فيه مبيع يستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز
ان يقضى به دين اخر لان المستحق بعقد السلم مقبوض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين اخر فاذا تقاصا هنا فلا بد من ان
يكون احدهما قاضيا بطعام السلم دينا عليه وذلك غير جايز قال فان كان اولهما سلما والاخر قرضا لا يصير احدهما قصاصا
فى الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان احدهما مؤجل والاخر معجل والمعجل خير من المؤجل الا
اذا حل الاجل فى السلم فحينئذ يكون احدهما قصاصا بالاخر ولا باس بان يكون قصاصا اذا كانا سوا اتقاصا او لم يتقاصا
لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض الا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ما حل طعام السلم كان
مستوفيا حقه بطريق المقاصه فكذلك اذا استقرض وهذا لان فى باب المقاصة اخر الدينين قصاص عن اولهما ولا يكون اول
الدينين قصاصا عن اخرهما لان القضا يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا فى الدين لو وجب للمديون على احد الشريكين دين بعد
حصته وصار قصاصا كان للشريك الاخر ان يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المديون عليه سابقا على

دينا قضاء وقصاصا لم يكن لشريكه ان يرجع عليه بشيء لانه صار بنصيبه قاضيا عليه لا مقتضيا اذا ثبت هذا فنقول — اذا كان آخر
الدينين قرضا فالمسلم اليه بما اوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم اليه يكون مستوفيا اذا كان القرض اولا لم
يكن قصاصا وان تقاصا به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر
فان كان للمسلم اليه كر حنطة قرض على رجل او استقرض من رجل كرا فقال لصاحب السلم كله فاكتاله رب السلم كيلا واحدا جاز
ويصير قابضا لان القرض لا يشترط فيه الكيل الا ترى ان المقرض لو استرد ما اقرض ولم يكله كان له ان يتصرف فيه والمستقرض
لو قبض ولم يكله كان له ان يتصرف فيه ورب السلم في القبض بمنزلة المقرض والمستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك
المسلم اليه قبل ان يكيله ثم انما يكيله بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فلهذا يكفيه كيل واحد بخلاف ما سبق من الشرا فان المسلم اليه
لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من رب السلم لتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكيله لنفسه
بعد ذلك كيلا مستقبلا قال — وان تتاركا السلم وراس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته وكذلك لو تتاركا
بعد هلاكه وهذه فصول — احدها ان يشتري عينا بدراهم فتقابضا ثم تقايلا ثم هلك المبيع قبل الرد تبطل الاقالة
سوا كان الثمن قايما او هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشيء من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود
عليه المبيع دون الثمن فان الثمن معقود به ولهذا شرط قيام الملك في المبيع عند العقد دون الثمن فاذا كان المبيع هالكا عند
الاقالة فالاقالة باطلة لفوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من هلاك المحل بعد الاقالة قبل
الرد كالمقترن بالاقالة الا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد والثاني
لو تبايعا عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك احدهما تبقى الاقالة لان ابتدا الاقالة بعد هلاك احد العوضين صحيح فان كل
منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك في العوضين جميعا للمتعاقدين بخلاف الثمن الا ترى ان بعد هلاك احدهما يكون فسخ
العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك احدهما فكذلك تبقى الاقالة في القايم
وعليه رد قيمة الهالك لانه تعذر رد العين مع بقا السبب الموجب للرد فيرد القيمة اذ القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين
ولو هلكا جميعا بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شيء من المحل الذي
تناوله العقد فكذلك لا تبقى الاقالة بعد هلاكهما والثالث السلم اذا تقايلا وراس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقايضة
لان المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة راس المال لتعذر رد
العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة اذا اختلفا لان الطالب يدعي عليه زيادة وهو
منكر لتلك الزيادة والرابع الصرف فانهما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم وتقابضا وهلك البدلان جميعا ثم تقايلا
او تقايلا ثم هلك البدلان قبل التراد جازت الاقالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا ترى
ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا من الاقالة
هذا هو الصحيح في تخريج هذه المسايل ووقع في الاصل تشويش وتقديم وتاخير والفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب
وقد تكلف لتصحيحه بعض مشايخنا رحمهم الله فقال بعد مسالة القرض الا ترى انه لو اشترى جارية بعبد وتقابضا فمات احدهما
في يديهم ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى البيع من حيث انه تمليك الطعام بمثله
فليس ببيع حقيقة فلا يشترط فيه من الكيل ما يشترط في البيع كما ان الاقالة في حكم البيع ولكن ليس ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك
احد العوضين وان كان لا يجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبدا بقيمة جارية هالكة لا يجوز واليه اشار بقوله وليس هذا بمنزلة
شرا الحي قبل ان يموت يعني شرا الحي بقيمة الميت او شرى الحي بالحي اذا مات احدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا
اللفظ بفصاحة محمد رحمه الله فان شرى الحي يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم قال وكذلك السلم
لان السلم بيع يعني ان الاقالة بعد هلاك راس المال تجوز كما تجوز في بيع المقايضة الاقالة بعد هلاك احدهما ثم قال — ولا يشبه
هذا الاثمان الدراهم والدنانير يعني ان عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة وفي بعض النسخ قال —
الدنانير والدراهم يعني اذا اشترى عينا بنقد ثم هلك المعقود عليه بطلت الاقالة وان كان الثمن قايما وقد قررنا هذا
الفرق قال — واذا اسلم الرجل الى الرجل دراهم في كر حنطة فوجد فيها دراهم ستوقة فجاء يردها فقال المسلم اليه هذا
نصف راس المال وقد بطل نصف السلم وقال رب السلم بل هو ثلث المال فالقول قول المسلم اليه لان الستوقة ليست من جنس الدراهم

فقد علمنا ان السلم لم يتم في جميع الكر وحاصل الاختلاف بينهما في قبض المسلم اليه مقدار حقه من راس المال فرب السلم يدعي عليه انه قبض
ثلثي حقه والمسلم اليه ينكر القبض فيما زاد على النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلى المدعي ان يثبت ما يدعيه بالبينة — واذا
اسلم عشرة دراهم في كر حنطة فاقام رب السلم البينة انه نقدها قبل قبض المسلم اليه راس المال واقام المسلم اليه البينة انه قبض راس المال
قبل ان يتفرقا فالسلم جايز ويوخذ ببينة المسلم اليه لانها تثبت القبض في المجلس وبينة رب السلم تنفي ذلك والبينات تترجح بالاثبات
ولم يذكر في الكتاب انه لو لم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون واورد هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال على
قول زفر القول قول من يدعي القبض منهما لان العقد لا يتم الا بقبض راس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما على قبض
راس المال والذي ينكره القبض في حكم الراجع عن الاقرار وقد قررنا هذا المعنى في الاجل فكذلك في قبض راس المال وعند ابي يوسف
رحمه الله القول قول الذي في يده راس المال لان الاخر يدعي تملك ما في يده عليه وهو منكر والقول قول المنكر فان كان راس المال
في يد رب السلم فظاهر لان المسلم اليه يدعي تملك ما في يده بالقبض وانه غصبه منه بعد ذلك وان كان في يد المسلم اليه فرب السلم
يدعي انه غصبه منه والمسلم اليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم في يدي رب السلم باعيانها
فقال المسلم اليه اودعتها اياه او غصبنيها بعد قبضي لها وقد قامت البينة بالقبض كان القول قوله ويقضى له بالدراهم
لانه لما اثبت قبضه بالبينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم انه وصلها اليه بالوديعة
او بالغصب ولو اسلم فلوسا في طعام جاز لان هذا عددي متقارب يصلح ان يكون ثمنا في باب البيع فيصلح ان يكون راس المال في باب
السلم ولا يجوز في الصحيح رجل باع عبدا او ثوبا بشيء مما يكال او يوزن ثم تفرقا قبل ان يقبض المشتري ما اشترى فالبيع جايز لانهما
تفرقا عن عين بدين وذلك جايز في البيع كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل وقبض المشتري وتفرقا او تفرقا قبل قبض المشتري وقد بينا
ان القياس في السلم هكذا ولكنا تركنا القياس هناك لمقتضى اسم السلم واليه اشار في الفرق فقال — لو باعه ثوبا بحنطة وسمى
الكيل ولم يجعل له اجلا كان جايزا ولو اسلم هذا الثوب في كر حنطة موصوفة ولم يجعل له اجلا كان فاسدا ومعنى هذا الاستشهاد
ان التاجيل في السلم في المسلم فيه جعل شرطا لتحقيق معنى الاسم فكذلك التعجيل في راس المال بخلاف البيع وقد بينا جواز اخذ
الرهن بالمسلم فيه وان بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا حقه من مالية الرهن اذا كان فيه وفاء بحقه فيسقط حق رب السلم عن الطعام
بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا ايضا جواز التوكيل بدفع راس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض
من الموكل ويستوي ان كان الوكيل شريكا لرب السلم او اجنبيا لان اداءه قائم مقام اداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه
قبل ان يفارق رب السلم كان جايزا — وان كان بالمسلم كفيل فاستوفى الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح
فيه فذلك حلال له اذا قضى رب السلم طعاما مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم على الكفيل يوجب للكفيل على
المسلم اليه الا ان ما للكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الى رب السلم فاذا استوفى قبل الاجل فقد استعجل دينا
له مؤجلا والمقبوض بهذا السبب يملك ملكا صحيحا فانما تصرف وربح في ملك حلال له فلهذا طاب له الربح ولا خلاف في هذا
اذا تقرر ملكه باداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذي قضى رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل
بطعام مثل ما دفع اليه لانه انما اعطاه ذلك ليسقط دين رب السلم عنه بادائه ولم يفعل ذلك فكان له ان يرجع عليه بما ادى
ثم قال — في هذا الكتاب فالربح يطيب للكفيل وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكينا عنهما في الجامع الصغير
وذكر عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال احب الي ان يرده على الذي قضاه ولا اجبره عليه في القضاء — وفي كتاب الكفالة قال —
يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه وتملكه بشرط ان يودي عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم
رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خبيث شرعا والسبيل في الكسب الخبيث ليس في معنى السبب
بل يحل في رضا المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخبث فكان هذا اولى الوجهين ولكن لا يجبر عليه في القضاء لانه
المتصرف انما ربح في ملك نفسه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض له كان مملوكا له ملكا صحيحا وكان التصرف
فيه مطلقا له شرعا فالربح الحاصل يكون حلالا — الا ترى انه لو ادى طعام السلم كان الربح طيبا له فاذا لم يود فانما يثبت
حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل بكر في ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خبث فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين
آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بان يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم
ليكون رسولا في تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويطيب له في قول ابي

يوسف رحمه الله لانه امين فيما قبضه على وجه الرسالة كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف في الوديعة ودع في كتاب الوديعة
وان قضى الكفيل السلم من ماله قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه على دراهم او غير ذلك مما يكال او يوزن او على عروض
او حيوان فهو جائز ولا يكون استبدالا لان الكفيل هنا مقرض معناه ان ما يرجع به الكفيل على المسلم اليه لا يكون مسلما اليه لا يكون مسلما فيه
لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طعام السلم على الكفيل لا للكفيل فعرفنا انه دين
اخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالا او لانه يصير كالمقرض لما ادى من المسلم اليه وان لم يكن قرضا على الحقيقة حتى لو اجل
المكفول عنه فيه لزمه الاجل والاجل في بدل القرض لا يلزم فعلمنا ان مراده انه دين اخر سوى السلم فيجوز الاستبدال فيه قبل
القبض واذا كفل رجل لرب السلم راس ماله قبل ان يترادا فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقبل
الاقالة الواجب في ذمة الاصيل لرب السلم المسلم فيه لا راس المال فانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضف الكفالة الى سبب
الوجوب فكان باطلا بخلاف ما لو قال اذا تقايلتما العقد فانا كفيل براس المال لك ولان راس المال قبل الاقالة
حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع الكفالة في شيء ل واذا اسلم الرجل في بعض الادهان
المرباة بالبنفسج والزنبق والحناء وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف معقود التسليم من اصحابنا من قال هذا يجوز
في الدهن الصافي اما المربى بالبنفسج فهو فلا لان المربى يختلف باختلاف ما يربى به من الادوية والرياحين والصحيح انه يجوز
لانه يمكن اعلامه باعلام قدر ما يربى به قال وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل
انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل نوع وعاء
حرج فاتخذوا الرطل كذلك تيسيرا فعرفنا ان ما يقع عليه كيل الرطل فهو موزون فيجوز السلم بذكر الوزن ل واذا اسلم النصراني الى
النصراني في خمر بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء على الاصل الذي بينا في كتاب الغصب ان الخمر مال متقوم في حقهم بمنزلة
الخل والعصير في حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل او الوزن وان اسلم احدهما قبل قبض الخمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه
راس المال لانه وجد الاسلام والخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجعل وجود اسلام احدهما عند القبض كوجوده عند العقد وهذا
لان قبض المسلم فيه قبض بملك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه دينا وانما يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذي اسلم فليس له
تملك الخمر من غيره فعلمنا انه تحقق فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد لان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض المبيع كما اذا
تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل ما بقي وجاز ما قبض لان ملكه تم في المقبوض فباسلامه بعد ذلك لا يبطل
ولكن اسلامه يمنع من قبض ما بقي فيبطل العقد فيه لفوات القبض في هذا لان السبب الطارئ يلاقي المنتهي بالعفو عنه والقائم بالرد
قال الله تعالى وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين فبنزول حكم الربا انما لزمهم ترك ما لم يقبضوا الا رد ما قبضوا منه فهذا مثله
ثم النصراني والمسلم في احكام السلم سواء ما خلا الخمر حتى لا يجوز السلم بينهم في المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين لعجز العاقد عن
تسليم المعقود عليه وهم في ذلك كالمسلمين والسلم بينهم في الخنزير لا يجوز بمنزلة الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم في الحيوان
لمعنى الجهالة وهم يستوون في ذلك بالمسلمين واذا اسلم في طعام حنطة من طعام العراق او الشام فهو جائز بخلاف ما لو اسلم
في طعام قرية او قراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بآفة فاما طعام ولاية الشام والعراق لا يتوهم انقطاعه بآفة عرفنا فانما
اسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب التسليم ولا باس بالسلم في الصوف وزنا لانه موزون معلوم في نفسه وان اشترى
كذا جزة بغير وزن لم يجز لجهالته لان مقدار الصوف في كل جزة غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه يفضي الى تلك المنازعة بينهما
بينهما وان اسلم في صوف غنم بعينها لم يجز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك ولان تعيين محل السلم فيه كتعيين المسلم فيه ولانه لو
باع الصوف الذي على الشاة بعينه لا يجوز فكذلك اذا اسلم فيه وكذلك الالبان وسمونها لما بينا ولان هذه الاعيان ما دامت ل
متصلة بالحيوان فهي وصف للحيوان ولا يثبت فيها المالية مقصودا الا بعد الانفصال فلا تكون قابلة للعقد مقصودا ولذلك
ان اسلم في سمن حديث او زيت حديث في غير حينه وحل اجله في حينه فلا خير فيه لانه منقطع في الحال من ايدي الناس وكذلك لا خير
في السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن ايدي الناس ولا يدرى ايكون في السنة ام لا وهل يبقى المسلم اليه حيا الى
اوانها ام لا فلا يكون مقدور التسليم وبدون قدرة التسليم لا يجوز العقد ل واذا اسلم في حنطة من حنطة
هراة خاصة وهي تنقطع من ايدي الناس فلا خير فيه كما لو اسلم في طعام قراح بعينه ولم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده
قرية من القرات تسمى هراة وتلك القرية يتوهم ان يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق

سواء قال وان اسلم في ثوب هروي ولا باس به من اصحابنا من يقول لان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالحكم
قد يتناصل طعام هراة ولا يتناصل حوكة هراة وهذا ضعيف فالثوب قد يتناصل حوكة هراة ايضا ولكن المعنى الصحيح في الفرق ان
نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فهو ما ينسج على تلك الصفة بهراة
او بغيرها فانه يسمى هرويا بمنزلة الزندنيجي والوذاري والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة
من الحبوب يعني هذا بيان الجنس بخلاف فان حنطة هراة ما ينبت بارض هراة حتى ان النابت في موضع اخر لا ينسب الى هراة ل
وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا منه للمكان وكذلك يتوهم انقطاعه وقال مشايخ بخارى رحمهم الله ان نسب الطعام
الى موضع يعلم ان مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالخشراني ببخارى فانه يذكر ذلك لبيان صفة الجودة للحنطة
فلا يختص به ما نبت في تلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل في الثوب الهروي لا يضع بغير تلك البلاد على ما بينا ه
انه اسم للمنسوج بصفة يسمى به وان نسج في غير هراة ولا باس بالسلم في البواري والحصر اذا وصف الطول والعرض والصفة
لانه مذروع معلوم كالثياب والحصر ما يتخذ من البردي والحصير والبوريا ما يتخذ من القصب ولا باس بالسلم في نصل السيف
اذا كان الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالية بعد بيان نوع الحديد الا شيئا يسيرا وذلك غير معتبر كما في
الثياب والجيد من الطعام ولا خير في السلم في الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخل قيل هو شيء احمر مثل لسان الفرس يبدو
من النخل ثم يخرج الثمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو او يطبخ مع المرقة فيحمض فيه وهو عددي متفاوت يختلف فيه الصغير
والكبير ويتفاوت احاده في المالية فلا يجوز السلم فيه كذلك ل ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل
القبض لان القسمة للحيازة وذلك بان يجعل كل واحد منهما نصيبه في حيزه وفي الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة على
كل واحد منهما في نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض واذا كان الشرط في عقد السلم ان يوفيه
في مكان كذا فقال المسلم اليه خذه في مكان كذا وخذ مني الكراء الى ذلك المكان فقبضه كان قبضه جائزا الا انه اخذه ولا يجوز
اخذ الكراء لانه ملك المقبوض بقبضه وانما حمل ملك نفسه والانسان في حمل ملك نفسه لا يستوجب الاجر على الغير بعمل العمل للغير
لا لنفسه فعليه رد ما اخذ من الكراء وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء رده حتى يوفيه في المكان الذي شرط له لانه
انما رضي بقبضه في غير ذلك المكان بشرط ان يسلم له الكراء فاذا لم يسلم لا يكون راضيا به وبدون رضاه لا يسقط ما كان مستحقا
له وهو المطالبة بالايفاء في المكان المشروط فان هلك المقبوض في يده فلا شيء له لانه انما رضي بقبضه ثم قبضه للمسلم فيه وانما
كان الباقي له حق الخيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض في يده والخيار ليس بمال فلا يستوجب الرجوع بشيء عند سقوط
خياره ل ولا خير في ان يسلم العروض في تراب المعدن ولا في تراب الصواغين لان عين التراب غير مقصود
بل ما فيه من الذهب والفضة وقد بينا ان السلم في الذهب والفضة لا يجوز ولان بذكر وزن التراب لا يصير ما هو المقصود معلوما
وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه ذلك وقد يكثر فعرفنا ان ما هو المقصود مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فكان العقد
باطلا كذلك ولا باس بان يسلم الحنطة وما اشبهها فيما يوزن او يكال بالرطل لما بينا ان ما يكال بالرطل فهو موزون واسلام
المكيل في موزون هو مبيع جائز لانه لم يجمع في البدلين احد الوصفين وهو الجنسية والقدر المتفق واذا اختلف النوعان
مما يكال فلا باس باسلام نوع واحد بالاخر يدا بيد ولا خير فيه نسيئة وكذا الموزونات وقد بينا هذه الفصول في الكتاب ولا باس
بالبنفسج بالحناء والزنبق والورد رطلين برطل فان الاجناس مختلفة عندنا وعند الشافعي لما اتحد اصله منها جنس واحد وفيها دهان ا،
اذا اختلف اصله له قولان لان الاسم والهيئة واحد وانما اختلف منها الرائحة وباختلاف الرائحة لا يختلف الجنس كالمسك
ولكنا نقول ما حل بكل واحد منها من الصنعة اختلف الاسم والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف
الجنس كالثياب والوذاري مع الزندنيجي جنسان مع اتحاد الاصل لاختلاف المقصود وعلى هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت ه
المطبوخ من غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج من غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير
المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها فكانه باع رطلا من زيت ونقله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقي بازاء
الزيادة وعن ابي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهبت تلك الرائحة منه فان كان لا ينتقص فقد عرفنا
انه ليس بزيادة في العين فلا يجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المربى بالبنفسج مع المربى بالياسمين فهناك كل واحد منهما
لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فيعتبر المماثلة باعتبار المال وعلى هذا الباب

الالبان لانها اجناس عندنا وعند الشافعي رحمه الله الكل جنس واحد لبن الابل ولبن البقر والغنم لاتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكنا نقول اصولها اجناس واللبن متولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف اجناسها ولا تقارب في المقصود ايضا فان مقصود السمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى انما يكون اصله جنسا واحدا كالبقر مع الجواميس والعراب مع البخاتي والمعز مع الضان فلبنهما جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض بالبعض في باب الزكوة وكذلك اللحوم اجناس مختلفة عندنا وللشافعي رحمه الله فيه قولان في احد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا الا ترى انه يمكن تمييز البعض عن البعض برؤية العين بخلاف الادهان والالبان وفي القول الاخر يقول الكل جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هي اجناس لان اصولها اجناس حتى لا يضم البعض الى البعض في حكم الزكاة وكذلك الاسامي تختلف لاختلاف الاضافة كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير كالثوب الهروي مع المروي وكذلك لحم البقر والغنم والمقصود مختلف ايضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون بعض وربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تقارب في المقصود اذا بلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هي موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسئة ويجوز متفاضلا يدا بيد لانعدام احد الوصفين قال ولا خير في الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز البيع متساويا او متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد والاطرية منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن او العسل هو كل كذلك او يضرب بالماء فيشرب فكان التفاوت بينهما في المقصود اظهر من التفاوت في الهروي والمروي من الثياب وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لا يصير سويقا بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني كالادهان وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير سويقا وبعدما يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل ولابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ان السويق اجزاء الحنطة المقلية والدقيق اجزاء الحنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلوة بغير المقلوة لا يجوز بحال فكذلك بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا انهما انما جعلا جنسا واحدا قبل الطحن فعرفنا انهما جنس واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس واذا كانا جنسا واحدا يعتبر المماثلة على الوجه الذي صار مال الربا وهو قبل القلي والطحن وربما كيلا في الحال لا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد والطريق الاخر ان بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق عرفنا ان المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي في ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما في الضمن قبل الطحن توضيحه ان بيع الحنطة بالدقيق ربا وبيع الحنطة بالسويق ربا ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة ان يكون احدهما جنسا للاخر وانما اختلف الاسم للصنعة لا لاسم العين فكل واحد منهما اجزاء متفرقة فيما كان اسم الحنطة قبل التفريق وليس فيه اكثر من انه فات بعض المقاصد في السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوة بغير المقلوة والعلكة مع الرخوة والتي اكلها السوس كالتي لا عيب بها للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت بالزيتون الا ان نعلم ان ما في الزيتون اقل فحينئذ يجوز والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن اخرى ففيما وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئا اخر حكما لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فانما تعتبر المجانسة بما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون وبيع احدهما بالاخر على اربعة اوجه ان علم ان ما في الزيتون من الزيت اكثر من المنفصل فقد تحقق فضل الخالي عن العوض ولا يجوز البيع وكذلك ان علم انه مثله لان ثفل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر رحمه الله يجوز لان الاصل في مقابلة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد بوجود الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذي هو متوهم هو كالمتحقق في الربا احتياطا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام فاذا لم يعلم المساواة جعل ذلك

كتحقيق الفضل احتياطا فيفسد العقد وان علم ان ما في الزيتون من الزيت اقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقي من الزيت بازاء الثفل فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم واللبن بالسمن والرطب بالدبس والعصير بالعنب ولا خير في شيء من ذلك نسئة لوجود الجنسية بينهما باعتبار ما في الضمن ولا باس بخل الخمر بخل السكر متفاضلا يدا بيد لانهما جنسان كان اصلهما جنسان لان السكر من التمر والخل من ماء العنب وكما ان العنب مع التمر جنسان فكذلك الخل المتخذ منهما فيجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا ولا خير في ذلك نسئة لانه جمعهما قدر واحد وهو الكيل او الوزن وان اشترى شاة بصوف على ظهرها صوف او شاة في ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو ان يعلم ان اللبن المنفصل اكثر مما في الضرع وان الصوف المجزوز اكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية على كل حال وعند محمد رحمه الله لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو ان يعلم ان اللحم المنفصل اكثر من اللحم الذي في الشاة فيكون المثل بالمثل وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما في الضمن فلا يجوز البيع الا باعتبار طريق الاعتبار كما في الفصول المتقدمة وبيان ذلك ان اللحم موجود في الشاة وهو المقصود وبه تختلف المالية الا ترى ان الشاة في الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغانمين تناوله وذلك باعتبار ما فيه من اللحم بل وجود اللحم في الشاة ابين واظهر من وجود الدهن في السمسم فان ذلك حادث بالعصر حكما ولهذا كان ملكا للغاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن للمغصوب منه ان يضمنه لان الذبح نقصان محض بمنزلة القطع في الثوب فلا يحدث به اللحم او هو ازهاق الحيوة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القلي في الحنطة تفوت ما كانت للحنطة باعتباره منبتة واذا ثبت ان اللحم موجود قبل الذبح لا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولهما انه باع عددا باعتبار متفاوتا بموزون فيجوز كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددي متفاوت ولهذا لا يجوز السلم فيه ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتاثيره ان المجانسة باعتبار ما في الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البدلين مقدرا فاما اذا لم يكن احدهما مقدرا لا يشتغل بطلب المجانسة بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما تقدم من الفصول ولكن بهذا القدر لا يتضح الفرق في جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبار والجوز ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزة بجوزتين ولكن نقول اللحم في الحيوان غير مقصود وانما المقصود منه الدر والنسل او الاسامة لتزداد عينها بالسمن فاما اللحم اجزاء المقاصد من الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا والدليل عليه ان المالية في الحيوان لا تختلف باختلاف اللحم فقد يرى فرسين وبختيين متساويين في اللحم وبينهما في القيمة تفاوتا فاحشا والبيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ما تقدم فالمالية هناك تختلف باختلاف مقدار الدقيق في الحنطة والدهن في السمسم والجوز ونحو ذلك توضيحه ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ قطعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها عرفنا ان مقصود اللحم حاصل حكما فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول في مسئلة الصوف واللبن الجواب فيهما جميعا فانه مال موجود قبل الفصل الا ترى انه يفصل من الحيوان فيجوز الانتفاع به وهذا لانه لا حيوة في الصوف واللبن فكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد الذبح سواء وعلى الطريق الاول هو على الخلاف كما ذكره الطحاوي رحمه الله لان مالية الشاة لا تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا يعرف مالية الحيوان بمقدار اللحم كان باع لحم الشاة بالابل والبقر جاز عندنا وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروي ان جزورا نحر على عهد ابي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطوني بهذا العناق قطعة لحم من هذا اللحم فقال ابو بكر رضي الله عنه هذا لا يصلح ولكنا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع احدهما بالاخر كيف ما كان قياسا كما يجوز بيع الشاة بالبقر والابل فيه قوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والمراد بالنهي عن بيع الحيوان اذا كان احدهما نسيئة فقد صرح بذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم في كل واحد منهما لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وتاويل حديث ابي بكر رضي الله عنه ان ذلك البعير كان من ابل الصدقة فكره ابو بكر رضي الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به على الفقراء فلهذا قال لا يصلح واذا اسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في حصة الزيت لان الفساد يوجد العلة المفسدة وذلك في الشعير خاصة فان بصفة الكيل الجامع للبدلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فان اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبوت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد في احدهما فساد

وبان

العقد في الاخر كما لو باع عبدا ومدبرا او كما لو باع عبدين ثم هلك احدهما قبل القبض لا يفسد العقد في الاخر وابو حنيفة رحمه الله يقول
العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول
العقد في الزيت لان من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد
في احدهما دون الاخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه ان فساد العقد في الشعير لاشتراط الاجل
واشتراط الاجل في العقد والعقد واحد فاذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن والمدبر فالعقد في المدبر
ليس بفاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك معنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الاخر وكذلك
اذا هلك احد العبدين فالمفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظاير هذه المسألة نذكرها في باب البيوع الفاسدة
ان شاء الله تعالى وكذلك ان اسلم هرويه في هرويه ومرويه في مرويه لان الجنس يحرم النسا كالكيل وبهذا يتبين ان الطريق ما قلنا
دون ما يقوله بعض مشايخنا لابي حنيفة رحمه الله ان الفساد اذا كان متمكنا مجمعا عليه وتمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد
بسبب الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصلين فعرفنا ان الطريق ما قلنا قال ولا باس بان يسلم الفلوس فيما يوزن
لان الفلوس عددية متفاوتة فيجوز اسلامها في كل مكيل او موزون الا الصفر خاصة فانه لا يجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية
فالفلوس صفر فان قيل ان كانت الفلوس صفرا والصفر موزون فينبغي ان لا يجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلنا الصفر
موزون في العرف لا بالنص ولا عرف فيه في الفلوس الرائجة الا ترى انها لا تتفاوت في المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو اسلم
سيفا في شيء مما يوزن كان جائزا لان السيف خرج من ان يكون موزونا عادة الا في الحديد فانه لا يجوز اسلام السيف في الحديد
للمجانسة وكذلك كل ما خرج من الوزن بالصنعة فلا باس ان يسلمه في الوزنيات الا في نوعه ولا باس بان يبيع اناء مصوغا باناء
مصوغ من نوعه يدا بيد وان كان اكثر منه في الوزن اذا كان مثل ذلك الاناء لا يباع وزنا لانه عددي متفاوت كالثياب وهذا
بخلاف اواني الفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة
منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من ان يكون موزونا بالعادة فالعادة لا تعارض النص فاما في الحديد
والشبه وما اشبه ذلك صفة الوزن ثابتة بالعرف فيخرج من ان يكون موزونا بالصنعة وبالعرف ويتعارف الناس بيع المصوغ
منه عددا فاما بيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على
سقوط قيمة الجودة فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلسا بعينه
بفلسين باعيانهما لم يجز ايضا لانه لو جاز امسك الفلس المعين وطالبه بفلس اخر وسلم اليه الفلس المعين ثم قبض ذلك منه بعينه
مع فلس اخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلس الاخر فضلا خاليا عن العوض ولذلك لو باع فلسين باعيانهما بفلس
بغير عينه لا يجوز لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ثم دفع اليه احدهما مكان ما استوجب في ذمته فيبقى الاخر بغير عوض فاما اذا
باع فلسا بعينه بفلسين باعيانهما يجوز في قول ابي يوسف رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول محمد رحمه الله
وهذا ينبني على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ما دامت رائجة عند محمد رحمه الله وعلى قولهما تتعين بالتعيين اذا قوبلت بجنسها
حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاثمان لا تتعين في العقود بالتعيين
كالدراهم والدنانير الا ترى انها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لا
يبطل العقد ولو استبدل بها جاز فكذلك اذا قوبلت بجنسها لان ما يتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيلات
والموزونات وما لا يتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وهما يقولان ان الفلوس عددي والعددي يتعين
بالتعيين فيجوز بيع الواحد منه بالمثنى كما لو باع جوزة بجوزتين باعيانهما وتحقيقه ان صفة الثمنية في الفلوس ليست بصفة
لازمة ولا هي ثابتة باصل الخلقة بل بعارض اصطلاح الناس والعاقدان قصدا تصحيح العقد ولا وجه لتصحيح العقد الا بان تتعين
الفلوس وتخرج من ان تكون ثمنا في حقهما فيجعل في حقهما كانهما اعرضا عن ذلك الاصطلاح والدليل على ان معنى الثمنية في الفلوس
بالاصطلاح انه يصلح ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس وانه يروج في بعض الاوقات دون البعض ويروج في بعض المواضع دون البعض
بخلاف الذهب والفضة فان قيل تحت هذا الكلام فساد فانه اذا خرج في حقهما من ان يكون ثمنا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين
من صفر وذلك لا يجوز قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعد فهما في هذه المبايعة اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها
وما اعرضا عن اعتبار صفة العد فيها وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمنا في حقهما خروجها من ان يكون عددا كالجوز والبيض فانه

عددي

عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة قال ولا باس بان يشتري سفه خوص بسفتين اكثر منها وزنا لانها لا توزن
وانما تقع كسائر الثياب وبيع ما ليس بمكيل ولا موزون بجنسه يدا بيد يجوز كيف ما كان قال ولا باس بالتمر بالرطب مثلا بمثل
وان كان الرطب ينقص اذا جف وهذه من مسائل احدها بيع الرطب بالرطب كيلا بكيل جائز عندنا وعند الشافعي لا يجوز وكذلك
الباقلا بالباقلا وعلل في كتابه فقال لان من الباقلا ما هو ضامر ومعناه انه لا يعتدل في الدخول في الكيل حتى لا ينضم بعضه الى بعض بل
يتجافى ويتفاوت مقدار التجافي فيه فلا يكون الكيل فيه معيارا شرعيا والمخلص عن الربا يكون بالتساوي في المعيار الشرعي ونظيره بيع
الحنطة المقلية بغير المقلية فان المقلية لا تعتدل في الدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلي او ضمور فانها اذا قليت
رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة
من النخل من حين تنعقد عليها صورتها الى ان يدرك فكان الرطب تمرا والدليل عليه قول القائل
وما العيش الا نومة وتشرق وتمر على راس النخيل وماء
والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب مال متساوية بدليل ثبوت حكم
الربا فيها وقد بينا ان حكم الربا لا يثبت في المال ما لم يصر امثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها معيارا شرعيا والاصل انه
يراعى وجود المساواة بين المثلين على الوجه الذي صار مال الربا كما في الحنطة وغيرها وبه فارق المقلية فان الحنطة لا تخلق كذلك
بل تكون في الاصل غير مقلية ويصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المماثلة وبعد القلي لا تعرف تلك المماثلة وان تساويا في
الكيل فلهذا لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فان قيل هذا فاسد فقد جوزتم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا
بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي قلنا الحنطة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت
بالماء عادت الى تلك الصفة فقد وجدت المماثلة على الوجه الذي صارت مال الربا فجاز العقد وهي لا تخلق في الاصل مقلية
حتى يكون هذا اعادة الى تلك الصفة فيها فاما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول ابي يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر
فقال صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف فقالوا نعم فقال صلى الله عليه وسلم فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ففي قوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف اشارة الى انه يشترط
لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال فيصح كما في بيع الحنطة بالدقيق وهو ما بعد الجفوف ولا تعرف تلك المساواة في الكيل في الحال
فهذا الحديث دليل للشافعي ايضا في المسألة الاولى من هذا الوجه واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه
لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن لان العقد جمع بين البدلين احدهما على هيئة الادخار والاخر ليس على هيئة الادخار ولا تتماثلان
عند التساوي في الصفة فلا يجوز البيع كالمقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة
في الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة فاما ما لا يخلو اصل الفطرة السليمة عنه لا يكون عيبا
كالصغر في الادمي وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتيق وكل واحد من البدلين هناك على هيئة الادخار ثم
الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا بشيء يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل ابو حنيفة رحمه
الله بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او ليس بتمر فان كان
تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه حديث سعد رضي الله عنه فقال هذا
هذا الحديث على زيد بن ابي عياش وزيد بن ابي عياش لا يقبل واستحسن منه اهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف
يقال ابو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن ابي عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام في المناظرة حسن لدفع شغب الخصم ولكن
الحجة لا تتم بهذا الجواز ان يكون هنا قسما ثالثا كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله صلى الله
عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد كيلا بكيل وقد بينا ان التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان يدرك
وما يتردد عليها من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالادمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا فاذا ثبت
ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد لان اعتبار المماثلة بسبب المقابلة وذلك يكون عند
العقد وما كان اعتبار المساواة في اعدل الاحوال الا نظير الاجود فكما لا يعتبر التفاوت في ذلك فكذلك في هذا وقد تحققت المساواة
بينهما في الكيل في الحال لان الرطوبة التي في الرطب مقصودة وهي شاغلة للكيل فلا يظهر التفاوت الا بعد ذهابها بالجفوف
فلا يتبين ان التفاوت كان موجودا وقت العقد بخلاف الحنطة بالدقيق فان بالطحن يتفرق الاجزاء ولا يفوت بعض ما في الكيل

فيتبين بالتفاوت بينهما بعد الطحن انهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلي لا يسع بحرسا على الكيل انما
ينتقص للطاقة التي كانت بها الحنطة منتفخة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا ان هذا التفاوت كان موجودا عند العقد ثم صاحب
الشرع اسقط اعتبار التفاوت في الجودة بقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حادث
بصنع العباد وهو اشتراط الاجل فصار بهذا اصلا ان كل تفاوت ينبني على هذا صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفي المقلية
بغير المقلية والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت باصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار
والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون معتبرا كالتفاوت بين الجيد والردي قال وبيع العنب بالزبيب
كبيع الرطب بالتمر فاما بيع الحنطة المبلولة باليابسة او الرطبة باليابسة يجوز في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول محمد رحمه الله
لا يجوز وذكر في شرح ابي حفص رحمه الله وفي قول محمد رحمه الله لا يجوز وقول ابي يوسف كقول ابي حنيفة رحمهما الله وهو قوله
الآخر فاما قوله الاول كقول محمد فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد رحمه الله
مر على اصله وهو اعتبار المماثلة في اعدل الاحوال كما اشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد رضي الله عنه وذلك
لا يوجد في الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفوف وابو يوسف رحمه الله يقول القياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله ولكني
تركت القياس في الرطب بالتمر للحديث والمخصوص من القياس بالاثر لا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه والحنطة الرطبة
ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة غير مقصودة بل هو عيب فلهذا اخذت فيه بالقياس
وابو حنيفة رحمه الله يقول تاويل الحديث ان صح ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك في بعض
الروايات وفائدة قوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف ان الرطب اذا جف ينقص الى ان يحل الاجل ولا يكون هذا التصرف
مفيدا او كان السائل وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند
الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد فاما الحنطة المبلولة بالمبلولة يجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله كما قلنا ولا يجوز عند محمد رحمه الله وكذا الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع ومحمد رحمه الله يفرق بين
هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب فيقول التفاوت هناك يظهر بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد به
العقد فلا يكون ذلك تفاوتا في المعقود عليه وفي هذه الفصول يظهر التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم
الذي عقد به العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر فكان هذا تفاوتا في المعقود عليه ولهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر لان
التفاوت يظهر مع بقاء احد البدلين على الاسم الذي عقد به العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر فبهذا الحرف يتضح مذهبه
في هذه الفصول ثم ذكر بيع الحنطة المقلية بغير المقلية وقد بينا الحكم فيه واهل الادب طعنوا عليه في هذا اللفظ فقالوا
انما يقال حنطة مقلوة فاما المقلية المبغضة يقال قلاه يقليه اذا ابغضه ولكنا نقول محمد رحمه الله كان فصيحا في اللغة الا انه
راى استعمال العوام هذا اللفظ في الحنطة ومقصوده بيان الاحكام لهم فاستعمل فيه اللغة التي هي معروفة عندهم وما كان
يخفى عليه هذا الفرق ولا يجوز الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا الا ان تكون الحنطة اكثر ومع السويق فضة او ذهب
فيكون ما معه بفضل الحنطة لان للصحة مقصود المتعاقدين ومتى امكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه
ويجعلا كانهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز البيع وينصرف تسمية النصف مطلقا الى نصيبه خاصة
وكذا لو قال الرجل اوصيت لك بثلثي يجوز ويحمل على ايجاب ثلث المال له لانه عرف انه مقصوده فهذا مثله والاصل فيه قوله
تعالى فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه وقال صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من فم اخيك المسلم سوءا
وانت تجد لها في الخير محملا ولو اسلم ثوبا قوهيا في ثوب مروي وتعجل من المسلم اليه فضل دراهم او متاع جاز لان ما يخص الدراهم
او المتاع من الثوب القوهي يكون مبيعا وما يخص الثوب الهروي منه يكون راس المال واسلام القوهي في المروي جائز وكذلك
لو اعطاه ثوبا في حنطة وشعير تعجل بعضه عاجلا وبعضه الى اجل فهو جائز لان ما يخص العاجل منه ان كان بعينه فهو مقايضة وان
كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب بثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه
يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع بثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو اعطاه ثوبا قوهيا
في ثوب قوهي نسيئة فهو مردود لانه لا وجه لتصحيحه بيعا فان احد البدلين ليس بعين ولا وجه لتصحيحه سلما لان البدلين
من جنس واحد ولا وجه لتصحيحه قرضا لان استقراض الثوب لا يجوز فان زاد فيه دراهم مع الثوب الذي عجل او زاده الاخر مع ثوبه

درهما

درهما عاجلا كان ذلك كله او اجلا كان ذلك كله فاسدا لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد او ادخال الرخص فيه
وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح التبع لان ثبوت التبع بثبوت الاصل واذا انتفى الحكم في التبع بدون الاصل لم يكن تبعا
وكذلك لو كانت الزيادة دنانير او ثوبا يهوديا او كر حنطة او غير ذلك لانه تبع للاصل حين ادخله باسم الزيادة عينا كان او دينا
وان اسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم او دنانير او ثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد في الاصل صحيح فيثبت حكمه
في الزيادة ايضا وان جعله مؤجلا لم يجز لان المسلم فيه دين فالزيادة المؤجلة بمقابلة بعضه يكون دينا بدين وان كانت
الزيادة من الذي عليه السلم دراهم او دنانير او شيئا مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز ايضا اذا كان يخلو
في نفسه لان راس المال عين فما يخص المسلم فيه من راس المال يكون عقد السلم فيه صحيحا وما يخص الزيادة فيكون بيعا بثمن الى
اجل معلوم وذلك جائز ايضا فاما اذا اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا اخر او نصف كر لا يلتحق الزيادة
لانه لا يمكن جعل الزيادة ثمنا لو جعل الدراهم مبيعا فلا بد من ان يجعل زيادة في المسلم فيه والزيادة في المسلم فيه من المسلم اليه على
سبيل الالتحاق باصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الى الزيادة بل حاجته
الى زيادة راس المال فلا جرم الزيادة في راس المال على سبيل الالتحاق باصل العقد جائز في المجلس قال وان اسلم
طعاما في ثياب مختلفة او في اشياء من الموزونات مختلفة ولم يسم راس مال كل صنف منها فهو غير جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله
بناء على اصله في اشتراط اعلام قدر راس المال فيما يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا باس بان يشتري الرجل الشاة
المذبوحة بعناق لانه بيع عددي بوزني فالشاة الحية لا توزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في
الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم ولو كانت شاتين مذبوحتين قد سلختا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم
تسلخ كان ذلك جائزا ايضا لان المثل من لحم الشاة بمقابلته من الشاتين والباقي من لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط تحرزا ذلك
ويحمل مطلق كلامهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك فاسدا لان العقد اشتمل على اللحم فقط من
الجانبين واللحم موزون واذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل قال ولا باس بكر حنطة وكر شعير يدا بيد بكري
حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رضي الله عنهما
وكذلك لو باع مد عجوة ودرهما بمدي عجوة او باع دينارا ودرهما بدرهمين ودينارين كما اذا باع درهما جيدا ودرهما
رديا بدرهمين جيدين عند اصحابنا يجوز وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز وكذلك لو باع دينارا نيسابوريا ودينارا هرويا
بدينارين نيسابوريين وهرويين وهذا بناء على الاصل الذي تقدم فان عند الشافعي للجودة قيمة في الاموال الربوية عند المقابلة
عند المقابلة بجنسها فاما ينقسم الدرهمان الجيدان على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد اكثر من وزنه والزيف اقل
من وزنه وذلك ربا وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء فيجوز العقد
لوجود المساواة في الوزن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة مثل بمثل يدا بيد وبقوله صلى
الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء واما الكلام في الفصل الثاني فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على اعواض من اجناس
مختلفة ينقسم البعض على البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبدا او ثوبا بجارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه يتعين له فيه
النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه في البعض بعارض وانما يكون ذلك في الانقسام باعتبار القيمة واما في
صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر احدهما عند انفساخ العقد في البعض بعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز حنطة وقفيز تمر
بقفيزي تمر لا يجوز ولا يجعل التمر من كل جانب بمقابلة النوى من الجانب الآخر ولو باع من لحم بمنوي لحم لا يجوز ولا يجعل اللحم من كل جانب
بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشترى عبدا بالف درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة
لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا ممكن بان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثاني مثل
الثمن الاول والباقي بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه ان في الاموال الربوية تصرف الجنس
الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوبا بثوب وعشرة يشترط قبض الدراهم في المجلس لانه يجعل صرفا في حق الدراهم
ووجه الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد وقد
اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغي ان يجوز العقد كيف شاء المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين
ممكن بطريق شرعي وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام في سائر

المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعارضة والمساواة اذ ليس صرف البعض الى البعض اولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود هنا لانه لو انصرف الجنس الى الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله دون وصفه فاذا لم يتحقق المعارضة على وجه المساواة لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة ولكن يترجح ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه دون وجه بخلاف النوى مع التمر فالتمر والنوى كله جنس واحد لو صرح بوضع التمر الى النوى لم يجز العقد وكذلك في العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عندنا لو صرح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه ايضا فاما مسئلة العبد فمن قلنا فصل المعارضة يتحقق هناك لان جهتا الجواز ذكرنا انه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز وكذلك ان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول فلكثرة جهات الجواز يتحقق معنى المعارضة ووجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس توضيحه ان شرط الجواز هناك ان لا يكون الثمن الثاني اقل من الثمن الاول فكانما صرحا بهذا ولو صرحا بهذا لم يصر مقدار الثمن معلوما فلا يجوز العقد فان قيل المعارضة هنا يتحقق ايضا فانه اذا جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم بمقابلة نصف درهم والنصف بمقابلة الدينار ونصف دينار بمقابلة نصف دينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز ايضا قلنا نعم ولكن هنا طريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن اذا ادعينا انه لا وجه للجواز هنا الا هذا الطريق فكيف ما يستعمل به لا يخرج به الطريق من ان يكون عينا واذا اشترى ثوبا بعشرة وثوب بعشرة قلنا هناك العقد صحيح من غير ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس فان القبض في المجلس شرط بقاء العقد صحيحا لا شرط الانعقاد صحيحا ونحن انما صححنا هنا لتصحيح العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم قال وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو اجود منه فلا خير فيه لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف القفيز والنصف الاخر خال عن العوض وبهذه المسئلة يتبين ان ادنى ما يكون محلا للربا من الحنطة نصف قفيز لما بينا انها تصير مالا للربا لكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقداره بالكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد فيما دونه ولا باس بان يشترى الكفرى بما شئت من التمر يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر ولا بكيل ايضا ولا خير فيه اذا كان الكفرى نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو عددي متفاوت كان احاده تتفاوت في المالية قال ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر على ما بينا ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك فاما في الكفرى قبل انعقاد صورة التمر فلا يكون تمرا وكذلك في كل صنف من صنوف التمر لا خير في بعضه ببعض الا مثلا بمثل يدا بيد ولا خير في ان يبتاع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل او موزون لان المساواة في القدر شرط الجواز اذا صارت الاموال امثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا يظهر المساواة في القدر فلا يجوز العقد قال فان تبايعا صبرة بصبرة مجازفة ثم كيلا بعد ذلك فكانا سواء لم يجز العقد عندنا وقال زفر رحمه الله يجوز لان ما هو شرط الجواز وهي المماثلة قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين فجاز العقد كما لو تزوج امراة بنفسها من رجل وهناك شاهدان يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل موهوما وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما ابتني امره على الاحتياط كما في العقوبات التي تندرئ بالشبهات ولان باب الربا مبني على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالمتحقق ولذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا لا يجوز لان الحنطة مكيلة فشرط الجواز المماثلة فيها في الكيل وبالمساواة في الوزن لا يعلم المماثلة في الكيل وهذا بخلاف السلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ما ذكره الطحاوي رحمه الله لان في السلم لا يعتبر المماثلة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة يتبين الجواب عن الاشكال الذي ذكرنا في منزلة علة الربا على من علل في مسئلة بيع الحفنة بالحفنتين انه انما جاز لان للجودة في الحفنة قيمة عند مقابلتها بجنسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمماثلة بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فيرد على هذا الكلام مسئلة الغصب وهو ان يقال لا قيمة للجودة من الحفنة ايضا حتى اذا غصب حفنة من حنطة وذهب جودتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له ان يضمن الغاصب النقصان لانا نقول لا قيمة للجودة منها لا لانها مكيلة ان باعتبار الكيل يسقط قيمة الجودة فكذلك باعتبار الوزن الا ان الشرع اسقط اعتبار الوزن في الحنطة في حكم الربا حيث نص على المماثلة كيلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذلك جوزنا بيع الحفنة بالحفنتين ولم يجعل للجودة مع الحفنة قيمة في الغصب لانها موزونة كما جوزنا السلم بذكر الوزن قال ولا خير في شرى التمر على رؤس النخل بالتمر كيلا او مجازفة عندنا وقال الشافعي

الكفرى بضم الكاف وتشديد الراء ... وعاء الطلع م

خمسة

رحمه الله يجوز شرى التمر على رؤس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصا فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان وحجته في ذلك حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهي ان تباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق والدليل على ان المراد بالعرية التي رخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قلنا قول زيد بن ثابت رضي الله عنه فانه لما سئل ما عراياكم هذه قال ان الرطب ليأتينا ولم يكن في ايدينا نقد نبتاعه به وعندنا فضلات قوتنا من التمر فرخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نبتاع بخرصها تمرا فناكل مع الناس الرطب ولان ما على رؤس النخل لا يتاتى فيها الكيل فاقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيرا بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص يقل في القليل ويكثر في الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير في الشرع اصل حتى ان الزيادة التي تدخل بين الكيلين تجعل عفوا بخلاف ما زاد على ذلك وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما على رؤس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصا واما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلى الله عليه وسلم للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطاء قال القائل شاعر الانصار ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح والافتخار بالعطاء دون البيع وتفسير العرية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتداة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده والقياس معنا في المسئلة لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض او كانا على رؤس النخل وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير فانه لو باع الشعير المحصود بشعير مثله بطريق الخرص لم يجز وكذلك الحنطة والشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحنطة لمعنيين احدهما ان شرى الحنطة في سنبلها بالدياس عنه لا يجوز لانه شرى ما لم يره بخلاف الشعير فانه ظاهر مرئي والثاني انه بيع مطعوم بمطعوم بجنسه لم يعرف التساوي بينهما في المقدار الشرعي قال ولا باس بشراء قصيل الحنطة بحنطة مجازفة او كيلا يدا بيد لان القصيل ليس بمكيل ولا موزون انما هو علف الدواب بمنزلة الحشيش ثم الزرع النابت قبل ان يصير منتفعا به لا يجوز بيعه بالنقد وبغيره لان المبيع مختص بعين مال متقوم كالزرع في اول ما يبدو قبل ان يصير منتفعا به لا يكون مالا متقوما اما بعد ما صار منتفعا به بحيث يعلف منه الناجل ويصلح لعلف الدواب يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به فان باعه بشرط القطع او مطلقا جاز لان مقتضى مطلق البيع تسليم المعقود عليه عقيبه فهو وشرط القطع فيه سواء وان باعه بشرط الترك في ارضه حتى يدرك فلا خير فيه لانه انما كان بمقابلة منفعة الترك بعض البدل فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهو اعارة مشروطة في العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقا ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشتري لانه تبرع عليه بمنافع ارضه وان كان الترك بغير اذن البائع فعليه ان يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث فانه غاصب للارض والنماء انما حصلت بقوة الارض وكان بمنزلة من غصب ارضا وزرعها فعليه ان يتصدق بالفضل قال وان استاجر الارض مدة معلومة باجر معلوم ليترك القصيل فيها فذلك جائز لان استيجار الارض صحيح اذا كان المستاجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن موجود هنا لاشتغالها بزرعه بمعنى انه وصلت منفعة الارض الى زرعه فصار كان زرعه استوفى منفعة الارض وان استاجرها الى وقت الادراك فهو فاسد لجهالة المعقود عليه فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتاخر اذا طال البرد ويلزمه اجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمى لانعدام التقوم في الزيادة ثم يتصدق من الغلة بما غرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بعقد فاسد تمكن فيه نوع خبث قال ولا باس بان يبتاع زرع الحنطة بعد ما ادرك بغير الحنطة عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز في احد القولين لانه شرى ما لم يره وبيانه ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى قال واذا كان الشيء مما يكال او يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقتسماه مجازفة فاخذ احدهما احد النوعين والاخر النوع الاخر بغير كيل او اخذ احدهما نصف كل نوع مجازفة فهو جائز اذا اصطلحا عليه لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدا بيد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما ياخذ نصف النوع الذي اخذه بقديم ملكه والنصف الاخر عوضا عما تركه لصاحبه من نصيبه في النوع الاخر وبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز قال ولا يجوز شرى اللبن في الضرع كيلا ولا مجازفة

بدا صلاحها وغير ذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة ولا يدرى أن ما في الضرع ريح أو دم أو لبن ولأن
البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولا يكون مالا متقوما قبل الحلب وأوصاف الحيوان لا تقبل
البيع كاليد والرجل ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع
على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تتمكن المنازعة بينهما في التسليم لأن المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية
اللبن وكذلك بيع أولادها في بطونها لا يجوز لمعنى الغرر وانعدام المالية والتقوم فيه مقصودا قبل الانفصال وعجز البائع عن
تسليمه واستدل بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة منهم من يروي بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروي
بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حملت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا في الجاهلية
يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة وقيل المضامين
ما تضمنه الأصلاب والملاقيح ما تضمنه الأرحام والملاقيح ما تضمنه الأصلاب رحام وقيل على عكس هذا المضامين ما تضمنه الأرحام
والملاقيح ما تضمنه الأصلاب وكذلك شراء الصوف على ظهورها لأن الصوف قبل الجز وصف للحيوان وليس بمال متقوم
في نفسه ولأن المنازعة بينهما تتمكن في التسليم فإن المشتري يستقصي في الجز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز
ذلك لأن الصوف عين مال ظاهر وقاسه ببيع الخلاف وذلك جائز والفرق بينهما ظاهر الرواية أن النمو في أغصان الشجر يكون من تمام
رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشتري وأما النمو في الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما إذا خضب الصوف على
ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمخضوب يكون على رأسه لا في أصله فيختلط ملك البائع بملك المشتري مع أن ما يكون متصلا بالحيوان فهو وصف
محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك قال رحمه الله وكل شيء اشتراه من الثمار على
رأس الشجر بصنف من عرض يدا بيد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن يصير منتفعا به لا يجوز لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم
أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم فإن صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يؤمن من العاهة والفساد عليه
فإن اشتراه بشرط القطع يجوز وإن اشتراه بشرط الترك لا يجوز وإن اشتراه مطلقا يجوز عندنا لأن مطلق البيع يقتضي تسليم
المعقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار
حتى يبدو صلاحها أو قال حتى تزهي أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله
تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك بدليل إلى أن يبدو صلاحها أما إذا اشتراها
بعد ما بدا صلاحها إلا أنها لم تدرك بعد بشرط القطع يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضى مطلق العقد وعند
الشافعي رحمه الله يتركها إلى وقت الإدراك لأنه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا وعند الشافعي جائز
لأنه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود ما يجوز للعرف كما إذا اشترى نعلا وشراكين بشرط أن يحذوها البائع ولكنا نقول
إن كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهو إجارة مشروطة في البيع وإن لم يكن فهي إعارة مشروطة في البيع وقد ورد الشرع
بالنهي عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص
بخلافه فهو غير معتبر ثم الثمار على رؤوس النخل تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكأنه ضم المعدوم إلى الموجود ق
واشتراهما فكان باطلا وفصل النخل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المعدوم فأما إذا تناهى عظم الثمار وصار
بحيث لا تزداد بعد ذلك ولكن لم يتنضج فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وإن اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد
وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا وجوز محمد رحمه الله العقد في هذا الفصل استحسانا لأنه شرط متعارف في
الترك بيسير وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه يأخذ الزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله تعالى
ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله تعالى والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى ويأخذ فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال
محمد رحمه الله استحسن أن أجوزه بخلاف ما قبل أن يتناهى عظمه فإن اشتراه مطلقا ثم تركه إلى وقت الإدراك فهو على قياس ما قدمنا
من التفصيل في الفصل الأول في فصلين أحدهما أن هناك لو استأجر الأرض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الأشجار مدة
معلومة لا يجوز بحال لأن استئجار الأرض للزراعة صحيح واستئجار الأشجار لا يجوز بحال والثاني أن هناك لو استأجر الأرض إلى وقت
الإدراك يلزمه أجر المثل ولا يطيب له الفضل لأن استئجار الأشجار لا يجوز له بحال فلا ينعقد العقد عليها فاسدا أيضا وبدون
انعقاد العقد لا يجب الأجر وإذا صار العقد لغوا بقي مجرد الإذن والترك متى كان بإذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر

في الكتاب

في الكتاب وهو ما إذا صار بعض الثمار منتفعا ولم يخرج البعض بعد ولم يصر منتفعا به كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب
أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافا لمالك رحمه الله فإنه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده
في الكل للحاجة إلى ذلك كما أن في باب الإجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد ويجعل ما خرج أصلا
وما لم يخرج منه جعل تبعا له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكنا نقول جمع في العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم
لا يقبل البيع وحصة الموجود من البدل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة حكما موجودا للضرورة وذلك فيما
لا يقبل العقد تبعا لوجوده حقيقة فأما الثمار تقبل العقد تبعا للوجود قال رضي الله عنه وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة
رحمه الله يفتي بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وهكذا حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله
قال أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا قال أستحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم
بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين قال وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو
في بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الإمام رحمه الله ولكن الأول عندي
أصح لأن المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فإنه يمكنه أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث
على ملك المشتري له وفي الثمار كذلك فإنه يمكنه أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقي إلى أن يصير منتفعا به أو
يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصوده بهذا الطريق قال وإن اشترى طعاما بطعام
مثله فتعجل أحدهما وترك الذي اشترى ولم يقبض حتى افترقا فلا بأس به عندنا وقال الشافعي يبطل البيع والتقابض في المجلس في بيع الطعام
بالطعام من جنسه أو من خلاف جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعي هو شرط واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في الأشياء
الأربعة يدا بيد والمراد به القبض ألا ترى أن هذا اللفظ في الذهب والفضة أفاد شرط القبض ثم قال في آخر الحديث وإذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد وهذا ينصرف إلى جميع ما سبق ثم فهم منه في بيع الذهب والفضة أفاد شرط
القبض في المجلس فكذلك في الأشياء الأربعة ولأن العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه يحرم التفاضل بينهما
فيشترط القبض فيه في المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا لأن بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت
في المالية لأن حقيقة التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا أن حرمة النساء لوجوب القبض في المجلس ولنا في المسألة طريقان
أحدهما أن القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالملك فإنه يجوز أن يتأخر عن حالة العقد بخيار الشرط أو نحوه وهذا لأن
حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وإنما يقترن بالشيء شرطه والقبض في كل بيع إنما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه وساعات المجلس
إنما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذي هو حكم
العقد لا يشترط هناك عندنا وإنما يشترط التعيين لأن التعيين شرط العقد بدليل نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ
والنقود لا تتعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر فلهذا شرطنا القبض فيهما للتعيين
وفي باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون دينا بدين ولكن لا يقابله وهو المسلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضى
العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم على ما يتعين بالتعيين لأنه ينبني على كل ما هو معروفه ما يتعين ومعروفه ما لا يتعين فأقام الشرع
الصرف والسلم مقام عدم التعيين في البدل تيسيرا على الناس والطريقة الثانية ما علل في الكتاب وقال لأنه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا
أن الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكما باشتراط الأجل وذلك لا يوجد هنا فإن التجار لا يفضلون في المالية بين المقبوض في
المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالا وإذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه
أو بغير جنسه وأما في الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعا واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف ما في
يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه بالقبض في المجلس فلهذا اشترطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بآجل فشرطنا التعجيل
في أحد البدلين بمقتضى الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كالكفالة والحوالة والنكاح فأما هذا البيع كسائر البيوع في الاسم
وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه استحقاق التسليم لا وجوب القبض في المجلس كما في سائر البيوع وقد
بينا في أول الكتاب أن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد أي عينا بعين لأن التعيين بالإشارة باليد كما أن القبض يكون باليد فيصلح
ذكر اليد كناية عنها ولكن لو كان يراد القبض لقال يدا من يد إلى يد فلما قال يدا بيد عرفنا أنه بمنزلة قوله عين بعين فأما بيع العبد
بالعبدين والثوب بالثوبين فجائز يدا بيد دون القبض في المجلس لأنهما يفترقان عن عين بعين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه الأجل يوما في

العين كان فاسدا لان العين لا يقبل الاجل فالمقصود بالاجل ان يحصله فى المدة فيسلمه وذلك فى العين لا يتحقق ولانه لا منفعة فى اشتراط
الاجل فى العين لان يد بائعه لا تنبسط بالتصرف فيه بعد ان صار مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر على المشترى
من حيث قصور يده عن العين الى مضى الاجل وجواز الشرط فى العقد للانتفاع به لا للضرر بغيره ٥ ق ـــــ واذا اشترى طعاما
بطعام مثله واشترط احدهما على صاحبه ان يوفيه طعامه فى منزله لم يجز لان شرط المساواه عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط
يتمكن فى احد الجانبين فضل وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فينعدم به المساواه وان كان اشتراه بغير جنسه فان اشتراه خارجا
من المصر وشرط ان يوفيه فى منزله فى المصر فالعقد فاسد ايضا لان وجوب التسليم بالعقد فى الموضع الذى فيه المعقود عليه ٥
فالمشترى يملكه بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل على البايع فسد به العقد كما لو شرط ان يطحنه وان كان
اشتراه فى المصر وشرط ان يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه فى منزله ففى القياس العقد فاسد وهو قول محمد رحمه
الله وفى الاستحسان هو جايز وهو قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا
للمشترى فى الموضع الذى فيه المعقود عليه ففى اشتراط تسليمه فى مكان اخر شرط منفعة لا يقتضيه العقد فان كان مما له حمل ومونة
فهى اجارة مشروطة فى البيع والا فهى اعارة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للبيع كما لو اشتراها خارج المصر او كان الشرط بنفس الحمل
وانما استحسن ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله للعرف فان الانسان يشترى الحطب فى المصر ولا يكترى دابة اخرى ليحمله الى منزله ولكن
البايع هو الذى يتكلف لذلك وما كان متعارفا ولكن فى عينه نص يبطله فالقول بجوازه واجب لما فى النزع عن العادة من حرج بين ومثل
هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا اشترى الحنطة والحطب خارج المصر فالمشترى هو الذى يتكلف لحمل ذلك ثم صحح ان نواحى
المصر كناحية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل ومونة لا تختلف فى نواحى المصر بخلاف المصر مع القرية فقيمتها فى المصر اكثر منها خارج المصر
وما ذلك الا ان المشترى هو الذى يتكلف بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله فى لفظ الحمل والايفا سواء
وقالوا الامر كذلك خصوصا فى لسان الفارسية بين ان يقول سا ركانه او سا ركانه من اوبرد اركانه من والاصح هو الفرق من قبل
ان الايفا من مقتضيات العقد فالعقد يوجب ايفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الايفاء ملائما لمقتضى العقد فاما الحمل
ليس من مقتضيات العقد الا ترى ان العقد قد يخلوا عنه بان يسلمه الى المشترى فى ذلك المكان وشرط العقد لا يلايم مقتضى
العقد فلهذا اخذنا فيه بالقياس ٥ ق ـــــ وان اشترى شعرا بصوف متفاضلا فلا باس به لانهما جنسان لاختلاف الاسم
والهيئة والمقصود واصلهما وان كان نوعا واحدا ولكن باختلاف هذه المعانى يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن
وكذلك القطن بالكتان والمسافه بالكتان لا باس به متفاضلا لانهما جنسان مختلفان الا فى رواية عن ابى يوسف رحمه الله قال
المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع احدهما بالاخر الا وزنا بوزن بمنزلة انواع الصوف والحديد والنحاس كذلك حينئذ لا
لا باس ببيع احدهما بالاخر الا وزنا بوزن بمنزلة انواع متفاضلا ولا خير فى ان يسلم شى فى هذا من الموزونات لان الكل موزون بثمن
وكذلك الاوانى المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزنا ولا يجوز اسلامها فى الموزونات اما اوانى الذهب والفضة يجوز
اسلامها فى الموزونات من الزعفران والسكر وغيرهما كما يجوز اسلام الدراهم فى هذه الاشيا لان صفة الثمنية لها ثابتة باصل الخلقة
فلا يتغير بالصنعة وعند زفر رحمه الله لا يجوز لانه موزون ثمن حتى يتعين فى العقد بالتعيين فهذا كالمتخذ من الصفر او الحديد واذا
كان شرط السلم طعاما وسطا فاعطاه اجود او ادى فرضى به جاز لانه ان اعطاه اجود فقد احسن فى قضاء الدين وان اعطاه ادون
فقد احسن الاخر الى غيره حين رضى به وابراه عن صفة الجودة حتى يجوز بدون حقه فذلك وذكر الطحاوى رحمه الله انه لو اسلم اليه
دراهم فى حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيبا وقد تعيبت عنده فان رضى المسلم اليه ان يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض
وطالبه رب السلم بحقه وان ابى ان يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشى فى قول ابى حنيفة رحمه الله لان الفايت وصف ولا قيمة للصفة فى الاموال
الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد رحمه الله يرجع بحصة نقصان العيب من راس المال لا يفسد ما يرجع يخرج من ان يكون راس المال
بمنزلة ما لو حط بعضه فلا يؤدى الى الربا اذا رجع بحصة العيب لهذا الطريق وقال ابو يوسف رحمه الله ان ابى المسلم اليه ان يقبل
المعيب غرم رب السلم طعاما مثل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على اصله اذا كان زيوفا وقد هلك فى يده وفى اختلاف زفر
ويعقوب رحمهما الله ٥ ق ـــــ لو قال الاخر اشتريت منك كر حنطة وسطا الى اجل كذا بهذه العشرة دراهم على ان يؤديها الى مكان
فهو سلم جائز عندنا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان وهو منهى عنه شرعا وانما الرخصة فى السلم خاصة فاذا ذكرا
لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولكنا نقول قد اتيا بمعنى السلم وذكر اشراطه والعبرة للمعنى دون الالفاظ الا ترى انه

لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم وقبل الاخر كان بيعا وان لم يذكرا لفظ البيع وقد نصا على لفظ زفر رحمه الله اظهر فانه يجعل الهبة بشرط
العوض بيعا ابتداء ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبدين وقبضهما وهلك احدهما عنده ثم اختلفا فى الثمن
فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله القول قول المشترى ولا يتحالفان لا فى القايم ولا فى الهالك الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحى ولا ياخذ
من ثمن الميت شيئا وعند ابى يوسف رحمه الله القول قول المشترى فى حصة الهالك ويتحالفان ويترادان القايم وقيمة الهالك وهذا بنا
على انهما اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فعند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد رحمه
الله لا يمنع وبيان هذا الفصل ياتى فى بابه فما كان من اصل محمد رحمه الله ان هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض
ثم بعد التحالف فسخ العقد فى القايم منهما على العين ممكن فيرد العين وفى الهالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما
لو كان الكل هالكا عنده والقول فى قيمة الهالك قول المشترى مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المغصوب منه اذا اختلفا
فى قيمة المغصوب وعند ابى يوسف لو كانا قايمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يجز التحالف بينهما فاذا كان احدهما
يعتبر كل واحد منهما فى نفسه كما فى الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله ان المشترى يحلف بالله ما اشتراها بالفين ثم يحلف البايع بالله ما باعها
بالف كما يدعيه المشترى ولا يفصل احدهما عن الاخر فى اليمين لانه اذا فصل احدهما عن الاخر فى التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما
بار فى يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فلهذا جمع بينهما فى التحالف فاذا حلفا يرد العين منهما ثم يحلف المشترى فى حصة الهالك بالله ما
من ثمنه الا خمسمائة اذا كانت قيمتهما سواء وان اختلفا فى قيمة الهالك فينبغى ان يكون القول فى قيمته قول البايع مع يمينه وان اختلفا فى قيمة
الحى لتوزيع الثمن عليهما يحكم قيمته فى الحال فان كانت مثل ما يقوله البايع او اقل فالقول قول البايع مع يمينه وان كانت فيما بين ذلك حلف كل
واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته فى الحال لتوزيع الثمن عليهما واما بيان قول ابى حنيفة رحمه الله فانه يقول الصفقة
صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة ما لو تعذر بهلاك الكل الا ترى انهما لو
كانا قايمين لم يستقم ثبوت حكم التحالف والفسخ فى احدهما دون الاخر فكذلك بعد هلاك احدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لا يمنع
تمام الصفقة فاذا هلك احدهما فى يده ووجد بالاخر عيبا فرده يكون هذا تفريقا للصفقة بعد التمام وذلك جائز بخلاف ما نحن فيه
فان هلاك الثمن يمنع تمام الصفقة فلو قلنا بانه يجوز رده يكون هذا تفريقا للصفقة قبل التمام وذلك لا يجوز واذا لم يجز التحالف
يكون القول فى الثمن قول المشترى الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحى ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا فحينئذ يصير الهالك كان لم يتناوله
العقد وكانه ما اشترى الا القايم ثم عند ذلك يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بالفين ثم يحلف البايع بالله ما باعهما بالف لانه
من اشترى شيئين بالفين ثم حلف ما اشترى احدهما بالف كان صادقا وكذلك من باع شيئين بالف ثم حلف ما باع احدهما بخمسمائة كان
صادقا فلهذا جمع بينهما فى التحالف فاذا تحالفا رد العين ولا شى للبايع على المشترى فى الهالك من ثمن ولا قيمة لانه قد ابراه من ذلك حين رضى
بان ياخذ الحى فقط والله اعلم ٥

باب الوكالة فى السلم

ق ـــــ واذا وكل الرجل الرجل ان يسلم له عشرة دراهم فى حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده فهو جائز لان
السلم عقد يملك الامر مباشرته بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل فى تحصيل مقصوده وهذا عقد
تملك المامور مباشرته لنفسه فيصح منه مباشرته لغيره بامره كالبيع لان العاقد قد يباشر العقد باهليته وولايته الاصلية سوا باشره
لنفسه او لغيره والاصل فيه قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة الاية ومن دفع الى اخر دراهم ليشترى له بها شيا فانما المدفوع
اليه يكون وكيلا من جهة الدافع ٥ وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه دفع الى حكيم بن حزام او الى عروة البارقى رضى الله عنهما دينارا ليشترى
له به اضحية فدل ان التوكيل جائز فى البيع فكذلك فى السلم لان السلم نوع بيع على ما عرف وكذلك الناس تعاملوا من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا هذا من غير نكير التوكيل فى البيع والسلم جميعا فاذا عرفنا هذا فنقول ـــــ الوكيل فى السلم كالعاقد لنفسه فى حقوق العقد
حتى يتوجه عليه المطالبة بتسليم راس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للوكيل دون الموكل وهذا عندنا
وعند الشافعى ذلك للموكل كله وعليه واصل المسئلة فى البيع فان حقوق العقد فى البيع والشرا يتعلق بالوكيل عندنا وعند الشافعى
بالموكل قال لان الوكيل سفير محض ومعبر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار فى الحكم كان الموكل عقده بنفسه الا ترى
انما هو حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل فكذلك فى ساير احكامه وشبه هذا بالوكيل بالنكاح فانه لا يتوجه عليه المطالبة
بالصداق ولا يكون له حق قبض المعقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما ان كل واحد منهما عقد معاوضة فيتعلق احكامه عن قصد تحصيله

لنفسه دون من عنه وَلنا ان العاقد هو الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرته العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا
كان هو العاقد حقيقة وحكما يتعلق حقوق العقد به كما لو باشر العقد لنفسه وهذا لان ولاية مباشرة العقد باعتبار اهليته وبا
كونه اهو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لا يختلف بمباشرته لنفسه او لغيره ونفوذه شرعا باعتبار ولايته الاصلية
لا ان ثبت له بامر الموكل اياه ولانه لم يكن باسه من قبل هذا البيان انه عاقد حقيقة وشرعا ومن حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة
العقد الى الموكل ولو كان معبرا عنه لم يستغن عن ذكره عند العقد فثبت انه عاقد حكما مباشر للعقد بخلاف الرسول فانه عبارة عن مبلغ
الامر الى من رسل اليه ولا يستغني عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل في النكاح فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال
تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد وهو الملك ففيه طريقان احدهما انه يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل
من ساعته كما اتفقا عليه بالتوكيل السابق ومباشرته السبب تستدعي ثبوت الحكم الا ان يستقر له فيثبت اولا له ثم ينتقل الى غيره
ولهذا لو كان قريبه لا يعتق عليه ولو كانت زوجته لا يفسد النكاح لان ذلك يستدعي ملكا مستقرا ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى
الطريق الاخر وهو الاصح السبب انعقد موجبا حكمه للوكيل الا ان الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت
للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت ان
الوكيل كالعاقد لنفسه كان هو المطالب بتسليم راس المال فاذا نقده من عنده رجع بمثله على الامر لقد نقد مال نفسه في عقد حصل
مقصود ذلك العاقد للامر فامره اياه بالعقد يكون امرا باداء راس المال من عنده على ان يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذي
يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقد لنفسه والغنم مقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم راس المال كان حق قبض الطعام
اليه ايضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفي الدراهم من الموكل عندنا خلافا لزفر رحمه الله وكذلك الوكيل بالشرا اذا نقد الثمن
من مال نفسه وقبض السلعة كان له ان يحبسه اما اذا هلك في يده قبل ان يحبسه فانما يهلك من مال الموكل وللوكيل ان يرجع عليه بما ادى
من الدراهم لانه في اصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل في السلم ويتم ملكه به في المشتري فيكون هلاكه في يد الوكيل كهلاكه
في يد الموكل فكانه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا المعنى احدهما ان المقبوض امانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبها وليس
للامين ان يحبس الامانة بدينه على صاحبها والثاني ان الوكيل لما قبضه مع علمه ان الموكل يصير به قابضا فقد رضي بقبض الموكل فكان
بمنزلة ما لو سلمه اليه ثم اراد ان يسترده منه او بمنزلة بائع السلعة الى المشتري ثم اراد ان يستردها ليحبسها بالثمن ولنا ان الموكل يملك
المشتري بعقد باشره الوكيل بعد ما استوجبه الوكيل عليه حتى لا يكون له ان يحبس العين به كالبائع مع المشتري وهذا لان الوكيل مع
الموكل بمنزلة البائع من المشتري اما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بعوض او بعقد الوكيل بعوض ولهذا لو اختلف الوكيل
والموكل في الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان احدهما ان
قبض الوكيل متردد يجوز ان يكون ليتم مقصود الموكل ويجوز ان يكون لاحيا حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الاخر بحبسه فكان الامر
فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر
قابضا بقبضه والثاني ان هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه ان يقبضه على وجه لا يصير الموكل
به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا
فيما لا طريق له الى التحرز عنه فاذا حبسه الى الوكيل فهلك في يده فعلى قول زفر رحمه الله هو غاصب فعليه ضمان مثله وفي قول ابي يوسف
رحمه الله يهلك في يده هلاك الرهن مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يهلك هلاك المبيع مضمونا
بالثمن قل او كثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فابو يوسف يقول انما كان مضمونا عليه بالحبس بحقه بعد ان لا يكون مضمونا
ليكون في معنى المرهون بخلاف البيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه او لم يحبسه يوضحه انه يحبسه ليستوفي ما ادى عنه من الدين فا
والحبس للاستيفا حكم الرهن ولان بهلاكه لا ينفسخ اصل البيع بخلاف المبيع اذا هلك في يد البائع فسقوط الثمن هناك لانفساخ
البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل ما بينا فكما ان المبيع اذا هلك في يد البائع سقط الثمن قل او كثر فكذلك
هنا ولانا نقول العقد لا ينفسخ هنا بل ينفسخ فيما بين الوكيل والموكل وان لم ينفسخ البائع في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل
بالمشتري عيبا فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا
الحبس ثبت في النصف الشايع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشايع فيما يحتمل القسمة انما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا
انه كالمبيع قال وان كان الوكيل دفع راس المال من مال الموكل واخذ بالمسلم كفيلا او رهنا فهو جائز لان موجب الرهن ثبوت يد

الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفا حقيقة فيملك اخذ الرهن به والكفالة للتوثيق والوكيل المطالب بالمسلم فيه فكان له ان يتوثق باحد
الكفيلين لانه يملك المطالبة فيملك التوثق بالمطالبة قال فان حل السلم فاخره الوكيل الى مدة معلومة فهو جائز بالمطالبة
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يصح تاخيره وكذلك ان ابراء المسلم
اليه عن طعام السلم واصل هذا ان طعام السلم هل يقبل الابرا قبل القبض واصل هذا فيما اذا عقد لنفسه ثم ابراه عن طعام السلم صح ابراؤه
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه فاذا قبل كان فسخا للعقد السلم لان المسلم فيه
مبيع وتمليك المبيع من البايع قبل القبض لا يجوز ما لم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد كالمشتري اذا وهب المبيع من البايع قبل القبض ووجه
ظاهر الرواية ان المسلم فيه دين لا يستحق قبضه في المجلس فصح الابرا عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل الصرف وراس مال السلم فان قبضه
في المجلس مستحق وهذا لان استحقاق القبض في المجلس للتعيين الذي هو شرط العقد والابرا مفوت لذلك واما الدين الذي لا يستحق قبضه
في المجلس فتعيينه ليس بشرط فيجوز اسقاط القبض فيه بالابرا يوضحه ان المسلم فيه من حيث انه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن
حيث ان العقد يضاف اليه ويورد عليه كان بمنزلة المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبيع لا يجوز الاستبدال به قبل
القبض ولشبهه بالثمن يجوز اسقاط القبض فيه بالابرا اذا ثبت هذا فيما اذا كان عقد السلم لنفسه فكذلك الجواب فيما اذا كان وكيلا
يصح ابراؤه ويضمن مثله للموكل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصح ابراؤه في قول ابي يوسف رحمه الله لا يصح شي من ذلك استحسانا
وكذلك الخلاف في المتاركة اذا تارك الوكيل السلم مع المسلم اليه وكذلك الخلاف في الوكيل بالبيع اذا ابرا المشتري عن الثمن او وهبه له
او اجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يصح شي من ذلك استحسانا وادع
الناس فيه قال محمد بن مقاتل رحمه الله وهذا عجب من ابي يوسف يقول استحسن والقياس ما قاله لان الثمن والمسلم فيه ملك الموكل وانما
يتعين بالقبض ملك من كان نائبا لا قابلا فالوكيل يتصرف في ملك الغير بخلاف ما امره به ان الوكيل ضامن عنده ولا ينفذ الا بالخلاف والدليل على
انه ملك الموكل ان الموكل لو كان هو الذي ابراه عنه صح ولو قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئا او صالحه منه على عين بالثمن صح ولو
كان للمشتري على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئا حتى وجب للموكل على المشتري دين ايضا يصير قصاصا بدينه فيه تبين ان الثمن الذي
يجب بعقد الوكيل ملك الموكل وان الزكاة في هذا المال تجب على الموكل فعرفنا ان الملك له وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ان الوكيل يتصرف في خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقدا لنفسه وبيان الوصف في التاجيل ظاهر لانه يوخر المطالبة ولا يسقط اصل
الثمن والمطالبة حق الوكيل حتى ينفرد به على وجه لا يملك احد عزله عنه وليس لاحد ان يطالب الا بامره وكذلك الابرا فانه اسقاط حق القبض
والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه بدليل انه لا يعزله احد عنه وان المشتري لا يجبر على
التسليم الا اليه وانما خلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له
وله ديون على الناس لا يحنث فعرفنا ان القبض خالص حقه فيصح اسقاطه بالابرا ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار
المال لانه لو قبض كان المقبوض ملكا له وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامنا له كالراهن اذا اعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفه
حقه ويضمن قيمة المالية للمرتهن لانه تلف بتصرفه ملك المالية وكذلك احد الشريكين اذا اعتق وهو موسر او هو مسقط للقبض على وجه يتضمن
تمليك الدين ممن عليه فمن حيث انه اسقاط صح منه وبرى المشتري ومن حيث انه تمليك الثمن الذي هو حق الموكل من المشتري صار ضامنا له كما لو
بالشرى اذا رضي بالعيب وابى الموكل ان يرضى به فان رضى الوكيل معتبر في انقطاع منازعته مع البائع غير معتبر في الزام الموكل فيختص هو بضرره
وهذا لان الاسقاط اصل في الابرا ومعنى التمليك تبع حتى يصح بدون القبول وان كان يرتد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين
ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرف في ملك الغير واما فصل المقاصة فهو على اوجه ان كان دين المشتري على الوكيل وهو مثل الثمن
يصير قصاصا بدينه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما ويضمن الموكل مثله وان كان دين المشتري على الموكل يصير قصاصا بالاتفاق لان باعتبار
المال الحق للموكل ولهذا لو اسلم اليه المشتري جاز قبضه فيصير قصاصا بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصا بدين
الموكل لانه لو جعل قصاصا بدين الوكيل كان ضامنا للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا جعل قصاصا بدين الموكل لم يفض احد
شيا فعرفنا ان ترجيح هذا الجانب اولى قال والاب والوصي يصح ابراؤهما وتاجيلهما فيما وجب للصبي بعقدهما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكانا
ضامنين له فاما فيما وجب لا بعقدهما لا يصح لانهما نائبان امرا بالتصرف على وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابرا والتاجيل والمتاركة
من الوكيل بالسلم صحيح في حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشرا اذا اقاله لا يصح لان هناك عين المشتري مملوك للموكل والاقالة تصرف منه في
محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين في الذمة والثابت به حق القبض ما دام في الذمة وهو حق الوكيل وان اخذ بالمسلم فيه عملا او غيره جاز عليه

فانه بدل ملكه وانما يملك البدل بملك الاصل
الا ترى ان بقبضه يتعين ملك الموكل

ويضمن للامر طعامه لانه تصرف في خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذي بينا في الابرا ويستوي في حكم الضمان ان يكون المحال عليه اعلى او اسفل بخلاف الاب والوصي فانهما لو قبلا الحوالة على من هو اعلى لم يضمنا شيا لانه تصرف منهما في حق الصبي على وجه لا حسن وهما يملكان المبادلة في حقه بصفة النظر فاذا باداه لا ذمة بذمه على وجه النظر لم يضمنا والوكيل لا يملك مثله في حق الموكل فلهذا ضمن ه

قال ـــ وان اقتضى الطعام ادون من شرطه فهو جايز لانه ابراه عن صفة الجوده ولو ابراه عن اصله جاز وضمن للموكل مثل طعامه عند ما فكذلك اذا ادى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم امر الموكل باداء راس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض راس المال قبل الافتراق من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي اخر فلا يعتبر بقايه في المجلس بعد ذهاب العاقد ولا بذهابه اذا بقي المتعاقدان في المجلس واذا وكله ان يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها في قفيز حنطة فهو جايز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشرى فالمسلم فيه مبيع ورب السلم مشتري والوكيل بالشرا لا يملك الشرا في حق الموكل بالغبن الفاحش لما فيه من التهمة انه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالغبن اراد ان يلزمه الموكل فاذا انعقد العقد عليه ضمن للموكل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان سلمها في حنطه يكون نقصا نقاعن راس المال مما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل لان هذا القدر لا يستطاع منه عنه الاحتراز فكان عفوا في تصرفه لغيره شرا كان او بيعا ه

قال ـــ واذا وكله ان يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحسانا وفي هذا التوكيل باطل لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعوم بدليل ما لو حلف ان لا ياكل طعاما ثم لو اوصى لانسان بطعامه والمطعومات اجناس مختلفه وجهالة الجنس تمنع صحة الوكاله ولكنه استحسن فقال ـــ السلم بيع والطعام اذا اطلق عند ذكر البيع والشرا يراد به الحنطة ودقيقها فان سوق الطعام الموضع الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها وبايع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه وهذا لان الشرا لا يتم الا بالبايع فكما يسمى بايعه بايع الطعام يسمى هو مشتريا للطعام بخلاف الاكل فانه يتم بالاكل والوصية يتم بالموصي فاعتبرنا فيهما حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيره فاذا كانت قليله فانما ينصرف الى الخبز فاما الدقيق ففيه روايتان في رواية هو بمنزلة الحنطة لانه يذكر كما يذكر الحنطة وفي رواية بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت في الوكيل بالشرا واذا ثبت ان اسم الطعام يتناول الحنطة ودقيقها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان المراد الحنطة واذا قلت عرفنا ان مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصا منقول ـــ اذا وكله ان يسلم له دراهم في طعام فاسلم في شعير او غيره فهو مخالف وللموكل ان يضمن الوكيل دراهمه لان عقده نفذ على نفسه ثم قضى بدراهمه الامر دين نفسه وان شا الامر اخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم عين ملكه فهو احق به فان اخذها من المسلم اليه بطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان نقدا خارقه لان راس المال لما استحق فقد انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى اعطاه مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكانه لم يقبض الى اخر المجلس وعقد السلم ما تعلق بعين تلك الدراهم بل تعلق مثلها في ذمته وان اخذها من الوكيل بقي عقد السلم بينهما صحيحا لانه ملك راس المال بالضمان ولو وكله بان ياخذ له دراهم في طعام مسمى فاخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل دراهم قرض لان اصل التوكيل باطل فان المسلم اليه امره ببيع الطعام في ذمته ولو امره ان يبيع عين ماله على ان يكون الثمن للامر كان باطلا فكذلك اذا امره ان يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه انما يعتبر امره فيما يملك المامور بدون امره وهو في قبول السلم في الطعام يستغني عن امر الغير وقبول السلم من صنع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدي فالحاصل ان التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم باعطاء الدراهم في طعام السلم جايز واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له فاذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه ه

قال ـــ واذا دفع اليه عشرة دراهم وامره ان يسلمها في ثوب لم يجز الوكالة حتى يبين الجنس لان الثياب اجناس مختلفه ومع جهالة الجنس لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فبطل التوكيل فان عقد الوكيل كان عاقدا لنفسه وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال ينظر الوكيل الى لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر ان الانسان انما يامر غيره بشرا الثوب ليلبسه فيعتبر لباسه به فان سمى الموكل ثوبا هرويا او غيره جاز لان الجنس صار معلوما وانما بقيت الجهالة في الصفة ولا اعتبار بجهالة الصفة في العقود المبنية على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان خالفه الوكيل فاسلم في غيره او الى غير الاجل الذي سماه كان عاقدا لنفسه وللموكل ان يضمنه دراهمه كان ضمنه اياها جاز السلم وان ضمنها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه في راس المال بعد الافتراق من الاصل

قال ـــ واذا دفع الوكيل الدراهم سلما على ما امره به الامر لم يشهد على المسلم اليه بالاستيفا ثم جا المسلم اليه بدراهم زيوف يردها عليه فقال وجدتها زيوفا فهو مصدق لانه ينكر استيفا حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له على الوكيل ببدله ويرجع به الوكيل على الموكل لانه في تصرفه عامل له .

فيرجع عليه بالحيه من العهده وان كان اشهد عليه بالاستيفا لم يصدق بعد ذلك على ادعايه انه زيف معناه اذا اقر المسلم اليه باستيفا الجياد او باستيفاء حقه او باستيفا راس المال فهو مناقض بعد ذلك في دعواه انه زيوف فلا يسمع ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليمين على خصمه فاما اذا اقر باستيفاء الدراهم فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضا في قوله وجدتها زيوفا

قال ـــ واذا وكله بان يسلم له عشرة دراهم من الدين الذي له عليه في حنطة فاسلمها له فهو عاقد لنفسه حتى يقبض الطعام فيرده الى الامر مكان دينه فحينيذ يسلم للامر اذا تراضيا عليه فيردها الى الامر في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جايز على الامر وكذلك لو امره ان يعير فيها له بدنانير او يشتري له بها شيا سماه وجه قولهما ان الدين في ذمة المديون ملك صاحب الدين بدليل انه يطالبه بالتسليم اليه وينفرد باستيفاء حقه من ماله و يشتري منه شيا فيجوز فاما اضاف التوكيل الى ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده او غصبا فوكله ان يشتري له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله اسلمها في طعام الى فلان او عين البايع او المبيع بقوله اشتر لي بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا اطلق لان تسمية من يعامله الوكيل ليس بشرط لصحة الوكاله يوضحه انه لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين يجوز بمنزلة ما لو قال تصدق به على فلان فكذلك اذا امره بالشرا به ولابي حنيفة رحمه الله حرفان احدهما انه امره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع ما لي عليك من الدين الى من شيت او القه في البحر كان ذلك باطلا وبه فارق العين فانه لو قال ادفع ما لي في يدك الى من شيت او القه في البحر كان صحيحا والمعنى في الفرق ان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه وهو في تصرفه في ملك نفسه بالدفع الى الغير لا يحتاج الى اذن الامر فكان وجود امره كعدمه فاما في العين تصرفه في ملك الغير ولا يملك ذلك الا باذن من له الحق وهذا بخلاف ما اذا عين المسلم اليه او البايع لان من امره بالصرف اليه هناك معلوم فكان امره معتبرا في توكيل ذلك الرجل بالقبض له او لا ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان تعيينه يتعين المالك فالانسان في العادة يشتري الشي من مالكه وهنا لا يمكن اعتبار امره في توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بما لي عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن امره ان يجعل ذلك له فهو بمنزلة ما لو امره بالدفع الى ادمي بعينه والثاني ان بعقد السلم يجب راس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فاما ان يكون هو متقاصا له في ذمته منه ليقضي به دينا عليه وذلك لا يجوز اذا امر له بان يقبض له من نفسه ثم يقضيه دينا عليه وذلك لا يجوز يوضحه انه يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يامره به من التصرف وهو بنفسه لو اسلم الدين الذي له على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول ه

قال ـــ واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلما له عشرة دراهم في طعام فاسلمها احدهما لم يجز لان عقد السلم يحتاج فيه الى الراي والتدبير كبيع العين وهو انما رضي براي المثنى وراي الواحد لا يكون كراي المثنى فان اسلماها ثم تارك احدهما مع المسلم اليه السلم لم يجز عندهم جميعا اما عند ابي يوسف رحمه الله لان الوكيل بالسلم لا يملك المتاركه ولو تاركا لم يجز فكذلك اذا تارك احدهما وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدا لانفسهما ثم تارك احدهما لم يجز بغير رضى الاخر فاذا كانا وكيلين اولى

قال ـــ واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الامر الطعام فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب الا ترى ان الايفا لا يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرا بالتسليم اليه ووجه الاستحسان ان بقبض الوكيل يتعين ملك الموكل فكان الموكل في هذا القبض عاملا لنفسه في تعيين ملكه فهو يكفي الوكيل مونه القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضررا في تصرفه يوضحه انا لو نقضنا قبضه احتجنا الى اعادته بعينه في الحال لانه يرده على المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهذا اشتغال بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيا ليعيد وان تارك المسلم اليه مع الموكل جاز لانه قام مقام العاقد في ملك المعقود عليه فيصح منه المتاركه كما يصح من وارث رب السلم بعد الموت وان لم يتاركه كان ادا قبض الطعام منه فللمسلم اليه ان يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم يتوجه بالعقد والموكل من العقد اجنبي فمطالبته لا يلزم المسلم اليه التسليم اليه

قال ـــ واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها في طعام فتناول الوكيل دراهم بها بيده فان اضاف العقد الى دراهم الامر كان العقد للامر وان اضافه الى دراهم نفسه كان عاقدا لنفسه لان الظاهر يدل عليه وذلك لان فعله يحمل على ما يحل وفيما يعقد لنفسه لا يحل له اضافة العقد الى دراهم غيره وان عقد العقد بعشرة مطلقة ثم نواها للامر فالعقد له لم يحكم نيته فان دفع دراهم نفسه فالعقد له وان دفع دراهم الامر فهو للامر في قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله هو عاقد لنفسه ما لم ينو عند العقد انه للامر وان تكاذبا في النية فقال الامر نويته لي وقال المامور نويته لنفسي فالطعام للذي نقد دراهمه بالاتفاق ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا ان يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير او الى نيته للغير فاذا انعدم ذلك كان عاملا لنفسه ولا يجوز ان يجعل نقد الدراهم دليلا على ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما وقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان

النقد موجود عند الكاذب فيمكن ان يجعل دليلا من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر انه فيما يعقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الامر فالظاهر شاهد له فكان القول قوله توضيحه ان قبول الوكالة من الغير لا يخل في ولايته على نفسه وهل هو لو كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان ملك الولاية باقية بعد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك في الطعام للعاقد الا انه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه في ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ما هو الاصل وعند اطلاق العقد ماهو الاصل وعند اطلاق العقد ما هو الاصل يمكن الاعتبار فلا يصار الى الخلف وابو يوسف رحمه الله يقول العقد والنقد كشيء واحد حكما لان النقد ان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لو لم يجعل كذلك كان دينا بدين وذلك لا يجوز والدليل عليه ان بعد ما نقد الدراهم لو اراد ان يستردها البعض عنها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالعقد بان اضاف العقد الى دراهم الآمر فاراد ان يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صارا كشيء واحد فهو دليل ظاهر على من وقع العقد له فيجب تحكيمه كما في حالة التكاذب توضيحه ان بعد قبول الوكالة له ان يعقد للموكل بولايته الاصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تتعلق به حقوق العقد في الوجهين فاذا استوى الجانبان يصار الى ترجيح احدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق ابو يوسف رحمه الله بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوي عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا ترك ما هو الركن واما في المعاملات النية ليست بركن فلا يصير تركه النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد قال

وان وكله بثوب يبيعه بدراهم فاسلمه في طعام الى اجل فهو عاقد لنفسه لانه خالف ما امره به نصا وان امره ببيعه ولم يسم الثمن فاسلمه في طعام جاز على الامر في قول ابي حنيفة ولم يجز في قولهما وهو فصول احدها ان الوكيل بالبيع مطلقا يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعي لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على ما يتم به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكنا نقول امره بالبيع مطلق فلا يجوز اثبات التقييد فيه من غير دليل التقييد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه في كلامه نصا ولا عرفا فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة اقرب الى تحصيل مقصوده وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصي يملكون البيع بالنسيئة واما مطلق ايجاب البيع فانما يحمل على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعي صفة معينة في الثمن الا ترى انه لو قال بعته منك بالنقد او النسيئة لا يجوز وفي التوكيل لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين احد الوصفين حتى لو قال بعه بالنقد او بالنسيئة يجوز ثم قيل على قول ابي حنيفة رضي الله يجوز بيعه بثمن مؤجل طال الاجل او قصر وعند ابي يوسف ومحمد يجوز باجل متعارف ولو اجله مدة غير متعارفة في مثل تلك السلعة لا يجوز عنده البيع بالغبن الفاحش عندهما وعن ابي يوسف قال ان امره بالبيع على وجه التجارة فله ان يبيعه بالنسيئة اما اذا امره بالبيع لحاجته الى النفقة او الى قضاء الدين فليس له ان يبيعه بالنسيئة ولو باعه بغبن جاز عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان الغبن يسيرا او فاحشا وعندهما لا يجوز بيعه بغبن فاحش لان دليل العرف يقيد مطلق التوكيل حتى يتقيد الوكيل بشرى الاضحية بايام النحر والتوكيل بشراء الفحم بزمان الشتاء والجمد بزمان الصيف فانه اذا وكله ان يشتري له جمدا في الشتاء يكون مشتريا لنفسه وان كان التوكيل مطلقا فصح ما ذكرنا والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فالظاهر انه انما يستعين بغيره فيما يعجز عنه مباشرته بنفسه وهو لا يعجز عن مباشرة بيع ما يساوي مائة درهم بعشرة دراهم وقاسا بالوكيل بالشراء فان شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الامر كذلك الوكيل بالبيع لان كل واحد منهما امر ما هو من صنيع التجار وكذلك الاب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بغبن فاحش لهذا المعنى لان المحاباة الفاحشة كالهبة حتى اذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وابو حنيفة رحمه الله يقول امره بمطلق البيع وقد اتى به لان البيع مبادلة مال بمال بشرط وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن الا ترى ان البيع لو كان دارا يجب للشفيع الشفعة في جميعه وبه يتبين انه بيع وليس بهبة وبان اعتبر من الثلث في حق المريض هنا لا يدل على انه ليس ببيع مطلق وان الوكيل لا يملكه كالغبن اليسير والدليل عليه ان من حلف لا يبيع فباع بغبن فاحش حنث ولا يحنث الا بكمال الشرط فعرفنا انه بيع مطلق فيصير الوكيل به ممتثلا للامر فانا لو قيدنا بالبيع بمثل القيمة ابطلنا حكم الاطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فاما العرف الذي قالا قلنا هذا مشترك فالانسان قد يبيع الشيء بغير ما يسوى لا يبالي عند ذلك بقلة الثمن وكثرته وقد يبيعه مطلبا للربح فعند ذلك لا يبيعه بالغبن عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الاطلاق ثم البيع بالغبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل الا وان يصير احدهما مغبونا والانسان يرغب في شرى ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فاما ان لا يكون متعارفا فلا يعارض العرف النص والاطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فان العرف كما يعتبر في الوكالة يعتبر في اليمين وما ذكر من مسألة الاضحية وغيرها فهي رواية عن ابي يوسف رحمه الله فاما عند ابي

حنيفه

حنيفه يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ودليل التقييد التهمة في الموضع الذي يثبت التقييد ولهذا قال ابو حنيفه رحمه الله الوكيل بالبيع لا يبيع من ابيه وابنه للتهمة ولا تهمة في بيعه من الاجنبي بتقليل القيمة لان ما يستوفي من الثمن يسلمه الى الامر قل او كثر وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة فربما اشتراه بنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزمه الآمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن في ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في ذمة الامر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك هو ان يلزم ذمة الامر الثمن ما لم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن فانه لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولانه امره بالشرى يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد اليسير وفي جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضي بزواله عنه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالانظر والاصلح لا يوجد في البيع بالغبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باعه الوكيل بعرض يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله لاطلاق الامر ولا يجوز عندهما لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما في بدل صاحبه مشتري وانما امره بالبيع فلا يملك به ما يتردد بين البيع والشرى وابو حنيفه يقول فعله فيما بيننا وله الامر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعوض هو مال والبيع ليس الا هذا ثم جانب البيع يترجح على جانب الشرى في البيع بعوض الا ترى ان احد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا فان اجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا ان جانب البيع يترجح فيه وعلى هذا لو باعه الوكيل بمكيل او موزون فعند ابي حنيفه يجوز على الامر وعندهما لا يجوز الا ان يبيعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا اسلم الثوب في طعام الى اجل فقد ازال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز على الامر عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا يجوز لانه لو بيعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة قال وان وكله بالسلم فادخل الوكيل في العقد شرطا افسده لم يلزم الوكيل لانه لم يخالف وانما يلزم الوكيل بالخلاف لا بالافساد وهذا لانا لو ضمناه بافساد العقد تحرز الناس عن قبول الوكالات فكل احد لا يكون كابي حنيفه في العلم بالاسباب المفسدة للعقد قال واكره توكيل الذمي لعقد له السلم وان فعله يجوز لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد اما لجهله بذلك او لاعتقاده اذ فعله ان يوكل المسلم الحرام فلهذا يكره ان يأتمنه على ذلك ويجوز ان فعله لان عقد السلم من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين قال وليس للوكيل بالسلم ان يوكل غيره به لان هذا عقد يحتاج فيه الى الراي والتدبير والموكل رضي برايه دون راي غيره بخلاف المضارب يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برايه وبتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك تجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل احدهما بنفسه فلا يجد بدا من ان يستعين فيه بالاخر بخلاف الوكيل الا ان يكون الامر قال له ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فيجوز حينئذ لانه اجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنيعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا بسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها سواء عقده على ذلك لنفسه او للكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسي في ان يزوجه مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح معبر لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه يستغني عن اضافة العقد الى غيره فيعتبر جانبه قال وان وكل المسلم الذمي ان يشتري له خمرا او يسلم له فيها ففعل ذلك الذمي جاز على الامر في قول ابي حنيفه رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله هو مشتر لنفسه لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كالموكل المسلم يجيء ان يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده على الامر ملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز ان يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منه نوع استحسان فكانهما يقولان في البيع والشرى طرفان طرف العقد وطرف الملك فكان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد الملك بل اولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجب مراعاة جانب العقد فلان يجب مراعاة جانب الملك اولى وابو حنيفه رحمه الله يقول الذي ولي الصفقة هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه فله ان يشتريها لنفسه فيملك ان يشتريها لغيره وهذا لان المنع هاهنا بسبب الاسلام وهو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من اهل ان يملك الخمر الا ترى اذا تخمر عصير المسلم يبقى مملوكا له واذا مات قريبه عن خمر ملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من اهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فالمسلم من اهل ملك الخمر فيصح التوكيل الا ترى ان في جانب افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وقولهما بان الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ما قررنا والمسلم من اهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا اذن لعبده الكافر في التجارة فاشترى العبد

خمرا فان المولى يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافرا واشترى خمرا ثم عجز فولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه والفرق بينهما ان العبد والمكاتب يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما فاما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ويكون الموكل في قرار العهدة عليه كانه باشر التصرف بنفسه فكذلك في عقد الوكيل على الخمر فاذا انعقد سلفا بعد العقد على الآمر ينفذ العقد على الوكيل وان وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له في طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف لانه خالف في العقد فكان مباشرا العقد بنفسه ضامنا لما نقد فيه من دراهم الآمر بعد الامر ذلك وكذلك لو كان المدفوع دينارا فصرفه بدراهم ثم اسلمها في طعام فهو للوكيل لانه خالف في العقد والبدل ثم اسلم بدراهم نفسه في الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدينار وان وكل رجلان ان يسلم لهما في طعام كل واحد منهما بدراهم على حدة فاسلمها كلها في عقدة جاز اعني اسلم الدراهم كلها الى رجل واحد في طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكماله فلا فرق بين ان يفعل ذلك في عقدة او في عقدين وان خلط الدراهم ثم اسلمها في الطعام كان مخالفا ضامنا لان دراهم كل واحد منهما في يده امانة فيصير بالخلط ضامنا متملكا كما هو اصل ابي حنيفة رحمه الله ثم اضاف عقد السلم الى دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط في المسلم فيه حكما للاتحاد العقد حكما ومثله لا يصير الامين ضامنا وان اسلم دراهم كل واحد منهما على حدة الى رجل واحد ثم اقتضى شيئا فادعى كل واحد من الآمرين انه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو المملك لما هو في يده من الطعام فيرجع في بيان ما يملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه احد المتعاقدين ولان كل واحد منهما انما يملك بعقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع في البيان اليه فاذا قدم المسلم اليه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل في هذا البيان وسقط اعتبار الخلف عند ظهور الاصل وان اسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد في عقد التجارة لا يصلح ان يكون مباشرا للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملكا متملكا مسلما متسلما مخاصما مخاصما وذلك لا يجوز لانه متهم في حق نفسه وقد بينا ان التهمة تخصص الامر المطلق وكذلك اذا اسلم الى شريك له مفاوض لانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد في التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب على صاحبه فهو وما لو اسلم الى نفسه سواء وكذلك ان اسلم الى عبده لان كسب العبد لمولاه فهو متهم في ذلك وكذلك الى مكاتبه لانه حق الملك في كسب المكاتب فينقلب ذلك حقيقة ملك لعجزه وان اسلم الى شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد من صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما فان اسلمها الى ابنه او الى احد ابويه او زوجته ممن لا يقبل شهادته له لم يجز عند ابي حنيفة وهو جائز في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فكان بمنزلة ما لو اسلم الى اخيه كانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر محتمل بين الصدق والكذب فلا يترجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وابو حنيفة رحمه الله يقول مطلق الوكالة يتقيد بالتهمة وكل واحد منهما متهم في حق صاحبه بدليل انه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الى عبده ومكاتبه وهذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء ايثار ولده وزوجته على الاجنبي وسوى هذا في المسألة كلام وخلاف في معاملة الوكيل مع هؤلاء بمثل القيمة او بالغبن اليسير وقد املينا تمام ذلك في كتاب الوكالة وان وكل الوكيل بالسلم رجلا بقبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل في حق القبض كالعاقد لنفسه حتى يختص المطالبة به ولو كان عاقدا لنفسه كان قبض وكيله بمنزلة قبض المسلم اليه كقبضه بنفسه كان كان الوكيل الثاني عبدا للوكيل الاول او ابنه في عياله او اجيرا له فهو جائز على الآمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الآمر والمراد الاجير الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة لان يد هؤلاء في الحفظ كيده الا ترى انه لو قبض بنفسه ثم سلم الى واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على احد وان كان الوكيل الثاني اجنبيا فالوكيل الاول ضامن للطعام ان ضاع في يد وكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم دفعه الى اجنبي كان ضامنا فكذلك هنا ولم يذكر ان الوكيل الثاني هل يكون ضامنا في حق رب السلم فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا الخلاف فيه في الوديعة وان وصل الى الوكيل الاول برئ هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين ان يصل الى يده من يد المسلم اليه او من يد وكيله فلهذا لا ضمان فيه على احد واذا اسلم الوكيل الدراهم الى امراة يجوز وكذلك لو كان المولى او الوكيل امراة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوي فيه الرجال والنساء والله تعالى اعلم

باب البيوع الفاسدة

واذا اشترى رجل عدل زطي او جراب هروي على ان فيه خمسين ثوبا بالف درهم فوجد فيه تسعة واربعين ثوبا او احدا وخمسين ثوبا فالبيع فاسد لانه ان وجده اكثر فانما يدخل في البيع العقد المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لانه يجب على المشتري رد هذه الزيادة مجهوله فيصير الباقي مجهولا وفي مثله لا يجوز البيع مع الجهالة الا ترى انه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوبا

لا يجوز لانها تتفاوت في المالية فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان وجده اقل يفسد العقد لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوبا فينقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم انه كيف كان جيدا او وسطا او رديا وما خلافه يختلف حصة الموجود فيفسد العقد في الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لا ينعقد صحيحا ابتداء فان كان سمى لكل ثوب عشرة دراهم فوجده احدا وخمسين ثوبا كان فاسدا ايضا لان العقد تناول خمسين ثوبا فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وجهالته يصير المبيع مجهولا ايضا وان وجده تسعة واربعين ثوبا وقد قبض او لم يقبض كان البيع جائزا لان الموجود معلوم والمسمى بمقابلة الموجود من الثمن معلوم فيجوز البيع ويخير المشتري لتفرق الصفقة عليه بنقصان ثوب مما سمي له في عدد الخمسين مقصود لا يحصل ذلك بما دونه فيتخير ان شاء اخذ كل ثوب بما سمي وان شاء ترك فاكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون بان هذا الجواب قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله العقد فاسد كله لانه فسد بعضه بفساد مقارن ولا سبب لبطلان البيع اقوى من عدم المعقود عليه واستدلوا عليه بما ذكر في الزيادات لو اشترى ثوبين على انهما هرويان كل واحد منهما بثمن مسمى ثم وجد احدهما مرويا فالعقد كله فاسد في قول ابي حنيفة رحمه الله كما اذا كان في الموضع الذي كان احد الثوبين خلاف جنس ما سمي يفسد العقد كله ففي الموضع الذي لم يجد احد ما سمى اصلا اولى ان يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذي سمي وقد تعلق العقد به كذا هنا قال رضي الله عنه والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا لان ابا حنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسألة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو انه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا يصح ايراد العقد على المعدوم وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطا في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي متفاوت نحو ما اذا اشترى قطيعا من الغنم على انه خمسون فوجده ازيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيلات اذا اشترى صبرة من حنطة على انها خمسون قفيزا يجوز العقد سواء سمى ثمن كل واحد من القفزان او لم يسم لان القفزان مما لا يتفاوت في نفسها وكان حصة كل قفيز من الثمن معلومة وكذلك الوزنيات وكذلك في العدديات المتقاربة نحو ما اذا اشترى عدد جوز على انه خمسة الف فاذا هي انقص او ازيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا واذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بالف درهم فاذا احدهما حر فالبيع فاسد في جميعها اما اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينعقد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشتريت منك هذا العبد بحصته من الالف اذا اقسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمى لكل واحد منهما ثمنا بان قال اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد العقد جائز في العبد بما سمى بمقابلته وكذلك لو اشترى شاتين مسلوختين فاذا احدهما ميتة او ذبيحة مجوسي او ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمدا كان ذلك والميتة سواء عندنا والجواب على التفصيل الذي قلنا وكذلك اذا اشترى دنين من خل فاذا احدهما خمر وهذا الجنس نظير ما سبق اذا اسلم كر حنطة في شعير وزيت وطريقهما ان الفساد يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما انعقدتا لعلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما انعقدت العلة المفسدة لما هو مال متقوم منهما وهذا لان احدهما ينفصل عن الآخر في البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في احدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره في العقد على الآخر اما باعتبار التبعية واحدهما ليس بتبع للآخر او باعتبار انهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض يبقى العقد في الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبدا وانما يشترط قبول العقد في احدهما لقبول العقد في الآخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقا الضرر بالبائع في قبول العقد في احدهما دون الآخر وذلك ينعدم هنا لو صح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبدا ومكاتبا او مدبرا فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد على البيع صحيحا كذلك هنا وابو حنيفة رحمه الله يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد وقولهما ان هذا عند صحة الايجاب قلنا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رحمه الله هو مسألة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاسد لو ارجوعه في تلك المسألة على رجوعه في هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح واذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر او مكاتب او اشترى جاريتين فاذا احدهما ام ولد جاز البيع

في الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم وعند زفر رحمه الله لا يجوز لأن الإيجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في الآخر منهما فيفسد العقد كله كما في مسئلة الحر وحده قولنا أن كل واحد منهما دخل في العقد لأن دخول الآدمي في العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بأن باع عبدين فاستحق أحدهما فإنه يبقى البيع جائزا في الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم يوضحه أن البيع في المدبر ليس بفاسد على الإطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فإنه إذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي إذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب كان بيعه من نفسه جائز ولو باعه من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذي روي في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضى القاضي بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد رحمه الله لأن عند محمد رحمه الله إجماع التابعين رحمهم الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذي كان في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فإن هذه المسئلة كان مختلفا في الصدر الأول فكان عمر رضي الله عنه يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز وعلي رضي الله يقول بأنه يجوز ثم من بعدهم من السلف اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز والحاصل أن الإجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد رحمه الله يرفع وقضاء القاضي بخلاف الإجماع لا ينفذ وعندهما لم يثبت لإجماع التابعين من القوة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم فكان هذا قضاء في فصل مجتهد فيه فإذا ثبت أن المحل قابل للبيع حتى ينفذ قضاء القاضي فيه وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله عرفنا أنه دخل في العقد ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى إذا كان قبضهما لزم البيع في الآخر بحصته من الثمن وكذلك إن كان عالما بذلك وقت البيع وإن لم يكن عالما به وقت البيع ولكن علم بعد ذلك بعد القبض كان له أن يرد الآخر منهما لتفرق الصفقة قبل التمام كان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فإنما يثبت إذا لم يكن معلوما له وإذا نظر إلى إبل أو إلى غنم أو إلى دقيق أو عدل زطي أو جراب هروي فقال قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله في الكل وعندهما جائز في الكل وهذا لأن الأصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل إلى ما لا يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد قال وإذا أجره داره كل شهر لزم العقد في شهر واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز العقد في قفيز واحد وعندهما يجوز في الكل وإذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فإنما يلزمه ذلك في شهر واحد عند أبي حنيفة رحمه يجوز العقد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالإشارة إليه فأما فيما يعلم جملته بالإشارة يتناول الكل كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية إذا عرفنا هذا فنقول هنا الجملة معلومة بالإشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما إذ الجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى المنازعة لأنها ترتفع بعد التعداد إليه وعند أبي حنيفة رحمه الله لما لم يكن العدد معلوما عند العقد فإنما يتناول العقد واحدا من الجملة وبيع شاة من القطيع لا يجوز لأنها متفاوتة وإن كانت لا عبرة للإشارة فيه جميع ما أشار إليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد إذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يعتبر إمكان إجابة في الثاني كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال هناك العقد جائز في قفيز واحد فإنه إذا اشترى قفيزا من الصبرة جاز بالإجماع فإن القفزان لا تتفاوت بخلاف الغنم فإن علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا لأن المفسد قد تقرر بالافتراق عن المجلس قبل إزالته وإن كان ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد استحسانا لأن حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشتري لينكشف الحال له الآن فإن شاء أخذ الكل بجميع الثمن وإن شاء تركه لأن مقدار ما يلزمه من الثمن إنما يصير معلوما له الآن فيتخير لأجله وكذلك لو اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان فهو على هذا الخلاف فعند أبي حنيفة رحمه الله العقد يفسد في الكل لأن قيمة الذرعان تتفاوت في مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى دارا عشرة أذرع من هذه الدار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لأن ما سمى عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز لأن الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا اشترى ذراعا من هذه الدار بكذا يجوز العقد وإن لم يقل كذا ذراعا ثم يذرع الدار فإن كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهما من الدار من
ولم يقل كذا سهما لأن هناك الجهالة لا يمكن إزالتها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة العشر وفي الذراع يمكن إزالة الجهالة بأن

بذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلوما به وإذا اشترى غنما أو بقرا أو عدل زطي كل اثنين منها بعشرة فهو باطل لأن ثمن كل واحد منها غير معلوم فإنه يضم إلى كل واحد آخر فيقسم العشرة على قيمتهما ولا يعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد إلى الجيد أو الردي إلى الردي أو إلى الوسط فيبقى ثمن كل واحد مجهولا وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة فإنه إذا وجد بثوب عيبا بعد القبض رد المعيب خاصة ويتمكن المنازعة بينهما في ثمنه وكذلك إذا هلك أحدهما قبل القبض أو استحق أو تقايلا العقد في ثوب واحد فعرفنا أن هذه الجهالة تفضي إلى المنازعة فيفسد العقد بها وإذا اشترى عدل زطي بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد فإن القيمة ما يظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضا ثم ما سميا تفسير العقد الفاسد لأن المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ما هو حكم العقد الفاسد وكذلك إن قال بحكمه لأن ما يحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم إليه وإن لم يرجع حتى مات بطل ما له من الحكم وبقي الثمن مجهولا وكذلك لو قال بألف درهم يمينه فالبيع فاسد قيل معنى هذا أن المشتري كان ساومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر ما يبر به البائع في يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث في يمينه وكان عليه تكفيرها فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضا مجهول لأن التكفير يكون بالإعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالإطعام تارة وضم المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسد للبيع وإن اشتراه بألف درهم إلا دينارا أو بمائة دينار إلا درهما أو بألف درهم إلا كر حنطة أو إلا شاة فالبيع فاسد لأن المستثنى إذا كان من غير جنس المستثنى منه فإنما يستثنى من المسمى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا يستقر به وجهالة المسمى يوجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المفيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء الاستثناء من الألف مجهول والبيع بالثمن المجهول فاسد وإن قال قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا لأن المسمى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس في المبايعة يتفاوتون فمن بين مسامح ومستقص وإذا فسد البيع كان قبضه وهلك عنده فعليه مثله إن كان من ذوات الأمثال أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال لأن المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب والمقبوض على سوم الشراء في حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن كان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز وإلا كان العقد فاسدا فإن علم بذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشتري لأن حالة المجلس كحالة العقد ولكن إنما ينكشف الحال للمشتري إذا علم مقدار ما أخذ به فلان فرضاه به قبل ذلك لا يكون تاما فلهذا يتخير بين الأخذ والترك وإذا عقد العقد على أنه إلى أجل كذا بكذا أو بالنقد بكذا أو قال إلى شهر بكذا أو إلى شهرين بكذا فهو فاسد لأنه لم يعاطه على ثمن معلوم ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين في بيع ومطلق النهي يوجب الفساد في العقود الشرعية وهذا إذا افترقا على هذا فإن كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لأنهما ما افترقا إلا بعد تمام شرط صحة العقد

بيع المبيع قبل القبض

قال ومن اشترى شيئا فلا يجوز أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه لأن التولية تمليك ما ملك بمثل ما ملك والإشراك تمليك نصفه بمثل ما ملك به والكلام في بيع المبيع قبل القبض في فصول أحدها في الطعام فإنه ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا وقال مالك رحمه الله يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهي فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض وقال صلى الله عليه وسلم لعتاب بن أسيد رضي الله عنه حين وجهه إلى مكة قاضيا وأميرا سر إلى أهل بيت الله وانههم عن أربعة عن بيع ما لم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه عندنا قال الله تعالى فلا تظلموا فيهن أنفسكم وذلك لا يدل على أنه لا يجوز ذلك في غير الأشهر الحرم كيف وراوي الحديث ابن عباس رضي الله عنه وقال بعد روايته وأحسب كل شيء مثله والكلام في هذه المسئلة ينبني على أصل وهو عند مالك رحمه الله فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر في الملك المطلق للتصرف قلنا لا يجوز تصرفه قبل القبض إذ يعجز عن التسليم بحبس البائع إياه لحقه والإجارة في ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة في المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم إلا بالقبض فذلك جائز في المبيع قبل القبض إذا سلطه على قبضه فقبضه لأن تمام هذا العقد لا يكون إلا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والإجارة فإنه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فإنه يجوز إذا سلطه على قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف رحمه الله يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لأنه تمليك لعين ما ملكه فيجا

قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى لان الهبة في استدعا الملك اقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس بمحل التمليك من غيره الا ترى انه لا ينعقد البيع فيه وان اجازه البائع فكان هذا بمنزلة عين غير مملوكة اصلا كالصيد في الهوا وذلك لا يجوز ايجاب البيع فيه والهبة فيه قال واما بيع العقار قبل القبض يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر رحمهما الله ولا يجوز في قوله الاول وهو قول محمد والشافعي لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض يؤكد ربح ما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتاثيره ان ملك التصرف يستفاد بالقبض كما ان ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سوا فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف ولان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد والملك انما يتاكد بتاكد السبب وفي هذا العقد قال العقار والمنقول سوا توضيحه ان قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمنقول حتى اذا استحق او تصور هلاكه فهلك يسقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعا وذلك بيده او بيد نائبه وبيد البائع الاول ليست بنائبه عن يده فلا يثبت قدرته على التسليم باعتبارها وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما قلنا ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد الا ترى انه لو باع ملكه وهو في يد مودع او غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا انه اذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المنقول قبل القبض في الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشتري فاذا قبضه انتفى هذا الغرر ولم يبق الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفا الغرر لعدم تصور سببه اصلا يكون ابلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يفعل وانما يتوهم الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر في الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر في الملك كان بالهلاك ملكها ولكن على الزوج قيمته لها واصحاب الشافعي يختلفون في ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر في الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلى الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ما قلنا والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تاكد الملك بتاكد السبب وذلك بالقبض لان العتق اسبه تاملك ناه في المحل فوق البيع ثم يجوز في المبيع قبل القبض وما يقولون انه يدخل في ضمان المشتري بالقبض قلنا شرط ثبوت ملك التصرف في المحل اصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة على التسليم كما يثبت بيده يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه منه والحديث عام دخله التخصيص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فحمله على المنقول بدليل ما ذكرنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض الا ان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فلا يمكن ان يجعل قابضا باستقاله فلهذا يبطل باخذه ملك المشتري ويكون عهدته على البائع بخلاف المشتري الثاني توضيحه ان المبيع في مكانه الذي يقبضه فيه متعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخلية وبخلاف المنقول فانه لا يدري في اي مكان يقبضه ما لم يقبضه ولا يدخل على شي مما ذكرنا ان قال التصرف في المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا اثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط في المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل ان يكيله وان كان قبضه قال رجل باع عبدا آبقا فهو باطل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الابق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الابق تاوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع حتى انه وان عاد من اباقه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة ما لو باع الطير في الهوا ثم اخذه الا رواية عن محمد رحمه الله فانه يقول الملك والمالية بعد الاباق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه بمثل الخصومة قال ولو باع جارية كان قد اعتق ما في بطنها او باعها واستثنى ما في بطنها فهو فاسد لا يجوز وقد بينا هذا الفصل في كتاب الهبة قال ولو باع عبدا مغصوبا فالبيع موقوف فان جحد الغاصب ولم يكن للمغصوب منه بينة لم يجز البيع لانه غير مقدور التسليم للعاقد ولان الملك تاوي في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك قال وان اقر به فان سلمه اليه تم البيع لان ملكه قايم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى هلك انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة ما لو كان في يد البائع فهلك قبل ان يقبضه المشتري كان قيل قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع اذا مات واخلف بدلا

يبقى البيع كما لو قتله اجنبي قبل القبض قلنا هذا اذا اوجب البدل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البدل كقيام الاصل في ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب في الغصب السابق على البيع بدليل انه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو بقينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع في القيمة ابتدا وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وابى المرتهن ان يجيز لم يجز البيع وهو موقوف لان الراهن عاجز عن التسليم كان حق المرتهن في قال الحبس لازم ثم في موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ما ذكرنا هنا انه موقوف وتاويل قوله فاسد يفسخه القاضي اذا خوصم فيه وطلب المشتري التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك وتاويل قوله جائز اذا اجازه المرتهن وسلمه اليه واذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففي احدى الروايتين ينفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لان حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان اجازه البائع تم البيع وان فسخ انفسخ فهذا مثله وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتكه الراهن كان له ان ياخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه قال بعد اباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لا حق له في هذا العقد حتى اذا اجازه كان المشتري متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك انما اجاز العقد كان المشتري متملكا عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى ان يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما ذلك للقاضي اذا خوصم اليه وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فاذا لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا قال رجل باع سمكا محصورا في اجمة فالبيع باطل وقال ابن ابي ليلى رحمه الله هو جائز اذا كان قد اخذه ثم ارسله في الاجمة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من اخذه الا بالصيد ولكنا نستدل بما روي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انهما قالا لا تبتاعوا السمك في الما فانه غرر ثم ان كان لم ياخذه فقد باع ما ليس بمملوك له والملك لا يبقى الملك فهو كبيع الطير في الهوا وان كان قد اخذه ثم ارسله فهو ابق في الما فبيعه كبيع الابق ولانه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتدا الملك به وهو الاصطياد فكان هذا في معنى الاول قال وان كان في وعا او حب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز عندنا لبقا ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشتري بالخيار اذا راه وعند الشافعي لا يجوز بيعه واصله شرى ما لم يره وبيانه ياتي ان شا الله تعالى قال وان كان في بركة يمكن اخذه من غير صيد فان كان اخذه ثم ارسله فيها فهو كالحب وان لم ياخذه ولكنه دخل مع الما فان سد موضع دخول الما حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار اخذا له بمنزلة ما لو وقع في شبكه فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك السمك بدخوله في البركة ما لم ياخذه ولم يوجد منه الاخذ حقيقة ولا حكما قال وان اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد والاصل في هذا الجنس ان من جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل لان انعقاد العقد بالتسمية فانما ينعقد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالبيع جائز لان التسمية يتناول ما وقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة موقعة للتسمية فينعقد العقد بالمشار اليه وهو مال الا انه ان كان المشار اليه دون المسمى فللمشتري الخيار لفوت شرطه كما لو اشترط في العبد على انه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا فنقول ان كان المشار اليه زجاجا فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه استهلك ملك الغير باذنه وان سمى ياقوتا احمر والمشار اليه اصفر فالبيع جائز وللمشتري الخيار لفوت صفة مشروطة وكذا لو اشترى ثوبا على انه هروي فاذا هو من صنف اخر فهو فاسد لان الثياب اجناس مختلفة ولو اشترى شخصا على انه عبد فاذا هو جارية فالبيع فاسد عندنا وقال زفر جائز وللمشتري الخيار لان بني ادم جنس واحد ذكورهم واناثهم كسائر الحيوانات ولو اشترى بقرة على انها انثى فاذا هي ثور كان البيع جائزا وكذلك الابل والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا في بني ادم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك توضيحه انه لو اشترى عبدا على انه تركي فاذا هو رومي او سندي جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية وحجتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بني ادم في حكم جنسين لان ما هو المقصود باحدهما لا يحصل بالاخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشي من ذلك لا يحصل بالغلام فكان التفاوت بينهما في المقصود ابلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروي والمروي من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ما هو المقصود بالعين فيها لا يتفاوت بالذكورة والانوثة وذلك اللحم او الانتفاع من حيث الركوب او الحمل عليه وانما التفاوت في صفة المقصود لا في اصله فكان جنسا واحدا كذلك ذكر في الاصل والله اعلم

باب البيوع إذا كان فيها شرط

قال واذا اشترى عبدا على ان لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة رحمه الله البيع جائز والشرط صحيح وحكى عبد الوارث بن سعيد قال حججت فدخلت مكة على ابي حنيفة رحمه الله وسالته عن البيع بالشرط فقال البيع فاسد فخرجت من عنده فدخلت على ابن ابي ليلى وسالته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن شبرمة

رحمه الله وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا علي في هذه المسألة فتحيرت ان اسأل كل واحد منهم
عن حجته فدخلت على ابي حنيفة رحمه الله فاعدت السؤال فاعاد الجواب فقلت ان صاحبيك يخالفانك فقال لا ادري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن ابي ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا ادري ما قالا حدثني هشام بن
عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها انها لما ارادت ان تشتري بريرة ابى مواليها الا بشرط ان يكون لهم الولاء فذكرت ذلك لرسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتري واشترطي الولاء لهم فانما الولاء لمن اعتق ثم خطب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله احق وشرط الله اوثق والولاء
لمن اعتق فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك فقال لا ادري ما قالا حدثني محارب بن دثار عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصاري
ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح ما استدل به ابو حنيفة رحمه الله فانه
حديث مشهور ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه واما حديث هشام بن عروة فقد قال ابو يوسف اوهم هشام بن عروة ما قاله
رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترطي الولاء لهم لان هذا امر بالغرور ولا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتاويله اشترطي
الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على كما قال الله تعالى اولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار ومعناه عليهم بمعنى الولاء لا الاشتراط في اللغة
الاعلام ومنه اشتراط الساعة قال القائل فاشترط فيها نفسه وهو معصم والقى باسباب له وتوكلا
اي جعل نفسه علما لذلك الامر وتاويل حديث جابر رضي الله عنه ان ذلك لم يكن شرطا في البيع على ان ما جرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وانما
كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابرا رضي الله عنه قال كانت لي ناقة ثقال فقامت علي في بعض
الطريق فادركني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما لك يا جابر فقلت حري ان لا يكون لي الا ناقة ثقال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن راحلته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة الحديث الى ان قال ابيعني ناقتك باربعماية درهم
فقلت هي لك يا رسول الله ولكن لي الحمل الى المدينة فقال عليه السلام لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليه وسلم
باربعماية درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الناقة قلت بالباب قال عليه السلام
جئت تطلب الثمن فسكت فامر بلالا رضي الله عنه فاعطاني اربعماية درهم فقال عليه السلام خذها مع الناقة فما لك بارك الله فيها
وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط في البيع على اوجه اما ان يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع او شرط
تسليم الثمن وتسليم المبيع فالبيع جائز لان هذا بمقتضى العقد ثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه عرف
ظاهر فذلك جائز ايضا كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط ان يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في النزوع عن
العادة الظاهرة حرجا بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد
لان الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فيتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة
المعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبدا على ان لا يبيعه فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه
حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين قال وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط
باطل والبيع صحيح نحو ما اذا اشترى دابة او ثوبا بشرط ان لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لاحد فكان لغوا والبيع
صحيح الا في رواية عن ابي يوسف قال يبطل به البيع نص عليه في اخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث انه يتعذر عليه
التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به
والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر قال واذا اشترى عبدا على ان يعتقه فالبيع فاسد وروى الحسن عن ابي
حنيفة رحمه الله ان البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الى عائشة رضي الله عنها
تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد
اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لها ولان الشرى بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها
وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق في المبيع بمنزلة القبض حتى اذا اعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض من احكام العقد
فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان في هذا الشرط منفعة
للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط في الجارية ان يستولدها او في العبد ان
يدبره كان العقد فاسدا فاذا كان اشتراط حق العتق مفسدا للبيع فاشتراط حقيقة العتق اولى ودعواه ان هذا الشرط يلائم العقد

لا معنى

لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون منه ملائما له ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود
بالعقد وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعدا من المشتري ثم البيع ينعقد مطلقا وهو تاويل حديث عائشة رضي
الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها ووعدت لها ان تعتقها ولو ترضى هي بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه
المشتري فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان اعتقه فعليه الثمن المسمى في قول ابي حنيفة
رحمه الله استحسانا وفي قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته او استهلاكه
بوجه اخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير والاستيلاد كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها بان دبرها او وفى بذلك الشرط
فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبارا للحقيقة بحق الحرية وابو حنيفة رحمه الله استحسن فقال المفسد حل بعوده فيجب الثمن كما
لو اشتراه بثمن مجهول ثم اسقطه قبل مضيه وبيان ذلك ان الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة ان لا يفي المشتري بالعتق وليكون في
الاقدام على التصرف في ملكه مختارا غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين اقدم على اعتاقه مختارا وحقيقة المعنى فيه ان هذا الشرط لا يلائم
العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق منهي للملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق فيكون العتق منهيا له
والانتهاء تقرير ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان
شراء القريب اعتاق على انه متمم عليه العتق وهو منهي للملك فكان هذا الشرط ملائما لحكم العقد وصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر
على ابقاء ملكه بالعقود بالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد به على الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه اخر تقرر الفساد
لوجود صورة الشرط دون الحكم وان اعتقه تقررت صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى
وانما سماه استحسانا لمعنى التوقف فيه في الابتداء او لمخالفة شرط صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاد والتدبير فالملك به لا ينتهي
ومعنى الملائمة باعتبار انهاء الملك فلهذا يتعين صفة الفساد هناك وفى بالشرط او لم يف قال وان اشتراه على ان يقرض
له قرضا او يهب له هبة او يتصدق عليه بصدقة او على ان يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع فاسد في جميع ذلك لنهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع وسلف وعن صفقتين في صفقة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشتري اذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت لان الضمان
الاصلي في الضمان للبيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم البيع مضمونا بالقيمة وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتحول
من القيمة الى المسمى عند صحة السبب وتمامه فاذا فسد السبب بقي الضمان الاصلي كما اذا كان البائع بالخيار فان المبيع يكون مضمونا على المشتري
بالقيمة بعد تمام السبب قال ولو اشترى ثوبا على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد في القياس
وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله ووجه القياس انه شرط في البيع اقالة معلقة بخطر عدم النقد
ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة اولى ان يفسد به العقد وهذا الشرط ليس في معنى شرط الخيار
لان هناك لو سكت حتى مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه
ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن عمر رضي الله عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يظن به انه قال جزافا
والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليروي النظر فيه
ويكون مخيرا في الايام الثلاثة بين فسخ العقد واتمامه وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار لهذا
المقصود حتى قال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال فان اشتراه على انه ان لم ينقد الى اربعة
ايام فلا بيع بينهما فهذا العقد فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله لقوله في شرط الخيار فان عنده شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام يفسد
العقد وعند محمد رحمه الله العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالت المدة او قصرت ولم
يذكر في الكتاب قول ابي يوسف رحمه الله وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة رحمهما الله وذكر ابن سماعة
في نوادره ان هذا قوله الاول فاما قوله الاخر كقول محمد رحمه الله لان هذا في معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد رحمه الله في جواز
اشتراط الخيار اربعة ايام فكذلك في هذا الشرط ووجه قوله الذي ذكر في المأذون ان القياس ما قاله زفر رحمه الله فان
هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة ايام لقول ابن عمر رضي الله عنه فيما زاد على ذلك
ناخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة وقد يجوز ان يحتمل العقد اليسير من الغرر دون الكثير منه الا ترى انا نجوز شرا
اخذ الثنيا بالثلاثة على انه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الاربعة لما ذكرنا قال وكل فاسد رده المشتري على البائع بهبة او صدقة

اوسع فهو مشاركه في البيع وبين المشتري من ضمانه لان الرد بسبب فساد البيع مستحق في هذا المحل بعينه شرعا فعلى اي وجه اتى به يقع من الوجه المستحق
كرد المغصوب والودايع وهذا لانه ممنوع من تمليكه من البايع بسبب مبتدا مامور برده عليه لفساد البيع ولا معارضة بين المنهي عنه وبين المامور
فيتحقق جانب المامور في رده عليه قال ولو اشترى شيا وشرط على البايع ان يحمله الى منزله او يطحن الحنطة او يخيط الثوب فهو فاسد لان
فيه منفعة لاحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ولانه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم
يكن بمقابلة شي من البدل فهو اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد وهذا شرط اجل في العين والعين لا تقبل الاجل قال
ولو اشترى شيا على ان يرهنه بالثمن رهنا او على ان يعطيه كفيلا بنفسه او بالثمن فهذا العقد فاسد والكلام في هذين الفصلين ينقسم
على اقسام اما في شرط الكفيل سوا سمى الكفيل او لم يسمه فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غايبا عن مجلس العقد لانه لا يدري ايتكفل ام لا
فيفسد العقد لمعنى الغرر ولان جواز هذا العقد يتعلق بقبول الكفيل الكفالة فهي شرط قبوله اذا كان غايبا عن مجلس العقد لم يجز
العقد وان قبله بعد المجلس كالمشتري فان كان الكفيل حاضرا او حضر وقبل قبل ان يفترقا جاز البيع استحسانا وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الكفالة عقد اخر ليس من حقوق العقد في شي واشتراط عقد اخر في عقد البيع مفسد للعقد اذا
كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وجه الاستحسان ان المقصود بالكفالة الوثوق باليمين فاشتراطه في معنى اشتراط زيادة
وصف الجودة في الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيدا كان البيع جايزا ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل لان بقبوله ينتفي معنى الغرر
فاذا وجد ذلك في المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة لانه لا تنافي في وجود اصل
الثمن في ذمة المشتري بخلاف ان الحوالة تحويل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتدا على
غير المشتري بالعقد فان ذلك بنافي موجب العقد فكان مفسدا للعقد قال وان شرط ان يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن
مجهولا فالعقد فاسد لان قبول العقد في الرهن لابد منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لابد من ان يكون معلوما ولكن
لو اوفاه الثمن صح العقد لان المفسد قد زال قبل تقرره فان شرط الرهن للاستيفا وقد استوفاه حقيقة وان شرط ان يرهنه هذا
المتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا انه شرط عقد في عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفا
كان موجبه ثبوت يد الاستيفا وشرط استيفا الثمن ملايم للعقد ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشتراط ما يتوثق به كاشتراط صفة
الجودة في الثمن ولكن لذلك ان سمى مكيلا او موزونا موصوفا بغير عينه وجعله رهنا بالثمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح الا ترى انه يصلح
ان يكون ثمنا فكذلك يصلح ان يكون اشتراطه رهنا بالثمن فان ابى المشتري ان يرهنه ما سمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض
وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله يجبر عليه لانه يثبت في ضمن عقد لازم فيصير لوفا مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلطه على البيع كان مجبرا عليه
ولا يملك الراهن عزله بخلاف الوكيل في البيع مقصود ولكنا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلابد في اتمامه من ايجاد شروط العقد
واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن الا ترى ان يد الاستيفا لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن
ابى المشتري ان يرهنه فللبايع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له ان
يفسخ قال وان باع شيا من الحيوان واستثنى ما في بطنه فالبيع فاسد لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصودا فلا يجوز
استثناوه مقصودا كاليد والرجل وهذا لان الجنين ما دام متصلا بالام فهو في حكم الاجزا الا ترى انها تقطع بالمقراض عنها واجزا الحيوان
لا تقبل العقد مقصودا فلا يكون مقصودا بالاستثنا وهذا لان الجنين في البطن مجهول فلا يدري اذكر هو او انثى واحد او مثنى فاذا كان
المستثنى مجهولا فالمستثنى منه يصير مجهولا ايضا وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل بز او اغنام واستثنى
واشترط ان يرد المشتري احداهن او يأخذ البايع احداهن بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا
ايضا وهذه جهالة تفضي الى المنازعة لانها متفاوتة في المالية فيفسد البيع قال وان اشترى شاة على انها حامل فالعقد
فاسد لان الحمل في البهايم زيادة وهي زيادة مجهولة فانه لا يدري ان انتفاخ بطنها من ريح او ولد وان الولد حي او ميت ذكر او انثى
واحد او مثنى والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل به مجهولا وكذلك ان شرط انها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط
باطل يعني ان اشتراط مقدار من اللبن لبيع وسع البايع ايجاده ولا طريق له الى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد قال
وان اشترط انها حلوب او لبون لم يذكر هذا الفصل في الاصل وقد ذكر الكرخي ان هذا وما لو شرط انها تحلب كذا وكذا سوا لان اللبن
زيادة منفصل ولا يكون لبونا حلوبا الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى على انها حامل وذكر الطحاوي ان هذا شرط
وصف مرغوب به فلا يفسد العقد به كما لو شرط في العبد انه كاتب او خباز وكان هذا يذكر على سبيل بيان الوصف لا على سبيل الشرط لانه

هذا وصف

هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرسا على انها هملاج او اشترى كلبا على انه صايد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روى الحسن عن ابي حنيفة
في الحلوب بخلاف ما اذا شرط انها تحلب كذا لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع لا طريق الى معرفته قال وكذلك ان اشترى سمسما
او زيتونا على ان فيها الدهن كذا او اشترى حنطة بشرط ان يطحن منها كذا مخوما فيقول هذا شرط باطل لا طريق للبايع الى معرفته ولا يقدر
على الوفا به فيكون مفسدا للعقد قال ولو باع جارية وتبرا من الحبل وكان بها حبل او لم يكن فالبيع جايز لان الحبل في بنات ادم عيب
الا ترى ان للمشتري حق الرد به فانما تبرا البايع من العيب وذلك غير مفسد للعقد وليست البراءة في هذا كالشرط قيل معناه كالشرط في
البهايم فان الحبل في البهايم زيادة فذكره في العقد شرط زيادة مجهولة وفي الادمية عيب فذكره يكون تبريا من العيب ولا يكون شرطا زيادة
مجهولة وقيل معناه اذا ذكر الحبل في الجارية على وجه التبري عرفنا ان مراده بيان العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره على وجه
الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذكر هشام عن محمد رحمه الله انه اذا اشترى جارية على انها حامل فالبيع
الا ان يظهر المشتري انه يريدها للظوورة فحينئذ يفسد به العقد لانه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا حكي عن الهندواني رحمه
الله انه كان يقول ان شرط الحبل اذا وجد من البايع لم يفسد به العقد وان شرطه المشتري يفسد لان البايع انما يذكر الحبل على وجه بيان
العيب عادة والمشتري يذكره على وجه اشتراط الزيادة قال رجل اشترى جارية بمائتين الى اجل فالعقد فاسد لان الحيوان لا يثبت
دينا في الذمة بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النسا فان قبض الجارية فذهبت عينها عنده من عمله او من غيره فللبايع ان ياخذها
ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الادمي نصفه وفوات النصف في ضمان المشتري كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت
بفعله او بغير فعله فكذلك اذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض الا ترى انها تضمن بالغصب كالجارية
المغصوبة اذا ذهبت عينها عند الغاصب اخذها المغصوب منه مع نصف قيمتها ولو فقا عينها غيره فللبايع ان ياخذها لان فسخ
العقد فيها مستحق شرعا فما دامت قايمة كان على البايع ان ياخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقي وان شاء ضمن المشتري
لان بالاخذ ينفسخ البيع فيها ويعود الى ملك قديم ملك البايع فجنايه الفاقي كانت على قديم ملكه فله ان يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن
المشتري ذلك لانها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع اجزايها فكانت كالمغصوبة في هذا الحكم فان ضمن المشتري يرجع المشتري بذلك على
الفاقي لان ملكه تقرر في ذلك الجز حين ضمن بدله وهو كالغاصب في ذلك وان ضمن الفاقي لم يرجع على المشتري بشي لانه ضمن بجنايته فاما اذا
قتلها قاتل في يد المشتري لان المغصوبة على ملك المغصوب منه فالقتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمين ان شا ضمن الغاصب
بالغصب او القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشتري بالقبض وبالقتل فيتعذر فسخ البيع فلا يعود الى ملك البايع فلهذا تعين
حق البايع في تضمين المشتري وليس له ان يضمن القاتل وفي فقي العين ما تعذر فسخ البيع فيها واذا انفسخ العقد فيها بالرد كان جناية الفاقي
على ملك البايع فلذلك يتخير البايع ان شا ضمن الفاقي بالفقي وان شا ضمن بالقبض كما في الغصب ثم اذا ضمن البايع قيمتها المشتري في القتل كان للمشتري
ان يضمن قيمتها لانه اتلف ملكه فيها بالجناية فكان له ان يضمنه قيمتها قال فلو كانت الجارية كما هي غير انها ولدت ولدين فمات
احدهما اخذ البايع الجارية والولد الباقي لانها في يده كالمغصوبة مستحقة الرد بزوايدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد
متولد من العين ووجوب الرد كان حكما متقررا فيها فيسري الى الولد ولان ملك الاصل يسري الى الولد والثابت للمشتري في الاصل كان
ملكا مستحق الازالة بالرد على البايع فيثبت مثله في الولد وليس له ان يضمنه قيمة الميت بمنزلة ولد المغصوب اذا مات في يد الغاصب
من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع فيه فهذا مثله قال وان كانت الولادة قد نقصتها وفي الولد الباقي وفا بجميع ذلك النقصان
فلا شي على المشتري لرده ما يجبر به النقصان فان نقصان الولادة ينجبر بالولد عندنا وقد بينا ذلك في المغصوبة فكذلك في المشتراة شراء فاسدا
والولد الميت صار كان لم يكن فكانها ولدت ولدا واحدا قال وان لم يكن في الولد الباقي وفا بالنقصان فعلى المشتري تمام ذلك
لان انجبار النقصان بالولد بصفة المالية وانما ينجبر بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك فليس بازايه ما يجبره فعلى المشتري ضمان ذلك قال
وان كان الميت مات من فعل المشتري او منعه بعد طلب البايع حتى مات كان المشتري ضامنا لقيمته يردها مع الام لان الولد
انما لم يكن مضمونا عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد وجد ذلك بالاتلاف او المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا
كان فيها وفا بالنقصان فلا شي على المشتري وان لم يكن فيها وفا بنقصان الولادة فعلى المشتري تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر
قال ولو كانت الام هي الميتة والولدان حيان اخذ البايع الولدين وقيمة الام يوم قبضها المشتري وهكذا نقول في كل بيع فاسد
لان حق الاسترداد ثابت للبايع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمغصوبة اذا ولدت ثم ماتت كذلك هاهنا وكان ضامنا
قيمتها للبايع حين قبضها لانها دخلت في ضمانه بالقبض وتعذر ردها فيجب ضمان قيمتها والولد بيع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لا يسقط

رد الولدين ضمان قيمة الام وان كان في قيمتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالفايت هناك وصف هو تبع ثم الخلافة هناك باتحاد
السبب فان سبب النقصان والزيادة واحد وهذا لا يوجد هنا بان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث انها
موت لا توجب الزيادة وكذا لا ينجبر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كال قيمتها لان هنا لا يحتاج الى جبر النقصان بعد
موت الام لان الملك لا يثبت للمشتري بالقبض على ما ذكرنا وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين ان ذلك النقصان حاصل على
ملك المشتري فلا تقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا ابقيا الام لانه امكن فسخ العقد فيها بالرد فاذا ردها عادت
الى قديم ملك البائع فتبين ان النقصان حصل في ملك البائع فوقعت الحاجة الى انجبار النقصان بخلف قام مقامه وهو الولد فلهذا فرقا
قال ـــــ البيع الفاسد ينعقد موجبا للملك اذا اتصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد موجبا للملك وفي الحقيقة هذه المسئلة
تبتني على مسئلة من اصول الفقه وهو ان النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من ان يكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب النسخ والنهي
غير النسخ وعنده يخرجها من ان يكون مشروعة بمقتضى النهي لان صفة القبح من ضرورة النهي كما ان صفة الحسن من ضرورة الامر والمشروع
ما يكون مرضيا والقبيح ما لا يكون مرضيا فينعدم اصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكنا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون
المنتهي مختارا فيه كما ان موجب الامر الايتمار على وجه يكون المؤتمر مختارا فيه فان استحقاق الثواب والعقاب ينبني على ذلك وذلك لا يكون
الا بعد تقرر المشروع مشروعا باعتبار هذا الاصل ثم تخريج المقتضى عليه بحسب الامكان اولى من اعدام المقتضي بالمقتضى وهذا في اصول
الفقه فاما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو ان النهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه فانه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء
وان كان لمعنى في عين المنهي عنه يعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي رحمه الله يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى في عين المنهي
عنه ولهذا افسد البيع ويتضح هذا في البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد
موجبا حكمه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب الملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا
للملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالقيمة ولا عقد وان كان ينعقد فصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان
بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا في معناه لان مع خيار
الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكا انما يصير مملوكا بالقيمة والبائع لم يرض بذلك ولهذا ثبت خيار
الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستبد
سببا مرضيا شرعا بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد ففيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط
الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق كما لو قال ان زنيت فانت حرة فانا نثبت العتق هنا لمعنى التعليق دون المعاوضة وحجتنا في ذلك
من حيث التخريج على الاصل المجمع عليه ان نقول هذا النهي لمعنى في غير المنهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا
تخل شيء من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد بوجود ركنه من اهله والنهي كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهي عن
الربا للفضل الخالي عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعدم به اصل العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب
الشرعية تطلب لاحكامها فاذا كانت خالية عن الحكم يكون لغوا ولكن الحكم يتصل بها تارة ويتاخر اخرى كالهبة فانها عقد تمليك ثم
الملك بها يتاخر الى القبض قوله بان البيع يفسد به قلنا لان النهي اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزا كان عمله في تغيير وصف
العقد لا في تغيير اصله فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدا وليس من ضرورة انعدام
الوصف انعدام الاصل بل من ضرورته انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا يقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد
ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب السبب فالعقد الفاسد
انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد هنا انتفاء الملك وهنا
بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا كانت جارية لا يحل له وطيها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير
يتخمر يبقى مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل اخته من الرضاع فملكها وان كانت حراما عليه فاثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة
الفساد يضعف فيتاخر الحكم الى انضمام ما يقويه وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض ثبت بغير عوض كان المسمى
لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تاخر الملك الى ما بعد القبض وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار فانه انعقد مفيدا
لحكمه ولكنه تاخر ثبوت الحكم الى سقوط الخيار على ان ذلك في معنى التعليق بالشرط لانه يقول على اني بالخيار والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط

الا انه بعد زاعمال التعليق في اصل السبب فيجعل عاملا في الحكم وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالاحرام يفسد بالجماع ويبقى
اصله والطلاق في حالة الحيض حرام شرعا ويكون مفيدا لحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه ان المقبوض يصير مضمونا
والضمان انما يجب بطريق الجبران او بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق الجبر لانه يقبضه باذن المالك فعرفنا ان وجوب الضمان
بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على سوم الشراء انه مضمون بالعقد ولكن على وجه وهو ان يجعل الموعود من العقد كالمتحقق وليس
بينهما عقد موعود هنا فعرفنا ان الضمان باعتبار العقد المحقق واذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربا لان
الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البدلين وتخمر العصير
لا يعدم المالية وانما يعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا به وقد اثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله تعالى ومنافع
للناس ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين
الا انه ينعدم تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا بقي مالا متقوما في حق اهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في
محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا بقي مالا متقوما
في حق اهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا فيملك ما بازائه
لانعقاد العقد موجبا الملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس بمال في حق احد فلانعدام ركن العقد في محله لا ينعقد العقد
قال ـــــ ولو كان المشتري اعتق الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها او باعها او امهرها او وهبها وسلمها او دبرها او كاتبها
او استولدها جاز جميع ذلك لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد رحمه الله تعالى في كتاب الشهادات في نظير هذا قال لانه
مالك لرقبتها وهنا قال لان البائع سلطه عليها وهو اشارة الى ما قلنا لان التمليك تسليط على التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا
بان قال اعتقها الا ترى انه ذكر في كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له التناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان
في العقد الجائز يعتبر التسليط في حق تناول الطعام فكذا في حق الفاسد ولهذا قلنا انه لا يحل له ان يطاها لان الوطي مما لا يستباح بصريح
التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ونفوذ التصرف باعتبار اصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت اصل الملك دون صفة الحل
ثم بعد التسليط على التصرف ثم قد تعذر ردها عينها فيلزمه رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما اشبه ذلك
لان المشتري شرا فاسدا المبتاع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى من حيث فسخ العقد فيه بالرد
على البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم حق العبد لا تهاوننا بحق الله تعالى لكن لان الله تعالى غني والعفو عنه ارجى
بخلاف المشتري من الغاصب لان ثمة تعلق به حق المشتري وحق المغصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد فرجح حق المغصوب منه لانه اسبق
قال ـــــ وليس عليه في الوطي مهر وفي كتاب الشرب يقول وعليه العقر قيل تاويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطي حتى ردها على البائع
فان بردها ينفسخ الملك من الاصل فتبين ان الوطي صادف ملك الغير فيلزمه العقر بالوطي وهنا قال استولدها وبالاستيلاد تقرر ملكه
فانما وطيها وهي مملوكة له فلا يلزمه العقر لذلك وقيل ما ذكر هنا قول محمد رحمه الله واصله فيما ذكر هشام رحمه الله انها لو زادت
في يد المشتري في بدنها ثم اعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وما ذكر هنا قول ابي حنيفة وعند
محمد رحمه الله وقت العتق فلما كان محمد رحمه الله يثبت حق البائع في الزيادة ويجعلها مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفى
بالوطي فلهذا لا مهر عليه قال ـــــ وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض يكون لازما في حق الراهن فيثبت به عجزه عن
رد العين لهذه الزمنة قيمتها وان افتكها قبل ان يضمنه القاضي قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحول حق البائع الى القيمة وكذلك ان عجزت
عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل تحول الحق الى القيمة فان التحول انما يكون بقضاء القاضي وكذلك ان رجع في الهبة بقضاء او بغير
قضاء ردها على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وكذلك ان رد عليه بعيب قبل ان يقضي القاضي عليه بالقيمة فان ذلك يمنع قضاء
القاضي بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضي بالقيمة فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود في العين بعد ذلك كما لو ابق المغصوب
فقضى القاضي بقيمته على الغاصب ثم عاد قال ـــــ ولو كان اجرها فله ان ينقض الاجارة ويردها لان الاجارة تنفسخ بالاعذار وتمام حق الشرع
في الرد لفساد السبب من اقوى الاعذار فتنفسخ الاجارة الا ترى ان المشتري لو اجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له ان ينقض الاجارة ليرده فهذا
اولى قال ـــــ وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد او الى الدياس او العطاء او الى جداد النخل او رجوع الحاج فهذا كله باطل بلغنا نحو ذلك
عن ابن عباس رضي الله عنهما وقول ابن عباس في البيع الى العطاء ان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله عنه كان
يفسد ذلك وابن ابي ليلى اخذ بقول عائشة رضي الله عنها وقال البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا للاجل الذي ذكره لغي

لانه لو نفذ حكم الزيادة مضمونة وهي اصلها الا ان الزيادة في بيعها لا يكون مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطي

ذكر ان عائشة رضي الله عنها كانت تقول وقت خروج العطا معلوم بالعرف لايتاخر الخروج عنه الا نادرا فكان هذا بيعا باجل معلوم ولكنا
ناخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه لان العطا فعل العباد وقد يتقدم ويتاخر بحسب ما يبدو لهم والاجال بالاوقات دون الافعال
قال الله تعالى قل هي مواقيت للناس والحج ثم الشرط في البيوع بيدل موجل اعلام الاجل كما قال عليه السلام في السلم الى اجل معلوم واعلام
الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتاخر من الايام والشهور فاما ما قد يتقدم ويتاخر من افعال العباد يكون مجهولا وكذلك الحصاد فانه من
افعال الناس وقد يتقدم اوانه بتعجيل الحر وقد يتاخر اوانه اذا ابطا البرد والدياس وجداد النخل كذلك ورجوع الحاج فعلم قد يتقدم
وقد يتاخر قال فان ابطل المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس او بعد الافتراق من المجلس جاز البيع عندنا استحسانا وقال
زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز البيع لانه انعقد فاسدا وتصحيح العقد الفاسد في مستقبل كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحا
بالاشهاد والنكاح الى اجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل والدليل على فساد العقد ان البيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك في يده وان
كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضا صاحبه وان للبايع ان يسترده بزوايده المتصلة والمنفصلة ولكنا نقول المانع من
صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصا في خاتم او جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه الى المشتري كان البيع صحيحا وتحقيق هذا الكلام
ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة في وقت الحصاد وذلك غير موجود في الحال فانشا ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه
وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ولاجله فسد العقد وهذا اتصال بعرض الفصل فاذا اسقطه قبل مجي اوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي
العقد صحيحا كما في الجذوع فانه عين مال متقوم ولكن لاتصال له بالسقف وللضرر في نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه فات ذلك المعنى كذا هنا
حتى لو جاء زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله يتقرر الفساد وهذا خلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط
الجواز ولا يجوز ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح الى اجل متعة والمتعة عقد اخر سوى النكاح وهذا خلاف البيع الى هبوب الريح وامطار
السما لان ذلك ليس باجل فالاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار السما قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد
ولاجله فسد العقد وهذا بخلاف ما اذا باع بالف ورطل من خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا اذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في
الاذن هناك لا ينفرد البايع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه قال وان اشترى
الى النيروز او الى المهرجان فهو فاسد ايضا لانه ليس من اجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين
فهو جايز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد وقيل المراد وقت نتاج البهايم وذلك قد يتقدم ويتاخر
بمنزلة الحصاد وقيل ولادة امراة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتاخر وقيل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين
وكذلك الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتاخر وكذلك الى فطر النصارى قبل ان يشرعوا في صومهم
لان ذلك قد يتقدم وقد يتاخر بحسب شروعهم في الصوم الا ان يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتاخر وان اشترى
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما قال
واذا اشترى شيا الى اجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه على احدهما
وامضى البيع عليه جاز ولا باس بطيلسان كردي بطيلسانين خوارزميين الى اجل فانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذلك لا باس
بمسح موصلي بمسحين قساسيين الى اجل وكذلك لا باس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين الى اجل وهذا مبني على الاصل الذي بينا ان باختلاف
الصنعة والمقصود تختلف الجنس وان كان الاصل واحدا وحرمة النسا لا تثبت الا باعتبار احد الوصفين والله تعالى اعلم

باب الاختلاف في البيوع

قال واذا اشترى سمنا او غيره في زق فاتزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البايع ليس هذا بزقي وقال المشتري بل هو زقك فالقول قول المشتري
مع يمينه لان الزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول في تعيينه ايضا قوله كالمغصوب
ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المعقود عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزق فالبايع يدعي الزيادة فعليه البينة
والمشتري منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه قال واذا اشترى عبدين فقبض احدهما ومات عنده ومات الاخر عند البايع ثم
اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الاخر فالقول قول المشتري مع يمينه لان حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبايع يقول قبضت
ثلثي المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمس مايه وقيمة الاخر الف فالقول قول المشتري مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد على الثلث الا ترى انه

لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقي عند البايع فقال المشتري قبضت منك ثلثه وقال البايع قبضت منك نصفه كان القول قول المشتري
مع يمينه ولو كان المشتري قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بالعيب فاختلفا في قيمة الميت كان القول قول البايع مع يمينه لان
المشتري هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما رده بالعيب فالمشتري يدعي الزيادة فيه والبايع منكر فكان القول قول
المنكر مع يمينه يوضح الفرق ان هناك نحن نعلم ان الثمن كله لم يتقرر على المشتري وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما تقرر من الثمن على المشتري
فالبايع يدعي في ذلك زيادة والمشتري منكر وهنا اتفقا ان جميع الثمن تقرر على المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه
بالرد فالمشتري يدعي زيادة في ذلك والبايع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمته الذي يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت
كما اقر به البايع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل في العقد غير معيب ولو اقاما جميعا البينة على قيمة الميت اخذت
ببينة البايع ايضا لانها تثبت الزيادة في المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين يترجح قال واذا اختلف البايع والمشتري
في الثمن والسلعة قايمة في يد البايع او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على اصل
البيع وادعى البايع زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر ولكن
تركنا القياس بالسنة والمروي في الباب حديثان احدهما حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قايمة بعينها فالقول ما يقوله البايع او يترادان والثاني حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان ابو خازم القاضي رحمه الله يقول ان
كانت السلعة في يد البايع فالتحالف يطابق القياس لان كل واحد منهما يدعي حقا لنفسه على صاحبه فان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري
يدعي وجوب تسليم السلعة اليه عند اداء ما اقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشتري فالتحالف
خلاف القياس لان المشتري لا يدعي لنفسه على البايع شيا فان المبيع سلم اليه باتفاقهما وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبدا بيمين البايع
وهو قول زفر واحدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشرع جعل القول قول البايع وهذا يقتضي الاكتفا بيمينه فان كان لا يكتفى
بيمينه فلا اقل من ان يبدا بيمينه ولان من المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله ينقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشتري لا ينقطع
المنازعة ولكن يجبر على ما ادعى من الثمن واليمين لقطع المنازعة فيبدا بمن يكون بنكوله اقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدا بيمين
المشتري وهو قول محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله لانه اظهرهما انكارا واليمين على المنكر ولان اول التسليمين على
المشتري وهو اول تسليم الثمن فاول اليمين عليه ولهذا قلنا في بيع المقايضة القاضي يبدا بيمين ايهما شا لانه لا يجب على احدهما التسليم قبل
صاحبه وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل او هو قايم مقام الاقرار وان حلفا جميعا ذكر في كتاب الدعوى ان
في القياس يكون البيع بينهما بالف درهم لان الزيادة التي ادعاها البايع انتفت بيمين المشتري وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضى
بالبيع بما وقع عليه الاتفاق من الثمن ولكنا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله عليه السلام ويترادان والمراد رد
العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضي وجوده من الجانبين واحد البدلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ
العقد اذا طلب ذلك احدهما وايهما اقام البينة وجب قبول بينته اما البايع فلانه مدعي حقيقة وقد اثبت الزيادة بالبينة واما المشتري
فلانه مدعي صورة لانه يدعي العقد بالف درهم والدعوى صورة يكفي لقبول البينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واقام البينة وان
اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البايع لما فيها من اثبات الزيادة قال وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا
في الثمن فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد والشافعي يتحالفان ويترادان العقد على
القيمة لظاهر قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يمنعنا من الاستدلال بظاهر الحديث ما في الحديث الاخر من ظاهر
قوله والسلعة قايمة بعينها لان ذلك مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قايمة لان عند ذلك يتاتى تمييز الصادق
من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ولا يتاتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان يجري التحالف مع امكان تمييز الصادق من الكاذب
فعند عدم الامكان اولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه فالبيع بالف غير
البيع بالفين الا ترى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه انه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة
وجب قبول بينته فعرفنا ان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك
السلعة متحقق فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع مقايضة وهلك احد البدلين ثم اختلفا او قتل المبيع قبل
القبض ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ثم اذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون

فاسدا او المقبوض بحكم فاسد يجب رد عينه في حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله استدلا بقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر والبايع هو المدعي والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشتري لا يدعي لنفسه شيئا على
البايع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس في حال قيام السلعة ايضا ولكن تركناه بالنص وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه التنبيه لان قوله
اذا اختلف المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه التنبيه بعينها معطوف على الشرط فكان شرطا
لان موجب العطف الاشتراك والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به الا ما كان في معناه وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام
السلعة لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما راس ماله بعينه وبعد
هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك
بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة
على المشتري والفسخ على غير محله لا يتاتى بخلاف بيع المقايضة فان هناك احد العوضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز
الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام
العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه ولا معنى
لقوله ان كل واحد منهما يدعي عقدا اخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف اذا باع بالفين جاز والبيع بالف قد
يصير بالفين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند حط بعض الثمن واختلاف الشاهدين في مقدار الثمن انما يمنع قبول الشهادة
لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب احد شاهديه وقبول بينة المشتري عند الانفراد لانه يدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول
بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودع يدعي رد الوديعة فلا يتوجه به اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل
عليه ان المشتري لو كانت جارية حل للمشتري وطيها ولو كان الاختلاف في الثمن موجبا اختلاف العقد لما حل له وطيها كما لو ادعى احدهما
البيع والاخر الهبة ولهذا يبطل دعوى الفساد وهو قوله انما التحالف يبقى العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطيها ولان القاضي
انما يفسخ البيع عند طلب احدهما وما لم يفسخ حل للمشتري وطيها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطيها ولما تاخر حكم الفسخ الى طلب
احدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتاتى
عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا ان الفسخ انما يتاتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد في حادثة واحدة في حكم
واحد اذا وردا فالمطلق يحمل على المقيد . قال وان كان البايع قد مات واختلف ورثته مع المشتري في الثمن فالقول قول
ورثة البايع ان كان المبيع في ايديهم ويجري التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قايمون مقام البايع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم العين
وذلك حكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا انهم صاروا كالبايع وان كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويترادان ان مات المشتري وبقي البايع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف
استحسانا لان ورثة المشتري قاموا مقامه في حقوق العقد فانه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشتري وعند محمد رحمه الله يتحالفان وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين
الورثة في الثمن فان كانت السلعة مقبوضة فعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد رحمه الله يتحالفان وان لم
تكن مقبوضة تحالفان بالاجماع وهذا بناء على اصل الفصل الاول فان الوارث خلف الميت كما ان القيمة خلف العين فكما اثبت محمد رحمه الله
حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهو القيمة فكذلك اثبت حكم التحالف عند موت العاقد باعتبار ما يخلفه
وهو الوارث وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله فرقا في الفصل الاول بين هلاك السلعة قبل القبض الى ما يخلفها وهو القيمة بان
قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقد فرقا بين ما قبل الموت وبين ما بعده
لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البايع في معنى البايع
حكما لانه يطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البايع ليس ببايع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا
في معنى المنصوص عليه فاخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشتري في هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب
فكذلك في الفسخ بالتحالف لان ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لا في العقد الا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد باعتبار الملك .
وان لم يكن هو عاقدا حقيقة ولا حكما . قال وان كانت السلعة في يد المشتري وقد ازدادت خيرا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول

المشترى

المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يتحالفان فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات
عند محمد رحمه الله ولهذا قال لا يمنع التنصيف الصداق في الطلاق وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الزيادة المتصلة تمنع الفسخ
كما تمنع تنصيف الصداق عندهما واذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض
لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمتنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوب اذا زادت في يد الموهوب له
لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه يتعذر فسخ العقد في الزيادة فيتعذر في الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل
وعند محمد يتعذر الفسخ في جميع المعقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف ففي البعض اولى وقد ذكر في المأذون انهما لو تبايعا عبدا بجارية
وقبض الجارية وازدادت في يدها ثم هلك العبد قبل القبض او وجد به المشتري عيبا فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو دليل
محمد رحمه الله في ان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ على العين وقيل هو قول محمد رحمه الله خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب
الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض او رده بالعيب وبتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة في محله وهو اصل الجارية ومن ضرورته ثبوت
الحكم في تبعها وحكم الفسخ فيها ثبوته في الزيادة لان الزيادة المتصلة تبع محض وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف
ولم يتقرر لما بينا ان هذا ليس في معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيه ومن ضرورته ان يجعل القول قول المشتري مع
يمينه . قال وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب والسمن في السويق وكذلك الجواب في حكم التحالف
انه على الاختلاف الا ان عند محمد رحمه الله يفسخ العقد على القيمة هنا او المثل لان هذه الزيادة ليست من محل المعقود عليه فلا يثبت فيها
حكم العقد . قال وان كانت الزيادة منفصلة فان كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت او جني عليها فاخذ المشتري ارشها
فحكم التحالف على الاختلاف الذي قلنا الا ان عند محمد رحمه الله يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ
بالرد بالعيب عندنا فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعي رحمه الله الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ
العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشتري وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والغلة فانها لا تمنع التحالف لف
وفسخ العقد على العين بالاتفاق كما لا تمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشتري بعيب دخلها فالقول قول
المشتري ايضا الا ان يرضى البايع ان ياخذها ناقصة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان حدوث العيب في يد المشتري
يمنع الرد بالعيب والاقالة الا ان يرضى به البايع فكذلك التحالف وعند محمد رحمه الله يتحالفان ثم يفسخ العقد على العين
ان رضي به البايع والا فعلى المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة . قال وان اختلفا في الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشتري
فهو على الاختلاف الذي بينا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت اليه بوجه غير الذي خرجت به من يده لان هذا ملك حادث
فاختلافهما باختلاف الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجري التحالف باعتبار رجوع عين اخرى اليه فكذلك باعتبار رجوع هذا العين بسبب
مستقبل . قال وان كان البايع باعها من رجلين فباع احدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الذي
باع نصيبه لزوال ملكه المستفاد من جهة البايع ويجعل في حقه كانه باعها ويتحالفان في حصة الاخر لقيام ملكه في النصف الذي استفاده من
جهة البايع وقيل هذا قول ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجري التحالف الا برضى البايع لان من اصله ان تفرق الرد في نصيب احدهما
يمنع الفسخ في نصيب الاخر بسبب العيب والخيار على ما بينه في بابه فيكون القول قولهما في الكل الا ان يرضى البايع به فحينئذ يتحالفان
على حصة الاخر وعند محمد رحمه الله يجري التحالف في الكل ثم في حصة الذي باع يفسخ العقد على القيمة وفي حصة الذي لم يبع يفسخ العقد على
القيمة العين . قال واذا اختلف البايع والمشتري في الاجل فالقول قول البايع ولا يتحالفان عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يتحالفان لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية العين فان المؤجل انقص من الحال في المالية ولكنا نقول في صفة ملحقة بالعقد
شرطا فيكون القول قول من ينكرها ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص
عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص لاخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البايع
سواء انكر زيادة الاجل او انكر اصل الاجل وفرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعي الاجل عند ابي حنيفة رحمه
الله وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد
فاذا انكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما اقر به فلا يصدق فاما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان
العقد يقتضي ايجاب الثمن المعقود عليه في المجلس فالمشتري يدعي عليه التاخير وهو منكر فالقول قول المنكر . قال وان اتفقا على
الاجل واختلفا في مضيه فالقول قول المشتري لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال وان قال البايع بعتك هذه الجارية بما

دينارا وقال المشتري بعتنيها مع هذا الوصف بخمسين دينارا وأقاما البينة فهما جميعا للمشتري بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضي
بالعقدين لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه
الله الآخر كما في قوله الأول وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا إذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في
نظير هذه المسألة في شرح الإجارات ٥ قال ولو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار
وأقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشتري لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وإنما الاختلاف في حق
البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولأنه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للإثبات لا للنفي قال
وإذا اشترى عبدا بثوبين وتقابضا ثم استحق العبد أو وجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثوبين فإنه يأخذ الباقي وقيمة الهالك
لأن العقد انفسخ باستحقاق العبد ورده بالعيب فعلى قابض الثوبين ردهما لأنه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم منهما قادر على رد
العين وفي الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لأنه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد
فيجب القيمة كالمغصوب والقول في القيمة قول الذي كانا في يديه لأن القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله قال
ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها لأن باستحقاق العبد يبطل
العقد من الأصل فيكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بعقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وإن كان قد دخلها عيب
ينقصها أخذ معها النقصان أيضا كما في المشتراة شراء فاسدا وهذا لأنها مضمونة بالقبض والأوصاف تضمن بالتناول قال
ولو كان الذي الجارية في يديه أعتقها نفذ عتقه فيها لأنها مملوكة له فإن بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء
فاسدا وعليه رد قيمتها مع الولد إن كانت ولدته قبل العتق لتعذر ردها بنفوذ العتق فيها قال ولو وجد العبد حرا كان
عتق البائع في الجارية باطلا لأن بدل الحر لا يملك بالعقد فإن الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال متقوم فعند انعدام المالية في
أحد البدلين لا ينعقد البيع أيضا أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بميتة أو دم قال ولو اشترى
العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فإن
أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوبين وبعده قبل أن يقضي القاضي عليه بشيء فهو جائز لأنه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوبين فلا إشكال
وبعد هلاكهما وإن فسد العقد فقد بقي الملك ببقاء القبض لأن فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاءه فإن
بطل تو الأولى ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعد ما تقرر السبب فيه ولو تقابضا ثم استحق أحد الثوبين فقال الذي كان عنده الثوبان
استحق أعلاهما ثمنا وقال الذي باعهما بل استحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثوبين مع يمينه لأنهما تصادقا على أنه لم يسلم
لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وإنما الاختلاف بينهما في مقدار ما ثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعي زيادة
في ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وإن لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وإن قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم
وقال المشتري بل بهذه الجارية بخمسين دينارا تحالفا لأن كل واحد منهما مدع ومنكر حقيقة لأنه يدعي كل واحد منهما العقد في عين أخرى
فيحلف كل واحد منهما العقد في عين أخرى فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وإن أقاما البينة قضي بالبيع فيهما جميعا بألف وخمسين
دينارا وقد بيناها في باب السلم وإن قال المشتري بعت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم ونقدتك الثمن وقال البائع
ما بعتك هذا العبد إنما بعتك جارية بهذه الألف وقبضت الثمن ودفعتها إليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فإن حلف
البائع رد عليه العبد لأن العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد أنه كان مملوكا له في الأصل وإذا حلف الذي كان في يديه العبد
ما اشترى الجارية فعلى البائع رد الألف عليه وإن قامت لهما بينة قضي بالبيعين وعلى المشتري أداء ألف أخرى ٥ قال رجل اشترى عدل
زطي وأقر أنه زطي ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده فقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن لازم لأنه مناقض في دعواه والمناقض لا قول
له ولأن بسبب خيار الرؤية إنما يتمكن من الفسخ إذا أحضر المعقود عليه والذي أحضره كرابيس والمعقود عليه زطي بزعمه فلا يتمكن من
فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيار الرؤية وإن قال لا أدري أزطي هو أم لا ولكني أخذته على قولك فانظر ثم جاء برده فقال وجدته كرابيس
كان مصدقا في ذلك مع يمينه لأن المشتري ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط وإذا انفسخ العقد بقي المقبوض في يده ملك
البائع فالقول قوله في تعيينه ضامنا كان أو أمينا وهذا لأنه هنا ما ناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطي فالقول قوله مع يمينه وفي
الأول هو مناقض في كلامه لأنه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطي فلا يقبل منه قوله بخلافه بعد ذلك ٥ قال ولو اشترى ثوبا
فقال البائع هو هروي وقال المشتري لا أدري ولكني قد أخذته على ما تقول ثم جاء برده وقال وجدته قوهيا لم يصدق لأنه كان رأى

المعقود عليه فليس فيه خيار الرؤية بعد ذلك فهو يدعي حق الرد لنفسه على البائع في هذا العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل كما إذا ادعى
المشتري العيب بالمعقود عليه فلا يقبل قوله إلا بحجة قال وإذا نظر إلى العدل مطويا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده إلا
بالعيب لأنه قد رأى طرفا من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كرؤية الكل في إسقاط خيار الرؤية إلا أن يكون في طي الثوب ما هو مقصود
كالطراز والعلم فحينئذ لا يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع لأن مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم
بمقدار المالية ٥ قال وإذا اشترى خادما على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يردها فهذا بمنزلة العيب فيها لأن الجنس
جنس واحد لاتحاد الأصل وتقارب المقصود إلا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فإنما فات زيادة صفة مشروطة وذلك
بمنزلة العيب في إثبات حق الرد كما لو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم ٥

باب الخيار في البيع ٥

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شاة محفلة فهو بأخير النظرين ثلاثة أيام وفي رواية بخير النظرين ففيه دليل جواز
اشتراط الخيار في البيع والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار والمحفلة التي
اجتمع اللبن في ضرعها والحفل هو الجمع واجتماع اللبن في ضرعها قد يكون لغزارة اللبن وقد يكون بتحفيل البائع بأن يشد ضرعها حتى يجتمع
اللبن في ضرعها فلا يتبين أحدهما عن الآخر للمشتري إلا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لأنه إذا حلبها في اليوم الأول لا يتبين له شيء وكذلك في
اليوم الثاني فلعل النقصان بعارض وإذا حلبها في اليوم الثالث فكان مثل اليوم الثاني فظل النقصان بعارض وإذا حلبها في اليوم الثالث
علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الأول كان للتحفيل فيحتاج إلى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه
فجوز له الشرع ذلك وجعله بأخير النظرين ثلاثة أيام فأما إذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا وقال
الشافعي له أن يردها ويرد معها صاعا من تمر لأجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها ناقة مصراة وهي التي شد البائع ضرعها حتى
اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهي الحوض فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا وقال الشافعي رحمه الله له أن يردها
بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشتري كاتبا أو ألبسه ثياب الخباز حتى ظنه خبازا وعن أبي يوسف قال
في الشاة المحفلة آخذ بالحديث وأقول يردها وفيما سوى ذلك آخذ بالقياس واستدل الشافعي بالحديث وهو حديث صحيح مشهور رواه أبو
هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شاة محفلة فهو بأخير النظرين ثلاثة أيام إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها ورد معها
صاعا من تمر وبعد ما صح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للأصول لأنه أثبت الخيار للغرور وكان من البائع والتدليس
والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد في وسطها دكانا أو اشترى ثقة من الثمار فوجد في أسفلها حشيشا ثم
ذكر الأيام الثلاثة ليس للتوقيت في خيار العيب بل لبيان المدة التي يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلأن ما كان موجودا عند
العقد من اللبن قد أتلفه المشتري أو فسد في يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمر برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر
واللبن لهذا أقام أحدهما مقام الآخر وأكثر ما فيه أن هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولا به واختلف
أصحاب الشافعي رحمه الله فيما إذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشتري حاملا فمنهم من يقول له حق الرد إذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس
والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لأن اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحمل في بيع الدابة
لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتبا أو خبازا يجوز فيجعل البائع باكتساب السبب كالشارط له
للمشتري وحجتنا في ذلك أن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع وبقلة اللبن لا ينعدم صفة السلامة لأن اللبن ثمرة وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة
فبقلتها أولى وإذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن يثبت الخيار للغرور لأن المشتري مغتر لا مغرور فإنه ظنها غزيرة اللبن
بالبناء على شيء مشتبه فإن انتفاخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن في الضرع وقد يكون بالتحفيل وعلى ما ظهر من عادة الناس احتمال التحفيل فيه
أظهر فيكون مقصرا في بناء ظنه على المحتمل والمحتمل لا يكون حجة وقد كان متمكنا من أن يسأل البائع ليبني على النص الذي يسمع منه فحين لم يفعل كان
مغترا ولئن كان مغرورا فلا يمكن أن يجعل هذا كشرط غزارة اللبن عندنا لأن اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فأكثر ما في الباب أن يجعل
ذلك بمنزلة حين يخبره البائع أنها غزيرة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا في العقد فالغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الغار كمن أخبر إنسانا
بأمن الطريق فسلك فأخذ اللصوص متاعه وإنما يثبت للمغرور حق الرجوع إذا كان مشروطا في عقد الضمان ولو وجد ذلك في الصبرة فقد
شرط له أن جميع الصبرة حنطة وأن جميع ما في العدل حسب ثمار أو جوز فإذا وجد بخلاف ما شرط كان له حق الرد فأما الحديث قلنا من مذهبنا أنه إنما يقبل

من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ما لا يخالف القياس فاما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لانه ظهر تساهله في باب الرواية وقد
رد ابن عباس رضي الله عنه بعض رواياته بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنازة فقال ايلزمنا الوضوء من حمل عيدان يابسة ونحو الوضوء
مما مسته النار حيث قال لو توضات بماء سخن اكنت تتوضأ منه وهذا الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من اوجه احدها ان ضمان
المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة فاما ايجاب
التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان
الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن او كثر وهو مخالف للاصول
لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن او كثر وهو مخالف للاصول من وجه آخر
من حيث توقيته توقيت خيار العيب موجبا رده لذلك ثم يحمل على تاويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحمل انه اشتراها على انها غزيرة اللبن
فكان العقد فاسدا بالشرط فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ما حلب من لبنها لان المشتراة شراء فاسدا ترد بزوائدها وقد كان المشتري
اكل اللبن فدعاهما الى الصلح ورد مكان اللبن صاعا من تمر بطريق الصلح فظن الراوي انه الزمه ذلك وقد يقع مثل ذلك لمن لم يفهمه من الرواة
ولهذا لم يرو الحديث احد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان الله عليهم اجمعين ۵ قال وبلغنا عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه جعل لرجل من الانصار الخيار في كل بيع يشتريه ثلثة ايام واسم هذا الرجل حبان بن منقذ بن عمرو والاختلاف في
اسمه روي الحديث باللفظ الذي ذكرنا وقد كان يغبن في البياعات لمأمومة اصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام وكل الشيء بالالاء وكان يقول لا خلابة ففي الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس
يابى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وتوجيه وهو الملك
ولكنا تركنا هذا القياس بالحديث ولحاجة الناس الى ذلك فالبيع عقد مغابنة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك الا ان
يروي النظر فيه ويريه بعض اصدقائه فيحتاج لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالاجارة ونحوها فشرط
الخيار في العقد اولى ثم اصل العقد لا يتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار والصفة لا يتعلق اصل
الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم لا ان يتصل الحكم به فيجوز ان يتاخر الحكم عنه لمؤخر كما يتاخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار
الشرط يتقدر بثلثة ايام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد وابن ابي ليلى رحمهم الله يجوز
اذا كانت المدة معلومة طالت او قصرت لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهرا وجب الوفاء به لظاهر الحديث وعن
عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعنى فيه ان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطا فلا يتقدر بالثلث كالاجل وهذا لانها
على الثلث كالثلاث في المعنى الذي لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب والرؤية او نقيس هذا العقد على عقد الكفالة
فكما يجوز اشتراط الخيار هناك مدة ثلثة ايام فكذلك يجوز هنا وابو حنيفة رحمه الله استدل بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار
ثلثة ايام والتقدير الشرعي اما ان يكون لمنع الزيادة او النقصان او لمنعهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلثة
ايام يجوز فعرفنا انه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن
الفائدة لانه ما كان مجازفا في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس
ان لا يجوز اشتراط الخيار في البيع اصلا وهو قياس شرط الاجل فانه عليه السلام نهى عن بيع الغرر الا انا تركنا القياس في مدة الثلثة لورود
الاثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الكفالة لانها تحتمل الغرر والخطر الا ترى انه يجوز
تعليق اصل الكفالة بان يقول ما ذاب لك على فلان فهو علي وبه خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفي حديث عمر رضي الله عنه
انه اجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وكانه اجاز الرد بعد الشهرين وكان النبي صلى الله عليه وسلم
قال المؤمنون عند شروطهم فقد قال ايضا كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار للحاجة وهو في الحاجة يتم بثلثة
ايام فيما وراءه لا حاجة وان شرط الخيار اربعة ايام فسد البيع في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله فان اسقط المشتري خياره قبل مجيء اليوم
الرابع صح العقد عند ابي حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء على ما بينا من الشراء بثمن الى الحصاد وهذا لان شرط الخيار غير مفسد للعقد وانما
المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالايام الثلثة وهو بعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فاذا فصل بالاسقاط صار كان لم يكن فاما اذا
جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من اليوم الرابع بالايام الثلثة على وجه لا يقبل الفصل لان عمل الاسقاط
فيما بقي لا فيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به ۵ قال وان كان الخيار للمشتري ثلثة ايام فمات قبل ان يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع وكذلك

ان كان

ان كان الخيار للبايع فمات البايع او كان الخيار لهما جميعا فمات احدهما لزم البيع واجمعوا على انه اذا مات من عليه الخيار فالخيار باق ولا يورث
خيار الشرط عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار لان هذا حق لازم ثبت في عقد بيع
فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فانه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد،
بخلاف الاجل فانه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الاجل ما ينتفع به الوارث او المورث ولا منفعة لواحد منهما في ابقاء
الاجل فان ذمة الميت مرتهنة بالدين ما لم يقض عنه فلا ينبسط يد الوارث في التركة لقيام الدين فاما في توريث الخيار منفعة
الوارث والمورث جميعا فان الضرر والغبن يدفع به ولهذا يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار
العيب ولان البدل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي خياره والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكا له فاذا كان
الملك باقيا الى وقت موته ينتقل الى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورته انتقال الملك الى الوارث مع بقاء العقد
انتقال الخيار اليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما قال في الكتاب ان البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار
مشيئة له في رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفته فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل
الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وام ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى
الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى فلا يتصور انتقاله الى الوارث لانه انما يورث ما يملك،
الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البايع صحيحة
والعاقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صار العين مملوكا للمشتري ووارث
البايع لا يخلفه في ملك الغير وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كان لم يكن ولهذا ملك المشتري المعقود
عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فاما خيار العيب لا نقول بانه يورث ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق
المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله
وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه خلف المشتري في ملك ذلك الجزء الا ترى ان الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا
للمورث بان تعيب المبيع في يد البايع بعد موت المشتري قبل ان يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد
في حق الوارث ولا يمكن التوريث لان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك
للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط على التصرف في حق الغير لا يقوم وارثه
مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق
بالعقد حتى اذا تعذر ذلك بالعيب رجع بحصة العيب من الثمن والوارث يخلف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة
بالعقد شرطا فلا تبقى بعد موت من له كالاجل فانه حق من عليه الدين قبل من له الدين فيبطل بموته ولا معنى لقوله بان الاجل صفة
الدين لان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفي ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون في تركته وفاء بدينه
ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين بغلاء السعر ويتصرف الوارث في التركة لانه انما ينبسط في التركة اذا حل الاجل فاما اذا
بقي الاجل قام الوارث مقام المورث في التصرف في التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك ان سكت من له الخيار حتى مضت
الثلاث او ذهب عقله او اغمي عليه او ارتد فقتل او مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بمضي المدة فلزم البيع وهذا
لان الخيار مؤقت لا يبقى بعد مضي الوقت والبيع في الاصل لازم وانما الخيار كان مانعا من اللزوم فباي وجه سقط صار كان لم يكن
۵ قال وان كان الخيار للمشتري فهلكت السلعة في يده لزمه الثمن وانقطع الخيار لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين اشرفت السلعة على
الهلاك فالهلاك يتعقب ذلك وليس له ان يردها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن
لكونه قابضا للمبيع وكذلك ان اصاب السلعة عيب عنده بفعله او بفعل الاجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع نفسه لانه عجز عن
رده كما قبض باي وجه تعيب عنده فيسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطء لا يحل الا في ملك مستقر فاقدامه على وطئها
من ادل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها على البيع لانه انما يعرضها
على البيع ليبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه بتقرر ملكه فيها وكذلك لو قال
قد رضيتها لانه بالرضا يسقط حقه في الرد ولا يلزم البايع شيء فالبيع لازم في جانب البايع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شيء من ذلك
ولكنه اختار ردها على البايع بغير محضر منه فليس له ذلك وله ان يرضى بعد ذلك ما لم يعلم البايع بفسخه في الايام الثلثة فان علم بذلك

ثم انفسخ فللمشتري ان يرضى به بعد ذلك وان لم يفسخه حتى مضت الايام الثلثة بطل خيار الفسخ وتم البيع في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال ذلك جايز بغير محضر من البايع وبغير علمه لان تصرفه يلاقي خالص حقه فيكون نافذا كالزوج
اذا طلق امراته او راجعها بغير علمها والمعتقه اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وبيان الوصف ان الخيار
خالص حقه حتى من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الاخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار وكذلك لا يشترط حضوره واعتبار الفسخ بالاجازة
وتقرير كلامه من وجهين احدهما ان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من
المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل والثاني ان الخيار شرط ليندفع به الضرر عن نفسه فلو لم يتمكن من الفسخ بغير محضر من
صاحبه يفوت من مقصوده لان الاخر يختفي بنفسه حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه العقد شاء اوابى ولهذا سقط اعتبار رضاه فلذلك يسقط
اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البايع فيه للفسخ لا يتضرر به المشتري من حيث سقوط خياره
بمضي المدة ثم هنا المشتري غير مسلط على الفسخ وانما له حق المطالبه بتسليم الجزء الفايت فاذا تحقق عجز البايع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق
عجزه الا بمحضر منه وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا انه بالفسخ يلزم غيره حكما فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به وبيان
الوصف ان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الاخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان تصرفه يلزم غيره حكما
وتاثيره انه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجبه الفسخ اذا لم يعلم به ولا يلزمه ثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به كما في خطاب الشرع
يقرره ان البايع لا يطلب لسلعته مشتريا اخر بناء على ان البيع قد تم بمضي المدة فاذا اجاز المشتري بعد ذلك فاجبرناه كان فسخ العقد فلو
حكم الفسخ في حقه لتضرر به البايع وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن
هذا ضرر يلحقه لا من جهة البايع بل لعجز المشتري عن ايجاد شرط الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف المشتري الاجازة
فانه لا يلزم البايع باجازته شيا وهو نظير الرضى بالعيب من المشتري فانه يصح بغير علم البايع لانه لا يلزمه شيا ولان العقد بشرط الخيار يصير
لازما في حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من
صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضى صاحبه وتقرير هذا الكلام من وجهين احدهما ان تصرف المشروط له الخيار لا ينفذ في حق صاحبه بتسليطه
اياه على ذلك فكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما تمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه
وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن لا يتمكن من الفسخ بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف
الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف بغير علمه به يوضحه ان اشتراط فوق
الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه لصح
في هذه العقود لكونه محتاجا اليه فحيث لم يصح عرفنا ان موجب الخيار دفع صفة اللزوم فقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بايقاع
الطلاق لا يلزمها شيا وانما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شيا لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي على حاله وقيل في خيار
المعتقه ان فسخها لا ينفذ الا بمحضر من الزوج فلا نسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج
يزداد عليها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لا التزام العين بها ولا يتمكن من الامتناع عن هذا الا بالتزام الا برفع اصل
النكاح فيثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسلطة بتخيير الشرع اياها بقوله عليه السلام
ملكت بضعك فاختاري فيحصل كان الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه
كما قررنا قال وان اختار ردها عليه بقلبه او اجازها بقلبه كان باطلا انما كان صاحب الخيار لان ما يكون بالقلب هو
نية والنية بدون العمل لا يثبت الفسخ ولا الاجازة كما لا يثبت اصل العقد والاصل فيه قوله عليه السلام ان الله تجاوز لامتي عما حدثت
به انفسهم ما لم يتكلموا او يعملوا قال ولو كان الخيار للبايع فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها وقال ابن ابي ليلى رحمه الله هو امين فيها
لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شي على صاحبها وذلك غير موجود ان كان القبض برضاه ولكنا نقول
البايع ما رضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الثابت
الاصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي
وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هناك لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن الرد كما قبضه فتم البيع وهو قايم فلزمه الثمن
المسمى وهنا وان اشرف على الهلاك فخيار البايع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك
لا يجوز فكان مضمونا بالقيمة لذلك قال ولو كانت جارية فاعتقها البايع او دبرها او وطيها او قبلها من شهوة او كاتبها او رهنها

وسلمها او وهبها وسلمها او اجرها وسلم او لم يسلم فهذا كله نقض للبيع لا ثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد واما الوطي والتقبيل
دليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك الا بعد انفساخ البيع لان هذا تصرف لا يحل الا في الملك فلو لم ينفسخ البيع به لكان اذا اجاز البيع بعد هذا
ملك المشتري المبيع من وقت العقد بزوايده فتبين انه وطيها في غير الملك وذلك لا يحل فاما بالهبة والتسليم فلانه ازال ملكه عن العين والرهن
والتسليم اوجب للغير فيه حقا وبالاجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنعه من الزام البيع ولهذا شرط التسليم في الرهن لان حق المرتهن لا يثبت
بدون القبض ولم يشترط ذلك في الاجارة لانه يلي بنفسه فسخ العقد فهذه الاسباب صحيح بغير محضر من المشتري لان ثبوت الفسخ هنا بطريق
الحكم لا بقصد المتصرف الى ذلك فلا يتوقف لان ثبوت الفسخ هنا بطريق الحكم لا بقصد المتصرف الى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق
العبد الذي وكله ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا ولو اختار البايع رد البيع بغير محضر المشتري فهو على الخلاف
الذي بينا وان اختار الزام البيع والمشتري غايب فهو جايز لانه لا يلزم المشتري بتصرفه ما لم يلزمه فالبيع لازم في جانب المشتري وانما
يسقط البايع حق نفسه في الفسخ بالاجازة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري ليبين له بعد ذلك ان نقضه كما لو لم يكن في البيع خيار لاحد
منهما قال واذا اشترط احد المتبايعين الخيار لانسان من اهله او من غيرهم فهو جايز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه وقال زفر لا يجوز
البيع بهذا الشرط لانه خلاف ما يقتضيه العقد فان خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فاشتراطه لغير
العاقد خلاف مقتضى العقد فيكون مفسدا للعقد ولان هذا التعليق انفساخ العقد وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك
واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فان ذلك لا يثبت لغير العاقد فكذلك هذا وحجتنا في ذلك ان هذا في معنى اشتراط الخيار
لنفسه منه لانه يجعل الغير نايبا عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك الا بعد ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا
اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك فهذا لان جواز اشتراط الخيار للحاجة الى تامل العين ومن يشتري
الانسان شيا هو غير مهتدي فيه فيحتاج الى شرط الخيار لمن يكون مهتديا فيه من صديق او قريب حتى ينظر اليه فللحاجة الى ذلك جعلناه كاشتراط
الخيار لنفسه قال واذا هلكت السلعة في يدي البايع وله الخيار او للمشتري فلا ضمان على المشتري وقد بطل البيع لفوات القبض
المستحق بالعقد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبايع او للمشتري فجاء به المشتري ليرده فقال البايع ليس هو الذي بعتك فالقول
قول المشتري فيه لانه ينفرد بالفسخ بخياره فيبقى ملك البايع في يده فالقول في تعيينه قوله امينا كان او ضامنا كما في الغاصب وكذلك
ان كان غير مقبوض واراد البايع ان يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي بعتني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا ان تقوم
عليه بينة انه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن له خيار ان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبايع فهو في حكم الملك
كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فكان الزام البيع اياه بمنزلة ابتداء التمليك من هذا الوجه فالبايع يدعي ثبوت حق
التمليك له في هذا العين والمشتري منكر دعواه ولو انكر العقد اصلا كان القول قوله فكذا هاهنا يوضحه ان البايع لا يملك بحكم خياره
الزام البيع الا اذا كان المبيع قايما في يده وقوله في تعيين البيع ليس بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع
فيه بخلاف البايع الاول بخلاف المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض فانه لا يقبل قوله في تعيين البيع وبدون التعيين لا يتمكن من رد
ما لعيب بعد القبض قال وان اشترط المشتري الخيار لغيره ثم ان من له الخيار رد البيع بمحضر من البايع فهو جايز لانه قايم مقام
المشتري في التصرف بحكم الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا ان شرط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه وان قال
المشتري قد اجزته وقال الذي له الخيار قد رددته كان سبق احدهما كان التصرف السابق منهما اولى اذا كان ردا او اجازة لان بالرد
السابق انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفسخ احد المتعاقدين
بفسخه ولو وجد الامران معا فالفسخ اولى لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على الفسخ فيترجح الفسخ
باعتبار انه عامل لا محالة كان او سابقا كنكاح الحرة والامة اذا اجتمعا يقدم نكاح الحرة وكذلك لو كان البايع شرط الخيار
لبعض اهله فقال قد اوجبت البيع وقال الذي له الخيار لا ارضى فهو جايز وقد اشار اليه في بعض نسخ البيوع انه اذا اجاز احدهما وفسخ
الاخر فما فعله العاقد اولى فسخا كان او اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والاخر بحكم النيابة عنه ووجه هذا الكلام ان الحاجة
الى النايب للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك ينعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النايب ولكن الاول اصح
وقد قررنا في المأذون ان الفسخ اولى لما بينا ولان الخيار مشروط للفسخ لا للاجازة والفاسخ منهما متصرف بحكم الخيار تصرفا شرع الخيار
لاجله فكان تصرفه اولى قال واذا كان الخيار للبايع او للمشتري فالتقيا فنقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل ان
يقبضه البايع فعلى المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبايع لان تمام الفسخ بالرد على البايع كما ان استحكام البيع

بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد وإذا بطل الفسخ عاد إلى ملك المشتري
وهو في يده هلك فهلك مضمونا عليه بالثمن إذا كان الخيار للمشتري وإذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لأن خيار البائع يمنع
خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشتري يكون مضمونا عليه بالقيمة
لأنه مقبوض بجهة العقد فصار مقبوضا على سوم الشراء وهذا لأن الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على
فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز فينفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لا يجوز فيه عتق المشتري لأنه
من عقوده أما إذا كان الخيار للبائع فظاهر لأن العبد على ملكه بعد فكيف يجوز فيه عتق المشتري وكذلك إذا كان الخيار للمشتري لأنه
بفسخ المشتري يعود العبد إلى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لأنه عاد إلى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا
ه ل وإذا اشترى الرجل عدل زطي برأس المال ولم يعلم ما هو فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد فإن أخبره بذلك فهو بالخيار إن
شاء أخذه وإن شاء تركه وقد بينا أن مراده إذا أخبره بذلك في المجلس لأن حال المجلس كحال العقد وكذلك إن اشترى برقمه فهو فاسد
فإن أخبره برقمه فهو بالخيار لتكشف الحال له لأن البيع إنما يظهر كونه رابحا أو خاسرا في حقه إذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم
رآه كذلك هاهنا ه ل وإن استهلكه المشتري قبل أن يخبره فعليه القيمة لأنه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة
عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن تصحيح العقد فيه بإعلام رأس المال لانعدام المحل وإن تصحيح العقد بإزالة المفسد نظير الإجازة
في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالإجازة إلا عند قيام المحل فكذلك لا يصح بإزالة المفسد بعد هلاك المحل ه ل وإذا كان البائع
والمشتري جميعا بالخيار لم يتم البيع بإجازة أحدهما حتى يجتمعا عليها لأن الذي أجازه منهما أسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في
الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفي للمنع من إبرام العقد قال وقد بينا أنه إذا اشترى عبدا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة
أيام فلا بيع بينهما أنه جائز استحسانا فرع عليه وقال فإن أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لأن هذا في معنى
اشتراط خيار المشتري لنفسه وخيار المشتري لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لأنه مالك وعند أبي حنيفة رحمه الله خيار المشتري يمنع دخوله في ملكه
ولا يمنع نفوذ العتق لأنه متمكن من إسقاط خياره بتصرفه فإذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الأيام الثلاثة أو لم ينقده لأن
امتناعه من أداء الثمن في آخر جزء من الأيام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لأنه نفى البيع عند ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الإعتاق هو لا يملك
فنقد الثمن وعدم نقده في الحكم سواء ه ل وإن كان المشتري اثنين وهما بالخيار فاختار أحدهما رده والآخر إمساكه فليس لواحد منهما
أن يرد حصته دون الآخر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار
العيب بأن اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وكذلك إذا اشتريا شيئا ثم وجد
أحدهما به عيبا فأراد أن يرده بالعيب فهو على الاختلاف وهما يقولان إن أحدهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وإن لم يساعده
الآخر عليه كما لو كان العقد في صفقتين وتحقيقه أن الرد يلاقي ملك المشتري والمبيع في ملك المشتريين متفرق فصار نصيب كل واحد منهما
كعقد على حدة وبه فارق القبول لأن القبول يلاقي ملك البائع والقبض يلاقي يد البائع وهو مجتمع في ملكه ويده فلا يكون لأحدهما أن يفرق عليه
وهو نظير الشفعة فإن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لأن أخذه يلاقي ملك المشتري ولو كان البائع اثنين والمشتري واحدا لم يكن
للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لأن أخذه يلاقي ملك المشتري وملك المشتري مجتمع لأنه واحد فيما يرجع إلى دفع الضرر عنه
ولو لم يكن له حق الفسخ إذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده وربما يكون في الإجازة لأحدهما ضرر وللآخر نظر كما لا يكون
للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالإجازة نوضحه أن الثابت لكل واحد منهما ما ثبت
له الخيار إلا في نصفه ولو اشترى العبد كله على أنه بالخيار في نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار فإذا اشترى النصف وما ثبت للخيار
إلا في نصفه فهو أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول إن الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب
الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لأنه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره وبيان الوصف أن
المبيع خرج من ملك البائع جملة كاملا فإذا رد أحدهما النصف فإنما يرد النصف معيبا بعيب الشركة فإن الشركة فيما يضره التبعيض عيب فاحش
ولهذا يعد الصداق والرجوع في معرفة العيب إلى العرف فإن الإنسان في العادة لا يشتري مثل ما يشتري به الأشخاص نعرف أنه يتضرر
البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن رضا بعيب التبعيض بدليل أنه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلا
ثم نقد أحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضيا بعيب التبعيض لملك ذلك أحدهما وإن كان الملك واليد
في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضيا بعيب التبعيض فيما يرضى به في ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضي به في ملك

نفسه

نفسه ألا ترى أن المشتري لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيبا لا يردها لأنها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع على تزويجها وذلك
أقوى من الرضا بتصرفه ولكن إنما رضي به في ملك الغير لا في ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لأن تفرق الملك ثبت
بالعقد قبل القبض لأنه وإن حدث في يد البائع فإنما حدث بفعل المشتري والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له
أن يرده بحكم خياره إلا أن هذا العيب بعرض الزوال بأن يساعده الآخر على الرد وإذا انعدم ذلك ظهر عمله في الرد في المنع من الرد
ولا معنى لما قالا لأن في امتناع الرد ضررا على الراد لأن هذا ضرر يلحقه لعجزه عن إيجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير ولأن مراعاة جانب البائع
أولى لأن الراد يتضرر بتصرف الراد والراد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فإن في مراعاة جانب المشتري
إبطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع إبطال حق المشتري لأنه يرجع بحصة العيب من الثمن فلهذا كان اعتبار جانب البائع أولى العيب
وليس هذا كما لو شرط الخيار في نصفه فالبائع هناك رضي بعيب التبعيض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ
وهنا ما رضي بذلك لأنه شرط الخيار في الكل وإنما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في النصف بمقتضى قوله وملكه لا بتنصيص من البائع
وهو نظير ما لو أوجب البيع في النصف صح قبول المشتري في ذلك النصف وإذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما في النصف ه
ل وإن اشترى شيئا على أنه بالخيار إلى الغد أو إلى الليل أو إلى الظهر فله الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله في قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله له الخيار إلى طلوع الفجر أو إلى أن تغيب الشمس أو إلى أن تزول الشمس ولا يدخل الغاية في الخيار عندهما لأن
الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لأن الحد
غاية ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها ولكن هذا إنما يتحقق فيما يكون بعضه متصلا بالبعض كما في المساحات والأوقات وهي
مسلسلة فأما في الأعداد لا يتحقق هذا لأنه ليس بينهما اتصال ليكون حدا فلهذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الأعداد ذكرا حتى إذا قال لامرأته
أنت طالق من واحدة إلى ثلاث تطلق ثلاثا وإذا قال لفلان علي من درهم إلى عشرة يلزمه عشرة فأما الأوقات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها
معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى ثم أتموا الصيام إلى الليل ومن حيث الأحكام إذا باع بثمن مؤجل إلى رمضان أو آجر داره إلى رمضان ه
أو حلف لا يكلم فلانا إلى رمضان لا يدخل الحد فأما المرافق في قوله تعالى وأيديكم إلى المرافق فإنما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم
حين توضأ وأدار الماء وبه تبين أن إلى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه إلا عند قيام الدليل عليه ولأبي حنيفة رحمه الله في المسألة
حرفان أحدهما أن البدل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري والملك الثابت له بيقين لا يزال بالشك
وإذا كانت الغاية تدخل في الكلام في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية فيه كان زوال ملكه بالشك نوضحه أن البيع بشرط الخيار
في حق الحكم كالمعلق بالشرط وهو سقوط الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ما علق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخرج المسائل
لأبي حنيفة رحمه الله فإن في وقوع التطليقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الأجل البيع موجب ملك
اليمين والأجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفي الإجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه إلا إذا ثبت الحق
فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المواجر بسبب ملك الرقبة وفي اليمين إباحة الكلام أصل فلا تثبت الحرمة والمنع
بالشك والأصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا نشغلها بالشك في موضع الغاية والحرف الآخر أن في كل موضع يكون الغاية لمد الحكم إلى موضع
الغاية لا تدخل الغاية كما في الصوم لو قال ثم أتموا الصيام اقتضى صوم ساعة فقوله إلى الليل لمد الحكم إلى موضع الغاية وفي كل موضع ذكر
الغاية لإخراج ما وراءها يبقى موضع الغاية داخلا في قوله تعالى وأيديكم إلى المرافق لأن مطلق الأيدي في الطهارة يتناول الجارحة إلى
الآباط ولهذا فهم الصحابة رضوان الله عليهم بإطلاق الأيدي في التيمم الأيدي إلى الآباط فكان ذكر الغاية لإخراج ما وراءها فيبقى موضع
الغاية داخلا هنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار أبدا ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لإخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلا
وفي مسألة الأجل ذكر الغاية لمد الحكم إلى موضع الغاية لأن الأجل للترفيه فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترفيه وكذلك في الإجارة فإنها
عقد تمليك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب إلا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول والأجل المجهول يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان
مقدار المعقود عليه وذلك لمد الحكم إلى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة في تلك الرواية ه ل وإذا اشترى
شيئا لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الآمر وهو غائب لم يصدق على ذلك لأن البيع عن الآمر لازم الخيار المشروط للآمر والبائع يدعي
لزومه ولو ادعى أصل البيع لم يصدق على ذلك إلا بحجة فكذلك إذا ادعى صفة اللزوم فلا يمين على المشتري في ذلك لأنه لا يدعي عليه الرضا وإنما
يدعيه على الآمر ولو استحلف المشتري كان على ذلك كان بطريق النيابة عن الآمر ولا نيابة في اليمين ولأنه لا يمين له في هذه الدعوى على الآمر لو كان
حاضرا فإذا لم يتوجه اليمين على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وإنما لم يتوجه اليمين على الآمر لأنه لا خصومة بين البائع والآمر في العقد

لو جرى بينهما الاستحلاف يبتنى على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الامر لم يكن للوكيل ان يرده حتى يحضر الامر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البايع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل ان يرده حتى يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل ان يرده بغير يمين لان اشتراط الخيار للامر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لخياره فهو متمكن من الرد فعرفنا ان هذه الدعوى لا يتوجه اليمين على احد واذا اقام البايع البينة ان الامر قد رضي بالبيع لازم للامر لانه اثبت ما ادعى بحجة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة والوكيل خصم في اثبات ذلك عليه لانه نايب عن الموكل في الاثبات بالبينة على الاثبات صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه الا ترى انه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما في اثبات الرضا فكذلك اذا شرطه للامر وان لم تقم البينة وصدقه المشتري فيه وقال الامر في المدة بمحضر البايع قد ابطلت لزم البيع المشتري لان اقرار المشتري حجة عليه دون الامر وقد اقر بلزوم العقد برضا الامر فيجعل ما اقر به في حقه كالثابت بالبينة فلا يتمكن من الرد على البايع بعد ذلك وهو في حق الامر كالمعدوم فاذا قال في الايام الثلاثة بمحضر من البايع قد ابطلت البيع فقد اقر بما ملك انشاءه فلا يتمكن التهمة في اقراره بخلاف ما اذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه اقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضي الايام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعي من الفسخ في المدة   توضيحه ان اقرار الوكيل برضا الامر بمنزلة مباشرته العقد في الابتداء بغير خيار ولو امره بان يشتري ويشترط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الامر فكذلك اذا اقر برضا الامر بعدما شرط الخيار   قـــ واذا اشترى عدلا على انه زطي فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا او جماعته بكذا وشرط الخيار لنفسه ثلاثة ايام كان اراد ان يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة   الا ترى ان البدل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفقة مجتمعة على البايع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض وكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكيل والموزون والعروض والحيوان وما يضره التبعيض وما لا يضره في ذلك سواء لان في نفس تفريق الصفقة قبل التمام ضررا فان من عادة الناس ضم الجيد الى الردي لترويج الردي بثمن الجيد والمشروط له الخيار يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه

قـــ ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على انه بالخيار ثلاثة ايام يمسك ايهما شاء ويرد الاخر جاز العقد عندنا استحسانا وكذلك هذا في ثلاثة اثواب وفيما زاد على الثلاث العقد فاسد وهو القياس في الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع احدى الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنا كان العقد فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله ووجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وحكم خياره يستبد بالتعيين والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما اذا اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هنا تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول كما تفسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التي تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبرا بالغرور الذي يتمكن بسبب عدم شرط الخيار وذلك يتحمل في الثلث وما دونه ولا يتحمل في الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتبارا للتحمل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة فقد يشتري الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه ان يحمل عياله الى السوق ولا يرضى البايع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة على الثلث لان كل نوع يشتمل على اوصاف ثلثة جيد ووسط وردي فاذا حمل الثلاثة الى اهله تم المقصود فاخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة اليه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة ايام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان اطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب

قـــ فان هلك احدهما او دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقي وهو فيه امين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه وهذا لانه حين اشرف على الهلاك فقد تعيب في يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون هلاكه على ملكه واذا تعين البيع في الهالك كان هو امينا في الاخر لانه قبضهما باذن البايع على ان يكون المبيع احدهما دون الاخر فكان احدهما بغير عينه مبيعا والاخر امانة لانه ما قبض الاخر للشرا فاذا تعين البيع في احدهما تعين الاخر للامانة وفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه ثم مات احدهما يتعين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا يتعين الهالكة للبيع قال علي القمي رحمه الله لا فرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد في الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حين تعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ما ذكرنا   ووجه الفرق ان الثوب لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رده كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة فاما في الطلاق والعتاق حين اشرفت على الهلاك لم تتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف

ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناولهما جميعا الا ترى انه يملك تمام العقد فيهما فبعد ما تعذر رد احدهما عنده لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على البايع قبل التمام وهنا العقد تناول احدهما الا ترى انه لا يملك تمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما وتعيب كان له رد الباقي

قـــ وان هلكا معا فعليه ثمن نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا او مختلفا لان احدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك في يده والاخر امانة وليس احدهما بعينه مبيعا اولى من الاخر لان حالهما قبل الهلاك سواء بعد الهلاك لا يتحقق تعيين المبيع في احدهما فللمعارضة قلنا يشيع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو امينا في نصف كل واحد منهما مشتريا نصف ثمن كل واحد منهما ولان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه فلهذا يلزمه ثمن نصف كل واحد منهما

قـــ وان كانا قائمين باعيانهما واراد ردهما فله ذلك لانه امين في احدهما فيردها بحكم الامانة وفي الاخر مشتري قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه والزمه باختياره فيلزمه ثمنه وكان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا

قـــ واذا اشترى جاريتين احدهما بالف والاخرى بخمسمائة على ان يأخذ ايتهما شاء ويرد الاخرى فاعتقهما في كلمة واحدة فانه يخير فايتهما اختار وقع العتق عليها ويرد الاخرى لان عتقه نفذ في احدهما وهي المشتراة منهما فان اعتاق المشتري في المشتراة بشرط الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخرى كانت امانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق فيه في احدهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه لان الابهام كان منه كما اذا عين احدهما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احدهما بغير عينها

قـــ ولو لم يعتقهما ولكن حدث بهما عيب ولا يدري ايهما اول فقال المشتري حدث العيب بالتي قيمتها خمسمائة اولا فالقول قوله لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم ان البيع تعين فيها بان تعيب في يده اولا وجب قبوله في ذلك فيرد الاخرى ونصف قيمة عيبها في القياس لانهما لو هلكا معا لزمه نصف بدل كل واحد منهما فاذا تعيبا في القياس لانهما لو هلكا معا لزمه نصف بدل كل واحدة فقد فات جزء من كل واحد منهما والجزء معتبر في الجملة ثم كل واحد منهما في ضمان المشتري وقوله في تعيين البيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب في الاخرى غير مقبول فلهذا يرد نصف قيمة عيبها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عيبها لان من ضرورة تعيين احدهما تعيين الاخرى للامانة وتعيب الامانة في يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض ما لزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما الا ترى انهما لو هلكا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احدهما وهي التي عينها للبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الاخرى

قـــ وان حدث العيب بهما معا رد ايتهما شاء وامسك الاخرى بخلاف ما اذا هلكا لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين البيع ايضا فلهذا يبقى خياره بعد ما تعيبا معا اذ ليست احداهما بتعيين البيع فيها اولى من الاخرى ولكن ليس له ان يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلهذا لا يتمكن من ردهما واذا رد احدهما في القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما في الفصل الاول

قـــ وان حدث باحدهما عيب اخر بعد ذلك لزمه البيع لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمعدوم فكانه ما تعيب الا احدهما الان وذلك موجب تعيين البيع فيها لعجزه عن ردها كما قبضها وكذلك لو كانت احداهما او جني عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الاول صار كالمعدوم ولو ماتت احداهما في يده او جني عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها ويرد الاخرى فهذا مثله وان اعتق البايع التي اختار المشتري لم يعتق لان باختيار المشتري تعين البيع فيها فانما اعتق البايع ما لا يملكه وان اعتقهما جميعا عتقت التي يرد عليه منهما لان عتقه نفذ في احداهما فان احداهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيها خيار فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى امانة وهي باقية على ملكه فنفذ عتقه فيها الا ان باعتاقه لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البايع غير متمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري اختر ايهما شئت فاذا اختار احداهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البايع فيها

قـــ وان اختار ردهما جميعا فعتق البايع انما ينفذ في احداهما لان احداهما ما كانت مملوكة له حين اعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا انفذ عتقه في احداهما بغير عينها كان البيان فيه الى البايع

قـــ ولو لم يعتق واحدة من الجاريتين شيئا منهما ولكن المشتري وطيهما جميعا ثم مات قبل ان يبين ايتهما اختار فان عرفنا الموطوءة اولا فهي ام ولد لان اقدامه على وطيها تعيين للبيع فيها واسقاط الخيار فان الوطء لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل تقرر الملك فيها الا ترى الى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما خير بريرة رضي الله عنها قال لها ان وطيك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا لخيارها فاذا تعين البيع فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي ام ولد له ويرد الاخرى وولدها على البايع ولا يثبت نسبه من المشتري لانه ليس في الاخرى ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها لان الحد قد سقط بشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد او عقر فاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم ايتهما وطيت اولا فالقول قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو كان

الوطي او لانهما وجب العقول ببيانه فكذلك بيان ورثته بعده وهذا لان ثمن الوطي او لا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول
قوله في بيان ما لزمه بمثله فان قال لو الاعلو لزم المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها لانه ليست احدهما بتعيين البيع فيها اولى
من الاخرى فيشيع البيع فيهما ويلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقر كل واحدة منهما ويسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها
للبايع لان المبيعة منهما ام ولد وقد عتقت بموته وليست احدهما باولى بذلك من الاخرى فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى كل
واحدة منهما في نصف قيمتها للبايع لان حكم امية الولد لا يثبت فيما هو ملك البايع منهما وكذلك يعتق احد الولدين على المشتري وليس
احدهما بذلك باولى من الاخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته للبايع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت
نسبه من المشتري منهما مجهول وانما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت في المجهول قال
واذا وطيها المشتري والبايع جميعا فادعى هو والمشتري ولديهما جميعا فالقول قول المشتري في التي وطيها اولا وهي ام ولد له والولد ولده
لان خيار البيان كان للمشتري دون البايع فالمصير الى قوله بالتعيين اولى من المصير الى قول البايع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطيها وهي مملوكة
للبايع والاخرى وولدها للبايع ويثبت نسب ولدها من البايع لانه ظهر انه استولدها في ملكه وعلى البايع عقر ام ولد المشتري لاقراره بانه
وطيها وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيحصل العقر بالعقر قصاصا ويترادان الفضل ان كان فيه فضل فان مات البايع والمشتري
قبل البيان فالقول قول ورثة المشتري لانهم قائمون مقامه ولان الشي الذي بهم كان لو تعلق لم يثبت نسب واحد من الولدين لا من
البايع ولا من المشتري لان الثابت نسبه من كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما احرار لان كل واحدة منهما ام ولد لاحدهما وقد عتقت
بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما لاجل التعارض والتساوي فان كل واحد من الثمنين يلزمه في حال
دون حال وعليه نصف عقر كل واحدة منهما وهذا قصاص وعلى البايع كذلك نصف عقر كل واحدة منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة في القبض
والرد وولاء الجاريتين والولدين بين البايع والمشتري لان كل واحدة عتقت منهما جميعا ٥ قال واذا اختلف البايع والمشتري في اشتراط
الخيار فالقول قول الذي ينفيه منهما لانه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعي منهما يدعي شرطا زائدا
والاخر ينكر فالقول قول المنكر كما في دعوى الاجل وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق
عليه واختلافهما في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما في اصل الخيار في الفصل الاول وان اختلفا في مضيه فالقول قول الذي ينكر
مضيه لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى احدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما في الاجل ولان البيع حادث فانا نحيل
حدوثه الى اقرب الاوقات والذي يدعي مضي الخيار يسند البيع الى ما قبل هذه الساعة بثلثة ايام فلا يصدق في ذلك الا بحجة واذا لم يصدق
فانما ظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضي المدة الخيار الا بمضي ثلثة ايامه ٥ قال ولو كان المبيع دارا وكان للبايع فيها خيار لم يكن فيها
شفعة لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه ويعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البايع لان الشفعة لدفع ضرر
سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البايع ٥ قال واذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها شفعة لان حق
البايع ٥ قال واذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها شفعة لان حق البايع قد انقطع فقدم البيع من جهته ووجوب الشفعة يعتمد ذلك
لثبوت الملك للمشتري الا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال المشتري ما اشتريتها كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة ولان
المشتري قد صار احق بها ملكا او تصرفا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع ان يدفع ذلك بالاخذ قال واذا قال
الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضيتها فهي لك اليوم بالف درهم فهو جائز على ما اشترطا استحسانا وفي القياس
هو باطل وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط فهي
كما لو قال ان كلمت فهي لك بكذا ووجه الاستحسان انه انما اتى بمعنى شرط الخيار يوما والمعتبر المقصود هو المعنى فكانه قال بعت منك على
ان لك الخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما امكن والتقديم والتاخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتاخير
في الشرع فكانه قال هي لك بالف فان رضيتها اليوم والا فردها اليوم قال واذا كان المشتري بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره
لانه انما يشترط الخيار في شرى الرقيق لهذا حتى يستخدمه في المدة لينظر ايوافقه ام لا وكذلك ان ركب الدابة لينظر الى سيرها او لبس القميص لينظر
الى قدره عليه فهو على الخيار لانه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولاجله يشترط الخيار والامتحان في الدابة والقميص وفي الثوب باللبس
فان لبس بعد ذلك ما سا فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم باللبس الاول فالثاني يكون اختيارا وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضيها
لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا في الملك عادة فان الانسان لا يسافر بدابة الغير عادة من غير كرى وكذلك ان سكن
الدار فهو منه رضا وابطال للخيار وفي غير هذا الموضع يقول اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ما اذا كان

ساكنا في الدار

ساكنا في الدار قبل الشرى فاستدام السكنى بعد الشرى لا يسقط خياره وان انتقل اليها وسكنها بعد الشرى سقط خياره لانه لا يكون ذلك
اختيارا عادة بل يكون رضا بتقرر الملك ٥ قال واذا قبل الجارية بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة فهو رضا لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك
فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه بمنزلة الغشيان قال وان كانت الجارية هي التي نظرت الى فرجه او قبلته او مسته بشهوة فاقر المشتري
انها فعلت ذلك لشهوة لزمته الجارية ايضا وحرمت عليه امها وبنتها وكذلك هذا في الرجعة وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقياسه
على قول ابي حنيفه رحمه الله يعني في الرجعة واما في قول محمد رحمه الله فلا يكون ما صنعت الجارية بالمشتري رضا منه لانه لم يصنع شياء
والخيار من المشتري انما يسقط باعتبار صنع او بوجود دليل الرضا منه وصنعها لا يكون دليل الرضا من المشتري بها وانما هو دليل رضا
يكون المشتري مولى لها ولو صرحت بذلك او اسقطت الخيار كان ذلك لغوا منها وليس هذا نظير ما لو جنت على نفسها لان سقوط خيار
المشتري هناك لعجزه عن ردها كما قبضها لا بفعلها الا ترى انها وان تعيبت من غير فعل احد سقط خياره ايضا وجه قول ابي يوسف
رحمه الله ان فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطي فانه لو كان نايما فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها فكذلك
دواعي الوطي الا ترى ان في حرمة المصاهرة تسوى بين الوطي ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه
بل بحكمه وهو انه لا يحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فلا يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها فكذلك
عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمي لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت في يده بفعله او بغير فعله فكما يعجز هناك عن ردها كما
قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من ابيه فقد اشتراها وهي حلال للاب وبعد هذا الفعل يردها وهي حرام عليه فيمتنع الرد
لذلك والدليل عليه الرجعة فان المراة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به في حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله قال
ابو يوسف رحمه الله وهذا في الخيار صحيح ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشتري
والجارية في حقوق عقد الشرى والملك الثابت به ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذي قررنا وانما يشترط اقرار المشتري انها فعلت ذلك
لشهوة لان قول الامة غير مقبول في اسقاط خياره واقرار المشتري بذلك حجة عليه الا ترى ان في حرمة امها وابنتها عليه يعتبر اقرار
المشتري بذلك فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله انها ان اختلست ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره
لدليل وجود الرضا منه لتمكينها من تقبيله او مسه بشهوة قال واذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للامر بامره فقال البايع
يعني الوكيل قد رضي الامر وقال الامر ما رضيت فالقول قول الامر مع يمينه انه ما رضي لانه في اصل التمكين مستغني عن صاحب امره باشتراط
الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ بيعه فعند ذلك الوكيل يدعي عليه ما عرف انه استثناه لنفسه والامر ينكر فالقول
قوله مع يمينه بمنزلة ما لو انكر اصل الامر بالبيع قال وان اختلف الامر والمشتري في الخادم وقد فسخ الامر العقد بخياره فقال
الامر ليست هذه بخادمي وقال المشتري هي الخادم التي اشتريت منك فالقول قول المشتري لان الامر لما فسخ العقد بخياره فقد عاد الخادم
ملكه في يد المشتري والقول في تعيين الملك قول ذي اليد امينا كان او ضامنا كالغاصب قال واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار
ان يختار في الثلث فان مضت الثلاث قبل ان يختار البيع فالبيع فاسد في قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يجوز ان اختار بعد الثلثه وقال زفر رحمه الله لا يجوز وان اختاره في الايام الثلاثه وهو بناء على ما تقدم ان عند ابي حنيفه
رحمه الله اشتراط الخيار لا يجوز اكثر من ثلاثه ايام ومطلق اشتراط الخيار يقتضي التابيد الا ترى انه لو سوقته من الخيار كخيار
العيب والرؤية فانه يثبت على التابيد ثم الاسقاط انما يعمل في المستقبل دون الماضي فاذا اسقط قبل مضي الايام الثلاثه عمل اسقاطه
في المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان صحيحا عنده واذا اسقط بعد مجي اليوم الرابع فما مضى كاف لافساد العقد واسقاطه
غير ممكن وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما مضى معلوم في نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلى قول زفر رحمه الله العقد
متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستقبال ومشايخنا رحمهم الله يختلفون في حكم هذا العقد في الابتدا فمنهم من يقول هو فاسد
ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار والاوجه ان نقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير مبرم في الحال لان تاثير الخيار في المنع
من انبرام العقد لا في افساد العقد وانما المفسد في الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضي الايام الثلاثه وما لم يوجد
عليه المفسد لا يتعين صفة الفساد للعقد ويستوي ان اسقط الخيار رضا في الايام الثلاثه او اعتقه او مات في يده او تعيب فانه
يسقط خياره في المستقبل باعتبار هذه المعاني ويجب عليه الثمن المسمى ذكره الكرخي رحمه الله في جامع صغيره وبهذا يتبين ان العقد غير
محكوم بفساده قبل مجي اليوم الرابع ٥ قال واذا اشترى عبدين احدهما بالف والاخر بخمسمائة على ان ياخذ ايهما شاء بيع
الاخر فماتا فقال البايع مات الذي بالف درهم قبل وقال المشتري لا بل مات الذي بخمسمائة قبل فكان ابو يوسف يقول اولا لم يصدق

واحد منهما على ما قال ويحلف المشتري بالله ما يعلم انه ثمنه الذي باع اولا مرة ويحلف البايع بالله ما يعلم انه ثمنه الالف خمسماية فايهما نكل عن اليمين لزمه
دعوى صاحبه فان حلفا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع ابو يوسف بعد ذلك فقال القول قول المشتري الا ان يقيم البايع البينة وهو
قول محمد رحمه الله وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه العقد في محل اخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما لو قال
بعت منك هذا العبد بالف وقال المشتري انما اشتريت منك هذا العبد الاخر بخمسماية وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما في هذا الفصل
مدعي ومنكر حقيقة فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما على العلم لانه استحلاف على ما ليس من صنعه وهو الموت
اولا فاذا حلفا فقد انتفى دعوى كل واحد منهما بيمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع في احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس احدهما باولى
من الاخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما اولما لم يعلم التاريخ بين موتيهما جعل كانهما ماتا معا فينتفي حكم البيع والامانة فيهما ووجه
قوله الاخر ان حاصل الاختلاف في مقدار ما وجب للبايع على المشتري من الثمن فالبايع يدعي الزيادة فعليه ان يقيم البينة على ذلك والمشتري
منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا على اصل محمد رحمه الله نظير اختلاف المتبايعين في الثمن بعد هلاك السلعة لان هناك
كل واحد منهما يدعي عقدا اخر فالبيع بالف غير البيع بالفين على ما بينا وهنا هما يتصادقان على العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما
يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من الثمن المسمى فالقول قوله مع يمينه لانكاره الزيادة وان قامت لهما بينة لزمه الف درهم لان بينة البايع
تثبت الزيادة وكذلك لو حدث بهما جميعا عيب فاختلفا في الذي اصابه العيب ولا دا اقاما البينة فالبينة بينة البايع لاثبات الزيادة في حقه
قبل المشتري ٥ قال واذا اشترى عبدا على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام فقطعت يده عند المشتري فالبايع بالخيار ان شاء الزمه
البيع واخذ منه الثمن وان شاء اخذ منه عبده لان العيب حصل في ضمان المشتري وذلك لا ينافي خيار البايع ومحل الاجازة بعد القطع قايم
فيبقى على خياره فان اختار اخذ العبد تخير في نصف القيمة بين ان يرجع به على الجاني وعلى المشتري لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه
فالجناية من القاطع حصلت على ملكه ولكن في ضمان المشتري بالقبض فيكون له الخيار في التضمين كالعبد المغصوب اذا قطعت يده عند الغاصب
فان اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشتري لان القاطع ضمن لجنايته وان اختار اتباع المشتري فللمشتري ان يرجع به على القاطع لان
ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به كالغاصب وان كان البايع هو الذي قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له ان يلزمه البيع
بعد ذلك لان اليد من الادمي نصفه فقد استرد نصفه بفعله وفي الاسترداد حكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع في النصف بالاسترداد
يكون فسخا في الكل فلهذا لم يكن له ان يلزمه البيع بعد ذلك ٥ قال وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلثة ايام فولدت عنده
فقد انقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وكذلك لو وطيها هو او غيره بفجور او غير ذلك لان وطيه اياها دليل الرضا ووطي الغير
اياها بالفجور تعيب لها وقد بينا ان حدوث العيب في ضمان المشتري يسقط الخيار ثم المستوفي بالوطي في حكم جزء من اجزاء العين لان
المستوفي بالوطي مملوك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا سبب تقومها واستيفا جزء من العين يسقط لخياره سوا كان
المستوفي هو او غيره قال مسلم اشترى من مسلم عبدا على انه بالخيار ثلثة ايام ثم ارتد المشتري في الثلث والعياذ بالله فله ان يرد
العبد لان الرد لا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيا لان مشيته لا يسقط برده ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد في ملكه فرده بالخيار بعد
الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما وعند ابي حنيفة خياره يمنع دخول العبد في ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك لان الملك عرضه له
ورده لا يمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله ان البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج من ملكه وللشافعي رحمه الله فيه
اقوال في قول مثل هذا وفي قول يخرج ويدخل في ملك الاخر لان العقد منعقد في شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذ الخيار لا ينافي ذلك
كخيار العيب وفي قول اخر يقول اذا سقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى صاحبه من وقت العقد بناء على اصله ان الخيار يمانع بعد
ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب ووجه قولنا ان العين لا يخرج من ملكه
بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب
لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط لا يتبين ان الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق
وهذا معنى ما نقول ان البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بسقوط الخيار وانما يثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان
المشتري اعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا ان السبب المنعقد في الاصل يسري الى الزوايد المتصلة والمنفصلة لكونها حادثة بعد وجود
الشرط كما يثبت الحكم في الاصل يثبت في الزوايد فاما البدل الذي من جانب الاخر على قول ابي حنيفة رحمه الله يخرج من ملكه ولا يدخل في ملك
المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانبه من لا خيار له فيعمل في البدل الذي في جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك احدهما الى ملك
الاخر ولهذا اخرج من ملكه ولو لم يدخل في ملك صاحبه يبقى مملوكا بلا مالك وذلك لا يجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير

والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصر مالكا لها لما استحقها
الشفعة كجار السكنى وابو حنيفة رحمه الله يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه
في ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت احدهما لانعدام الشرط فكذلك الاخر لمعنيين احدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم
يخرج المعوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونهما محل النقل وذلك لا يجوز والثاني انه لو دخل في
ملكه من غير ان يخرج البدل الاخر عن ملكه كان تملكا بغير عوض وليس هذا موجب البيع ان يثبت الملك به من غير عوض واذا ثبت الملك
له بغير عوض فلا يجوز ان يجب عليه العوض بعد ذلك ابدا ليكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه فالحاصل انهما بنيا مذهبهما على اعتبار
حال البدل وابو حنيفة رحمه الله بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد فان الذي شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد اصلا في
حقه لا في البدل الذي من جانبه ولا في البدل الذي من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب اولى لما قررنا ووجوب الشفعة للمشتري
بها لانه صار احق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد الماذون اذا بيعت دار بجنب داره تجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو اعتقه
المشتري نفذ عتقه لانه صار احق بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط منه لخياره ويتفرع على الاصل الذي بينا مسايل منها ان
من اشترى قريبه على انه بالخيار ثبت خياره عند ابي حنيفة رحمه الله ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار
له فيه وكذلك لو قال ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط
يصير كالمنشي للعتق فاذا كان الشرط هو الشرا اجعل بعد الشرا كانه اعتقه فلهذا يعتق عندهم جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على انه
بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله ولو وطيها في المدة كان الوطي بحكم النكاح ولا يمنعه من ردها بخياره وعندهما
يفسد النكاح ولو وطيها في المدة لم يكن له ان يردها بحكم خياره ومنها ان المسلم اذا اشترى عصيرا على انه بالخيار ثلاثة ايام فقبضها
فتخمرت في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من ردها بعد التخمر وعند ابي حنيفة لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه
لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر وذلك لا يجوز وقيل في هذا الموضع بتغير العين من صفة الى صفة في ضمان
المشتري فينبغي ان يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا الاختلاف في ذمي اشترى من ذمي خمرا على ان المشتري بالخيار وقبضها ثم اسلم فعندهما
سقط خياره لانه كان مالكا فلا يردها بعد اسلامه وعند ابي حنيفة رحمه الله يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع تملكها عند اسقاط
الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز ٥ ومنها ان من اشترى جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند ابي حنيفة
رحمه الله لا يجب على البايع استبرا جديد لانه لم يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضت عند المشتري في مدة الخيار ثم
اسقط خياره عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجتزى بتلك الحيضة من الاستبرا وعندهما يجتزى بها ومنها العبد الماذون اذا اشترى
عبدا على انه بالخيار ثلاثة ايام فابراه البايع من الثمن ثم اراد رده بخياره فله ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن مالكا له فهو
بالرد يمتنع من تملكه وعندهما كان مالكا له فلو رده بعد ما ابراه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد الماذون لا يملك ذلك
٥ قال نصراني اشترى من نصراني خمرا فلم يقبضها حتى اسلم احدهما اما البايع او المشتري فلا بيع بينهما استحسانا وفي القياس يبقى
البيع بينهما صحيحا لان المشتري ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها الا ترى انه لو كان خمرا مغصوبا في يد غيره كان له
ان يقبضها بعد الاسلام فكذلك في المبيع وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد
من حيث انه يتاكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من احدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض
بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد يوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوايد يجعل كالموجود
عند العقد حكما فكذلك الطارئ من اسلام احدهما يجعل كالموجود عند العقد وكذلك السلم في الخمر يعني اذا اسلم نصراني الى نصراني في خمر
يجوز فان اسلم احدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن ابي يوسف رحمه الله انه قال في السلم اخذ بالاستحسان
وفي بيع العين اخذ بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في عين المقبوض وهو نظير العقد في ان اسلام احد المتعاقدين يمنع العقد
على الخمر فاما في بيع العين القبض يوجب نقل الضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المغصوب ٥ قال وان كان المشتري
قبض الخمر ولم ينقد الثمن حتى اسلما او اسلم احدهما فالبيع ماض والثمن عليه لان حكم العقد ينتهي في الخمر بالقبض والاسلام الطارئ
لا يؤثر في المنع من قبض الثمن يقرره ان الاسلام اذا طرأ فانه يلاقي الحرمة القايمة بالرد والماضية بالعفو كنزول اية الربا على ما نص الله تعالى
عليه بقوله وذروا ما بقي من الربا اي ما بقي غير مقبوض فعرفنا ان الاسلام المحرم اذا طرأ لا يتعرض للمقبوض ٥ قال واذا اشترى الرجل عبدين
بالف درهم على ان احدهما له لازم وهو في الاخر بالخيار فهو فاسد لان الذي لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز

وكذلك ان سمى لكل واحد منهما ثمنا فان لم يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد ايضا لما قلنا وان بين ذلك فحينئذ يجوز لان الذي لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكان العقد كان في صفقتين منفردتين بان اشترى احدهما بعينه في صفقة على انه بالخيار فيه والاخر في صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذي لزمه العقد فيه معينا وقبضهما او مات في يده فهو ضامن لقيمتهما لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما مضمون عليه بالقيمة والله اعلم

باب الخيار بغير شرط

قال واذا اشترى الرجل جرابا هرويا او زيتا في زق او حنطة في جوالق ولم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا راه عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشتري فالعقد باطل قولا واحدا وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج في ذلك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة وذلك موجود فيما لم يره وبنهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان راه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد ولانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبدا ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع اوصاف المعقود عليه مجهول وطريق معرفته الرؤية دون الخبر الا ترى ان العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه كالرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقا للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية في افساد العقد كبيع الآبق فان المالية في الآبق باقية حقيقة ولكن لا يتوصل اليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية في المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين في البطن واللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف بنص السلم وفيما هو عين المشاهدة ثم ما هو طريق لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية اذا تأخر عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة فلا يجوز العقد وحجتنا في ذلك ما روي في المشاهير ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا راه والهاء في قوله لم يره كناية فينصرف الى المكني السابق وهو الشيء المشترى والمراد خيار لا يثبت الا بعقد الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه باثبات هذا الخيار تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنه وعطاء والحسن البصري وسلمة بن المحبر مرسلا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه ان المبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئي وبيان الوصف انه مشار الى عينه فان الخلاف في جارية قائمة بين يديه متنقبة فلا اشكان ان عينها معلوم بالاشارة اليها وكذلك ان اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان المسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق الى معرفة ذلك الا بخبر البائع لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبره وهذا لان خبر الواحد في المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئا مملوكا لانسان ثم رآه في يد غيره يبيعه وزعم انه اشتراه من الاول او انه وكله ببيعه جاز له ان يشتري منه بناء على خبره فاما بعد رؤيته وجهها فالجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبني على ذلك لان الجهل ببعض اوصافها لا يكون اكثر تاثيرا من فوات بعض الاوصاف بان كانت محترقة الوجه او معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل ببعض الاوصاف الا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل ببعض الاوصاف الا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع لا يمنع العقد وهو انه اذا باع قفيزا من الصبرة كان عين المعقود عليه مجهولا وجاز العقد فدل ان تاثير العدم فوق تاثير الجهل يوضحه ان الجهالة انما يفسد العقد اذا كانت تفضي الى المنازعة وبعد ما صار معلوم العين وانما تاثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط ابرام العقد لا شرط جوازه الا ترى ان البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا وكذلك في العيب الا ان هناك السبب المانع من تمام الرضا منه شرط الخيار وهو يحتمل الاسقاط فاذا اسقطه تم الرضا به وهنا السبب هو الجهل باوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤية فلهذا لا يسقط خياره وان اسقطه قبل الرؤية والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو قال زوجتك احدى ابنتي او زوجتك احدى امتي لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا انه لا يوجب جهالة العين الا ان في النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط

الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه تقيس بعلة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا يمنع جوازه كالنكاح ولانه ليس في هذا اكثر من ان ما هو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزا او بيضا او اشترى فقاعا في كوز فان المقصود بالعقد مستتر بغيره يوضحه ان الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الجوز الرطب ولا اللوز الرطب في قشرين ويجوز اليابس منهما لانه في قشر واحد وفي الوجهين المقصود هو اللب دون القشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة الوصف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ولان العقد يرد على الاوصاف في باب الاوصاف في باب السلم فان الدين وصف في الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الآبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لا لعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير وبيعه ممن في يده وبيع الجنين في البطن انما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فانه في البطن جزء من اجزاء الام الا ترى انه لا يحتمل التزويج مقصودا فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام له لا تبع ما ليس عندك والنهي عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان احدهما ان البائع اذا لم ير المبيع قط بان ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز عندنا وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول اولا له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيعه قولا واحدا والدليل على جوازه ما روي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا كانت له بالبصرة من طلحة رضي الله عنه فقيل لطلحة رضي الله عنه انك قد غبنت فقال الخيار لي لاني اشتريت ما لم اره فقيل ذلك لعثمان رضي الله عنه فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقال لي الخيار في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه فقد اتفقوا على جواز الشراء ثم حكم جبير رضي الله عنه بالخيار لطلحة رضي الله عنه ولهذا رجع ابو حنيفة رضي الله عنه حين بلغه الحديث فقال لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل في ملكه الثمن لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل في ملكه الثمن وهو دين طريق اعلامه التسمية دون الرؤية فاما اذا كان البائع قد راى المعقود عليه ولم يره المشتري فهو على الخلاف الذي قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشتري ان يفسخ العقد لانه متمكن من الفسخ باعتبار ان العقد غير لازم وما لم يتم الرضا به بالرؤية لا يكون العقد لازما فكان له ان يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له ان يفسخ العقد يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم بتمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التي هي مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفائت وذلك يحتمل الاسقاط فلهذا صح لا الا قبل رؤية العيب يوضحه ان في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له في الفسخ ابطال الحكم الثابت بالنص لانه يوجد رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ خرج من ان يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ما هو المقصود وذلك في بني آدم برؤية الوجه وفي الدواب برؤية وجهها وكفلها ومؤخرها فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله وفي الغنم يحتاج مع ذلك الى الجس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك ايضا لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره ما لم يحصل العلم بما هو المقصود صريحا او دلالة وليس للخيار في هذا الوقت لان الحديث ورد مطلقا للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا في معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت الا ان خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفائت والاصطلاح يكون على حصة الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر الرد يرجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل باوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط قال فان راى بعض الثياب فهو بالخيار فيما بقي منه بالخيار لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على رؤية البعض فاذا اراد الرد فليس له ان يرد ما لم ير خاصة ولكن يرد الكل او يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد فكذلك من له خيار الرؤية ويستوي في ذلك ما قبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض لتمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة قال ولو تعذر الرد في البعض بالهلاك في يد المشتري

قبل الرؤية فليس له ان يرد ما بقي لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له ان يفرق الصفقة في الرد قبل التمام ومن ضرورة تعذر الرد في الهالك تعذر الرد فيما بقي الا في رواية عن ابي يوسف قال له ان يرد ما بقي لانه صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره به فهلاك البعض اولى ان لا يسقط خياره فيما بقي ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو قاصد للاضرار بالبايع فيرد عليه قصده وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد ما بقي وكذلك كل حيوان او عرض فاما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل والموزون من جنس واحد لا يتفاوت فرؤية البعض يصير صفة ما بقي معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار وما لا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منها لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان ما لم يره مثل ما رآه او اجود مما رأى فان كان ادنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رأى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا فقال المشتري قد تغير وقال البايع لم يتغير فالقول قول البايع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد سبب ظهور لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه ان يثبت ذلك بالبينة والقول قول البايع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله قال واذا رأى متاعا مطويا ولم ينشره ولم يقلبه فاشتراه على ذلك فلا خيار له لان في الثوب الواحد يستدل بما يظهر منه على ما بقي فلا يتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذلك غير معتبر لان رؤية كل جزء منه يتعذر قالوا وهذا اذا لم يكن في طي الثوب ما هو المقصود فان كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع يعني موضع العلم لان المالية تتفاوت بحسبه وهو نظير النظر الى وجه الادمي فان رأى ساير المواضع من جسده لا يسقط خياره ما لم ير وجهه قال ولو كان رآه قبل الشرى ثم اشتراه فلا خيار له الا ان يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه وان ادعى المشتري التغير فالقول قول البايع مع يمينه لانكاره وعلى المشتري البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فاما اذا تطاول المدة فالقول قول المشتري ارأيت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فزعم البايع انها لم تتغير اكان يصدق على ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل والظاهر يشهد فيه للمشتري فالقول قوله قال واذا اشترى شيئا ثم ارسل رسولا يقبضه فهو بالخيار اذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لا يلزم المتاع لان المقصود علم العاقد باوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لا يحصل برؤية الرسول فاكثر ما فيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض بنفسه قبل الرؤية كان له الخيار اذا رآه فكذلك اذا ارسل رسولا فقبضه له فاما اذا وكل وكيلا بقبضه فرآه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد له الخيار اذا رآه لان القبض فعل والوكيل والرسول فيه سواء وكل واحد منهما مأمور باحراز العين والحمل اليه والنقل الى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط برؤية الرسول فكذلك برؤية الوكيل وكيف يسقط خياره برؤيته وهو لو اسقط الخيار نصا لم يصح ذلك منه لانه لم يوكله به فكذلك اذا قبض بعد الرؤية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط بقبض الوكيل ورضاه فكذلك خيار الرؤية وابو حنيفة رحمه الله يقول التوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولاية اتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولاية اتمامه وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية فيتضمن التوكيل بالقبض انابة الوكيل منابه بنفسه في الرؤية المسقطة لخياره بخلاف الرسول فالرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فاما اتمام ما ارسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض والتسليم شيء والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالى اثبت صفة الرسالة لنبيه عليه السلام ونفى الوكالة بقوله تعالى قل لست عليكم بوكيل وهذا بخلاف خيار العيب فان بقاه لا يمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المعيب خاصة يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفايت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فاما خيار الشرط فقد منعه بعض اصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما انا نجعل في الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الرؤية سقط به خياره فكذلك اذا قبض الوكيل ولو لم يسقط خيار الشرط بقبض الموكل بحال فكذلك اذا قبض الوكيل لم يسقط خيار الشرط بقبض الموكل بحال فكذلك بقبض الوكيل وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه او اسقاط نايبه والوكيل ليس بنايب عنه في اسقاط حقه الذي استثناه لنفسه او يقول سقوط خيار الرؤية من حقوق العقد لان الرؤية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشيء فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض شابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم رؤية الوكيل بالعقد تجعل كرؤية الموكل فكذلك رؤية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فرضا الوكيل بالعيب لا يكون ملزما الموكل الا ترى انه بعد الشرى لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل

ورأى

ورأى الموكل ان يرضى به فله ان لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذي استثناه الآمر لنفسه نحو ما اذا امره بان يشترط له الخيار وكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه قال واذا اشترى عدل زطي لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقي فلم يرض به لم يكن له ان يرده الا من عيب يجوز فيه لانه تعذر الرد فيما باع وليس له ان يفرق الصفقة في الرد في خيار الرؤية فاذا عاد الى ملك البايع ما باع بسبب هو فسخ من كل وجه فله ان يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع الا في رواية علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمه الله انه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على انه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما احدث من التصرف لو اسقطنا خياره لا يسقط باجابة البيع في الثوب وذلك لا يكون اقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية وكذا اذا باعه على انه بالخيار وكذلك لو قطع ثوبا منه او لبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له ان يرد ما بقي لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام قال واذا اشترى عدل زطي بثمن واحد او كل ثوب بعشرة او كر حنطة او خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل ان يقبضه او كان العيب فيه فعلم به فليس له الا ان يرده كله او يأخذه كله لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضا وهذا لانه لا حصة للجزء الفايت من الثمن قبل القبض لانه وصف ولا حصة للاوصاف من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار ثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الحاق الضرر بالبايع في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل او يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البايع ولو هلك كان هلاكه على البايع فكذلك اذا فات جزء منه لان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما حصلت في حكم الموجود عند العقد فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض وكذلك لو قبض احدهما دون الاخر لان تمام الصفقة يتعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض الجميع كسقوط حق البايع في الحبس لما تعلق بوصول الثمن اليه فما لم يقبض جميع الثمن بقي حقه في الحبس ويستوي في ظاهر الرواية ان وجد العيب بالمقبوض او بالذي لم يقبض وعن ابي يوسف قال اذا وجد العيب بالمقبوض فله ان يرده خاصة وان وجد بالذي لم يقبض فليس له الا ان يردهما لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الاخر معه واما اذا علم بالعيب بعد ما قبضهما فله ان يرد المعيب خاصة وقد لزم البيع في الاخر بحصته من الثمن الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول يردهما ان شاء لان ضم الجيد الى الردي عادة ظاهرة في البيع فلو رد الردي بالبيع خاصة تضرر البايع به فلدفع الضرر عنه اما ان يردهما او يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والرؤية ولكنا نقول حق المشتري بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفايت ولاجله يتمكن من الرد ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى يقتصر على المعيب فلا يتعدى حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند صفة السلامة كما اوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والرؤية فالمانع من تمام الصفقة هناك عدم تمام الرضا للجهل باوصاف المعقود عليه او بشرط الخيار وهذا بان في رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام ولهذا لا يتمكن منه كما اما ما كان من مكيل او موزون من ضرب واحد فليس له الا ان يرد كله او يمسك كله لان الكل في الحكم كشيء واحد الا ترى ان الكل يسمى باسم واحد وهو الكر كالشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون بعض يوضحه انه اذا ميز المعيب ازداد عيبه كالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين اذا ميز عما ليس بمعيب والمشتري لا يتمكن من الرد معيبا اكثر مما خرج من ضمان البايع وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فاما اذا كان في وعائين فوجد بما في احد الوعائين عيبا فله ان يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والعبدين كالحنطة والشعير لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البايع والاظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان في وعاء واحد او في وعائين فاما ان يرد الكل او يمسك الكل قال واذا اشترى ثوبين او عبدين بثمن واحد وقبضهما ثم استحق احدهما فالاخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يعتمد على الرضا من العاقد وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا في الصرف ورأس مال السلم لو اجاز المستحق بعدما افترقا بقي العقد صحيحا فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمن المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له في الاخر لانه سالم له كما استحق احدهما لا يمكن نقصانا في الاخر وان استحق احدهما قبل القبض فله الخيار في الاخر لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض احدهما ولم يقبض الاخر حتى استحق المقبوض او الذي لم يقبض فله الخيار في الباقي لما بينا ان تمام الصفقة بقبض جميع ما تناوله العقد فما بقي شيء منه غير مقبوض لا يكون الصفقة تامة ولو كان ثوبا واحدا او عبدا او شيئا مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض او بعده فله ان يرد ما بقي بعيب الشركة فالخيار بعد وجود الشركة فيما يضره التبعيض عيبا فاحشا قال واذا اشترى شيئا مما يكال او يوزن فاستحق بعضه قبل

القبض او وجده ناقصا فله ان يترك ما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض من بعد القبض فلا خيار له فيما بقي لان
هذا مما لا يضره التبعيض وباستحقاق البعض لا يتعيب ما بقي منه وقد تمت الصفقة بالقبض قال ولو اشترى دارا فنظر الى ظاهرها
خارجا منها ولم يدخلها فليس له ان يردها الا بعيب عندنا وقال زفر رحمه الله له ان يردها وقيل هذا الجواب بناء على دورهم
بالكوفة فانها لا تختلف بالسعة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى الجدار انها من خارج
فاما في ديارنا ما ليه الدور تختلف بقلة المرافق وكثرته وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها من داخل فالجواب على ما قال زفر
رحمه الله ومن حقق الخلاف في المسئلة فحجة زفر رحمه الله هذا الحرف الذي ذكرنا وحجتنا ان النظر الى كل جزء من اجزائها متعذر
فانه يتعذر عليه ان ينظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر
اقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيرا قال والاعمى في كل ما اشترى اذا لم يقلب ولم يجس بالخيار فاذا قلب او جس
فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا ان يجد به عيبا والكلام في فصول احدها جواز العقد عندنا من الاعمى بيعا كان او شرا
وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا يعرف لون الاشيا
وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معامله العميان من غير نكير وتعارف الناس من غير نكير اصل في الشرع ثم من اصله ان
من لا يملك ان يشتري بنفسه لا يملك ان يامر غيره به فاذا احتاج الاعمى الى ما كول ولا يتمكن من ان يشتري او يوكل به مات جوعا وفيه
من القبح ما لا يخفى فاذا ثبت جواز شرائه قلنا ان كان المشترى مما يعرف بالجس فلا يعرف بالرؤية او الذوق فهو كالبصير في ذلك
وان كان مما يعرف صفته بالجس فلا يعرف بالرؤية فالجس منه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه ثم قال رضيت به يسقط خياره وما لا
يمكن معرفته بالمس كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا قال رضيت يسقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية
في موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود دفع الغبن عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية اتم وعن ابي يوسف
رحمه الله قال يقاد الى ذلك الموضع فاذا كان بحيث لو كان بصيرا راى فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحريك الشفتين
من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل
بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله فالوكيل بالقبض عنده يجعل في الرؤية كالموكل
وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله يمس الحيطان والاشجار فاذا قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على
مقصوده في ذلك بالمس وحكي ان اعمى اشترى ارضا فقال قودوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها
فقال اموضع كدس هذا فقالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لانها لا تكنس نفسها فكيف تكسوني فكان كما قال فاذا كان
الاعمى بهذه الصفة فرضي بها بعد ما مسها سقط خياره والله اعلم

باب المرابحة

قال واذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له ان يبيعه مرابحة حتى يبين انه اشتراه بنسيئة لان بيع المرابحة بيع امانة ينفي عنه
كل تهمة وخيانة ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة ثم الانسان في العادة
يشتري الشيء بالنسيئة باكثر مما يشتري بالنقد فاذا اطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع منه الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر
باكثر مما اشترى به وذلك خيانة في بيع المرابحة توضيحه ان المؤجل انقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النسا عند وجود احد
الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكما فاذا باعه وكتم ذلك فالمشتري بالخيار اذا علم انه ليس من البايع وهذا لان المشتري انما التزم
الربح بناء على زعمه انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بل لذلك الثمن فضلا من ان يعطيه
على ذلك ربحا فللحاجة الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ما شرط له البايع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالبيع
له لازم وليس له ان يرد الباقي منه ولا يرجع في شيء من الثمن لانه تعذر رده وبمجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء كخيار
الرؤية والشرط وروي عن محمد رحمه الله انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على اصله فانه يجوز فسخ العقد بسبب التخالف على
القيمة بعد هلاك السلعة ويجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق
الحاجة الى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشتري هناك المطالبة بتسليم جزء الفائت قال
ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد خيار والخيار ليس بمال وكذلك ان استهلك بعضه فليس له ان يرد

الباقي منه لما فيه من تفريق الصفقة على البايع ولا يرجع في شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد فان لم يكن الاجل مشروطا ولكنه
كان منجما كما هو الرسم بين الباعة ان يؤدي المشتري الثمن منجما في كل اسبوع نجما فقد اختلف مشايخنا رحمهم الله في هذا الفصل قال بعضهم له ان
يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبان سامحه البايع فاستوفى منه الثمن منجما لا يخرج من ان يكون حالا ومنهم من يقول المعروف كالمشروط
بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له ان يبيعه مرابحة من غير بيان فكذلك اذا كان متعارفا الا ترى ان الدوام في بعض الاشياء
يستحق بالعرف ويجعل كالمشروط فهذا قياسه قال واذا اشترى خادما فاعورت او ثوبا او طعاما فاصابه عيب عند المشتري
فله ان يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك ما لم يبين لان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمى
من البدل لم يلتزم على ذلك ربحا ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الامام الشافعي رحمه الله ايضا على مذهبه ان للاوصاف حصة
وان العيب بانه سماوية وبصنع من العباد فيه سوا ولكنا نقول بان المشتري غير حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة
كما لو تغير السعر وهذا لان الفايت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البدل فاذا فات بغير صنع احد فانما البدل بمقابلة الاصل
وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة ارايت لو اصفر الثوب او توسخ او تكسر كان ذلك يمنعه من البيع مرابحة وفي نوادر هشام
ذكر عن محمد رحمه الله قال هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب قدر ما لا يتغابن الناس فيه لم يبعه مرابحة قال
وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه لان ذلك هدر وان تعيب بفعل المشتري فليس له ان يبيعه مرابحة حتى يبين لانه كالحابس لجزء من المبيع
بما احدث فيه من التعييب وما لا يكون تبعا اذا صار مقصودا بتناوله كان له من الثمن حصة كالبايع اذا اتلف شيئا من اوصاف المعقود
عليه تسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل وكذلك ان عيبه اجنبي بامر المشتري او بغير امره لان فعله بامر المشتري كفعل
المشتري وبغير امره جناية موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشتري كالحابس بدل جزء من المعقود عليه وذلك يمنعه من ان يبيعه
مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشتري رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشيء
من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه اصاب من غلة الدابة او الدار او الخادم شيئا فله ان يبيع المشتري مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست
بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنعه من بيعها
مرابحة وهذا لانه انفق عليها بازاء ما نال من المنفعة قال واذا ولدت الجارية او الماشية او اثمر النخل فلا باس ببيع الاصل
مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبازائه ما يجبره فاذا كان له ان
ما يجبره اولى فان استهلك المولى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك
جزءا من عينها لم يبعها مرابحة من غير بيان فلهذا اذا استهلك ما تولد من العين قال وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها
اذا اصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لان ما اصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي له ان يبيعها
مرابحة على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهو بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وسياتي بيانه
في باب العيوب قال فان كان انفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا باس بان يبيعها مرابحة من غير بيان لان
حصول الزيادة باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولان في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عادتهم اذا
انفقوا بقدر ما اصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة ولا يبين وان كانت قد نقصت الاصول لان النقصان
حصل بغير صنع احد قال واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه ما انفق في القصارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول
اشتريته بكذا فانه كذب وهذا لان عرف التجار معتبر في بيع التجار فما جرى العرف بالحاقه براس المال يكون له ان يلحقه به
وما لا فلا ويقول ما اثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة او معنى فله ان يلحق ما انفق فيه براس المال فالقصارة والخياطة
وصف في العين تزداد به المالية والكراء كذلك معنى لان مالية ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فنقله من مكان الى مكان
لا يكون الا بكراء ولكنه يبعد الحاق ذلك براس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فانه ما اشتراه بذلك واذا قال قام علي بكذا
يكون صادقا فهو صادق في ذلك لان الشيء انما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان في عقود متفرقة ولا يحمل ما انفق
على نفسه في سفره لانه لا يزداد ماليه المبيع صورة ولا معنى واما الرقيق فله ان يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قام علي
بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولان في هذه النفقه اصلاح مالية الرقيق فان بقاءهم على صحتهم لا يكون بدون الانفاق بالمعروف
قال واذا اشترى طعاما فاكل نصفه فله ان يبيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن وكذلك كل مكيل او موزون اذا كان
صنفا واحدا لانه مما لا يتفاوت فحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك ينبني وان كان مختلفا لا يبيع الباقي

مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحزر والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوما يقينا ليبيعه مرابحة عليه وكذلك الثوب الواحد اذا ذهب نصفه او احترق او حرقه انسان او باعه او وهبه فلا يبيع النصف الباقي مرابحة على الثمن الاول لان المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تتفاوت اطراف الثوب الواحد الا ترى انه يشترى ذراع من احد جانبيه بثمن لا يشترى بمثله من جانب اخر كالقفزان من الصبرة الواحدة اشتراها صفقة واحدة فلا يبيع احدهما مرابحة دون الاخر لان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة وكذلك ان اشترى عدل زطي بالف درهم ولو كان اخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله ان يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة في قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين انه اشتراه مع غيره لان من الجائز ان من المقصود عادات التجار ضم الجيد الى الردي وبيعهما بثمن واحد مع التفصيل فيرغب المشترى في شراء الردي لما له من المقصود الجيد ويرغب البائع في الجيد لما له من المقصود في ترويج الردي فلو جوزنا له ان يبيع احدهما مرابحة من غير بيان لا يسلك الجيد وباع الردي مرابحة واذا علم منه المشترى انه كان يعمه في العقد اجود منه لم يعطه ربحا على ما سمى فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسن محمد رحمه الله وقال لا يبيع مرابحة حتى يبين والقياس ما قالا ان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله ان يبيعه مرابحة عليه كما لو كان في عقدين ومثل هذا العرف الذي اعتبره محمد رحمه الله يوجد في العقدين ايضا فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد مرة ليروج عليه رديا بعده بمثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار العادة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما لا يعتبر بالعادة قال واذا اشترى متاعا حنطة او شعيرا او شيئا مما يكال او يوزن فلا باس ان يبيعه مرابحة على ذلك لان بيع المرابحة تمليك ما ملك به مع ربح ضمه اليه في بيعه فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يتحقق هذا المعنى فيه فله ان يبيعه مرابحة عليه قال واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الاول من راس المال في قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقبل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح او وضيعة الا ترى انه لو كان اصله هبة او صدقة او ميراثا او وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله كذا هذا وهذا لانه بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف اسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان المشترى في المرة الثانية عينا اخرى باعه مرابحة على ما اشتراه به فكذا هنا بما لو استفاد في المرة الثانية عينا اخر باعه مرابحة على زيادة من العين كان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشرى الثاني فكذلك اذا استفاد ربحا قبل الشرى الثاني وابو حنيفة رحمه الله يقول ما استفاد من الربح انما تاكد حقه فيه بالشراء الثاني لان قبل شرائه كان حقه فيه بعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد في بعض الاحكام كالموجب فكانه استفاد ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فان حقه فيها لم يتاكد بالعقد الثاني ولان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض فيما يوجب الا ترى ان ما انفق في القصارة والغسل والخياطة يلحق براس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب النقصان من الثمن اولى لان هذا الى الاحتياط اقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا الا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا براس المال وكذلك اذا كان العقد الاول هبة او صدقة لا يضم احدهما الى الاخر لان احد العقدين تبرع والاخر تجارة فاما اذا اتحد جنس العقود بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقي ان شاء وفي هذه المسئلة قد غرم عشرين درهما في دفعتين وعاد اليه خمسة عشر فيبيعه مرابحة على خمسة قال ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة عند ابى حنيفة رحمه الله اصلا لانه رجع اليه مثل ما غرم فيه فلم يبق فيه راس المال ليبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف او بدابة ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على عشرة لان ما عاد اليه ليس من جنس ما غرم فيه فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولان الربح لا يظهر ما لم يعد اليه راس ماله واذا كان ما عاد اليه من غير جنس ما غرم فيه لا يظهر ربحه فيه فلهذا كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الثاني قال واذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى اخر نصفه بمائتي درهم ثم باعاه يبيعه مرابحة او وضيعة او تولية فالثمن بينهما اثلاثا بخلاف ما لو باعاه مساومة فان في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا استوى في المشترى الموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فان الثمن الثاني مبني على الاول في هذه العقود لان التولية تمليك المال بمثل ما ملك به والوضيعة بنقصان من مسمى عن ملك به والمرابحة بزيادة معلومة على ما ملك به ولهذا اختص هذه

العقود

العقود بالمشترى دون الموهوب فاذا ثبت ان الثمن الثاني مبني على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول اثلاثا فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والاصل في جواز هذه العقود ما روي ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير شيء فلا قال واذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه براس المال لانه ليس فيه عرف ظاهر وكذلك الشعر والغناء والعربية واجر التعليم والقرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بالحاقه براس المال كان له ان يلحقه به ولان الزيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الذهن والذكاء لا بما انفق على المعلم فلم يكن ما انفق موجبا زيادة في مالية العين وعلى هذا اجر الطبيب والرائض والبيطار والراعي وجعل الابق والحجام والختان لا يلحق شيء من ذلك براس المال لما قلنا واما اجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد الى بلد يلحق براس المال للعرف الظاهر فيه ولان هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة وكذلك اجرة السمسار فقد جرى العرف بالحاقه براس المال فهو كاجر القصار واجر الراعي ليس نظير اجر السائق للغنم لان الراعي لا يستحق الاجر بالنقل ولا بعمل الراعي بل بحفظ الغنم فهو كاجر البيت الذي يحفظ فيه الغنم وكذلك جعل الابق ليس نظير جعل سائق الغنم لان الاباق نادر وفي الحاق مثله براس المال المعتبر العرف الظاهر وذلك لا يوجد في النادر قال واذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الاول منه شيئا من الثمن فانه يحط ذلك من المشترى الاخر وحصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عنه وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب واصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن تثبت على سبيل الالتحاق بالاصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني هو هبة مبتداة لا يتم الا بالتسليم وتستوى ان كانت الزيادة من العاقد او من اجنبي كذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق باصل المسئلة ويصير كان العقد عقد بما بقي في حق الشفيع والمولى وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة وحجتهما في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشترى بالعقد الاول فيبقى ملكه ما بقي ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضا اذ يلتزم العوض عن ملك نفسه وذلك لا يجوز كالمودع يشترى الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي اظهر فانه لا يملك شيئا من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكن اثبات الزيادة من وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال او كانت جارية فاعتقها المشترى او دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن وكذلك في الصداق الزيادة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى واذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لان الثمن كله صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من ان يكون ثمنا الا بفسخ العقد في ذلك العقد والفسخ لا يكون في احد العوضين دون الاخر مع ان الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وما حط البائع بعد الجميع فكذا ان ذلك بر مبتدأ لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان بالتسمية في اصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انهما غيرا العقد بتراضيهما من وصف الى وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل كالمذكور في اصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما فاسقطا الخيار او بغير خيار لهما او لاحدهما وبيان ان الوصف انما جعلا ان الخاسر عدلا بالزيادة في الثمن او العدل رابحا والرابح عدلا او خاسرا بالحط وهذا وصف مشروع في البيوع والبيوع انواع منه خاسر ورابح وعدل وقررنا انهما قصدا تغييره الى وصف مشروع وتاثيره ان العقد قائم بينهما ملكا التصرف فيه رفعا وابقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله فاذا كان باعتبارهما ملكا التصرف في اصل العقد ففي صفته اولى فاما قوله انه يلتزم العوض عن ملكه قلنا قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم في يد المشترى على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام العوض بمقابلته ايضا لان الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو مملوك له اصلا ومقصودا فاما تبعا فقد يلتزم وهذا لان الارباح في حكم الصلة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولانه تبع والعوض يقابل الاصل دون التبع الا ترى ان اطراف المبيع تستحق بالعقد تبعا ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الاصل يعني عن اعتبار العوض بمقابلة البيع فلذلك الزيادة وبعد هلاك المعقود عليه فقد روي في غير الاصول عن ابي حنيفة رحمه الله ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير لاصل العقد وفي ظاهر الرواية لا تثبت الزيادة لان المعقود عليه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت العقد

قد تعذر اثباته في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لابد من قيام المعقود عليه عند الاجازة ليثبت الملك ،
مستندا الى وقت العقد وفي الاتفاق في الثمن بشرط الخيار على البايع وعلى هذا ان كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا
وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك بمقابلته شيا كما لو خالع امراته مع اجنبي على مال وضمنه الاجنبي او صالح مع اجنبي من الدين على مال
وضمنه صح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فيثبت الحط على سبيل الالتحاق
باصل العقد وقد بينا انه مغير لوصف العقد وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ في الثمن لا يكون والدليل عليه الحط بسبب العيب
والحط في مجلس العقد على احد قولي الشافعي رحمه الله فانه يلتحق باصل العقد لما قلنا بخلاف حط الجميع فانه غير مغير
لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق باصل العقد فاما ان يفسد به العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا
انهما لم يقصدا ذلك او يصير بحكم ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فاما حط البعض لو التحق باصل العقد
تحقق به مقصودهما وهو الربح ه ل واذا باع المتاع مرابحة فخان فالمشتري بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك
وان استهلك المتاع او بعضه فالثمن كله لازم له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى يحط عنه الخيانة وحصتها
من الربح على كل حال ولا خيار له في ذلك وان خانه في التولية فعند ابي حنيفة وابي يوسف يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد رحمه الله
هو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف رحمه الله يقول في المرابحة والتولية جميعا يحط عنه مقدار الخيانة
وحصتها من الربح لان العقد الثاني في حق الثمن بناء على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمنا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني
كما في الشفيع فان المشتري اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه ياخذه بمثل الثمن الاول وهذا لان السبب الثاني لما اضيف
الى السبب الاول كان ما يوثر في ايجاب مثل ما اوجب به السبب الاول الا مقدار ما زاد فيه من الربح فيهما وراء ذلك لا يثبت وبدون
السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه انه لو خرج البعض من ان يكون ثمنا في العقد الاول بالحط خرج ذلك من ان يكون ثمنا في العقد
الثاني فاذا ثبت انه لم يكن ثمنا فيه اولى ومحمد رحمه الله يقول هما جميعا لا يحط عن المشتري الثاني شي لانهما باشرا عقدا باختيارهما
بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشتري
الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الاخذ بالشفعة فلا معتبر برضى المشتري هناك ثم الاخذ للشفيع بالثمن الاول
مستحق على المشتري على وجه لا يمكن ابطاله ولا تغييره وبالخيانة قصد تغيير فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة او تولية لم يكن
مستحقا على المشتري الاول فهو في تسمية ما سمى غير قاصد ابطال ما هو مستحق عليه ولكنه مدلس والمدلس يثبت للمشتري الخيار ه
كمدلس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق ثبت للمشتري بمثل الثمن الاول ثم رضي المشتري الاول به فما خرج من
ان يكون ثمنا في العقد الثاني فكان المشتري الثاني بعد ما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وابو حنيفة رحمه الله يفرق بين التولية والمرابحة
من وجهين احدهما ان التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه حكما لم يكن ثابتا في العقد الاول كالاقالة لما كان فسخا
للعقد الاول لا يمكن اثباته في الاقالة فاما المرابحة فليست مبنية على العقد الاول من كل وجه وان يثبت عليه من وجه وهو العيار في
الثمن الا ترى انهما سميا فيه ما لم يكن مسمى في العقد الاول فبه يتبين انه سبب مبتدا باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى فيه والثاني
انه لا حاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار الخيانة فيه يكون لغوا ايضا وفي المرابحة لابد من تسمية الثمن ليعلم قدر الربح
فكان انعقادهما بالتسمية الثانية فينعقد بجميع ما سمينا فيهما وفي الاخر ان في اثبات الخيانة في التولية يتغير العقد عن موضوع
ما صرحا به لانه به يصير البيع مرابحة لا تولية وقد صرحا بالتولية فكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة فاما في المرابحة لو اثبتنا
جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ما صرحا به لانه به يصير ما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان الربح فيه اكثر مما ظنه
المشتري والبايع دلس بتسمية بعض ربحه راس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشتري واذا سقط خياره بهلاك المبيع في يده لزمه
جميع الثمن المسمى ه ل واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مرابحة لما بينا ان الثمن لا ينقسم على ذرعان
الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه او ثلثه مرابحة لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شايع فلا يتفاوت
والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذرع وكذلك يختلف في الثوب ه ل ولو اشترى نصف عبد بماية درهم ثم اشترى النصف
الاخر بمايتي درهم فله ان يبيع اي النصيبين شاء مرابحة على ما اشتراه لانه يملك كل نصف بعقد على حدة فجعل كل نصف بمنزلة عبد
على حدة فجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وان شاء باع كله على الثماني درهم مرابحة لان العبد قام عليه في العقدين جميعا بثلثماية درهم
والمرابحة بيع بما قام عليه ه ل ولو اشترى عبدا بالف درهم فوهب له البايع الثمن كله فله ان يبيعه مرابحة على الالف ولو وهب

له بعض الثمن او حط عنه بعضه باعه مرابحة على ما بقي للفرق الذي بينا بينهما في حكم الالتحاق في اصل العقد وان باعه بالثمن عرضا واعطاه
به رهنا فهلك الرهن كان له ان يبيع العبد مرابحة على الف درهم لانه صار قاضيا لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاه مشاهدة ،
ولانه يبيعه مرابحة على ما ملك وانما ملك المسمى عند الشرا الا ترى انه قبل ان يقبض الثمن انه يبيعه مرابحة ه ل ولو اشترى ثوبا
بعشرة دراهم جياد فنقدها زيوفا وتجوز البايع عنه فله ان يبيعه مرابحة على عشرة جياد لانه ملكه بالجياد وبما نقد من الزيوف صار
قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف وكذلك اذا اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة على العشرة
النقد لانه ملكه بالنقد وبان لم يطالبه البايع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من ان يكون نقدا فلم يحصل بجواز البيع بالزيوف وترك المطالبة بالثمن
مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلتحق باصل العقد فيكون مغيرا للوصف فهنا ترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق بشي باصل
العقد وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للاصل فاذا لم يخرج شي من اصل العشرة من ان يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف
من ذلك لان لا يصير البيع مقصودا فيما هو تبع فيه وذلك ممتنع ه ل وان وهب الثوب المشتري بعشرة لانسان ثم رجع فيه
فله ان يبيعه مرابحة على عشرة لان بالرجوع يعود العين الى قديم ملكه سوا رجع بقضا او بغير قضاء وقد بينا هذا في الهبة وكذلك
ان باع ثم رجع عليه ببيع او فسا دبيع او خيار او اقالة فله ان يبيعه مرابحة على عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه
فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو مترد كالاقالة فاكثر ما فيه انه بمنزلة عقد جديد وقد يملك فيه الثوب بعشرة
فيبيعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه ثم رجع اليه بميراث او هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه انما عاد اليه الملك المستفاد بالشرا الا
كان ملك الوارث يبتني على ملك المورث الا انما يبقى له ما كان لمورثه فيبيعه مرابحة عليه على ما اشتراه مورثه لو باعه مرابحة وليس
له ذلك لان المالكية قد تجددت له وان كان الملك هو الذي كان لمورثه واما في الهبة فقد ثبت له ملك جديد بسبب التبرع
فلا يكون له ان يبيعه مرابحة ه ل واذا اشترى شيا من ابيه او امه او ولده او مكاتبه او عبده او اشترى العبد او المكاتب
من مولاه شيئا قد قام على البايع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البايع في العبد والمكاتب بالاتفاق لان بيع ،
المرابحة على ما يتيقن بخروجه من ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الى البايع الاول فاما الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من
ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له ايضا فلمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك
لعجزه فلان تهمة المسامحة تتمكن تسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه انه لا يبعد عنه ما حصل لهما وبيع المرابحة بيع امانة ينفى
عنه كل تهمة وخيانة فاما غير المماليك من الاباء والاولاد والازواج والزوجات فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهم الله له ان يبيعه مرابحة على ما اشتراه به من هولا لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك
ولا حق ملك فهما في ذلك كالاخوين وابو حنيفة رحمه الله يقول ما حصل لهولا بمنزلة ما حصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل
شهادته لهولا فباعتبار هذا الوجه صار في حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هولا مع البعض في المعاملة امر ظاهر
وبيع المرابحة يوجد فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة الا على القدر الذي يتيقن بالالتزام فيه لا على وجه المسامحة وذلك اقل الثمنين
كما في العبد والمكاتب ه ل واذا اشترى ثوبا بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مرابحة على العشرة
لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثاني والعوض ما كان نقد كودا فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلهذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به
ولا الثمن الاول لانه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب ه ل واذا اشترى الرجلان عدل زطي بالف درهم فاقتسماه
فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة لان القسمة فيما يتفاوت يتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما ياخذ نصف ما
هو نصيبه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة يوضحه انه لا يتيقن بان ما نصيبه بالقسمة
البضع وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو باع بعض الثياب واراد بيع ذلك مرابحة على ما يخصها من الثمن لم يملك ذلك
فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون ه ل واذا اشترى عبدا به عيب قد دلس له فلما علم به رضي فله ان يبيعه مرابحة
لانه اشتراه بالثمن الذي يبيعه مرابحة عليه وبسبب العيب يثبت له خيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط
او رؤية فاسقط وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب الخيانة الخيار فقط ه ل واذا ولي رجل رجلا شيا بما قام عليه ثم اطلع على انه اخذه باقل من ذلك بشهادة شهود او باقرار البايع
الاوسط او بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشتري الاخر فانه يرجع عليه بالفضل في قول ابي يوسف وقد بينا الخلاف في هذه المسئلة وانما
الشبهة في حرف وهو انه سمع دعوى المشتري الاخر الثمن الاول كان اقل مما سمى له في التولية منه حتى سمع منه بينته على ذلك واستحلفه خصمه

فقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض في هذه الدعوى والشافعي لا قول له فلا طريق لظهوره لنا الا اقرار البايع الاد
به ومنهم من يقول بدعوى الخيانة من المشتري الخيانة الاخرى بمنزلة دعوى العيب او بمنزلة دعوى الحط ولو ادعى شيا من ذلك كان اقام البينة
قبلت بينته واذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه فكذلك هنا وان كان المولى قد باعه مرابحة قبل ان يرجع على البايع الاول بشي ثم رجع عليه
بعيب الخيانة برد دالا العقد ورده على المشتري منه بمنزلة ما لو حط بايعه عن بعض الثمن ❁ قال واذا اشترى شيا من شريك له
شركة عنان فلا باس بان يبيعه مرابحة لانهما فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فان كان
الاول فيه حصة فليس له ان يبيع حصة نفسه مرابحة الا على ما اشتراه به لانه ملك حصته بالعقد الاول وانما ملك على شريكه بالعقد الثاني
حصته فيبيع كل حصة مرابحة على ما اشتراه به ❁ قال وان كانت خادم لشريك مفاوض فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدا له
ان يبيعها مرابحة فله ذلك لان هذا ليس من شركتهما وكل واحد من صاحبه كالاجنبي اخر وكل شي كان لاحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك
وكل شي كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة اذا اشتراه من صاحبه الا على الاصل الاول لان العقد الثاني معتبر كان قبله كالتعيين
مشترك بينهما شركة عنان مفاوضة وكذلك بعده بخلاف ما يشتري احد شريكي العنان من صاحبه للشركة لان ذلك شرى معتبر فانه
يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلا الا ان البايع في حصة نفسه انما يبيعه مرابحة على اقل الثمنين وهو ما اشتراه به لانه متيقن بخروج
ذلك العقد عن ملكه ❁ قال عبد بين اثنين قام عليهما بماية دينار فربح احدهما صاحبه في حصته دينارا فلا باس بان يبيعه مرابحة
على ماية دينار ودينار لانه ملك جميع العبد بهذا العقد وفي شركة الملك شرى احدهما من صاحبه كشرايه من اجنبي اخر قال واذا
اشترى الرجل متاعا ثم رقمه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جايز ولكن لا ينبغي ان يقول قام علي بكذا ولا اخذته بكذا لان ذلك
كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمه كذا وانا ابيعه مرابحة على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المشتري
من يعلم عادة التجار انهم يرقمون السلع باكثر مما يشترون به فان كان لا يعلم ذلك فهذا خيانة له للمشتري حق الرد به اذا علم به وهذا
منه احتياط وقد كان بالغ في الاحتياط في باب المرابحة حتى قال اذا اشترى شيا باكثر من ثمنه بما لا يتغابن الناس في مثله وهو يعلم ذلك
فليس له ان يبيعه مرابحة سوا اخذه بلفظة الشرا او بلفظة الصلح وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشرا فيقول مبنى الصلح على الحط
والتجوز بدون الحق ومبنى الشرا على الاستقصا والمماكسة ولو كان اصل الثوب له بميراث او هبة او وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة
على تلك القيمة كان خائنا ايضا لانه انما اخبر المشتري بشي هو كذب وانما قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق في ذلك فان صار المشتري
مغبونا فيه فذلك من قبل جهله ❁ قال واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده او بربح احد عشر فذلك سوا ان كان المشتري قد علم
بالثمن قبل عقد البيع فليس له ان يرده لان مقدار الثمن والربح معلوم له عند العقد وان لم يكن عالما بالثمن فهو بالخيار ان شا اخذه وان
شا تركه لتكشف الحال له حين علم مقدار الثمن وكذلك ان باعه برقمه فللمشتري الخيار اذا علم بالرقم لما بينا ❁ قال واذا اشترى ثوبا
بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده فان الثمن يكون تسعة دراهم وجزا من احد عشر جزا من درهم ولو باعه بربح ده يازده كان الربح
درهما ثم اذا باعه بوضيعة ده يازده ولم يجعل الوضيعة درهما ففي الحقيقة درهما لا فرق بينهما فانه اذا باعه بربح ده يازده كان الثمن احد
عشر درهما فالربح جزء من احد عشر درهما جزءا من الثمن فكذلك اذا باعه بوضيعة ده يازده ينبغي ان يكون الوضيعة جزءا من احد عشر جزءا
من الثمن وذلك بان تضرب العشرة في احد عشر فيكون ماية وعشرة فمقدار الوضيعة جزء من احد عشر جزءا وذلك عشرة اجزا يبقى ماية جزء
كل احد عشر جزءا درهم وذلك تسعة دراهم وجزء من احد عشر جزءا من درهم ❁ قال واذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى اخر ثوبا
بستة دراهم ثم باعهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر راس المال ما ليهما لان الثمن الثاني في هذا النوع من
البيع مبني على الثمن الاول ❁ قال ولو ولى المشتري رجلا ثم حط البايع الاول عنه جميع الثمن فانه لا يحط عن الاخر شي لان حط
الكل مبتدا غير ملتحق باصل العقد فلا يثبت في حق المولى والله اعلم ❁

باب البيع بشرط البراءة من العيوب

❁ قال واذا برى البايع الى المشتري عند عقد البيع من كل عيب فهو جايز وان لم يسم العيوب عندنا وقال الشافعي شرط البراءة من العيوب
المجهولة باطل الا ان يكون عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفي البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان في احد القولين البيع فاسد
وفي القول الاخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المعقود عليه على اي
صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة

استحقاق

استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البايع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التي
عليها البيع وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل او شاة من القطيع بخلاف ما اذا سمى العيب
او اراه المشتري فان ما يلزمه تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا علامة له علامة نحو عود الجراحة او يلحق الجرح باعلامه نحو
ما يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للعقد والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشتري لو عرض على انسان وقال اشتره
فانه لا عيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بايعه ومثله لو قال اشتره فانه ليس بابق ثم وجد به عيب الاباق لم يكن له ان
يخاصم فيه بايعه وحجتنا في ذلك ما روي ان زيد بن ثابت رضي الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بشرط البراءة من
كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلفه بالله لقد باعه وما به عيب يعلمه فيكفيه فنكل عن اليمين فرده
عليه فقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا في صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقول النبي صلى الله
عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام في شرط صحة البراءة من كل عيب ينبني على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة
فالشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه لما في ذلك حديث علي رضي الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه
ليصالح بني جذيمة فوادهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يديه مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه
فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه فسر به فهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا اسقاط لا يحتاج فيه الى
التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق وتاثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة الالتزام وكذلك الجهالة التي تفضي الى المنازعة الا ترى ان
التمليكات تصح في هذا وهذا اضيق من الاسقاطات ثم الجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة التمليك كجهالة القفيز من الصبرة
فلان لا تمنع صحة الاسقاط اولى فالمسقط يكون متلاشيا لا يحتاج فيه الى التسليم والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة اولى ولا معنى
لقول من يقول ان الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه في المجهول لان الشرط داخل
على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف اخر هو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة
واذا كانت لا تفضي الى المنازعة لا يتعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز العقد معه لان هذا الشرط تقرر مقتضى
العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع او معيبا ثم البايع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على
لان عند اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على
الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسليم شرط جواز العقد فلا ان يكون موجبا فساد العقد
ثم لا يتمكن جهالة في المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه او الى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار ❁
بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب في عين واحد وانما يقصد بذكر هذا الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا
من الحكمة ولهذا قلنا ان المشتري بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل مقصوده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله
ليس بابق فقد خصصه هذا العيب بالذكر ما يدل على ان مراده نفي هذا العيب عنه ولين تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا
الشرط فهي جهالة لا تفضي الى المنازعة فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمى كان ابن ابي ليلى يقول لا يصح البراءة من العيب
مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة رحمه الله في مجلس الدوانيقي فقال له ابو حنيفة رحمه الله ❁
ارايت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت لو ان بعض حرم امير المؤمنين
باع عبدا برأسه كرم برص اكان يلزمها ان تري ذلك المشتري وما زال به حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد
بهذا الشرط قلنا يدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد فان حدث به عيب اخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه
البراءة ايضا في قول ابي حنيفة رحمه الله وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر والحسن رحمهم الله لا يدخل البراءة عن
العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان ذلك مجهول لا يدري ايحدث ام لا واي مقدار يحدث ولو
صرح بالتبري من العيب الذي يحدث قبل القبض فسد العقد به ولو دخل في هذا الشرط لفسد العقد به ايضا فابو يوسف رحمه الله
يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البايع اثبات
صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه وفي هذا لا فرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية
عن ابي يوسف رحمه الله فيما اذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس
العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولين سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه ما يحدث قبل ❁

العيب لان ذلك يرجع الى تغير مقصوده وقد يختلف التصرف بعدما الاجبر ان يكون مقصوده اتلاف التصرف كالشرب في سمع
الارض والمنقولات في وقف القرية فلو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا تقييد للعيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق
وان اختلفا في عيب فقال المشتري انه حدث بعد العقد وقال البائع بل كان موجودا عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب به
فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد رحمه الله القول في ذلك قول البائع وعند زفر رحمه الله
القول في ذلك قول البائع وعند زفر رحمه الله القول قول المشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله كما في
الفصل الاول ومحمد رحمه الله يقول قد ظهر المسقط مطلقا فالمشتري اذا ادعى خروج بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله في ذلك
الا بحجة كما لو ابرأه عن كل حق له عليه ثم اختلفا في انه كان موجودا وقت الابراء او حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعي حدوثه
في البراءة لهذا المعنى بخلاف ما اذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هناك ما ظهر الا عند الوصف فاذا انكر المشتري في عيب بعينه
انه ما دخل في ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة لمكان او زمان قال واذا شهد شاهدان
على البراءة من كل عيب في خادم ثم اشتراها احد الشاهدين لغيره او فوجد بها عيبا كان له ان يردها لان البراءة من كل عيب
لا تقتضي الا في وجود كل عيب بها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذلك لو شهدا على البراءة من
الاباق ثم اشتراها احدهما فوجدها آبقة فله ان يردها لان الاباق قد يكون في البراءة مطلقا غرضا فانها فلا يكون ذلك اقرارا
من الشاهد ولا من المشتري بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ من اباقها ثم اشتراها احد الشاهدين فوجدها
آبقة فليس له ان يردها لان الاباق هنا ايضا فانها عرف الكائن وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة اليها يكون اخبارا
بوجوده فيها فالشاهد اقدم على شرائها وهو عالم بعيبها فلا يكون له النقضة ان يردها بالعيب قال واذا اشترى
جارية ولم يتبرأ البائع من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيبا فليس له ان يردها بالعيب عندنا بكرا كانت او ثيبا ويرد معها عقرها
وعشر قيمتها ان كانت بكرا او نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي رحمه الله انه قادر على ردها كما قبضها فله ان يردها كما
قبل الوطء وهذا لان الوطء في الثيب لا يوجب نقصانا في عينها صورة حقيقة ولا حكما وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها
ثم اطلع على عيب بها بل اولى لان الاستخدام يتعبها والوطء ينعشها بخلاف ما اذا كانت بكرا لان الوطء هناك يفوت جزءا منها لان صفة البكارة
في الجارية بمنزلة جزء من العين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبيع شرطا والدليل على الفرق ان المشتري بعدما وطئ البكر ليس له ان يبيعها
مرابحة من غير بيان وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشتري فان كانت بكرا ليس للمشتري ان يردها بعيب النكاح
بعد ذلك وان كانت ثيبا فله ذلك وكذلك البائع اذا وطئ المبيعة قبل القبض فان كانت ثيبا لم يسقط شيء من الثمن ولا يتخير المشتري
به في قول ابي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا وبهذه الفصول تبين ان الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطء لا يحل الا في
الملك فالاستخدام على الخدمة لا يحل الا في الملك ثم لا يمنع بسببه الرد بالعيب وحجتنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردها بعد الوطء وقال عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردها ويرد معها
عشر قيمتها ان كانت بكرا او نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطء لا يسلم للمشتري مجانا فمن قال يردها ولا يرد
معها شيئا فقد خالف اقاويل الصحابة رضوان الله عليهم وكفى باجماعهم حجة عليه ثم هم كانوا مجمعين على ان الوطء بمنزلة الجناية الا ان
كان من مذهب عمر وزيد رضي الله عنهما ان المشتري اذا جنى عليها ثم علم بعيب يردها ويرد معها ارشها الارش ففي الوطء اجابا نحو
ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان لا يردها بعد الجناية فكذلك الوطء وبالاجماع بيننا وبين الشافعي الجناية
تمنع الرد فكذلك الوطء وهو المعنى الفقهي في المسألة ان الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها والدليل
على هذا الوصف اتفاق الصحابة رضي الله عنهم كما بينا والدليل عليه ان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين لان المستوفى بالوطء بالملك
بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا لا يملك بالعقد الا مؤبدا والدليل عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة
او غرامة واستيفاء المنفعة ينفك عن ذلك وان المستوفى بالوطء مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمصون
من الآدمي نفسه واجزاؤه لا منافعه فالمنفعة تبتذل من الآدمي كما تبتذل من غيره فاذا ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاؤه كاستيفاء
جزء بالجناية وذلك يمنعه من الرد بالعيب والدليل عليه ما اذا كانت بكرا تقرر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل
ولهذا لو كان مرهونا كان للواهب ان يرجع فيه ولو كان نسيا كان للبائع ان يرده على بائعه ولو لم يتعذر ردها بالعيب لاجل
الوطء لكان اذا ردها انفسخ العقد من الاصل فتبين ان وطئه اياها كان في غير الملك والوطء لا يحل الا في الملك فللتحرز عن الوطء الحرام

قلنا لا يردها والوطء في غير الملك بمنزلته ولجزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وبهذا فارق حكم بيع المرابحة لانه لا يبيعها
بالبيع مرابحة ان وطئه اياها كان في غير الملك لان ذلك في حكم جزء من العين ايضا ولكن هو جزء هو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين
وذلك لا يمنع بيع المرابحة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له ان يبيعها مرابحة وهذا بخلاف وطء الزوج
اياها عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البائع واجابه له بالنكاح فيجعل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكرا فانه
بالنكاح يوجب الوطء للزوج لا صفة البكارة فيصير اصل الوطء مضافا الى البائع ولكن زوال صفة البكارة لا يصير مضافا الى
البائع كما اذا ذهبت عند المشتري من غير صنع احد او بصنع انسان باصبع او خشبة وذلك يمنع المشتري من ردها وكذلك وطء
البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط شيء من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطء وهذا لان المستوفى
بالوطء في حكم جزء وهو ثمرة كما بينا وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مما لا يتقوم الا ترى انه يملك
بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شيء من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان ملك البائع وفي حكم الوطء انما تصير مملوكة
للمشتري بالقبض فان الوطء تصرف وملك التصرف يثبت للمشتري بالقبض ولهذا لا تحرى بالحيضة التي توجد قبل القبض من استبراء
المشتري فلهذا لم يوجب العقر على البائع اذا وطئها وسقوط لابي حنيفة رحمه الله في موضعه وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة
ليست في حكم جزء من العين ولكنها اعراض تحدث شيئا فشيئا وهو تبدل ولا يجوز استيفاؤها في غير الملك واستيفاؤها يخلو عن عقوبة
او غرامة فاكثر ما فيه انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فلهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطء اذا ثبت
انه لا يملك ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه اليه
برد حصته من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته ذلك ان تقوم وبها العيب وتقوم ولا عيب بها فان
كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها علي فانا
ارضى بذلك فحينئذ يردها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به ولو لم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشتري ووجد بها
عيبا لم يردها عندنا وقال ابن ابي ليلى يردها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة
رد العين ولكنا نقول حق الرد للمشتري انما يثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يندفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد
ما تعيب عنده لو ردها كان في ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا بد من الحاق الضرر باحدهما فرجحنا جانب المشتري في دفع الضرر عنه
لان البائع دلس له العيب والمشتري صار مغرورا من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعا والضرر عن المشتري يندفع اذا اثبتنا
له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن كان لو تعذر ذلك لتعذر الرد كما قبل التصرف بيا شرع البائع ولو رده بضرر البائع بتعذر
يباشر المشتري وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب المولى اولى من هذا الوجه واذا لم يردها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا الا
ان يرضى البائع ان يردها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر قال فان باعها المشتري بعدما رأى العيب
بها او قد وطئها او تعيبت عنده لم يكن له ان يرجع على البائع بنقصان عيبها لان البائع يقول انا اقبلها فانما تعذر الرد ببيع المشتري
اياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنعه من الرجوع بحصة العيب والاصل في جنس هذا ان في كل موضع يجوز ردها برضى البائع فاذا
باعها المشتري لم يكن له ان يرجع بنقصان عيبها وفي كل موضع لم يكن له ان يردها وان رضي البائع فبيعه اياها لا يمنعه من الرجوع
بنقصان العيب لان تعذر الرد هنا بمعنى حكمي دون بيع المشتري اياها وفي الاول انما تعذر الرد ببيع المشتري اياها فكانه حبسها عنده
واراد الرجوع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز العيب وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم
يكن له ان يرجع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده اذا رضي به البائع وانما تعذر الرد ببيع المشتري اياه ولو قطعه وخاطه ثم
رأى به العيب فباعه كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع وان رضي به البائع بصفة الخياطة التي احدث
المشتري فيها وكذلك لو اشترى ثوبا فصبغه بعصفر او زعفران ثم وجد به عيبا فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا
قبل البيع للزيادة فيه من ملك المشتري ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما
زيادة وعند ابي حنيفة السواد نقصان كالقطع فانما تعذر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب
قال ولو وطئها غير المشتري بزنا لم يردها المشتري بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا فالزنا عيب في الجارية ولكنه
يرجع بنقصان العيب الا ان يقول البائع ردها علي وهذا بخلاف ما اذا جنى عليها اجنبي بالجناية توجب الارش والارش زيادة
منفصلة متولدة من العين حكما وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وان رضي البائع بذلك على ما ذكرنا واما الزنا لا يوجب الا الحد

ودان لا ارش النكاح فان المشترى لو زوجها فوطيها الزوج او لم يطأها ثم وجد بها عيبا لم يكن له ان يردها به لمكان المهر الذى وجب بالنكاح للمشترى وكذا لو وطيت بالشبهة واخذ المشترى العقر لم يردها بالعيب بعد ذلك وان رضى البايع به ولكن يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعذر لدفع الضرر عن المشترى برد حصة العيب من الثمن عليه وكل عيب وجده المشترى فى السلعة فعرض بعد ما رآه على بيع او وطيها او قبلها او لمسها بشهوة او اجرها او رهنها او كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له ان يردها ولا يرجع بنقصان عيبها لانه بعرضها على البيع لحاجته الى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من الثمن المدفوع الى البايع ودليل الرضا كصريح الرضا واما الوطء ودواعيه فلا يحل الا فى الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب فبعد العلم بالعيب اولى لان قبل العلم بالعيب لم يصر هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا بالعيب فلا يرجع بالنقصان واما الاجارة والرهن فلانه اوجب بهذا التصرف للغير فيها حقا لازما وذلك لاجله لتحرم عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب وبالكتابة توجب لها حقا لازما فى نفسها وذلك يحرم عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا قال ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا فى القياس رضا لانه يستخدمها لملكه فيها فالاقدام عليه دليل الرضا بتقرر ملكه وفى الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون فى الاستخدام فقد يستخدم الانسان ملك غيره باذنه وبغير اذنه وانما يستخدمها للاختبار ان القائم هذا العيب هل يصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبارا لا اختيارا ولو كان ثوبا فلبسه كان هو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقل ما يفعله الانسان فى ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا لانه يقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها لغير انى استحسن اذا ركب الدابة ليعلفها او يسقيها او ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج فى ردها الى سوقها وربما لا ينقاد له ما لم يركبها وكذلك فى سقيها وعلفها والركوب لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا ان يركبها فى حاجة نفسه او ينام عليها قال واذا ولدت الجارية عند الرجل او وطيها ثم باعها وكتم ذلك فليس للمشترى ان يردها لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب ما يعده التجار عيبا او يمكن نقصانا فى المالية وصفة الثيوبة لا يعدها التجار عيبا فالجوارى عليها فى غالب احوالهن والبكارة صفة زائدة لا يستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالنقصان المتمكن فيها بسببها يزول بمضى المدة وبعد زواله لا اثر له فيما مالية العين فلا يعده التجار عيبا وفى كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم ابدا فللمشترى ان يردها اذا علم ذلك لانه مدخل عليها بالولادة تكسر لا يرتفع ذلك وتظهر ذلك فى عكن بطنها ولا باس ان يبيعها مرابحة بعد ذلك ما لم يكن وطيها ان لم يكن الوطء ينقصها لان المعتبر فى بيع المرابحة عرف التجار وهم لا يعدون هذا من الخيانة ولان المستوفى بالوطء ليس بمال وبيع المرابحة يلاقى المالية فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان فى ماليتها لا يعتبر فى بيع المرابحة بخلاف ما اذا كانت بكرا فان الوطء فى هذه الحالة يمكن نقصانا فى ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشترى فذلك يمنعه من ان يبيعها مرابحة قال واذا اشترى جارية فاعتقها او دبرها او ولدت له ثم وجد بها عيبا فليس له ان يردها لبطلان ملكه فيها وخروجها من ان تكون محلا للنقل من ملك الى ملك وفى القياس ليس له ان يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشترى فهو كما لو قتلها وهذا لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد فيها كان حابسا لها حكما فكانها فى يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفى الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع اما التدبير والاستيلاد فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من ان تكون محلا للنقل من ملك الى ملك واما العتق فهو منهى للملك فى الادمى الى وقت العتق والشى ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك فحين تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشرى حقيقة او حكما يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب فى يده يوضحه انها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالموت ينتهى مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهى الرق والملك والمالية فيها باعتباره ايضا لان واما اذا قتلها فقد روى عن ابى يوسف رحمه الله انه يرجع بنقصان العيب ايضا لان القتل موت باجل فكانها ماتت حتف انفها وفى ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره فى ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان لملكه فيها وذلك فى معنى عوض سلم له فكانه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الانسان فى ملك الغير على الاطلاق لان عتقه فى ملك الغير لا ينفذ وعن احد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا حتى اذا كان معسرا لم يضمن شيئا فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة ولا حكما وكذلك اذا ماتت لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها اما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما خاصم فى عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمون فى ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة والصدقة فيها فى هذا كالبيع لانه ازال الملك فيها باختياره فيكون قاطعا ملكه الذى استفاده من جهة البايع

فكان

فكان كالبيع ثم هذا فعل مضمون فى ملك الغير فانما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها قال ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقى عنده وقال ابن ابى ليلى له ذلك الا ان يشاء البايع ان يرد عليه نقصان العيب لانه متمكن من رد ما بقى لكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب فى يده بعيب اخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البايع ان يقبلها معيبا فهذا مثله ولكنا نقول عجز عن رد الباقى على الوجه الذى قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وبسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر رحمه الله له ان يرجع بنقصان العيب فى النصف الذى لم يبع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبع ولو كان كاتبها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بعوض استوجبه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو اعتقها بالمال رواه ابو يوسف عن ابى حنيفة رحمهما الله لانه ازال ملكه عنها بعوض فهو كما لو باعها وفى رواية اخرى يرجع بنقصان العيب كما لو اعتق لان العتق منهى للرق سوا كان بعوض او بغير عوض الا ترى انه يثبت به الولاء فى الموضعين جميعا ولو قتلها اجنبى لم يرجع بنقصان العيب على البايع لانه اخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فاحرقه اجنبى او طعاما فاكله لانه قد سلم للمشترى العوض من جهته وكذلك ان كان هو الذى احرقه فلانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه قال ولو لبس الثوب حتى تخرق او اكل الطعام ثم علم لم يرجع بشئ فى قول ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا لانه صنع بالمبيع ما يشترى لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب كما لو اعتق العبد وابو حنيفة رحمه الله يقول تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليه فى ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه فى المحل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له وكما ان الاكل واللبس مقصود بالشرا فالبيع مقصود بالشرا ثم لا يعتبر ذلك المعنى فى اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب بسلامة العوض له فكذلك الاكل وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند ابى حنيفة رحمه الله بمنزلة ما لو باع البعض لان الطعام فى الاكل كشئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما روايتان فيما اذا اكل البعض فى احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب فى الاكل لان الطعام فى حكم شئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عنده لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى وفى الرواية الاخرى يرد ما بقى لان هذا مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وبعد قبض البعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال واذا طحن الحنطة او لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الملك المستفاد له بالشرا باق وانما تعذر الرد لمكان الزيادة التى هى غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه او خاطه او صبغه فله ان يرجع بنقصان العيب قال واذا اشترى خفين او نعلين او مصراعى باب ثم وجد فى احدهما عيبا فله ان يردهما جميعا لانهما فى الصورة شيان وفى المنفعة والمعنى كشئ واحد لانه لا يتاتى الانتفاع المقصود باحدهما دون الاخر والمعتبر هو المعنى وفى الشئ الواحد وجود العيب ببعضه يمكنه من رد الكل لانه لو رد المعيب خاصة لعاد الى البايع بعيب حادث لان التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب فى كل عين فى كل واحد منهما فان كان قد باع الذى ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقى ولا يرجع بشئ كما فى الشئ الواحد حقيقة اذا باع بعضه اما اذا اشترى عبدين او ثوبين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله له ان يردهما جميعا وليس له ان يرد احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد الى الردى عادة معروفة ولو رد المعيب تضرر البايع بذلك فليس له ذلك الا ان يردهما جميعا كما فى الفصل الاول الا ترى انه فى الرد بخيار الشرط والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك فى الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد القبض ولكنا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد العيب وذلك وجد فى احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير المشترى فى الاخر فكذلك اذا وجد العيب فى احدهما بخلاف الفصلين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الاخر لاتصال احدهما بالاخر انتفاعا وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البايع هنا من الوجه الذى ذكره زفر فذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر فى حق المشترى وليس من ضرورة ثبوت الخيار له فى احدهما ثبوته فى الاخر كما لو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه فى احدهما بعينه قال واذا اشترى عبدا ثم باعه فرد عليه بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بايعه بالعيب لان هذا بمنزلة الاقالة فانه حصل بتراضيهما والاقالة فى حق البايع الاول بمنزلة بيع مبتدا طرى بعد ليه الملك المستفاد من جهة البايع الاول فى حقه فهذا لا يخاصمه فى عيبه قال ولو قبله بقضاء قاض ببينة قامت عليه او باباء اليمين او باقرار عند القاضى انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له ان يرده على الاول ان كان له على العيب بينة

والا استحلفه لان الرد عليه بقضاء القاضي فسخ كان القاضي ولايه الفسخ بسبب العيب دون ابتدا العيب فيعود اليه الملك المستفاد من جهته
البايع فهو على خصومته في العيب معه بمنزله ما لو وهبه ثم رجع في الهبة الا ان في الرجوع في الهبة القضا وغير القضا سوا بخلاف الرد بالعيب
وقد قررنا هذا الفرق في كتاب الهبة ولو اشترى جارية ولها زوج او عبدا وله امراة فله ان يردها بالعيب لان النكاح مما يعده التجار
عيبا في الغلام والجارية جميعا لان المقصود بملك الجارية الاستفراش وهذا لان المقصود يحصل اذ لا تطهر لها منكوحة الغير وفي العبد
بسبب النكاح يلزمه نفقة امراته وكذلك ينقص من ماليته فلهذا كان النكاح عيبا فيهما جميعا واذا اشترى شاة او بقرة فحلبها وشرب
اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له ان يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي رحمه الله يردها بالعيب بجميع الثمن
والاصل ان الزيادة نوعان متصله ومنفصله والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبغ في الثوب والسمن والعسل في
السويق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشتري في مالية الزيادة والزيادة المتصله التي هي متولدة من الاصل كالسمن والانجلا
البياض ونبات السن لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها في عقود المعاوضات الا ترى انها اذا حدثت قبل القبض
لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل على قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله هذه الزياده تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع
على قياس مسئلة التحالف وقد تقدم بيانها واما الزياده المنفصلة فهي نوعان غير متولده من الاصل كالكسب والغله فلا تمنع الرد
بالعيب ولكن الزياده تسلم للمشتري به ورد الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغله بدل
المنفعة وسلامة المنفعة للمشتري لا يمنع رد الاصل بجميع الثمن فكذلك سلامة بدل المنفعة واما الزياده المنفصله التي هي متولدة
من الاصل كاللبن والثمار والولد والعقر اذا وطيت الجاريه بالشبهة والارش اذا اجني عليها بعد ما قبضها المشتري فهو يمنع رد
الاصل بالعيب عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يمنع ولكن يرد الاصل بجميع الثمن والزياده تسلم للمشتري لان هذه زيادة ملك بسبب
ملك الاصل فلا تمنع رد الاصل بالعيب كالكسب والغله وتاثيره انه لا يقابل هذه الزياده شي من الثمن لانها لم تكن موجوده لا عند العقد
ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الاصل الا ترى ان هذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع احد كان له ان يرد الاصل بالعيب بجميع
الثمن فكذلك اذا كانت قايمة في يد المشتري او استهلكها المشتري او غيره وبهذا يتبين ان هذه الزياده ليست مبيعة لان المبيع ما يقابله
الثمن ولو صارت هذه الزياده مبيعه لقابلها شي من الثمن كما قلتم في الزيادة الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشتري مع الاصل والدليل
عليه انه لا يرد هذه الزياده بعيب ان وجد بها فلو صارت مبيعه لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فيها فسخ بسبب الملك في الاصل
مع بقاء الزياده سالمة للمتملك كالموهوبه اذا ازدادت زياده منفصله ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب
له وحجتنا في ذلك ان ملك المشتري في هذه الزياده ملك مبيع فلو رد الاصل بجميع الثمن لبقيت الزياده له مبيعا بلا ثمن وذلك ربا
وبيان هذا انه لا سبب لملك الزياده سوى التولد من الاصل وانما يسري اليها الملك الثابت في الاصل وملكه في الاصل ملك مبيع
لان هذا الملك ثبت له بالشرا وما ثبت فهو باق من غير دليل مغير حتى يقوم الدليل المزيل والدليل عليه ان باعتبار قيام ذلك الملك
ملك التصرف في العقد بالاقاله واذا ثبت ان ملكه في الاصل ملك مبيع فذلك الملك يسري الى الزياده لان المتولد من عين الشي
يكون بصفته الا ترى ان ولد المكاتبه وولد ام الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك في الاصل وبه فارق الكسب
والغله لانه ملكه بسبب مبتدا وما سرى اليه ملك الاصل الا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابه فاذا ثبت ان هذه
الزياده في حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شي من الثمن لانها تبع محض والثمن بمقابلة الاصل دون التبع كاطراف المبيع لا يقابلها شي
من الثمن الا ان تصير مقصودا بالتناول وكذلك الزياده ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الاصل صارت مقصوده
بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له ان يردها بذلك وقبل
القبض لما كان لا يقابلها شي من الثمن لا يردها مقصودا ولكن يردها مع الاصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض لم تصر
مقصودة بالتناول والقبض حكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له ان يردها ولا يرد الاصل وحده بجميع الثمن لانها تبقى
مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض والربا ليس الا هذا فلهذا لا يملك ردها وان رضي البايع لانه تعذر الرد لحق الشرع ولهذا قلنا يرجع بالنقصان
وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سوا رضي البايع بذلك او لم يرض ولا يقال قبل رد الاصل الزياده تسلم المشتري
مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الاصل لان قبل رد الاصل الزياده تبع فيكون الزيادة بمقابلة الاصل يعني عن اعتبار الثمن بمقابلة
التبع فاذا تعذر الاصل بالعيب صار منفسخا العقد فيه فالزياده بعد ذلك لا يكون تبعا للاصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها
ثمن كانت ربا ولهذا يرد الاصل بالعيب بعد هلاك الزياده لان المانع زيادة كان يسلم للمشتري مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك

من غير

من غير صنع احد وان استهلكها اجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشتري كسلامة الاصل وان كان المشتري هو الذي استهلكها فلانه
حابسها باستهلاكه او لانه استفاد البراة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم له منها فيمنعه ذلك من ردها بالعيب بخلاف
الموهوبه لان بعد الرجوع في الاصل هناك الزياده تبقى للموهوب له بغير عوض والاصل كان سالما للموهوب له بغير عوض ولم يكن
ذلك ربا فكذلك الزياده وهذا لان حكم الربا انما يثبت في المعاوضات دون التبرعات قال ولو اشترى عبدا فوجده مخنثا او سارقا
او كافرا فله ان يرده والاصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن
خالد عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوده عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم ففي
هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله المرض في الجوف
والكبد فان المرض ما يكون في ساير البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد فان المرض والريه وفيما روى عن ابي يوسف رحمه الله قال
الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع في معرفة العيوب
الى عرف التجار وفي كل شي انما يرجع الى اهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد وما ينقص المال فهو عيب لان المقصود
بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللا في المقصود وذلك عيب يرد به واذا وجد العبد مخنثا فهذا مما يعده
التجار عيبا فيمكن نقصانا في ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال في الاعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فانه
مخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذ لا يامنه على ماله ويتوقى عليه حفظ ماله عليه اناء الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه
وكذلك ان وجده كافرا كان له ان يرده اذ لا عيب يبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما احتاج الى استخدامه في الامور الدينيه ولو
اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلما لم يكن له ان يرده عندنا وقال الشافعي له ان يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط
غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستحي من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من
رده واصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبري من العيب فكانه اشتراه على
انه معيب فاذا هو سليم وهذا لانه وجده ازيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده ازيد مما شرط فلا حاجة الى
دفع الضرر عن نفسه فما ثبت حق الرد له قال فان وجد الغلام زانيا لم يكن له ان يرده بالعيب عندنا وقال الشافعي رحمه الله
له ان يرده لان عيبا الزنا كعيب السرقة او فوقه الا ترى ان في الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك في الغلام ولكنا نقول اشتراه على انه
فحل فوجده فحلا ثم الذي به ليس الا تمني الزنا فان تمني الزنا معه ومن حقه فان فعل الزنا لا يتهيا للعبد الا بال ولا مال له بخلاف الجارية
ثم المقصود من العبد الاستخدام في امور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى واما في الجارية المقصود هو الاستفراش وزناها
يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل في الغلام اذا صار ذلك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل في
مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب في اتباعه بتبعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذي قلنا وكذلك ان
وجد العبد ولد الزنا لم يكن له ان يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان اكثر المماليك بهذه الصفة لا يعرف انسابهم
فاما الجارية اذا كانت ولد الزنا فله ان يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاد فان ولده يعير بامه اذا كانت ولد الزنا
وعلى هذا الغلام اذا لم يكن مجبوبا والجارية اذا لم تكن مجبوبة في الحلبة من دار الحرب هذا لا يكون عيبا لانا نعلم انهم لا يفعلون
ذلك وفي المولد لا يكون عيبا في الصغير منهما ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولود في دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار
يعدون ذلك عيبا في المولد قال والثولول عيب اذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب لانه لا يخل بالمقصود
فيعتبر نقصان المالية بسببه والخال كذلك فقد يكون الخال زينة لا ينقص من المالية وهو ما اذا كان على الخد وقد يشينه اذا كان على
راس الارنبة وذلك ينقص من المالية فلهذا يعتبر فيه ان ينقص من الثمن قال والصهوبة في الشعر عيب لان التجار يعدونه عيبا
وكذلك الشمط فان الشمط في اوانه من الهرم والهرم عيب وفي غير اوانه من داء في الباطن والداء عيب ثم اللون المستوي للشعر السواد
فما سوا ذلك اذا كان ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا يثبت به حق الرد قال والبخر عيب في الجارية وليس بعيب في الغلام
الا ان يكون من داء او يكون منتن الفم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لانه يستخدمه
بالبعد من نفسه فالداء بنفسه عيب قال والدفر كذلك وهو نتن الابط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام الا ان يكون
فاحشا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون لداء في البدن قال والبرص وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمي بعض الناس ابجر وهو
يكون لداء في البدن ويعده التجار عيبا والادر عيب وهو عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفي بعض النسخ الادن عيب

تفسير الداء و
تفسير المرض و
تفسير الغائلة

...تبع لا يقابله شي من الثمن

وهو الذي يسيل الماء من منخريه ومنه قول القايل ٥
وترى الذين على مناخرهم يوم الهياج كادن النمل

وذلك يسقط منه ولا يكون الا لداء في الدماغ والعسر عيب وهو الذي يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا ان يكون اعسر يسر وهو
الاضبط الذي يعمل باليدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس بعيب ٥ ق والعشى عيب وهو ضعف في
البصر حتى لا يبصر عند شدة الظلمة او شدة الضوء ومنه سمي الاعشى والعسم عيب وهو يبوسة وتشنج في الاعصاب منه اصل العوج والسن
السودا عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد في السن دليل موت السن عند من يقول في السن حياة وكذلك السن الساقط
عيب ضرسا كان او غيره لانه ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يتبين وانما كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو
منها كالضواحك وفي الاصل كالنواجذ ينقص من الجمال وكذا وجبت الارش اذا قلع سن الغير ٥ ق والظفر الاسود في السن عيب
اذا كان ينقص الثمن لانه ينقص من الجمال والسواد في الظفر دليل موته كما في السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن
فيمن هو اسود اللون كالحبشي وانما ينقص فيمن هو ابيض اللون كالاتراك واذا كان بحيث لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد به والاباق من
واحد عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا ان يابق بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز اما في الصغير جدا هذا
لا يكون عيبا لانه يضل ولا يابق فالاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من اهله ولكنه لا يهتدي الى بيت مولاه فيضل كالدابة فاما اذا كان
مميزا فالاباق والقصد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه ما لم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان بلغ ابق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم ابدا
والسرقة كذلك ٥ ق والبول في الفراش كذلك في حق الصغير جدا لا يكون عيبا لان مثله مثاله عادة واما الجنون اذا حدث
مرة فهو عيب لازم ابدا سوا وجد في حالة الصغر او بعد البلوغ والفرق ان سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو افة
العقل فاذا وجد مرة فانه يبقى فيه ما عاش وذلك يظهر في حماليق عينيه يعرفه اهل البصر فيه واما سبب الاباق والسرقة والبول
في الفراش في حالة الصغر يخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سببه سوء الادب وحب اللعب وسببها
بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة سببها قبل البلوغ قلة التامل في عواقبها لانه ربما يصغر وبعد البلوغ
سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخا في المثانة بسبب الصغر وسببه
بعد البلوغ افة في الالة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب ما دام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم ايضا فاما اذا وجد
بعد البلوغ فهو عيب لازم ابدا لان التجار يعدونه عيبا فهو تنقيص من المالية والاباق سوى المالية فيها حكما فكان من افحش العيوب
٥ ق والحبل في بنات ادم عيب لانه ينقص المالية ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهايم لانه يزيد في المالية قال والقرن عيب
وهو عظم في المالي يمنع الوصول اليها وفيه قضى شريح رحمه الله قال اقعدوها فان اصاب الارض فهو عيب والرتق عيب وهو لحم في
المالي يمنع وصول الواطي اليها والعفل عيب وهو ان يكون المالي منها شبه الكيس لا يتلذذ الواطي بوطيها وهذا كله يخل بالمقصود قال
والبرص عيب وهو معلوم يعده التجار عيبا فينقص من المالية قال والجذام عيب وهو قيح تحت الجلد يوجد نتنه من بعيد وربما تتقطع
الاعضاء به وهو افحش العيوب قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد قال والفتق عيب وهو ريح في المثانة وربما يهيج
بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن ٥ ق والسلعة عيب وهو القروح التي تكون في العنق تسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون
الا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شي ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح فما ينقص من الثمن
يكون خللا في المقصود قال والكي عيب لانه انما يفعل ذلك لداء في البدن الا ان يكون سمة في بعض الدواب فان كان من ذلك شيا لا ينقص الثمن
عيبا لا يرد به ٥ ق والفدع عيب وهو في الكف زيغ في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك زيغ بينه وبين عظم الساق وفي الفرس
هو التوا الرسغ عن عرضه الوحشي وهو الجانب الاعلى ٥ ق والفحج عيب وهو في الفرس تباعد ما بين الكعبين والافحج من الادمي الذي تتدانا
صدور قدميه ويتباعد عقباه ويتفحج ساقاه والدخس عيب وهو ورم يكون في اطرة حافر الفرس ٥ ق والصكك عيب وهو ان تصطك
ركبتاه قال ابو عمرو وابو عبيد رحمهما الله الصكك في الرجلين في الكعبين قال والحنف عيب وهو اقبال كل واحد من الابهامين
الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشي وقال ابن الاعرابي رحمه الله الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه قال والصدف عيب وهو التوا
اصل العنق قال والشدق عيب وهو توسع مفرط في الفم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشدق في الكلام
وهذه مما يعده التجار عيبا ثم العيوب التي يطعن المشتري بها انواع اربعة نوع منها يكون ظاهرا في موضع يراه القاضي عيانا فلا يسمع
الخصومة في ذلك ما لم يره العيب لان قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الحكومة وحقيقة معرفة ذلك بالرؤية ممكن فاذا راه

القاضي فان كان عيبا لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة او لا يحدث مثله في تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البايع فيقضي
بالرد الا ان يدعي البايع ان المشتري علم به عند العقد ورضي به فحينئذ يحلف المشتري على ذلك ثم يرده وان كان شيا مما يحدث
مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البايع ان العيب لم يكن عنده لان الحوادث انما تحال بحدوثها على اقرب الاوقات ومن
ادعى بار رخا سابقا فعليه ان يثبته بالبينة فان اقام المشتري البينة على ان العيب كان عند البايع قضي بالرد وان لم يكن له بينة ٥
حلف البايع البتة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وانما يذكر التسليم لجواز ان يكون العيب حدث بعد العقد قبل
التسليم الا انهم قالوا النظر للمشتري بعد ما اذا استحلفه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد قبل التسليم كان للمشتري
حق الرد والبايع بار في يمينه فان العيب لم يكن موجودا عند العقد فالاحوط ان يحلفه لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا
العيب ٥ ق الشيخ الامام رحمه الله عندي الاول اصح لان البايع سبق العيب عند البيع وعند التسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم
يكن البايع منتفيا في الحالين جميعا وانما يستحلف على البتات لان استحلافه على نفسه فعل بفسه وهو التسليم كما لو التزمه بالعقد فان
نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف انقطعت المنازعة بينهما ونوع من ذلك عيب لا يعرفه الا الاطبا فعلى القاضي ان يريه عدلين مسلمين
من الاطبا لان علم ذلك عندهم وانما يرجع الى معرفة كل شي الى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والاصل فيه قوله تعالى فاسالوا
اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لانه قول ملزم كالشهادة فاذا قالا العيب موجود فيه وقالا هو مما لا يحدث في مثل
هذه المدة حكم بالرد بقولهما فان قالا قد يحدث حينئذ يحلف البايع كما بينا في الفصل الاول الا ان يقيم المشتري البينة على اقرار البايع ان
العيب كان عنده ونوع منه لا يعرفه الا النسا بان يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالقاضي يريها النسا لان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة النسا فيما لا يطلع عليه الرجال والمراة الواحدة تكفي لذلك بعد ان تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو احوط وهذه المسلة
معروفة ببابها في الطلاق والشهادات فان اخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب في الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد
بقول النسا وان كان ذلك مما لا يحدث في مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها الا من جهة النسا فلا يعتبر قول النسا فيها
ولان شهادة النساحجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها ما لم يتايد بمويد وذلك نكول البايع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البايع الى شهادة ٥
النسا فسخ البيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بالرد بقول النسا لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه
وقاسه بالعنين اذا اثبتت البكارة بقول النسا بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين في كتاب النكاح وعن محمد رحمه الله
قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النسا وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان الى البايع وشهادة ٥
النسا في ذلك ليست بحجة تامة ونوع من ذلك ما هو حكمي كالاباق والسرقة والبول في الفراش فالقاضي لا يسمع خصومة المشتري في ذلك
ما لم يقم البينة على وجود ذلك العيب عنده لان قيام العيب في الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق الى معرفته ذلك الا بالبينة فان طلب
المشتري يمين البايع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر في الجامع ان على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البايع بالله ما يعلم انه
ابق عند المشتري او سرق او بال في الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما امليناه من شرح الجامع الكبير فان ثبت وجود العيب عند المشتري فان
كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة في ذلك لان العيب الذي كان عند البايع قد زال وهذا عيب حادث
عند المشتري ويحتاج الى اقامة البينة على انه كان ابق عنده بعد ما بلغ قبل شرايه فان لم يكن له بينة يستحلف البايع بالله لقد باعه وقبضه
المشتري وما ابق وما سرق ولا بال في الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على البتات لانه على التسليم الذي التزمه واليمين الاولى
على العلم لانها على فعل الغير وفي ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان في الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جن قط لما بينا ان
الجنون اذا وجد مرة في الصغر او الكبر فهو عيب لازم ابدا وبعض المتاخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا في الجنون لا يشترط عوده عند المشتري
لتوجه الخصومة لان اثر ذلك الذي كان قايما فيه على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقبها اثرا يظهر ذلك في حماليق عينيه وذلك يكفي لتوجه الخصومة
بخلاف الاباق والسرقة والبول في الفراش فانه ليس لها اثر كان في العين فلا بد من عوده عند المشتري لتوجه الخصومة قال فان طلب
البايع يمين المشتري ما رضي بالعيب منذ علم به ولا عرضه على بيع حلفه عند ذلك لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف عليه لرجاء
نكوله ٥ ق والعزل عيب وهو ان يعزل ذنبه في احد الجانبين وذلك يكون عادة لا خلقة وانما يفعل ذلك اذا راث وربما يحول
الذنب من جانب الى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك يستقذر ويعد عيبا يرد به قال والوشش عيب وهو شي يشخص في وظيفه حتى يكون
له حجم ليس له صلابة العظم قال والوظيف مستدق الساق قال والجرد عيب وهو كل ما حدث في عرقوبيه من تزيد او انتفاخ عصب
قال والزوايد عيب وهو اطراف عصب تفرق عند العجاية وينقطع عندها ويلصق بها قال والحرن عيب وهو من يعود الحزن وهو

فهو معتبر في العين والاطلاق هو الحرن فانه ذكر في جملة عيوب الفرس وهو ان لا ينقاد للراكب عند العطف والتسيير وهو نوع
من الجمح والجمح عيب لانه يخل بالمقصود وخلع الراس عيب وهو ان يكون به حيلة يخلع راسه من العذار وان شد عليه وهو مما يعد عيبا وربما
يتلف بسببه فيتوى المال وبل المخلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة به اذا جعل على راسه وفيه
علفه وقيل ان يلحس المخلاة بشفتيه فيرمي بها وهذا نوع من الجمح فهو عيب اذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والهقعة دائرة في عرض
زوراه يعد عيبا ويتشاءم به وفيه يقال اتق الخيل المهقوع والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب والعصبة التي تنتشر
هي العجاية وتحركها لشيطا والغرب عيب وهو ورم في الماقي وربما يسيل منه شيء حتى قال محمد رحمه الله اذا كان ذلك سائلا فصاحبه في حكم
الطهارة كصاحب الجرح السائل والشتر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشتر وهذا يمكن ضعفا في البصر والحول عيب
فانه يمكن ضعفا في البصر حتى يرى الاحول الشيء شيئين والحوص والقبل عيب وهو نوع من الحول الا انه اذا كان ميل انسان
العين الى الجانب المقدم يسمى قبلا واذا كان من الجانب المؤخر فهو الحوص والظفر عيب وهو بياض يبدو في انسان العين يسمى بالفارسية
ناخنه وذلك يمكن ضعفا في البصر وربما يمنع البصر اصلا والسبل في جوف العين يكون عيبا لانه يضعف البصر والجرب يكون في
العين وعين العين عيب لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفي غير العين يكون داء في البدن وكذلك الماء في العين عيب
لانه يضعف البصر ورخ السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر المعتاد
منه لا يعد عيبا واذا كان قديما فذلك من داء في البدن والداء نفسه عيب والاستحاضة عيب لان الاستحاضة داء في البدن
ثم سيلان الدم اذا كان مستداما فربما يضنيها ويقتلها فهو عيب والتي يرتفع حيضها زمانا فهو عيب لان ذلك لا يكون الا من
داء في البدن ومنه يكون فساد المرض للمراة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها يكون صحة البدن واذا لم تسل صفر لونها
ولانها اذا كانت لا تحيض فانها لا تحبل ايضا وقد عرفنا انه يخل بما هو المقصود منها واذا اشترى عبدا عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك
فله ان يرده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيبا ويكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكمي كعيب النكاح الا ان يقضي البائع
دينه او يبريه الغرماء منه فبعد ذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشتري في الرد اما اذا علم بالدين ثم اشتراه فهل
له ان يرده عند محمد رحمه الله لا لانه لا اختيار العيوب وعند ابي يوسف رحمه الله له ان يرده كما اذا كان مستحقا وهو عالم به له ان يرده
كذلك ها هنا واذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بعيب لان له ان يحللها عندنا وقال زفر رحمه الله ليس له ان يحللها ولكنه
يردها بالعيب لانها دخلت في ملكه وهي بهذه الصفة فلا يكون له ان يحللها كما لو اشتراها وهي منكوحة لا يكون له ان يفسخ النكاح ولكنه
يردها بالعيب ولكنا نقول المشتري فيها قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها ان كانت احرمت بغير اذنه يحللها من غير كراهة وان
كانت احرمت باذنه فله ان يحللها وان كان ذلك مكروها له لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشتري ولا يكره ذلك للمشتري لان خلف
الوعد لا يوجد منه وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع ان يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشتري وهذا لان لزوم النكاح
لحق الزوج وقد كان متقدما على حق المشتري فاما لزوم الاحرام لحق الشرع وحق الادمي في المحل مقدم فلهذا كان للمشتري ان يحللها واذا لم
يتمكن من ازالة العيب فليس له ان يردها به وان كانت في عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا فله ان يردها لان النكاح قائم والزوج
يستبد بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب وان كانت العدة من طلاق باين او موت فليس
هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فان العيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض وكما ان ذلك
لا يكون عيبا فهذا مثله واذا وجد بالجارية عيبا فاراد ان يردها فقال البائع ما هو بجاريتي فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع
تمام القبض والرد بحكمه لا ينفسخ المشتري من غير قضاء ولا رضى فالمشتري مدعي ثبوت حق الرد له في هذا المحل والبائع منكر فالقول قوله
مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية وان اشتراها على انها بكر فقال وجدتها ثيبا لا يصدق على ذلك الا ببينة لان البكارة
في النساء اصل فالمشتري يدعي عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا ببينة واذا اشترى
جوزا او بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله ان يرده ويأخذ الثمن كله اما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير منتفع به ولا
قيمة لقشره فتبين ان اصل البيع كان باطلا واما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره في الموضع الذي يكثر فيه الحطب
واما الذي يعز فيه الحطب وان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان خاويا او منتنا لا يصلح
للانتفاع به فكان البيع باطلا واما اذا كان قليل اللب او اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاما وجوده كذلك بعد الكسر يرجع بنقصان العيب
من الثمن عندنا وقال الشافعي رحمه الله يرده وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعد ما كسرها فان كان لا يساوي

شيئا رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كان بحيث يأكله بعض الناس او يصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال
الشافعي له ان يرده لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب الا بعد الكسر فلا يصير ذلك مانعا له من الرد وهذا
لان دفع الضرر عن المشتري واجب بحسب الامكان والبائع هو الذي سلطه على الكسر فكانه فعل ذلك بنفسه ولكنا نقول الكسر عيب حادث
بفعل المشتري وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب اخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشتري فانما يتمكن منه على وجه لا يلحق
الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع اولى فان حق المشتري لا يبطل اصلا ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذي يلحق البائع
في الرد لا يمكن دفعه بعوض فلهذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام في حصة ذلك كالكلام في
الكل اذا وجد فاسدا الا ان في الجوز اذا كان الفاسد منه مقدار ما لا يخلو الجوز منه عادة كالواحد والمثنى في كل مائة فليس له ان يخاصم البائع
لاجله لانه عقد على الاقدام على الشراء رضي به على الوجه المعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك قال واذا اشترى
عبدا قد حل دمه بقصاص او ردة فقتل عند المشتري رجع على البائع بالثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه
ومن اشترى شيئا معيبا ونفذ عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانيا فجلد عند المشتري ومات وبيان
الوصف ان مع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشتري بدليل انه لو مات كان الثمن متقررا على المشتري ولو تصرف فيه المشتري
نفذ تصرفه فيه ولو كان عالما حين اشتراه انه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا ان حل الدم عيب فيه يوضحه ان البيع يرد على محل غير مستحق
بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع وحل الدم لا ينعدم المالية ولا يصير مستحقة وانما تلف المالية باستيفاء
القتل وذلك فعل انشاه المستوفي باختياره بعد ما دخل المبيع في ضمان بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك او حق رهن او دين لان المستحق
هناك ما تناوله البيع فينتقض قبض المشتري من الاصل وفي الكتاب استدل بما لو اشترى حاملا وقبضها فولدت وماتت في نفاسها
لم يرجع بجميع الثمن وان كان اصل السبب في يد البائع وعند ذكر ان الغالب في الولادة السلامة يشكل على اصل ابي حنيفة رحمه الله
في الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت في نفاسها يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها وفي هذا الفرق نوع
تناقض وابو حنيفة رحمه الله يقول زالت يد المشتري عن المبيع بسبب كانت الازالة مستحقة في يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك
او مرتهن وصاحب دين وهذا لان الازالة لما كانت مستحقة قبل قبض المشتري ينتقض به قبض المشتري من الاصل فكانه لم يقبضه وانما
قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق في حق من عليه الا ان يتمن له عفوا باختياره والبيع
وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان في معنى علة العلة وعلة العلة
تقام مقام العلة في الحكم من هذا الوجه المستحق كانه المالية ولانه لا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق
النفسية في حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا ردا لذلك واذا مات في يد المشتري ظهر تمام الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا
هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم ذلك الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري
دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة
بالشبهة كان المهر لها واذا قتل من عليه القصاص انسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد
لا يصير نفسه مستحقا وانما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل واذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي احدى
الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الاخرى لا يرجع لان
حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه
بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واما الحامل فهناك السبب
الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موتها لان الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزاني اذا جلد وليس هذا كالغصب
لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم
كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا
لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الاصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند المشتري رجع بحصة العيب من الثمن عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله بان يقوم سارقا وغير سارق وعند ابي يوسف رحمه الله يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان
عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون المشتري بالخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد

مابقي ويرجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت
مستحقة في يد البائع الا ترى ان على الامام ان يحترز عن السراية بان لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد وان تجشم بعد القطع
فقبض المشتري لا ينتقض في النصف الباقي وان سرى ٥ قال واذا اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له ان
يردهما لان النكاح فيهما عيب حادث عنده فان ابانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردها لزوال العيب الحادث عنده ولم
يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لا يستوجب على عبده دينا قال واذا شهد شاهدان انه اشترى هذا العبد وهذا العيب وشهد
اخر على اقرار البائع لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والاخر بعيب معاين وليس على
واحد من الامرين شهادة شاهدين ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها وياخذ منه قيمة نفسه
في قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف رحمهما الله وكان يقول اولا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد رحمه الله وكذلك
لو ماتت الجارية قبل ان يقبضها المولى او استحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففي قوله
الاخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفي قوله الاول من قيمة الجارية ووجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال
فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما في النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان
بعينه رجع بقيمته وبيان الوصف ان الذي من جهة المولى في هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك
ليس بمال والدليل عليه ان الحيوان ثبت دينا في الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء وان الوكيل من جانب
المولى في هذا العقد لا يكون اليه قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد وانه لا يملك الرجوع عنه والاجل الى الحصاد
ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد بالعيب الفاحش عرفنا انه في مبادلة مال بما ليس بمال وثانيهما ان باستحقاق الجارية لو ردها
بالعيب لا ينفسخ العقد فكيف ينفسخ وقد عتق العبد فاذا لم ينفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فيجب
قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبه على جارية بغير عينها فاداها وعتق ثم وجدها المولى بها عيبا ردها واخذ مثلها صحيحة فان
حدث بها عيب عند المولى رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية فكذلك في بيع العبد من نفسه بجارية ووجه قوله الاخر ان
المولى ازال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذله له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعه من قريبه بجارية يعتق على القريب ثم استحقت
الجارية رجع المولى بقيمة العبد وبيان الوصف ان نقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له في العبد الا ملك المالية الا ان زوال ملك
المالية اذا لم يكن الا الى مالك يكون موجبا حق العبد فاما تصرف المولى من حيث الازالة يلاقي ملكه وملك ملك المالية وتحقيق هذا الكلام
ان في حق ما سلم للعبد هذا في معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذي سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما زال عن المولى عن ملكه هذا مبادلة
المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب تراعى جانب المولى اولى لان الحاجة الى دفع الضرر عن المولى فاما العتق سالم للعبد
على كل حال ولان العتق للعبد يبتني على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الاصل وباعتباره هذا مبادلة مال بمال الا ترى انه اذا اعتق
عبده على خمر يجب على العبد قيمة نفسه وما كان ذلك الا بالطريق الذي قلنا فكذلك اذا استحق البدل او هلك قبل التسليم وقوله ان السبب
لم ينفسخ على احدى الطريقين نقول بلى في حق المولى قد انفسخ السبب لان جهة مبادلة المال بالمال ولكنه تعذر عليه استرداد العبد لنفوذ
العتق فيجب رد قيمته كالمدبر اذا مات المولى وعليه دين مستغرق او قتل مولاه بطل وصيته ولكن يتعذر رده الى الرق فيجب عليه السعاية
في قيمته وعلى الطريق الاخر يقول لا ينفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية حكما في هذا العقد ما هو عوض
وهو مالية العبد فانما يرجع بقيمة العبد لهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع
بماليته فلهذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتابة قيل الجواب قول محمد رحمه الله فان من عادته الاستشهاد بالمختلف على
المختلف لايضاح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبة المكاتب بل بمقابلة ما لم يسلم للمكاتب بعقد الكتابة وهو
كونه احق بنفسه ومكاسبه وليس بمال فلهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم في النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فاذا
لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته واذا باع رجل جارية رجل بامره ثم خوصم في عيب فقبلها بغير قضاء قاض فانه
يلزم البائع دون الامر لان هذا بمنزلة الاقالة فانه يعتمد تراضيهما والاقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء
قالوا الا ان يعلم ان مثله لا يحدث فيلزم الامر لانا تيقنا بوجود العيب عند الامر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة
وفي كتاب الوكالة والماذون قال لا يلزم الامر على كل حال وهو الاصح لما بينا ان هذا بمنزلة الاقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذي
يحدث مثله او لا يحدث وان ابى البائع ان يقبلها فخاصمه المشتري الى القاضي فاقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضي وعند غيره سواء ٥

لايلزم الامر الا في عيب لا يحدث مثله ومعنى هذا الكلام ان في العيب الذي لا يحدث مثله رد القاضي باقرار الوكيل وبالبينة سواء
في انه يلزم الامر لان الرد بقضاء القاضي فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الامر وان كان العيب يحدث مثله فاقرار الوكيل لا يكون
حجة على الامر ولكن يحتاج الى ان يثبت على الامر بالبينة ان العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن بينة فعلى الامر اليمين على ذلك ،
وان ردها القاضي على الوكيل بعد ما اقامها المشتري بالبينة حجة على الامر فيلزم الامر فان ردها باباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الامر
عندنا وقال زفر رحمه الله هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الامر ولكن الوكيل في
خصومته مع الامر كما في الاقرار الا ترى ان المشتري لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لو ردت عليه باقراره
سواء في حق البائع الاول فكذلك في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان
يعلم بالعيب وانما اضطر الى ذلك في عمل باشره للعامل فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه
يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين فيقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر في
النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره فان انكر الامر ان تكون الجارية التي باعها له تحليفنا للناس بالبينة كما لنا
باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بامره ثم وجد بها عيبا فله ان يردها بالعيب قبل ان يدفعها الى الامر قبل ان امر الامر
عندنا وقال ابن ابي ليلى ليس له ذلك لانها مملوكة للامر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير امره ولانها امانة في يد الوكيل ويد الامين
كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الامر لم يردها بالعيب الا بامره ووجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل
والعاقد في حقوق العقد مستبد به وان كان عقد لغيره لانه في الحقوق كالعاقد لنفسه الا ترى انه في الرد بخيار الشرط والرؤية
لا يحتاج الى استطلاع راي الامر فكذلك في الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الامر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس
له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الامر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك الا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب
وان كان رب المال غائبا والعبد الماذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فاذا ادعى البائع ان الامر قد رضي بالعيب فطلب يمين
الامر او يمين المامور ما رضي بذلك الامر لم يكن على واحد منهما في ذلك يمين عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا يردها الوكيل ولا المضارب
حتى يحضر الامر او رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضى الامر ورب المال يسقط حق الوكيل في الرد بدليل ان البائع لو اقام البينة على
ذلك واقر به الوكيل لم يكن له ان يردها فاذا ادعى البائع سببا مسقطا لحقه في الرد استحق اليمين به على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى على الوكيل
انه قد رضي به ووجه قولنا انه لا يمين على الوكيل في منع الدعوى لانه لا يدعي البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولا نيابة في اليمين
ولا يمين على الامر لان الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين الامر والبائع معاملة فلا يكون هو خصما له في دعوى الرضا
بخلاف ما اذا اقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان ما ادعى على الامر واثبات الحق بالبينة على خصم هو نائب صحيح واذا اقر به الوكيل
رضا الامر فاقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم انه لا خصومة له مع البائع في هذا العيب فباعتبار زعمه تنقطع الخصومة
ولو اقر الوكيل على نفسه انه رضي بهذا العيب فذلك منه صحيح في حق نفسه دون الامر كما لو اقر ان الامر رضي بالعيب فالجارية تلزمه الا
ان يقر الامر بذلك او يقوم بينة على ذلك او رضيها الامر به الوكيل ٥ قال واذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضي احدهما
فهو على الخلاف الذي ذكرنا في خيار الرؤية والشرط وقول ابن ابي ليلى كقول ابي يوسف ومحمد رحمه الله في ان له ذلك قال واذا
اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فانه يرجع بحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها
اذا استحق احد العوضين او رده بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه تعذر استرداده
مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال او يوزن اذا كان بعينه كان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما في العروض ولو اقر المشتري
به لانسان ولم تقم عليه بينة لم يرجع على البائع بشيء لان اقراره حجة في حقه دون البائع فهو في حق البائع متلف للسلعة فاقراره بها
استحق بينة فقال البائع ليس هو عبدي الذي بعتك فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر البيع في هذا العبد ولو انكر ان البيع بينهما اصلا
كان القول قوله مع يمينه وكان على المشتري اثبات العقد بالبينة فكذلك اذا انكر العقد في هذا المحل ٥ قال واذا اشترى خادما بكر
حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفة ومع
جهالة تفضي الى المنازعة لان قال بكر حنطة جيد او وسط ففي القياس لا يجوز هذا ايضا لانه في جانب الكر بائع وبيع ما ليس عنده الانسان
ورخص في السلم وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه كما اعطاه
اياه ولان المكيل والموزون اذا لم يكن بعينه فهو ثبت في الذمة ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على انه

ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان او دينا فان وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البايع الكر
ردها واخذ كرا مثل كره وكذلك لو كان الكر عند البايع بعينه كان له ان يرد كرا مثله لان حال المشتري مع البايع عند الفسخ كحال البايع
معه عند الفسخ كحال البايع معه عند العقد وقد كان للبايع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري من اي موضع شاء فكذلك البايع يفعله
عند الفسخ وكل ما يكال او يوزن او يعد في هذا الحكم سوا لما قلنا قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم يجز لان الثياب لا تثبت
دينا في الذمة الا موصوفة موجلة ولم يوجد ذلك وان كان الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البايع الثوب ردها
واخذ قيمته لان الثوب ليس من ذوات الامثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تعذر رده بالاستهلاك يلزمه قيمته
كما في المغصوب واذا باع رجل شيا بنقد او نسية فلم يستوف ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن او اكثر منه جاز وان اشتراه باقل من ذلك
لم يجز في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان ملك المشتري قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح
بيعه بعد ذلك باي مقدار من الثمن باعه كما لو باعه من غير البايع الا ترى انه لو وهبه من البايع جاز ذلك فكذلك اذا باعه بثمن يسير،
ولانه لو باعه من انسان اخر ثم باعه ذلك الرجل من البايع الاول باقل من الثمن الاول لجاز فكذلك اذا باعه المشتري منه الا انا استحسنا
لحديث عايشه رضي الله عنها كان امراة دخلت عليها وقالت اني بعت من زيد بن ارقم جارية لي بثمان ماية درهم الى العطا ثم اشتريتها منه
قبل محل الاجل بستماية درهم فقالت عايشه بيسما اشتريت وبيسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل
على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانها سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان اجزية الجرايم لا تعرف بالراي وقد جعلت
جزاء على مباشرة هذا العقد ابطال الحج والجهاد فعرفنا ان ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد اليها دليل
ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه فيها ولا يجوز ان يقال انما الحقت الوعيد به للاجل
الى العطا لان مذهب عايشه رضي الله تعالى عنها جواز البيع الى العطا وقد كرهت العقد الثاني بقولها بيسما اشتريت وليس فيه
هذا المعنى عرفنا انها كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانه تطرق به الى الثاني والمعنى فيه انه استربح على ما ليس في ضمانه
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال
عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر لا ربح هناك
يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره فانه لا يحصل للمشتري هناك ربح لا على ضمانه وكذلك اذا
اشتراه البايع الاول من المشتري الثاني لانه لو يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف اسباب الملك بمنزلة اختلاف الاعيان
وقد قررنا هذا وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهية التي خرج عن
ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سوا كان النقصان بقدر ذلك او دونه
حتى ان كان النقصان نقصان السعر فهو عيب غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين
فباعتباره لا يجوز شراوه باقل من الثمن الاول وكذلك لو اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن الاول فذلك جايز لان الربح لا يظهر عند
اختلاف الجنس فان الفضل انما يظهر بالتقوم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير
تقوم ولو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول فهو جايز في القياس وهو قول زفر رحمه الله
لان الدراهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجري الربا بينهما وفي الاستحسان هذا لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس
واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو الثمنية ولهذا جعلا في اغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار انهما جنسان صورة يصح هذا
العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة
لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا غلب الحرام الحلال في شي الا غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لاجل الربا وباب الربا مبني
على الاحتياط وكذلك لو اشتراه مملوك البايع الاول عبدا او مكاتبه باقل من الثمن الاول لان تصرف المملوك لمالكه من وجه
فكسب العبد لمولاه وللمولى في كسب مكاتبه حق الملك فهو كشرا البايع بنفسه لمكان حقه في المقصود بالعقدين وان اشتراه ولده
او والده او زوجته فكذلك في قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس
للولد في مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس لو اشترى اخوه وابو حنيفه رحمه الله يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه
فيما يرجع الى الملك المشتري الغير الا ترى ان شهادة احدهما لصاحبه يجعل كشهادته لنفسه فكذلك شرى ابن البايع او ابيه كشرى البايع

بنفسه

بنفسه وهو نظير الخلاف الذي بيناه في الوكيل بالبيع عند ابي حنيفه رحمه الله لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له كما لا يبيع من نفسه ومملوكه
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من اجنبيه وغيره من القرابات قال وان اشترى وكيل البايع باقل من الثمن
الاول جاز في قول ابي حنيفه رحمه الله ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بنا على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشرا خمر
له او بيعها عند ابي حنيفه رحمه الله يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزله العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل عنده كالعاقد ثم الملك
ينتقل الى الموكل حكما فهو كما لو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البايع منه وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل
ويجعل عقد الوكيل له كعقده بنفسه فهنا ايضا يجعل كذلك والموكل هنا بايع لا يجوز شراوه باقل من الثمن الاول وكذلك شرا الوكيل له
الا ان ابا يوسف رحمه الله سوى بين الفصلين ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشرا عاقدا لنفسه فهنا ايضا يصير
الوكيل مشتريا لنفسه شرا صحيحا ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل
شرا فاسدا حتى يصير بقبض الوكيل مضمونا بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من اهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر
بنفسه لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشرا باطل اما البايع هنا من اهل مباشرة هذا العقد حتى لو اشتراه لنفسه انعقد
شراوه فاسدا وكذلك اذا وكل غيره لان التوكيل بالشرا الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعض صحة الوكالة شرا
الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة ولكن ابو يوسف رحمه الله يقول متى امكن تصحيح العقد لا يجوز افساده
اذ لا معارضة بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشرا صحيحا ولو جعلناه مشتريا للامر كان الشرا فاسدا
فينبغي ان يجعل مشتريا لنفسه شرا صحيحا وفيه شبهة على مذهب ابي حنيفة رحمه الله فانه قال ان البايع وابنه لا يشتريه لنفسه
وما يحصل للبايع من الملك بشرا الوكيل فوق ما يحصل بشراء ابيه وابنه لنفسه وان جعلنا هذا نظير مسلة الخمر كالوكالة فكذلك
ينبغي ان يجعل في شراء ابي البايع مملوك البايع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب او عبد ماذون كافر فاشترى خمرا جاز شراوه وكذلك
لو كان له اب كافر فاشترى خمرا يجوز شراوه من هذا الوجه يشكل مذهب ابي حنيفة رحمه الله قال الشيخ الامام رحمه الله الاصح
عندي في ازالة هذا الاشكال ان المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المعقود عليه بدليل ان احد العقدين لو كان بجهة كان كل واحد من
العقدين صحيحا وكل من له الحق في العقدين جميعا لا يجوز منه الشرا كالبايع وليس للوكيل حق في العقد الاول فلهذا صح منه العقد
الثاني وان كان حكمه يثبت للبايع فاما الاب والابن لما حق في العقدين فنزلا منزلة البايع في ذلك بخلاف مسلة الخمر هناك المنع
لانعدام صفة المالية والتقوم في الخمر وانما يعتبر ذلك في حق العاقد خاصة فاذا كان العاقد كافرا صح العقد سوى ثبت به الحق
الملك او حقيقة الملك او شبهة للمسلم لان ذلك ثبت بطريق الحكم قال ولو كان البايع والمشتري وكيلين في البيع الاول لم يجز
للبايع ان يشتريه باقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشتري ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والعاقد غير في حقوق العقد
بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ليس لموكل البايع ان يشتريه من المشتري ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة بيعه بنفسه في
المنع من الشرا الا ترى ان من باع اديم له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة ولذلك لا يجوز شراوه باقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان
الربح لا على ضمانه يحصل له قال وان باع بالف درهم بنسية سنة ثم اشتراه بالف درهم نسية سنتين قبل قبض الثمن لم يجز لان
هذا في معنى شريها باع باقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا في المالية الثمن الا ترى ان اصل الاجل يمكن نقصانا في المالية
حتى يكون المؤجل انقص من الحال فلهذا ثبت ربا النسا شرعا فكذلك بزيادة الاجل يزداد النقصان في المالية فان زاد على الثمن درهما
لان الزايد في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الاجل فينعدم النقصان به معنى والبيع شرا ما باع باقل مما باع ،
فاذا لم يعلم ان الثمن الثاني اقل من الثمن الاول كان الشراء جايزا قال واذا باع الرجل طعاما بدراهم فلا باس بان
يشتري بالثمن قبل ان يقبضه من المشتري ما بدا له من العروض والطعام يدا بيد سوا كان اكثر من طعامه او اقل اذا لم يكن طعامه بعينه ،
لان الثمن دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الابرا عنه فيجوز الاستبدال به كبدل العروض والاصل في جواز الاستبدال بالثمن حديث
عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حيث سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني ابيع الابل بالنقيع وربما ابيعها بالدراهم ،
واخذ مكانها دنانير فقال عليه السلام لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل واذا كان لرجل على رجل دين الى اجل وهو من ثمن بيع فحط عنه
شيا على ان يعجل له ما بقي فلا خير فيه ولكن يرد ما اخذ والمال كله الى اجله وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان زيد
ابن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولسنا ناخذ بقوله لان هذا مقابلة الاجل بالدراهم ومقابلة الاجل بالدراهم ربا الا ترى ان في

وهنا

الدين الحال لو زاده في المالية ليؤجله لم يجز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقي والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اجلى بني النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس فقال عليه السلام ضعوا وتعجلوا بغير شرط او كان ذلك قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجل على خمس مائة على ان يعجلها له فان ذلك لا يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيده فيما فيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان يعتبر حقيقة الربا بينهما حتى لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين بينهما يوضحه ان المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب فكذلك في حق بعض البدل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالدراهم ولهذا يجوز فيه بدل الكتابة لو زاده في الاجل وبتقدم هذا المعنى فيما بين الحرين واذا باع عبدا بنسيئة فباعه المشتري من رجل او وهبه له او اوصى له به اشتراه البائع من ذلك الرجل باقل من الثمن الاول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كعين اخرى يشتريه باقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من وارث المشتري باقل من الثمن الاول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرده بالعيب ويصير مغرورا فيما اشترى مورثه ويجوز اقالة الوارث مع البائع اما الموصى له يثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرده بالعيب ولا يقبل العقد مع البائع الموصى ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي ولهذا جاز شراؤه منه باقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه وارث البائع من المشتري بعد موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشتري فابو يوسف رحمه الله يسوي بين الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه بعد كوارث المشتري ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث وذلك الملك في المبيع للمشتري فيخلفه وارثه فيه وما كان يملكه للبائع فيخلفه وارثه في ذلك ولكن هذا الملك يحصل لوارث البائع باكتسابه ولم يخلف عن البائع في ذلك فيحصل شراؤه بعد موت البائع كشرائه في حياة البائع

قال وان اشتراه البائع من المشتري مع عبد اخر حصته من الثمن اقل من الثمن الذي باعه لم يجز الشراء فيه كما لو اشتراه وحده باقل من الثمن الاول ويجوز في العبد الاخر بحصته لانه لا مفسد للعقد في حصة العبد الاخر وقد بينا عذر ابي حنيفة رحمه الله في الخلافيات ان هذا فساد ضعيف خفي ولهذا خفي على زيد بن ارقم رضي الله عنه فلا يعد حكمه محله بخلاف ما اذا كان الفساد ظاهرا بسبب الربا او غيره ولا يقال ينبغي ان يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الاول احتيالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وان جعل بمقابلة اكثر من الثمن الاول يجوز العقد ايضا ولا يقال قد جعل قبول العقد في ذلك شرطا لقبول العقد في الاخر وهو شرط فاسد فينبغي ان يفسد به العقد في الثاني كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله في نظاير هذا لان قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد الا ترى ان ثمنه لو كان مثل الثمن الاول او خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد في العبد الثاني وان اشتراه البائع مع رجل اخر جاز شراء الاجنبي في نصفه كما يجوز شراؤه في الكل اذا اشتراه لنفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح وان كانت جارية فولدت عند المشتري ثم اشتراها منه باقل من الثمن الاول جاز ان كانت الولادة نقصتها كما لو دخلها عيب عند المشتري بسبب اخر ولا يجوز ان لم ينقصها لانها دخلت في ملك المشتري على هيئته كما كان فاذا اشتراها البائع باقل من الثمن الاول يحصل له ربح لا على ضمانه

قال واذا اشترى الرجل جارية فولدت عنده لاقل من ستة اشهر من يوم اشتراها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري لم تصح دعوته في القياس وهو قول زفر رحمه الله وصحت دعوته في الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله وجه القياس فيه ان البائع بهذه الدعوة يسعى في نقض ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو ادعى انه كان اعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لستة اشهر فصاعدا وكما لو مات الولد او اعتق المشتري الولد ثم ادعى نسبه وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه انها ليست بام ولد له فاذا ادعى بعد ذلك ان الولد ولده وانها ام ولد له كان مناقضا في ذلك والدليل عليه ان البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعوته بالاتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوة البائع فكذلك ينبغي ان تجعل في دعوة ابنه وجه الاستحسان انا تيقنا ان العلوق حصل في ملكه لان ادنى مدة الحبل ستة اشهر فلا ولد لاقل من ستة اشهر عرفنا ان العلوق كان حاصلا قبل البيع وحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوة وحق النسب لا يحتمل الفسخ كحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع واذا لم يبطل كانت دعوته قبل البيع كدعوته بعده وهذا لان الشيء لا يحتمل بما هو دونه وانما ينقضه ما هو مثله او فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل الرفع وذلك لا فلا ينتقض به بخلاف ما اذا وضعته لستة اشهر فصاعدا فانا لا نتيقن هناك بحصول العلوق في ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له

لوزاده في

دعوة ولد الجارية التي باعها وولدت في يد المشتري

والملك للمشتري متيقن به والمتيقن به اقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما اذا اعتق المشتري الولد لان ولاءه ثبت للمشتري بالعتق والولاء لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب فيتقض به ما كان من حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته الى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف ما لو ادعاه اب البائع لانه بمجرد حصول العلوق في ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب الا بشرط وهو ولاية نقلها الى نفسه الا ترى ان حق الدعوة لا يثبت للجد حال حياة الاب ويثبت له بعد موت الاب لان ولايته بعد موت الاب وهذا الشرط لا يوجد بعد البيع لانها صارت مملوكة للمشتري فليس للاب ولاية نقلها الى نفسه بالدعوة ولهذا لا تصح دعوته ثم التناقض لا يمنع صحة استحقاق النسب الا ترى ان الملاعن اذا اكذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض في ذلك وهو محتاج امر العلوق فقد يظن في الابتداء انها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين انها علقت منه فيستدرك ذلك بدعوة النسب وحكم الحاكم ما للعان وقطع النسب اقوى منه في بيعه اياها فاذا جاز الطلب ابطال حكم الحاكم بدعوة النسب وان كان هو ساعيا في نقض ما تم به فلان يجوز ابطال البيع اولى وان ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوة البائع لان نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان نسب الذي ثبت من المشتري لا يحتمل النقض فهو اقوى من الولاء الثابت له بالعتق وقد بينا ان اعتبار الولاء لا يبطل حق الاستحقاق الثابت للبائع فباعتبار النسب اولى ولو ادعياه معا كان يثبت نسبه من البائع وتصير ام ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا

وقال ابراهيم النخعي رحمه الله يثبت نسبه من المشتري لان للمشتري فيها حقيقة الملك وللبائع حق الملك وصاحب حقيقة الملك يترجح في الدعوة كما لو ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وابوه صحت دعوة المولى دون ابيه لهذا المعنى ولكنا نقول دعوة البائع سابق معنى لانها تستند الى وقت العلوق فان العلوق حصل في ملكه ودعوة المشتري لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوة كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت دعوته معنى بخلاف مسئلة الاب لان كل واحد منهما تستند الى ما يستند اليه دعوة الاخر الا ان شرط دعوة الاب نقلها اليه ولا يمكن ايجاد هذا الشرط اذا اقترن دعوة المولى بدعوته يوضح ما قلنا ان دعوة المشتري دعوة التحرير لان العلوق لم يكن حاصلا في ملكه ودعوة التحرير كالاعتاق اما دعوة البائع دعوة استيلاد لان العلوق كان في ملكه فيجعل هذا بمنزلة ما لو ادعاه البائع واعتقه المشتري معا فيكون دعوة البائع اولى واما اذا ولدته لاكثر من ستة اشهر فادعياه معا فدعوة المشتري اولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو تفرد البائع بالدعوة لم تصح اذا لم يصدقه المشتري فاذا اقترنت دعوة المشتري بدعوة البائع اولى ان لا تصح دعوة البائع

قال ولو اعتق المشتري الام ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر فنسبه يثبت من البائع لانه محتاج الى النسب محل له بعد عتق الام ولكن لا ينتقض عتق المشتري في الام للولاء الذي ثبت له عليها وهو مما لا يحتمل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد وان كان لا يثبت حق امية الولد للام كما في ولد المغرور وهذا بخلاف ما لو اعتق الولد فان هناك دعوة البائع لا تصح في حق الام لان الولد هو المقصود والام تبع فاذا لم يمكن تصحيح دعوته فيما هو الاصل لا يشتغل بتصحيحه في التبع فاما حق الام في الاستيلاد تبع ويتعذر ثبوت الحكم في التبع لا يمتنع ثبوت الحكم في الاصل ولهذا اثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن وكذلك لو كانت ولدت قبل ان يبيعها ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا والذي سبق سوا ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشتري الاول نسب الولد لم تصح دعوته لان اصل العلوق لم يكن في ملكه فدعوته فيه دعوة التحرير فلا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الاول صحت دعوته لان العلوق كان في ملكه والبيع الثاني في احتمال النقض كالاول فباعتبار الدعوة ينتقض العقدان جميعا ولو ولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقاء احد الولدين في ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشتري في الولد الاخر حكما لانهما توام خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الاصل لاحدهما حرية الاصل للاخر ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشتري بخلاف ما سبق فيما اذا اعتق المشتري الام لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الاصل للولد انتقاض عتق المشتري في الام يوضحه ان هناك لو نقضنا عتق المشتري عادت اميه ام ولد للبائع فيطاها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اما هنا لو نقضنا عتق المشتري في الولد اثبتنا فيه ما هو اقوى وهو حرية الاصل فهذا هو الفرق بينهما والله اعلم

باب بيوع اهل الذمة

قال وإذا اشترى الذمي مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمي جاز شراؤه في قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز شراؤه لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي إثبات الملك للكافر على المسلم بسبب تكسبه إثبات قوي السبيل
له عليه والمعنى فيه أن الكافر لا يقدر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الإسلام فلا يصح ابتداء منه كنكاح المسلمة وبيان الوصف أن
المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الموبد وهو ممنوع من استدامة الملك لأنه يجبر على بيعه فإذا لم يصح منه استدامة الملك
لا يصح منه مباشرة سبب الملك والدليل عليه أن إسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك ذا طرى يمنع ثبوت الملك إذا اقترن
بالسبب كما في النكاح وهذا لأن الكافر ممنوع من استذلال المسلم وفي إثبات الملك له عليه استذلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر
فكذلك الكافر لا يشتريه لأن الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في المعنى
كالاسترقاق بخلاف الإرث فإنه يبقى للمالك الملك الذي كان للمورث ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء وبخلاف البيع لأنه
بالبيع يزال ملكه وذله عن المسلم واكتساب سبب إزالة الذل غير ممنوع منه إنما الممنوع منه اكتساب سبب الذل وهذا النهي
لمعنى في المنهي عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ثم لا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة وهذا
بخلاف الولد يشتري والده يجوز وإن كان الولد ممنوعا عن إذلال والده لأن بالشراء هنا يتم عليه العتق فيتخلص به عن ذل
الرق والأبوة يحوا (؟) فيها فباعتبار المآل يصير هذا الشراء إكراما لا إذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر إذا اشترى أباه المسلم يجوز
وكذلك إذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا عني على ألف درهم يجوز ويملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح
لا يجوز الإقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذي يحقق ما قلنا أنه بالشراء يتمكن من قبضه وفي إثبات اليد للكافر
على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك في حق من يعتق عليه وإن قلتم أنه يمنع من قبضه فنقول
ما لا يتأتى فيه القبض حكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لأن فوات القبض إذا طرى بهلاك المعقود عليه قبل التسليم
كان مبطلا للعقد فإذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم إذا اشترى ظبيا لا يملكه لأنه ممنوع من إثبات
اليد على الصيد لإحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملك بالاصطياد فكذلك الكافر في العبد المسلم وحجتنا في ذلك العمومات المجوزة
للبيع من الكتاب والسنة والمعنى فيه أن الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراءه كالمسلم وهذا لأن صحة التصرف باعتبار أهلية
المتصرف وكون المحل قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوي فيه الكافر والمسلم وإنما يكون المحل محلا للتصرف لكونه
مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم كالشيء معقود بيعه دليل على أنه مال متقوم في حقه وفي تصحيح البيع إظهار سلطان
المالكية ولم يكن في عينه من معنى الاستذلال شيء حتى يؤمر به شرعا فكذلك في تصحيح الشراء إثبات سلطان المالكية ولا يكون في
عينه من معنى الإذلال وبهذا تبين أن النهي ليس لمعنى في عين الشراء بل لمعنى في غيره وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين فلا يمنع صحة
الشراء كالنهي عن الشراء وقت النداء ولهذا يندب الولد إلى شراء أبيه مع أنه ممنوع من إذلاله لأنه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو
كان إثبات الملك يطلق الشراء عينه إذلالا لكان القريب ممنوعا عنه في قريبه لأن كل طاعة لا تتصل إليها إلا بمعصية لا يجوز
الإقدام عليه ثم تحقيق هذا الكلام أن الشراء لا يتبدل صفة المحل لأنه كان مملوكا قبل شرائه ويبقى مملوكا بعد شرائه وإنما
يتحول الإضافة من المسلم إلى الكافر وهي إضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم والإرث بتجدد الإضافة في
حق الوارث ولكن لا يتبدل به صفة المحل فلا يكون عينه إذلالا فكذلك بالشراء الملك وإن كان ملكا جديدا كما قال ولكن
لا يتبدل به وصف المحل فلا يكون عينه إذلالا بخلاف الاسترقاق فإنه يتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد أن كان مالكا
والمملوكية إذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية في غاية من الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح
لأن بعقد النكاح يتجدد صفة المملوكية في المحل وكان ينبغي أن لا يثبت للمسلم على المسلمة إلا أن لضرورة الحاجة إلى قضاء الشهوة
وإقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى في حق الكافر إذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن
ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لأنه ليس في إبقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الإذلال بمنزلة البقاء في
ملك النكاح يوضحه أن المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاع
والمسلمة ليست بمحل له في حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقى لأن فوات المحل عارض على شرف الزوال يمنع
ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعوات بسبب العدة وكذلك القبض الذي يتم به العقد ليس فيه معنى الإذلال لأن ذلك يحصل
بالتخلية وليس هذا نظير المسلم يشتري صيدا لأن الصيد في حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

فلم يكن مالا متقوما كالخمر في حق المسلم ولهذا لا يجوز بيعه عندنا فكذلك شراؤه فإنما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه
ولسنا نقول بأنه لا يقدر على مقصود هذا العقد بل يقدر على مقصوده إذا أسلم ثم موجب الشراء إثبات الملك فأما استدامة الملك
ليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشتري عبدا مرتدا صح شراؤه وإن كان
ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء إظهار ذل الكافر دون المسلم لأن العبد المسلم يتسلط به على الكافر
فيخاصمه ويجره إلى باب القاضي ويجبره على بيعه شاء أو أبى وبهذا يتبين أن هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين مع أن المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف
الكافر إذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعي رحمه الله لأنه يستخف به فيرجع ذلك إلى إذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه
لأنه ليس في عين الشراء إذلال المسلمين ثم وكلامنا في هذا الفصل أظهر فإن الكافر لا يستخف بالمصحف لأنه يعتقد فيه أنه كلام فصيح
وحكمه بالغة وإن كان لا يعتقد أنه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لأنه لو ترك في ملكه استخدمه
قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على إزالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك ليبيعه من كافر آخر وإن كان لو
باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لأنه لا يعظمه كما يجب تعظيمه وإذا ترك في ملكه
يمسه وهو نجس قال الله تعالى إنما المشركون نجس وقال الله تعالى لا يمسه إلا المطهرون فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك
إن أسلم مملوك الذمي فإنه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد أن يعرض عليه الإسلام فلعله يسلم فيترك العبد في ملكه فإن أبى
ذلك أجبر على بيعه كالكافر إذا أسلمت امرأته يعرض عليه الإسلام فإن أبى فرق بينهما إلا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز
إزالته مجانا عند إبائه الإسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز إبطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من
إزالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليتوفر عليه المالية ويحصل المقصود وإذا كان للذمي عبد وامرأة له أمة وولد
منه فأسلم العبد وولده منها صغير فإنه يجبر على بيع العبد وولده لأن الولد الصغير يصير مسلما بإسلام أبيه فيجبر على بيعه وإن
كان في ذلك تفريق بينه وبين أمه لأن هذا تفريق بحق وجب فيه وهو كما لو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز
ذلك وإن كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة استقام ذلك فهذا مثله وعن أبي يوسف رحمه
الله أن في كل موضع يجب بيع الولد يباع الأم معه لأنه لا ضرورة في التفريق بينهما إذا كان كل واحد منهما محلا للبيع قال وإذا ما
العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وإن أسلم عبد الذمي وكاتبه جازت الكتابة لأن ملكه
فيه باق بعد إسلامه ويعود عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو إزالة ذله عنه لأنه
يصير بمنزلة الحر في حق اليد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك اليمين وربما يؤدي بدل الكتابة فيعتق ويتم
المقصود به فإن عجز أجبر على بيعه لأن الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذي كان قبل الكتابة وهو الإجبار على البيع ولو
لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجبر المولى على بيعه لأن المقصود بعقد الرهن لم يحصل بالراهن يستخدم المرهون بإذن
المرتهن والمرتهن بإذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل البيع فيبقى فيه حكم الإجبار على البيع فأما بعد الكتابة لا يكون محلا للبيع ثم
الكتابة وإذا بيع المرهون فثمنه يكون رهنا مكانه لأن عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه إلى بدله كما إذا قتل
المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو إزالة اليد عن المسلم لا يحصل بالإجارة بل يتحقق
فيه معنى الإذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الإجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الإجارة بخلاف الرهن ألا ترى أن الآجر إذا باع
المؤاجر برضا المستأجر بطلت الإجارة والراهن إذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا ولو كان رهنه أو آجره وهو كافر
ثم أسلم في يد المرتهن أو المستأجر أجبره على بيعه ولو تركه يكون في ملك الكافر وهو مسلم لما بينا أن الإذلال هنا يتقرر إذا ترك
في ملكه فيجب إزالته بالإجبار على بيعه وإن كانت جارية فدبرها واستولدها قبل الإسلام أو بعده جعلت عليها أن تسعى في قيمتها
لأن بيعها متعذر لما تقرر فيها من حق العتق فيجب إخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى
وعند زفر رحمه الله هي حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعي رحمه الله يجبر على بيع الأمة المدبرة وأم الولد كما مر وقد تقدم
بيان هذا في كتاب الطلاق وإذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لأن إسلامه لا يمنع ابتداء
البيع فلا يمنع بقاءه بطريق الأولى ثم إن نقض البيع أجبر على بيعه لأن الإذلال صار كأن لم يكن وإن أمضاه لكافر فله إجازة وأجبر ذلك
الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعدما أسلم العبد وكذلك إن كان الخيار للمشتري فإن فسخ العقد أجبر البائع على بيعه إذا كان

كافرا وان امضى العقد والمشترى مسلم فهو سالم له قال واذا اشترى الكافر عبدا مسلما شرا فاسدا وقبضه فانه يجبر على رده على
البايع سوا كان البايع مسلما او كافرا ثم يجبر البايع على بيعه ان كان كافرا لان فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت
من الحق للعبد باسلامه لان البايع يجبر على بيعه اذا كان كافرا ومع امكان استيفا الحقين لا يجوز ترك احدهما فان كان البايع غايبا
رفع العبد المشترى الى القاضى اجبره على البيع ان كان شرا يحتمل فى مثله البيع منه لانه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبة
البايع ولا يجوز ان يترك المسلم فى ملك الكافر فيجبر على بيعه وهذا لان فى التاخير الى ان يحضر البايع اضرارا بالعبد وابقاء له
فى ذل الكافر وذلك ممتنع فى الشرع وان كان شرا لا يجوز فى مثله البيع فهو غير مالك له فلا يمكن اجباره على بيعه ولكنه ملك
الغير مضمون فى يده او امانة بمنزلة المغصوب والوديعة مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شرا فاسدا اجبرته على رده على
الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفا الحقين ممكن وان كان الكافر غايبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس فى
ابقاء المسلم فى ملك المشترى المسلم معنى الاذلال ولو ان مسلما وهب عبدا مسلما لكافر او تصدق به عليه وسلمه جاز واجبر الكافر
على بيعه كما لو ملكه بسبب اخر ولو اراد المسلم ان يرجع فى هبته كان له ذلك ما لم يبعه الكافر او يعوض المسلم فيه والكافر فى حكم
الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع فى هبته كان له ذلك لان حقه فى الرجوع
كان ثابتا ما لم يصل اليه العوض فلا يبطل باسلام العبد لكن اذا رجع فيه اجبر على بيعه واذا اسلم عبد النصرانى فجبره القاضى على بيعه
فباعه ثم استحقه نصرانى اخر ببينة مسلمين وقد اعتقه المشترى فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشترى لم يملكه وان
عتقه لم ينفذ لان بايعه لم يكن مالكا فياخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغى ان ينفذ البيع باجبار القاضى عليه فى حق المستحق اذا
كان نصرانيا لان القاضى انما اجبر عليه المالك الظاهر له حيل الى ان يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يوميذ ولعله
يسلم لو عرض عليه الاسلام ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فاجبرت على بيعه فباعته من زوجها او اشتراه زوجها لولد له
صغير فذلك جايز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم عز وجه من ملكها قال ولو ان يتامى من النصارى اسلم
عبد لهم اجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر فى العبد المسلم فان كان لهم وصى باعه الوصى لانه قايم مقامهم فى البيع الذى
ليس بمستحق فى المستحق اولى وان لم يكن لهم وصى جعل لهم القاضى وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضى نصب الوصى نظرا منه لليتامى
فلان يجوز ذلك نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام اولى قال واذا كان للمسلم عبد نصرانى تاجر فاشترى عبدا نصرانيا
فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم اجبره على بيعه لان كسب العبد الذى لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين اجبرته على
بيعه لان المولى لا يملك كسبه ما لم يفرغ عنه الدين كالاجنبى والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصرانى فيجبر على بيعه كمكاتب نصرانى
لمسلم اسلم عبده قال واذا اشترى النصرانى عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال لا ارده ولكنه حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه فى
دفع الضرر عن نفسه واكثر ما فيه ان يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح وان وكل وكيلا يخاصم عنه فى العيب جاز حتى يبلغ
اليمين بالله ما راى ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفى هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم فى ظاهر
الرواية القاضى يحلف المشترى بهذه الصفة ما راى ولا رضى طلب البايع ذلك او لم يطلب ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلفه الا
بطلب البايع لانه نصب لفصل الخصومة لا لانشايه ولكنا نقول هو مامور بان يصون قضاه عن اسباب الخطا وليس كل
خصم يهتدى الى ذلك ليسئل او يجاسر على ذلك مع حشمة القاضى فيحتاط القاضى بذلك ويحلفه بالله ما راى العيب ولا رضى به وفى موضع
اخر قال ولا عرضه على البيع ثم يقضى بالرد فان اقر الوكيل عند القاضى ان المشترى قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشترى وان وكل
البايع وكيلا بالخصومة فاقر ان وكيله عليه جايز فى مجلس القاضى لانه قام مقام الموكل فى جواب الخصم ولا يحلف الوكيل لان النيابة
فى اليمين لا تجرى ولكن يحضر الموكل فيحلف لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا فى باب العيوب قال ولا يجوز بين اهل الذمة
شى من بيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين اهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فانى اجيز ذلك بينهم استحسن ذلك لانها
اموال متقومة فى حقهم والاثر الذى جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها وقد تقدم
بيان هذا الفصل فى كتاب الغصب واوضحنا الفرق بين الربا والتصرف فى الخمر والخنزير باعتبار ان ذلك مستثنى من عقد الذمة
ونذكر هنا فرقا اخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوما فى حقهم فلو لم يجز تصرفهم فيها بالبيع والشرا لم يظهر ما بقى
المالية والتقوم فيكون اضرارا بهم ولو منعناهم من عقود الربا لا يؤدى ذلك الى ابطال ما بقى المالية والتقوم لانهم قد يمكنون من
التصرف فى ذلك المحل لا بطريق الربا قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا اكل ثمنها بلغنا ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان

احدهما قوله عليه السلام لعن الله فى الخمر عشرا وذكر فى الجمله بايعها والثانى قوله عليه السلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
وفى حديث اخر قال عليه السلام لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجمعوها وباعوها واكلوا اثمانها فان الله اذا حرم شيا حرم بيعه واكل
ثمنه وبهذه الاثار تبين ان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فلا يجوز بيعه منها قال واذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار
خمرا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتاكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد ملك التصرف وكما لا يجوز ابتدا العقد
على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل ان يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شا اخذ
وان شا تركه وهذا قول ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله اما عند محمد رحمه الله البيع باطل هكذا ذكر الكرخى رحمه الله لان العقد
فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت
لا يصح العقد وجه قولهما ان اصل العقد كان صحيحا ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو
انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كان لم يكن كما لو ابق المبيع قبل القبض ثم عاد من اباقه الا ان المشترى هنا يخير لتغير صفة
المبيع فى ضمان البايع ولهذا لو خاصمه فيها قبل ان يصير خلا فابطل القاضى البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لان
العقد انفسخ بقضا القاضى كما فى الاباق اذا عاد بعد ما فسخ القاضى البيع بينهما ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لان
العقد انفسخ بقضاء القاضى كما فى الاباق اذا عاد بعد ما فسخ القاضى البيع بينهما وبه فارق ما لو كان خمرا فى الابتدا لان هناك البيع ما
انعقد صحيحا الا ترى انه لو باع العبد وهو ابق ثم رجع من اباقه لم يصح البيع وعلى هذا النصرانى لو اشترى من نصرانى خمرا ثم صارت
خلا ثم اسلما فالمشترى بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك لتغير صفة المبيع وان اسلما ثم صارت خلا فهو على هذا الاختلاف الذى
ذكرنا ثم ذكر مسيله اقراض النصرانى خمرا وقد تقدم بيان ذلك فى كتاب الغصب قال واذا اشترى النصرانى من النصرانى خمرا
او خنزيرا على انه بالخيار ثلثة ايام ثم اسلم المشترى قبل ان يختار وقد قبض فان البيع باطل فى قول ابى حنيفه رحمه الله وتم البيع فى
قول صاحبيه بنا على اختلافهما فى وقوع الملك للمشترى مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه فى فصوله ولو كان الخيار للبايع فاسلما
او اسلم البايع بطل البيع لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه بالاجازة بعد اسلامه وان اسلم المشترى
وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لان البيع تقدم من قبله والبايع على خياره فاذا اجاز البيع ملك المشترى الخمر حكما من غير عقد باشره
بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك واذا ارتهن نصرانى من نصرانى خمرا بدين له عليه فاسلم المرتهن بطل الرهن لان المقصود بالرهن
الاستيفا ولا يتم ذلك الا بهلاك الرهن فالاسلام الطارى بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فان كان
المرتهن هو الذى اسلم بقى مضمونا عليه حتى اذا هلك على الراهن لان خمر الكافر يجوز ان يكون مضمونا على المسلم بالغصب فكذلك ما لقبض
بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذى اسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شى لان خمر المسلم لا يكون مضمونا على الذمى
بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذى اسلم وهذا لانعدام المالية والتقوم فى حق المالك هنا بخلاف الاول
قال واذا وكل نصرانيا المسلم نصرانيا ببيع الخمر فباعها جاز فى قول ابى حنيفه رحمه الله لان العاقد نصرانى ولم يجز فى قول
ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لان من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل واذا كان للذمى عبدان اخوان لم اكره له
ان يفرق بينهما فى البيع لان ما فيه من الشرك اعظم من التفريق يعنى ان المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع
بما هو اعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر فى حقهم حكم كراهة التفريق فى البيع والله اعلم ٥

باب بيوع ذوى الارحام

قال ليس ينبغى للرجل ان يفرق بين الجارية وولدها فى البيع ولا فى الهبة ولا فى الصدقة ولا فى الوصية اذا كان صغيرا
لما روى ان زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فراى جارية والهة فسال رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن شانها فقال زيد رضى الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال عليه السلام ادرك ادرك لا توله
والدة بولدها وقال النبى صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين الجنة وفى رواية فرق الله تعالى بينه
وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم والحاصل انه اذا اجتمع فى ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران
او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما فى الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى الوالدين والمولودين كذلك
وفيما سوى ذلك لا باس بالتفريق بنا على مذهبه فى عتق احدهما على الاخر عند دخوله فى ملكه وحجتنا فى ذلك ما روى ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهب لعلي رضي الله عنه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك
والمعنى فيه ان الصغير يستانس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففي التفريق بينهما ايحاشهما وترك الترحم عليهما وقد
قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم في ذلك سوا لاستوائهما في الشفقه التي تبنى
على القرابة ثم يمتد هذه الكراهة الى البلوغ عندنا وقال الشافعي رحمه الله الى ان يستغني الصغير عن الكبير في التربية واعتمادنا
في ذلك ما ذكره الدارقطني في مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ وتحيض
الجارية وقد قال بعض مشايخنا اذا راهق الصغير ورضيا بان يفرق بينهما فلا باس بالتفريق بينهما لان كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه
وربما يرى مصلحة في ذلك فلا باس بالتفريق عند ذلك برضاهما فاما بعد البلوغ فلا باس بالتفريق بينهما لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه
وربما لا يستانس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يودي الى قطيعة الرحم ولهذا حرم •
الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوكا لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع
لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف في ملك ولده قايم مقام الولد لو كان بالغا وكذلك ان كان واحد منهما لولده
من اولاده ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقي وعن ابي يوسف رحمه الله قال يردهما
او يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما كشخص واحد وكما لو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا كان له ان يردهما ق
او يمسكهما وجه ظاهر الرواية ان المثبت لحق الرد هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما فلا يتمكن من رد الاخر
بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق في احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والدفع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما
شقص لم اكره له ان يبيع شقصه من احدهما دون الاخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما في ملكه ولو كانا
مملوكين له فباع احدهما دون الاخر كان مسيا والبيع جايز في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله استحسن ابطال
البيع في الوالدين والمولودين ولا ابطله في الاخوين وهو قول الشافعي وروى الحسن عن ابي يوسف رحمهما الله ان البيع في جميع
ذلك باطل لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك وقال عليه السلام ذلك لزيد بن حارثه رضي
الله عنه وانما يمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع فهي احدى الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد وفي الرواية الاخرى فرق
لقوة الولاده ولضعف القرابة المتجرده عن الولاد وحمل قوله عليه السلام لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه ادرك على طلب الاقاله
او بيع الاخر ممن باع منه احدهما وهو تاويل الحديثين عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله والقياس لهما ان النهي عن بيع احدهما لمعنى في
غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشه وذلك ليس من البيع في شي والنهي متى كان لمعنى في غير البيع غير متصل المنهي عنه لا يفسد البيع
كالنهي عن البيع وقت النداء ق ل ولا باس بان يكاتب احدهما دون الاخر لان عقد الكتابه ماله الى العتق فهو كالاعتاق ولا
باس بان يعتق احدهما وكذلك بكاتب لانه لا يفرق بينهما في هذا التصرف بل يزداد الايناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير
اذا كوتب او عتق وربما يتمكن من شرايه بعد ذلك فيعتق عليه وكذلك لا باس بان يبيع احدهما نسمة للعتق ويمسك الاخر وعن محمد
رحمه الله انه يكره له ذلك وهذا لان البيع نسمة ليس بيع بشرط العتق لان البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفي به
المشتري وربما لا يفي فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال وجه ظاهر الرواية ان الظاهر من حال من يشتري نسمة للعتق الوفا بما
بعد وانما ينبني الحكم على الظاهر ما لم يتبين خلافه فيبيع احدهما نسمة كبيعه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه ق ل واذا اجتمع
في ملكه اختان فدبر احدهما او استولدها والاخرى صغيرة لم اكره له بيع الصغيرة وكذلك ان كاتب احدهما لان كراهة التفريق
عند تمكنه من بيعهما كان عند ذلك يكون التفريق بحال اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع احدهما فيجوز له بيع الاخرى وعن
ابي يوسف في التدبير والاستيلاد ليس له ان يبيع الاخرى لان ملكه في المدبره وام الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما في ملكه فيكره
التفريق وفي الكتابه لا يكره لان ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا في ملك مطلق له فلا باس ببيع احدهما قال
واذا كان احد المملوكين له والاخر لزوجته او لمكاتبه فلا باس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد ولانه غير متمكن من بيعهما
من واحد اذ ليس له حق التصرف في كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك ان كان احدهما لعبد له تاجر عليه دين لانه غير متمكن من بيعهما
بان تصرفه في كسب العبد المديون لا ينفذ وعند ابي حنيفه رحمه الله هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا في ملكه وان لم يكن على العبد دين
فليس له ان يفرق بينهما لانهما اجتمعا في ملكه وهو متمكن من بيعهما وان كان احدهما لمضاربة فلا باس بان يبيع المضارب ما عنده منهما
ق ل واذا كان للرجل امة فباعها على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم اشترى ابنها كرهت له ان يوجب البيع في الامة لان خيار البايع يمنع

خروج

خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا في ملكه وهو متمكن من ان لا يفرق بينهما بان يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فاذا اوجب البيع في الامة كان
مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك ان سكت حتى مضت المده لان سكوته عن الفسخ الى مضي المدة كاختياره امضاء البيع وان
كان الخيار للمشتري فلا باس بان يستوجبها لان الامة خرجت من ملك البايع مع خيار المشتري فلم يجتمعا في ملك رجل واحد ولو كان
عنده ابنها فاختار ردها لم يكن بذلك باس اما عند ابي حنيفه رحمه الله لانهما لم يجتمعا في ملكه فان خيار المشتري يمنع وقوع الملك له
وعندهما لان هذا التفريق بحق له في احدهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب ق ل ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق
ما يكره للحر لانهما مخاطبان وفي التمكن من بيعهما معا بمنزلة الحرين وكراهية التفريق لحق الشرع فيستوي فيه المملوك والحر ولا
يكره التفريق بين ذوي رحم محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهره لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان رجلا ساله فقال
اني بعت جارية قد ارضعت ولدي فقال قل من يشتري ام ولدي وهذا لان الرضاع والمصاهره بمنزلة النسب في حرمة النكاح خاصة وان
الاحكام المتعلقه بالقرابه سوى الحرمة لا يثبت شي منها بالرضاع والمصاهره ق ل ولا باس بالتفريق بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة
بينهما وعلى ذلك ينبني كراهية التفريق ق ل واذا اجتمع اخوان في ملك رجل لا ينبغي له ان يبيع احدهما من ابن صغير له في عياله لان
هذا تفريق بينهما في البيع والملك ولو جاز هذا لباع هذا الذي باعه من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق واذا دخل
الحربي دار الاسلام بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا باس بشرايه منه وان كان فيه تفريق لانه لو لم اشتر
منه لعاد به الى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشراه منه اقرب الى النظر من مراعاة التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام ق
كرهت للمسلم ان يشتري منه احدهما لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من ان يدخل بهما دار الحرب لانه اشتراهما من اهل الاسلام او من اهل
الذمة وهو وان لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا ان يكون اشتراهما في
دار الاسلام من حربي مستامن فلا باس حينئذ بشرى احدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو متمكن من ان يدخلهما دار الحرب كما كان
البايع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا اجتمع في ملكه مع الصغير كبيران والجواب في ذلك ان الكبيرين اذا استويا
في القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالاخوين والخالين والعمين فلا باس بان يبيع احد الكبيرين استحسانا وفي القياس
يكره ذلك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الصغير يستانس بكل واحد منهما فكل واحد منهما في حقه كالمنفرد به وفي الاستحسان
قال هذا البيع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه احد الكبيرين فانه يستانس به ويقوم الكبير بحوائجه فلا باس ببيع الاخر وان
كانت قرابتهما اليه من جهتين كالاب والام فليس له ان يفرق بينه ولا يبيع واحدا منهما لان لكل واحد منهما عليه نوع شفقة ليس للاخر
وله بكل واحد منهما نوع استيناس لا يحصل ذلك بالاخر فان كان احدهما ابعد والاخر اقرب اليه في القرابة كالام مع الجد في
ظاهر الرواية لا باس ببيع الابعد ويمسك الاقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا امسك الاقرب معه وشفقة الاقرب عليه
اظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقرابة القريبة كالمعدومة وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحدا
منهما لانه يستانس بكل واحد منهما نوع استيناس كما اذا استويا في الدرجة والله اعلم ه

ق ل رضي الله عنه اعلم بانه اورد هذا الباب في كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسايله هناك وهو بكتاب الدعوى
اشبه وقد بينا بعض المسايل فيما يتقدم هنا ايضا فنقتصر على ما لم يتقدم بيانه ان الجارية المبيعه اذا ولدت ولدين احدهما لاقل
من ستة اشهر والاخر لاكثر من ستة اشهر فادعاهما البايع فانه يرد البيع لانهما خلقا من ماء واحد فالعلوق بالذي ولدت لاقل من ستة اشهر
في ملكه وهما توام فمن ضرورة تيقن علوق احدهما في ملكه التيقن بعلوق الاخر فهو كما لو ولدتهما لاقل من ستة اشهر وقد بينا
ان بعد موت الولد لا يصح دعوة البايع وان كان الولد خلف ولدا بخلاف ولد الملاعنه فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملاعن
نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملاعنه كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقي بعد اللعان موقوفا على حقه حتى
لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالاكذاب اذا كان مفيدا ويقام مقام حاجته ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية
المبيعه لم يكن ثابتا منه قبل الدعوة وانما تصح دعوته لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اثباته وولده مقامه
في اثبات نسبه ابتداء فلهذا لا تصح دعوته واذا كان في يده صبي لا ينطق ولد عنده فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق
في ذلك في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشتبه عليه هنا في الابتداء ثم يتبين

له في الانتهاء فيريان يتدارك وقد بينا ان لحقا امر العلوق تعذر في التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشترى ابنه فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار في يد نفسه كالتحق بسائر الاحرار فالدعوة من المولى بعد ذلك ومن غيره سوا لا ينفعه الا بتصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد مولاه اذ هو ليس بمحل ان يعبر عن نفسه لانه في يد مولاه اذ ليس هو بمحل ان يعبر عن نفسه قال في الكتاب استحسن في الصغير كما استحسن في المدبر يكون بين اثنين اذا جاءت بولد فادعاه احدهما وقد تقدم بيانه هذه المسئلة بعينها في كتاب العتاق

ق وان ولدت الامة ولدين في بطن واحد فباع المولى الام مع احدهما ثم ادعى المشتري الذي اشترى فان نسبه يثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانهما توام فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما منه ثبوت نسب الاخر وهو عند البائع على حاله لان العلوق لم يكن في ملك المشتري فدعوته دعوى التحرير والتوام ينفصل احدهما عن الاخر في التحرير كما لو اعتق البائع احدهما وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الاخر وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الاخر وان كان اعتقه المشتري لان اصل العلوق كان في ملك البائع فدعوته توجب حرية الاصل للذي بقي عنده والتوام خلقا من ماء واحد فلا ينفصل احدهما عن الاخر في حرية الاصل وقد بينا انه يجوز نقض عتق المشتري لضرورة اثبات حرية الاصل له

ق واذا باع امة حاملا فاراد المشتري ان يدعي البائع حملها واراد ان يحرز عن ذلك فانه يشهد عليه ان هذا الحبل من عبد له كان زوجها اياه وليس هذا بتعليم الكذب ولا امره به لانه لا رخصة في الكذب ولكنه بيان الحكم ان البائع ان قد يقول لك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية المسئلة في كتاب العتاق ان المقر له ان صدقه او لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع ان يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان لاقراره حكمين اخراج نفسه عن نسب هذا الولد واثباته من المقر له وانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ما هو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من اصله فله ان يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان ابا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول الولاء قابل للتحول من شخص الى شخص الا ترى ان ولد الولد يثبت لموالي الام اذا كان الاب عبدا فاذا اعتق الاب يتحول ولاؤه اليه والنسب لا يحتمل التحول من شخص الى شخص فبعد ما اخرج نفسه من نسب هذا الولد لا تصح دعوته لنفسه

ق امة بين اثنين باع احدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع صحت دعوته وبطل البيع فيكون هذا الحكم الجارية المشتركة استولدها احدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وبطل البيع لان العلوق حصل في ملكهما جميعا ولو ادعاه البائع واعتقه المشتري فدعوة البائع تستند الى وقت العلوق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشتري فيه باطلا ولو باع احدهما نصيبه من رجل وهي حامل فادعى المشتري الحبل وادعاه البائع والذي لم يبع فان ولدت لاقل من ستة اشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان دعوتهما تستند الى وقت العلوق فالعلوق حصل في ملكهما ويأخذ المشتري ما نقد من الثمن ويرد على الذي لم يبع نصف العقر لاقراره بالوطي

ق الحاكم ابو الفضل قوله ويرد على الذي لم يبع نصف العقر ليس بسديد والصواب ان يرد جميع العقر على الشريكين وهكذا في رواية ابي سليمان رحمه الله لان اقراره بوطيها لابد ان يكون سابقا على الشراء وقد حصل ذلك في ضمن دعوة النسب فيكون عليه جميع العقر للشريكين وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر ثبت نسبه من المشتري ومن الذي لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلوق قبل البيع فلا يصح دعوة البائع ولكن يرد البائع نصف العقر للذي لم يبع لانه اقر بوطيها وذلك يلزمه نصف العقر للذي لم يبع سوا كان وطيه اياها قبل البيع او بعد البيع بشبهة وليس للبائع على المشتري عقر لانه ما اقر بوطيها قبل شرائه وانما زعم انه وطيها بعد شرائه في ضمن دعوى النسب فلهذا لا يغرم له شيا من العقر والله اعلم

باب الاستبرا

ق رضي الله عنه الاصل في وجوب الاستبرا قول النبي صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطى الحبالى من الفي حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة وهذا خطاب للموالي فيفيد وجوب الاستبرا على المولى فانه اذا قيل لا يقربن فلانا يكون ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في المسبية حدوث ملك الحل فيها لمن وقع في يده

بسبب ملك الرقبة فيه وهذه العلة متعدية بالحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهي المشتراة او الموهوبة وجوب الاستبرا على المشتري مروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط انما اخرج التحرز عن ان يصير ساقيا ماءه زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امراة او صبي باعها ابوه او اشتراها وهي بكر او اشتراها من مملوك يلزمه الاستبرا لوجود العلة الموجبة وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن ابي يوسف رحمه الله قال اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبرا واجب لان الاستبرا كاسمه ليتبين فراغ الرحم وقاسه بالمطلقة قبل الدخول انه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة في حالة الدخول تبين فراغ الرحم ولكنا نقول هذه حكمة الاستبرا والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفة حقيقته فيتعلق الحكم شرعا بالسبب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فيدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها الى عورة حتى يستبريها لان من الجائز انها حبلت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحل الا في الملك كالوطي ولان الوطي حرام في مدة الاستبرا وهذه من دواعي الوطي فيحرم لحرمة الوطي كالذي ظاهر من امراته لما حرم عليه وطيها حرم عليه دواعيه فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص لا يوجد ذلك في التقبيل والمس ثم الداعي هناك لا توقعه في ارتكاب الحرام لنفرة في طبعه عنها بسبب الاذى والداعي هنا يوقعه في ارتكاب الحرام وهو الوطي لانه ارغب فيها غاية الرغبة ما لم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فاستبراؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة الا ترى ان الله تعالى اقام ثلاثة اشهر في حق الايسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء في العدة ومدة الاستبرا مثل مدة العدة فيتقدر بشهر فان كانت حاملا فاستبراؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا يحتمل التجزي لتقدر الاستبرا ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شي من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي بعض المدة فلهذا قدرنا الاستبرا في حقها بوضع الحمل واذا ارتفع حيضها وهي ممن تحيض تركها حتى اذا استبان له انها ليست بحامل وقع عليها لان المقصود تبين فراغ الرحم من ماء البائع ليتيقن بصحة البيع ووقوع الملك للمشتري فيها وقد حصل ذلك اذا مضى من المدة ما لو كانت حبلى ظهر ذلك بها وليس في ذلك تقدير بيّن فيما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلاثة اشهر وكان محمد رحمه الله يقول اولا يستبريها باربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا باكثر مدة العدة في حق الامة الحرة ثم رجع وقال يستبريها بشهرين وخمسة ايام ولم اعتبر اطول مدة العدة في حق الامة هذا فاذا كان باقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الامة الاعتداد الا هذه المدة ففي اضعف السببين وهو الملك اولى ان لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة وقال زفر رحمه الله يستبريها بحولين اكثر مدة الحمل وكان ابو مطيع البلخي يقول يستبريها بتسعة اشهر لانها مدة الحمل في النساء عادة قال رحمه الله والاول اصح لان نصب المقادير بالراي لا يكون وليس في ذلك نص ولو ملكها بهبة او صدقة او وصية او ميراث او ضمان يد وجبت عليه او جعل كتابة او خلع فعليه الاستبرا فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة وكذلك لو كان له في جارية شقص فملك الباقي منها بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه جميع رقبتها فعند ذلك لا يلزمه الاستبرا وهذا لان ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة فاما بعض العلة لا يثبت شي من الحكم قال واذا اشتراها وهي حائض لم يحتسب بتلك الحيضة وعليه ان يستبريها بحيضة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله انها كما طهرت من هذه الحيضة ليتبين فراغ رحمها بناء على اصله ولكنا نقول الشرع الزمها الاستبرا بحيضة والحيضة لا تتجزى وقد تعذر الاحتساب من الاستبرا بما مضى منها قبل الشرى فلا يحتسب بتمامها منه كما لو طلق امراته في حالة الحيض لا يحتسب بهذه الحيضة من العدة ولئن كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشرا من الاستبرا فعليه اكمالها من حيضة اخرى فاذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجب كلها وكذلك ان كانت حاضت حيضة مستقبلة بعد الشرى قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبرا الا على رواية ابي يوسف رحمه الله فانه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التي توجد في يد البائع كما يحصل بالحيضة التي توجد في يد المشتري ولكنا نقول ملك الوطي بسبب ملك الرقبة انما يستفيده المشتري بالقبض لان الوطي تصرف وملك التصرف يحصل للمشتري بالقبض فالحيضة التي توجد قبل هذا لا يحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة في المبيع في العقد وكذلك ان وضعت على يدي عدل حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع الا ترى انها لو هلكت انفسخ البيع وهلكت

من مال البائع قال وإذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركه المشتري البيع فيها ففي القياس على البائع ان يستبرئها وهو قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وحكى ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الامالي ان ابا حنيفة رحمه الله كان يقول اولا بالقياس
ثم رجع الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ووجه القياس انها بالبيع خرجت من
ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهي العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان
انها في ضمان ملكه ما بقيت يده فيها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فتحمل بقاء يده فيها كبقاء الملك فاما اذا
سلمها الى المشتري ثم تقايلا فعلى البائع ان يستبرئها في ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو
المشتري فاذا عادت اليه لزمه استبراء جديد كما لو استبراها ابتداء بخلاف ما قبل التسليم وعن ابي يوسف رحمه الله قال
اذا لم يكن البائع فارق المشتري حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه تيقن بفراغ رحمها من ماء غيره قال واذا اشترى جارية لا تحيض
فاستبراها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهور بدل عن الحيض والبدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة
على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيبا فردها
لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت اليه بعد ما حدث فيها ملك الحل لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه ان يستبرئها سوا
كان عودها اليه بسبب هو فسخ او بمنزلة عقد جديد وكذلك لو باع نصفها منها ثم استقاله البيع فيها او استبراها لان
بيع البعض كبيع الكل في زوال ملك الحل في حق البائع وفي الوجهين يتجدد له الحل بعد زوال الملك ويده فيلزمه استبراء جديدا
قال واذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او فكت المرهونة او ردت عليه المواجرة للخدمة عند انقضاء المدة فليس عليه ان
يستبرئها لان ملك الحل ما زال عنه بما اعترض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لا يتجدد ملك الحل له
وكذلك لو كاتب امته ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي رحمه الله عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت
كالخارجة من ملكه حتى يغرم بوطئها العقر لها ويغرم الارش لها لو جنى عليها توضيحه انها صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة
له من وجه دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقها الزوج وجب عليه
ان يستبرئها لان ملك المتعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة وحجة قولنا انها بالكتابة باقية على ملكه قال عليه
السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه او اختل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا
ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا ينبني على ذلك وانما ينبني على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا
يختل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يغرم الارش والعقر لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها احق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرر
له الملك الذي كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقها زوجها فان كانت قد
بسبب لم يجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهي حق النكاح لا حق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه
روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدى الروايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا احلت له كان ذلك حلا متجددا
وفي الكتابة ما حلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا لغيره وفي الرواية الاخرى ليس عليه ان يستبرئها وهو الاصح لانه لو لزمه
الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق
قبل الدخول ما هو وظيفة النكاح فلان يجب غيره اولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها ان تتزوج عقيب
الطلاق ويطأها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى ان يطأ امته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكرا او انثى
ثم استبراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة ولو باعها على انه بالخيار ثم نقض البيع
لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث له ملك الحل وان كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول
ابي حنيفة رحمه الله لان المشتري لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشتري
قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار العيب والرؤية بعد القبض وكذا اذا قبضها المشتري على شراء فاسد ثم ردها القاضي
على البائع لفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشتري ملك رقبتها بالقبض فحدث الحل للبائع بما عاد اليه من الملك قال واذا
غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشتري فوطئها ثم خاصم مولاها الاول فقضى القاضي له بها فعليه ان يستبرئها بحيضة قال
استحسانا وفي القياس لا يلزمه الاستبراء لان المستحق من الغاصب غاصب كالاول وقد بينا ان المغصوب منه اذا استرد المغصوبة
فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها لانها حلت للمشتري حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشتري

ما كان يعلم ان البائع غاصب فانما اقدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت الحل فيها
باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا
اذا لم يطأها فليس على البائع فيها استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح في حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك
الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك في حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشتري يعلم ان البائع غاصب
فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشتري لم يثبت فيها ظاهرا وباطنا الا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه
هنا وان ادعى ذلك بعد ما وطئها وفي الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا بثبوت
الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشتري قال واذا زوج الرجل امته فطلقها الزوج
قبل الدخول كان للمولى ان يقربها بعد ما يستبرئها بحيضة هذا احدى الروايتين في هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين وان
كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه ان يستبرئها لانها ما حلت لغيره والامة لا تملك ان تزوج نفسها بغير
اذن مولاها وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له ان يقربها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه
والعدة اقوى من الاستبراء قال واذا وطئ جارية وله ولد لم يعلق منه ثم اشتراها فعليه ان يستبرئها لان ملك الحل له فيها
حدث بالشراء ووطئه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب الحرام لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى
جارية من ابيه او امه او مكاتبه فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا
استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت
بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك من الاستبراء كما لو اشتراها وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين محيط برقبته وبما
في يده فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو اعتقها جاز عتقه
فاما عند ابي يوسف رحمه الله في القياس كذلك لان العبد ليس من اهل ان يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك
للغرماء ايضا بسبب دينهم والمولى احق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع اخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى
احق بها تجزي تلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لان قبل الشراء كان
لا يملك رقبتها عنده حتى اذا اعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه ان يستبرئها قال
واذا وهب جارية لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه ان يستبرئها لانها حلت للموهوب له فيجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع
بعد ما حلت لغيره وكذلك اذا اصاب المأسورة قبل القسمة او بعدها لان العدو قد ملكوها بالاحراز الا ترى انهم لو اسلموا
عليها كانت لهم فيجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان كانت ابقت الى دار الحرب فاخذوها فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله لانهم ملكوها وعند ابي حنيفة رحمه الله الآبق اذا دخل دار الحرب لا يملك بالاخذ فاذا ردت على المولى بغير شيء فهي باقية
على ملكه كما كانت فلا يلزمه ان يستبرئها قال واذا باع ام ولده او مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها عليه فليس عليه ان يستبرئها
لان المشتري لم يملكها فان حق الحرية الثابت فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء الا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها
ولو اعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت من المشتري لم يثبت نسب الولد من المشتري وان ادعاه فاذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره
لا يلزمه استبراء جديد قال واذا اراد الرجل ان يبيع امته وقد كان يطأها فليس ينبغي له ان يبيعها حتى يستبرئها بحيضة قال
هكذا روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع صحيح مستحب عندنا وقال مالك واجب لانه يخرجها عن ملكه
بعد وجود السبب الشاغل لرحمها بمائه وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة قال
فكذلك الاستبراء هنا وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تيقن بسبب اشتغال
رحمها اولى ولكنا نقول الاستبراء في ملك اليمين نظير العدة في النكاح ثم وجوب العدة يختص باحد الطرفين فكذلك وجوب
الاستبراء يختص باحد الطرفين وقد وجب الاستبراء عند حدوث الملك فلو اوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لاوجبنا عليه
الاستبراء في الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة مائه من ان يسقي به زرع غيره وانما يتحقق هذا الشراء فاما عند
البيع لا يتحقق هذا في حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بايجاب الاستبراء على المشتري منه الا انه لا يأمن ان لا يستبرئها المشتري
فيستحب له ان يستبرئها احتياطا واذا فرغ من ذلك ثم باعها فليس للمشتري ان يجتزي بذلك الا في رواية شاذة عن ابي يوسف رحمه الله
بناء على اصله في ان توهم رحمها [illegible] لكنا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه ان يستبرئها ولو اراد البائع ان يزوجها

لم يكن له ان يزوجها حتى يستبرئها ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين المولى والزوج بل في الموضعين جميعا يستحب للمولى ان يستبرئها
من غير ان يكون ذلك واجبا عليه الا ترى انه لو زوجها قبل ان يستبرئها جاز وكذا لو باعها قبل ان يستبرئها والاظهر ان عليه ان يستبرئها
اذا اراد ان يزوجها بعد ما وطئها صيانة لمائه لانه لا يجب على الزوج ان يستبرئها لتحصيل معنى الصيانة وان زوجها قبل ان يستبرئها
جاز لان وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة فلا يمنع صحة تزويجها والاحسن للزوج ان لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب
عليه في القضاء وفي الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
احب الي ان لا يطأها حتى يستبرئها كيلا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد ووجه قولهما ان الاستبراء وظيفة
ملك اليمين كما ان العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينتقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينتقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح
وكذلك اذا اراد ان يزوج ام ولده او مدبرته فهي في ذلك كالامة قال واذا زنت امة الرجل فليس عليه ان يستبرئها بحيضة
لانه لا حرمة لماء الزاني فالشرع ما جعل للزاني الا الحجر بقوله عليه السلام وللعاهر الحجر وليس في الزنا استبراء ولا عدة وقال
زفر رحمه الله عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لمائه عن الخلط بماء غيره وفي الجامع الصغير ذكر عن محمد رحمه الله قال احب الي ان لا يطأها
حتى يستبرئها بحيضة فان حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لانه لو وطئها كان ساقيا ماءه زرع غيره وقال عليه السلام من كان
يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره قال امة بين رجلين باع احدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ما حاضت عند
المشتري حيضة فعليه ان يستبرئها بعد جواز البيع كله لان ملك الحل لا يثبت له ما لم يملك جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع وكذلك
لو باع امة رجل بغير اذنه فقبضها المشتري وحاضت عنده حيضة ثم اجاز المولى البيع كان عليه ان يستبرئها لان ملك الحل انما
يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا واصل المسئلة ان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المالك عندنا ويجعل اجازته في الانتهاء
كالاذن في الابتداء وعند الشافعي رحمه الله لا يتوقف بل يلغو ابيع مال الغير بغير اذن المالك وكذلك كل ما له مجيز حال وقوعه
من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف واحتج الشافعي بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند
الانسان ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه والفاسد من العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ما لم يقبض فلا يكون بيع ما لم يقبض ولم يملك منهيا عنه اولى والمعنى فيه ان تصرفه صادف محلا لا ولاية له على ذلك المحل
فيلغو البيع كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء فانه لا ينعقد وان اخذه بعد ذلك وهذا لان انعقاد العقد يستدعي محلا ويختص بمحل
للعاقد عليه ولاية فاذا انعدمت الولاية له على المحل نزل ذلك منزلة انعدام الاهلية في المتصرف عند العقد وذلك يوجب الغاء
كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان اجازه بعد البلوغ فكذلك هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب
البائع قد اشتريت منك بكذا فان ذلك تصرف في ذمة نفسه بالتزام الثمن اذا اوجب البائع البيع وهو محل ولايته والدليل عليه ان
المشتري اذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو اجازه البائع لانعدام ولاية العاقد على المحل وكذلك
لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فاذا انعدمت الولاية ملكا ويدا على المحل اولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من
المالك او ورثه يبطل البيع ولا ينفذ فاذا لم يجز ان ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه فلان لا ينفذ من جهة غيره باجازته
اولى وحجتنا في ذلك ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام رضي الله عنه دينارا وامره ان يشتري له اضحية فاشترى
شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال عليه
السلام بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير امره ثم اجاز رسول الله
صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز ان يقال كان هو وكيلا مطلقا بالبيع والشرى لان هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان
لنقل على سبيل المدح له فالمنقول امره ان يشتري له اضحية وبهذا لا يصير وكيلا مطلقا بالتصرف وقد دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم
دينارا الى عروة البارقي رضي الله عنه وامره ان يشتري له اضحية فاشترى بالدينار شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بالاخرى
مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز صلى الله عليه وسلم ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفا على اجازته لامره بالاسترداد
والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من اهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبا كثر من الثلث
ممن لا دين عليه وهذا لان التصرف كلام وهو فعل اللسان فحكمه كما هو حكم سائر الافعال وتحقق الفعل بتفعيل من فاعل في محل ينفعل
فيه فهذا يكون اخذ التصرف باللسان واذا صدر من اهله في محله يتحقق به وجوده ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك
المانع وبالاجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيانا ان الاهلية في المتصرف ان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز

واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية ان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد
في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه
جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا او غير مالك فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية
احكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغي تصرفه لانعدام حكمه
ففي الجواب من هذا السؤال طريقان احدهما ان يقول لا نسلم ان الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت
بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا
لانه ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب وانما الضرر عليه في زوال ملكه وبالملك
الموقوف لا يزول ملكه البات والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تاخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل
بالسبب وتارة يتاخر كما في البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتاخر الى اجازة المالك ولا ينعدم اصلا لان انعدام الحكم في الحال
لدفع الضرر عن المالك وفي تاخير الحكم الى وجود الاجازة توفير المنفعة عليه فانه اذا صار مستنعا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان
ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب موجبا في الحال على ان يجعل اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء بخلاف بيع
الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لغى العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك اصلا فلا يكون قابلا للتمليك وكذلك طلاق الصبي
امرأته انما لغى لانعدام الاهلية في المتصرف فان اعتبار عقل الصبي وتمييزه لتوفير المنفعة عليه وما يتمحض ضررا ينعدم فيه هذا
المعنى فلا يجعل اهلا له باعتباره ودليل ان الطلاق يتمحض ضررا ان الولي لا يملك عليه هذا التصرف وانما لغى لانعدام حكمه اصلا
فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع الا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه فاما مال الغير محل لحكم البيع
حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك ومباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد
فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف ما اذا اشترى العاقد كما باعه لان حكم ذلك السبب
لا يمكن اثباته باعتبار ملكه الحادث له فحكم البيع ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وانما يثبت ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت
العقد وقد زال ذلك الملك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة
يثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تاويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان
ان المراد اذا باعه ثم اشتراه واراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان
الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
اذا عرفنا هذا فلنا في بيان مسئلة الاستبراء الملك النافذ للمشتري لا يكون الا بعد الاجازة والحل يبنى على ذلك فلا تحتسب بالحيضة التي هو
قبل الاجازة من الاستبراء فكذلك دون الحيضة الموجودة في يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا تحتسب بها من الاستبراء فهذا اولى ولو
كان البائع هو المالك فسلمها وحاضت بعد ما قبضها المشتري قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله وهو بناء على خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشتري بالقبض
وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي رحمه الله خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فالم
يتفرقا فلكل واحد منهما ان ينفرد بالفسخ الا ان يقول احدهما لصاحبه اختر فيختار صاحبه وله في وقوع الملك للمشتري قولان واحتج
بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يكونا متبايعان
الا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما ما لم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية
اخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوي الحديث ابن عمر رضي الله عنهما
وقد فهم الافتراق عن المجلس على ما يروى انه كان اذا اراد ان يوجب البيع مشى هنيهة والمعنى فيه ان هذا عقد تمليك المال فلا يلزم بنفسه
ما لم ينضم اليه ما يتايد به كالقبض كعقد الهبة فانه لا يوجب الملك بنفسه ما لم ينضم اليه القبض وتاثيره ان المال مبتذل بكر المنال
فيه ويقع العقد عليه بغتة من غير نظر وروية والمقصود الاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبتنا الشرع
الخيار لكل واحد منهما ما دام في المجلس ليتحقق به ما هو المقصود لكل واحد منهما بخلاف النكاح فانه في العادة لا يكون بغتة وانما
يكون بعد تقدم الخطبة والمراودة ثم انما يتقدر هذا الخيار بالمجلس لان حال المجلس جعل كحالة العقد الا ترى ان في الصرف
والسلم القبض الموجود في المجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحد منهما

فكذلك يثبت ما دام في المجلس الا ان يقول احدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار
وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم وقد شرطا امضاء العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث
وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار والصفقة هي الثابتة اللازمة فتبين ان البيع نوعان لازم وغير لازم
يشترط الخيار فيه فمن قال بان الخيار يثبت في كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه ان البيع عقد معاوضة فمطلقه
يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتاثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وانما يظهر قوته في حكمه حتى لا ينفرد
احدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لا يثبت الحكم به الا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة يعتمد
تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لانه لا اثر لبقائهما في المجلس في المنع من تمام الرضا والدليل
عليه انه لو قال احدهما لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا وايجاب العقد مطلقا ادل على
الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع مكن كل واحد منهما من دفع الغبن عن نفسه بشرط الخيار فاذا لم يفعل فهو الذي ترك النظر
لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو المقصود بالعقد لا يحصل بالفسخ بل هو منفي في مقتضى
العقد فهذا يقتضي ان لا يثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال الا ان الشرع مكن كل واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن
به من الفسخ اذا ظهر ان منفعته فيه فاذا لم يشترط الخيار عرفنا انه انما قصد تحصيل ما هو المطلوب بالعقد وهو الملك في
البدل وفي لزوم العقد بنفسه تحصيل هذا المقصود لا تفويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه ان لا يثبت
خيار المجلس وفتوى الراوي بخلاف الحديث دليل على ضعفه ثم المراد بالحديث ان صح المتساومان فان حقيقة اسم المتبايعين
لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمقاتلين والمتناظرين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار والمراد
بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعني انهما جميعا بالخيار ان شاء امضيا البيع بالاقالة ما لم يتفرقا دائما في ذلك
وذكر ابو يوسف رحمه الله في الامالي ان تاويل هذا الحديث اذا قال الغير بعني هذه السلعة بكذا فيقول الاخر بعت وبه نقول
ان بعد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فانهما متبايعان في
هذه الحالة لوجود التكلم بالبيع منهما وعلى اصل الشافعي رحمه الله بهذا اللفظ ينعقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لكل واحد منهما ما لم
يتفرقا عن المجلس ان شاء قال المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع او قام من المجلس قبل
ان يقول المشتري اشتريت قال واذا ارتدت امة الرجل ثم تابت لم يكن عليه ان يستبرئها لانها لم تخرج من ملكه
ولم يحل لغيره انما حرمت عليه بعارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة ما لو حرمت عليه بالحيض قال واذا اشترى
امة لها زوج ولم يدخل بها فطلقها قبل ان يقبضها المشتري فعلى المشتري ان يستبرئها لان وقت وجوب الاستبراء على المشتري
وقت القبض وهي فارغة عن حق الغير عند القبض فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ما قبضها
المشتري فليس عليه ان يستبرئها لانه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج فحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك
الرقبة واذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك لانه لو لزمه الاستبراء انما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق
لا يوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الاخرى في ان الزوج اذا طلقها قبل الدخول لا يجب على المولى به الاستبراء ولو اشتراها وقبضها
ثم زوجها فمات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض فلا باس بان يطأها لما بينا ان العدة اقوى من الاستبراء فعند ظهور
العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل ان يدخل بها وقبل ان تحيض عنده لم يطأها المشتري حتى يستبرئها بحيضة لان
الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهي فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا الى اثر فيظهر ما كان من الحكم قبل
النكاح في الطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشتري بالقبض وبتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجزي بها
من الاستبراء وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبدا له قبل ان يقبضها ثم قبضها ثم طلقها العبد قبل ان يدخل بها
وقبل ان تحيض فللمشتري ان يطأها من غير الاستبراء وهو صحيح فتزويجه اياها قبل القبض صحيح كالاعتاق لان النكاح لا يمتنع
بسبب الغرر وان وجوب الاستبراء بعد القبض فقد قبضها وهي مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق
بعد ذلك وهذه هي الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحته حرة لانه لا يمكنه ان يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحته حرة
فالحيلة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش كما اشتراها
وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعا ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لانها كانت حلالا

له بالنكاح قبل ذلك ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة اذا علم ان البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر في قول ابي
يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يكره ذلك وهو نظير ما تقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند ابي يوسف رحمه الله هو
تمنع من التزام حكم مخافة ان لا يتمكن من الوفاء به اذا لزمه ومحمد رحمه الله يقول الفرار من الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المؤمنين
فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط الشفعة والله اعلم

باب الاستبراء في الاختين

قال واذا وطئ الرجل امته ثم اشترى اختها كان له ان يطأ الاولى وليس له ان يطأ الثانية فيصير جامعا بين الاختين وطئا
بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما
فكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما اية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما اية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
فكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح اية التحريم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطئا فهو نص خاص وان كان المراد الجمع بينهما
نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا واخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا
لتغليب الحرمة على الحل في الاباحة وقد قال عليه السلام ما اجتمع الحرام والحلال في شيء الا غلب الحرام الحلال فان لم يكن وطئ الاولى حتى
اشترى الثانية او اشتراهما معا فله ان يطأ ايتهما شاء لان كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء احدهما لا يصير جامعا وهو المحرم وهو
الجمع بينهما وطئا فله ان يطأ ايتهما شاء فان وطئ احدهما لم يكن له ان يطأ الاخرى لانه لو وطئ الاخرى صار جامعا بينهما وطئا فان
وطئهما جميعا او قبلهما او نظر الى فرجيهما بشهوة فهذا مساء بارتكاب الجمع المحرم لانه كما يحرم الجمع بينهما وطئا يحرم الجمع بينهما في دواعي الوطء
والتقبيل والنظر الى الفرج بشهوة من جملة الدواعي كالنكاح ولهذا يثبت به حرمة المصاهرة كما يثبت بالوطء ثم ليس له ان يطأ
واحدة منهما حتى يحرم على نفسه احديهما ببيع او نكاح او تبرع لانه اذا اراد ان يطأ احديهما فالاخرى موطوءته ولو كانت موطوءته
على الخصوص لم يكن له ان يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك هذا الحكم بعد ما وطئهما فان زوج احديهما فله ان
يطأ الباقية منهما لان المنكوحة صارت فراشا للزوج وثبوت الفراش الصحيح للزوج يمنع اثر وطء المولى حكما ولهذا لو جاءت
بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى وان ادعى فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولو طلق احدى الاختين
قبل الدخول كان له ان يتزوج الاخرى من ساعته فهنا ايضا له ان يجامع الاخرى غير اني احب له ان لا يجامعها حتى تحيض اختها
لقوله عليه السلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الاخر ان يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له ان لا يقرب
التي تزوج حتى تحيض حيضة لقوله عليه السلام لا ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الاخر ان يجتمعا على امراة في طهر واحد
فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احدهما او يبيع لان حق الزوج سقط
عنها بالطلاق ولم يبق له اثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احدهما وسلم ثم اشتراها
او ردت عليه بعيب فليس عليه ان يطأ واحدة منهما حتى يحرم احدهما على نفسه هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما وهذا
لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءته فكانت هذه الحالة كحالة قبل البيع في المعنى قال واذا ارتدت احديهما
عن الاسلام لم يحل له ان يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل الغير وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض
وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فمباشرته في احديهما لا يخرجها من ملكه ولا يحرمها عليه فلا يحل له ان يطأ الاخرى
باعتباره وكذلك ان لحق احديهما دين او جناية فانها لم تخرج من ملكه ما لم يدفع او تباع فاذا دفعت او بيعت في الدين فقد
خرجت من ملكه وحل له وطء الاخرى عند ذلك قال ولو كاتب احديهما او اعتق بعضها فقضي عليها بالسعاية او لم يقض
حل له ان يطأ الاخرى اما في معتقة البعض فهو غير مشكل لان ملكه زال عنها بقدر ما اعتق وزوال ملكه عن بعضها في
حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا في الباب المتقدم انها بالكتابة لا تخرج من ملك
المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول
بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها ويجعل وطيه اياها وطئا في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة
فيجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها او ببيع بعضها فيحل له ان يطأ الاخرى وكذلك لو وهب
احديهما او وهب شقصا منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو اسرها العدو واحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز

ولو ابقت اليهم لم يحل له وطي الباقية في قول ابي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها لانها ابقت بالاخذ فبقيت على ملكه وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطي الاخرى قال ولو زوج احديهما نكاحا فوطيها زوجها ثم فرق بينهما فله ان يطا اختها لان العدة وجبت على الذي زوجها والعدة بمنزلة النكاح في حرمتها على المولى فيحل له ان يطا اختها وان كانت عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها او فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له ان يقرب الاخت لان النكاح الفاسد لا يحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده وعدمه سوا وان باع احدهما بيعا فاسدا وقبضها حل له وطي الاخرى لان المشتري ملكها بالقبض وان كان لا يحل له وطيها لفساد البيع وخروج احديهما عن ملكه يحل له وطي الاخرى فان تراد البيع فليس له ان يطا واحدة منهما حتى يحرم احديهما عليه كان باع التي لم يبع لم يقرب التي ردت عليه حتى يستبريها بحيضة لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد قال واذا تزوج اخت جاريته التي قد وطيها لم يقرب واحدة منهما حتى يملك فرج امته غيره لان التي تزوجها صارت فراشا له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلهذا لا يقرب امته ولا يقرب المنكوحة لانه وطي اختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطيا وذلك حرام وقد قال مالك رحمه الله له ان يطا امته كما كان يطاها قبل النكاح ويجعل نكاحه اختها بمنزلة شرائه اختها والفرق بينهما ما ذكرنا فانها بنفس الشرا ما صارت فراشا له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب ولو اشترى اخت امراته وهي امراته كان له ان يطا الاولى وهي المنكوحة لان الثانية بنفس الشرا ما صارت فراشا له ويستوي ان كان وطي المنكوحة او لم يطا لانها بالنكاح صارت فراشا له فالتحقت بالموطوءة ولو اشترى عمة امته التي وطيها او خالتها او ابنة اختها او بنت اخيها من نسب او رضاع فهو بمنزلة شرى الاخت لان الجمع بينهما في النكاح حرام فكذلك الجمع بينهما وطيا بملك اليمين قال واذا اشترى جارية وقبضها وعليها عدة من زوج من طلاق او وفاة يوما او اكثر من ذلك فليس عليه بعد مضي تلك العدة استبرا استحسانا لان العدة من حقوق النكاح فيعمل عمل اصل النكاح في المنع من وجوب الاستبرا ولو كانت منكوحة عند القبض بالشرا لم يجب على المشتري فيها استبرا فكذلك اذا كانت معتدة الا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعد ما قبضها المشتري لم يلزمه استبرا اخر فكذلك اذا انقضت عدتها بغير ولد قال واذا اشترى جارية لها زوج وقبضها ثم طلقها الزوج قبل ان يدخل بها وقد كان البايع وطيها قبل ان يزوجها لم ينبغ للمشتري ان يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها ادى الى اجتماع الرجلين على امراة في طهر واحد وقيل هذا الاستبرا مستحب لا واجب كما يستحب للزوج ان يستبريها قبل ان يطاها اذا علم ان المولى وطيها في هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشتري الاستبرا واجب وهو احدى الروايتين في ان الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبرا على المشتري الا ترى انه قال فان كانت حاضت حيضة بعد وطي البايع فلا باس بان يقربها المشتري ولا يستبريها فبهذا يتبين ان المنع في الفصل الاول لكن لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امراة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبرا على المشتري عند الطلاق قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فحاضت عنده ثم عتق حل له ان يطاها لان المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشرا ثبت له حق ملك يتاكد ذلك بالعتق وبالحيضة التي توجد في يده بعد ذلك تبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه قال الا ترى ان مولاه لو اشتراها منه قبل ان يعتق كان عليه ان يستبريها بحيضة يعني ان المولى من كسب مكاتبه كالاجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطاها المولى حتى يستبريها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لان ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف في ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب ويلزمه استبرا جديد الا ترى ان المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبرا جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبتها فهذا اولى فان كاتب ام المكاتب وابنته لم يكن على المولى ان يستبريها لانها تكاتب عليه وكل من دخل في كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ في المكاتبة فكما ان المكاتبة اذا عجزت لا يجب على المولى ان يستبريها فكذلك لا يجب عليه الاستبرا متى صارت مكاتبة معه ولو كانت اخت المكاتب او ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها قد تكاتبت عليه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتكاتب عليه ما سوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبرا بعد العجز كما في الاجنبية الا ترى ان المولى لو اعتقها لم ينفذ عتقه فيها ولا يمتنع عليه بيعها قال ولو اشترى النصراني جارية فليس عليه ان يستبريها لان ما فيه من الشرك اعظم من ترك الاستبرا معناه ان وجوب الاستبرا لحق الشرع والكافر لا يخاطب بشي من حقوق الشرع بما هو اهم من الاستبرا كالعبادات فان اسلم قبل ان يطاها او قبل ان تحيض حيضة ففي القياس ليس عليه ان يستبريها لان اوان وجوب الاستبرا عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعد كما لو كانت منكوحة او معتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه ان يستبريها بحيضة لان وقت الاستبرا من حين يقبضها الى ان تحيض حيضة فاذا اسلم وقد بقي شي من وقت الاستبرا يجعل ذلك كوجود الاسلام في اول الوقت كالكافر اذا اسلم في اخر وقت الصلوة يلزمه تلك الصلوة لهذا المعنى فان وطيها قبل اسلامه ثم اسلم لم يكن عليه ان يستبريها لان وقت الاستبرا ما قبل الوطي فانه يستبري رحمها من ماء غيره لا من ماء نفسه وبعد الوطي لو استبراها انما يستبريها من ماء نفسه قال واذا اشترى جارية مجوسية فحاضت عنده حيضة ثم اسلمت حل له ان يطاها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجتزي بها من الاستبرا وكذلك ان كانت محرمة فحاضت في احرامها ثم حلت قال واذا اشترى جارية هي اخت البايع من الرضاع او كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشتري ان يستبريها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشتراها من امراة قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار او عيب فليس على البايع ان يستبريها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله اعلم

باب اخر من الخيار

قال واذا راى الرجل عند الرجل جارية فساومها ولم يشترها ثم راها بعد ذلك متنقبة فاشتراها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منطق يستدل به انه قد عرفها فهو بالخيار اذا كشفت نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيا لم يره ولان الرؤية السابقة لم تفد له العلم باوصاف المعقود عليه لما لم يعلم انها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل باوصاف المعقود عليه فما لا يفيد العلم باوصاف المعقود عليه فوجوده كعدمه ارايت لو راها عنده ثم راها متنقبة عند اخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشتراها اما كان له الخيار اذا كشفت نقابها فكذلك اذا اشتراها من الاول قال ولو نظر الى جراب هروي فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشتراه فهو بالخيار اذا راه لان الثياب عددي متفاوت ولهذا لا يجوز شرى ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ما قطع منه معلوما عند المشتري لم يكن ما تناوله العقد ايضا معلوم الوصف عنده فيثبت له الخيار عند الرؤية الا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يجز الشرا فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البايع منها بعد رؤيته فلعله قطع اجودها والمشتري يظن انه قطع اردأها فلهذا كان له الخيار اذا راه قال ولو عرض رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما في منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم ايهما هو فهو بالخيار اذا راه لان الرؤية المتقدمة لا تفيد العلم بالاوصاف المعقود عليه فلعل المشتري يظن انه اجودهما وهو اردأهما ولو اتاه بالثوبين جميعا قد لف كل واحد منهما في منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك امس فقال اخذت هذا لاحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة في صفقة او صفقتين ولم يرهما في هذه المرة فاوجبهما فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما في الثمن فما هو المقصود لا يحصل له ما لم يعلم باوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن الذي اشتراه بعشرين انه اجودهما والذي اشتراه بعشرة انه اردأهما والحال بخلاف ذلك فربما يطلب احدهما او يجد به عيبا فيحتاج الى رده فلا يتبين الغبن عنه ما لم يعرف كل واحد منهما بعينه ولو قال قد اخذت كل واحد منهما بعشرة او بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه اخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما في الثمن وقد كانا معلومي الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه او اجر ثوبا او باعه والمشتري بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له ان يرده لانه اوجب للغير فيه حقا لازما وذلك يعجزه عن الرد كان البيع بشرط الخيار للمشتري لازم من جانب البايع واكتسابه ما يعجزه عن الرد يسقط خياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره ولو باعه والبايع بالخيار فمقتضى الطبع كان له ان يرده لان خيار البايع يمنع زوال ملكه والبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا خياره وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبايع اقوى في اسقاط الخيار من العرض على البيع ولو عرضه على البيع سقط به خياره فاذا باعه بشرط الخيار اولى ووجه ظاهر الرواية ان البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاطا للخيار حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك اجابة البيع بشرط

الخيار له قال ولو اشترى عبدا لم يره فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له ان يرده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان
عقد الكتابة لازم في جانب المولى وهو يعجز عن الرد بحكم الخيار فمباشرته تتضمن سقوط خياره حكما كخيار الشرط والرؤية في
ذلك سواء ولو حم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له ان يرده بخيار الرؤية والشرط لان الحمى عندهم بمنزلة عيب حادث وذلك
غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضى البائع لدفع الضرر عنه عن البائع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر
عن البائع فكان هو على خياره في الرد بخلاف ما تقدم فانه يعجز عن الرد هناك لا بحاجة حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط
لخياره حكما ولو اشهد على نقض البيع في الثلث بحضرة البائع والعبد محموم وله خيار الشرط ثم ذهبت الحمى قبل مضي الثلث
ولم يحدث رده حتى مضت الثلاثة الايام كان له ان يرده بذلك الرد لان نقضه البيع بحضرة البائع صحيح في حقه وانما
امتنع ثبوت حكمه في حق البائع لدفع الضرر عنه فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلث فقد انعدم معنى الضرر فيتم الفسخ في حق
البائع ايضا فلهذا كان له ان يرده بعد مضي الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار يجعل المشتري
كالمجدد للفسخ في هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذي كان منه كانه جدده بعد زوال المانع ولو تمت به الحمى عشرة ايام لم يكن له
ان يرده بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل الرد حكما لاستغراق المانع في جميع المدة ولانه
حين اقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لا يملك الرد به بعد مضي الخيار وانما يملك ذلك في مدة الخيار ولو خاصمه في الثلث
الى القاضي فرده المشتري وابى البائع ان يقبله وهو محموم فان القاضي يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرده بعيب حادث عنده
وانما كان يمكنه من الرد بحكم الخيار لدفع الضرر عن نفسه لا لالحاق الضرر بالبائع فاذا ادى ذلك الى الاضرار بالبائع
ابطل القاضي رده ولزم البيع بقضاء القاضي فان صح العبد في الثلث لم يكن له ان يرده بعد ذلك لان الزام القاضي اياه
اقوى من التزامه واسقاط الخيار ولو اسقط خياره لم يكن له ان يرده بعد ذلك فاذا الزمه القاضي كان اولى وكذلك هذا في
خيار الرؤية لان قضاء القاضي ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك عامل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع في الهبة
فان الموهوب له اذا بنى في الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فابطل القاضي رجوعه ثم رفع الموهوب بناءه كان للواهب
ان يرجع فيها لان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا فالقاضي انما منع رجوعه
بقضائه لاجل البناء لا ان يسقط حقه في الرجوع فاذا زال المانع كان له ان يرجع وههنا القاضي يسقط خياره لان خياره
يحتمل السقوط فبعدما سقط خياره بقضاء القاضي لا يتمكن من الرد بحكمه قال ولو اشهد على رده في الثلث بحضرة
البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقلعت عنه الحمى عاد الى الصحة في الثلاث او بعدها فهو لازم للبائع ولا
خيار فيه لان المشتري فسخ البيع وهو صحيح فعاد بفسخه الى ملك البائع ثم بحدوث العيب في ضمان المشتري يثبت للبائع الخيار
فاذا اقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب في يد البائع ثم زال العيب قبل
ان يقبضه المشتري كان لازما للمشتري ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى به فابطل القاضي
الرد والزم المشتري العبد فليس له ان يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضي بمنزلة البيع اذا ابطله القاضي
للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب قال ولو جرح العبد عند المشتري جرحا له ارش وجرحه هو او كانت امة
فوطئها او غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هو فلان اقدامه على ذلك الفعل اكتساب منه
السبب المسقط لخياره لانه يعجز عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك
ان وطئها غيره فان وطئها هو فاقدامه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلك مسقط لخياره وكذلك اذا ولدت
ولدا فمات ولدها او لم يمت لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة واما
اذا مات الولد فللنقصان الحادث في يده بالولادة ولو كانت دابة او شاة فولدت لم يكن له ان يردها لا بخيار الشرط
ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو او غيره لانه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة في
يده واذا كان القاتل غيره فقد وجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولو مات موتا كان له ان يردها
لان الزيادة لما هلكت بغير صنع احد صارت كان لم تكن ولا الولادة لا يمكن عيبا فيها فان الولادة في البهائم لا تكون
نقصانا فلهذا كان له ان يردها قال ولو ان البائع جرحها عند المشتري او قتلها وجب البيع على المشتري وعلى البائع القيمة
في خيار الشرط والرؤية اما في القتل فلان المشتري عجز عن ردها بعد ما قتلت وقد صار البائع منها كاجنبي اخر فكما انه لو قتلها اجنبي

اخر سقط خيار المشتري ويكون على القاتل قيمتها فكذلك اذا قتلها البائع واما اذا جرحها البائع عند المشتري فكذلك الجواب
في قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول رحمهم الله وهو القياس وفي قول ابي يوسف الاخر رحمه الله للمشتري ان
يردها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكر محمد بن سماعة رحمه الله في نوادره في خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا
وجه قوله ان الخيار مستحق للمشتري على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الانفا
يوضحه ان حدوث العيب في يد المشتري انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك في جناية البائع عليه لانه راض بفعله
ولانه يجعل مستردا له لان الجرح جناية وما هي بجرد المشتري عليه فيعود اليه حكما كما خرج من يده بخلاف ما اذا كان الجاني غيره
وجه قولهما ان البيع لازم في جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي اخر بدليل مسئلة القتل ولو كان الجاني اجنبيا اخر ووجب
الارش لم يتمكن المشتري بعد ذلك من ردها فكذلك اذا كان هو البائع وكان البائع لا يملك اسقاط خيار المشتري فالاجنبي
لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضي بالنقصان الحادث بجنايته في ملك المشتري فلا يكون راضيا به في ملك نفسه ولو
جعل جنايته استردادا في ذلك الجزء لكان قبله استردادا في الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد
ولو استودعها المشتري البائع بعدما قبضها فماتت عند البائع قبل ان يرضى المشتري ففي خيار الرؤية هي من مال المشتري وعليه
الثمن لانها مملوكة للمشتري امانة في يد البائع فهلاكها في يد الامين كهلاكها في يد المشتري وفي خيار الشرط كذلك الجواب عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشتري وعند ابي حنيفة رحمه الله في القياس كذلك لان البيع
لازم في جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشتري اياه كايداعه اجنبيا اخر فاذا هلك في يده هلك من مال المشتري وفي
الاستحسان تهلك من مال البائع لان خيار المشتري يمنع ملكه عند ابي حنيفة رحمه الله فتسليمه اياها الى البائع لا يكون
ايداعا منه ملك نفسه لكنه فسخ للبيع كما لو هلكت في يد البائع قبل ان يقبضها المشتري فتهلك من مال البائع والله تعالى اعلم

باب بيع النخل وفيه ثمر او ليس فيه ثمر

قال واذا اشترى الرجل ارضا ونخلا بالف درهم والارض تساوي الفا والنخل يساوي الفا ثم النخل بعد ذلك في يد البائع
مرة او مرتين كل مرة تساوي الفا فاثمر النخل بعد ذلك الثمرة فاكله البائع كله ثم جاء المشتري يطلب بيعه فالاصل في تخريج هذه المسائل
ان الثمار الحادثة زيادة في الارض والنخل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله وفي قوله الاخر
هو زيادة في النخل خاصة ووجه قوله الاخر ان الثمار تخرج من النخيل دون الارض فيكون زيادة فيها يقسم الثمن على قيمة الارض
والنخل اولا ثم حصة النخل يقسم على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة ما لو اشترى جاريتين فولدت احداهما قبل القبض ثم قبضهن فانه
يقسم الثمن على قيمة الجاريتين اولا ثم ما اصاب التي ولدت يقسم على قيمتها وقيمة ولدها يوم يقبض المشتري الولد لهذا المعنى
ان الولد ينفصل عنها فيكون زيادة فيها خاصة ووجه قولهما ان النخيل في هذا البيع تبع بدليل انها تدخل في البيع من
غير ذكر والتبع لا تبع له فيكون الثمار الحادثة زيادة في الاصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل القبض ثم ولدت
الابنة ولدا فيجعل الولد الثاني زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة في
العقد فلا يكون ولدها تبعا لها فهذا مثله والثمار في الصورة تخرج من النخيل وفي المعنى زيادة في الارض لان النخيل نبتت
بعروق ضاربة في الارض الا ترى ان بقوة الارض تزداد الثمار جودة فعرفنا ان من حيث المعنى الاصل هو الارض والثمار والنخل
جميعا فلهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر في القسمة قيمة الثمار حين اكلها البائع لانها عند ذلك صارت مقصودة
فالزيادة الحادثة انما تصير لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بالتناول الا ترى ان المشتري اذا قبضها يعتبر في بقيتها الا
قيمتها وقت القبض وكذا اذا اكلها البائع فان كانت اثمرت مرة واحدة فاكلها البائع وقيمتها الف درهم انقسم الثمن اثلاثا ثلثه
بازاء الارض وثلثه بازاء النخيل وثلثه بازاء الثمار فيسقط عن المشتري حصة الثمار من الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلثي الثمن
وفي قول ابي يوسف الاخر رحمه الله يقسم الثمن اولا على قيمة الارض والنخيل نصفين ثم حصة النخل يقسم على قيمتها وقيمة الثمار
نصفين فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويأخذ النخل والارض بثلثة ارباع الثمن وان كانت اثمرت النخيل مرتين اخذ المشتري
الارض والنخيل بنصف الثمن لان القيم لما استوت فحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن وقال ابو يوسف يأخذها بثلثي الثمن
لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذي يقابله النخل يقسم اثلاثا ثلثاه يسقط عن المشتري مع حصة الارض فيأخذه بثلثي

بتناول البايع الثمار مرتين وبلث الصف حصه النخل سقرر على المشتري مع حصة الارض فياخذهما بثلثي الثمن وان كانت اثمرت
ثلث مرات اخذ الارض والنخل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثه اخماس الثمن حصة الثمر ثلاث مرات وعند ابي يوسف الارض رحمه الله
ياخذ الارض والنخل بخمسة اثمان الثمن نصفا لثمن حصة الارض وربع النصف لاجل حصة النخل ويسقط عن المشتري ثلثه
اثمان الثمن وان اثمرت اربع مرات فعند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ياخذ الارض والنخل بثلث الثمن لان الثمن يقسم على سته
اسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند ابي يوسف رحمه الله ياخذهما بثلاثه اخماس الثمن نصف الثمن حصة
الارض وخمس النخل لاجل حصة النخل فذلك ستة اجزا من عشرة من جميع الثمن وان اثمرت خمس مرات اخذ الارض والنخل
عندهما بسبعي الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فسقط حصة الثمار خمسة اسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل
بسبعه اجزا من اثني عشر جزا من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة النخل سدس النصف الباقي وللمشتري في جميع ذلك
الخيار ان شاء اخذ الارض والنخل وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما عند ابي حنيفه
رحمه الله لا خيار للمشتري في ذلك وانما نص على الاختلاف في الباب الذي بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض اذا اتلفه
البايع ولا فرق بين الولد في الشاه وبين الثمار وجه قولهما ان الزيادة الحادثه قبل القبض لما صارت مقبوضه مقصودة
تتناول البايع وكان لها حصة من الثمن التحقت بالموجود عند العقد ولو كانت موجوده فاتلفها البايع يثبت الخيار
للمشتري فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فكذلك هنا وابو حنيفه رحمه الله يقول المشتري عند العقد رضي
باخذ الارض والنخل بجميع الثمن فهو باخذهما ببعض الثمن ارضى وثبوت الخيار لتمكن الخلل في رضا المشتري فاذا علمنا تمام
منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له توضحه ان هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البايع اخذ المشتري الارض والنخل
ببعض الثمن عند اتلاف البايع الثمار كان اولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البايع تخير المشتري ۵
فكذلك بصنع البايع وهذا يتبين ان تفرق الصفقة انما تحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض
فان كان في النخل ثمرة تساوي الفا يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراهما معا فان الثمار لا تدخل في البيع الا بالذكر لانه
بعرض الفصل فهو كالموضوعة في الارض بخلاف النخل فانها تابعة للارض كالبنا فيدخل في البيع من غير ذكر فاذا
اكلها البايع ثم اثمرت بعد ذلك مرارا فاكله البايع فالاصل في تخريج هذه المسيله ان ثلثا الثمن يسقط عن المشتري باكل
البايع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثه بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجوده وهي مقصودة لا تدخل في العقد الا بذكر
فنقسم الثمن اولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجوده وقت العقد وقد استوت القيم فنقسم اثلاثا ويسقط
عن المشتري ثلثا الثمن حصة الثمار الموجوده واما ثلثا الثمن حصة الارض والنخل في هذه المسيله بمنزلة جميع الثمن في المسيلة
الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما اكل البايع من الثمار الجاريه على نحو ما خرجنا في المسيله الاولى ۵ ف
لو كانت الثمرة التي حدثت بعد البيع لم ياكلها البايع ولكنه اصابتها افة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل والمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثه لما فاتت من غير صنع احد لم يكن لها حصة من الثمن ۵
وصارت كان لم يكن سقي النقصان المتمكن فخير المشتري لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشتري في البيع خيار وهو
لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثه لما هلكت بغير صنع احد صار كان لم يكن واما الثمار الموجوده عند العقد فلو ۵
هلكت بغير صنع احد او تناولها البايع سقط عن المشتري حصتها من الثمن وله الخيار في اخذ الارض والنخل لانها كانت
مقصوده بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فينفسخ البيع فيها ويسقط عن المشتري حصتها من الثمن وله الخيار في اخذ
الارض والنخل سوا هلكت من غير صنع احد او تناولها البايع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة ما لو اشترى جاريتين،
فهلكت احدهما قبل القبض والله اعلم ۵

باب جناية البايع

۵ ف رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم فلم يقبضه حتى قطع البايع يده فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ العبد بنصف
الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البايع وتعيب بصنعه فتفرقت الصفقه على المشتري قبل التمام بفوات الصف فان
اليد من الادمي نصفه وذلك يثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار اخذا لا قطع فعليه نصف الثمن

الصف

عندنا

وقال الشافعي رحمه الله عليه جميع الثمن ونصف البايع نصف القيمة وكذلك لو قتله البايع قبل القبض سقط الثمن عن المشتري
عندنا وعند الشافعي رحمه الله يغرم البايع القيمه اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشتري بالعقد
قبل القبض والقاطع في الجناية عليه كاجنبي اخر وباعتبار اليد للبايع اثبت له حق الفسخ وهذا لا يخرج من ان يكون مضمونا عليه
اذا اجني عليه كالمرهون اذا اجني عليه المرتهن وحجتنا في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البايع وضمان الثمن مع ضمان القيمة ۵
لا يلتقيان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البايع لزمه تسليمها اليه بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البايع
حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فنزل ذلك بمنزلة المملوك له حقيقة في المنع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كان
في مجلس العقد او كان البايع شرط الخيار لنفسه فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما اتلفه بجنايته لان ذلك
صار مقصودا بالتناول فقابله حصة من الثمن وقد فات القبض المستحق فيه باستهلاك البايع فينفسخ العقد فيه في ذلك القدر
وان كانت يد العبد شلت من غير فعل احد كان المشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتعيب المعقود عليه في ضمان البايع
فان اختار الاخذ فعليه جميع الثمن هنا خلافا للاول والشافعي رحمه الله يسوي بينهما فيقول في الوصفين جميعا على البايع ضمان نصف
القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن وبغير فعله كالمغصوب وقاس بما لو اشترى عبدين
فتلف احدهما قبل القبض بفعل البايع او بغير فعله كان الجواب في ذلك سوا فهذا مثله ولكنا نقول الطرف من العبد وصف
الا ترى انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناؤه عن العقد واسم العقد لا يتغير بفواته وبقايه والبيع يلاقي
العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الفايت وصفا قلنا ان فات بغير صنع احد فقد فات تبعا لا مقصودا
فلا يقابله شي من الثمن وان فات بجناية البايع فقد صار مقصودا بالحبس وفسخ العقد فيه فيقابله بعض الثمن لا محاله بخلاف العبدين
فكل واحد منهما هناك يدخل في العقد مقصودا توضحه ان الوصف لا يفرد بالعقد فلا يفرد بضمان العقد ايضا والتابع في يد
يد البايع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المغصوب فهو مضمون بالتناول فيفرد ايضا بضمان التناول
وكذلك ان كان البايع هو الذي جنى عليه فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناول البايع وحبسه اياه والوصف يفرد بذلك
وكذلك ان قطع العبد يد نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل احد لان فعله بنفسه هدر وان قطع اجنبي يد العبد فالمشتري
بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه
تقوم مقام الفايت فباعتبارها بقي جميع الثمن على المشتري وهذا لان وجوب ضمان القيمة على الجاني ليس بحكم العقد بل بسبب
الجناية الا ترى انه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما اذا كان الجاني هو البايع فانه لو لزمه ضمان القيمة انما
يلزمه بحكم العقد الا ترى انه لا يبقى بعد العقد بالرد فلا يجوز استحقاق القيمة في الذمة بحكم البيع فاذا اخذ من القاطع نصف القيمة
تصدق بما زاد عن نصف القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل في ضمان غيره لا على ضمانه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ربح ما لم يضمن وعن الشافعي رحمه الله لا يلزمه التصدق وينبني واصل الخلاف في القتل فان العبد المبيع لو قتله اجنبي وقيمته الفا
درهم وقد اشتراه بالف درهم فاختار المشتري امضاء العقد واخذ القيمة من القاتل فعليه ان يتصدق بالفضل عندنا لانه ربح
حصل لا عن ضمانه ولان القبض له مشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادله الالف بالالفين ربا فتمكن
الالفين بحكم العقد بمقابلة الالف يمكن فيه شبهة الربا فيلزمه التصدق وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه ذلك لان حكم الربا
عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن مشروطا في العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشتري انما يعطي الثمن بمقابلة العبد
لا بمقابلة القيمة وانما استوفى القيمه باعتبار انه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشتري فسخ البيع كان للبايع ان يتبع
الجاني بنصف القيمة ويتصدق ايضا بما زاد من نصف القيمة ايضا لان العقد انفسخ برد المشتري من الاصل فصح جناية القاطع على
ملك البايع ورجع عليه بنصف القيمه ويتصدق ايضا بما زاد من نصف القيمة على نصف الثمن لان اصل الجناية حصلت لا على ملك
البايع وان كان باعتبار المال يجعل كالحاصل على ملكه وتاثير الملك في سلامة الربح اكثر من تاثير الضمان فاذا كان يلزمه التصدق
بالربح الحاصل على ملكه دون ضمانه فلان يلزمه التصدق بالربح الحاصل لا على ملكه اولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يد العبد صار
قابضا لجميع العبد لانه اتلف نصفه بقطع اليد وفي الاتلاف قبض وزياده وغير ما بقي بفعله والمشتري بصنع معيب للمعقود عليه يصير
قابضا توضحه انه لو عيبه كان قابضا له ويقطع يده يكون محليا بما بقي وزياده فان هلك العبد في يد البايع من القطع او من غيره
قبل ان يمنعه البايع من المشتري فعلى المشتري جميع الثمن لانه صار قابضا لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل ان

بمنعه البايع كان هالكا في ضمان المشتري فيتقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسراية القطع او بسبب اخر وان كان البايع منعه ثم مات
من القطع فعلى المشتري جميع الثمن ايضا لان القطع اذا اتصل به السراية فهو قتل حكما ومنع البايع اياه لا يقطع السراية عن الجناية
لان هذا المنع لا يتبدل به المالك والمستحق انما يفوت يد المشتري واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده اولى وان
مات من غير القطع فعلى المشتري نصف الثمن لان البايع لما منع الباقي بالثمن فقد صار مستردا له فانفسخ القبض المشتري فيه ولو قبضه
المشتري حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البايع وحبسه بالثمن انتقض به حكم قبض المشتري فكذلك اذا صار قابضا لما بقي منه باعتبار الجناية
واذا انفسخ قبض المشتري فيه كان هالكا في ضمان البايع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشتري
بقطع اليد لان اليد من الادمي نصفه ولا يتصور الاسترداد في الجزء الفايت فان قطع البايع اولا يده ثم قطع المشتري رجله من
خلاف ثم برا منهما جميعا فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البايع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن
وثبت الخيار للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له فيها لان البايع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشتري
بنصف الثمن فلما قطع المشتري رجله فقد صار مسقطا لخياره لانه قابض لجميع ما بقي متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب
يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف اولى ان يكون مسقطا لخياره ولو كان المشتري هو الذي قطع يده اولا ثم قطع رجله البايع
من خلاف فبرا منهما كان المشتري بالخيار وان شاء اخذ العبد واعطى ثلاثة ارباع وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع
اليد تقرر على المشتري نصف الثمن والبايع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتا قبض المشتري في الباقي متلفا النصف ما بقي فيسقط
عن المشتري نصف ما بقي من الثمن وهو ربع جميع الثمن وثبت له الخيار فيما بقي من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البايع بفعله
ولو يوجد من المشتري بعد ذلك ما يكون دليل الرضا فان شاء فسخ العقد العقد فيما بقي قطع اليد عقابله
ما بقي من العبد ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البايع رجله من خلاف فبرا منهما فالعبد
للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البايع رجله لا ينتقض قبض
المشتري في شيء لان الثمن قد سلم للبايع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشتري فلهذا لا يجعل قطعه الرجل ناقضا قبض
المشتري بخلاف ما تقدم فالبايع هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشتري ما لم يصل اليه الثمن واذا بقي حكم قبض المشتري
كان البايع في قطع الرجل كاجنبي اخر فعليه نصف قيمته اقطع اليد وعلى المشتري جميع الثمن لبقاء حكم قبضه في جميع العبد ولا خيار
للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم قبض تام وقبض المشتري ٥ ولو كان البايع اولا قطع يده ثم قطع المشتري رجله
فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن وبخير المشتري الا ان خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازما له بنصف الثمن ويرجع على
البايع بنصف الثمن الذي اعطاه ٥ واذا اشترى عبدا بالف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البايع يده ثم قطع المشتري
رجله من خلاف فمات من ذلك كله في يد البايع فعلى المشتري ثلاثة اثمان الثمن لان البايع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري
بقطع النصف صار متلفا نصف ما بقي وما بقي وهو الربع تلف بسراية الجنايتين نصفه يكون هالكا بسراية جناية البايع
وانما يعتبر السراية في الحكم باصل الجناية وحكم اصل جناية البايع سقوط الثمن بحصة ما تلف به فكذلك حكم سراية
جنايته وحكم اصل جناية المشتري تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ما تلف بسراية جنايته فيحتاج الى حساب ينقسم ربعه نصفين
وذلك ثمانية فقد تلف باصل جناية البايع اربعة وبسراية جناية سهم فلهذا سقط عن المشتري خمسة اثمان الثمن وتلف
بجناية المشتري سهمان وبالسراية سهم فعليه ثلثة اثمان الثمن فان قيل فاين ذهب قولكم ان المشتري بجنايته يصير قابضا لما
تلف ولما بقي منه قلنا هو كذلك ولكن للبايع حق الاسترداد فيما بقي ما لم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسراية جناية
لان تاثير سراية جنايته فوق تاثير حبسه وقد بينا انه لو حبسه بعد جناية المشتري انتقض به قبض المشتري الا فيما تلف
بسراية جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشتري فيما تلف بسراية جناية البيع كان اولى ولو كان المشتري هو الذي
قطع يده اولا ثم قطع البايع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشتري خمسة اثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة اثمان لانه تلف بجناية
المشتري النصف وهو اربعة من ثمانية وبسراية جنايته سهم فيلزمه خمسة اثمان الثمن وتلف بجناية البايع سهمان وبسراية جنا
سهم فكما انتقض قبض المشتري فيما تلف بجناية البايع فكذلك ينتقض فيما تلف بسراية جنايته فلهذا سقط عنه ثلاثة اثمان الثمن
وان كان الثمن منقودا والمشتري هو البادي بالجناية فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ولم ينتقض قبضه
في شيء بجناية البايع لانه لا حق للبايع في نقض قبضه بعد وصول الثمن اليه فلهذا كان عليه جميع الثمن وعلى البايع ثلاثة اثمان

قيمته

قيمته صحيحا لانه تلف باصل جنايته نصف ما بقي منه وهو ربع العبد وبسراية جنايته ربع ما بقي منه وذلك ثلثه اثمان جميع العبد
فيلزمه ثلاثة اثمان قيمته صحيحا والبايع في هذه الحالة كاجنبي اخر فان كان البايع هو البادي بالقطع رد البايع على المشتري نصف
الثمن الذي اعطاه لانه بقطع اليد اتلف نصفه قبل ان يصير المشتري قابضا له فينفسخ البيع في ذلك النصف ووجب عليه رد نصف
الثمن الا ان هذا نصف ما بقي تلف بجناية المشتري ثم المشتري بقطع الرجل صار قابضا جميع ما بقي قبضا تاما فيتقرر عليه نصف
الثمن الا ان هذا نصف ما بقي تلف بجناية المشتري والنصف بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البايع وهو الثمن فعلى
البايع حصة ذلك من قيمة العبد لان التالف بسراية الجناية كالتالف باصل الجناية ولو تلف بجنايته بعد تمام قبض المشتري
فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ما تلف بسراية جنايته فلهذا لزمه ثمن قيمة العبد للمشتري فان قيل قد قلتم ان
للقبض مشابهة بالعقد واذا كان باصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية بان قطع يد عبد نفسه ثم باعه فكذلك
بقبض المشتري بعد جناية البايع ينبغي ان ينقطع حكم السراية قلنا عن البيع لا ينقطع حكم السراية ولكن تبدل المستحق بسبب
البيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشتري بالبيع وهذا المعنى لا يوجد في القبض وبه لا يتبدل
المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا حصل حكما ايضا فان ما تلف باصل الجناية قبل القبض تلف على ملك البايع وما
تلف بسراية جنايته يجب القيمة على البايع على ملك البايع المشتري وتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ما تلف بجناية البايع
سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ما تلف بسراية جنايته يجب القيمة على البايع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار
مملوكا للمشتري فجناية البايع تصادف ملك المشتري وهو سبب لضمان المتلف للمشتري عليه الا ان قبض المشتري يفوت فيما تلف
باصل جنايته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فتسقط حصته من الثمن بذلك فاما ما تلف بسراية جنايته فلم يفت قبض
المشتري فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البايع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوات قبض المشتري لا لان حكم السراية
يخالف حكم اصل العقد في حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذي يرد على ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة سراية القصاص
ان القطع مع السراية لا يكون قتلا من اصله اذا كان حكم اصل الفعل يخالف حكم السراية بدليل هذه المسئلة ولو كان المشتري حين
اشتراه نقد الثمن او لم ينقده حتى قطع البايع يده ثم قبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه فمات في يد المشتري من جناية البايع عليه
بطل عن المشتري نصف الثمن بقطع البايع يده ولا ضمان على البايع فيما هلك في يد المشتري بجناية البايع لان المشتري باقدامه على
القبض صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع حكم سراية جناية البايع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشتري نصف الثمن ولان القبض
مشابه بالعقد ولو اشتراه بعد قطع البايع يده انقطع به حكم السراية لان المشتري صار راضيا بقبضه بحكم الشرا فكذلك في
هذا الموضع ولا يشبه قبض المشتري في هذا الوجه قبضه في الوجه الاول بالجناية عليه او بعيب يحدثه فيه فكل شيء يحدث من جناية
البايع بعد ما يحدث المشتري فيه جناية فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري بحساب ما هلك منه بجناية البايع وان
كان الثمن منقودا فعلى البايع فيه قيمته واذا كان القبض بعد جناية البايع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البايع فيما هلك
من جنايته في يد المشتري من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لان القبض بالجناية حكمي فانما يظهر اثره فيما تلف به ولا يقطع
السراية التي انقطع سببها بجناية البايع فاما القبض بالاخذ حسي يظهر في جميع ما بقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به
حكم سراية جناية البايع وهذا لانه بالقبض حسا يجعل راضيا بما بقي من العبد بعد جناية البايع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر
ملكه فيما بقي بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البايع فيما يتلف بجناية المشتري وبسراية جنايته الا ترى ان رجلا لو قطع
يد عبد ثم غصبه منه غاصب فمات في يده من جنايته المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد
من الجنايتين كان على الجاني ضمان ما يتلف بجنايته وسراية جنايته ولم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ما سبق
من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية ٥ واذا اشترى الرجل عبدا من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبضه بغير اذن
البايع فقطع البايع يده في يد المشتري ولم يختصما حتى مات العبد من قطع اليد او غير ذلك في يد المشتري فان كان مات من قطع اليد فقد
بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لان حق البايع في الحبس لم يبطل بقبض المشتري اياه بغير اذنه والسراية اذا اتصلت بالجناية
كان قتلا من اصله فكان البايع قتله في هذه الحالة في يد المشتري فيصير مستردا له وينفسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشتري وان
مات من غير قطعه فعلى المشتري نصف الثمن لان البايع انما صار مستردا النصف بقطع اليد فانما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف
وبقي النصف الاخر هالكا في ضمان المشتري وهذا بخلاف ما تقدم اذا قطع المشتري يده في يد البايع ثم هلك لا من ذلك القطع ولم

يحدث البايع فيه سقط عن المشتري جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه باتلاف نصفه وهنا لم يجعل البايع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه وهنا لو جعل البايع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه لان في الوجهين جميعا بقطع اليد يتمكن من قبض ما بقي منه فيجعل بمنزلة التخلية والمشتري بالتخلية يصير قابضا بالجناية ايضا يصير قابضا والبايع بالتخلي بالمبيع لا يصير مستردا فكذلك بالجناية لا يصير مستردا لما بقي منه وهذا لان الملك للمشتري والملك ممكن له من القبض فيمكن ان يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقي منه بالتخلية لكونه مملوكا له فاما البايع ليس بمالك وانما حقه في الحبس باعتبار يده الا ترى انه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك ان يحبسه فكذلك لا استرداده لا يظهر الا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته او بسراية جنايته واذا اشتراه ولم ينقد الثمن حتى احدث المشتري فيه عيبا سقطه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده في انه يصير قابضا له لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بافة سماوية ولو باعه المشتري بعد ما احدث فيه وقبضه الذي اشتراه منه كان بيعه جايزا وبه تبين انه صار قابضا لجميع العبد بما احدث وهو اشارة الى ما ذكرنا انه مالك للعبد والملك مطلق له في القبض والتصرف قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جايزا لان ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة والملك حصل للمشتري بنفس العقد والتزويج من التصرفات التي لا يمنع صحتها لاجل الغرر الا ترى ان تزويج الابقة والرضيعة يجوز وكان التزويج نظير العتق واعتاق المشتري قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشتري قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها والمشتري اذا عيب المعقود عليه يصير به قابضا او يجعل التزويج كالاعتاق والتدبير فكما يصير المشتري قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهي من مال البايع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغايب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف لجزء من عينها فاما ان يصير قابضا لما بقي بالتخلي بها او لان المشتري لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما اتلفه ان يكون قابضا لما بقي منه وبه يفرق بين قبض المشتري واسترداد البايع فالبايع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون البعض فلا يجعل بتفويت البعض مستردا لما بقي وهذا بخلاف الاعتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا والتدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر فان وطيها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشتري ان نقصها الوطء او لم ينقصها لان الزوج انما وطيها بتسليط المشتري اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشتري ولو كان المشتري هو الذي وطيها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لانه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة الاتلاف لجزء منها فكذلك اذا وطيها الزوج بتسليط المشتري فان كان البايع منعها من المشتري بعد وطء المشتري او الزوج اياها ولم ينقصها الوطء شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشتري من الثمن ولا من العقر لان البايع صار مستردا لها بحبسه اياها بالثمن ومنع المشتري منها ولم يتلف بالوطء شيء من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان في حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ما هو مال فلهذا لا يتقرر على المشتري شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطيها في ملكه ووطء الانسان في ملك نفسه لا يلزمه العقر عليه وان كانت بكرا وكان الوطء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ما نقصها الوطء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشتري فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لو فقا المشتري عينها ثم استردها البايع فهلكت وهذا لان البكارة في حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع اذا شرط فبوطء المشتري اذا كانت بكرا تفوت جزء من المالية وقد بينا ان الوصف الذي هو مال يقابله حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول فاذا كان البايع هو الواطئ لم ينظر الى العقر ولكنه ينظر الى النقصان فان كان لم ينقصها شيئا اخذها المشتري بجميع الثمن وان كان نقصها سقط عنه حصة النقصان واخذ بما بقي من الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله اذا لم ينقصها الوطء يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشتري فان نقصها الوطء ينظر الى الاكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل عن المشتري حصة ذلك من الثمن وياخذها بحصة القيمة من الثمن لانها بالعقد صارت مملوكة للمشتري فوطء البايع حصل في ملك الغير والوطء في ملك الغير لا ينفك عن احد وعقر وقد سقط الحد للشبهة

فيجب

موجبا العقر ولكن لا يملك استيفا العقر من البايع لانه في ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لان الوطء في ملك الغير بمنزلة الجناية فكما ان جناية البايع عليها قبل التسليم يعتبر في اسقاط حصته من الثمن لا في ايجاب الضمان فكذلك وطيه اياها الا انها اذا كانت بكرا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطء ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الاقل في الاكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلى الاكثر منهما وابو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البايع وقد حصل ذلك في حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك الا ترى انه لا يلزمه بالجناية ارش فلا يلزمه بالوطء عقر يستوفى منه فكما ان وطيه اياها لو حصل في حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا العقر اصلا فكذلك اذا حصل في ضمان ملكه وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين كما قالا ولكنه جزء ليس بمال فاذا لم يمكن نقصانا في ماليتها والثمن بمقابلة المال لا يمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجناية لانه يمكن نقصانا في المالية فوزانه وطء يمكن نقصانا في ماليتها ونحن نقول انه يسقط حصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه ان الجارية في حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشتري بالقبض وقبل القبض هي كالمملوكة للبايع في حكم ضمان الوطء ولهذا لا يحتسب بالحيضة التي توجد في يد البايع من استبراء المشتري وان المشتري لو زوجها قبل قبضها لم يكن عليه ان يستبريها اذا طلقها الزوج فوطء البايع اياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطيه اياها قبل البيع ولهذا الطريق قال ابو حنيفة رحمه الله لا خيار للمشتري ايضا بمنزلة ما لو وطيها البايع قبل البيع ولم ينقصها الوطء ثم علم المشتري بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكرا فنقصها الوطء يثبت الخيار للمشتري لفوات جزء من المالية بمنزلة ما لو ذهبت البكارة من غير صنع احد يوضحه ان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فاتلاف البايع جزءا مما هو ثمرة لا يثبت الخيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم يتمكن نقصانا في مالية العين كاتلافه ولد الشاة وثمر الاشجار وان تمكن نقصانا في العين يثبت الخيار للمشتري لاجله كما لو ولدت الجارية فاتلفها البايع وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيما اذا كانت بكرا تخريجا هو الطف من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة فيقسم الثمن ولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط حصة نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم ما بقي على قيمتها وعلى ما بقي من العقر فيسقط حصة العقر من الثمن وبيانه اذا اشتراها بماية وقيمتها ماية ونقصان البكارة عشرون والعقر اربعون فانه يسقط اولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم ما بقي من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهو ثمانون وعلى ما بقي من العقر وهو عشرون فيقسم اخماسا بان يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس ما بقي وذلك ستة عشر درهما وانما ياخذها بما بقي وذلك اربعة وستون درهما قال واذا اشترى عبدا بالف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البايع يده ثم قطع المشتري رجله واجنبي رجله من خلاف فعلى المشتري ثلاثة اثمان الثمن وثلث ثلثا الثمن حصة جنايته وجناية الاجنبي ويبطل عنه بجناية البايع اربعة اثمان الثمن وثلثا ثمن الثمن لان البايع بقطع اليد اتلف نصفه والمشتري مع الاجنبي بقطع الرجل اتلفا نصف ما بقي ثم ما بقي وهو الربع تلف بجناية ثلثة فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم واصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فتضرب ثمانية في ثلاثة فيكون اربعة وعشرين يوما ثم انكسر بالانصاف لان ما تلف بجناية المشتري والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف اربعة وعشرين المكسر بالانصاف فيكون ثمانية واربعين التالف بجناية البايع اربعة وعشرون وبسراية جنايته الربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك اربعة اثمان العبد وثلثا ثمنه لان سهام العبد ثمانية واربعين كل ثمن ستة فاربعة وعشرون اربعة اثمان واربعة ثلثا الثمن وجنايته موجبه سقوط الثمن فلهذا سقط اربعة اثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشتري ثلثة اثمان الثمن وثلث الثمن حصة ما تلف بجنايته وحصة ما تلف بجناية الاجنبي لان الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي لان الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي بمقابلة والتالف بجنايتهما وسراية جنايتهما في الحاصل وثلث ثمنه لان التالف بجناية الاجنبي نصف عشرين وهو عشر وذلك ثمن العبد وثلثا ثمنه فيرجع المشتري عليه بثمن القيمة عشرون وذلك ثلاثة اثمان العبد وثلث ثمنه ويرجع المشتري على الاجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيه فضل على حصته من الثمن لان المشتري بجنايته يصير قابضا وجناية الاجنبي وسراية المشتري ووجوب القيمة عليه بعد الجناية تعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشتري فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البايع او الاجنبي هما اللذان قطعا اليد اولا ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من الربح ثم تقع سهام العبد الى ثمانية واربعين والغائب بجناية البايع والاجنبي اوجب بجناية المشتري ووجوب

القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشتري فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البايع والاجنبي
هما اللذان قطعا اليدين ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من الربح ترتفع سهام العبد الى ثمانية
واربعين والفايت بجناية البايع والاجنبي اربعة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانية وذلك اثنان وثلثون بينهما نصفان فيكون
الفايت بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشتري اثنا عشر وبسراية جنايته اربعة فذلك ستة وما سوى ذلك فمنه
على المشتري اما حصة ما تلف بجنايته فغير مشكل وكذلك حصة ما تلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا
انه تقرر على المشتري خمسة اثمان الثمن وثلث ثمن الثمن ويرجع المشتري على الاجنبي بثمني القيمة وثلثي ثمن القيمة فيكون ذلك على
عاقلته في ثلاث سنين لان الجناية على طرف المملوك اذا اتصل بالنفس تحمله العاقلة وكان بدل النفس كله يكون مؤجلا في
ثلث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا ان ما على الاجنبي من ذلك ثمنا القيمة وثلثا ثمنه يؤخذ من عاقلته في ثلث سنين
في كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشتري ذلك فانه يقابل بمقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل
لان مقدار الربع وجب باصل جناية الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشتري فهذا ربح حصل لا في ضمانه فيتصدق به
بالفضل واما الثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشتري لا يتصدق بشيء منه لان وجوب ذلك على الاجنبي بسراية جنايته وقد كان
ذلك بعد ما صار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه الا ترى ان رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه
حتى قطع اجنبي يده ثم قبضه على ذلك وهو في يده فمات في يده من جناية الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة العبد في ثلث سنين
فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح ما لم يضمن واليد قطعت قبل دخول العبد في ضمان المشتري
بالقبض ولا يتصدق بنصف الفضل لان السراية كانت بعد دخول العبد في ضمان المشتري بالقبض ه ب ولو قطع
المشتري واجنبي يده معا ثم قطع البايع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فالمشتري بالخيار لوجود الجناية من البايع بعد
جناية المشتري فقد انتقض قبض المشتري فيما تلف بجناية البايع وصار ذلك كجناية قبل قبض المشتري وذلك يثبت الخيار للمشتري
للتغير ولم يوجد بعده من المشتري ما يكون دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع وامضايه فان اختار البيع فعليه من الثمن
خمسة اثمانه وثلث ثمنه ويسقط عنه ثمنا الثلث الثمن وثلثا ثمنه حصة ما تلف بجناية البايع وبسراية جنايته وقد بينا على ه
التخريج الاول ان التالف بجناية البايع اثنى عشر من ثمانية واربعين وبسراية جنايته اربعة فذلك ستة عشر وهو ثمنا العبد
وثلثا ثمنه ثم رجع المشتري على الاجنبي بثمني القيمة وثلثي ثمن القيمة ولا يتصدق بفضل ان كان في ذلك لان جناية الاجنبي كانت
مع قبض المشتري على ما بينا ان المشتري بجنايته يصير قابضا وان اختار المشتري نقض البيع لزمه من الثمن حصة ما تلف بجنايته
وسراية جنايته وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمن الثمن وسقط عنه ما سوى ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البايع على الاجنبي بثمني
القيمة وثلثي ثمن القيمة لانه ان ظهر ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البايع حين انفسخ البيع فيما تلف بجنايته وبسراية جنايته ويقابل
ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لانه ربح حصل لا على ملكه لما بينا ان اصل الجناية لم يكن على ملكه ه
واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف درهم فلم ينقدهما الثمن حتى قطع احد البايعين يد العبد ثم قطع الاخر رجله من خلاف ثم
المشتري احدى عينيه فمات من ذلك كله في يدي البايعين فالمشتري مختار للبيع بجنايته بعد جناية البايعين لان جنايتهما اوجبت الخيار له
ولكن جنايته بعد جنايتهما يكون دليل الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة اسداس ثمن
الثمن وعليه للقاطع الثاني ثمنا الثمن وخمسة اسداس الثمن فلهذا يغرم المشتري لان القاطع الاول بجنايته اتلف ما بقي وذلك اثنى
عشر ثم المشتري بفقى العين اتلف نصف ما بقي وهو ستة فتلف بثلاث جنايات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل
ما تلف بجناية القاطع الاول وبسراية جنايته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل
ستة ثمنه عشر فيكون ثمني الثمن وسدس ثمن الثمن وقد كان للقاطع الاول ربعه اثمان الثمن فاذا اسقط ثمناه وسدس ثمنه بقي له
ثمن الثمن وخمسة اسداس الثمن ثمن فلهذا يغرم المشتري له ذلك والتالف بجناية القاطع الثاني وبسراية جنايته اربعة عشر نصف
ذلك مما باعه الاول هو فيسقط حصته من الثمن ونصفه فيما باع شريكه وهو فيما باع شريكه كالاجنبي فعرفنا ان الساقط من
حقه ثمن وسدس ثمن الثمن بقي له ثمنا الثمن وخمسة اسداس ثمن الثمن فيغرم له المشتري له ذلك ثم يرجع المشتري على القاطع الاول
بثمني القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية واربعين حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه شريكه لانه
في الجناية على ذلك كاجنبي اخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلته في ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثاني ثمن قيمة العبد

ثمن قيمة حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه القاطع الاول وذلك سبعة اسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من
بدل النفس فيكون في حكم التاجيل معتبرا بجميع بدل النفس ويتصدق المشتري بما زاد من ذلك على ما غرم من الثمن الا فضل سدس
ثمن قيمة العبد على ما كان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له لان ما وجب باصل جناية كل واحد من البايعين انما وجب قبل
قبض المشتري فيلزمه التصدق بالفضل فيه واما ما تلف بسراية جناية كل واحد منهما فانما تلف بعد ما صار المشتري قابضا
له فيطيب له الفضل في ذلك القدر ه ب واذا اشترى الرجلان من رجل عبدا فلم ينقداه الثمن حتى قطع احد المشتريين
يده ثم قطع الاخر رجله من خلاف فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لان المبيع تلف بفعلهما وذلك
قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثاني بثمني القيمة ونصف ثمن القيمة ويرجع القاطع الثاني على القاطع
الاول بثمني قيمته ونصف ثمن قيمته فيكون ذلك على عاقلة كل واحد منهما في ثلاث سنين لان القاطع الاول بجنايته اتلف النصف
والقاطع الثاني اتلف نصف ما بقي ثم تلف ما بقي بسراية جنايتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما فحاصل ما تلف بجناية القاطع
الاول اربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه
قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانية واربعين ثمناه ونصف ثمنه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول
ثمنا القيمة ونصف قيمته والتالف بجناية القاطع الثاني وبسراية جنايته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعة وذلك
ثمن ونصف ثمن فلهذا يجب على عاقلة القاطع الثاني ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة وان كان البايع فقا عينه بعد جنايتهما فمات من ذلك
كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البايع ولم يوجد بعدها منهما ما يكون دليل الرضا فان اختارا نقض البيع فللبايع على القاطع
الاول ثمني الثمن وسدس ثمنه وعلى الثاني ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول اربعة وعشرون وبسراية جنايته
سدس ما بقي بعد جناية البايع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلث عشر مما اشتراه هو فيغرم عليه حصته من الثمن وذلك ثمنا الثمن
وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه وقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبايع ثمني القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشتراه
شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثاني اثنى عشر وبسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه هو فلزمه حصته من
الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبايع حصته من القيمة وذلك ثمن
القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة اثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ما تلف
بجناية البايع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وبسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن الباقي عليهما من الثمن ستة اثمان ه
وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة اثمان وثلث ثمنه ويرجع القاطع الثاني على الاول بثمني القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله
مما اشتراه القاطع الثاني ثلاثة عشر سهما فيلزمه قيمة ذلك وذلك ثمنا القيمة وسدس ثمن القيمة لانه في ذلك كاجنبي اخر ويرجع الاول
على الثاني بثمن القيمة وسدس ثمنها لانه تلف بفعل الثاني مما اشتراه الاول سبعة اسهم وذلك ثمن وسدس ثمن ولا تقع المقاصة
بينهما فيه لان ما يجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلته في ثلاث سنين فلا تقع المقاصة مع اختلاف من يجب عليه ه
ب واذا اشترى عبدا بالف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البايع يده ثم قطع المشتري يده الاخرى او قطع الرجل
الذي في جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل عن المشتري بقطع البايع يد العبد نصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه
ثم ينظر الى ما نقص العبد من جناية المشتري عليه في قطع يده او رجله بخلاف ما سبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك
ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة ولهذا احمل التالف بفعله نصف ما بقي وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع
اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لا يستحق ذلك في السرقة
ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة وان قطع الرجل من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه ان يمشي
بعصا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا ان هذا استهلاك وان النقصان فيه اكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كان
هذه الجناية نقصته اربعة اخماس ما بقي بان كانت قيمته بعد قطع اليد الف درهم وبراجع قيمته بجناية المشتري الى مايتي درهم
فقد تقرر على المشتري اربعة اخماس نصف الثمن بقي الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشتري فصار
حاصل ما على المشتري من الثمن اربعة اعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البايع وسراية جنايته خمسة اعشار ونصف
عشر ه ب فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البايع رجله من خلاف ثم مات من ذلك ولو حدث البايع فيه منعا فعلى المشتري
ثلاثة ارباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقض حكم قبضه فيما تلف بفعل البايع خاصة والتالف بفعل البايع

نصف ما بقي منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة ارباع الثمن نصفها للثمن حصة ما تلف بجنايته وربع الثمن حصة
ما بقي من العبد لانه تحكم بقبض المشتري بقي فيه وقد تلف لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشتري ولو لم يمت العبد ورأى كان المشتري
بالخيار لان تحكم قبض المشتري بقي فيه قبضه انتقض فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشتري ولو لم يوجد منه بعد ذلك ما يدل
على الرضا فكان على خياره ان شاء اخذه واعطاه ثلاثة ارباع الثمن نصف الثمن حصة ما تلف بقطعه اليد وربع الثمن حصة الباقي من
العبد وان شاء تركه واعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو اراد المشتري اخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة ارباع الثمن فمات في يده من غير
جناية فليس على المشتري الا نصف الثمن لان تحكم قبضه انتقض فيما بقي حين منعه البائع فانما تلف ما بقي في ضمان البائع فلهذا لا يجب على المشتري
من الثمن الا حصة اليد وذلك نصف الثمن والله اعلم

باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض

قال وإذا اشترى الرجل جارية بالف درهم وقيمتها الف درهم فولدت عند البائع ابنة تساوي الف درهم ونقصت الولادة
الام فالمشتري بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما لانها تعيبت في ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيه
يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها واخذها البائع الارش
فان اختار المشتري اخذهما فلم يأخذهما حتى ولدت الابنة ابنة تساوي الفا وقد نقصتها الولادة فالمشتري ايضا بالخيار لان
الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا اتصلت وانه ثبت للمشتري فيها حق القبض
كما يثبت في الاصل وكما انه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة
بسبب الولادة ولانه انما رضي بنقصانها على ان يسلم له الزيادة سليمة من النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فان زادت الوسطى
حتى صارت تساوي الفين فقبضهن جميعا والام قد رجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لان الوسطى
والسفلى كلاهما زيادة في الام فان الوسطى تبع للام في العقد ولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما
كولدين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لان الزيادة انما تصير
مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما التبع لا حصة له من الثمن ما لم يصر مقصودا كالاطراف
المبيع وقيمة الام عند العقد الف درهم وقيمة الوسطى عند القبض الفان وقيمة السفلى الف فجعلنا كل الف سهما واذا جعلنا كل الف
سهما انقسم الثمن على اربعة اسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف
الثمن وسهم بازاء السفلى فيردها بالعيب بربع الثمن لان كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد
في استحقاق المشتري صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد العيب خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق
قال وان اشترى امتين بالف درهم قيمة احديهما خمسمائة وقيمة الاخرى الف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي الفا ثم اعورت
التي كانت تساوي الفا فاختار المشتري اخذ ذلك كله فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجد بالعوراء عيبا وقيمتها خمسمائة ردها بثلثمائة
وثلاثة وثلاثين وثلث لان ولد كل واحدة منهما يتبعها فيما يخصها من الثمن في الانقسام والاصل قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد
وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد الف درهم وقيمة
الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم يقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك الف
فانقسم نصفان نصفه حصة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يردها بالعيب ولو وجد العيب بالامة
الاخرى ردها بمائة واحد عشر درهما وتسع درهم لان حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العقد وهو خمسمائة وقيمة
ولدها وقت القبض وهو الف درهم فيقسم اثلاثا ثلث ذلك حصتها وثلثاه حصة ولدها وذلك تسع الالف في الحاصل وهو مائة
واحد عشر درهما وتسع درهم فيردها بذلك
قال وإذا اشترى شاة فولدت بعد القبض فليس للمشتري ان يترك البيع لان
الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان في الاصل بخلاف الجواري كما بينا وكذلك كل زيادة تحدث في المبيع مما لا يتمكن بها نقصان
في الاصل فالمشتري يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام
عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما جميعا وليس له ان يأخذ احدهما دون الاخرى لان الزيادة قبل
القبض تبع في العقد لا حصة لها من الثمن وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل كما انه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن اذ

لاحصة للولد ما لم يصر مقصودا بالقبض وبعدما ردها بجميع الثمن لو بقي العقد في الولد خاصة بغير شيء فيكون فضلا خاليا عن المقابلة
مستحقا بالبيع معقوضا به وهو الربا بعينه وان وجد بالولد عيبا فلا خيار له فيه وهما لازمان له لان بوجود العيب يظهر فوات
جزء من الولد ولو مات الولد قبل القبض اخذ الام بجميع الثمن ولا خيار له فيها فكذلك اذا فات جزء من الولد وهذا لان الزيادة
لما فاتت من غير صنع احد صارت كان لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له في الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا
بخلاف ما اذا وجد العيب بالولد بعدما قبضهما لان الولد بالقبض صار مقصودا وصار له حصة من الثمن فباعتبار العوض
بمقابلته يستحق المشتري صفة السلامة فيه فاذا وجد المشتري به عيبا رده فاما قبل القبض لا حصة له من الثمن واستحقاق صفة
السلامة فيه فاذا وجد المشتري به عيبا رده فاما قبل القبض لا حصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض
الا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار
مقصودا بقبض المشتري اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف البيع انه اذا
فات من غير صنع احد لا يسقط شيء من الثمن واذا اتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا في الولد الذي تبع فيقسم الثمن على
قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما اصاب الولد بطل عن المشتري واخذ الام بما بقي ولا خيار له في ذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الخيار في الام وهذه هي الخلافية التي ذكرناها في الثمار وتنصيصه على
الخلاف هنا يكون تنصيصا ثمة اذ لا فرق بينهما
قال وإذا اشترى الرجل من الرجل جارية بالف درهم واحدى عينيها بيضاء
وقيمتها الف درهم فولدت ولدا يساوي الفا ثم ذهب البياض عن عينها فصارت تساوي الفين ثم ان البائع ضرب العين التي
كانت في الاصل صحيحة فابيضت ورجعت قيمتها الى الف درهم وبياض العين ينقصها اربعة اخماس القيمة الاولى لو كانت العين
الاولى بيضاء على حالها فانا لسنا نلتفت الى الزيادة لكن ننظر كم كان ينقصها البياض لو كان بياض العين الاولى على حالها فاذا
كان ينقصها اربعة اخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بستة اعشار الثمن وان شاء تركها
اما ثبوت الخيار فلانها تعيبت في ضمان البائع بفعله ثم ذهاب البياض عن العين الاولى زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة
في عقود المعاوضات لما بينا ان المعتبر في الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولو لم يذهب البياض
عن عينها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فابيضت فانه يعتبر النقصان فيها لانها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون
المعتبر فيه النقصان فلهذا قال ينظر الى ما نقصتها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت
القبض وهما سواء فانقسم نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان اربعة اخماس نصف القيمة
الاولى سقط عن المشتري اربعة اخماس النصف وتبين ان جميع الثمن صار على عشرة اسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد
حصة ما بقي من الام فاذا قبضها ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما اخذها به ولو وجد العيب بالولد رده
بحصته وهو خمسة اسداس ما اخذهما به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التي كان لها البياض بعد ما ذهب
البياض فعاد البياض الى حاله الاولى فالمشتري بالخيار في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء اخذهما بثلثي الثمن وان شاء تركهما لان هذا
البياض كانت زيادة متصلة وقد انفصلت بفعل البائع فهي كزيادة منفصلة اتلفها البائع بان ولدت ولدا آخر قيمته الف فقتله
البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الام وقت العقد وقيمة الولدين حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيم سواء
فيقسم الثمن اثلاثا وحصة ما اتلفه البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويخير فيما بقي عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا خيار
له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم اذا اتلفها البائع لان بذلك الزيادة لا يمكن نقصانا في الاصل وهذه الزيادة مثل ذلك
فان كان اخذهما ثم وجد باحدهما عيبا رده بنصف ما اخذهما به لما بينا ان حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا خلاف الاول
وهو ما اذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لان الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا معتبر بها وهنا الزيادة زايلت
البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها
قال وإذا اشترى جارية بالف درهم وقيمتها الف واحدى عينيها بيضاء فذهب
البياض فصارت تساوي الفين ثم ان عبدا لاجنبي ضرب تلك التي كان بها البياض فعاد بياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة فاخذهما
المشتري بجميع الثمن ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرده بثلث الثمن لان العبد مدفوع بالعين فاقام مقامها وذهاب البياض عن
تلك العين كانت زيادة متصلة وقد انفصلت فجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد
وقت القبض فلذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجناية لان ذلك ليس من

حكم العقد فى شى وقيمته وقت القبض خمس مايه فانقسم الثمن اثلاثا ثلثه باِزا العبد يرده بذلك ان وجد به عيبا وثلثاه باِزاء الجارية ان وجد العيب بها يردها بذلك وان كان المشترى لم يقبض العبد حتى زاد فى يد البايع صار يساوى الف درهم ثم قبضهما المشترى ووجد باحدهما عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهى مساويه لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفان

قال وان اشترى جارية تساوى الفا بالف ففقا البايع عينها ثم ولدت بعد الفقى ولدا يساوى الفا فاخذهما المشترى بنصف الثمن لان البايع لما فقا عينها فقد سقط عن المشترى نصف الثمن لان العين من الادمى نصفه ثم لما ولدت انقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقى بعد الولاده احدهما ان شاء بثلاثه ارباع الثمن لانها حين ولدت وهى صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد بشرط بقا الولد على هذه القيمه الى وقت القبض وقد بقى فظهر ان نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقا البايع عينها فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما اذا كان الفقى قبل الولاده فقد كان جميع الثمن فيها حين فقا البايع عينها فلهذا يسقط نصف الثمن

قال ولا يشبه الرهن فى هذا البيع يعنى فى الرهن فى هذه الصوره لا فرق بين الولاده قبل ذهاب العين وبين الولاده بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين فى الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب الدين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفى البيع لا يعود والفرق بينهما ان سقوط الثمن بفقى البايع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما اتلفه البايع والبيع بعدما انفسخ لا يعود بحدوث الزياده واما فى الرهن سقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفا بقدر الدين ولا يسقط فاذا حدثت الزياده فقد حدثت فى حال قيام الدين كله حكما لكونه منتهيا بالاستيفا فلهذا يعود باعتبار الزياده بعض ما كان ساقطا ويجعل الزياده الحادثه بعد ذهاب العين كالزياده قبل ذهاب العين كالزياده قبل ذهاب العين الا ترى انه لو اشترى شاه فماتت قبل القبض ثم دبغ البايع جلدها لا يعود العقد فى حصة الجلد ولو ان الشاه المرهونه ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ما ذكرنا وحقيقته من حيث المعنى ان الفسخ ضد ما هو المقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشترى بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالقايم حكما واما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون تحقيقا هو المقصود بالعقد لان المقصود بعقد الرهن الاستيفا وانما يتم ذلك بهلاك الرهن فلهذا يجعل كان العقد فى الكل قايم حكما حتى حدثت الزياده فيسقط نصف ما يخص الام وذلك ربع الدين ثم البيع والرهن يفترقان من وجه اخر وهو ان البيع اذا ذهبت العين من غير صنع احد لا يسقط شى من الثمن وفى الرهن بذهاب العين من غير صنع احد يسقط نصف الدين لان ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونه بالقبض كالاصل وان فات من غير صنع احد كاوصاف المغصوبة وفى البيع الضمان بالعقد والاوصاف لا يضمن بالعقد منفرده عن الاصل كما لا يفرد بالعقد فاذا فاتت من غير صنع احد قلنا لا يسقط شى من الثمن بفواتها

قال واذا اشترى جارية بالف درهم تساوى الفا وهى بيضا احدى العينين ففقا البايع العين الباقيه فصارت تساوى مايتى درهم اخذها المشترى بمايتى درهم ان شاء لان فعل البايع استهلاك لها حكما فيعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فان لم ياخذها حتى ذهب البياض عن عينها الاولى فصارت تساوى الفا فالمشترى على خياره ان شا اخذها بمايتى درهم وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زياده متصله ولا معتبر بها فى حكم البيع كان ضرب عبد هذه العين التى برات فذهب بياضها ثم دفع العبد بالجناية فان المولى بالخيار ان شاء دفعه بجنايته وان شاء فداه بارش الجناية وهو ثمان مايه درهم فان دفعه وقيمته خمسمايه درهم اخذها المشترى بمايتى درهم لما بينا ان العقد انفسخ فى اربعة اخماسها بفقى البايع عينها كما لا يعود شى من ذلك بولد ملوك فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لانه قايم مقام الزياده المتصله وقد صارت منفصله فهو كولد فلهذا ياخذها المشترى بمايتى درهم ان شاء فان قبضها ثم وجد بالجارية عيبا ردها بسبعى الثمن الذى نقد وهو مايتا درهم انقسم على قيمة ما بقى منها وذلك مايتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمايه فاذا جعلت كل مايه سهما كانت القسمة اسباعا خمسه اسباعه حصة العبد فيرد به وسهماه حصة الجارية فيردها بذلك وانما اعتبر فى الانقسام قيمة ما بقى منها ولم يعتبر قيمتها وقت العقد لان العقد قد انفسخ فى اربعة اخماسها وانما يعتبر فى الانقسام قيمة ما بقى حكم العقد فيه لا قيمة ما انفسخ العقد فيه ولو كان البايع لم يفقا عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوى الفى درهم ثم ان عبدا ضرب العين التى برات فعاد بياضها ثم ان البايع فقا العين الباقيه فصارت تساوى مايتى درهم فهو المولى العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بالفى درهم لان الفدا يكون بارش الجناية وارش جنايته هنا الف درهم فقد كان قيمتها عند الجناية الفى درهم فات بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى الف فان دفعه وقيمته خمس مايه اخذها المشترى ان شا بخمسى الثمن وبطل عنه بفقى البايع عين الجارية خمسا الثمن وثلثى خمس الثمن لان العبد مدفوع عما فوته من

الزيادة المتصله فهو بمنزلة ولدها وولدته يساوى خمسمايه وعند ظهوره جميع العقد فيها قايم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة العبد وقت القبض اثلاثا ثلثه باِزاء العبد وثلثاه باِزاء الجارية ثم بفقى البايع عينها سقط اربعة اخماس ما فيها وبقى الخمس فاذا اردت تصحيح ذلك فالسبيل ان تضرب ثلاثه فى خمسة فيكون خمسة عشر حصة الام من ذلك عشره والساقط ثمانيه من هذه العشره وثمانيه من خمسة عشر خمساه وثلثاه خمسه لان كل خمس ثلثه فخمساه سته وثلثا خمسه سهمان فيسقط ذلك عن المشترى وياخذها بما بقى وهو سبعه من خمسة عشر وذلك خمساه وثلث خمسه والله اعلم

باب قبض المشترى باذن البايع او بغير اذنه

قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بالف درهم حاله فليس للمشترى ان يقبض العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو احد اقاويل الشافعى رحمه الله وقال فى قول على البايع تسليم المبيع اولا لان ملك المشترى ثبت بالعقد فى العين وملك البايع دين فى ذمة المشترى والملك فى العين اقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفى قول اخر يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لان قضية المعاوضه التسويه فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما فى بيع المقايضه ولكنا نقول قضية المعاوضة التسويه وقد عين البايع حق المشترى فى المبيع فعلى المشترى ان يعين حق البايع فى الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فلهذا كان اول التسليم على المشترى بخلاف بيع المقايضه فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله ان ملك المشترى اقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن اولا لهذا المعنى وهو انه لما تقوى ملكه فى المبيع فعليه ان يسوى جانب البايع فى ملك الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك الا بالتسليم وكذلك ان نقده الثمن الا درهما لان سقوط حق البايع فى الحبس متعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البايع فى الحبس الا ان يكون الثمن موجلا فحينيد ليس للبايع ان يحبس المبيع قبل حلول الاجل ولا بعده لان قبل حلول الاجل ليس له ان يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بماله ان يطالب به من الثمن واما بعد حلول الاجل فلان حق الحبس لم يثبت له باصل العقد فلا يثبت بعد ذلك لانه سقط هذا الحق بما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يثبت ذلك بعد العقد لا يثبت ابتدا بحلول الاجل وذكر هشام عن محمد رحمه الله فى نوادره انه اذا اجله فى الثمن شهرا لم يسلم البايع المبيع الى المشترى حتى مضى شهر فعلى قول ابى حنيفه رحمه الله ان كان الاجل شهرا بعينه فمضيه حل الثمن وان كان شهرا بغير عينه فعلى البايع ان يسلم المبيع وليس له ان يطالب بالثمن حتى يمضى شهر بعد التسليم وعند ابى يوسف ومحمد له ان يطالب بالثمن فى الوجهين جميعا لان مطلق الشهر فى الاجل ينصرف الى الشهر الذى يعقب العقد عيناه او لم يعيناه كما فى الاجارات والايمان هذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليه ابو حنيفه رحمه الله نوع استحسان بنا على مقصودهما فالمقصود ان يتصرف المشترى فى المبيع فى الشهر ويودى الثمن عند مضيه ويستفضل لنفسه ولا يحصل هذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلهذا قال فى الشهر المطلق يكون ابتداوه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشترى الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البايع الدراهم زيوفا او نبهرجة او ستوقة او رصاصا او استحقت من يده فللبايع ان يمنع المشترى من قبض العبد حتى يعطيه الثمن مثل شرطه لان الرد بهذه الاسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لو لم يقبض الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحدا لان القبض قد انتقض فى ذلك المردود فكانه لم يقبض ذلك القدر ولو كان المشترى قبض العبد من البايع باذنه ثم ان البايع وجد الثمن او بعضه على ما وصفنا فان كان الذى وجد ستوقا او رصاصا كان له ان ياخذ العبد حتى يدفع اليه المشترى مكان الذى وجد من ذلك جيادا على شرطه لان المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم لم يجز وانما سلم البايع المبيع اليه على ان المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمنا لم يكن هو راضيا بالتسليم وكان المشترى قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولكن البايع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه فى الحبس وان كان وجد الثمن او بعضه زيوفا او نبهرجة استبدلها من المشترى لان المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضه يستحق صفة السلامة عن العيب والزيافه عيب فى الدراهم فكان له ان يستبدل الزيوف بالجياد وليس له ان يسترد العبد ليحبسه بالثمن عندنا وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقه لانه حقه فى الجياد والمقبوض زيوف والثمن دين فى الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والستوق سوا ثم وجهه ان الرد بعيب الزيافه ينقض القبض من الاصل فهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب

تسليم الثمن مرتين فلا يتمكن من الرجوع بموجب العقد ما لم يتيقن القبض من الاصل كما اذا انتقض عاد حقه في الحبس كما كان قبل استيفاء الثمن وجه قولنا انه سلم المبيع بعد قبض الثمن فصح تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط حقه في الحبس والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور عوده ولهذا قلنا لو اعار المبيع من المشتري او اودعه منه سقط حقه في الحبس وكذلك لو اجله في الثمن سقط حقه في الحبس ثم لا يعود بحلول الاجل وبيانا لو وصفنا ان الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم الا انها عيب والعيب بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا فكان البائع بقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من الاصل كما قال ولكن في الحكم الذي يحتمل النقض بعد الثبوت دون ما لا يحتمل ذلك الا ترى ان المولى اذا قبض بدل الكتابة ثم وجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فاستوفى ثم وجد المقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم البر في اليمين وقد بينا ان حق البائع في الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض القبض بالرد ايضا بخلاف الستوقة والرصاص فهناك تبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبني عليه يكون موقوفا ايضا ولا يكون صحيحا مطلقا فان لم يرجع البائع من المشتري العبد ولم يجد في الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشتري العبد او وهبه وسلمه او اجره ثم وجد البائع في الثمن بعض ما ذكرنا فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على العبد لان المشتري تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف بتسليط البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف الا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من نقض تصرف المشتري لانه حصل بتسليطه ففي البيع الصحيح لان لا يتمكن من نقض تصرفه لما حصل بتسليط صحيح منه كان اولى ولو كان المشتري قبض العبد بغير اذنه ثم صنع فيه بعض ما ذكرنا كان له ان ينقض جميع ما صنع المشتري فيه ويسترده حتى يوفيه المشتري الثمن لان تصرف المشتري حصل لا بتسليط من البائع فالقبض منه كان بغير اذنه وذلك لا يسقط حق البائع في الحبس ولما ظهر ان الثمن كان على ما وصفنا فقد ظهر ان حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه ولا اسقطه باختيا(ره) بتسليم المبيع الى المشتري فكان له ان ينقض جميع ما تصرف فيه المشتري اذا كان يحتمل النقض فان كان البائع لما علم بقبض المشتري العبد سلم ذلك ورضي به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لانه اجاز قبضه في الانتهاء وتاثير اجازته في اسقاط حقه كتاثير اذنه في الابتداء قال ولو كان لرجل على رجل الف درهم فرهنه بها عبدا يساوي الفا فقبضه المرتهن ثم قضاه الراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم او بعضها زيوفا او نبهرجة او ستوقة او رصاصا او استحقت من يده فاعلم ان الجواب في الرهن في جميع ما ذكرنا كالجواب في البيع لان المرهون محبوس بالدين كما ان المبيع محبوس بالثمن الا في خصلة واحدة اذا وجد المرتهن المقبوض زيوفا فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن ان يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر رحمه الله به يستدل في الخلافية والفرق ان تسليم المرتهن العين ليس بمسقط حقه في الحبس وان كان صحيحا في نفسه الا ترى انه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية او الوديعة كان له ان يسترده فكذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف وانما المسقط لحقه وصوله الى حقه ولم يوجد بخلاف البيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه في الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بعقد الرهن يد الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين انه لم يستوف حقه الا ترى انه مع التاجيل في الدين يكون له ان يحبس الرهن فاما في البيع حق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو اجله في الثمن لا يبقى حقه في الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن ما لم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه في الحبس اذا سلم المبيع قبل ان يرد المقبوض قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بالف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا بقبضه فقبضه الوكيل بغير امر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يدي الوكيل فللبائع ان يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون في يده حتى يعطيه المشتري الثمن لان بالبيع المبيع صار مملوكا للمشتري ولكنه محبوس في يد البائع ما لم يصل اليه الثمن فقبض الوكيل في حق البائع جناية بمنزلة الغصب ولو غصبه منه غاصب فهلك في يده كان للبائع ان يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده كان للبائع ان يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامنا للقيمة اذ لا يجوز ان يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل لا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقيا اذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين فاذا اعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل في حق المشتري كان امينا ممتثلا للامر وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل كما لو اوفى المشتري الثمن قبل ان يضمن البائع الوكيل ولو توت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشتري لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انفسخ البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد

القيمة ثم يتبع الوكيل المشتري في القيمة لانه في القبض كان عاملا له بامره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشتري اعتق هذا المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك في يده لم يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا اعتقه ولو كان الوكيل هو الذي قبض العبد باذن المشتري ثم اعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سواء في حق البائع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت في يده وهذا لان امر المشتري الوكيل بالقبض غير معتبر في حق البائع لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع في الحبس فكذلك لا يملك غيره به قال ولو ان المشتري امر رجلا يعتق العبد وهو في يد البائع فاعتقه المامور ففي قول ابي يوسف الاول رحمه الله هذا وامره بالقبض سواء في جميع ما ذكرنا من التفريع لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض الا ترى ان المشتري لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والتوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل في هذا الفصل ولكن يرجع البائع على المشتري بالثمن وهو قول محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق معبر عن المشتري فيكون ذلك كاعتاق المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن ولا يوجب ضمان القيمة كما لو اعتقه بنفسه وتقرير هذا ان تكلمه بالاعتاق اذا جعل مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته الى المشتري الا ترى انه لو اعتقه بغير اذن المشتري كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتق له ضمان واذا انتقلنا عبارته الى المشتري كان هذا مقررا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة فاما القبض فعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جعل مقصورا عليه الا ترى انه لو قبضه بغير اذن المشتري كان موجبا عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه في حق البائع واذا اقتصر حكم القبض في القبض على القابض كان هو ضامنا للقيمة فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد الا ان يكون مقدورا التسليم للبائع وان كان دينا كالسلم لا يجوز العقد الا على وجه يثبت القدرة على التسليم به للعاقد وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدراهم وان لم يكن في ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد ولو اعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو معسر فليس للبائع ان يستسعي العبد في شيء ثم رجع ابو يوسف رحمه الله عن هذا وقال له ان يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول في نوادر هشام رحمه الله وجعله قياس المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان بعقد الرهن يثبت للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاق الراهن اياه فكان له ان يستسعي العبد اذا تعذر عليه الوصول الى حقه بعسرة الراهن فكان له ان يستسعي العبد اذا تعذر عليه الوصول فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد واذا زال ملك العين بالبيع وبقي له اليد الى ان يصل اليه الثمن وباعتاق المشتري العبد فات محله ومجرد اليد ليس يتقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك توضيحه ان حق البائع في الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعادة المبيع من المشتري بخلاف حق المرتهن ثم يقول تصرف المشتري بتسليط البائع اياه على ذلك فيمنع هذا التسليط ثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن في المرهون قال لو لم يعتقه المشتري ولكنه افلس بالثمن فان لم يكن البائع سلم اليه فله ان يحبسه الى ان يستوفي الثمن وان كان سلم المبيع اليه فليس له ان يسترده ولكنه اسوة غرماء المشتري وليس له ان يفسخ البيع عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا افلس المشتري بالثمن فللبائع ان يفسخ البيع وهو احق بالمبيع ان كان سلمه يفسخ العقد ويعيده الى ملكه ويؤيده حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس بالثمن ثم وجد رجل متاعه عنده بعينه فهو احق به والمعنى فيه ان البيع عقد معاوضة فمطلقه يقتضي التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالاباق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك اذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشتري وكان المالية في الآبق كالتاوي حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة التاوي حكما لانعدام طريق الوصول اليه ولا فرق بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض في العين يثبت حق الفسخ فكذلك تعذر القبض في الدين الا ترى ان المسلم فيه دين واذا تعذر قبضه بانقطاعه من ايدي الناس ثبت لرب السلم حق الفسخ ولا فرق بينهما سوى ان الثمن معقود به ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما يثبت بتعذر قبض المعقود عليه الا ترى ان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن والدليل عليه ان هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع فان من اشترى بفلوس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رائجة فاذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما ينتقض العقد بهلاكه اذا تعذر قبضه يثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والمشتري حين افلس بالثمن فقد استحق النظرة شرعا ولو اجله البائع لم يكن له ان يفسخ العقد قبل مضي الاجل فاذا صار منظرا بانظار الله

الله تعالى ولي ان لا يتمكن البايع من فسخ العقد واما الحديث الذي يستدل به فقد ذكر الجصاص رحمه الله باسناده ان النبي عليه السلام قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو احق به من غرمائه او قال فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل الرواية الاخرى ان المشتري كان قد قبضه بغير اذن البايع او مع شرط الخيار للبايع وبه نقول ان في هذا الموضع للبايع حق الاسترداد فالمعنى فيه انه لم يتغير على البايع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشتري مليا وبيان ذلك ان موجب العقد ملك الثمن لان الثمن يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين فيه فاما حق الاستيفاء ثابت للبايع بسبب ملكه لا بحكم العقد الا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاستبدال كما في المبيع عينا كان او دينا فعرفنا ان حق القبض في الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فبتعذره لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا ان قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد كما في جانب المبيع وبهذا الحرف يستدل في المسألة الاولى فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرا بالافلاس لا يكون اقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والمفلس لو اشترى شيئا والبايع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لان لا يرتفع صفة اللزوم اولى بخلاف جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لاباق العبد لا يجوز وان رضي به المشتري فكذلك اذا طرا العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان اول التسليمين على المشتري فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد لم يتاخر حقه في قبض المبيع الى ان يؤدي الثمن قلنا وجوب اول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لا لان ذلك موجب العقد على ما قررنا ان العقد عقد تمليك يقتضي التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك في العين كل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن اولا ليتقوى به ملك البايع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لا لا التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البايع المبيع طوعا فهو كما لو انعدم بالتاجيل في الثمن فلا يبقى له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشتري وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فموجب العقد ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل لا يملكه الا بالقبض لان المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم يصح الكفالة وللمكاتب ان يعجز نفسه فاذا لم يكن ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ما هو موجب العقد عليه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشتري لا يتغير ملك البايع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري ولسنا نسلم ان الدين في ذمة تاوى فان المديون اذا كان مقرا بالدين فهو قايم حقيقة وحكما مفلسا كان او مليا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يجب على صاحب الدين الزكاة لما مضى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد والله اعلم

كتاب الصرف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض والاموال انواع ثلاثة نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء او لم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها او من غير جنسها ونوع منها ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك ونوع هو ثمن من وجه ومبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعة وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء رحمه الله في معنى الثمن عند العرب ما يثبت دينا في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا لا تتعين بالتعيين فكانت ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من ان تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا اخرى فيكون ثمنا في حال مبيعا في حال والثمن في العرف ما هو المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان دينا في الذمة وقابله مبيع عرفنا انه ثمن واذا كان عينا فقابله ثمن كان مبيعا لانه يجوز ان يكون مبيعا بحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن ان وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع ولو استبدل بالثمن قبل القبض كان جائزا بخلاف المبيع والاصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه حيث

سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني ابيع الابل بالبقيع فربما ابيعها بالدنانير واخذ مكانها الدراهم او على عكس ذلك فقال عليه السلام لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل وكذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت ان فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لان في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد ولهذا ثبت ان ملكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد اما لتمليك العين والثمن دين في الذمة او للقدرة على التسليم ولا اثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين ساير البيوع وجوب قبض البدلين في المجلس وان لا يكون فيه شرط خيار او اجل وذلك ثابت بالحديث الذي رويناه فانه قال عليه السلام لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل اي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولان هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف ما في ملك كل واحد منهما الى ملك صاحبه لان البدل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا ان يكون مملوكا لكل واحد منهما قبله ولان ذلك ثابت في ساير البيوع عرفنا انه يسمى صرفا لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم مطلقا لان ذلك يثبت في ساير البيوع عرفنا انه انما سمي به لاستحقاق قبض البدلين في المجلس لان هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي فيما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي ان يشترط مقرونا بالعقد الا ان حالة المجلس بقاؤها مقام حالة العقد شرعا للتيسير واذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس احد البدلين في ذلك باولى من الاخر فشرطنا القبض فيهما لهذا ولسنا نعني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل ان يفترقا حتى لو قاما او مشيا فرسخا قبل ان يفارق احدهما صاحبه جاز العقد وكذلك لو ناما في المجلس او اغمي عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن ابي يوسف رحمه الله ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد لان الخيار يعدم الملك فيكون اكثر تاثيرا من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك بشرط الاجل يعدم استحقاق القبض الذي به يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقد وقد دل على ما قلنا الاخبار التي بدا الكتاب بها فمنها حديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يدا بيد والفضل ربا وقد بدا بهذا الحديث كتاب البيوع ومن ذلك حديث انس بن مالك رضي الله عنه قال اتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صنعته فبعثني به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب او فضة وفيه دليل انه لا قيمة للذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لو جاز الاعتياض عنه وما كان الا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجز لانه لا قيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعازف والملاهي وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف ساير الموزونات لان صفة الوزن فيها ثابت بالنص فلا يتغير بالعرف بخلاف ساير الاشياء والى ذلك اشار ابن سيرين رحمه الله حين سئل عن بيع آناء من حديد بآنيتين فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالادراع يعني ان عادة الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وانما قصد عمر رضي الله عنه وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وعن ابي جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة افنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنه عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وانه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه فلا باس ان يبين للسائل الطريق الذي يحصل مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هذا اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خيبر هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا التمر وفيه دليل ان القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء لظاهر قوله عليه السلام والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دليل حديث كليب بن وايل قال سالت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعني من يدك الى يده وان استنظرك الى خلف هذه السارية فلا تفعل وانما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض لان بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره ايضا فذكر ذلك على وجه الكناية عن المفارقة لا ان يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد افتراقا عرفا وعن محمد بن سيرين رحمه الله انه كان يكره ان يباع السيف المحلى بالفضة بالنقد مخافة ان يكون

الفضة التي اعطى اقل مما فيه ويكره ان يبيعه بالنسيئة ولا ارى باسا ان يبيعه بالنسيئة وبه ناخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله
عليه السلام واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب او بالفضة لان
العقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الاجل فيه مفسد ولا يتميز الحلية من السيف الا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل وفيما ذكر
اما بيعها بالفضة على اربعة اوجه ان كان يعلم ان حلية الفضة اكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد في الوزن لان الجفن
والحمايل فضل خالي عن العوض فان مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالاجزاء وان كان يعلم ان الفضة في الحلية اقل جاز العقد على ان
يجعل المثل بالمثل والباقي بازاء الجفن والحمايل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان لا يدري ايهما اقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم
بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر رحمه الله يجوز هذا فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما
لم يعلم به يكون العقد محكوما بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن ابي نضرة قال سالت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال
لا باس به يدا بيد وسالت ابن عباس رضي الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت في حلقة فيها ابو سعيد الخدري رضي الله عنه فامرني
رجل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يامرني ان اسالك عن الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سله اعن قبل رايه يقول او شيء
سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه
وسلم اتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال عليه السلام من اين هذا فقال اعطيت صاعين من تمر ردي واخذت هذا فقال
عليه السلام اربيت فقال ان سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال عليه السلام اربيت ثم قال عليه السلام هلا بعته بسلعة
ثم ابتعت بسلعتك تمرا فقال ابو سعيد رضي الله عنه الفضل في التمر ربا والدراهم مثله قال ابو نضرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضي
الله عنهما فقال لا خير فيه وامرت ابا الصهباء فسال ابن عباس عن الصرف فقال لا خير فيه ففي هذا دليل رجوع ابن عمر وابن عباس
رضي الله عنهما عن فتواهما بجواز التفاضل وقد روي ان عليا رضي الله عنه لما سمع هذا الفتوى عن ابن عباس رضي الله عنه قال انك رجل
تايه وعن الشعبي رحمه الله قال حدثني بضعة عشر نفرا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخبر انه رجع عن فتواه فقال
الفضل حرام وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فثبت ان حرمة
التفاضل مجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها ما في معناها
فان ابا سعيد ذكر انه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شيء يكون
نصا فيما هو معناه من كل وجه لانه كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالراي وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيهما وفيه دليل انه لا باس للمستفتي ان يطالب المفتي بالدليل اذا كان اهلا لذلك فان ابا سعيد الخدري رضي الله عنه لم ينكر عليه ذلك
وانه لا باس للانسان ان يامر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وكانه احتشم ابا سعيد رضي الله عنه فلم يسله
بنفسه كما روي ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤوسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل
الاعرابي ليسئله ليستفيدوا بسؤاله او علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار فامر غيره حتى
سال ابا سعيد فيطالبه بالدليل ليبين ما هو الصواب فيحصل ما هو المقصود من غير ان يستوحش احد وهذا اقرب الى حسن العشرة
وعن شريح رحمه الله ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما الى شريح فامضى البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدري مقدار
الذهب الذي في الطوق او علم انه مائة مثقال واكثر اما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على ان تكون الزيادة بمقابلة الفضة
الا ان تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يتخلص فحينئذ لا يعتبر ذلك ولا يجعل بمقابلتها شيء فيكون الفضل بمقابلة الصنعة ولا قيمة
للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله بن ابي سلمة رضي الله عنهما انه ابتاعا غنائم من ذهب فباعاها كل اربعة مثاقيل ذهب بتبر ثلاثة
مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اربيتما فردوا وفيه دليل ان للامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين
اذا كان راى النظر فيه وان له ان يوكل غيره في ذلك وان التفاضل حرام في بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق
فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال عليه السلام اربيتما فردوا ولم يعاتبهما على ما صنعا لان
نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل وعن سليمان بن يسير قال اتاني الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم
وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما اظن ثم جاءني فقال اشتر بها غلة فخالف الطلب الرجل الذي صرفت عنه فقال لا عليك
الا تجده وان وجدته فلا ابالي وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لانه كان مقصود الاسود
ان يشتري بالدراهم الجياد الغلة وعلم ان الفضل حرام فامره ان يشتري بها دنانير ثم امره ان يشتري بالدنانير الغلة وكان هذا

الوكيل يشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده امانته ومسامحته في المعاملة وبين له الاسود انه كغيره فيما هو مقصوده فلا يتكلف في طلبه
وعن ابان بن ابي عياش عن انس بن مالك رضي الله عنه قال بعت جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فقال ما حملك
على ذلك فقلت الحاجة فقال رد الورق الى اهلها وخذ اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل ووجوب الرد عند فساد العقد وان
سبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضي الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره لحاجته
ولم يؤدبه وكان قصده بالسؤال في الابتداء ان يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه
وقد كان مؤدبا يؤدب على ما هو دون هذا وعن ابي رافع قال سالت عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن الصوغ اصوغه فابيعه فقال
وزنا بوزن فقلت اني ابيعه وزنا بوزن ولكن اخذ فيه اجر عملي فقال انما عملك لنفسك فلا تزدد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهانا ان نبيع الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا ابا رافع ان الاخذ والمعطي والشاهد والكاتب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه
لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضي الله عنه بين له انه في الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما ياخذ من الربا
عوض عن الصنعة ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شركة الحرمة في الربا بقوله الاخذ والمعطي والشاهد والكاتب فيه شركاء اي في الماثم
وهو نظير ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وقال عليه السلام الراشي والمرتشي والرائش في النار ولعن الله من
اعان الظلمة او كتب لهم والاصل في الكل قوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن ابي الوداك عن ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما
فقلت اني سمعت ابن عباس يقول ليس في يد بيد ربا فمشى اليه ابو سعيد رضي الله عنه وانا معه فقال له اسمعته من النبي صلى الله عليه ما لم
نسمع فقال لا فحدثه ابو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا افتي به ابدا وفيه دليل على ان في بيع الذهب
والفضة بجنسهما اذا اعتدل البيد لان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقننا بالمماثلة وزنا والمماثلة اذا وزن
احدهما بصاحبه اظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالسنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل
وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد له ابن عباس وهذا لان ابا سعيد كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم
معروفا بينهم بالعدل والورع وانما مشى الى ابن عباس رضي الله عنه بطريق الحسبة لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه
وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو الاصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فاني اخاف عليكم الرما
يعني الربا وقد روي هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي رواية فاني اخاف عليكم الارماء وعن ابن مسعود رضي
الله عنه انه كان يبيع نفاية بيت المال يدا بيد بفضل فخرج حزة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فساله عن ذلك فقال هو ربا وكان
ابن مسعود استخلف على بيت المال لعبد الله ابن سخبرة الازدي فلما قدم ابن مسعود نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن
مسعود عامل عمر رضي الله عنهما بالكوفة على بيت المال فكان مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصفة كاختلاف النوع وكان يجعل النفاية مع
الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد ثم لما سال عمر
رضي الله عنه بين له ان الكل نوع واحد كما قال نصه وقال عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود
رضي الله عنه الى قوله لانه تبين له الحق في مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضي الله
عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه فان ابا صالح السمان يقول سالت عليا رضي الله عنه عن الدراهم يكون معي سفوقا
في حاجتي فاشتري بها دراهم تنفق في حاجتي واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشتر بالدنانير دراهم تنفق في حاجتك
وفيه دليل على ان الجياد والزيوف نوع واحد فيحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
جيدها ورديها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال اكريت عبد الله ابلا بدنانير فاتيته اتقاضاه وبين يديه دراهم
فقال الحولي له انطلق معها الى السوق فاذا قامت على سعر كان احب ان ياخذ الا فاشتر له دنانير فاعطها اياه قلت يا ابا عبد الرحمن
ايصلح هذا قال نعم ما باس بهذا اذا انك ولدت وانت صغير وفيه دليل جواز استبدال الاجر قبل القبض والاجر كالثمن وقد بينا ان ابن
عمر رضي الله عنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جوز ابن عمر رضي الله عنه سال ل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جوز ابن عمر رضي الله عنه الاستبدال بالاجر ولكن بشرط ان
يرضى به صاحب الحق ولكن لما اشكل على صاحب الحق ساله بقوله ايصلح هذا فقال انك ولدت وانت صغير اي جاهل لا تعلم حتى تتعلم
وهكذا حال كل احد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذا الكلام وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه

الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاشيا الستة وقال في اخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شيتم يدا بيد يعني
بذلك اذا اختلف النوعان فقال معوية ما بال اقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم احاديث لم نسمعها فقال
عبادة رضي الله عنه اشهد اني سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اعاد الحديث ثم قال لاحدثن به وان رغم انف
معاوية وكان معوية ممن يجوز التفاضل في الابتدا ثم رجع الى الحديث فلهذا قال لما قال وقيل انه اراد ان يسمعه في رواية
ومعوية رضي الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل ان يكون مراده بقوله احاديث لم نسمعها ما ذكر في اخر الحديث كاذا
اشتريتم بعضه ببعض كما كذ عبادة روايته سميته فان قوله اشهد بمعنى حلف ثم قال لاحدثن به لاني تيقنت بسماعه من
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا ادعه بقول معوية بل احدث به وان رغم
انف معوية وعن ابي الاشعث الصنعاني قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال ايها الناس انكم احدثتم
بيوعا لا ندري ما هي الا ان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه الا ان الفضة بالفضة تبرها وعينها سوا ولا باس
ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة اكثر ولا يصلح نسية الا ان الحنطة بالحنطة مدين بمدين الا ان الشعير بالشعير
مدين بمدين ولا باس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير اكثرها ولا يصلح نسية ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من
زاد او استزاد فقد اربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فانه قال انكم احدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود
الربا وفيه دليل على ان ادنى ما يجري فيه الربا من الاشياء المكيلة نصف صاع لان قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه
دليل انه كما يحرم اخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزيد اخذ والزايد معطي وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه قال
الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غايب بناجز فاني اخاف عليكم
الرما والرما هو الربا وان استنظرك الى ان يدخل بيته فلا تنظره ومعنى قوله لا يباع غايب بناجز اي نسية بنقد وفيه دليل
ان الربا كما يثبت بالتفاوت في البدلين في القدر يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسية وان القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد
الصرف كنى عنه بقوله وان استنظرك الى ان يدخل بيته وعن الشعبي رحمه الله قال لا باس ببيع السيف المحلى بالدراهم لان فيه
حمايله وجفنه ونصله ومراده اذا كان وزن الحلية اقل من وزن الدراهم ليكون الفضل بازا الجفن والحمايل وعن الحسن رحمه
الله ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه ناخذ
فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس وبالنقد من جنس الحلية بشرط
ان يكون ورقه اكثر من وزن الحلية وعن ابراهيم رحمه الله قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح رحمه الله معناه كالبيع في
الحكم وبه ناخذ فنقول الاقالة في الصرف كالبيع حتى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف
وهو معنى قول علمائنا رحمهم الله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ووجوب التقابض في المجلس من حق
الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال سمعت عمر رضي الله عنه على المنبر يقول ايها الناس لا تبتاعوا
الدرهم بالدرهمين فان ذلك ربا العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يبتاع مني هذا الدرهم
فليبتاع به ما شاء والمراد بقوله تعالى فان ذلك ربا العجلان اي ربا النقد وهو اشارة الى ان الربا نوعان في النقد والنسية
والمراد بقوله سحق درهم النفاية التي لا ينفق في حاجته يقال ثوب سحق اي خلق وفيه دليل انه لا باس بالشرا بالزيوف ولكن
بعد بيان عيبها لينتفي الغرور والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه لم يكن يرى باسا بقضا الورق
من الذهب والذهب من الورق بيعا كان او قرضا اذا كان بسعر يومه وبه ناخذ فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض
قبل القبض وذكر الطحاوي ان الاستبدال ببدل القرض لا يجوز وكانه ذهب الى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة العين
فلا يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لا يصل الاجل كبدل الصرف وهو وهم منه فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه
بمنزلة العارية وما يسترد في حكم عين المقبوض على ما بيناه في بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جايز وعن ابراهيم
رحمه الله انه كان يكره ان يشتري الرجل الثوب بدينار الا درهم وبه ناخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار باعتبار القيمة وطريق
معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولا ايضا والبيع بثمن مجهول لا يجوز واذا
اشترى الرجل الدراهم بدراهم اجود منها فلا يصلح له الا وزنا بوزن جيدها ورديها ومصوغها وتبرها وابيضها واسودها
في ذلك سوا للاحاديث التي رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة يتناول كل

ذلك

ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيده ورديه تبره ومصوغه نا فقه وغير نا فقه في ذلك سوا لانه لا قيمة للجودة والصنعة
منها عند مقابلتها بجنسها لوجود ذلك كعدمه ولا يجوز فيه شي من الاجل لما بينا ان التقابض واجب في مجلس العقد وان ترك احد
البدلين في المجلس مبطل للعقد فالتاجيل فيما هو مقتضى العقد مبطل له واذا اشترى فضة بيضا جيدة بفضة سودا باكثر
منها ومع البيضا ذهبا او فلوس او عرض فهو جايز عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لان الانقسام على مذهبه باعتبار
القيمة فيصيب البيضا اكثر من وزنها من الفضة السودا وعندنا يجعل من السودا بازا البيضا مثل وزنها والباقي بازا ما زاد
ترجيحا لجهة الجواز على جهة الفساد وقد قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة او سيفا محلى بفضة بدراهم
اكثر منها وزنا يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال اصبت قلادة يوم خيبر
فيها خرز وذهب فبعتها باثني عشر دينارا ثم سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى تفصل وتأويل ذلك عندنا اذا كان
لا يعلم انها اكثر وزنا او يعلم ان وزن الذهب الذي في القلادة اكثر او مثل المفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد
وان اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم باقل مما فيه او اكثر فهو جايز لان التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة الا ترى انه لا يخلص
منه شي فلا يجري الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى دارا مموهة بالذهب بثمن مؤجل فانه يجوز وان كان سقوفها من
التمويه بالذهب اكثر من الفضة او الذهب لانه لا يتخلص منه شي فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس واذا
اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد احدهما واخذ الاخر رهنا بحقه فيه وفاء فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جايز
لان التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة الا ترى انه لا يتخلص منه شي فلا يجري الربا باعتباره والرهن بما فيه لان عقد الرهن عقد
الاستيفا وتم ذلك بهلاك الرهن من ماليته دون العين حتى كان العين هالكا على مالك الرهن فيجعل مستوفيا قبل الافتراق بهلاك
الرهن بمنزلة الاستيفا حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة براس المال فهو كذلك ببدل الصرف واذا كان حلي
ذهب فيه لولو او جوهر لا يستطيع ان يخلصه منه الا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم ان الدينار اكثر مما فيه من الذهب
وعلى قول زفر رحمه الله اذا لم يعلم انها اكثر فالعقد جايز ايضا وقد بينا نظيره في السيف المحلى فان باعه بدينار نسية لم
يجز لان في حصة الحلية العقد صرف فيفسد بشرط الاجل في اللولو والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه الا بضرر فاذا فسد العقد
في بعضه فسد في كله ولا يجوز شرا الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنهما او وزن احدهما لقوله عليه السلام الفضة بالفضة
مثل بمثل والمراد المماثلة في الوزن فاما ان يكون المراد مثلا بمثل عند الله تعالى او عند المتعاقدين ونحن نعلم ان الاول ليس بمراد
فالاحكام لا تبنى على ما لا طريق لنا الى معرفته عرفنا ان المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو
شرط جواز العقد اذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فان وزنا بعد العقد فكانا متساويين فان كانا بعد في مجلس العقد
يجوز استحسانا لان مجلس العقد جعل كحالة العقد الا ترى ان انعدام الدينية في البدلين شرط جواز العقد ثم اذا انعدم ذلك
بالتقابض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فان وزنا بعد الافتراق عن المجلس فالعقد فاسد عندنا
وقال زفر رحمه الله ان كانا متساويين فالعقد جايز لانه قد تبين ان شرط الجواز وهي المماثلة كان موجودا عند العقد فانه
لا تاثير للوزن في احداث المماثلة وانما ظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط
لصحة العقد كما لو تزوج امراة بحضرة الشاهدين ولا يعلمهما المتعاقدان ولكنا نقول قد بينا ان العلم بالمماثلة
شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير الوزن الذي هو فعل المتعاقدين شرط جواز العقد كالايجاب
والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفضل موهوم والموهوم فيما
يبنى على الاحتياط كالمتحقق وتاثير الفضل في فساد العقد كتاثير عدم القبض او اقوى فكما ان ترك القبض حتى افترقا يفسد
هذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم باكثر مما فيه
ثم تفرقا قبل التقابض فسد البيع كله لانه شي واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد في حصة الحلية بترك التقابض ولا يمكن
ابقاه صحيحا في حصة الجفن والحمايل كما لا يجوز ابتدا البيع في الجفن والحمايل والفضل دون الفضة فان قبض السيف ونقد
من الثمن حصة الحلية في المجلس جاز لان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فينصرف المقبوض
الى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف
وكذلك ان اخر البقية الى اجل معلوم فهو جايز لانه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التاجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم

بدينار فقبضه ثم وجد فيها درهما ستوقا او رصاصا فان كان لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكانه لم يقبضه
اصلا وتاخير القبض الى اخر المجلس لا يضره وان كانا قد تفرقا فليس له ان يتجوز به لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم
فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يرده وكان شريكا في الدينار بحصته لانه تبين انه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم
يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى رحمه الله في هذا اللفظ فقال قوله كان شريكا في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك
في مثل ذلك الدينار بعشر لان النقود عندنا لا تتعين في العقود والفسوخ الا ترى انهما لما تفاسخا بعد التقابض العقد لم
يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فكذلك هاهنا لا يصير شريكا في عين ذلك
الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته الا ان يتراضيا على ان يرد عليه عين ذلك الدينار ولكن ما ذكر في الكتاب صحيح لان
بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الاصل لوجود شرط الفساد وهي الدينية لان الدين بالدين حرام ولكن اذا وجد
القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد واذا لم يوجد كان العقد فاسدا من اصله فتبين ان حصته من الدينار مقبوض
بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين في القبض كما في القبض
بحكم الهبة واذا اشترى الرجلان من الرجل الف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد
منهما مثل ما سمى ودفعه الى صاحبه قبل ان يتفرقا جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام
فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة المعنى في الفرق
ان السلع مستحقة بالعقد بيعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فاذا لم يكن موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه
واضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه لا يجوز فاما النقود مستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك
متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد صحيحا قال وليس هذا مثل بيع الرجل
ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى ما بينا وفيه بيان ايضا ان المنهي عنه بيع ما ليس عند الانسان فانه
محله المبيع وذلك في السلع دون الاثمان فلذلك يجوز الشرا بثمن ليس عنده وكل واحد من المتصارفين بهذه الصفة وكذلك الشرا
تبر الذهب بتبر الفضة او تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه
فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمنا سواء وهذا اذا كان التبر يروج بين الناس رواج
النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى انا مصوغا او قلب فضة بذهب او بفضة تبر ثم استحق
الانا او القلب بطل البيع وان كان في المجلس بخلاف الدراهم والدنانير فانها اذا استحقت قبل الفرقة فعليه ان يعطي مشتريها
مثلها ولا يبطل الصرف لان القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من الدراهم والدنانير
ينعدم القبض وترك القبض الى اخر المجلس لا يضر اما باستحقاق القلب ينعدم تسليم المعقود عليه وذلك يبطل العقد الا ترى
ان حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرفنا انه مبيع
فاستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما بينه وهذا اذا لم يجز المستحق العقد اما اذا اجازه جاز العقد لان الاجازة في حالة
الانتها كالاذن في الابتدا وعن ابي يوسف قال ان قال المستحق اثبت ملكي لاجيز العقد فله ان يجيزه وان لم يقل ذلك كان استحقاقه
ابطالا منه للبيع لانه يطلب من القاضي ان يقضي له بملك متقرر وذلك منا في اسبابا لا زاله فليس له ان يجيز العقد بعد ذلك والنقود
لا تتعين في عقود المعاوضات بالتعيين عندنا وتتعين عند زفر والشافعي رحمهما الله حتى لو اشترى شيا بدراهم معينة فحبسها
واعطى البايع مثلها فليس له ان يابى ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم او استحقت لا يبطل البيع عندنا وعند زفر والشافعي يبطل
لان هذا تصرف صدر من اهله في محله فصح التعيين كما في السلع وهذا لانه عقد معاوضة فيتعين بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف
ان النقود تملك اعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فما يملك عينه من المال يكون محلا لموجب العقد فكان هذا التعيين مصادفا
محله والدليل عليه ان النقود تتعين في القبض حتى ان الغاصب لو اراد حبس الدراهم المغصوبة ورد مثلها لم يكن له مثل ذلك وكذلك
في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك فكذلك في عقود المعاوضات وهذا لان في التعيين
فايدة لهما اما للبايع فلانه اذا ملك العين كان احق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه وربما
يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه ما لا يرغب في غيره واما منفعة المشتري فمن حيث انه لا يطالب بشي اخر اذا هلك ذلك العين في
يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشتري بها شيا فهلكت بطلت

الوكالة وتتعين في النذر ايضا والدليل على انها تتعين في البيع ان الغاصب اذا اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعاما ونقدها
لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان
بعت هذا العبد بهذه الالف وبهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصدق بالكر ولو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصدق
كما لو باعه بالف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكرخي رحمه الله يقول النقود تتعين في العقود جوازا لا استحقاقا
حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصدق بالدراهم ويجب بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا في ذلك ان الاستبدال بالنقود
قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى يملك عينها لصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز
ذلك كما في السلع ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز التصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف
كما في السلع ولو كان العقد يبطل بهلاكها كما قال من سمع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر حين قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
انا نبيع الابل بالبقيع فربما نبيعها بالدراهم ونأخذ مكانها الدنانير فقال عليه السلام لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل ولم
يستفسره انهم يبيعون بالدراهم المعينة او غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى احدهما ان تعيين النقد غير مفيد فيما هو
المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى في العقد ما يكون مفيدا الا ترى ان اصل العقد
اذا لم يكن مفيدا لا يعتبر وكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسميتها
الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بمقدار الدراهم لا بعينها وليس في عين الدراهم والدنانير مقصود
المقصود المالية وما وراء ذلك هي والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الاسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا المعنى
فعرفنا ان التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان
بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان اعيانها
مقصودة وهي تتفاوت في الربح فكان تعيينها مفيدا في الجملة اما ما ذكر من الفوايد ليس من مقاصد العقد وانما يطلب فايدة
التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين اكمل من ملك العين لانه بدون التعيين لا ينتقض العقد
وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعين وهلك بطل ملكه فيها فيه واذا ثبت دينا في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك
فيه بالاستحقاق والطريق الاخر وهو ان التعيين لو اعتبر في النقد بطل به العقد وبالاجماع العقد صحيح عرفنا ان التعيين لغو
وبيان هذا من وجهين احدهما وهو ان النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمنا والثمن ما يكون في الذمة كما قال الفراء
فاذا اعتبر التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك دينا في موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو ان حكم العقد
في الثمن وجوبه ووجوده معا بالعقد بخلاف السلع فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكا للبايع ولهذا يشترط
للعقد على السلع قيامها في ملك البايع الا في موضع الرخصة وهو السلم ولا يشترط ذلك في الثمن حتى يجوز الشرا بثمن ليس عنده من غير ضرورة
ولا تتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افترقا بعد تعيين راس المال قبل القبض لا يجوز
ولا يجبر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا ان تعيين الدراهم هنالك بالقبض باعتبار الضرورة
وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض واظهر من هذا كله
جواز الاستبدال براس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان او دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعل ما هو الحكم
شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطلا للعقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا ان التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين
تصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركنا فيه
والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا كان دينا في الذمة وفي الوكالة عندنا لا تتعين حتى لو اشترى
الوكيل بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشرا رجع على الموكل بمثلها اما قبل الشرا اذا هلكت انما بطلت
الوكالة عندنا لان الوكالة غير لازمة في نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي مسئلة الشرا بالدراهم المغصوبة
لا تتعين تلك الدراهم حتى لو اخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان في العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن
فيه الخبث فلهذا لا يحل تناوله وفي مسئلة الجامع لم تتعين الدراهم ايضا بدليل انه لا يلزمه التصدق بها ولكنه لما اضاف النذر
الى ما ثم ان الدراهم لا تتعين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كانه قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر في بيع هذا العبد
فهما صدقة وقد وجد ذلك وملك الكر بنفس العقد والشرط في الاثمان يعتبر بحسب الامكان واذا اشترى الرجل الف درهم بعينها

بماية دينار والدراهم بيض فاعطاه مكانها سود او رضي بها البايع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال فالسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما ابراه عن الصفة حين تجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب من النقرة السود الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض الدراهم كان له ان يعطيه ضربا اخر من الدنانير سوى ما عينه لم يجز ذلك الا برضاه فان رضي به كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحد وقد بينا انا نعني لم يتعين كانما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضربا هو دون المسمى فان اعطاه ضربا هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضى مشتري الدينار به لانه اوفاه حقه وزيادة الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله ان لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا في السلم ولو اشترى الف درهم بماية دينار ولم يسم كل واحد منهما شيا فلكل واحد منهما نقد الناس في ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس في المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول وان كانا بالكوفة فهو على دنانير كوفية لان الدراهم والدنانير في البلدان تختلف وتتفاوت في العيار والظاهر ان في كل بلدة انما يقصد الانسان بما هو النقد المعروف فيها فان كانا ببلد نقوده مختلفة متفاضلة كان البيع فاسدا الا ان يسميا ضربا من ذلك معلوما وهذا اذا كانت النقود في الرواج سوا لانه لا يمكن ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب ياتي بادنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد العقد اذا لم يسميا ضربا معلوما وان كان نقدا من ذلك معروفا وشرطا في العقد نقدا اخر فالعقد ينعقد على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند التنصيص بخلافه الا ترى ان تقديم الماىدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط اعتباره اذا قال لا تاكل فان اختلفا فقال احدهما شرطت لي كذا افضل من النقد المعروف وقال الاخر لم اشترط لك شيا تحالفا وترادا لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الردي حتى اذا كان احدهما عينا والاخر دينا كان اختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنص فانه يلزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما بينة اخذت ببينة الذي يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها واذا ابتاع الرجل سيفا محلى بفضة بدنانير فقبض السيف ولم ينقد الدنانير حتى افترقا جميعا فانه يرد السيف الى المشتري الاول لان كل واحد من العقدين صرف يبطل بالافتراق قبل القبض واذا بطل العقد الثاني رجع السيف الى المشتري الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد شراؤه بالافتراق ايضا فيلزمه رد المقبوض الى البايع ولو لم يفارق الاخر الاوسط حتى فارقه الاول ثم نقده الاخر جاز بيع الاوسط في السيف لانه باعه بعد تمام ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثاني بالتقابض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبايع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الاخر جاز بيعه ايضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقي ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى ثم نفذ بيعه وعجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الاوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الاخر الثمن ودفع اليه نصف السيف او لم يدفع حتى جاء الاول وخاصمه فانه يدفع الى الاول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع في نصفه فيضمن الاوسط نصف قيمة السيف للاول من الذهب كيلا يؤدي الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم واذا اشترى الف درهم بماية دينار ونقد الدنانير وقال الاخر اجعل الدراهم قصاصا بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وان ابى لم يجبر على ذلك ولو لم يكن قصاصا فالحاصل ان المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف تجوز عندنا استحسانا اذا اتفقا عليه وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان العقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقا وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الابراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان في المقاصة يكون اخر الدينين قضاء عن اولهما ولا يكون اولهما قضاء عن اخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا بدل الصرف الدين الذي كان واجبا وبدل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاؤه اخريه والدليل عليه راس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان انهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو اضافا العقد اليه في الابتدا بان يشتري بالعشرة التي عليه دينارا ويقبض الدينار في المجلس فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء لانهما قصدا

تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصودا لكل احد ولهذا شرطنا تقاضيهما على المقاصة وان كان في ساير الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قديم بهما فالتصرف فيه بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضي العقد القايم بينهما حقهما يملكان استدامته ورفعه فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون ان عندما اتفقا على المقاصة يجعل كانهما فسخا العقد الاول ثم جدداه مضافا الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بالاقالة يصير رد المقبوض مستحقا في المجلس والدليل عليه انهما لو جعلا بدل الصرف قصاصا بدين اخر وجوبه عن عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتاخر في ذلك سوا وانما الفرق بينهما على الطريق الاول فانهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصح منهما اضافة العقد اليه في الابتداء وذلك في الدين الذي سبق وجوبه على عقد الصرف دون ما تاخر وجوبه عنه واشار في الزيادات الى ان المقاصة ايضا يقع بالدين المتاخر يقع عن عقد الصرف دون ما تاخر وجوبه عنه واشار في الزيادات الى ان المقاصة ايضا يقع بالدين المتاخر يقع عن عقد الصرف وذلك في رواية ابي سليمن رحمه الله مثل ما ذكر في الزيادات ولكن المعتمد هو الاول ولهذا فارق راس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى راس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افترقا قبل قبض راس المال فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لان ما يقابل راس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين راس المال فيكون دينا بدين وهنا ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جايز فان ادى بعض الدراهم ثم فارقه قبل ان يؤدي البقية انتقض من الصرف بقدر ما بقي اعتبارا للبعض بالكل والفساد لمعنى طاري في بعض العقد لا يتعدى الى ما بقي ولو وكل احدهما وكيلا بالدفع والقبض جاز بعد ان يقبض الوكيل قبل ان يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل احدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما ان يشتري من صاحبه شيا بثمن الصرف قبل ان يقبضه لما في الاستبدال من تفويت القبض المستحق بالعقد في المجلس لان القبض معتبر للتعيين ولا يحصل ذلك فيما تناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال وكذلك لا يشتري به من غيره شيا لان التصرف في الدين مع من عليه الدين اقرب الى النفوذ منه مع غيره فاذا لم يجز الاستبدال ببدل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين اولى ان لا يجوز واذا اشترى ابريق فضة وزنه الف درهم بالف درهم ونقد خمسماية وقبض الابريق ثم افترقا فانه يلزمه نصف الابريق ويبطل نصفه اعتبارا للبعض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبعيض لانه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البدل بخلاف ما اذا استحق نصف الابريق فانه يتخير فيما بقي منه لان التبعيض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاضا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيبا كسرا او هشما عيبا فله ان يرده بالعيب لان مطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة الابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له ان يلحق الضرر بالبايع وفي الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب من الثمن فان رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلته الابريق اقل من وزنه من الفضة الا ان يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقي على البايع حتى انكسر الابريق لزمه النصف الباقي للعيب الحادث عنده ورجع بنصف الثمن لان العقد في النصف المستحق قد بطل واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فتراضيا على ان تكون العشرة قصاصا ببدل الصرف لا يجوز لان هذا دين متاخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه في معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بايع الدراهم ثم قضاها اياه بعد ما جاز ذلك لان المستقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كساير امواله فهو كما لو استقرض من غيره سوا الا ان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدلين واما الباقي لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقابضا الا درهما واحدا بقي من العشرة فاراد الذي اشترى منه الدراهم ان ياخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عنده الا الدرهم فله ذلك لان العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى رحمه الله وقد بيناها فاما ان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا او غيره مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقي ملكا له في يد صاحبه او دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد الصرف فيجوز الاستبدال به كبدل القرض وان اشترى بذلك بالدرهم لا يجوز لان حقه قد بطل عن الدرهم بالافتراق قبل القبض وان كان قبل الافتراق كان الدرهم مستحقا له بعقد الصرف والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز وان كان لرجل على رجل الف درهم من قرض

او غيره فباع دينه من رجل اخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز عليه ان يرد الدنانير لا يرد الاعلى مال المتقوم وما في ذمة زيد لا يكون
مالا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البايع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفي ولا يدري متى يستوفي وهذا على قول من يقول
النقد المضاف اليه يتعين في العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين جائز عنده وهو قول زفر رحمه الله اما عندنا بيع
الدين من غير من عليه الدين والشرا بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشرا لا يتعلق بالدين المضاف اليه
الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشرا صحيحا بمثل ذلك من الثمن في ذمته كذلك هنا يصح الشرا
بمثل ذلك الدين في ذمة المشتري وهنا لانه اذا اضاف العقد الى عين فانما يتعين ذلك لتتم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود
عند اضافة الشرا الى الدين ولكنا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل واذا ملكه بغير بدل لم يجز فاذا ملكه
ببدل اولى ثم للفساد هنا طريقان احدهما انه باضافة الشرا الى ذلك الدين يصير كانه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك
ذلك الدين فيتمكن من ادا الثمن ولا يدري متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثاني ان يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري
مستحقا بالشرى وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه او اشترى بالدين المظنون شيا واذا كانت الدراهم او الدنانير
وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم وتقابضا فجا صاحبها فاخذها من البايع فان كانا لم يتفرقا كان
له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكانهما لم يتقابضا الى اخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته وان كانا قد افترقا
بطل الصرف اذا اخذها المستحق لانتقاض القبض بالاستحقاق من الاصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه اجاز البيع جاز ذلك
عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر رحمه الله الصرف باطل لان الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا ملك قبل
الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولاحدهما شرط خيار
ثم اسقط الخيار ولكنا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام وانما القبض الذي بني
عليه يكون تاما ايضا وانما فيه خيار حكمي للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الروية والعيب فاذا اسقط هذا الخيار بالاجازة
تبين ان الافتراق حصل عن قبض تام وكان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا بخلاف شرط الخيار فانه يجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق
بالشرط على ما بينته في بابه فان كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فاجاز صاحبه البيع جاز والثمن له لان المودع
هنا بايع للابريق فانه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغير امره فاجاز صاحبه كان الثمن له وفي الاول المودع مشتري الدنانير
لنفسه بالدراهم ثم نقد بدراهم الوديعة دينا عليه فكان مستقرضا فاذا اجازه صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى
رجل عشرة دراهم ودينارا باثني عشر درهما فهو جائز عندنا على ان تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا
او درهما بدينارين ودرهمين فهو جائز عندنا استحسانا على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله تعالى اعلم

باب الخيار في الصرف

واذا اشترى الرجل من الرجل الف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان ابطل الخيار قبل ان يتفرقا جاز البيع وان
تفرقا قبل ان يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لانهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا
بالشرط لان قوله على اني بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ايضا
ومعنى الغرر يعتمد ادخاله على الحكم دون السبب اقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فاذا اسقط الخيار
قبل ان يفترقا فانما افترقا بعد قبض تام واذا افترقا قبل اسقاط الخيار فانما افترقا قبل تمام القبض وهذا بنا على اصلنا ان المفسد
اذا زال قبل تقرره يصير كانه لم يكن خلافا لزفر رحمه الله وقد بيناه في البيوع وكذلك ان كان الخيار للبايع او لهما وطالت المدة او قصرت
وكذلك الانا المصوغ والسيف المحلى والطوق من ذهب فيه لولو وجوهر لا يتخلص الا بكسر الطوق لان العقد في حصة الطوق يفسد
بشرط الخيار فيفسد في الكل لانه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم الا بضرر فاما الجام المموه وما اشبهه فان شرط الخيار
في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخلص فلا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح واذا اشترى
جارية وطوقا ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشترط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة
المفسدة وعند ابي حنيفة رحمه الله يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد

بينا

بينا هذا الاصل في البيوع وهما يفترقان بين هذا وبين الاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة البيع لما في تمييز البعض من
البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تمييز الجارية من الطوق في التسليم ولذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط
الاجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وابو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا تركا التقابض حتى افترقا فانه يبطل العقد
في حصة الطوق دون الجارية لان المفسد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط
الخيار والاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الكل
وان اشتراهما بحنطة او عرض واشترط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس
بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في
المجلس فالصرف مبادلة الاثمان بعضها ببعض متفق الجنس او مختلف وقد بينا هذا والله اعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البايع فالبيع جائز لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد
بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا فلا يشترط قيامها في ملك بايعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم
والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق او بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما
قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في غير الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم
ليس بصرف وكذلك لو افترقا بعد قبض الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمه الله لا يجوز هذا العقد
اصلا لان من اصل زفر ان الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين في العقد اذا عينت فاذا كانت بغير عينها فان لم يصحبها
حرف الباء لا يجوز العقد لانه بيع ما ليس عند الانسان وان صحبها حرف الباء وفي مقابلتها عرض يجوز العقد لانها ثمن وان كان
بمقابلتها النقد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة اذ قابلها ما لا يكون الا ثمنا اما عندنا الفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح
الناس على كونها ثمنا للاشيا فانما يتعلق العقد بالقدر المسمى منها في الذمة ويكون ثمنا عينت او لم تعين كما في الدراهم والدنانير
وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عفوا بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن
محمد رحمه الله لو اشترى مائة فلس بدرهم على انهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان القبض لا يتم مع اشتراط الخيار
فكانهما تفرقا قبل التقابض وان كان الخيار مشروطا لاحدهما فتفرقا بعد التقابض فالبيع جائز لان التسليم تم ممن لم يشترط
الخيار في البدل الذي من جانبه وقبض احد البدلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط
له الخيار يملك عوض صاحبه اما عند ابي حنيفة رحمه الله المشروط له الخيار كما لا يملك عليه البدل الذي من جانبه لا يملك البدل الذي
من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة او خاتم ذهب فيه فص او ليس فيه فص
بكذا فلسا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفرق او لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افترقا عن عين
بدين فان الخاتم يتعين بالتعيين بخلاف ما سبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فلهذا شرط هناك قبض احد البدلين
في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس او اشترى بها فاكهة او لحما وغير ذلك بعد ان يكون المبيع بعينه
لان الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسوا قال اشتريت منك كذا
فلسا بدرهم او درهما بكذا فلسا لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقد عندنا صحبها حرف الباء او لم يصحبها وقيام الملك في الثمن عند العقد
ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة افلس بعينها فله ان يعطي غيرها مما يجوز بين الناس وان اعطاه بعينها ثم وجد فيها فلسا لا ينفق
استبدله كما يستبدل الزيف في الدراهم لانه ما دام ثمنا فانما يثبت في الذمة ولا يتعين بالتعيين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين
باعيانهما وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع الا ان هناك ذكر قول ابي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول ابي حنيفة رحمه الله
كقول ابي يوسف وعللهما فقال لانها لا توزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع
وزنا وبيع قمقمة بعينها بقمقمتين باعيانهما يجوز وكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم وقبض من الفلوس
خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين الباقية لانها لو كسدت قبل ان يقبض منها شيا بطل العقد في الكل فكذلك اذا
كسدت قبل ان يقبض بعضها اعتبارا للبعض بالكل وعلى قول زفر رحمه الله اذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد

لان العقد تناول عينها والعين باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكنا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمنا وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية ففي حصة ما لم يقبض انعدم احد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او بتخمر العصير فسد العقد فهذا مثله ثم يرد البايع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري ان يشتري منه بذلك النصف درهم ما احب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو لم يكسد ولكنها رخصت او غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تغير رغايب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له في ذلك ولو اشترى ماية فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا ان المبادلة بالدين من غير من عليه لا تجوز وكذلك لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بالفلوس او غيرها لم يجز لهذا المعنى

واذا اشترى ماية فلس بدرهم فلم يقبضها حتى لو باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفضل عشرة فهو جايز مستقيم كما لو كان قبض الماية وهذا لانه باع بالعقد الثاني ما لم يلزم الفلوس في ذمته ولا نصف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح انما حصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة او غيرها بدانق فلوس او بقيراط فلوس فهو جايز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم اخفى ولم يبين على حكم الجواز او الفساد هنا وروى هشام عن محمد رحمهما الله فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس او بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الكل وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدراهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من ان تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر الوزن والفلوس عددي فيلغوا اعتبار ذكر الوزن فيه فبقي ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد وابو يوسف رحمه الله يقول بذكر الدانق والدرهم يصير ذكر الفلوس معلوما لان مقدار ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية الدرهم كتسمية العدد في الاعلام على وجه لا تتمكن المنازعة فيها ومحمد رحمه الله يقول فيما دون الدرهم يكون الاستعمال فيما بين الناس العبارة عن ما يؤخذ من عدد الفلوس فيقام مقام تسميته ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ يوضحه الفرق ان الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقيم ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم معلوم بنفسه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلهذا قال هو في الدرهم اخفى

رجل اعطى رجلا درهما فقال اعطني بنصفه كذا فلسا واعطني بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جايز لانه جمع بين العقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد فان افترقا قبل ان يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وانما افترقا بعد قبض احد البدلين ولو لم ينقد الدرهم الكبير حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال اعطني بنصفه كذا فلسا واعطني بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة ففي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله يفسد البيع كله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف درهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا فسد العقد لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع قال رضي الله عنه الصحيح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسألة في الاصل فانه قال واعطني بنصفه الباقي درهما فاذا تكرر الاعطا يتفرق العقد به وفساد احد العقدين لا يوجب فساد الآخر الا ترى ان على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في احدهما شرطا للقبول في الآخر الا ان يكون وضع المسألة على ما ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر وبنصف الباقي درهما صغيرا فحينئذ يكون العقد واحدا لانه لم يتكرر ما به ينعقد العقد وهو قوله اعطني ولو قال اعطني بكذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطا كان جايزا كله اذا تقابضا قبل ان يفترقا لانه يقابل الدرهم هنا بما سمي من الفلوس ونصف درهم الا قيراطا فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي كله بازاء الفلوس

رجل باع درهما بما لا ينفق من رجل قد علم عيبه بخمسة دوانيق فلس هو جايز لان خمسة دوانيق فلس اسم لماية فلس اذا كان كل عشرين بدانق وبيع الدرهم بماية فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف

درهم

درهم فلوس ودرهم صغير وزنه دانقين اذا تقابضا قبل التفارق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة او بدرهم غير قيراط فضة لم يجز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا لان النبهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف الستوق ولو قال اعطني بهذه الفضة كذا فلسا فهو جايز لانهما نوعان مختلفان وان باعه اياه بخمسة اسداس درهم او بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سمى يقع على الفضة دون الفلوس وان كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذلك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيا بدانق او بدانقين او بنصف درهم فهذا كله يقع على الفضة الا ان يقترن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ يكون عبارة عن عدد من الفلوس مجازا

وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جايز والدرهم دين لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم يتغير بكساد الفلوس فيبقى دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت ففي القياس هو جايز ايضا لان بالكساد لا يتغير عينها ولا يتعذر تسليمها بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه ان يرد الدرهم لانه مقبوض في يده بسبب فاسد وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها فالبيع ينتقض استحسانا لانها تبدلت معنى حين خرجت من ان تكون ثمنا وماليتها كانت بصفة الثمنية لما كانت رائجة فيفوتها يفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا وبعض المتاخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض اي يخرج من ان يكون لازما ويتخير البايع في نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك قبل قبضه فيتخير اما اصل المالية لا ينعدم بالكساد فيبقى العقد لذلك والاول اصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قايمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قايمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوسا لان هناك بعد الكساد لا يجوز ابتدا ذلك العقد لانها بالكساد تجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يمكن ان تجعل ثمنا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز ونحوه وان اشترى فاكهة بدانق فلس والدانق عشرون فلسا فلم يؤد الفلوس حتى غلت او رخصت فعليه عشرون فلسا لان بالغلاء والرخص لا ينعدم وصفه وصار هو عند العقد بتسمية الدانق مسميا ما يوخذ به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك العدد لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله وان اشترى فلوسا بدرهم فوجد فيها فلسا نافقه لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقه وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فيه لان ما بازايه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفا قبل الافتراق كان له ان يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدرهم استبدله ايضا ما لم يتفرقا لان الدينية الى آخر المجلس في البدلين في المجلس عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدرهم كما في الصرف اذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض العقد فيه من الاصل وما بازايه غير مقبوض فكان دينا بدين بعد المجلس وان كان يجوز منها في حال ولا يجوز في حال استبدله في المجلس قبل ان يتفرقا لانه بمنزلة الزيوف في الدراهم وقد بينا في السلم والصرف انه اذا وجد القليل زيوفا فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد ويجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض العقد فيه من الاصل فتبين ان الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين

وان استقرض عشرة افلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول ابي حنيفة رحمه الله قياسا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هي ثمن وبعد الكساد تفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن ايدي الناس بخلاف ما اذا غلت او رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير رغايب الناس فيها وذلك غير معلوم معتبر كما في البيع وابو حنيفة رحمه الله يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليم مثله كما اذا غلت او رخصت وهذا لان جواز الاستقراض في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جاير في كل مكيل او موزون او عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم تخرج من ان تكون من ذوات الامثال بخلاف البيع فقد بينا ان دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد يوضحه ان بدل القر

في الحكم كانه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كانه غصب منه
فلوسا فكسدت وهناك يبرأ برد عينها فهنا ايضا يبرأ برد مثلها ثم عند ابي يوسف اذا وجبت القيمة فانما يعتبر قيمتها من
الفضة من وقت القبض وعند محمد رحمه الله يعتبر قيمتها باخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ما اذا اتلف شيئا من
ذوات الامثال فانقطع المثل عن ايدي الناس فهناك عند ابي يوسف رحمه الله تعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد رحمه
الله باخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب الغصب وان استقرض دانق فلوس او نصف درهم فلوس ثم
رخصت او غلت لم يكن عليه الا مثل عدد الذي اخذ لان الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك
لو قال اقرضني دانق حنطة فاقرضه ربع حنطة فعليه ان يرد مثله باعتبار المقبوض لا معتبر بتسمية الدانق فيه وكذلك لو قال
اقرضني عشرة دراهم بدينار فاعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها وكذلك كل ما يكال او يوزن
فالحاصل ان المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل فكل ما كان من ذوات الامثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من
الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو اشتراط رد شيء اخر فعليه ان يرد مثل المقبوض وكذلك ما يعد من الجوز والبيض
وان اقرض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال تارة ويعد اخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلا وعددا وما فيه من خلاف زفر
رحمه الله فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب اليه لقوله عليه السلام القرض مرتين والصدقة مرة وقال عليه
السلام الصدقة بعشر امثالها والقرض بثمانية عشر وقيل في معناه انه لا يستقرض الا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم
الاصل فيه ان ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من
غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا يثبت
به المماثلة في القرض كما لا يثبت به المماثلة المشروطة في باب الربا واصل اخر ان القرض في معنى العارية لانما يسترده المقرض في
الحكم كانه عين ما دفع اليه اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به
مع بقاء عينه لا يجوز استقراضه لان اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا يملك بها العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت
ملكا صحيحا في عينه وكلما لا ينافي فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به الا مع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل
عن عينه فاقراضه واعارته تمليك بعضه واذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل او موزون وكذلك في العدديات
المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل وانما يختلفون في اقراض الخبز فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز عددا
ولا وزنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعن محمد رحمه الله انه يجوز عددا قال هشام فقلت
له وزنا فرايته ينفر من ذلك واستقبحه وقال من يفعل ذلك واما السلم في الخبز لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحفظ عنهما خلاف
ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما طلب في النوادر وقال لانه لا يوقف على حد
معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرض لا يحصل ذلك بالاخر وما لا يوقف على
حده لا يجوز السلم فيه ثم بهذه العلة افسد ابو حنيفة رحمه الله الاستقراض فيه لان السلم اوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا
يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض فيه من باب اولى وابو يوسف رحمه الله يقول الخبز
موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع ان استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا
لانه يتفاوت فيه الصغير والكبير ومحمد رحمه الله جوز استقراضه عددا لانه صنيع الناس فقد تعاملوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم
رحمه الله انه سئل عمن استقرض رغيفا فرد اصغر او اكبر قال لا باس به هو عمل الناس قال الكرخي رحمه الله انما استقبح
محمد رحمه الله قول من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان اعلامه بالوزن ابلغ من
اعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا اولى ومن اصحابنا رحمهم الله من قال بل استقبح جواز
استقراضه وزنا لان القياس فيه ما قاله ابو حنيفة رحمه الله انه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد رحمه الله للتعارف الناس
وذلك في استقراضه عددا فبقي استقراضه وزنا على اصل القياس واما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منها عندنا وقال
الشافعي رحمه الله تعالى يجوز ذلك الا في الجواري لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم احسنكم
قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندي في السلم وعند الكل في النكاح والخلع والصلح في دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل
والموزون وهذا لان القرض موجبه ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محتمل لذلك فلما كان محلا لموجب القرض كان

الاستقراض جائزا الا ان في الجواري لا اجوز ذلك لا لاستقراض كما لا اجوز السلم على احد القولين وعلى القول الذي اجوز السلم
فيه الفرق ان المقصود في الجواري ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة واما القرض بدل بطريق التبرع
وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لا يجوز الاستقراض فيه بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود
بها يحل فيه العقد بالبدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه وحجتنا في ذلك ان هذا عين مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا
يجوز استقراضه كالجواري وهذا يتبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا في الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة في
المالية لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة
في المالية فاذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس
بشرط المعادلة في المالية فاما اذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه مع انه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو اتاها بالقيمة
اجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك في القرض ابدا وعندي في الجواري فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يحل فيه
البدل ويثبت بطريق التبرع الا ترى ان ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المتعة وهو ما اذا كانت اخته من الرضاعة
او منكوحة الغير ولان الحيوان ينفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة
الاعارة ففيما ينفصل المنفعة فيه عن العين نتمكن من حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح الاقراض فيه فاما الحديث فانما استقرض
رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روي انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضي ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة
وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان يستسلف في الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض متقارب ثم لم
يجب الزكاة على صاحب المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في اول
الغصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة
المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكن ان يجعل الفاسد اصلا في معرفة حكمه لان الشرع لم يرد به فلا بد
من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض
في الثياب قالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا وحقيقة المعنى فيه ان المعتبر في السلم اعلام
المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت الا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما
في باب القرض الشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوض وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل انها لا تضمن بالمثل
عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول
لانها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال لا باس باستقراضها لانها مضمونة
بالمثل عند الاستهلاك ولا يجوز الاجل في القرض معناه انه لو اجله عند الاقراض مدة معلومة او بعد الاقراض لا يثبت الاجل
وله ان يطالبه به في الحال وعند مالك رحمه الله يثبت الاجل في القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التاجيل فيه كالثمن
والاجرة يدل عليه ان التاجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة في بدل القرض الى غاية بالابراء صحيح فالتاجيل فيه اولى
ان يصح ولنا فيه طريقان احدهما ان المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه
لصار التبرع ملزما المتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وذلك مناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع
العقد فيه لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثاني ان القرض بمنزلة العارية على ما قررنا
والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان المعير وان وقته سنة فله ان يسترده من ساعته فكذلك الاجل في القرض وبه تبين الجواب
عن قوله هو دين لان بدل القرض في الحكم عين المقبوض اذ لو جعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض فيكون مبادلة الشيء
بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابراء لانه بالابراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض لا يزيل ملكه فلو لزم الاجل فيه
لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه الى مضي الاجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التاجيل في بدل الغصب والمستهلك
يجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله اما مع الشافعي فالكلام ينبني على اصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من
الديون الا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو اجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الاجل لان الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم
اما منفردا عن العقد لا يتعلق به اللزوم ولكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض فيه كاسقاط القبض
فيه بالابراء صحيح فكذلك بالتاجيل واما زفر رحمه الله فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الاجل في القرض

فكذلك في بدل الغصب وهذا لان المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى لان التاجيل فيه منع له
التزام الرد اجود مما قبض او ازيف او ادنى منه وذلك لا يكون ملزما ٭ وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة ٭
فاشتراط الاجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال ابو يوسف
رحمه الله ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض احق باسترداده ما لم يخرجه المستقرض من ملكه ولكنا نقول
المستقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين كما املاك العين التحق بسائر املاكه
وكان الخيار في تعيين ما يرده الى المستقرض وهذا لانه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلاعتباره دين صورة جعلنا
اختيار محل القضاء اليه في ذمته ولاعتباره عين حكما قلنا لا يلزم فيه الاجل وعارية الدراهم قرض للاصل الذي قلنا ان
القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به الا في الاستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لان المعير مسلط للمستعير
على الانتفاع بالمستعار على ان يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعادة مسلطا على استهلاك
العين في حاجته على ان يرد عليه مثله وذلك اقراض ٭ الا ترى ان المستعير للدراهم لو اشترى بها جارية كانت له
وعليه مثلها وهو اشارة الى ما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم
في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له ان يقضي الدين بها على ان يضمن مثلها فاما الاواني من الذهب والفضة والجواهر
وغيرها فليست بقرض ولكنها عوارى لان منافعها تنفصل عن عينها فلا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم
يجز بيعه فيها ٭ والله تعالى اعلم ٭

باب القرض والصرف فيه

٭ روى عن زينب امراة عبد الله بن مسعود قالت اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين وسقا من شعير
فقال لي عاصم بن عدي اعطيك تمرا هنا واتوفى تمرك بخيبر فقال لا حتى اسال عن ذلك فسالت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهاني عنه
وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه ناخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشتراط الايفاء بدل له حمل ومؤنة في مكان اخر يبطل
للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستقراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق
عن نفسه ومؤنة الحمل ٭ ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا ٭ وعن محمد بن سيرين رحمه الله قال
اقرض عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ابي بن كعب عشرة الاف درهم وكانت لابي رضي الله عنه نخل فحمل فاهدى ابي بن كعب لعمر رضي
الله عنهما رطبا فرده عليه فلقيه ابي فقال اظننت اني اهديت اليك لاجل مالك ابعث الى مالك فخذه فقال عمر رضي الله عنه لابي
رد علينا هديتنا وبه ناخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن انه انما اهدى اليه لاجل ماله
فكان ذلك منفعة القرض فلما اعلمه ابي انه ما اهدى اليه لاجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة
اذا كانت مشروطة في الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا باس به حتى انه لو رد المستقرض اجود مما قبضه
فان كان ذلك عن شرط لم يحل لانه منفعة القرض وان لم يكن كذلك عن شرط فلا باس به لانه احسن في قضاء الدين وهو
مندوب اليه وبيانه في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وارجح له فقال لو اراد
فقال عليه السلام انا كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط
اذا لم يكن فيه عرف ظاهر اما اذا كان يعرف انه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه اولى لان المعروف كالمشروط والذي يحكى
انه كان لابي حنيفة رحمه الله على رجل مال فاتاه ليطالبه فلم يقف في ظل جداره ووقف في الشمس لا اصل له لان ابا حنيفة كان
افقه من ذلك فان الوقوف في ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متطلوبا ٭ وذكر عن الشعبي رحمه
الله انه كان يكره ان يقول الرجل للرجل اقرضني فيقول لا حتى ابيعك وانما اراد بهذا بيان كراهة العينة وهو ان يبيعه ما يساوي
عشرة بخمسة عشر ليبيعه المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا في معنى قرض جر منفعة والاقراض مندوب اليه في الشرع ٭
والغرور حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع عما ندبوا اليه والاقدام على ما نهوا عنه من الغرور ونحوه ورد
الاثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم حتى يطمع فيكم ٭ وعن ابن عمر والحسن رضي الله عنهما قالا في الرجل يكون
له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير ياخذها بقيمتها في السوق وهذا لان في اختلاف الجنس لا يظهر حكم الربا بخلاف ما اذا كان

الجنس واحدا كما ذكر عن الشعبي ٭ وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه
الى مكة وقال انههم عن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وعن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن وبه ناخذ وصفة الشرطين في البيع
ان يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف ان يبيع منه شيئا ليقرضه او يؤجله في الثمن ليعطيه على ذلك ربحا
وبيع ما لم يقبض عام دخله الخصوص في غير المبيع من الصداق وغيره وظهر ان المراد النهي عن البيع مع بقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف
وذلك في المنقول دون العقار وقد بيناه في البيوع وعن ربح ما لم يضمن هو في معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس في ضمان المشتري فما
حصل من الربح فيه لا يطيب له وزاد في بعض الروايات وعن بيع ما ليس عنده يعني ما ليس في ملكه بيانه في حديث حزام بن حكيم رضي الله
عنه انه قال يا رسول الله اني ربما ادخل السوق فاستجيد السلعة ثم اذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
وعن الشعبي رحمه الله قال اقرض عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال لا الا من عرضه مثل دراهمي ٭ وعن عامر قال لا باس ان يقضي
اجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روي ان ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه ناخذ وتاويل كراهة ابن مسعود رضي
الله عنه ان الرجل انما فعل ذلك لاجل القرض فلهذا كرهه وقد رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل
الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس له فقال انه اوصى الي في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتر من ماله شيئا ولا تستقرض منه
شيئا وبه ناخذ فنقول ليس للوصي ان يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان
الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث ياخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئا ولكن
ابا حنيفة رحمه الله يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة او باقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده هذا الاثر
من هذا الامر له بان يتقي التهمة عن نفسه ٭ وعن عطاء ان ابن الزبير رضي الله عنه كان ياخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة
والى الكوفة فياخذون اجود من ورقهم قال عطاء فسالت ابن عباس رضي الله عنه عن اخذهم اجود من ورقهم قال لا باس
بذلك ما لم يكن شرطا وبه ناخذ فمعقول المنهي عنه هي المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الاحسان
بالاحسان وانما جزاء الاحسان الاحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا باس به اذا لم يكن مشروطا ٭ وعن ابن عباس
رضي الله عنهما انه كان ياخذ الورق بمكة على ان يكتب لهم الى الكوفة بها وتاويل هذا عندنا انه كان من غير الشرط فاما اذا كان
مشروطا فذلك مكروه والسفاتج التي يتعامل بها الناس على هذا ان اقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا باس به وان شرط
في القرض فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة ٭ رجل باع من رجل عبدا بثمن مسمى الى اجل على
ان يوفيه اياه في مصر اخر فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد
مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا في الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مفيدا غير معتبر اذا لم يكن مفيدا
وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان اخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط
زمان التسليم لان التسليم لا يتاتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الاجل فكذلك شرط المكان
بخلاف البيع فان لم يبين في البيع موضع الاجل والمسالة بحالها ففيما له حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة
موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة فهذا شرط اجل مجهول لان تعيين مكان التسليم فيما له حمل ومؤنة معتبر فلا يلزمه
التسليم ما لم ياتيا ذلك المكان واما ما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الاجل المجهول لنفسه الى
ان ياتي ذلك المكان ٭ وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم في الحال لان التسليم فيما لا حمل له ولا
مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل في ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا ٭ واذا اقرض الرجل الرجل دراهم ثم
صالحه منها على اقل من وزنها فهو جائز لانه قبض البعض فان فارقه قبل ان يعطيه لم يبطل الصلح لانه لا يتمكن في هذا التصرف
معنى المبادلة وصحة الابراء لا يستدعي القبض وهذا بخلاف ما لو صالحه على ان اجله فيها سنة لان التاجيل بعد الاقراض
كالمقرون بالاقراض والمعنى الذي لاجله لا يلزم الاجل اذا اقترن بالاقراض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التاجيل
بعد الاقراض وان صالحه على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس ٭
فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعدما قبض بعضها برئ من حصة المقبوض وعليه رد ما بقي من الدراهم
اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر او مصوغ لا يعلم وزنه جاز اذا قبضه قبل الافتراق لان ربا الفضل ينعدم
عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجري وتوهم الفضل كحقيقته

فيما يبنى امره على الاحتياط وقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بعينه او ورق قبل قوله او ورق زياده من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان في لفظ الصلح ما يدل على ان ما وقع عليه الصلح من الورق اقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا ان يعلم انه اكثر من حقه وزنا وان اقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها او بغير عينها فهو جايز ان قبضها قبل ان يتفرقا لان الفلوس الرايجة لا تتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك فانه كان الدرهم بذمته ولهذا سقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس بالدراهم ان قبض احد البدلين قبل الافتراق يكفي قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا لان الدين لا يتعين الا بالقبض والعين وذلك لا يحصل بالقبض الذي في الذمة فلا يخرج به من ان يكون دينا بدين فيكون هذا افتراقا عن دين بدين وان اقرضه الف درهم واخذ بها كفيلا ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قايم مقام الاصيل وثبت في ذمته ما هو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جايز على الدنانير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء او بالهبة رجع به على الاصيل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه الا بمائة درهم لان الطالب هنا ابرى عما زاد على المائة والكفيل لا يملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما ادى والطالب له ان يرجع بتسعمائة على المكفول عنه قال الشيخ الامام الاجل ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله لم يذكر فصل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع اخر ووجه ذلك ان الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فكان للطالب ان يرجع بالتسعمائة الباقية وهذا بخلاف الاول ففي الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكا جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف ربا ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل ان يؤدي يعني قبل ان يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جايزا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه موجل الى ان يؤدي والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان ادى المكفول عنه الدين بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل ان يرد الدنانير التي اخذ لانه انما اعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم يسقط فله ان يرجع به عليه كما لو اعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفيا منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فاذا لزمه الرد تخير بين ان يرد المقبوض بعينه وبين ان يرد ما صار مستوفيا بالمفاصه من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرى للاصيل وفي المائة مستوفي فلا يلزمه الا رد ما استوفى واذا اقرض الرجل الرجل الف درهم وقبضها منه وامره ان يصرفها له فصرفها له بالدنانير فانها لا تجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضي الطالب ان ياخذ الدنانير فعل ذلك فهو جايز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا في رواية ابي سليمن رحمه الله من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية ابي حفص رحمه الله قال هذا قول ابي حنيفة رحمه الله اما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جايز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير وسواء قبضه الطالب في المجلس او بعده وهو الصحيح والمسيلة تنبني على ما بينا في كتاب البيوع واذا قال الطالب للمطلوب اسلم ما لي عليك في كر حنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسيلة فكذلك في هذه اذ لا فرق بين ان يامره بالصرف مع عين المعين او السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار انه اضاف الوكالة الى ملكه فالدين في ذمة المديون ملك الطالب وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في الوجهين جميعا الا ان امره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه واذا كان لرجل على رجل الف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير فقال اصرفها وخذ حقك منها فقبضها فهلكت قبل ان يصرفها هلكت من مال الدافع ايضا لانه في القبض حكم العقد عامل للامر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الامر حتى ياخذ منها حقه فاذا اخذ حقه وضاع ما اخذ فهو من ماله لانه في هذا الاخذ عامل لنفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بامره وان قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه فاخذها فهو من ماله لانه بالبيع ممتثل امره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا لحقه بخلاف الاول فان هناك امره بالبيع للامر فكان في القبض عاملا للامر ما لم يستوف حقه من المقبوض واذا اشترى بيعا على ان يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك واذا اقرض المرتد او استقرض المرتد فقتل على ردته فعرضه الذي عليه دين في ماله اما الان تعرفه

ثم بطل فبقي هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب للضمان عليه اولان تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة والاستقراض لا يلاقي محلا فيه حق الورثة فان قيل اليس ان العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ما دام عبدا بالحجر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغي ان لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يواخذ به بعد العتق فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال مقدم على حق الورثة ولهذا يقضي سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما اقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتد واستقراضه جايز كسائر تصرفاته ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والصبي والمعتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع واذا اقرض الرجل صبيا او معتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا اطلق في نسخ ابي حفص رحمه الله وفي نسخ ابي سليمان رحمه الله قال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما قول ابي يوسف رحمه الله فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض اظهر وان اقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم ياخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذي بينا وان لم يقبض عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يواخذ به في الحال كما في الوديعة وان وجد المقرض ماله بعينه عند احد من هؤلاء فهو احق به لانه عين ملكه واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى اجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنسا حرام عند وجود احد الوصفين فعند وجودهما اولى والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فللآخر ان يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وفي نسخ ابي سليمن رحمه الله ليس للاخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الاصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا ان الدراهم تتعين بالقبض وان كانت لا تتعين بالعقد والله اعلم

باب الرهن في الصرف

واذا اشترى عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار واخذ بالعشرة رهنا بها وفيها فهلك الرهن في يده قبل ان يتفرقا فهو تمام الصرف وقد بينا في البيوع حكم الرهن براس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم بقبض الرهن يثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا يبقى عقد الصرف وكذلك لو اشترى سيفا محلى بدينار او بمائة درهم وقبض السيف واخذ بثمنه رهنا فيه وفا فهلك قبل ان يتفرقا فانه يقضى له بالسيف لان اخذ الرهن بالاعيان لا يجوز لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فبقي السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالاقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لانه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان وكذلك لو كان مكان السيف منطقة او سرج مفضض او اناء مصوغ او فضة تبر وهذا دليل على ان التبر يتعين بالتعيين في العقد فانه جعله كالسيف في انه لا يجوز اخذ الرهن بعينه فان هلك الرهن بعد ما تفرقوا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لان تمام الاستيفاء بهلاك الرهن كان الافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن للاقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهنا بالثمن او بالمثمن لان الضمان حكم ثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء بما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله اعلم

باب الصرف في المعادن وتراب الصواغين

ذكر حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال كان اهل الجاهلية اذا هلك الرجل في البير جعلوها عقله واذا جرحته دابة جعلوها عقله واذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبير جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال الذهب الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لانها بهيمة لا تنطق الا ترى ان الذي لا يفصح يسمى اعجميا والجبار الهدر وفيه دليل ان فعل الدابة هدر لانه غير صالح بان يكو

موجبا على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد ان الدابة اذا دمحت برجلها فلا ضمان فيه
على السابق والقائد لان ذلك مما لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة او ضربت باليد حيث يضمن لان في وسع
الراكب ان يمنعه بان يمد لجامه واما البير والمعدن جبار لان سقوطه بعمل من يعالجه فيكون الجاني على نفسه وفيه دليل
لنا على وجوب الخمس في المعدن فقد اوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسروا الركاز بالمعدن وهو
الذهب المخلوق في الارض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان الركز هو الاثبات فقال زكر محمد
في الارض وكل واحد منهما مثبت في الارض خلقة او وضعا وعن عامر قال وجد رجل الف درهم وخمسماية درهم في قرية خربة
قال علي رضي الله عنه ساقضي فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم احق بها منك وان كنت
وجدتها في قرية خربة ليس يؤدي خراجها احد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك وسنتمها لك فجعل الكل له وفيه دليل لابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله على ان واجد الكنز في ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الحطة وهو اول ما لك كان لهذه الارض بعد
ما فتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام ان يضع ذلك في الواحد اذا راه محتاجا اليه وله ان يضع ذلك في بيت المال
كما رواه عن علي رضي الله عنه في الحديث الاخر الا ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم احق به وان كانت عادية خربت قبل
ذلك فهو للذي وجدوها فوجدوها كذلك فادخل خمسه بيت المال واعطى الرجل بقيته وعن مسروق رحمه الله ان رجلا
وجد كنزا بالمداين فرفعه الى عامله فاخذه كله فبلغ ذلك عايشة رضي الله عنها فقالت بفيه الكثكث يعني التراب فهلا اخذ اربعة
اخماس المال ودفع اليه خمسه وهذا مثل في العرب معروف للخايب المخطي في عمله وهو مراد عايشة رضي الله عنها بما قالت يعني بما
قال وخسر لخطاه فيما صنع في دفعه الكل الى العامل فقد كان له ان يخفي مقدار حقه في ذلك ولا يدفع الى العامل الا قدر الخمس
وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى دير جرير فوقعت فيه ثلمة فاذا ستوقة او جرة فيها اربعة مثقال ذهب قال
فاتيت بها عليا رضي الله عنه فقال الاربعة اخماسها لك والخمس الباقي قسمه في فقراء اهلك وهذا دليل على جواز وضع الخمس
في قرابة الواحد وان للامام ان يفوض ذلك اليه كما له ان يفعله بنفسه لان خمس الركاز في معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك في فقراء
الغانمين جايز اذا كانوا محتاجين اليه وعن الحرث الازدي قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه ابي بماية شاة مسع فلامته امي
وقالت اشتريته بثلثماية انفسها ماية واولادها ماية وكفايتها ماية فندم الرجل فاستقاله فابى ان يقيله فقال لك عشر شياه
فابى فقال عشرة اخرى فابى فعالج الركاز فخرج منه قيمة الف شاة فاتاه الاخر فقال خذ غنمك واعطني مالي فابى عليه فقال
لاضرنك فاتى عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال علي رضي الله عنه ادخمس ما وجدت للذي وجد الركاز فاما هذا فانما اخذ ثمن غنمه
وفيه دليل ان بيع المعدن بالعروض جايز وقوله بماية شاة مسع اي كل شاة يتبعها ولدها وهي حامل باخرى وهذا معنى ملامتها
اياه حيث قالت اشتريتها بثلثماية والمراد بقولها ولادها حملها وقيل المراد لبنها وفيه دليل على ان المتصرف لا ينبغي له ان ينتهي
على راي زوجته فانه ندم ثم ربح على رايها ثم خرج له منه قيمة الف شاة وهو معنى قوله عليه السلام شاوروهن وخالفوهن وفيه
دليل على ان خمس الركاز على الواجد دون المشتري وان بيع الواجد قبل اداء الخمس جايز في الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال
الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على انه لا ينبغي للمرء ان يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا لحوق الضرر به كما ابتلي
به هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواه وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسيء ستكفيه مساويه وعن الشعبي
رحمه الله قال لا خير في بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك في الماء وبه ناخذ لان المقصود ما في التراب من الذهب والفضة
لا عين التراب فانه ليس بمتقوم وما فيه ليس بمعلوم الوجود في الصفة والقدر وكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيه شي من الذهب والفضة ام لا فان علم وجود ذلك فبيع منه شيا معينا بالعروض
جاز على ما نبينه وعن عبد الله بن عمرو قال سمعت رجلا من مزينة يسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد في الطريق العام
فقال عليه السلام عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهي لك وفيه دليل على ان الملتقط عليه التعريف في اللقطة وبظاهره يستدل
الشافعي رحمه الله ويقول له ان يتملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولكنا نقول مراده كان فقيرا محتاجا لانه عليه السلام
علمه محتاجا وعندنا للفقير ان ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها في الخرب العادي ففيها وفي الركاز الخمس والمراد بالركاز
المعدن لانه عطفه على الكنز وانما يعطف الشي على غيره لا على نفسه وكل من احتفر من المعدن فعليه خمس ما وجد وله اربعة اخماسه كما
روينا من الاثر قال واكره ان يتقاسموا التراب ولا اجيز ان فعلوا حتى يخلص ثم يقتسمونه على ما يخلص من ذلك لما بينا ان

المقصود ما في التراب وحقهم في ذلك سوا وعند قسمة التراب لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود الى كل واحد منهم فهو في معنى قسمة
الذهب والفضة مجازفة وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجز لانه لا يدرى
ان ما في التراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى او اقل او اكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي
الله عنه كانا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وقال عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شي الا وقد غلب الحرام الحلال وقال
في الربا من لم ياكله اصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب وفضة فلعل ما في التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب
ربا لانه فضل خال عن العوض والتراب ليس بمتقوم وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجري عند اختلاف الجنس وكان
بالخيار اذا خلص ذلك منه وراى ما فيه لانه انما ينكشف له الحال الان ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيا لم
يره وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجز وان اشتراه بفضة او عروض جاز لانعدام الربا
بسبب اختلاف الجنس واذا احتفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفيرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفيرة لم يملكها بحفر
الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما دفع من التراب دون الباقي في مكانه فهو كبيع صخر من الجبل قبل ان يحرزها
وبحر جها وتاويل حديث علي رضي الله عنه ان الرجل كان احرز بعضها فباع ذلك المحرز بماية شاة واباح له ما بقي ولهذا قال له علي رضي الله
عنه ادخمس ما وجدت من الركاز يعني ما احرزته وكذلك ان اعطاها رجلا على ان يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك
واشتراط العوض عليه في اخراج المباح وذلك باطل فيرجع في عوضه وما احتفر الرجل من الحفيرة فاحرزه فهو له بالاحراز وعليه
الخمس في ذلك واذا استاجر الرجل الاجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جايز اذا كان يعلم ان فيه شيا من الذهب او الفضة
لان جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا راى ما فيه كمن اجر نفسه بعرض لم يره فهو بالخيار
اذا راه وان استاجر بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجز لان المقصود ما في التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد
يكثر ذلك في البعض ويقل في البعض وينعدم في البعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب
بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان للرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجز
لتوهم الفضل فيما اعطاه وان اعطاه تراب ذهب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار اذا راى ما فيه واذا استقرض الرجل من الرجل
تراب ذهب او تراب فضة فانما عليه مثل ما خرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود ما فيه واستقراضه جائز
فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض فان كان استقرض التراب على ان يعطيه ترابا
مثله لم يجز معناه ان الشرط لا يجوز لان في هذا الشرط زيادة او نقصان فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض
باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا او استهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب او فضة والقول في مقداره قول الضامن
لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمتقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة او تراب ذهب بتراب
ذهب لم يجز تساويا او تفاضلا لان المعقود عليه ما في التراب والمساواة في وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو
شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا
راى ما فيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله اعلم

باب تصرف القاضي

قال وحكم القاضي في التصرف وحكم وكيله وامينه كحكم ساير الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض ولو كان قاضيا
فيما يباشر العقد على وجه القضا تستدعي من الشرايط ما تستدعيه مباشرته لا على وجه القضا واذا كان لليتيم دراهم فقضاها الولي
بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس في هذا التصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصي فيما يعامل نفسه وكذلك
لو كان آنا فضة فباعه من نفسه بوزنه وكذلك ان كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه
ان نفع احدهما فقد اضر بالاخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيا لنفسه نظرت فيه ان كان
خيرا لليتيم امضيت البيع والا فهو باطل وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر في قوله الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يجوز اصلا
للاثر الذي رويناه عن ابن مسعود والمسئلة مذكورة في كتاب الوصايا اما ابو الوصي وجد ابيه بعد موت الاب يملك التصرف مع
نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على ان لا يترك النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي فان اشترى تراب

الصواغين بذهب او فضة او بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدرى لعل فيه من احد النقدين خاصة مثل الذى يقابله من ذلك النوع فيكون النوع الاخر ربا وان اشتراه بغير الذهب والفضة جاز وله الخيار اذا راه وعلم ما فيه لان المقصود الان صار معلوما له وكذلك اذا كانا يعلمان ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره فى بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلى او بمنطقة مفضضة او قلادة فيها ذهب ولولو وجوهر فلا خير فيه لانه من الجايز ان ما فى التراب مثل الحلية فيبقى السيف ربا وان علم ان فيه ذهبا وفضة فلا باس ان يشتريه بفضة وجوهر او بذهب وعرض من العروض على ما بينا ان تصحيح العقد هنا ممكن بان تصرف المثل الى المثل والباقى بازاء العروض والحكم فى تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعا على ما بينا فى تراب الصواغين لاسيما اذا كان التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار فى ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما فى التراب ولو اشترى ذهبا وفضة لا يعلم وزنهما بفضة وذهب لا يعلم وزنهما فهو جايز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطا والرزق فالرزق اسم لما يخرج للجندى من بيت المال عند راس كل شهر والعطا اسم لما يخرج له فى السنة مرة او مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع ما لا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد فى عطايه فباع تلك الزيادة بالعروض او غيرها فهو باطل وهو قول الشعبى رحمه الله وبه ناخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطا بالعروض ولسنا ناخذ بهذا لان زيادة العطا كاصله فى انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان دينا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز فى العطا ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله انهما كانا يجوزان الشرا بالدين من غير من عليه الدين وقد بينا ان زفر رحمه الله اخذ بقولهما فى ذلك والله اعلم

باب الاجارة فى الصياغة

واذا استاجر اجيرا بذهب او فضة يعمل له فى فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جايز وكذلك الحلى والانية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استاجرها ليعمل عملا معلوما ببدل معلوم فلا يشترط المساواة بين الاجر وبين ما يعمل فيه من الفضة فى الوزن لان ما يشترط له من الاجر بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذا اذا استاجره ليخلص له ذهبا او فضة من تراب الصواغين او تراب المعادن اذا اشترط من ذلك شيا معلوما لان مقدار عمله بعد تعيين المحل معلوم عند اهل الصنعة على وجه لا يتمكن فيه منازعة وكذلك ان استاجره ليفضض له حليا او ينقش بنقش معروف فذلك جايز لان العمل معلوم والبدل بمقابلته معلوم وكذلك ان استاجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهبا للتمويه على الذى ياخذ الاجر فلا خير فيه لان مقدار ما يحتاج اليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولان العقد فى ذلك صرف فلا بد من التقابض فى المجلس ولم يوجد ولو استاجره بدرهم ليموه له جزا بقيراط ذهب فهذا باطل الا ان يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده اليه ويقول موه به وكذلك ان استاجره بذهب اكثر من ذلك فانه لا يجوز الا ان يتقابضا لان العقد فى الذهب صرف ولو استاجره بذهب اكثر من ذلك فانه لا يجوز الا ان يتقابضا لان العقد فى الذهب صرف ولو استاجره بعرض او بشى من الكيل او الموزون بعينه على ان يموه له ذلك بذهب او فضة مسمى فهو جايز لان بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون بيعا والقبض فى المجلس ليس بشرط فى بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهى اجارة صحيحة فان عمل فقال المستاجر لم يدخل فيه ما شرطت لى وقال الاخر قد فعلت فالقول قول المستاجر مع يمينه لانكاره القبض فى بعض ما يستحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه الا ان يرضى ان ياخذ بقوله لانه اقام اصل العمل ولكنه غير الصفة المشروطة عليه فان رضى ان ياخذ بقوله فقد وجد ايفا المشروط والا فعليه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه وقد بينا نظايره فى باب الاستصناع من كتاب الاجارات فى مسيلة الصباغ وان استاجره يحمل له مالا من ارض الى ارض او ذهبا او فضة فهو جايز وكذلك تراب المعادن او تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استاجره يبيع له ذلك شهرا فالمعقود عليه منافعه وهى معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استاجره ليبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لان الاجارة وردت على البيع والبيع ليس فى وسعه فهو بمنزلة ما لو استاجر انسانا للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استاجره يحفر له فى هذا المعدن عشرة اذرع بكذا فهو جايز وان استاجره ليسقى تراب المعدن او تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه كان فاسدا لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استيجار ببعض ما يحصل من عمله فيكون بمعنى قفيز الطحان فله اجر مثله لانه اوفى المنفعة بعقد فاسد وان استاجر انا فضة او حلى ذهب يوما بذهب او فضة جاز لان المستاجر منتفعا به لبسا او استعمالا والبدل بمقابلة المنفعة

دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استاجر منه الف درهم او مائة دينار بدرهم او ثوب لم يجز قال لانه ليس باناء يريد انه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للاجارة وانما يرد عقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا ان الاعارة فى الدراهم والدنانير لا يتحقق ويكون ذلك قرضا فكذلك الاجارة ولو استاجر سيفا محلى او منطقة او سرجا مدة معلومة بدراهم اكثر مما فيه او اقل فهو جايز لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استاجر صايغا يصوغ له طوق ذهب بعقد معلوم وقال زد فى هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جايز لانه استقرض منه تلك الزيادة وامره ان يخلطه بملكه فيصير قابضا لذلك ثم استاجره فى اقامة عمل معلوم فى ذهبه له ولان هذا معتاد فقد يقول الصايغ لمن يستعمله ان هذا لا يكفى لما يطلبه فيامره ان يزيد من عنده واذا كان اصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت خمسة فان لم يكن يحتاجوا يوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما وان كان يحتاجون الى وزنه فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض فى الزيادة على خمسة مثاقيل الا ان يشاء الصايغ ان يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصايغ لان الطوق فى يده وهو غير راض بان يزيله عنه ما لم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصايغ ان يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الاول يريد به مسيلة الخرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الخرز لان ذهب التمويه صار مستهلكا لا يتخلص من الخرز بمنزلة الصبغ فى الثوب فكان الخيار لصاحب الخرز وهنا عين ما زاد من الذهب قايم فى الطوق والصايغ فيه كالبايع فيكون له ان يمتنع من تسليمه ما لم يصل اليه كمال العوض وان امر الصايغ ان يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم واداه العقد فقال لا يكون الفضة على قرضا من عندك لم يجز لان الفضة للصايغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصايغ عاملا فى ملك نفسه ثم بايعا منه الفضة باكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضا للذهب بخلطه بملكه فانما يكون الصايغ عاملا له فى ملكه فلهذا استوجب الاجر عليه وفى مسيلة الخاتم يفسد ايضا لعلة اخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سوا كان بمثل وزنه او اكثر والله اعلم

باب الغصب فى ذلك

رجل غصب رجلا طوق فضة او ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعى رحمه الله عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من اصله ان الجودة والصنعة فى الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت ادى الى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه فى الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يضمن قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعى رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا ما يكون شرطا فى العقد فاما فى ضمان المغصوب والمستهلكات لا يتمكن الربا بنا على اصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك فى المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الاصلين فى كتاب البيوع والغصب والقول فى الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لانه منكر للزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك لو رجل يكسر انا فضة او ذهب لرجل فعليه قيمته من خلاف جنسه سوا قل النقصان بالكسر او كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه بالكسر متعذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان اخذا عين ماله وزنا مع زيادة والزيادة ربا فلمراعاة حقه فى الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور اليه بالضمان وان شا امسك المكسور ولم يرجع بشى لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه فاذا ابى ذلك كان مبريا له بخلاف الثوب اذا احرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفى الحرق الفاحش خير له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصفة متقومة فايجاب ضمان النقصان فيه لا يودى الى الربا فان قضى القاضى عليه بالقيمة وافترقا قبل ان يقبضها فذلك لا يفسد عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضا القاضى بالافتراق قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فانه تمليك الفضة المكسورة بالذهب والتقابض فى المجلس شرط فى الصرف ولاجله يثبت حكم الربا فيه حتى لا يقوم بجنسه وكذلك لا يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه فى الحكم لا ينعدم معنى الصرف به فى حكم التقابض فى المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفى الدار صفايح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضى له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفايح فى المجلس لان العقد فيه صرف وحجتنا فى ذلك ان استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين لان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضى على الغاصب برد عين القلب لا يشترط القبض فى المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا

لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك في المضمون شرط لتقرر حقه في القيمة وشرط الشي
يتبعه فاذا كان باعتبار ما هو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك في البدلين وهو نظير
ما لو قال لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع اذا كان مقصودا
لان الاندراج في البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يتملك الدار ابتداء بما يعطي وما يعطي من قيمة العبد
بدل الدار في حقه فلوجود المبادلة مقصودا اشترطنا قبض حصة الصفقة في المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض في الصرف
للتعيين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز ان يكون غير متعين في الابتداء وهذا لا يوجد في الغصب فالغصب والاستهلاك،
لا يرد الا على متعين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعيين ومعنى المبادلة فيه غير مقصود يوضحه انه لو انتقض القضاء بالافتراق
عن المجلس احتاج القاضي الى اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلحا على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلا
بدون القاضي عين ما يامر به لو رفعا اليه الامر ولو اخر القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فمنع هذا
التاجيل باطل لمعنيين احدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل المغصوب والمستهلك عنده كبدل القرض فلا
يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فالتاجيل فيه يلزم كالثمن في البيع واذا استهلك
انا من نحاس او حديد او رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم او دنانير لان الاناء ليست من ذوات الامثال بخلاف تبر الحديد،
والنحاس فهو موزون من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الانية يقضي القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان
شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم ولا يؤدي الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضي بقيمته دراهم
وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره او هشمه هشما لا ينقص ضمنه النقصان ان كان لا يباع
وزنا لانه ليس مال الربا حتى يجوز بيع الواحد منه بالاثنين يدا بيد فكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاواني المتخذة من
الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا يخرج من ان يكون موزونا باعتبار النص فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة
لرجل واستهلكه صاحبه قبل ان يعطيه اياه فلا شي لصاحبه على الذي كسره لان شرط الضمان تسليم المكسور اليه وقد فوته بالاستهلاك
ولو غصبه اناء فضة فكسره وصاغه شيئا اخر فللمغصوب منه ان ياخذه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ياخذه ولكن يضمنه قيمة الاول
مصوغا وقد بينا المسالة في كتاب الغصب وان غصبه دراهم او دنانير فاذابها كان لصاحبها ان شاء وان شاء ضمن الغاصب مثل
ما غصبه لانه بالاذابة ما احدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصبه
دراهم فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا
لمثله والمخلوط يصير مملوكا له عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف في كل
ما يختلط وقد بينا في الغصب وان غصبه فضة فسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم
لاخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه او سبك ذلك كله فهو ضامن لها لكل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد
منهما الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم او دنانير فجعلها عروة في قلادة فهذا استهلاك وعلى الغاصب مثلها لانه
صيرها وصفا من اوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من غير ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا ٥
بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير الساجة اذا ادخلها الغاصب في بنايه واذا رد الغاصب اجود مما غصب او اردى منه ورضي
به المغصوب منه جاز لانه ابراء عن صفة الجودة وفي الاجود احسن الغاصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه كما لو ارجح ولا
يشترط رضى المغصوب منه بالاجود الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا في البيوع وان غصبه الف درهم ثم اشتراها منه بماية دينار
ونقد الدراهم والدنانير قايمة في منزل الغاصب او مستهلكة فهو سواء وموجب جوازه لانه باعتبار الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير بذمته
وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشرا وكذلك لو كان الذي غصبه
اناء فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه واعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى
يعم الفصول فان صالحه من الفضة على ذهب ساخرا او على فضة مثلها اما حسي كان جايزا عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد بينا انه
لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المغصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه
فايقع الصلح يكون بدل المغصوب المستهلك وليس هذا كالشي القايم بعينه بمنعه اياه لو كان قايما بعينه قد اظهره فباعه منه كان
هذا صرفا ولا يجوز الا يدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قايما بعينه فبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتداه وان كا

الآناء

الآناء غايبا عنه فقال استريته منك بنسية فاني اكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما اكره من الصرف لان البيع مبادلة مال
بمال قايم فلفظهما دليل على كون الآناء قايما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا او غايبا والقياس في الصلح هكذا الا اني استحسن في
الصلح اذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس في لفظ الصلح ما يدل على قيامه وما لا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما اما اذا كان ظاهرا
او هو مقر به فاني اكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف فان ما يجري بينهما صرف بزعمهما فيواخذان باحكام ٥
الصرف فيه والله اعلم ٥

باب الصرف في الوديعة

واذا استودع رجل الف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بماية دينار ونقد الدنانير لم يفترقا فارقه قبل
ان يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة امانة في يده والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه،
بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع الا ترى ان هلاكها في يد المودع كهلاكها في يد المودع فاذا لم يجدد القبض فيها
لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البدلين وان اودعه سيفا محلى فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب ٥
وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شي واحد وقد انتقض العقد في حصة الحلية
بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في تمييز البعض من البعض في التسليم من الضرر وكذلك لو اشتراه بسيف
محلى فدفعه اليه ولم يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف عليها السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه
شي واحد قال وكان ينبغي ان يكون نصل السيف وحمايله وجفنه بنصل الاخر وحمايله وجفنه فان كان في حلية احدهما
فضل اضيف ذلك الى النصل والحمايل وكان ذلك كله بحمايل هذا ونصله ولكن ادع هذا وافسد البيع كله وحاصل هذا الكلام
ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا يجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لان العقد في الوجهين صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لتصحيح
جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهذا العقد جايز على ولكن بالافتراق قبل
القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لابقايها بعد صحتها واذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما بقي ايضا لما يكون على
كل واحد منهما من الضرر في تمييز البعض من البعض في التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل ان يتفرقا كان جايزا فصفر كل واحد منهما
بفضة الاخر وحمايل كل واحد منهما ونصله فان كان في الحلية فضل اضيف الفضل الى الحمايل من الجانب الاخر والنصل وهذا مثل
رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة تقابلها في العقد مثل وزنها من
الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون اقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من احد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الاخر
كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة واحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم والشاة بالثوب فان تفرقا قبل القبض
انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لان العقد في ذلك ليس بصرف وتمييز البعض عن البعض ممكن من غير
ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يتعدى الى ما بقي ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصته من الثوب والدرهم
والثوب الاخر بحصته من الثوب والدينار لانهما جنسان تقابلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض اولى بأولى من البعض للمعارضة
ثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد
في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل واحد من الثوبين لصاحبه بالحصة التي سميت له ولا خيار له في ذلك لان عيب التبعيض بفعل كل
واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما راضيا بعيب التبعيض فلهذا لا خيار لهما في ذلك
والله اعلم ٥

باب الصرف في الوزنيات

رجل اشترى من رجل درهما بعينه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه اجود منه او اردى فهو جايز لان شرط الجواز المساواة في الوزن
دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة في المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعني هذا الدرهم بفضة
مثل وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود ولو اشترى مثقالي فضة ومثقال نحاس
بمثقال فضة ومثقال حديد كان جايزا بطريق ان الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يتمكن فيه الربا ٥
وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقي لان الصفر موزون وقد بينا

ان الحكم في مال الربا انه يقابل الشيء بمثله من جنسه فالحاصل ان حكم الربا في الفروع يثبت على الوجه الذي ثبت في الاصل لانه انما
يتعدى الى الفروع حكم الاصل فكما ان في الذهب والفضة ثبت المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك في الفروع وعلى هذا
نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح ان يصنع منه السيف وما لا يصلح لذلك ولا يجوز الا وزنا بوزن لان الحكم في الفروع ثبت
على الوجه الذي ثبت في الاصل وفي الذهب والفضة جعل انواع النقرة جنسا واحدا البيض والسود في ذلك سوا وانواع
الذهب كذلك فكذلك الحديد وان افترقا قبل التقابض لم يبطل البيع لان الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد
بينا في البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع في الاموال الربوية في اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي والاسرب فهذا
رصاص كله يوزن ولكن بعضه اجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا باس بالنحاس الاحمر بالشبه الشبه واحد
والنحاس اثنان يدا بيد من قبل ان الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من احد الجانبين بزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل
الجنس قال ولا خير فيه نسيئة لانه نوع واحد وبزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولانه موزون في المعنى متفق والوزن
بهذه الصفة يحرم النسا ولا باس بالشبه بالصفر الابيض يدا بيد الشبه واحد والصفر اثنان لما في الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة
لانه موزون متفق في المعنى وكذلك الصفر الابيض لا باس به واحد منه باثنين من النحاس الاحمر لان الصفر الابيض فيه رصاص
قد اختلط به فباعتباره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا
لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكلما لم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبع بجنسه الا وزنا بوزن سوا لان
المصنوع الذي يباع وزنا بمنزلة التبر وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بعينه ولم يضرب له اجلا وقبض الاناء فهو جائز
ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء ودخل في مقابلته عين كان ثمنا وترك التعيين في الثمن
عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل ان يدفع اليه الحديد فان كان ذلك لا يباع في العادة وزنا فلا باس به لانهما افترقا عن
عين بدين وان كان الاناء يوزن فلا خير فيه لانه بيع موزون بموزون والدين فيه عفو في المجلس لا بعده فاذا افترقا واحد
العوضين دين فسد العقد كما لو كان احدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان
دينا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين
من رصاص جيد بغير عينه وقبض الحديد وتفرقا قبل قبض الرصاص فسد البيع فان كان كل واحد منهما بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا
في المجلس او لم يتقابضا لان احد العوضين مبيع وهو ما لم يصحبه حرف الباء فيكون بايعا ما ليس عنده لا على وجه السلم ونهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله اعلم

باب الصرف في دار الحرب

ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلمين وبين اهل الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسلا
فمكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربي
في دار الحرب وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة او قامرهم واخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال
طيب له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما وكذلك لو باعهم ميتة او اخذ منهم مالا بالقمار فذلك
وحجتهما في حديث ابن عباس رضي الله عنه انه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا مال له سوا
كان في دار الاسلام او دار الحرب والمعنى فيه ان المسلم من اهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان ولا يجوز ان يحمل
فعله على اخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه انما اخذه بحكم العقد ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق العقد ولو جاز
هذا في دار الحرب لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على ان يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الاخر هبة وحجتنا في ذلك ما روينا وما ذكر
عن ابن عباس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع واول ربا يوضع ربا
العباس بن عبد المطلب وهذا لان العباس رضي الله عنه بعدما اسلم رجع الى مكة وكان يربي وما كان يخفى فعله على رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلما لم ينهه عنه دل ان ذلك جائز وانما جعل الموضوع من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا
ما بقي من الربا قال محمد رحمه الله وبلغنا ان ابا بكر رضي الله عنه قبل الهجرة حين انزل الله تعالى الم غلبت الروم قال له مشركو قريش

يرون ان الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك ان تخاطرنا على ان نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم اخذت خطرنا وان
غلبت فارس اخذنا خطرك فخاطرهم ابو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال اذهب اليهم فزد في
الخطر وابعد في الاجل ففعله ابو بكر رضي الله عنه فظهرت الروم على فارس فبعث الى ابي بكر رضي الله عنه ان تعال فخذ خطرك فذهب واخذه
فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فامره باكله وهذا القمار لا يحل بين اهل الاسلام وقد اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ابي بكر رضي الله
عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك حيث لا يجري احكام المسلمين ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة باعلى
مكة فقال له ركانة هل لك ان تصارعني على ثلث غنمي فقال عليه السلام نعم فصارعه فصرعه الحديث الى ان اخذ منه جميع غنمه ثم ردها
عليه تكرما وهذا دليل على جواز مثله في دار الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستيمان ضمن لهم ان لا يخون
وان لا ياخذ منهم شيئا الا بطيبة انفسهم فهو يحترز عن الغدر بهذه الاسباب ثم يتملك المال عليه بالاخذ لا بهذه الاسباب وهذا لان
فعل المسلم يجب حمله على احسن الوجوه ما امكن واحسن الوجوه ما قلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم
وطلق لنا اموالهم فما عدا عهد الامان نضرب سبعا في ثمان وتاويل حديث ابن عباس رضي الله عنه انه نهاهم عن ذلك لما راى فيه من
الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا نقاتلهم لطمع المال واما التاجران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهم الا ما يجوز
في دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فان ذلك ثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستيمان
اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا اتلف وانما يتملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولا يجوز اثبات عقد
لم يباشره بينهما من هبة او غيرها فان كانا اسلما هناك ولم يخرجا حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم اردده وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد يرده والحكم فيهما كالحكم في التاجرين بناء على اصل ابي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لا يجوز هذا العقد بين المسلم
والحربي فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد رحمه الله يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالاخذ الا ترى ان المسلمين لو ظهروا على
الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك احدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربي وابو حنيفة رحمه الله يقول بالاسلام
قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام الا ترى ان احدهما لو اتلف مال صاحبه او نفسه لم يضمن وهو اثم في ذلك وانما تثبت
العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار
يمنع عن ماله من يعتقد حرمته ومن لم يعتقده فلثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا
لا يؤمران برد ما اخذ لان كل واحد منهما انما ملك صاحبه بالاخذ فاما اذا ظهر المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذي اسلم لانه صار
محرزا ماله بيده ويده اسبق اليه من يد الغانمين فان دخل تجار اهل الحرب دار الاسلام بامان فاشترى احدهم من صاحبه درهما بدرهمين
لم اجز ذلك الا ما اجيز بين اهل الاسلام وكذلك اهل الذمة اذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم فلا يتملكه صاحبه
الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران من اربى فليس بيننا وبينه
عهد وكتب الى مجوس هجر اما ان تدعوا الربا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله فانما نتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالامان
وهذا لانه ثبت عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه فمباشرتهم ذلك لا يكون عن تدين بل لفسق
في الاعتقاد والتعاطي فيمنعون من ذلك كما يمنع منه المسلم واذا تبايع اهل الحرب بالربا في دار الحرب ثم خرجوا فاسلموا او صاروا
ذمة قبل ان يتقابضوا او بعد قبض احدهما ثم اختصموا في ذلك ابطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما يمنع ابتداء العقد يمنع القبض بحكم
العقد وفوات قبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والاصل فيه قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا وسببه ما روي عن مكحول قال اسلم ثقيف
بشرط ان لا يدعوا الربا وكان بنو عمرو بن عوف ياخذون الربا من بني المغيرة وبنو المغيرة يربون في الجاهلية فلما كان بعد الفتح بعث رسول
الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة اميرا فطلب بنو عمرو بن عوف ما بقي لهم من الربا وابى ذلك بنو المغيرة فاختصموا
الى عتاب رضي الله عنه فكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزل الله تعالى الاية وكتب بها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى
عتاب وامرهم بان يامرهم بان يدعوا ما بقي لهم من الربا او يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد قال
وكذلك لو اختصموا بعد التقابض في دار الاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز كان باطلا شرعا وكذلك
المسلم يبايع الحربي بذلك في دار الحرب ثم اسلم الحربي وخرج الى دارنا قبل التقابض فان خاصمه في ذلك الى القاضي ابطله وان كان تقابضا
في دار الحرب ثم اختصما لم انظر فيه ويستوي ان كان المسلم اخذ الدرهمين بالدرهم او الدرهم بالدرهمين لانه طيب نفس الكافر
بما اعطاه قل ذلك او كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا

باب الصرف بين المولى وعبده

وليس بين المولى وعبده ربا لقوله عليه السلام لا ربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملكه بملك غيره فاما جعل بعض مولاه في بعض لا يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا ايضا ولكن على المولى ان يرد ما اخذ على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة العقد وسواء ان كان اشترى منه درهما بدرهمين او درهمين بدرهم وهو ليس ما اعطى ليس بعوض سوا كان اقل او اكثر فعليه رد ما قبض لحق الغرما وكذلك ام الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز له ان يشتري من مكاتبه الا مثلا بمثل كما لا يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب احق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا او تصرفا في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره والولدان والولد والزوجان وذا القرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما او الوصي في الربا بمنزلة الاجانب لان المتابعة يتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الاحرار في ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب به الاحرار فاما المتفاوضان اذا اشترى احدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا ومالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كشخص واحد في التجارة فما جرى بينهما لا يكون بيعا ۞

باب الوكالة في الصرف

واذا تصارف الوكيلان لم يتبع لهما حيلهما ان يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا تختلف في ذلك مباشرته لغيره ومباشرته لنفسه الا ترى انه يستغني عن اضافة العقد الى غيرهما ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما اجنبيان من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لاحدهما ان ينفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى الراي وراي الواحد لا يكون كراي المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب احدهما قبل القبض بطلت حصته وحصة الباقي جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض او الادا وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كاجنبي آخر وان وكله ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا فاقر الذي قبض الدراهم بالاستيفا ثم وجد فيها درهما زيفا فقبله الوكيل واقر انه من دراهمه وجحد الموكل فهو لازم للوكيل لانه لا قول للقابض فيما يدعي من الزيافة بعد ما اقر باستيفا حقه وانما يرده على الوكيل باقراره واقراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل ۞ وان رده القاضي على الوكيل ببينة او باباء يمين ولم يكن القابض اقر بالاستيفا لزم الآمر وفي هذا نظر فان القابض اذا لم يقر باستيفا حقه ولا باستيفا الجياد فالقول قوله فيما يدعي انه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذي عامله انما اليمين عليه فان من جعل القول قوله منهما يتوجه عليه اليمين وانما يزداد احلف لا اذا ابى اليمين فعرفنا ان هذا الجواب محمول والصحيح انه اذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للآمر لانه رده عليه بغير اختياره بما هو حجة في حق الآمر واذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير ففعل فليس للوكيل ان يتصرف في الدنانير لان الوكالة قد تمت والدنانير المقبوضة امانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير امره وان وكله ان يشتري له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم او بدنانير جاز على الآمر وان نواه لنفسه لان مطلق الوكيل بالشرا ينصرف الى الشرا بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة امر الآمر وليس له ان يخرج نفسه من الوكالة الا بمحضر من الآمر وان اشتراه بشي مما يكال او يوزن بعينه او بغير عينه لم يجز على الآمر لان مطلق التوكيل بالشرا يتقيد بالشرا بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع واذا اشتراه بشي آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة اكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لانه لم يخالف والوكيل انما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فان كان احتبس هذه الفضة من الوكيل يقبض منها زيف فضته لان فضته صارت دينا على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له ان ياخذ من ذلك مقدار حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده الى صاحبه واذا وكل الرجل رجلا ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لانه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة في التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل ان يتفرقا جاز ذلك لانه لا قيمة للتراب وان العلم بالمساواة وزنا في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل ان يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة وزنا في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار ولو وكله ان يزوجه امراة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه كان جائزا ان كان فيه عشرة دراهم فضة او اكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم او اكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الوكيل ذلك بنفسه وهذا لان ادنى الصداق عندنا عشرة دراهم ولو وكله بان يبيع له سيفا محلى فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للاجل المشروط في الصرف ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله على ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر بطل البيع في حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز في حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حصته بيع عين بدين فلا يشترط فيه القبض في المجلس وان كان لا ينزع الا بضرر لم يجز شي منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر الا ترى ان بيعه ابتداء في هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبقى بخلاف الاول وان وكله ان يشتري له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل ان يسلمها الى الآمر فهي للآمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل في القبض عامل له وبه ينتهي حكم العقد فيه فالكساد بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل ان يقبضها الوكيل كان للوكيل الخيار ان شاء اخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا ان العقد يفسد بفساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقيل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك ان العقد يفسد انه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فان اخذها فهي لازمة له دون الآمر الا ان يشاء الآمر من قبل انها ليست بفلوس حين كسدت انما هي لان صفر معناه ليست بفلوس رائجة هي ثمن وذلك مقصود الآمر ورضى الوكيل لا يكون ملزما في حق الآمر وانما يكون ملزما في حقه فلهذا يلزمه الا ان يشاء الآمر وان وكله ان يشتري له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل ان يقبضه الوكيل فللوكيل ان يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فما دام العبد في يد فهو متمكن من رده بدون استطلاع راي الموكل فان اخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للآمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الآمر استحسن ذلك الا ان يشاء الآمر وذكر في السير الكبير ان على قول ابي حنيفة العيب اليسير والفاحش فيه سوا وهو لازم للآمر ان اشتراه بمثل قيمته لان اخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن اصل ابي حنيفة ان العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشرا للآمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضى به فهنا لا يحتمل اصلها ان الرضى ذلك يمنع شراه للآمر ابتدا لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهي مسيلة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولين كانت المسلة في توهم كما اطلق في الكتاب فوجهه ان الرضى بالعيب اليسير بمنزلة الغبن اليسير والغبن اليسير من الوكيل بالشرا ملزم للآمر بخلاف الغبن الفاحش فكذلك الرضى بالعيب اليسير يكون ملزما للآمر بخلاف الرضى بالغبن الفاحش الا ان يشاء الآمر وان لم يجد بالعبد عيبا ولكنه هلك عند البائع فالوكيل بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه كما لو اشتراه لنفسه وهذا لان المبيع تحول من جنس الى جنس وتاثير ذلك في اثبات الخيار فوق تاثير العيب فان اجازه كانت القيمة له دون الآمر لان مقصود الآمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضى الوكيل بها لا يلزم الآمر الا ان يشاء اخذ ذلك فيكون احق به من المشتري لانها بدل ملكه فالملك في العبد بالشرا وقع له فاذا رضي باخذه فهو احق به واذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض المشتري الطوق ثم قال المشتري وجدته صفرا مموها بالذهب فاقر به الوكيل لزم الوكيل لان المشتري غير مقبول القول فيما يدعي من غير حجة فانه قبض عين ما بيناه وله العقد ثم ادعى بعد ذلك فساد العقد بسبب لا يعرف وفي مثله لا يقبل قوله الا بحجة واقرار الوكيل حجة في حقه دون الآمر غير ان له ان يستحلف الآمر لان الآمر لو اقر بذلك لزمه فاذا انكر كان له ان يحلفه عليه وان انكر ما لوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الآمر لان البينة حجة في حق الآمر وكذلك ان رد عليه باباء اليمين عندنا خلافا لزفر فانه يجعل اباء الوكيل اليمين كاقراره بذلك ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا وهذه الضرورة له بعمل باسرها للموكل فكان له ان يرجع به عليه وان وكله ان يشتري له طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بالف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتى كسره رجل قبل ان يتفرقا فاختار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغا من الفضة جاز ذلك على الوكيل لان المعقود عليه فات واخلف بدلا والوكيل في اختيار قبض البدل كالعاقد لنفسه في حقه ولا يجوز ذلك على الآمر لان مقصود الآمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الآمر انما ينفذ فيما يرجع الى تحصيل مقصوده قال ويبرا منه بايع الطوق لان حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فاذا اخذ الوكيل الضمان من الكاسر تصدق بالفضل ان كان فيه لانه غرم في الثمن جنس ما عاد اليه فيطلب الربح وهو ربح حصل لا على ضمانه فيلزمه التصدق به واكره للمسلم توكيل الذمي والحربي بان يصرف له دراهم او دنانير واجمع ان فعل لان مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بامره ولكنه لا يتحرز عن الحرام اما لاستحلاله لذلك او لجهله به او قصده الى ان يوكل المسلم حراما فلهذا اكره له ذلك واذا وكله ان يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم او لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سوا كان على العبد دين او لم يكن لانه مال

الموكل صرف بعضه في بعض فلا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيا وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن فيه مثله لم يجز على الامر لانه في معنى الوكيل بالشرا وكل واحد من المتصارفين في العوض الذي من جهة صاحبه مشتري ولان تصرف الوكيل بالغبن بالعين انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فانه من الجايز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل او شريك له في الصرف او مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فانما حصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند مفاوض للامر لم يجز كما لو صرفها الامر بنفسه وهذا لانه لا فايدة في العقد فما يقبض ويعطي يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك للامر في الصرف غير مفاوض فهو جايز لانه مفيد او هو انه يدخل في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه وخرج به ما كان وكذلك مضاربه لان الامر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بالف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكانا ففي اي ناحية من الكوفة صرفها فهو جايز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصود ما ان الوكيل لا يتقيد بالسوق ولان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة ولان لو خرج بها الى الحيرة او الى البصرة او الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الامر مطلق فلا يتقيد بمكان الا بدليل يقيده وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففي اي مكان صرفها له كان ممتثلا امره ولو وكله ببيع عبد له او عرض له حمل ومؤنة فاستاجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك اجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففي اي موضع باعه فهو ممتثل ولا الزم الامر من الاجر شيا لانه لم يامره بالاستيجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وكان في رواية ابي حفص رحمه الله اجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي امره ببيعه فيه وهذا مستقيم على اصل ابي يوسف ومحمد لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع اخر وعند ابي حنيفة لا يتقيد بذلك فاذا في ذلك الموضع فكذلك في موضع اخر والحاصل هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم اجز البيع لانه لم يامره بالخروج به اتفق على ذلك رواية ابي سليمن ورواية ابي حفص وهو الاصح لانه لو اعتبر مطلق الامر حتى يجوز بيعه في مكان اخر لكان مونة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو امره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البايع ليستوفي الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجابه على الموكل المونة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة او يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان اخر بخلاف ما لا حمل له ولا مونة وعلى هذا قال في الكتابين لو ضاع او سرق قبل ان يبيعه فهو ضامن له وبهذا يتبين انه لا يكون ماذونا من جهته في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم ينفق له بيعه كان مونة الرد عليه دون الامر فعرفنا انه كالغاصب في حق ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جايزا اذا لم يكن له حمل ومونة لان الامر بالشرا وجد مطلقا فان وكله بالف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فاخذ الفا غيرها فصرفها فهو جايز لان الوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود الا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل ان يمنعها الوكيل ويعطي غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كان الاولى باقية واخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سوا اضافه الى تلك الالف او غيرها فيكون ممتثلا امره في ذلك وكذلك الدنانير والفلوس كان قيل اليس ان تلك الالف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل ان يصرفها بطلت الوكالة قلنا ذلك لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه اذا الف اخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل ان يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قايمة في يد الموكل او صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقد في الابتدا وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو امره ببيع فضة بعينها او ذهب بعينه او عرض من العروض فباع غيره لم يجز لان الوكالة تعلقت بذلك العين كما اضيفت اليه بعينه وهما ما يتعين بالتعيين في العقد واذا وكله بالف درهم يصرفها بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفيه فهو جايز في قول ابي حنيفة اما اليوم فان صرفها بكوفيه مقطعة لم يجز لان وزن الكوفيه اليوم على الشاميه انقال وانما جاز قبل اليوم لان وزن الكوفيه كان على الكوفيه المقطعه النقص وهذا اختلاف عصر فابو حنيفة افتى على ما كان عليه المعامله في عصره وهما كذلك والحاصل انه يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف لانه يعلم ان مقصود الموكل ذلك بغالب الراي ولو قال اشتر لي بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة او بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز وان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة او بغداد او دراهم غير الغلة لا يجوز الا ان يكون مثل غلة الكوفة لان الوكيل انما يصير ممتثلا اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فاذا كان انما اشترى مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الالف بدنانير شاميه فباعها بالكوفيه فان

كانت الكوفيه غير مقطعة وكان يكون وزنها شاميه فهو جايز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شرى الغلة الانفاق في حوايجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفة او مثلها ومقصوده من شرى الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفيه مثل وزن الشاميه فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق فباعها بالشاميه لا يجوز على الامر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الصرف على الشاميه

باب العيب في الصرف

واذا اشترى سيفا محلى بدراهم اكثر مما فيه ونقدا بعضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيبا في نصله او جفنه او حمايله او حليته فله ان يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له ان يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضا قاض كالاقالة من حيث انه يعتمد التراضي والاقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض في المجلس لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق القبض في الصرف من حق الشرع فاذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لانه صرف فيها وراء ذلك لان تمييز البعض من البعض ضرر وله ان يرده بالعيب كان له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضى بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره ان يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضا فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدا فهو بمنزلة الرد بخيار الروية فلا يضره ان يفارقه قبل قبض الثمن الا ترى ان البايع لو كان اشتراه من غيره كان له ان يرده على بايعه وهذا الفصل دون الاول قال وله ان يواجره بالثمن لانه دين له وجب بسبب العقد فان عقد الصرف قد انفسخ والتاجيل صحيح في مثله كبدل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه في حكم العين كان كان حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فاراد ان يرده دون الحلي لم يكن له ان يرده كله او ياخذ كله لان الكل كشي واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولا الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير ما لو اشترى زوج خف فوجد باحدهما عيبا وهناك ليس له الا ان يردهما او يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص او بالفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم او بماية دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد الدراهم رصاصا او ستوقة فردها عليه كان له ان يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد انتقض من الاصل حين تبين افتراقهما قبل قبض احد البدلين فان الستوقة والرصاص ليس من جنس الدراهم وكذلك الزيوف في قول ابي حنيفة لان عنده اذا رد الكثير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الاصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبدل قبل ان يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسود بن مخرمة قال وجدت في المغنم يوم القادسية طستا لا يدري اصفر هو ام ذهب فابتعتها بالف درهم فاعطاني بحلها الحرم الفي درهم فدعاني سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه فقال لا تلمني ورد الطست هلك لو كان سهما ما قبلتها مني فقال اني اخاف ان يسمع عمر رضي الله عنه اني بعتك طستا بالف درهم فاعطيت بها الفي درهم فيرى اني قد صانعتك فيها قال فاخذها مني فاتيت عمر فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذي رعيتي تخافني في افاق الارض وما زادني على ذلك وفيه دليل ان لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وانه ليس له ان يبيع بغبن فاحش وان تصرفه فيه كتصرف الاب او الوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر انه باع بغبن فاحش وفيه دليل على ان الامام اذا بلغه عن عامله ما رضي به من عدل او حسن فعله فانه ينبغي ان يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة لغاية عماله في افاق الارض وذلك لحسن سريرته على ما جاء في الحديث من خاف الله تعالى خاف منه كل شي واذا اشترى الرجل طستا او اناء لا يدري ما هو ولم يشترط له صاحبه شيا فهو جايز لان العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسود بن مخرمة وان اشترى اناء فضة فاذا هو غير فضة فلا بيع بينهما لان المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية معدوم فلا بيع بينهما ولو كان فضة سوداء او حمرا فيها رصاص او صفر وهو الذي افسدها فهو بالخيار ان شاء اخذها وان شاء تركها لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس الا انه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشتري للعيب وان كانت رديته من غير غش فيها لم يكن له ان يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة باصل الخلقة الا ترى ان بالرداءة ينعدم صفة الجودة ومطلق العقد لا يستحق صفة الجودة انما يستحق صفة السلامة ولو اشترى سيفا محلى على ان فيه ماية درهم بمايتي درهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف ماية درهم فانه يرد السيف لفساد العقد للفضل الخالي عن المقابلة وهو الحق والحايل وان اشترى ابريق فضة

بالف درهم على ان فيه الف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه الفا درهم كان الخيار للمشتري ان شاء قبض نصفه بالف درهم لانه انما يكون مشتريا بمقدار ما سمى منه وقد تبين ان ذلك نصف الابريق ولا يمكن ان يجعل مشتريا للكل بالف درهم لانه ربا ولا بالعين لانه ما التزم الا الف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف واثبتنا له الخيار لتبعيض الملك عليه فيما يضره التبعيض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لو صرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الابريق ولو كان اشترى الابريق بماية دينار كان يجاز له كله بالدنانير لان الوزن انما يعتبر عند اختلاف الجنس وفي الابريق ما يضره التبعيض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه اذا امكن دون الوزن المذكور وان اشترى نقرة فضة بماية درهم على ان فيها ماية وتقابضا فاذا فيها ما يتي درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك ان اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعيض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فانما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فانه يضره التبعيض والوزن يكون صفة فيه الا ترى ان باختلاف الوزن يختلف صفته فيكون اثقل تارة واخف اخرى ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة في البيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكوره وعن ابي رافع قال خرجت بخلخال فضة لابنتي مولاي ابيعه فلقيني ابو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعه في كفة الميزان فكان الخلخال اسف منه قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا ابا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزن بوزن والزايد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعيض او لا يضره سوا وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة يجوز وان لم يعلم مقدارها لوجود المساواة في الوزن واذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانق فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جايز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع فلا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله ابو بكر رضي الله عنه قلنا كانه احتاط في ذلك او علم ان ابا رافع كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة واذا كان السيف المحلى بين رجلين فباع احدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه او من غيره وتقابضا فهو جايز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل ان يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البايع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا بالشرا ما لم يسلمها اليه ولا باس ببيع الفضة جزافا بالذهب او بالفلوس او بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا اشترى سيفا محلى بفضة حليته خمسون درهما بماية درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فهو جايز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعارضة لا يقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل المنقود ثمن المستحق خاصة كما لا افتراق وجدا بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو اجله في الخمسين الباقية الى شهر لانه ثمن بيع لو ابراه عنه جاز فكذلك اذا اجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقده منها حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم او على ثوب وتقابضا فهو جايز لان الباقي ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جايز

باب الصلح في الصرف

رجل اشترى عبدا بماية دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقر به البايع وانكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جايز لان ما وقع عليه الصلح حصة الجزء الفايت بالعيب وانما استحق ملقياد العقد فيه بفوات ما يقابله والقبض في المجلس ليس بشرط في مثله وان كان الدينار اكثر من قيمة العيب او اقل فهو سوا لانهما قدرا حصة البيع به وانهما ذلك التقدير كما كان النقد في اصل بدل العبد اليهما ولانه لما صالحه على دينار فكان بايع العبد حط من ثمن العبد الدينار كان الفايت بالعيب وصف والثمن لا يقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العين فيثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويلزمه رد قدر المحطوط دينا في ذمته ولا يضرهما ترك القبض فيه في المجلس ويصح التاجيل فيه ان اجله ولو صالحه على دراهم مسماه وقبضها قبل ان يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح اما على الطريق الاول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدينار ومبادلة الدراهم يكون صرفا على الطريق الثاني انما صح بطريق الحط والحط من الثمن وهو الدنانير كالدرهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينا بدين فاذا ابطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم اجلا ثم كان دفعه قبل ان يقبضها او شرطا في الصلح خيارا ثم افترقا قبل ان يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل

ماية درهم فانكره او اقر به ثم صالحه منها على عشرة حالة او الى اجل وبشرط خيار ثم افترقا فالصلح جايز لان صحة هذا الصلح باعتبار العقد بطريق الابرا دون المبادله فيكون في الابرا محسنا من وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتاجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افترقا قبل ان يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادله لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك اذا كانت الى اجل او فيها شرط خيار وافترقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف اما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح على الانكار بناء على زعم المدعي واذا ماتت المراة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلي ذهب وفضة وتركت اباها وزوجها وميراثها عند ابيها فصالح زوجها من ذلك على ماية دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل الا اذا يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار او اكثر فيبقى نصيبه من ساير الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسماية درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل ان يتفرقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه في كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحيح العقد ممكن بان يجعل ما اخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما اخذ من الفضة بالذهب وحصتها من العروض وان تفرقا قبل ان يقبضا انتقض الصلح لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الاب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الاب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان من حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد امانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وما سوى ذلك فالعقد بيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه في المجلس فان قبض الاب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ما قبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا ان المقبوض مما كان قبضه مستحقا في المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان اقل من ذلك بطل من الذهب حصة ما لم ينتقد وجاز حصة ما انتقد اعتبارا للبعض بالكل وجاز ما سوى ذلك من غير الحلي لان العقد فيه بيع لا صرف واذا ادعى الرجل سيفا محلى بفضة في يدي رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا او اشترى بالباقي منه ثوبا قبل ان يتفرقا وقبضه فان كان نقده من الدنانير بقدر الحليه وحصتها فالصلح ماض لان المنقود حصة الحلية فان قبضه مستحق في المجلس والباقي حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقده اقل من حصة الحليه فالصلح فاسد لان بقدر ما لم ينتقد من ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شي واحد فاذا بطل العقد في بعضه يبطل في كله وشرا الثوب فاسد ايضا لانه دخل بعض ثمن الحليه فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز واذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وعلى هذا الاصل الذي قلنا ان الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي واذا اشترى الرجل ابريق فضة فيه ماية درهم بماية دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله ان يرده لفوات ما صار مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البايع على دنانير وقبض فهو جايز وان كان الدنانير اقل او اكثر من قيمة العيب في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله اذا كان الفضل ما لا يتغابن الناس في مثله فهو غير جايز وهذا بناء على مسئله كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على اكثر من قيمته يجوز عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهي مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقوم المقومين فهنا ايضا حقه في بدل الجزء الفايت فاذا صالحه على اكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند ابي حنيفة رحمه الله يصح الصلح هناك على ان يكون المقبوض عوضا عن اصل ملكه وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على ان يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفايت الذي استحقه بالعقد ولا ربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو انه يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول اصح لان القبض في المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل عوضا عن الجزء الفايت حتى لا يكون دينا بدين وان كان صالحه على عشرة دراهم فهو جايز وان كانت الدراهم اكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا على قولهما ظاهر وكذلك عند ابي حنيفة لانه في الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفايت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في ان يجعل عوضا عن بعض الجزء الفايت من الذهب ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا قبل القبض او على شرط اجل او خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما واذا ادعى على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه او اقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا او نسيه فهو جايز لان صحة هذا العقد بطريق الابرا وهو انه ابراه عن جميع الدنانير ونصف الدراهم ثم اجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جايز قال فان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بماية درهم وتقابضا واستهلك القلب او لم يستهلك

والفضة

ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم فيه فهو جايز لان صحة هذا الصلح بطريق الحط او بطريق انا وقع عليه الصلح
حصة العيب فيكون ذلك دينا على البايع واجبا بالقبض دون عقد الصرف والتاجيل صحيح في مثله ولو صالحه على دينار لم يجز الا
ان يقبضه قبل التفريق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا فيشترط القبض فيه قبل التفريق وان
اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد في القلب عيبا فصالحه على قيراطي ذهب من الدينار على
ان زاده مشتري القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جايز لان ما زاده مشتري القلب يلتحق باصل العقد وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط
بعض البدل وذلك جايز من كل واحد منهما ويحمل بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه حصة العيب وذلك جايز وان كان الحنطة بعينها
وتفرقا قبل التقابض فهو جايز ايضا لان في حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفي حصة العيب وجوب حكم الرد حكم القبض وان
العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا ثم وجد في الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك ان يقسم القيراطان على قيمة
الحنطة وقيمة العيب فما خص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به

باب الصرف في المرض

مريض باع من ابنه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لا يجوز ذلك عند ابي حنيفة لان نفس البيع من وارثه وصية له عند ابي
حنيفة رحمه الله ولا وصية للوارث وعندهما معنى الوصية في الحط الا في نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا كان البيع بمثل القيمة
او اكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا ياتي في كتاب الشفعة ولو اشترى من ابنه الف درهم بما يساوي دينارا فان اجاز ذلك بقية
الورثة فهو جايز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان اجازوا ذلك جاز وان ردوه فهو مردود كله في قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد ان شاء الابن اخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل ذلك
بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه ما رضي بزوال ملكه في الدراهم حتى يسلم له الدنانير كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء
رضي به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية اخرى عنهما ان اصل العقد يبطل اذا جاء في المريض وارثه بشي وياتي بيان ذلك في
الشفعة واذا باع المريض من اجنبي الف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة ان يردوا
ما زاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم يجز الورثة ثم
يخير المشتري فان شاء اخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار في يد الورثة ويرد ما بقي
عليهم من الالف وان شاء اخذ ديناره ويرد الالف لانه ما رضي ان يملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار اخذ دينار
فلا شي له من الالف بطريق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت في ضمن عقد الصرف وقد بطل العقد فيبطل به ما في ضمنه ايضا وان كان
المريض قد استهلك الدينار كان للمشتري ان ياخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقي من الالف بطريق الوصية ولم يجز
هنا لان الدينار مستهلك فلا فايدة في اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ما خرج من ملكه بعينه وكذلك لو يعطيه ما لوصية ثلث الالف
كاملا هنا خلافا للاول لان هنا الدينار مستهلك فلا فايدة في اثبات الخيار ولو اعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة
ضعف ذلك فلهذا قال ياخذ قيمة الدينار من الالف ولا شي له بالوصية ثلث ما بقي وكذلك اذا باع المريض سيفا قيمته مائة درهم
وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فابت الورثة ان يجيزوا كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ
قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله واخذ ديناره لان المريض حاباه باكثر من ثلث ماله وهذا
وما سبق في التخريج سواء وما خص به هذه المسئلة ان قيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشي واحد ولا يتاتى اثبات المعاوضة في
احدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان المشتري بالخيار ههنا ان شاء اخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون
ذلك دينا في تركة الميت ويباع السيف حتى يعطى الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقي لان السيف مما يضره
التبعيض فيثبت له الخيار لما لحقه من عيب التبعيض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قايم يمكن فسخ العقد
فيه بخلاف الاول فالتبعيض في الالف لا يكون عيبا فلهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك المريض الدينار وان كان المشتري قد استهلك
ما قبضه جاز له منه قيمة الدينار وثلث الباقي وعليه ثلثي الباقي للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة
من ذلك وهو قيمة ثلثي الباقي بعد قيمة الدينار لانه لو كان قايما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم
مريض له تسعماية درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم من تسعمائة ثم افترقا وكان المريض والمال قايم والدينار

قيمته فاجازت الورثة ورد هو هنا ستين وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل
في ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله في المجلس وانما بقي العقد في مقدار المائة والوصية بالمحاباة كانت في ضمن العقد فانما بقي فيما بقي
فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد
بطل بالافتراق قبل التقابض ورد عليه ديناره ولا شي له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشتري تسعة وخمسين
دينارا وتقابضا فهو جايز كله لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كانه في الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحاباة بقدر الثلث من ماله
وذلك جايز قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواز هذه المسئلة اذا اريد في سوالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كان قال
حق الورثة في ستماية درهم لان جملة مال المريض تسعماية وانما تكون المحاباة بقدر الثلث اذا كانت قيمة الستين دينارا ستماية درهم وان كان المريض وكل
وكيلا فباع عنه من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل ان يتقابضا فقال المشتري انا اخذ تسعماية بتسعين دينارا قبل ان يتفرقا فله ذلك لان
البيع قد وجب له قبل موت الميت ولو يتفرقا فلا يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فاذا زاد المشتري الى تمام تسعين دينارا
التحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحاباة فكان ذلك سالما له واذا اشترى من المريض الف درهم بماية درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرض
هذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذي اعطى المائة ان يمسك المائة من الالف بمائة ويرد الفضل لان حقه في المائة التي
اعطى وقد صار دينا له في مال الميت فيكون له ان يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل لا وصية له هنا لان الوصية في ضمن
العقد والعقد باطل فان كان اعطى من المائة ثوبا او دينارا كان ذلك بيعا صحيحا على ان يكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار
وان مات المريض وابت الورثة ان يجيزوا اجبر صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عقده عليه وان شاء كان له من
الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار او العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قايمة في يد الورثة
كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بماية درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وابت الورثة
ان يجيزوا فالمشتري بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء اخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية
بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث وتعذر هنا جعل شي من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المعاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا
لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا انها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة
تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فلهذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله
عشرون دينارا والثلثان ثلث عشر وثلث فاذا اخذ الورثة ثلث الابريق وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار واحد وثلثي المائة وقيمة ذلك
ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلثه عشر دينارا وثلث كما لهم وسلم للمشتري ثلثا الابريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمته
ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان

باب الاجارة في عمل التمويه

واذا دفع لجاما او خرزا الى رجل ليموهه بفضة وزنا معلوما يكون قرضا على الدافع ويعطيه اجرا معلوما فهو جايز ويلزمه الاجر والفضة
لانه استقرض منه الفضة وامره ان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها باتصالها بملكه وعليه مثلها ثم استاجره لعمل معلوم ببدل معلوم
وذلك في العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع فيه من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعي زيادة فيما اقرضه
وهو ينكر ذلك ويحلف على علمه لانه استحلاف على فعل الغير وان قال موهه بماية درهم فضة على ان اعطيك منها واجر عملك ذهبا عشرة
دنانير بعد ذلك كله وتفرقا على ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمل كان له
فضة مثل وزنها لانه صار قابضا للفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر رد عينها فعليه رد مثلها وكان له اجر
مثل عمله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد في حصة الصرف فسد في الاجارة ايضا ويلزمه اجر مثله لاستيفاء المنفعة هكذا ذكر
الحاكم رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد في حصة الصرف لطارئ وهو الافتراق قبل القبض وذلك لا يوجب فساد الاجارة قال
رضي الله عنه وقد تاملت في الاصل فوجدته يعتبر اجر المثل لبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار اجر مثله من الدنانير اذا قسمت الدنانير
على اجر مثله وعلى المائة الدرهم فعلمنا انه حكم بصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر اجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة
العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الذهب صرف وكذلك
لو شرط عليه اجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون بيعا لا استقراضا لانه سمى بمقابلته ثمنا فيكون العقد فيه صرفا ايضا فان قال

اقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب كذا وكذا على ان اعطيك اجرك نصف درهم او قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض للدينار د
وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استاجره لعمل معلوم ببدل معلوم وكذا اذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط لي فيها خمسة
دراهم فضة ثم صغها طبقا او كذا ففعل فهو جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه الا ترى
انها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الامر ثم استاجره للعمل في ملكه ببدل معلوم وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صغ لي
من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على ان اعطيك اجرك كذا فهو باطل لان فضة العامل في هذا الا ترى انها لو هلكت هلكت من ماله فيكون فيه
عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي ثلاثين درهما وامرتك ان تزيد فيها مثله وقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وامرتني ان ازيد
خمسة وفي القلب خمسة عشر فالقول قول المدفوع اليه انه زاد خمسة لان الخلاف في مقدار وزن ما دفع اليه من الفضة فالدافع يدعي عليه
الزيادة والمدفوع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفوع اليه يدعي انه امره ان يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الامر فيما زاد على المثل ف
فالقول قوله مع يمينه فتبين انه زاد درهمين فوق ما امره به فكان مخالفا للامر ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اما ان العمل المشروط
عليه وزاد فاذا رضي بالزيادة استوجب العامل كمال الاجر ولو كان القلب محشوا لا يعرف وزنه واتفقا انه اعطاه عشرة وامره ان يزيد
خمسة فيه فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل سلم
القلب له واعطاه الامر من الاجر بحساب ذلك وان شاء اعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله ان لا يخرج القلب من يده اذا كان ما زاد
فيه وهو الخمسة نوعه لا يصل اليه فاذا احتبس عنه ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد ان يحلف الاخر ما يعلمه انه زاد فيه خمسة لانه لو اقر
بذلك لزمه فاذا انكر يستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال الامر كانت فضتي بيضا وامرتك ان تزيد فيها فضة بيضا وقال العامل
كانت سودا وامرتني ان ازيد فيها فضة سودا فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع اليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله
فكذلك في صفته وان اختلفا في الاجر في المقدار وفي الاصل بان قال الدافع عملته بغير اجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر في ذمته
او الزيادة على ما اقر به رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد ما تفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك
الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالجياد قبل ان يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياد دون الزيوف لم يبطل
العقد لانه حين استبدلها بالجياد المردود دون استحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد وهو انما بناء على قولهما وكذلك عند ابي
حنيفة ان كان الرد بعيب الزيافة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد او بعده لا لافتراق والمردود قليل رجل استقرض من رجل
كر حنطة فقال اطحنها لي بدرهم فطحنها قبل ان يقبضها كان هذا باطلا ولا اجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وانما طحن صاحب الحنطة
حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن اعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق ولو دفع اليه كر حنطة وقال اقرضني
كرا واخلطه به ثم اطحنها بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط بملكه بامره فيكون الطحان
عاملا له في حنطته فيستوجب الاجر كان عمله كان له اجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه
ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع اليه الدينار ثم ان رجلا احرق القلب في المجلس فللمشتري الخيار لتغير المعقود عليه فان شاء
امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل ان يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض البدل
في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار ان كان فيه لانه ربح حصل لا عن ضمانه وان تفرقا قبل ان يقبض القيمة بطل الصرف
وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد
اختيار المشتري تضمين المحرق قبل القبض منه وقول ابي حنيفة كقول ابي يوسف الاخر وان لم يذكر ههنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع
اذا قتل المبيع قبل القبض كان اختار المشتري تضمين القاتل في قول ابي حنيفة وابي يوسف يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو توى ما
على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول ان قبض
بدل الصرف لا يكون الا بعين يصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمين المحرق والقاتل لا يصل بيده الى شيء فلا يصير
قابضا لان عين القلب لم يقبض وقيمته دين في ذمة المحرق ولا يتصور ان يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره اكثر من ان يتوجه
له المطالبة على المحرق ببدل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هنا بتوجه المطالبة
له فكذلك هنا وصار هذا كما لو احال ببدل الصرف على انسان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على
المحال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الاخر ان المحرق قائم مقام المشتري حين اختار تضمينه فقد صار راضيا
بقبضه ملزما اياه في الضمان بالاتلاف ولو كان اذن بالقبض للمشتري حين اختار تضمينه في الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك

اذا رضي بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحال عليه هناك لم يقبض شيئا حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف
ان على المشتري ان يتصدق بالفضل ولو كان الطريق هذا لم يلزمه التصدق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف بعد القبض فيكون
ربحا على ضمانه ولكن ابو يوسف يقول انما يصير قابضا له باختياره تضمينه وذلك بعد الاتلاف وبعد ما وجب التصدق بالفضل فلا
يظهر في ابطال حق الفقراء ارباب الصدقة وينبني على الاحتياط وهذا ينبني بعد اعتبار تمام قبضه فيظهر في حقه لا في حق الفقراء لان
قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور ان يكون قيمة المبيع دينا للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في
هذا الاختيار بتقرير انه لا يمكن ان يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع
قبل القبض بحال الا ترى انه لو اتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فعرفنا انه واجب للمشتري ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا
بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحال عليه هناك يقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا محلى
وخمسون درهما بمائة درهم او بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى افسد رجل شيئا من حمايله او جفنه فاختار المشتري
اخذ السيف وتضمين المفسد قيمة ما افسد فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل ان يقبض من المفسد
ضمان ما افسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط في المجلس انما ذلك في الصرف خاصة
وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختار المشتري امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس وان
كان المفسد افسد السيف كله واختار المشتري امضاء العقد وتضمين المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقه قبل ان يؤدي القيمة
لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شيء فلا يضرهما ذهابه كالمحال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف
عند ابي يوسف الاخر لا يبطل الصرف وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة الحلية للافتراق قبل القبض
وفي حصة السيف لان الكل كشيء واحد ولو اسلم ثوبا في كر حنطة او باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب بامر فاختار مشتري
القلب والمسلم اليه اخذ الثوب والقلب وما لا يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل ان يتفرقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى
تفرقا لانه قبض القلب بعينه وقبض راس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقصان من الهاشم في المجلس لان ذلك بمقابلة الوصف والمعقود
عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه في المجلس رجل اشترى سيفا محلى فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل كرة
من حليته فاختار المشتري امضاء البيع وتضمين المحرق فنقد الثمن وقبض السيف ثم فارق البائع قبل ان يقبض الكرة فالبيع ينتقض في الكرة
خاصة دون السيف عند محمد رحمه الله لانه باختياره تضمين المحرق لا يصير قابضا للكرة فقد زال السيف كانتقاض العقد فيها بالافتراق ق
قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفي قول ابي يوسف الاخر لا ينتقض البيع في الكرة ايضا لانه صار قابضا باختياره تضمين المحرق
وكذلك القول في السلم اذا استهلك رجل راس المال قبل التسليم واختار المسلم اليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل السلم في
قول محمد رحمه الله ولم يبطل في قول ابي يوسف وهو بناء على الاصل الذي بينا وان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا
ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهما او بربح ده يازده او بربح ثوب بعينه او بوضيعة نحو ذلك لم يجز لان للحلية حصة من الربح
والخسران فيكون بمقابلتها اكثر من وزنها من الفضة او اقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان
ينبغي ان يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة قلنا لا يجوز ان يصحح العقد على غير الوجه
الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بان العقد في حصة الحلية مرابحة او وضيعة وذلك يتعذر اذا جعل بمقابلتها مثل وزنها لانا جعلنا
الربح في ثمن السيف ده يازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح فيه ده دوازده ولا يمكن ان يقال يثبت حصة السيف من
الربح ويبطل حصة البائع لان البائع لم يرض بان يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سمي من الربح ولان البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم
يقصدا ذلك وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لانهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف فاما الحلي المموه
فلا باس بالمرابحة فيه لان التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه
مرابحة بربح نصف دينار او بربح درهم فلا باس بذلك اما اذا باعه بربح نصف دينار فلان الجنس مختلف والفضل لا يظهر عند اختلاف
الجنس فيكون بائعا القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز لان الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على
ما عليه الاصل ان الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة اعشار القلب والدرهم بمقابلة
عشر القلب فيكون بعض ما سماه راس المال زيادة على عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام
عليه بعشرة دراهم فقال قام علي هذا بعشرين درهما فباعه بربح درهم او بربح ده يازده فعلى قول ابي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد

في حصة القلب لاجل الربا او العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان احدهما منفصل عن الاخر وبفساد العقد في احدهما لا يتمكن المفسد في الاخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضا ثم باعها بربح مائة درهم او بربح ده يازده فالعقد فاسد في قول ابي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان احدهما يتميز من الاخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الطوق فاستدلوا عليه على رجوعه في نظايره وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جايز لان الحط التحق من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويخرج قدر المحطوط من ان يكون ثمنا فكانه في الابتدا اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع او قبل ان يفترقا فسد البيع كله في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتداه له ان يمتنع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن درهما وسلمه اليه فسد العقد في قول ابي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك في البيع اذا ذكرا شرطا فاسدا بعد العقد لاحدهما خيارا او اجلا يفسد به العقد في قول ابي حنيفة يلتحق ذلك باصل العقد حتى يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهما في ذلك ان الشرط والزيادة تبع في العقد ولا يجوز ان يكون التبع في الشي مبطلا لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا ابتنا ذلك على سبيل الالتحاق باصل العقد تبطل العقد به وببطلان العقد تبطل الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وابو حنيفة يقول المعنى الذي لاجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة باصل العقد وذلك المعنى موجود هنا وذلك المعنى وهو انهما قصدا تغيير وصف العقد بحمل الخاسر رابحا و[illegible] اللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما الا ترى انهما يملكان فسخه وابقاه فكذلك يملكان تغيير وصفه لان صفة الشي يملك بملك اصله وهذا المعنى موجود هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك فما وقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور في اصل العقد ولو ذكر في اصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك اذا ذكر بعد العقد الا ترى ان احد المتصارفين اذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذي بينا فكذلك اذا زاده في بدل الصرف ومحمد رحمه الله فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط ابقا العقد الاول مع تصحيح الحط ممكن بان يجعل ذلك هبة مبتداة فيصار اليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البايع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتداة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه الى ذلك فيصار الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الاول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه باصل العقد لانه يخرج به العقد من ان يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقدان ذلك باصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق باصل العقد لم يخرج العقد به من ان يكون صرفا كما باشراه وانما يفسد به العقد والفاسد من جنس الزايد الا ترى ان الوكيل لا يملك بالفساد والوكيل بالبيع اذا وهب كان ضامنا نوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد او لادخال الرخص فيه والانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا انه حط الجميع قصدا الى المبتدا فجعلناه هبة لذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتداة فلهذا التحق باصل العقد الا انه يشترط قبول الاخر هنا بخلاف الحط في ساير البيوع لان في صحة هذا الحط افساد العقد ولا ينفرد احد المتعاقدين بافساد العقد وهناك في تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهمان من ثمنهما جميعا فان نصف الحط في الثوب وينتقض البيع في القلب في قول ابي حنيفة لانه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك بقوله حططت عنك درهمين من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته اقل من وزنه ولكن هذا فساد طاري فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا على الاول عند ابي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الحلية دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما اجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق باصل العقد ويخرج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فكان البيع كان في الابتدا بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الاول فان القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل

الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشي واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون في هذا تغيير ما نص عليه المتصرف ولو باع قلب فضة بعشرين دينارا وتقابضا ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنانير فهو جائز سواء قبضها او فارقه قبل القبض لانه بالقبض لحاق الحط باصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من ان يكون ثمنا فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد احدهما صاحبه في البدل الذي من قبله بعد اتحاد الجنس يبطل العقد عند ابي حنيفة اذا قبل الاخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد لانه ليس في اثباتها الزيادة في هذا الموضع افساد اصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوبا معروفا قبل قبضه لم يضر شيئا كما لو كان مذكورا في اصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضه في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق باصل العقد فكان بدل الصرف فيشترط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس الزيادة يقام مقام اجتماعهما في مجلس العقد في اصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا في اصل العقد ولم يقبض حتى افترقا ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشتري السيف درهما او دينارا فهو جايز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق باصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بايع السيف زاده دينارا او فضة قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل ان يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير كانه صارف سيفا محلى ودينارا بمائة درهم فخمسون درهما من الثمن بمقابلة الحلية ويقسم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حليته فما يخص الدينار يجب رده لان العقد قد بطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو او غيره ثوبا بالعشرة ثم باعهما بربح ده يازده او بوضيعة عشرة احد عشر جاز في حصة الثوب ولا يجوز في حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما اما عند ابي حنيفة يفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال اسعكما بوضيعة درهم من عشرين او بزيادة درهم على عشرين درهما كان جايزا وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقي لانه لم ينسب العشرين الى رأس المال فلا الى ما قام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفي بيع المساومة يقابل الفضة بمثلها مثل وزنها والباقي بمقابلة الثوب بخلاف الاول فهناك نص على بيع المرابحة فيهما وفي بيع المرابحة لا بد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من ان يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب ولو اشترى فضة بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى شيئا بخمسين درهما يحشيه وحمايله ثم انفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح عشرة احد عشر او بربح عشرين درهما كان ذلك كله فاسدا لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل في حكم شي واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والفضة دنانير جاز لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى فلسا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وعوضه الاخر عشرة دراهم او استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن من ثمن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البدل في المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان اخذ على سبيل القرض والغصب لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفيا لحقه لا مستقرضا ولا قاضيا ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف اذا جعلا بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود ثمن القلب خاصة استحسانا لان قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي ساير البيوع انما يجعل المنقود من ثمنهما لاجل المعارضة والمساواة ولا معارضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق ولان في جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في الابتدا فالاستحسان للتحرز عن فساده بعد الصحة اولى ولو نقده العشرة وقال هي من ثمنهما جميعا فهو مثل الاول لان الشي يضاف الى الشيئين والمراد احدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللولؤ والمرجان والمراد احدهما وهو المالح وقال تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم والمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقصدها بقاء الحق المستحق عليه وابقاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فينصرف ذلك الى ثمن القلب وان قال بقي ثمن الثوب خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لانهما لما صرحا بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة والمساواة بعد تصريح الدافع يكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول في بيان جهته قوله ولو كان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وقبض السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضي بذلك القابض او لم يرض

فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه استحسن فجعل المنقود من الحلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف بطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصرفا بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن السيف الثوب سلم للقابض ذلك الطريق يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفي الشيء الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود انه ثمن هذا الجانب دون الجانب الاخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفا وجفنا وحمائل بخمسة دنانير وانفق على صناعته وتركيبه دينارا ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضا كان جائزا لان الجنس مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة تقوم عليه بدينار وثوب لاخر تقوم بدينارين فباعاهما مرابحة بربح دينار او بربح ده يازده فان الربح بينهما على قدر راس مال كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد كان الثمن بينهما اثلاثا وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لاخر قيمته عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذي له الا ان البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فهي له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل ان ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف القلب بخلاف ما تقدم اذا كان بايعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود من ثمن القلب استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهنا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقد سواء باشر لغيره او لنفسه وقد باعا جميعا القلب والقابض احدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الاخر من القلب فان قيل اليس كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل وصاحب القلب انما قبض ثمن القلب وهو في النصف عاقد وفي النصف موكل امكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذي لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بماية دينار على ان فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والعقد انما ينعقد على عينه لا على صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على انها الف ذراع فاذا هي الف وخمسماية ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذرعان في الدار صفة الا ترى ان باختلافهما تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على انها الف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء اخذها بالف وخمسماية وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فانه اشتراها على ان يسلم له بالف درهم والان لا يسلم له الا بالف وخمسماية فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على ان فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم او لم يقل فاخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة وزنه قلب عشرون درهما ولكنا نقول الفضة تباع بالجانس وزنا في البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك او لم يصرحا وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون اقوى من تخصيص المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان في الدار ثم ان لم يتفرقا تخير لانه لزمه زيادة في ثمن القلب لم يرض به فان كانا تفرقا جاز له القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكانه باعه القلب بعشرين درهما ونقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهي المفارقة قبل ان يقبض بعض الثمن وان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب والوزن في القلب صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون اثقل او اخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار اخذه بدينارين ان شاء لانه اعقب تسميته كلامه تفسيرا فيكون الحكم كذلك التفسير فيصير بايعا كل درهم بعشر من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب انقص وزنا في الفصلين جميعا وثبوت الخيار هنا لان ينتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقض البيع في نصف القلب لانه نص على ان نصف المنقود من ثمن القلب الثوب ولو نص على ان جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك في نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنهما

جميعا

جميعا فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ما صرح به يبقى فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشيء الى الشيئين والمراد احدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى الم ياتكم رسل منكم اما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب فاما في السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف شيء واحد وتصريحه على ان المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر او لان المقبوض لا يسلم له بالطريق الذي نص عليه لان العقد يبطل في السيف ببطلانه في الحلية او في بعضها ونحن نعلم انهما قصدا ان يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا ان يجعل بمقابلة الحلية ولو قال ابيعك السيف بماية درهم وخمسين نقدا من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسدا لانه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان هذا في القلب والثوب فسد البيع ايضا في قول ابي حنيفة وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره ولو اشترى سيفا بماية درهم على ان حليته خمسين درهما وتقابضا فاذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشتري بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم واخذ السيف وان شاء نقض البيع لانه لما سمى وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فاذا ظهر ان الحلية ستين درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر ان ثمن الحلية ستين درهما ويكون ثمنها ماية وعشرة ويتخير المشتري لانه لزمه زيادة في الثمن وان كانا تفرقا فالبيع باطل منتقض لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد في بعض الحلية ينتقض في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف ماية درهم كان لو لم يتفرقا كان ان شاء زاده خمسين درهما واخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا خلاف الابريق لان بيع نصف الابريق جائز فيمكن ابقاء العقد في نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضررا في التسليم فاذا بطل العقد في البعض بطل في الكل ولو اشترى سيفا محلى وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فاذا في السيف ماية درهم فالبيع جائز لانه يصيب مسميه وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا نظيره في القلب ولو اشترى قلب فضة بدينار على ان فيه عشرة دراهم فاذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا في الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها التبعيض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن الا ترى انه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه وثوبا لاخر وكله ايضا ببيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار وعشرة دراهم على ان ثمن الثوب الدينار وثمن القلب الدراهم كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب في ثمن القلب لان كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرون درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء ولو باعهما بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين ثمن احدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود من ثمن القلب لان البائع واحد وهو المستحق لقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعهما لنفسه سواء واذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما في اصل الملك الا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود ثمن القلب خاصة والنسيئة في ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله اعلم بالصواب ٥

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة ماخوذ من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد او شيء الى شيء ومنه شفاعة النبي عليه السلام للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفيع يا حق بضم الماخوذ الى ملكه فسمي لذلك شفعة وزعم بعض اصحابنا رحمهم الله ان القياس يابى ثبوت حق الشفعة لانه تملك على المشتري ملكا صحيحا بغير رضاه وذلك لا يجوز فانه من نوع الاكل بالباطل ويؤيد هذا قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه الاضرار بغيره ولكنا تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب

والاصح ان يقول الشفعة اصل في الشرع فلا يجوز ان يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دل على ثبوته الاحاديث المشهورة
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء عقارا وربع ومن ذلك ما بدا محمد بن الحسن رضي الله عنه
عرض بيتا له على جار له فقال خذه باربعمائة اما اني قد اعطيت به ثمانمائة ولكني اعطيكه باربعمائة لاني سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه وفيه دليل ان من اراد ان يبيع ملكه فانه ينبغي له ان يعرض على جاره لمراعاة حق المجاورة كما قال عليه السلام
ما زال جبريل عليه السلام يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه ولانه اقرب الى حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة ولهذا فعله
فعله سعد رضي الله عنه وحط عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان فان تمام الاحسان حط الشطر لما روي ان
الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين على انسان فطالب غريمه فقال احسن الي يا رسول الله فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف
كثير فقال واين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان حط
الشطر فاما قوله عليه السلام الجار احق بسقبه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع
يعني لما جعله الشرع احق بالاخذ بعد البيع فهو احق بالعرض عليه قبل البيع ايضا وهو دليل على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما
مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزاني
وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله عليه السلام لا ضرر
ولا اضرار في الاسلام وذلك بالمجاورة تحقيق معنى الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار
واثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى

ايا جارتي بيني فانك طالقة   كذاك امور الناس غاد وطارقة

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش لكنا نقول في هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارا لانها مجاورة في الفراش
تتصرف فيه لا لانها تشاركه وفي الحديث ما يدل على بطلان هذا التاويل فان سعدا عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك
دليل على ان جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه   وعن الحسن في الشفعة
لليتيم قال وصيه بمنزلة ابيه ان شاء اخذ والغائب على شفعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وان وليه يقوم مقامه في
الاخذ له لانه اخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتيم وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود اقام الشرع وليه مقامه
وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كما اذا حضر
وعلم به كان على شفعته لان الحق بعدما ثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضى بسقوطه صريحا او دلالة وبترك الطلب عند العلم
له به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه من الطلب   وعن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع
كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روي في بعض الروايات الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك
يكون في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع سمي خليطا لاختلاط بينهما فيما تاوى به الانتفاع مع تميز الملك والشفيع هو الجار وفيه
دليل ان حق الشفعة على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا انما يتاتى على مذهبنا فاما الشافعي لا يوجب الشفعة
الا للشريك فلا يتاتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه   وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء رحمه الله عن جابر رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام قال الجار احق بسقبه ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وهذا من اقوى ما يستدل به فانه لا شبهة في صحة هذا
لان عبد الملك بن مروان كان من اهل الحديث وعطاء بن رباح امام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضي الله
عنهم فلا طعن في اسناد هذا الحديث ولا وجه لحمل الحديث على الشريك فانه اذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وانما يكون مفيدا
اذا كان المراد جارا هو الشريك في الطريق   قال رحمه الله كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العجب منهم يزعمون انهم من اصحاب
الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى انهم احدثوا ترك العمل بالحديث
فلاجله سموا اصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث   وعن الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة وبه ناخذ لان
سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك
يبطل شفعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها اي لم يقعد عن طلبها وقال عليه السلام
الشفعة كحل العقال وهذا عبارة عن سرعة سقوطه   وعن شريح رحمه الله قال الشريك احق من الخليط والخليط احق من الجار والجار

احق

احق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع وعن عمرو بن سويد عن ابيه الشريد بن سويد
رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم
في بعض اسفاره وروي عنه قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستنشدني من اشعار الجاهلية فكلما انشدت بيتا قال عليه
السلام ايه حتى انشدت مائة بيت واهل الحديث يروون حديثه هذا في الشفعة ان النبي عليه السلام سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها
شرك ولا قسم الا الجوار فقال عليه السلام الجار احق بشفعته ما كان فهذا يدل على ان المراد حقيقة الجار دون الشريك لانه نفى الشركة
له في السؤال واثبت الجوار وفي قوله عليه السلام ما كان معنيان احدهما ان المراد من كان فانما يذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما
بناها فهو دليل على ان الشفعة للذكر كالانثى والحر كالعبد والصغير كالكبير والمسلم كالذمي والثاني ان المراد بقوله ما كان اي ما
يحتمل القسمة او لا يحتمل القسمة فيكون دليلا لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من
اوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن وغيرها وهو قول اصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء
ربع او عقار يبين ان المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول   وعن شريح انه قضى للنصراني بالشفعة وكتب في ذلك الى عمر بن الخطاب
رضي الله عنه فاجازها وبهذا ناخذ دون ما رواه بعد هذا عن شريح انه قال لا شفعة ليهودي ولا لنصراني ولا لمجوسي وبقوله الثاني
كان ياخذ ابن ابي ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكنا ناخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد
تايد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم اهل الذمة قد التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو
مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين   وعن الحسن رحمه الله قال قضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على استحقاق الشفعة بسبب الجوار فاما معنى اللفظ الاخر ان الجار
به كان منازعا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجوار وبالشفعة فهو دليل على ان الجار يستحق به الشفعة حتى سمع رسول الله صلى
الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة   وعن الحسن رحمه الله قال اذا قسم القوم الارضين وحدوا حدودها بينهم فهم شفعاء وبه
ناخذ فنقول الشركة في الشرب يستحق بها الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة في نفس المبيع لان الحاجة
الى دفع الضرر البادي بسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعا   وعن شريح رحمه الله قال الشفعة بالابواب اقرب الابواب الى الدار احق
بالشفعة ولسنا ناخذ بهذا وانما الشفعة عندنا للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان اقرب بابا او ابعد
بعد يعتبر قرب الباب في التقدم في الشفعة على ما روي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارين فالى ايهما اهدي فقال
عليه السلام الى اقربهما منك بابا وهذا لان اطلاعه واطلاع اولاده على ما يدخل منزله من النعمة فهو بالهدية احق وهذا تاويل ما روي
ان النبي عليه السلام كان يقول في الهدايا ابدءوا بجارنا اليهودي فاما الشفعة المعتبر فيها القرب واتصال احد الملكين بالاخر وذلك
في الجار الملاصق دون الجار المحاذي فان بين الملكين طريقا نافذا   وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قالا لا شفعة الا لشريك لم يقاسم
وهذا قول اهل المدينة وليس ناخذ به اهل الكوفة الا انه قد رجع اليه ابن ابي ليلى فانه كان في الابتداء يقضي بالشفعة للجار حتى كتب اليه
ابو العباس المهدي يامره ان لا يقضي بالشفعة الا للشريك لم يقاسم وهذا قول اهل المدينة فاخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن اخذنا
بقول عمر رضي الله عنه فقد اثبت الشفعة للجار حين قال لبني عدي انتم شفعاؤنا في اموال اليهود في حديث طويل واخذنا بالاثار المشهورة
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الحديث متى صح عنه كان حجة على كل صحابي والحاصل ان الشفعة عندنا على مراتب تقدم الشريك فيها
في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع ثم الجار الملاصق فعندهما وعند ابن ابي ليلى والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع
لحديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة   وفي حديث ابي موسى ان
النبي عليه السلام قال الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام في الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هاهنا معهود ينصرف
اليه فكان للجنس فيقتضي ان جنس الشفعة فيما لم يقسم   وفي رواية قال انما الشفعة فيما لم يقسم انما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه
عما عداه كما قال الله تعالى انما الله اله واحد فهو تنصيص على نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه ان هذا تملك بغير رضى المتملك
عليه فيختص به الشريك دون الجار كالتملك بالاستيلاد وملك احد الجارين متميز عن ملك الاخر فلا يستحق احدهما ملك الاخر بالشفعة كا لجار
المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة فلا طريق له الى دفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه ما اخذ لاستيفاء الملك
فيه وهذا لا يوجد في حق الجار ولهذا لا نوجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يندفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا
لا نوجب الشفعة في المنقولات ايضا لانه يتمكن من دفع مؤنة القسمة ببيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول معتاد في كل

وقد فاما العقار يحتمل الاستيفاء الملك فيه ولبيقى ابدا بالعقبة فهو محتاج الى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه
وحجتنا في ذلك ما روينا من الاخبار ولا يعارضها ما رووا فيها بيان ان للشريك شفعة ونحن به نقول وتخصيص الشيء بالذكر
عندنا لا يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد الشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان ان مع الشريك الذي لم
يقاسم لا مزاحمة لاحد في الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور في حديث ابي هريرة قال اذا وقعت الحدود ولم
تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا ان يجب الشفعة وعندكم لا يجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف
الطرق وكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه ان ملكه متصل بالمبيع اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك
وتحقيق هذا الكلام ان استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق في المنقولات ثم لا تجب الشفعة الا في العقار
فلا بد من معنى تظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا ان الشركة في العقار تفضي الى المجاورة لانهما اذا اقتسما كانا جارين والشركة في المنقولات
لا تفضي الى المجاورة لانهما اذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة في الملك فاذا كان باعتبار الشركة التي تفضي الى المجاورة يستحق الشفعة
فبحقيقة المجاورة اولى وهذا لان المقصود دفع ضرر التادي بسوء المجاورة على الدوام ولهذا لا تثبت لجار السكنى كالمستاجر والمستعير
لان جواره ليس بمستدام ولهذا لا تثبت في المنقول وضرر التادي بسوء المجاورة على الدوام باتصال احد الملكين بالاخر على وجه لا يتاتى
الفصل والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في جوار بعض الناس لحسن خلقه وعن جوار بعض الناس لسوء خلقه فلما كان الله يتادى
بالجار الحادث يثبت له حق الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك يحتاج اليه في المنقولات ولا شفعة فيها اذا باع
احد الشركاء نصيبه وههنا بالاخذ يزداد مؤنة المقاسمة على الباقين وانما يندفع عنهم سوء مجاورة المشتري ولهذا لا يثبت للجار المقابل
لان سوء المجاورة لا يتحقق اذا لم يكن ملك احدهما متصلا بملك الاخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على انا نقول حق الاخذ بالشفعة
له ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الاخرى ولا يتحقق
ذلك في الجار المقابل لعدم امكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الاخرى بطريق المناقلة بينهما حتى اذا كانتا في سكة غير نافذة
تثبت الشفعة للكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بان تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان
سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك في حقه اقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم تعقبه الشريك في
الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يندفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة
عن نفسه وقد بينا ان الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا تصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح ابدا بما لا يكون علة
للاستحقاق الا ترى ان الاخ لاب وام مع الاخ لاب اذا اجتمعا يترجح الاخ لاب وام في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة
لا تستحق بقرابة الام ولكن يقع بها الترجيح فهذا مثله وتفسير ما قلنا في ميراث مشترك بين اثنين في دار في سكة غير نافذة اذا باع
احد الشريكين نصيبه من المنزل كان للشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم كان الشركاء في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة لانهم
اخص قربا الشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على
ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى وقد روي عن ابي يوسف ان مع وجود الشريك لا شفعة لاحد غيره سوا سلم او استوفى لانهم
محجوبون بحق الشريك وقد ثبت حقه سوا استوفى وسلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك
لتقرر السبب في حقه الا ان حق الشريك كان مقدما فاذا سلم كان للجار ان يستوفي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه
اذا اسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض يستوفونها لان سبب استحقاقهم ولهذا قلنا ينبغي للجار ان يطلب الشفعة اذا علم
بالبيع مع الشريك حتى اذا سلم الشريك يمكن من الاخذ فان لم يطلب بعد علمه حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء جاز من
الطريق الاعظم رائعا عن الطريق او زقاقا او درب غير نافذ فيه دور فبيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء
في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق احق منهم بالشفعة وقد قال بعض اصحابنا رحمهم الله فناء الدار مملوكة
لصاحب الدار والاصح انه حقه وليس بمملوك له فان ملكه في الدار والدار ما ادير عليه الحائط والفناء اسم لعرض الجدار وذلك
يكون معدا لايقاف الدواب وكسر الحطب ونحو ذلك فيه فاذا كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق اصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاص
لهم او ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سوا ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير
الانصباء والدور وقال الشافعي على مقدار النصيب وبيانه في دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها

باع

باع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة قضي به بالشقص المبيع بينهما نصفان عندنا وعند الشافعي اثلاثا بقدر ملكيهما
وان باع صاحب السدس نصيبه وطلبا الاخران الشفعة قضي بينهما اخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضي به بين الاخرين
ارباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضي بينهما نصفان وكذلك على اصلنا اذا بيعت دار ولها جاران احدهما جار من ثلث جوانب
وللاخر جانب واحد فطلبا الشفعة قضي بينهما نصفان كان الشافعي استدل بحديث عمر رضي الله عنه فانه لما اجلى يهود وادي القرى
قال لبني عذرة انهم شفعاؤنا في اموال اليهود الحديث حتى جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار
النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة ولان هذا حق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح او ثمرة يستحق بالملك
فتكون على قدر الملك كالاولاد والالبان والثمار في الاشجار المشتركة يوضحه ان المنفعة التي يستحق بسبب الملك تعتبر بالغرم
ب الذي يلحق المالك بسبب الملك وذلك يتقدر بالملك كالحائط المائل اذا كان مشتركا بين اثنين اثلاثا واشهد عليهما فيه فسقط واتلف
مالا او نفسا كان الضمان عليهما اثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على اصله مستقيم كان حق الشفعة عنده لدفع ضرر المقاسمة
وحاجة صاحب الكثير الى ذلك اكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركا بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه
المؤنة وحجتنا قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق وبيان ذلك ان سبب استحقاق الشفعة اما الجوار
او الشركة وقد استويا في اصل ذلك فان صاحب القليل شريك لصاحب الكثير ولو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان ياخذ الكل بالشفعة
كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان ياخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فاذا اجتمع في حق صاحب
الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة يتحقق بين العلة الواحدة والعلل الا ترى ان احد المدعيين لو اقام شاهدين
واقام الاخر عشرة من الشهود اثبت المعارضة والمساواة بينهما وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه اخر عشر جراحات
فمات من ذلك استويا في حكم القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلل وعند ظهور الترجيح المرجوح مدفوع بالراجح وههنا
لا يبطل حق صاحب القليل اصلا فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة
لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق يتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرما في التركة فان حق كل واحد منهما في دينه
في ذمة المديون الا ترى ان عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فاذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق
التركة قلنا كل واحد منهما يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فانه انما يحصل بقدر المال الا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد
منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فانها متولدة من العين فانما يتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار
حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل اذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان
عليهما نصفان لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما اثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم يوجد فان ثقل
نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفضيل الفارس
بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع ان الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق فضل الغنيمة وههنا ملك
كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا يصلح مرجحا ولا شفعة الا في الارضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في
العقار خاصة بقوله عليه السلام الشفعة في كل عقار او ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن ابي ليلى فانه كان
يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التادي بسوء المجاورة وذلك من الكبير دون الصغير في الحوائج فهو في معنى المستعير
والمستاجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار من حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التابيد
فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به ايضا ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في
الحال قال وبمثل هذه الحاجة جاز للولي تزويج الصغير والصغيرة فلذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من قام
مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده اب ابيه ثم وصي نصبه القاضي فان لم يكن له احد من هؤلاء فهو على شفعته
اذا ادرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء ينبني على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل
الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم المعنى فانه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليل الرضا
والتسليم بعد التمكن منه لا قبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سوا لانه من المعاملات وانما يبتنى
الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يتملك الدار على المشتري كما ان المشتري يتملكها على البائع ولو كان اختلاف

بين البايع والمشتري في الثمن كان القول قول البايع كما قال عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البايع فكذلك المشتري مع الشفيع ولان الشفيع يدعي على المشتري وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وايهما اقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس في معارضته حجة سوى مجرد الدعوى من الاخر والدعوى لا يعارض الحجة ثم الشفيع ان اقام البينة فقد اثبت ما ادعى من وجوب تسليم الدار اليه عند اداء الالف والمشتري ان اقام البينة فقد اثبت زيادة في الثمن ببينته وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانه تثبت زيادة في الثمن ببينته والشفيع ينفي تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين اولى بالعمل بها كما لو اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت بينة البايع اولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة وكذلك لو اختلف البايع والمشتري والشفيع فقال البايع ثلاثة الاف وقال المشتري الفان وقال الشفيع الف واقاموا البينة كانت بينة البايع اولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة واظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما حكاها محمد رحمه الله عنه والاخر حكاها ابو يوسف رحمه الله فالتي حكاها محمد عنه ان المشتري صدر منه اقراران احدهما له والاخر عليه فكان للشفيع ان ياخذ بما عليه كما لو اقر بالامرين عند القاضي جميعا وبيان ذلك ان الشفيع اثبت ببينته اقرار المشتري بالشرا بالف وهذا عليه والمشتري اثبت ببينته اقراره بالشرى بالفين وهذا له وبه فارق البايع مع المشتري لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار ان احدهما ما اثبت بينته وهو له والاخر ما اثبت صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه ولهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولى ان يقرر هذا الكلام من وجه اخر فنقول لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع الا ترى انه لو اشترى مرتين مرة بالف ومرة بالفين كان للشفيع ان ياخذ بايهما شا فعرفنا انه لا تنافي بينهما في حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجعل في حق الشفيع كان الشرا من جميعا ثابت فله ان ياخذ بايهما شا ونظيره المولى مع العبد اذا اختلفا فقال المولى كاتبتك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال العبد قلت لي اذا اديت الفا فانت حر واقاما البينة فالبينة بينة العبد لهذا الطريق وهو انه لا منافاة بينهما في حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء اي المالين شاء بخلاف البايع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثاني في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه ما دام الاختلاف قائما بين البايع والمشتري فلا يعتبر اختلاف الشفيع واما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران كما بينا فاما في ظاهر الرواية قال الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا العقد فيما اذا كان الاختلاف بين البايع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير على ان البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف لما بينا من الوجه حين صفا للسبي ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المولى القديم لان الشراء الثاني ناسخ للاول فصرنا الى الترجيح بالزيادة فهذا الطريق التي حكاها ابو يوسف ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام والملزم من البينتين يترجح كما في بينة الغصب مع بينة المولى في مسئلة التعليق وبيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين ان ياخذ او يترك وبه فارق بينة البايع والمشتري لان كل واحد من البينتين هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحد منهما ملزم فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفي مسئلة المشتري من العدو نقول على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة واذا اخذ الشفيع الدار من المشتري فعهدته وضمان ماله على المشتري لانه تملك الدار عليه ودفع الثمن اليه فهو في حقه بمنزلة البايع مع المشتري فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغي ان يجعل اخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه ياخذه بحق مقدم على حقه قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذي ثبت به حق المشتري وهو الشرا فبا خذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب قائما بعد قبض المشتري لم يمكن ان يجعل الشفيع متملكا على المشتري مستحقا عليه ببيع فلهذا كانت عهدته على المشتري كما لو اشتراها منه ابتدا وان اخذها من البايع ودفع الثمن اليه فعهدته وضمان ماله على البايع عندنا وقال ابن ابي ليلى عهدته على البايع في الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهدة المشتري

على البايع

على البايع فكذلك عهدة الشفيع وللشافعي قولان في احد القولين ليس للشفيع ان ياخذ من البايع ولكن البايع يسلمه الى المشتري ثم الشفيع من المشتري وعهدته عليه لانه يتملك من المشتري بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارا كان او منقولا وعلى القول الاخر يقول ياخذ من يد البايع وعهدته على المشتري والثمن اليه يدفع الثمن وهو رواية عن ابي يوسف لان حق الشفعة ثبت بالشرا فكان من حقوق الشرا وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون اخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر بطلان البيع من الاصل واذا بقي الشرى كان الشفيع متملكا على المشتري فعهدته عليه كما لو اخذ من يده وعن ابي يوسف قال ان كان المشتري نقد البايع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشتري وعهدته على البايع عليه لان البايع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشتري نقد البايع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البايع ويسقط حق البايع عن الثمن قبل المشتري وعهدة الشفيع على البايع فاما وجه ظاهر الرواية ان حق الشفيع يثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده الا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة لثبوت البيع باقرار البايع وان لم يثبت ملك المشتري لانكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري قبل قبضه اولى واذا اخذ بالشفعة فات ما حق القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها ناسية عن يد المشتري لعدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها ناسية عن يد الاول فلا يفوت قبض المشتري الاول يعني ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشتري فهو الخصم للشفيع ياخذ من يده ولا يشترط حضرة البايع لان حكم العقد في حق البايع قد انتهى بالتسليم الى المشتري وصار هو كاجنبي اخر والشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده فكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البايع فلا بد من حضرة البايع والمشتري جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لا بد من حضور البايع لان الدار في يده والشفيع لا ياخذها بالشفعة من غيره في يد واحد من يد البايع يوجب انفساخ العقد بين البايع والمشتري وذلك لا يتم الا بحضور من المشتري فيشترط حضورهما لذلك واذا اخذ الشفيع من المشتري الدار بالشفعة واراد ان يكتب عليه كتب عليه كتب نحو ما ذكر في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثق والاحتياط فالسبيل ان يكتب على احوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا انه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب اخذها بالشفعة فسلمها اليه بالشفعة فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك واشهد عليها الشهود وياخذ من المشتري كتاب الشرا الذي عنده فذلك احوط كما ان له ان يعطيه فله ذلك لان البياض ملكه ثم الاحتياط للشفيع ان يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البايع البيع يتمكن هو من اثبات حقه بالحجة وان اخذ الدار من البايع كتب ايضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشتري جميع ما في هذا الكتاب واجازه واقر انه لا حق له في هذه الدار ولا في ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البايع الثمن برضاها وضمان البايع الدرك لانه في الاخذ من يد البايع يحتاج الى حضرتهما وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجه فاما ان يكتب الكتاب عليهما او على البايع ويذكر فيه تسليم المشتري ايضا ليكون ذلك احوط للشفيع واذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة فطلبها الشفيع به الى ذلك الاجل لم يكن له ذلك عندنا وقال زفر والشافعي له ذلك لان الاجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف ولكنا نقول الاجل مدة ملحقة بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا لان تاثير الاجل في تاخير المطالبة وبه يتبين انه ليس بصفة للمال لان الثمن للبايع والمثمن الاجل حق المشتري على البايع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون في ملاة الذمة فرضي البايع بكون ماله في ذمة المشتري لا يكون رضى منه بكونه في ذمة الشفيع ولان الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري من المال فلا يثبت الاجل في حقه من غير ذكر كالمولى كان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الاجل فاذا حل اخذها بالثمن حالا واذا اختار الانتظار فعليه ان يطلب الشفعة في الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له ان ياخذها بعد حلول الاجل في قول ابي حنيفة ومحمد وذكر ابن ابي مالك ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول هكذا اولا ثم رجع فقال له ان ياخذها ووجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته ووجه قول ابي يوسف الاخر ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل وبثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فايدة في طلبه في الحال وسكوته لانه لم يؤثر فيه كان ذلك لا لاعراضه عن الاخذ وان اختار اخذها من يد المشتري ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبايع على المشتري الى اجله لتقرر العقد بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم احدهما لم يكن للاخر الا ان ياخذها كلها او يدعها لان مزاحمة المسلم قد زال فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا وليس للشفيع ان ياخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق

يحق يدفع الضرر عن نفسه فلا يمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق
الصفقة والاضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق
الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انهما اذا طلبا قضى القاضي بالكل و احد
منهما بالنصف للمزاحمة ومعنى الضيق في المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقي حق الاخر في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفى عنه ولي احدهما
كان للاخر ان يقتص منه لهذا المعنى واذا كان البايع في صفقة واحدة والمشتري واحدا لم يمكن من اخذ البعض لتضرر به المشتري من
حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشتري اثنان فانما ملك كل واحد منهما النصف وليس في اخذ الشفيع نصيب احدهما اضرار بالاخر
توضيحه ان اخذه لدفع ضرر الجار الحادث وانما البعض عند اتحاد المشتري لانه دفع ضرر مجاورته توضيحه ان اخذه لدفع ضرر الجار
الحادث لنا فعرفنا انه لو يقصد الا الاضرار به واذا كان المشتري اثنان فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والاخر ممن يتضرر بجواره
فهو يقصد دفع ضرر جار السوء باخذ نصيب احدهما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال اذا كان البايع اثنان فاراد الشفيع الا
قبل قبض المشتري فله ان ياخذ نصيب احد البايعين لانه بالاخذ يتملك على البايع ولهذا كانت عهدته على البايع والملك في حق البايعين
متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشتري والملك في حقه مجتمع وان كان البايع واحدا والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له ان ياخذ
نصيب احد المشتريين لاجتماع الملك في حق البايع وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الاخر كما ذكر في الكتاب ان
المعتبر جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوي ان كان اشتراه لنفسه او لغيره من هشام عن محمد رحمه الله ان الواحد اذا
اشترى دارا لرجلين فليس للشفيع ان ياخذ نصيب احد الامرين ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة النصف
النصف لان المشتري اثنان والعاقد فيما يرجع الى الشرا كالعاقد لنفسه في احكام العقد واذا كان البايع اثنين والمشتري واحد فطلب
نصيب احد البايعين لم يبطل بذلك شفعته وله ان ياخذها كلها مقسومة كانت او غير مقسومة لانه كما اعرض عن الطلب ولكن طلب
الطلب والي عينه ثم اشتغل بتقسيم لم يعمل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمه ويبقى حقه في جميع الدار ياخذها ان شا ولو اخبر الشفيع ان
المشتري فلان فقال قد سلمت له فاذا المشتري غيره فهو على شفعته لما بينا ان الناس يتفاوتون في المجاورة فرضاه بجوار زيد لا يكون
رضا منه بجوار غيره وهذا التقييد منه مفيد كانه قال ان كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة فاذا تبين ان المشتري غيره فهو على حقه
وان تبين انه اشتراه فلان واخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الاخر لانه رضي بمجاورة احدهما فلا يكون ذلك
منه رضا بمجاورة الاخر والبعض معتبر بالكل ولو اخبر ان الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه على ما اخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما
بني عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما اقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن او لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف ولا يوجد
هذا المعنى اذا كان الثمن اكثر من الف بل يزداد ذلك اذا كان الثمن اقل من الف فقد انعدم المعنى الذي لاجله كان رضي بالتسليم فيكون على حقه
وهذا لان الاخذ بالشفعة شرا وقد يرغب المرء في شرا شي عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشرا
كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشرا والاسقاط قبل وجود سبب الوجوب يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو اخبر
ان الثمن شي مما يكال او يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من نوع اخر اقل مما سمي له او اكثر فهو على شفعته لان الانسان قد يتيسر عليه تحصيل
جنس دون جنس فكان هذا التقييد مفيدا في حقه فكانه قال سلمت ان كان الثمن كرا من شعير فاذا ظهر ان الثمن كر من حنطة فهو على حقه
وكذلك لو اخبر ان الثوب عبدا وثوب او دابة ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته لان فيما له مثل من جنسه الشفيع ياخذ
بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لا مثل له ياخذ بقيمته دراهم وقد تيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم
فكان هذا التقييد باطلا مفيدا في حقه ولو اخبر ان الثمن الف درهم فسلم ثم تبين ان الثمن مائة دينار قيمتها الف درهم او اقل او اكثر فعلى
قول زفر هو على شفعته على كل حال الا ان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل التفاضل بينهما فكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين ان الثمن دنانير فهو على شفعته كما في المكيلات والموزونات
ولكنا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ويبادل به احد النقدين
بالاخر بيسر في العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا اذا كانت مالية الثمن اقل
مما اخبر به وهذا لان من لا يرغب في شرا الشي بالف درهم في شرايه ايضا بمائة دينار قيمتها الف درهم وما لا يكون مفيدا من التقييد لا يعتبر
ولو قيل له اشتراها بعبد او ساب قيمته الف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم او دنانير فهو على شفعته لان هذا التقييد مفيد في
حقه فانه وان كان ياخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقوم الشي بالظن يكون فانما اقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى
اذا كان الثمن دراهم ولو قيل له اشتراها بعبد قيمته الف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمته اكثر من ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته

اقل

اقل من الف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما لا مثل له من جنسه فانما ياخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك
القيمة فاذا كان اكثر مما اخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بير او طريق فيها فباع الشريك
في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك الذي له في جميع الدار فالشريك الذي له في جميع الدار نصيب احق من الاخر الذي له في بعض
الدار نصيب لان شركته اعم وقد بينا ان من يكون اقوى فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو مشترك بين البايع وبينه
لاحق للثالث فيه وهو موضع البير او الطريق لان يكون هو احق في ذلك الموضع بالاخذ بالشفعة وذلك في حكم شي واحد
فاذا صار احدهما احق بالتبعيض كان احق بالجميع وان اختلف البايع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة
او غير مقبوضة كان القول قول البايع في الثمن وثبت حكم التخالف بين البايع والمشتري بالنص وللشفيع ان ياخذ بما قال البايع ان
شا لان الشرع لما جعل القول قول البايع ظهر مقدار الثمن في حقه بحجة وانما لم يظهر في الزام المشتري وليس في جانب الشفيع الزام
بل هو مخير فيما خلع بما قال البايع ان شا وان كانت الدار في يد المشتري فقال البايع بعتها بالف درهم واستوفيت الثمن فقال المشتري
اشتريتها بالفين فللشفيع ان ياخذ بالف درهم ولو قال البايع بعتها اياه واستوفيت الثمن وهو الف درهم وقال المشتري اشتريتها
بالفين ونقدته الثمن لم ياخذها الشفيع الا بالفين لان حكم البايع في حق البايع ينتهي بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بقبض
جميع الثمن قبل ان يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي اخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن ويبقى
الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل ان يقر بقبضه فقد ظهر ان
الثمن ذلك الف درهم لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه
باقرار البايع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير ما لو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو الف درهم وقال الغريم
بل كان علي الفا درهم وقد وفيتك الكل فللوصي ان يرجع عليه بالفا اخرى والفرق ما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله في الاملا
على هذا فقال لو كانت الدار في يدي البايع فقال بعتها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن واخذها الشفيع من يده بالف كان المشتري
على حجته فيما بينه وبين البايع يرجع عليه بالفين ان اثبت ان الثمن الفا درهم وهذا صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البايع والمشتري فيرجع
بما اوفاه من الثمن ولو قال البايع بعتها بالفين ولم اقبض الا الف درهم ولم ياخذها المشتري لا الشفيع الا بالفين لان القول في
بيان مقدار الثمن قول البايع ما لم يصل اليه كل الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البايع عن المشتري تسعمايه فللشفيع ان ياخذها
بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا ياخذها الا بالف واصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل
الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المبتداة فاذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج
من ان يكون ثمنا وانما ثمن الدار ما بقي فيأخذ الشفيع بذلك ولو كان الشفيع اخذها بالف ثم حط البايع عن المشتري تسعمائة
فانه يحط ذلك عن الشفيع ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه اخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو اخبر ان
الثمن الف درهم فسلم الشفعة ثم حط البايع عن المشتري مائة فهو على شفعته لان المحطوط خرج من ان يكون ثمنا فهو بمنزلة ما لو
اخبر ان الثمن كان اقل من الف ولو وهب البايع الثمن كله للمشتري قبل قبضه او بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئا لان هبة جميع
الثمن لا يلتحق باصل العقد فان التحاق الحط باصل العقد ليدفع الغبن ويعتبر صفة العقد فيه لتصير عدلا بعد ان كان رابحا او خاسرا
وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا انه مبتدا توضيحه ان حط جميع الثمن لو التحق
باصل العقد كان اما ان يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة او يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد
فعرفنا انه لا يمكن الحاق حط الجميع باصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض وان زاد البايع المشتري في الثمن زيادة بعد
العقد اخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق اخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا
يملك بغيره ايضا توضيحه ان بهذه الزيادة يلزم نفسه مالا للبايع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل
التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع الا ترى انه لو جدد بيعا مع البايع باكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع
ان ياخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوى بينهما في بيع المرابحة لان بيع المرابحة غير مستحق على المشتري
فليس في التزامه الزيادة في حكم المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من اخر بثمن اكثر من الثمن الاول
كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الاخذ له بالشفعة فان اختار الاخذ بالشرا الثاني اخذ بما
من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الاول وان اختار الاخذ بالثمن الاول بحكم الشرا الاول كان له ذلك لان المشتري

الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه واذا اخذها بالشرا الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول بما اداه من الثمن لان البيع الثاني قد انفسخ كان الشفيع اخذها بحق مقدم على البيع الثاني ثم يشترط حضرة المشتري اذا اراد اخذها بالثمن الاول في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يحضر المشتري وعند ابي يوسف هو خصم لانه يدعي حقه في العين الذي يزعم ذو اليد انه ملكه فيكون هو خصما له في ذلك كما اذا كان ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له ولا في ملكه وانما يدعي حقه على المشتري الاول في ملكه فما لم يبطل ملكه لا يتبين محل حقه وانما يعود ملكه اذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز الا بحضرته وتمام هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفا اخر بان رهنها او تزوج عليها فللشفيع ان يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شي من الثمن انما الثمن للمشتري الاول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البايع حتى ينقد ثمنها ثم قد بطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان المسمى من الصداق وقد استحق

واذا اشترى الرجل شقصا من دار فقاسم شريكه بحكم او بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له ان يأخذ ما اصاب المشتري بالقسمة او يترك وليس له نقض القسمة لان القسمة من تتمة القبض فان المقصود من القبض الحيازة وتمام الحيازة يكون بالقسمة وليس للشفيع ان ينقض قبض المشتري فكذلك لا يكون له ان ينقض قسمته ولانه لو نقض القسمة احتاج الى اعادتها في الحال لان البايع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شي يحتاج الى اعادته في الحال وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال هذا اذا قسم بامر القاضي فان كانت القسمة بينهما بالتراضي فللشفيع ان ينقض تلك القسمة لان في القسمة بالتراضي معنى المبادلة فهي كتصرف اخر من المشتري فللشفيع ان ينقضه وقد يتضرر بهذا النقض فربما يقع نصيبه في القسمة الى سهم جار وزملكه فاما اذا كان القاضي هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو تسلمه الى المشتري فيأخذ الشفيع ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك

واذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها الا برضى المشتري او يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى وتأكد فيكون حاله مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البايع وبعد البيع ليس للمشتري ان يتخلص منها الا برضى البايع او بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فان كانت في يد البايع فقضى القاضي بها عليه ثم سأل البايع ان يقيله فاقاله جازت الاقالة وهو للبايع وقد برى منها الشفيع والمشتري اما المشتري فلان البيع انفسخ بينه وبين البايع حين قضى القاضي بها للشفيع على البايع واما الشفيع فلانه قام مقام المشتري بعدما قضى القاضي له بها بعد البيع واقالة المشتري مع البايع كانت تصح قبل اخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البايع يوضحه ان الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البايع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البايع كذلك لو كانت في يد المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البايع فهو جائز وبرى الشفيع والمشتري منه في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البايع وان كان اخذها من يد المشتري واما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان اخذ الشفيع من يد المشتري بمنزلة عقد مبتدا فيما بينهما ولهذا كانت عهدته على المشتري فينبغي ان لا يجوز اقالة الشفيع مع البايع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قول محمد وابي يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم في بيع العقار قبل القبض وتلك المسئلة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البايع صحيحة في حق الكل لان عندنا تفاقهم على هذه الاقالة ينتقض حكم قبض المشتري ويصير كان الشفيع اخذها من يد البايع ولان حق الشفيع يثبت سابقا على ملك المشتري بل هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البايع وملك الاقالة بملك البيع لا بالعقد الا ترى ان الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه خلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشتري في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البايع عند ان المشتري ان لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البايع الثمن كما لو كان هو الذي اقاله بنفسه وهذا لانه بعدما انفسخ عقده يكون حاله في الحبس كحال البايع عند العقد وقد كان للبايع ان يحبس حتى يرد عليه الثمن

ولو اشترى دارا لرجل غايب فللشفيع ان يأخذها منه بالشفعة لانها في يده وهو نايب عن الموكل فيها لان العاقد فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البايع وكيلا لغايب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع ان يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البايع وصيا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشي باع فيها الدار حتى يعقد ذلك لم يجز بيع الوصي في جميع الدار لان

الملك

الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار ولذلك ان كان عليه دين او بوصية من ثمن الدار وهو استحسان ذهب اليه ابو حنيفة وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة او بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل ولكن استحسن ابو حنيفة رحمه الله تعالى الولاية بالوصاية لا تتجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت في كله وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة كالجمل تشترى بما لا يشترى به الاشقاص

واذا بلغ الشفيع شرى نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشترى جميعها كان له الشفعة لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو اخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح الفرق ان الاشقاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما يسلم حين اخبر بشرى النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين انه لم يكن معيبا فاذا سلم ولم يرغب في الاخذ بدون عيب الشركة فاولى ان لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن ابي يوسف على ضد هذا قال اخبر بشرى النصف فسلم ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع

واذا اشترى دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها او سلمت نصفها للشفيع كان تسليما لجميعها اما اذا سلم الكل فلانه اسقط الحق بعد الوجوب واما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واستيفاء فلا يتجزى اسقاطا ايضا وما لا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن ابي يوسف ان تسليم النصف لا يصح لانه لا حق له في اخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولان هذا منه اظهار الرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما تسقط شفعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب اولا ثم سلم النصف اما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك انه يسقط شفعته كما لو سكت عن الطلب

واذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها او احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع ان يأخذها الا بجميع الثمن ولو احرق البناء بعد فللشفيع ان يأخذ الارض بحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة البناء وقت العقد وللشافعي في الفصلين جميعا قولان في احد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفي القول الاخر يأخذ الارض بحصتها في الوجهين واصل المسئلة في البيوع فان المذهب عندنا ان الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى ان فوات الوصف في يد البايع من غير صنع احد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا ولا يسقط شيا من الثمن وعند الشافعي يسقط في احد القولين وكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع احد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وتبع ولهذا دخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء من غير صنع احد فقد فات ما هو تبع فلا يسقط شي من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصودا بتناوله فلا بد ان يكون بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البايع طرفا للمبيع قبل التسليم فيسقط حصته من الثمن عن الشفيع قال الا ترى انه لو احترق منها جذع او باب او وهي منها حايط كان له ان يبيعها مرابحة فكذلك للشفيع ان يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشرا فيأخذ الارض بحصتها من الثمن ولا حق له في البناء لانه قد زايل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقض لان الانهدام لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس والمحتبس هو النقض لانه زايل البناء بخلاف الاول فهناك المشتري هو الذي هدم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشرا حتى لو كانت الدار تساوي الفا والثمن الف وقيمة النقض مايه وقيمة الارض خمسمايه وقيمة البناء خمسمايه ففي الانهدام يسقط عنه قيمة النقض وفي الهدم يأخذ بحصة الارض لا غير وذلك خمسمايه وكذلك ان كان المشتري قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه اجنبي فاخذ المشتري قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء له ان لو هدمه ولو يذكر ما اذا نوى القيمة على الذي هدم البناء وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع احد فان خرج بعد ذلك ما على الذي هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من الثمن فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه حق تملك الارض بملك الثمن والمشتري ينكر ذلك ويزعم ان له حق التملك بنصف الثمن والقول في هذا قول المشتري مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان اقاما البينة فعلى قول ابي يوسف البينة بينة المشتري لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا في مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله هنا البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون

دون بينة المشتري وعلى الطريقة التي حكاها محمد رحمه الله هنا لا يلتفت بينة المشتري وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البينة بينة
الشفيع باعتبار ان المشتري صدر منه اقراران ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقي الاختلاف بينهما في قيمة البنا وفي بينة المشتري اثبات
الزيادة فكانت اولى لذلك وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشرا نظرا الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد
لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته في الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها
فيما مضى واذا اشترى دارا فوهب بناها لرجل او باعها منه او تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البنا سبيل لانه زايل الارض
وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البنا كانت بتسليط من المشتري فهو كما لو هدم
بنفسه وان كان لم يهدم فله ان يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه في البنا ما دام متصلا بالارض ثابت وللشفيع
حق نقض تصرفات المشتري الا ترى انه لو تصرف في الاصل بالبيع والهبة كان للشفيع ان ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف
في البنا ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوته تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في ابطال تصرف المشتري فيه واذا سلم
الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشرا فهو تسليم وان صدقه المشتري انه لم يعلم لانه صرح باسقاط بعد الوجوب وعلمه
ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالابرا عن الدين وايقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا خلاف
ما اذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه لان المساومة غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا
من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا جعل المشتري الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له ان ينقض المسجد ويأخذ الدار
بالشفعة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه ان المسجد يحرز
عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون اقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا
يمنع حق الراهن وكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة
حق مقدم على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى الا ترى انه لو جعل جزءا شائعا
من داره مسجدا او جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا
وهذا لانه في معنى مسجد الضرار ولانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه واذا لم يصح ذلك كان للشفيع ان يأخذ
الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناه المحدث ولو اشترى دارا فهدم بناها ثم بنى فاعظم المنفعة فان للشفيع يأخذها
بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبنا الذي كان فيها يوم اشتراه ويسقط حصة البنا لان المشتري هو الذي هدم البنا
وينقض المشتري بناه المحدث عندنا وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان الشفيع لا ينقض بنا المشتري ولكنه يأخذ بالثمن
وقيمة البنا مبنيا ان شا وهو قول الشافعي رحمه الله وحجته قولهما ان المشتري بنا في ملك صحيح له فلا ينقض بناه بحق الغير كالموهوب
له اذا بنى في الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام انه محق في اصل البنا ويستحق قرار البنا اذ ليس في ابقائه ابطال حق الشفيع
وانه يتمكن من اخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا بناه تضرر المشتري بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حقه
وان لزم الشفيع زيادة ثمن فمقابلته فيها منه يدخل في ملكه ما يعدل له والضرر بعدل اهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدله
فكان مراعاة جانب المشتري اولى الا ترى انه لو زرع الارض لم يكن للشفيع ان يقلع زرعه لهذا والبايع للارض بمنزلة الصبغ
فيه وهذا بخلاف تصرفات المشتري لان في ابقائها ابطال حق الشفيع فكذلك يتمكن من نقضها وحجتنا في ذلك انه بنى في بقعة
غيره احق بها منه من غير تسليط من له الحق فينقض عليه بناه كالراهن اذا بنى في المرهون وبيان الوصف ان حق الشفيع في هذه
البقعة حق قوي متأكد وهو مقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعاة
حق الشفيع ويجعل ذلك كتصرفه في غير ملكه الا ترى ان تصرفه بالبيع والهبة ينقض لهذا المعنى فكذلك بناه وفي البناه
مضرة بالشفيع من حيث انه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بها التزامه وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ باصل الثمن
فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هناك بتسليط من له الحق
ثم حق البايع في الاسترداد لا يبقى بعد البنا الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف اخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق
الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع اعظم الضررين بالاهون انما
يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق المشتري ثم البنا الذي يدخل في ملك الشفيع ربما
لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة لرفع ذلك البنا ثم يبني على الوجه الذي يوافقه وفي الزرع قياس واستحسان في القياس

يقلع

يقلع زرعه وفي الاستحسان لا يقلع لان لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف البنا والغرس واصله
في المستعير يقلع بناه وغرسه لحق المعير ولا يقلع زرعه استحسانا وكذا اذا اشترى دارا فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجري الماء
لا يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع ان يأخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من اخذ البعض فيأخذه
بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل والشافعي كان يدعي المناقضة علينا بهذا الفصل ويقول انهم زعموا انه اذا احترق البنا لم
يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا اهل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة
الفقه والتأمل لان البنا وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شيء من الثمن عن الشفيع اذا فات من غير صنع احد فاما بعض الارض فليس
بتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع او تأخره لان لا يتمكن من احرازه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب
منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن ان شاء فان اقاما البينة فهذا ومسئلة
قيمة البنا سواء في التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة اخذ ما بقي بحصته من الثمن
والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لان الشفيع يدعي حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشرا
الفاسد لان وجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البايع وعند فساد البيع حق البايع لم ينقطع ولان في اثبات حق الاخذ للشفيع تقرير
البيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشتري للشفيع بالثمن الذي اخذها به وسماه له جاز لان التسليم
بالشفعة سمحا بغير قضاء في حكم البيع المبتدأ ولو باعه المشتري ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع الا ترى انه
لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالشفعة وهو كان ذلك بيعا منه ولو اشترى منفولا فطلبا لشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ ٥
فهذا مثله واذا مات الشفيع بعد البيع قبل ان يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك ٠
والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما يورث الاملاك فكذلك يورث الحقوق
اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق ان الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث
ونحن نقول بمجرد الراي والمشيئة لا يتصور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة بمجرد المشيئة من
ان يأخذ او يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق
الاخذ له الا ترى انه لو ازاله باختياره بان باع ملكه قبل ان يأخذ لنقض المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال
بموته والثابت للوارث جوارا وشركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبني على صفة ٥
المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية يتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز ان
يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق
وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله كما اذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق
باق بموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يمنع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدما على حق من
يثبت حقه من جهته وهو الغرماء والموصى له فان باعها القاضي او الوصي في دين الميت فللشفيع ان يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما
لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها اما لجهله بحق الشفيع او بناء على
انه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد اجمعوا على ان للشفيع حق نقض تصرف
المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو اوصى فيه بوصية اخذها الشفيع وبطلت الوصية
لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع ان يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم
يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ اشارة الى ان طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي رحمه الله
وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد رحمه الله انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع تبطل شفعته وعلى هذا عامة مشايخنا رحمهم
الله الا ان هشاما ذكر في نوادره انه اذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته ما لم يتطاول سكوته ولذلك لو قال كما سمع
سبحان الله او قال الله اكبر او قال تخلصني الله من فلان ثم طلب الشفعة فهو على شفعته وكذلك لو قال بكم باعها او ممن باعها او متى
اشتراها لان هذا القدر من الكلام لا يبطل شفعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن ابي ليلى ان طال الى ثلاثة ايام فله الشفعة
وقال سفين رحمه الله له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا او دلالة بمنزلة سائر الحقوق
المستحقة له وابن ابي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم انه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يبطل الشفعة او يتضرر به

بطلب الشفعة ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتامل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلثه ايام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدر سفيان رحمه الله بيوم
واستدل علماونا رحمهم الله في ذلك بقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وفي رواية الشفعة كنشطة العقال ان اخذ بها ثبتت والا
ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضى بتضرره بالمشتري فانه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه
من الضرر ما لا يخفى الا ان الكرخي رحمه الله جعل له المجلس في ذلك لحاجته الى الراي والتامل فهو كالمخيرة لها الخيار ما دامت في مجلسها
ولان الشرع اوجب له حق التملك ببدل ولو اوجب البايع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله
ولفظة الطلب لم يذكره في الكتب والظاهر انه باي لفظ طلب فهو صحيح منه كساير الحقوق الا انه روي عن ابي يوسف انه يذكر في طلبه
البيع والسبب الذي به يطلب الشفعة من جوار او شركة فان طلبها فابى المشتري ان يدفعها اليه وخاصمه واشهد الشفيع شهودا
على طلب الشفعة كان على شفعته لانه اظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بحضرة من المشتري فالحق
واضح ولذلك ان كان بحضرة من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على طلبه ثم يتوجه الى من في يده الدار او الى موضع الدار فيشهد
على الطلب ايضا على ما نبينه وكذلك لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي له ان يطلب الشفعة فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد
لمخافة الجحود فينبغي له ان يطلب حتى اذا احلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع ثم ياتي الى موضع الشهود فيشهدهم على
الطلب ويسمى هذا طلب المواثبة ثم ياتي الى من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده ايضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه
بعد هذا وان طالت الخصومة وان اثبت ذلك في ديوان القاضي فهو ابلغ في العذر فان شغله شي او عرض له سفر بعدما اشهده على
طلب التقرير فهو على شفعته وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وهو القياس لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا بابطاله
صريحا او دلالة ۝ وعن محمد رحمه الله انه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفعته استحسانا لانه لو لم يسقط حقه تضرر به المشتري فانه
يتعذر عليه التصرف مخافة ان ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل وما دونه عاجل
بدليل مسئلة اليمين ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه ۝ وعن ابي يوسف اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس
القاضي بطلت شفعته حتى ان كان القاضي يجلس في كل ثلثة ايام مرة فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت
شفعته وان سلم الشفعة على مال كان التسليم جايزا ويرد المال على صاحبه لانه اسقط حقه مختارا او رضي بجواره ولكنه طمع في غير مطمع
وهو المال فانه لا يستحق المال الا مقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفيعة
لا يتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم ايضا وكذلك لو باع شفعته بمال لان البيع تمليك مال بمال
وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لانه للشفعة
على حال ولا يجد بجوز ان يوجد عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو ابرا الكفيل بالنفس
على مال لا يجب المال وفي براة الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة
لبيان انه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم وهذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن
القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق فذلك كله متقوم له في المحل شرعا وكما يجوز ان يلتزم العوض ليثبت الملك يجوز ان يا‌خذ
العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يتملك على المشتري شيا قبل الاخذ فتسليمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه
ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على لانه او وجه احدها ان يسلم على مال مسمى والثاني ان يصالح المشتري على
ان ياخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لانه اخذ بعض حقه بما يخصه من البدل وذلك
جائز ۝ باطل لان حصة البيت من الثمن غير معلوم وهو على شفعته لانه ما رضي باسقاط حقه وانما اظهر الرغبة في اخذ مقدار
ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفعته في جميع الدار ولو قضى القاضي للشفيع بالدار بشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض
الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع ملكها بسبب بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم ما لو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى
ان القاضي يقضي له بالشفعة قبل ان يحضر الثمن وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف فاما عند محمد لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر
الثمن لانه يمكنه من الاخذ فاذا ادى الثمن فلا يقضي القاضي له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكنا نقول ما لم يجب الثمن عليه
لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشتري احق
بامساكها الى ان يستوفي الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البايع والمشتري واذا اشترى دارا والشفيع غايب فعلم
بالشرا فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا انه كما علم بالبيع ينبغي له ان يطلب الشفعة ويشهد على الطلب والتقية

لا يمنع

لا يمنع صحة الاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما ان هناك عليه ان يتوجه الى من في يده
الدار من غير تاخير ليطلب عنده فهنا عليه ان يتوجه او يبعث نايبا من غير تاخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة فهنا لهذا جعل
له الاجل بقدر المسير وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنايبه وربما لا يتمكن من ان يتوجه بنفسه لعذر له في
ذلك فيكون له ان يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل ان يطلب او يبعث من يطلب بطلب شفعته فان قدم فطلب فتغيب
المشتري عنه او خرج من البلد فاشهد هذا على طلب الشفعة فهو على شفعته وان طال ذلك لانه اتى بما كان مستحقا عليه في طلب
التقرير اذ ليس في وسعه ان يمنع المشتري فربما لا يظفر به او يلحقه ضرر عظيم فيه وان اظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس
على الشفيع ان يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا
حضر هذا البلد فقد اتى بما كان يجب عليه ثم المشتري قصد ان يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فيرد عليه قصده ويكون الشفيع على
حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امراة كارادا ان يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من له الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها
ان انكرت ذلك بعد ان يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقهم ما لم
يسلموا الشفعة فكانوا خصما في ذلك كالخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى دارا فالقاضي شفيعها او ابنه او ابوه
او زوجته فان قضاه لا يجوز لاحد من هولاء لان ولاية القضا فوق ولاية الشهادة واذا لم تجز شهادته لنفسه او لاحد من
هولاء فكذلك قضاؤه واذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة فسال المشتري ان يردها عليه على ان يزيده في الثمن كذا ففعل ذلك
فردها عليه فان ذلك رد ولا يكون له الزيادة لان هذا الزيادة بمنزلة الاقالة ومن اصل ابي حنيفة ان الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمى
فيها من زيادة او جنس اخر من الثمن فهو باطل لان الاقالة لا تتعلق بالجايز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفاسد من الشروط في الثمن
لا يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول او اقل منه فان كان باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر سوى الثمن الاول فهو بيع
مبتدا اذا امكن واذا تعذر الامكان كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ها هنا لجعل الاقالة بيعا مبتدا مع تسميتها زيادة في
الثمن لان الشفيع لم يقبض الدار بعد ۝ ومن اصل محمد ان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البايع ولا من غيره العقار والمنقول في ذلك
سوا وكذلك في قول ابي يوسف الاول فاما على قوله الاخر بيع العقار قبل القبض جايز ۝ ومن اصله ان الاقالة بمنزلة البيع المبتدا
اذا امكن وهنا يمكن جعله بيعا مبتدا وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند ابي يوسف رحمه الله فالذي يقول في الكتاب اذا
كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الاخر لا معتبر لهذا الشرط وكذلك لو طلب اليه المشتري ان يسلمه للبايع
على ان يرد عليه من الثمن شيا سمي لانه اقالة وقد بينا ان اقالة الشفيع كما تجوز مع المشتري تجوز مع البايع لانه قام مقام المشتري بعد
ما قضى القاضي له بالشفعة ۝

باب الشهادة في الشفعة

ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البايع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما يشهدان لانفسهما فبوجوب البيع ثبت في حقهما حق الشفعة
وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشتري ولا شفعة
لهما في ذلك بعدما سلما الشفعة وان جحد المشتري الشرا وادعاه البايع لم تجز شهادتهما ايضا ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما
حق الاخذ على المشتري والزام العهدة اياه اذا اخذا منه وظاهر انه لا تقبل شهادتهما غير انهما ياخذانها باقرار البايع لان اقراره بالبيع حق
حق الشفعة للشفيع وان جحد المشتري كما لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وجحد المشتري وحلف كان للشفيع ان ياخذها
بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع او ابوه او امراته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادتهم الحق للشفيع وهو متهم في
حقه بالولاد او الزوجية فيكون كالمتهم في حق نفسه وان شهد ولدا الشفيع او والده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما
لانتفاء التهمة فانما اسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولا يتهم الانسان بالاضرار بولده او والده والقصد الى اسقاط حقه
وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبده الماذون بالتسليم جايزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على
نفسه من اصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والمكاتب والعبد يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه
وله في كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبده او مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه وكذلك شهادة ولد المولى

ورد الى المولى فيها من الحق للمولى فاذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهد منهم جميعا باعوها من فلان وادعى ذلك فلان وجحدها الشريك لم تجز
شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم في بيعهما فان للمشتري حق الفسخ اذا لم يثبت البيع في نصيب الثالث
ولانهما لو شهدان على فعل باشراه فانهم باشروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما باشره يكون خصما
لا شاهدا وللشفيع ان ياخذ ثلثي الدار بالشفعة لان البيع في نصيبهما ثبت باقرارهما وان انكر المشتري الشرا واقر به الشركا جميعا
فشهادتهم باطلة ايضا لانهم يشهدون على فعل انفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة المشتري وللشفيع ان ياخذ الدار كلها بالشفعة
لثبوت البيع في جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة
للبائع كان اخذه بالشفعة يكون سعيا في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى في نقض ما قد تم به بطل سعيه ولانه
لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها الى المشتري بعد ما التزم ذلك بالعقد لكون حق الشفيع مقدما وكذلك لا شفعة لمن بيع
له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ما جاز البيع كان بمنزلة الامر بالبيع مع اجنبي ان المشتري ردها على البائع بالشفعة
لم تجز شهادة الامر في ذلك لكونه متهما في شهادته كالمشتري قبل هذا اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل
ويمنع ذلك انا قبلت شهادته على انه ردها على البائع بالشفعة فيكون هذا سعيا للخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له الشفعة
فردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الامر بالبيع على المشتري انه باعها من غيره لا تقبل فاما الوكيل بالشرا له ان ياخذ ما اشترى
بالشفعة لان شراه لغيره كشرائه لنفسه وشراه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان احد الشفعا اذا اشترى الدار فهو على
شفعته فيما يظهر ذلك عند مزاحمة الاخرين وكذلك شراه لغيره وهذا لان الشفعة انما يبطل باظهار الشفيع الرغبة عن
الدار لا باظهار الرغبة فيها والشرا اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالا للشفعة فاما البيع اظهار الرغبة عنه فيكون
ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو اخذها بالشفعة كان مبطلا به ما التزم من العهدة والمشتري يلتزم الثمن
بالشرا وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم ولو شهدا بنا الامر على الشفيع انه قد سلم لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما
بتقرر الملك واليد فيها واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين
فلا شفعة لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين فكما ان البائع لا ياخذ ما باع بالشفعة فكذلك عبده لا ياخذ واذا كان عليه دين
فالغرما احق بكسبه وللغرما حق الاخذ بالشفعة في هذه الدار وكذلك للعبد ان ياخذ بالشفعة توضيحه ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا
وشرى العبد من مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها
فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده
المديون كسائر الاجانب فان شهد ابنا المولى على العبد انه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بالملك
واليد في الدار وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة في الوجه الاول والدار في يد المولى البائع لان للعبد حق الاخذ
بالشفعة من يده فهما يشهدان بما يسقط حقه عن ابيهما فكانا متهمين في ذلك واذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه
لا حق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كاجنبي حر فان شهد ابنا المولى ان المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما
باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا انه بعد ما سلمها الى
المشتري وقيل تاويل هذه المسئلة ان الدار في يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بانه سلم الشفعة للمشتري ليسقط به حقه في الاخذ من
ابيهما فاما اذا كانت الدار في يد المشتري فالشهادة تقبل لخلودها عن التهمة فقد خرج ابوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الى المشتري
وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه ابعد منه من كسب العبد المديون
فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على ابيهما
بينا هنا انه يستحقها بالشفعة فهذا اولى فان
باسقاط حقه فان قيل الدار في يدي المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب ابيهما وشهادتهما لمكاتب ابيهما وعبد ابيهما لا تقبل قلنا نعم
ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما الا ترى ان شهادتهما لمكاتب
ابيهما او عبد ابيهما تقبل على الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يوثران مكاتب ابيهما على الاجنبي لا على ابيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا
البائع ان الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان اباهما خصم فيه ما دامت الدار في يده وللشفيع ان ياخذها منه ويلزمه
العهدة فهما يشهدان لابيهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من
هذه الخصومة بتسليمها الى المشتري فهما يشهدان للمشتري على الشفيع فان قيل اليس ان البائع لو شهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشتري

لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما في حادثة مرة لم تقبل شهادته
فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابنين لمنفعة ابيهما في المشهود به وذلك قبل ان يسلمها الى المشتري واما بعد
التسليم فلا منفعة لابيهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضها المشتري ثم شهد ابنا المولى على الشفيع
بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع اولى ان يقبل الشهادة وبهذه
المسئلة يتضح ما بينا من التاويل في المسئلة الاولى فان شهد رجلان للبائع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان
للشفيع ان البائع والمشتري سلما الدار وقضيت بها للذي في يده وهذا بمنزلة رجلين تحدا كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحبه
بالف درهم ونقد الثمن فاني ان يقضي بها للذي هي في يده وهذه مسئلة التهاتر وقد بينا في كتاب الدعوى ان عند ابي حنيفة وابي يوسف
تهاتر البينتان وعند محمد يقضي بالبينتين بحسب الامكان فمن اصحابنا رحمهم الله من يقول مسئلة الشفعة على الخلاف ايضا وانه لم ينص عليه لان
كل واحد منهما تثبت ببينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام رحمه الله والاصح عندي ان جواب مسئلة الشفعة
قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسئلة التهاتر فان هناك محمد رحمه الله يقضي بالبينتين بتاريخ بينه بين الشرائين واليد دليل
ذلك التاريخ ولا تنافي مثل ذلك هنا وابو حنيفة يقولان بالتهاتر لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل بائع مقر
بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفعة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه
المسئلة ان تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة
لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان متى تعارضتا واحدهما يحتمل الفسخ والاخرى لا يحتمل الفسخ فما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لو اقاما
البينة على انه اشترى هذا العبد من مولاه واقام العبد بينة ان مولاه اعتقه توضيحه انما يحمل كان الامرين كانا فان كان الشفيع سلم
الشفعة اولا ثم سلمها الى الشفيع المشتري له فلم يخرجه من يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضي بها
للشفيع اذا كانت في يده وان كان المشتري سلمها الى الشفيع اولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفعته فتسليمه باطل لان استيفاءه لحقه
قد تم فلهذا اقضي بالدار لذي اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع ان المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدي المشتري وشهد
اجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فاما سلمها للمشتري واخر شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين احدهما ما بينا ان تسليم
الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثاني ان ابني البائع يتهمان في شهادتهما بتبعيد الخصومة والعهدة عن ابيهما لان
المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل ان يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الى الشفيع فلهذا لا
تقبل شهادة ابني البائع هنا واذا سلم الشفيع ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض او قال البائع البيع
في الدار بغير عيب كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندنا وقال زفر ليس له ان ياخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما اخذنا
من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداء والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتداة ولا يجوز ان يقال
يجعل كالبيع مبتدا لان التصرف انما يصح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكنا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء
القاضي بمنزلة البيع المبتدا في حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه
فسخا ولهما الولاية على انفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة في حق غيرهما فيتجدد به حق
الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضي بالرد فسخ وليس بعقد فان للقاضي ولاية
فسخ العقد الذي جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشتري حتى ردها بقضاء او بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد
قبل القبض فسخ من كل وجه الا ترى ان الرد ينفرد به من غير ان يحتاج الى رضا او قضاء القاضي فهو نظير الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط
والحرف الذي يدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا في قديم ملكه
واذا لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا فيتجدد به حق الشفعة والرد بعد القبض بالعيب وبالاقالة
بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان مشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط
والرؤية والعيب قبل القبض او بعده بقضاء القاضي واذا كان لرجل على رجل دين يقر به او يجحده فصالحه من ذلك على دار واشترى
به منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة اما في الشراء فلانه صار متقرا بالدين حين اقدم على الشراء به وفي الصلح المذهب عندنا
ان الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي في حقه وفي زعمه انه ملك الدار بعوض هو مال فللشفيع ان ياخذها بالشفعة بناء على
زعم المدعي فان اختلف هو والشفيع في مبلغ ذلك الدين وجنسه فهو بمنزلة اختلاف المشتري والشفيع في الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت

الى قول الذي كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد بينا ان البائع بعدما قبض الثمن اولى في بيان المقدار واذا اقر رجل
انه اشترى دارا بالف درهم فاخذها الشفيع بذلك ثم ادعى البائع ان الثمن الفين واقام البينة فانه يؤخذ ببينته لانه يثبت بها حقه
ويرجع الشفيع على المشتري بالف اخرى لان الشفيع انما اخذها بالثمن الذي سلمت به للمشتري وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا يعتبر
باقرار المشتري ان الثمن كان الف درهم لانه صار مكذبا في اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن اقر بعين لانسان واشتراه منه
ثم استحق من يده بالبينة يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه باعها اياه بمائتي دينار او بعوض بعينه قيمته اكثر من الف
درهم واقام البينة فانه يقضى له بذلك على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحتسب له المشتري بقدر ما قبض من ثمنه ويرجع بالفضل
وان كان قيمته اقل من الف رجع الشفيع على المشتري بالفضل على قيمة العوض لان الواجب للمشتري على الشفيع قيمة العوض الذي وقع
الشرا به وقد تبين انه اخذ منه اكثر من ذلك فيلزمه الفضل واذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين على
المشتري وقد بينا هذا في البيوع فان نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان حلفا يرد البيع ويأخذها
الشفيع به بما قال البائع ان شاء لانهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف
الا ترى ان المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان احق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان اقاما
جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين هذا وبين ما اذا كان
الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو ادعى البائع ان الثمن كانت هذه الدار وقال المشتري بل اشتريتها بهذا العوض واقاما
البينة فبينة البائع اولى بالقبول لانه يثبت حق نفسه فان كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا اخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى
وكذلك اذا اتخذ شفيعها وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان ان احدهما قد سلم الشفعة ولا يدريان ايهما فشهادتهما باطلة
لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيعا شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم
فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان احد الشفيعين غائبا كان للحاضر ان يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما
ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا يدري ان الغائب يطلب حقه او لا يطلب فلا يجوز ان يتأخر حق الحاضر بغيبته
ولا يتمكن من اخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشتري من حيث تبعيض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ او يدع واذا اراد ان يأخذ النصف
ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وان قال المشتري لا اعطيك الا النصف كان له ان يأخذ الكل لما بينا ان
حقه ثابت في جميع الدار واكثر ما في الباب ان الغائب قد سلم له شفعته فللحاضر ان يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك
سبيل لان المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق والحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند اخذ الشفيع بالشفعة
وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لانه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن
لانسان شيئا لا يكون ضامنا لغيره والدليل على ان الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشتري لو بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن
له ان يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان بالدرك للمشتري ثم شهدا عليه بتسليم
الدار الى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة له
ولا شهادة ابنيه فكذلك الكفيلين بالدرك وشهادة ابنيهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن انفسهما بهذه الشهادة وكذلك
ان شهدا ان الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البايعين في ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشرا وتمام الملك للمشتري كان
بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقرران ما بيع بهما واذا اشهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفعة ولم يجئ الى المشتري
ولا الى البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعدما تمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد
ما تمكن منه سقط حقه فهنا اولى فان اشهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم بالثمن لينكشف الحال له عند
ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره ما لم يتم اخذه بالشفعة واذا شهد البايعان على المشتري ان الشفيع قد طلب
الشفعة حين علم بالشرا والشفيع مقر انه مبتداء تام وقال المشتري ما طلب الشفعة فشهادة البايعين باطلة وكذلك شهادة
اولادهما كما لو شهدا على المشتري بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة
عنهما وان قال الشفيع لم اعلم بالشرا الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشرا حادث فيحال بما ادعى تاريخا سابقا فيه
ان يثبت بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البايعان بانه علم مبتداء تام فشهادتهما باطلة ان كانت
الدار في يديهما او في يد المشتري لان هذا في المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا ان البائع لا يكون شاهدا في هذ

اما لانه خصم فيه او لانه كان خصما فيه في وقت واذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على احدهم انه قد سلم الشفعة
فان قالا قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قالا نحن نطلب فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وانما
يدفعان بشهادة مزاحمة الثالث معهما وان قالا قد سلمناها معه ولاحدهما شفعة او لابنه او لمكاتبه او لزوجته فشهادتهما باطلة
لانه متهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه فكما لا تقبل شهادته اذا ازال بها المزاحمة من نفسه فكذلك لا تقبل المزاحمة عن مكاتبه او ابنه لانه يجر
اليها بشهادته منفعة

باب الشفعة بالعروض

واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع ان يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال اهل المدينة يأخذها بقيمة الدار لان المبيع
مضمون بنفسه او بما يقابله من المسمى الا ترى ان في البيع الفاسد لما تعذر وجوب المسمى كان مضمونا بنفسه وقد تعذر هنا ايجاب
المسمى في حق الشفيع لانه لا مثل له من جنسه فوجب المصير الى الضمان الاصلي وهو قيمته بنفسه ولان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما
يندفع الضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رقبة الدار وحجتنا في ذلك ان الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشتري
والمثل اما ان يكون من حيث الصورة او في معنى المالية فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وان كان مما لا مثل من جنسه
يأخذه بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين يرد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له يوضحه انه ان
اخذها من المشتري فقد صار متقدما عليه في ملكها بهذا السبب وفي معنى التلف على المشتري ما غرم فانما يأخذها بما غرم
من الثمن وان اخذها من البائع فقد صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو اتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له مثل
والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل ان يقبضه البائع انتقض الشرا لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد
معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع ان يأخذها بقيمة العبد عندنا وقال زفر ليس له ان يأخذها بالشفعة لان العقد
انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة ما لو انتقض باستحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا في الابتداء لم يجب
بها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع
ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك ان بدل الدار في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على اخذها به بعد هلاك العبد كما قبله
وليس في هلاك العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا انه يتمكن من اخذها من البائع
وان يتضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع مثبت حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع الا ترى
انهما لو تقايلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان اصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت بما
هو البدل في حقه وكذلك اذا تبين فساد البيع من اصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر
عليه الاخذ بما هو البدل في حقه وكذلك ان ابطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك واخذ الشفيع الدار
من البائع اخذها بقيمته والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشتري باخذ الشفيع من يد البائع
فبقي العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل الدار هو قيمة العبد بقضاء او بغير قضاء ثم مات العبد
قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشتري فبقيت الدار في يد المشتري بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رد عينها حين
اخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا ولكنا نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشتري رد
الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد او في
قيمته بدليل ان الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشتري على تسليم القيمة التي هي حقه عند اخذ الشفيع فلا
يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب وربما يكون الدار قيمتها عشرة الاف وقيمة العبد الف فانما سلم
للمشتري مقدار الف درهم فاذا الزمه للبائع عشرة الاف كان عليه في ذلك من الضرر ما لا يخفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع
لا يكون بمنزلة البيع منه الا ترى انه يفعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر اليه فكما لا يحصل معه ما ابتداء اذا
اخذها كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضي فكذلك اذا اخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق
تبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ الدار من الشفيع ان كان المشتري دفعها اليه بقضاء القاضي وان كان دفعها بغير قضاء
بقيمة العبد وسلمها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهي جائزة للشفيع يملك القيمة لان بدل المستحق يملك
بالقبض وتصرف المشتري فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا ان في الموضع الذي لا يكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بيعا

بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ بخلاف ما تقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين اخذها الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هاهنا ثم على المشتري للبائع قيمة الدار لانه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر رده باخراجه اياها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها ولذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له او تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لانه كان مالكا للدار حين تصرف فنفذ تصرفه لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها واذا اشترى دارا بعوض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العوض فان كان قائما بعينه يقوم في الحال فيتبين في قيمته في الحال قيمة عند العقد وان كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لانهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وان اقاما البينة فعلى طريقة ابي يوسف عن ابي حنيفة البينة بينة الشفيع لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة على قياس طريقة محمد عن ابي حنيفة البينة بينة المشتري في هذه المسئلة وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه ما صدر من المشتري هاهنا اقراران وهذا نظير ما اذا اختلفا في قيمة البناء الذي احرقه المشتري وان اشتراها بشيء مما يكال او يوزن اخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع ياخذ بمثل الثمن الاول ومثل المكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده اخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل في العقد بصفة السلامة وانما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشرى الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين ان يضيف العقد الى العبد او الى الدار واذا اشترى بناء دار على ان يقلعه فلا شفعة فيه من قبل انه لم يشتر معه الارض والبناء بدون الارض منقول ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع ضرر التاذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون الارض فان اتصال احد الملكين بالاخر لا يكون اتصال تابيد وقرار والدليل عليه انه انما يستحقه بالشفعة ما يستحق به الشفعة ويملك البناء بدون الارض والبناء لا يستحق بالشفعة فان من له بناء على ارض موقوفة اذا بيعت دار بجنبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الا تبعا للارض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا والبيع فيه فاسد لانه يريد ان ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتاتى ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو اشترى نصيب البائع كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما لم يبع وقيمة الخادم الف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم ياخذها الشفيع الا بالالفين لان المشتري ملك الدار بالالفين فبذلك ياخذها الشفيع ان شاء وهذا نوع حيلة لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ بسبب كثرة الثمن ومن ذلك ان يشتري الدار بالالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا او يعطيه الف درهم وثوبا لا يساوي الا الفا فلا يتمكن الشفيع من اخذها الا بالالفين وقلما يرغب في ذلك اذا كان ثمنها الف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان يباع عشر الدار اولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في اخذ العشر لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لابطال حقه ان يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسلمها اليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك في الطريق وهو مقدم على الجار او يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع او يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة او يبيعها بشرط خيار ثلاثة ايام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا اسقط الخيار بطلت شفعته او يبيعها بشرط ان يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفعته او يقول المشتري للشفيع انا ابيعها منك باقل من هذا الثمن فاذا رضي بذلك وساومه بطلت شفعته والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول ابي يوسف رحمه الله فاما عند محمد رحمه الله يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع وجوب الزكوة وقد بينا ذلك في البيوع والزكوة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق واجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية في احد البدلين يمنع انعقاد العقد واذا اشترى دارا بدار ولكل واحد منهما شفيع فلكل شفيع ان ياخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما ياخذ قيمة الدار

الاخرى

الاخرى فان كان احد الرجلين شفيعا ايضا يعني احد المشتريين اخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الاخر ان ياخذ منه الا مقدار حصته واذا اشترى بيتا من دار علوه لاخر وطريق البيت الذي اشتري في دار اخرى فانما الشفعة للذي في داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن ابي يوسف في الامالي ان هذا استحسان وفي القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفل في القياس ولا لصاحب علو اخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان البناء لا يستحق الشفعة وان البناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه ارض والارض وسقف السفل كله لصاحب السفل ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال احد الملكين بالاخر على وجه التابيد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الارض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متابد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفل ان يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال احد الملكين بالاخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة

باب الشفعة في الارضين والانهار

والشريك في الارض احق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل احق بالشفعة من الشريك في الطريق لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند وجوده لا شفعة الا له عند وجوده ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء في الحديث في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق قال عليه السلام اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في الشرب احق بالشفعة من الجار كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب احق من الجار الملازق وان كان نهرا كبيرا يجري فيه السفن فالجار احق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب يعني الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق ففي النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن ابي يوسف في حد النهر الصغير ان يسقى منه قراحين او ثلاثة فان جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند ابي حنيفة ومحمد ان النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات يجري فيه السفن فكل ما يجري فيه السفن من الانهار في معنى ذلك وما لا يجري فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الشركاء في النهر وان كانوا مائة او اكثر فان كان بحيث لا تجري فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الاربعين او بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه الى التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأي لا يستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا ان يكون بحيث يجري فيه السفن واذا زرع المشتري الارض ثم جاء الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لانه زرع في ارض غيره احق بها منه فهو كالغاصب اذا زرع الارض المغصوبة ولان المشتري كما لا يتمكن من ابطال حق الشفيع لا يتمكن من تاخير حقه لان التاخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لا ياخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم ياخذها لان المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولان ادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تاخر قليلا واذا قلع زرع المشتري يتضرر ملكه وماليته وضرر التاخير دون ضرر الابطال فان كان غرس فيها كرما او شجرا او رطبة فله ان يقلع ذلك وياخذ الارض لانه ليس لفراغ الارض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره يوضحه انه قد يتاخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى اذا طلب الشفعة تاخر التسليم اليه الى حضور المشتري وفي التاخير الى غاية معلومة ابطال واذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك اذا اشتراه مطلقا لان الارض لا تدخل في هذا الشراء والنخل بدون الارض كالبناء لا يستحق بالشفعة فان اشتراها باصولها ومواضعها من الارض ففيها الشفعة لانها تابعة للارض في هذه الحالة وكذلك لو اشترى زرعا او رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وان اشتراها مع الارض وجبت الشفعة في الكل استحسانا وفي القياس لا شفعة في الزرع لانه ليس من حقوق الارض وتوابعه ولهذا لا يدخل في البيع الا بالذكر فهو كالمتاع الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض وجه الاستحسان ان الزرع متصل بالارض ما لم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالابواب والسرر المركبة يوضحه ان الشفيع يتقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه اخذ الكل على الوجه الذي اوجبه العقد للمشتري ما اذا لم يحضر حتى حصد الزرع لانه لا يمكنه اخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي اوجبه العقد للمشتري فلو اخذه كان اخذ المنقول بالشفعة مقصودا وذا ممتنع

واذا اشترى ارضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاثمرت في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان
ابو يوسف يقول اولا يحط من الثمن حصة ما اكل المشتري من الثمر لان بحال المشتري مع الشفيع كحال البايع مع المشتري قبل التسليم اليه
ولو اكل البايع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق
الشفيع توضحه ان تناول الثمار الحادثة يمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يتبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع
فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه ابو يوسف ان المشتري يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما ياخذها بمثل ما يملك به
المشتري وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند قبض العقد ولا عند القبض وانقسام
الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناوله فلم يكن له ان يبيعه
مرابحة من غير بيان الا ان يكون انفق عليه مثل ما اكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا اخذها
المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجداد فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن الا ترى ان الثمار الموجودة
عند العقد لو تلفت من غير صنع احد سقطت عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك حق الشفيع وان حضر الشفيع
قبل ان يجذها المشتري اخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند
ابي يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فيعتبر القيمة عند ذلك
وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر في ذلك الوقت قيمة لاستتاره
فلو اعتبرنا قيمته مقصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال اقسم الثمن على قيمة الارض مزروعة وغير مزروعة فهو حصة الا
فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الارض ياخذها الشفيع بذلك واذا اشترى ارضا فيها شجر صغار فكبرت فاثمرت او كان فيها
زرع فادرك فللشفيع ان ياخذ جميع ذلك بالثمن لان جميعه نبت فيها بسبب الاتصال بالارض والشجر تبع ما بقي الاتصال واذا اشترى
بيتا او رحا ماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لان ما كان مركبا فهو
متصل بالارض بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا الا ترى ان الحمام يباع فيأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا
واستحقاق الشفعة في الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق بالشفعة لان من اصله ان الاخذ بالشفعة لدفع
ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال احد الملكين بالاخر على وجه التأبيد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا
من حديث جابر ان النبي عم قال الشفعة في كل ربع او حائط ولان الحمام لو كان منهدما فباع احد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة
وما يستحق بالشفعة منهدما يستحق بالشفعة مبنيا كالشقص من الدار وبهذا تبين ان مؤنة المقاسمة انكان لا يلحقه في الحال فقد يلحقه
في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب احدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى اجمة فيها قصب وسمك يوجد بغير صيد اخذ الاجمة والقصب
بالشفعة ولم ياخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع في الدار او الارض
فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا او نهرا او بئرا باصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد وكذلك
ان كانت عين قير او نفط او موضع ملح اخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه ينبع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه
بخلاف السمك الا ان يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا ياخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والثمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من
نهر بغير ارض ولا اصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول
في نفسه غير مقدور التسليم لان البايع لا يدري ايجري ام لا وليس في وسعه اجراؤه قال رحمه الله كان شيخنا الامام يحكي عن استاذه
رحمهما الله انه يفتي بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يتبعون الماء فللعرف الظاهر
كان يفتي بجوازه ولكن العرف انما لا يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى
الرجل ارضا فله ما فيها من نخل او شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع او ثمر لان الاتصال فيهما
ليس للتأبيد والقرار بل الى وقت ادراك فهو اتصال بعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا يدخل في البيع الا بالذكر والاصل فيه
قوله عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع ولو اشترى الارض بكل قليل وكثير هو فيها او منها بحقوقها
فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا تدخل الثمرة والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك
اذا اشتراها بكل قليل وكثير هو فيها او منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانها ليست من حقوقها وتأويل
ما ذكرنا هنا انه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناوله لفظة الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير هو فيها

اوفيها لاتصاله في الحال والامتعة الموضوعة يدخل بهذا اللفظ ايضا ان كان قال او منها لانها من القليل والكثير الذي فيها وان كان
قال او منها لم يدخل لانه ليس من الارض واما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبايع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع
وفي الاستحسان لا يدخل لعلمنا انهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها او بمرافقها لم يدخل فيها الزرع والثمر لانهما ليست
من حقوق الارض ومرافقها فانما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك انسان فذلك
الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليس من هذا في شيء فلا يدخل بذكر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا
فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها او لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل
فيه العلو والسفل والكنيف والشارع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والعلو والسفل مما ادير عليه
الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان الا ان يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما ادير عليه الحائط ويكون من
حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فاما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار
لا يدخل عند ابي حنيفة الا ان يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ يدخل اذا كان مفتحها الى الدار وعند ابي يوسف ومحمد يدخل اذا كان
مفتحها الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وابو حنيفة يقول هي خارجة
مما ادير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار اذا كان مفتحها الى الدار فانما يدخل بذكر الحقوق والمرافق كالطريق الخاص وهذا لان احد
جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الاخر على بناء الدار فكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا يدخل عند اطلاق اسم
الدار بخلاف الكنيف والشارع فهو متصل ببناء الدار لا اتصال له بشيء اخر فيكون داخلا فيما ادير عليه الحائط من البناء وان كان
اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو في البيع سواء ذكر الحقوق والمرافق او لم يذكر ما لم ينص على العلو لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو
في هذا كالسفل فكان نظيرين احدهما بجنب الاخر وهذا لان الشيء لا يكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه
الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت اسم لمسقف واحد
له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل
وصحن غير مسقف فكان بمنزلة فوق البيت دون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار
قلنا لا يدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشتري المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لا حق له في الدار الا الطريق ومسيل
الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها الا ان يسمي شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق
الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفي شراء الدار اذا كان لها طريقان
احدهما في السكة والاخرى في دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذي في الدار الاخرى
لان ذلك خارج مما ادير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان في الدار او في القرية باب موضوع او حسا او اجر او جص لم يدخل
ذلك في البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها او منها او اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون
هذه الاشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل ارضا فاستأجرها الشفيع منه او اخذها مزارعة او كان فيها
نخل فاخذها معاملة بعد علمه بالشراء او ساومه بها فقد بطلت شفعته لان اقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري
فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيام دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التمليك منه بسبب باشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن
تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعها ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخل فيها
فلا شفعة للشفيع في النخل لانها كانت مقصودة بالعقد وهي من النقليات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجذها
والبناء ليهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا في الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة بمعنى التبعية للارض
وذلك لا يتحقق اذا ملكه بسبب غير السبب الذي ملك الارض به واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخل واشجار ثم باع المشتري شجرها
ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد قطع بعضها فله ان ياخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له ان ياخذ ما قطع
من ذلك وللشافعي رح قول ان حق الشفيع متى كان ثابتا في البناء والشجر له ان ياخذ ذلك بعد الهدم والقطع اعتبارا للحق
بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكنا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الاتصال بالارض فاذا زال
ذلك قبل الاخذ لا يكون له فيه حق الاخذ كما لو زال حق جواره ولكن يطرح حصته من الثمن عن الشفيع لانه صار مقصودا بالحبس والتناول
فيكون له حصة من الثمن تطرح عن الشفيع واذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل ارض في اعلاه الى جنبه فلهما جميعا ولا حد ارض في

في اسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من اعلاه الى اسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تابيد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهي من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر يكون مفتحها في ارض اخرى يجرى ماؤها من مفتحها الى مصبها شركا في الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع وبالاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر اولى بالشفعة ممن يجرى النهر في ارضه لانه جار باتصال ارضه بالنهر والشريك في المبيع مقدم على الجار واذا كان نهر اعلاه لرجل واسفله لاخر ومجراه في ارض رجل فاشترى رجل نصيب صاحب علو النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب اسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم استووا في سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا ان اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من ارضه ولا عبرة بزيادة الشركة ولا عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني ان صاحب اسفل النهر له في المبيع حق مسيل فما لم يسل الماء في اعلى النهر لا ينتهي اليه ولكن به لا يصير شريكا لا في رقبة النهر ولا في حقوقه وانما يترجح على الجار الشريك في نفس المبيع او في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب اسفل النهر كانت الشفعة لصاحب الاعلى بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحها بين رجلين الى مكان معلوم واسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الاسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في اعلى القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع اسفل القناة وذلك كان ملكا خاصا للبائع فلهذا كان شريكه في اعلى القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكرى منه نهرا الى ارضه ثم بيع النهر الاول ومجراه في ارض رجل آخر فصاحب الارض اولى بالشفعة لان الاخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع وان كان بين ارضه وبين موضع الرحى ارض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلب الشفعة فلهما ان ياخذا ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم اقرب الى الرحى الا ان الرحى لا يستقيم الا بالنهر فهو الآن شيء واحد الا ترى ان موضع الرحى لو كان ارضا لها في ذلك النهر شرب جعلت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون اقربهم اليها اولى بالشفعة وهذا اشارة الى ان باعتبار ملك الرحى تثبت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحى لا يتاتى الا بالماء كما لا يتاتى الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصا له عليه ارض ولآخرين عليه اراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لاتصال ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض اولاهم بالشفعة لانه لا شركة لهم في النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعني من ملازق ارضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملاصق خاصة وان باع النهر والارض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملاصق الارض اولاهم بالشفعة في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق والطريق خالص له فجار الطريق اولى به من جار الارض دون الطريق وهذا بمنزلة دارين لتميز احدهما عن الآخر لان جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكا في الطريق اخذ شفعته من الدار لان الشريك مقدم على الجار وكذلك ان كان شريكا في النهر اخذ بحصته من الارض وكان احق بهما جميعا من جيران الارض والطريق والنهر سواء في كل شيء وقد بينا ذلك في اول الباب

باب الشفيع بالهبة

اعلم بان الموهوب لا يستحق بالشفعة الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول يستحق بالشفعة اذا كان مما لا ينقسم وياخذه الشفيع بقيمته ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفي استحقاقه بالشفعة خلوف على ما بيناه هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته الى دفع ضرر التاذي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فيجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث باي سبب كان من هبة او صدقة او وصية الا الميراث فالملك تجدد به وانما بقي للوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك فان كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وان لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما ياخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكنا نقول حق الشفعة انما يثبت له اذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذي يملك به المتملك فاما اذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على ان ياخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما ياخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا انشاء سبب آخر وبحق الشفعة لا يثبت هذه الولاية يوضحه ان الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم السبب الذي باشره وذلك يتاتى في المعاوضات ولا يتاتى في التبرع لان الملك الذي يثبت للشفيع لا يكون بحكم التبرع ولان الشفيع في المعاوضة كان احق بالعرض عليه قبل البيع فاذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع احق

بالاخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع فان من اراد ان يهب ملكه من انسان فليس عليه ان يعرض بيعها اولا على جاره ولا ان يهب من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل دارا على ان يهبه الاخر الف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر رحمه الله يجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الموصى له ثم مات الموصي فهو بيع لازم له وان لم يقبض لان الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت الا ترى انه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك اذا كان بشرط العوض وهو على وجهين ان قال اذا وصيت بداري بيعا لفلان بالف درهم ومات الموصي فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وان قال اوصيت له بان يوهب له على عوض الف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وان وهب نصيبا من دار مسمى بشرط العوض وتقابضا لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لانه تبرع ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتاثير الشيوع كتاثير عدم القبض فيه وكذلك ان كان الشيوع في العوض فيما يقسم وان وهب دارا لرجل على ان ابراه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار العوض قول الذي عوض لان الشفيع يتملك الدار عليه وقد بينا ان القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الابراء مما يدعي في هذه الدار الاخرى وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لان التملك فيها تم بجهة المعاوضة واذا وهب الرجل دارا لابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضا فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله وفي قول ابي يوسف الاخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصي والعبد الماذون والمكاتب والمضارب في قول ابي يوسف الاول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض اذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الاخر كل من لا يجوز هبته بغير عوض لا يجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الاول ان هذا تمليك مال بمال يعادله شرطا فيصح من الاب والوصي كما لو كان بلفظ البيع او بلفظ التمليك وتحقيقه ان الصبي في المال لا في اللفظ وتصرف الاب والوصي يتقيد شرعا بالاحسن والاصلح لليتيم وذلك في ان يتوفر عليه المالية لا في لفظ المعاوضة الا ترى ان البيع منهما ما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فاذا سقط اعتبار اللفظ قلنا يتوفر المالية عليه في الهبة بشرط العوض فهو في البيع بل اظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض الى يده وبالبيع يزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر ان الهبة بشرط العوض من الاب والوصي بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في عبد الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هناك يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفلسة لا يدرى ايصل اليه ام لا بمنزلة التاوي وجه قوله الاخر ان الهبة عقد تبرع وليس للاب والوصي تبرع في مال اليتيم فباشتراط العوض لا يثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو اضعاف قيمته وتبرع انسان باداء لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد رحمه الله من توفر المالية عليه وتحقيق هذا الكلام انه ما لم يكن من اهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار اصله فهو عقد صدر من غير اهله وكما يلغو السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير اهله وحكم المعاوضة ينبني على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح اصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض بيعا صحيحا الا ترى انه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فكذلك اذا حصل ممن لا يملك الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا يجب فيه الشفعة

باب الخيار في الشفعة

واذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه بطل ما في الشراء للشفيع الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند ابي حنيفة المشتري وان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باتا في جانبه ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت ملك المشتري حتى اذا اقر بالبيع وانكر المشتري يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشتري صار احق بالتصرف فيها باعتبار ه فيتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قتل على الردة او اسلم في قول ابي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند ابي حنيفة لان البيع قد تم من جانب البائع وصار المشتري احق بها لو اسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار ابدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان ابطل المشتري خياره واستوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقرره وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة لان العقد ينقلب صحيحا متى اسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار فيها ابدا فان كان

شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الاخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع ان كان الخيار ثلاثة فاخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت الا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه اولى فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما للبائع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين اخذ المبيعة بالشفعة باعتباره وان البائع على ما تقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا اختار البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فيتبين انه اخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار احق بها من غيره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخي رحمه الله يدعي بهذا الفصل المناقضة على ابي حنيفة رحمه الله فيقول اذا كان من اصله انه لا يملك المبيع في مدة الخيار واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستاجر والمستعير فكيف يثبت للمشتري الشفعة بهذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا اخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع لوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي فانه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مجيزا للبيع باخذها بالشفعة ولكنا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الاصل فيتبين انه اخذها بالشفعة من غير حق فللتحرز عن ذلك جعلناه مجيزا للبيع فاذا جاء الشفيع واخذ منه الدار الاولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما يتملكها الآن فلا يصير بها جار الدار الاخرى من وقت العقد الا ان يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشتري لان اخذ الشفيع من يده لا يبقي ملكه من الاصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين به انعدام السبب في حقه حين اخذها بالشفعة واذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ولما المشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة فان اخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشتري المبيع وابطل خياره سلم العبد للبائع فان ابى ان يسلم البيع اخذ عبده ودفع قيمة العبد الذي اخذها من الشفيع الى البائع ولا يكون اخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشتري واسقاطا لخياره في العبد بخلاف ما اذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لان البيع تصرف يباشره باختياره فيكون دليل الرضى به واسقاطا لخياره فاما اخذ الشفيع منه يكون بغير رضاه واختياره وانما ياخذها الشفيع بحق ثبت له قبل قبض المشتري الا ترى انه كان له حق الاخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف ما لو وجدت بها عيب عنده او عرفت لان تعذر الرد عليه في هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند اخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان ثابتا على قبضه فلهذا لا يجعل ذلك اختيارا منه ويبقى هو في العبد على خياره فاذا فسخ العقد في العبد يجعل هذا بمنزلة ما لو انفسخ العقد فيه بالهلاك في يده قبل القبض فعليه ان يدفع الى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لانها هي التي سلمت له بسبب يده على الدار فردها على البائع كما يرد الدار لو كانت في يده ولو كانت الدار في يدي البائع كان للشفيع ان ياخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري لانتقاض البيع بينهما حين اخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار في يد المشتري فهلك العبد في يدي البائع انتقض البيع ورد المشتري الدار وللشفيع ان ياخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفيعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على اداء ذلك بعد هلاك العوض في يد المشتري الدار ولو كان الخيار لبائع الدار فيها او في العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتى يوجب البيع لان المتعاقدين اشترطا الخيار لنفسه في اخذ العوضين فذلك منه شرط الخيار في العوض الآخر وان كان الخيار اربعة ايام فالبيع فاسد في قول ابي حنيفة ولا شفعة في ذلك الا ان يسقط خياره قبل مضي ثلاثة ايام وعند ابي يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لا يجب الشفعة حتى يسقط خياره او يسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة

باب ما لا يجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

قال رحمه الله قد بينا في النكاح ان المهور لا يستحق بالشفعة عندنا ويستحق عند الشافعي والحاصل عندنا ان الشفعة تختص بمبادلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لا يتمكن من الاخذ الا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث واخذه لا يكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لا شفعة في المجعول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس او عضو لان الشفيع لا يتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام المتملك في حكم ذلك السبب وهو نظير الموهوب لا تستحق بالشفعة وكذلك اذا استاجر بها دارا لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لان المنفعة ليست بمال في الحقيقة وانما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة

للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما اذا تزوج امراة على دار على ان ردت اليه الفا وذكرنا ان عند ابي يوسف ومحمد يجب الشفعة في حصة الالف بمنزلة ما لو افرد كل واحد من العقدين وعند ابي حنيفة لا يجب الشفعة في شيء لان البيع هنا تبع للنكاح واذا تعذر ايجاب الشفعة فيما هو الاصل لا يوجب فيما هو تبع ولو تزوج امراة بغير مهر ثم فرض لها داره مهرا او صالحها على ان يجعلها مهرا لها او اعطاها مهر لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان اكثر ما فيه ان يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد وهذا بخلاف ما لو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار ومما وجب لها من المهر على الدار فللشفيع فيها الشفعة لان في لفظهما ما يدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذي استوجبت عليه والذي استوجبت عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو زوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار اخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي لها مهرا ثم اشترت به الدار اخذها الشفيع بالشفعة بخلاف ما لو اعطاها الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج وانما يلزمها من الدار ما فرض القاضي مهرا لها بحسب ذلك المقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفي المسمى يعطيه نصف المسمى واذا صالح من دم عمد على دار على ان يرد عليه صاحب الدم الف درهم فلا شفعة في الدار في قول ابي حنيفة لان الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك ما يتبعه وعند ابي يوسف ومحمد ياخذ منها جزءا من احد عشر جزءا بالف درهم لان الدار تنقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمته ذلك الدية لا ترى انه تعذر استيفاء القود يجب المصير الى الدية والدية عشرة الف فاذا جعلت كل الف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة اجزاء وحصة الالف جزء من احد عشر جزءا فياخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التي فيها القود وان صالحه من موضحتين احدهما عمد والاخرى خطأ على دار فلا شفعة فيها في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد ياخذ الشفيع نصفها بخمسمائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد القود فاذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن الخمسمائة وابو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس الا ترى ان موجب موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطاء عليه وعلى عواقله واذا لم يجب الشفعة فيما هو الاصل لا يجب في البيع ايضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل وقياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفي المال ربح فانه لا ياخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار ان البيع كان له فلا يجب الشفعة في البيع ايضا وان صالح من كفالة بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ما ليس بمال فالكفالة في النفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل في قصاص او حد او مال ففي حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذي يطلب به فان قال على ان يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذي صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله اجنبي وهو كفيل بالنفس وان قال قبضتكها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين بقضاء الدين بالدار بهذه الصفة وذلك مجهول لا يعلم انه جميع الدين او بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض بالصلح الفاسد كما لا شفعة في البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها او بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع بيعا بغير قضاء بمنزلة الشفيع المبتداء وللاب ولاية البيع في دار ابنته وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد ان قبضها المشتري او لم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعد القبض فلبقاء حقه في الاسترداد ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع عن الدار وان كان قبضها فبيعت دار الى جنبها فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لانه يملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت يملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب الشفعة بها كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار اخرى بجنبها فان لم ياخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفعته في تلك الدار لانه زال جواره قبل ان ياخذها بالشفعة وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولا شفعة للبائع فيها لانه لو لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة ما لو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل ان يخاصم

في الشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشتري منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار واذا اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها وبناها فللبايع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشتري فترد الدار على البايع لانه بنا في بقعة غيره احق بتملك البقعة منه فينقض بناؤه للرد على صاحب الحق كالمشتري اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البايع والحق الثابت في الاصل بصفة التاكيد لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البايع وان ذلك يستحق له وعليه شرعا ثم بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلان ينقض بحق البايع في الاسترداد كان اولى الا ترى انه لو هدم المشتري بناءه لم يكن للبايع ان يسترده وهذا لا وجه لمنعه والمشتري اذا وجدها عيبا بعد ما رفع بنا كان له ان يردها بالعيب فلان يردها بفساد البيع كان اولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وثبوتها احدهما وابو حنيفة يقول بنا في ملك نفسه بتسليط من له الحق فلا ينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبني في الدار الموهوبة وبيان الوصف ان الحق في الاسترداد للبايع وهو الذي سلط المشتري على هذا البناء بايجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البايع بقي معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات المشتري على هذا البناء من المشتري من البيع والهبة والصدقة لا ينقض لحق البايع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف ولهذا ينقض تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه اذا عرفنا هذا فنقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البايع في الاسترداد وعند ابي ح يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البايع في الاسترداد قد انقطع فياخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على ابي ح فيقولان لا قرار لهذا البنا بالاتفاق بل رفعه مستحق اما لحق البايع او لحق الشفيع وابو ح يقول لهذا البناء قرار في حق البايع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البايع في الاسترداد ولكن لا قرار له في حق الشفيع فيكون له ان ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البايع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشتري بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء اخذ بالثاني بالثمن المسمى وان شاء ابطل البيع الثاني واخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له فياخذ باي السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البنا فيقولان تصرف المشتري هنا حصل في عين مملوك له بالعقد الفاسد وفي البنا جعله في البيع لان التابع للاصل وفي هذا القول اشكال فالشفيع اذا نقض البيع الثاني فقد صار ذلك كان لم يكن وقبل البيع الثاني كانت ترد على البايع الاول ولا شفعة فيها فكذلك بعد ما انتقض البيع الثاني من الاصل ولكن الجواب عنه ان البيع الثاني صحيح مزيل للملك المشتري وانما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح ان يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار الى جنبها فللبايع ان ياخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول في ملكه بعد فيكون جار بملكه الدار الاخرى فان سلمها الى المشتري بطلت شفعته لانه ازال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره حادث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر او خنزير والمتعاقدان مسلمان او احدهما وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد فالخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا يجب الشفعة لمسلم ولا لكافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير في حقهم مال متقوم كالعصير والشاة في حق المسلمين فان كان شفيعها نصرانيا اخذ بمثل الخمر المشتري بها او بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فياخذها الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى وفي الخنزير ياخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر وقصدا فعليه قيمتها وهو معتبر في الاستهلاك فان خمر النصراني عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل فكذلك في حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من اسلم من اهل الذمة او من باب من فسقه المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اشترى ارضا شراء فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فقبضها ذلك ثم جاء الشفيع والبايع فللشفيع ان ياخذها بقيمتها في قياس قول ابي حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لم ينقض بناء المشتري لحق البايع عنده كذلك لا يقلع اشجاره واذا انقطع حق البايع في الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا انه يطرح عنه من ذلك بقدر ما نقص الارض من عمل المشتري لانه في معنى المتلف لجزء منها وقد بينا ان ما يتلفه المشتري حصة من الثمن في حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا احرقه وعند ابي يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البايع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البايع فيها فله القيمة في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرف المشتري بتسليط البايع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البايع كما لو بنى

فيها

فيها المشتري بناء آخر وذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف ان حق البايع في القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق في العبد اشتراه شراء فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري في عين ما يملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البايع في الاسترداد فاذا تصرف فيه بابطال الملك اولى فان باع نصفها بيعا صحيحا يرد النصف الثاني على البايع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هذا قال والصحيح انه يخير بين ان يأخذ نصف نصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البايع في الاسترداد فيه وبين ان يأخذه بالبيع الثاني بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا اخذه بالثمن الآخر يتصدق المشتري بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يغرم للبايع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خبيث فيؤمر بالتصدق

باب الشفعة في المرض

مريض باع دارا بالفي درهم وقيمتها ثلاثة الاف درهم ولا مال له الى غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها لانه لو باعها من ابنه بهذا الثمن لم يجز وقد بينا ان الشفيع يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر ذلك في هذا الموضع توضيحه انه اما ان ياخذها بالفين كما اخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لوارثه خصوصا اذا اخذها من يد البايع ولا وصية لوارث او ياخذها بثلاثة الاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك ثابتا في حق المشتري فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له اصلا وذكر في كتاب الوصايا ان على قولهما له ان ياخذها بقيمتها ان شاء والاصح ما ذكرها هنا فانه نص في الجامع على انه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشتري للدار من ابيه والاجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها في قول ابي حنيفة وفي قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على ان بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول ابي حنيفة رحمه الله ويجوز في قولهما لانه ليس في تصرفه ابطال حق الوارث عن شيء مما يتعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو اعانه بدينه توضيحه انه ممنوع من الوصية للوارث كما انه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للاجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث توضيحه انه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحالة من الوصية بشيء من ماله لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وابو حنيفة يقول لو ايثار بعض ورثته بعين من اعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو اوصى بان يعطى احد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية ولهذا لو اراد بعضهم ان يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضى سائر الورثة فكما انه لو قصد ايثار البعض بشيء من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد ايثاره بالعين وهذا لان للناس في الاعيان اغراض فقد ينتفع الانسان حظا بانه فوق ما ينتفع بكره ماله وانما يبتغي الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للعصابة عن سائر الورثة وذلك المعنى يتحقق هنا فلهذا يمتنع بيعه منه بمثل قيمته وبأكثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس في البيع بمثل القيمة عن الاجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالعين او بالدين واقراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشيء من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم في ديونهم لا في عين مال المريض الا ترى ان للوارث ان يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما يتعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق انه لو كان باع عينا في صحته من اجنبي ثم اقر باستيفاء الثمن منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء وبمثله لو باعه من وارثه لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند ابي حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند ابي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالفي درهم وقيمتها ثلاثة الاف فلا اشكال عند ابي حنيفة رح ان البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع ان ياخذها بثلاثة الاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن ان يزيل المحاباة وياخذها بثلاثة الاف ان شاء فكذلك للشفيع ان ياخذها بذلك وذكر في موضع آخر ان الشفيع لا ياخذ بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار انه لا وصية في تصرفه وفي البيع بالمحاباة وصية الا ترى انه لو حصل مع اجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة

في البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط اجل فاسد او خيار
فاسد وقد روي عن ابي يوسف رحمه الله ان للشفيع ان ياخذها بالفين لانه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كان البيع من
المريض كان منه بهذا الثمن والاصح ما ذهب اليه ابو حنيفه فان نفس البيع وصية الا ترى انه لو اوصى بان تباع داره من فلان
بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته اذا طلب الموصى له وان الموصى له بالبيع تزاحم سائر اصحاب الوصايا فاذا ثبت ان
نفس البيع وصية وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع اصلا واذا اشترى المريض
دارا بالفي درهم وقيمتها الف درهم وله سوى ذلك الف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر
الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها او اكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة
له في قول ابي حنيفه لان بيعه من الوارث لا يجوز عند ابي حنيفه وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة
للوارث ان ياخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من اجنبي اخر والوارث شفيعها
لان الشفيع يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي يشتريه المشتري اذا اخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلثة
الاف وشفيعها اجنبي فله ان ياخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف ياخذها الشفيع
بالفين والوصية كانت منه للمشتري دون الشفيع ومن اوصى لانسان بشيء من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من اوصى له قلنا
هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع الا ترى انها لا تبقى بعد ما يبطل البيع وفي حق
البيع الشفيع صار مقدما على المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما اوجب له بما سمى من الثمن مع علمه ان الشفيع يتمكن
من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكانه اوجب الوصية بالمحاباة بالمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع ان اخذها بالشفعة وان كان
للدار شفيعان احدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه
شفيع اخر اولى ان لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمته كان للاجنبي ان ياخذ الكل بالشفعة بمنزلة ما لو سلم احد الشفيعين شفعته
وان باعها بالف درهم وهي تساوي الفين وليس له مال غيرها قيل للمشتري ان شئت تخذها بثلثي الالفين وان شئت فدع حاباه
نصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الالفين الا انه يتخير
في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامه فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل
البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي الالفين الا انه يتخير في ذلك لانه
يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامه فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم
ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي الالفين واي ذلك فعل كان للشفيع فيها شفعة اما عند
البيع فلا اشكال واما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال اخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة
البيع وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشتري يعمل في ابطال حق الشفيع كما لو تقايلا البيع ولكن الشفيع ياخذها بثلثي الثمن
لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك للشفيع وان باعها بالفين الى اجل وقيمتها ثلاثة الاف فالاجل باطل
لان المحاباة بالعقد استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالاجل في شيء ولكن يتخير المشتري بين ان يفسخ البيع او يؤدي
الالفين حالة فيصل الى الورثة كمال حقهم واي ذلك فعل فللشفيع ان ياخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشتري في حكم هذا البيع
كما في الفصل الاول وهذا اظهر من ذلك فالاجل في الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا ان خيار المشتري لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع
وان باعها بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الفان قيل للمشتري ان شئت فعجل الفين وان شئت فدع في قول ابي يوسف وهو قياس قول ابي ح
رح وقال محمد رح ان شاء عجل ثلثي قيمتها ويكون الباقي عليه الى اجل وان شاء تركه وقد تقدم نظير هذه المسئلة في كتاب العتاق
وذكرنا ان من اصل محمد رح ان تاجيل المريض صحيح مطلقا فيما له ان لا يتملكها اصلا كما في الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند
ابي يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال يتعلق به حق الورثة فلا يصح تاجيله فيه الا بقدر الثلث لان التاجيل بمنزلة الاسقاط من حيث
الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الاجل ولهذا لو رجع شهود التاجيل ضمنوا كما يضمن شهود الابراء فعلى ذلك الاصل
يبتنى هذه المسئلة بعينها واما الشفيع فالاجل لا يثبت في حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله واخذ الدار وان شاء كف حتى يحل المال
وقد بينا هذا في الصحيح يبيع داره بثمن مؤجل ان الاجل لا يثبت في حق الشفيع فهو مثله في المريض واذا باع المريض دارا وحاباه فيها ثم برا من
مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله ان ياخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة حالة الصحة وان كان

قد علم بالبيع ولم يطلب الشفعة حتى برا من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب له الشفعة البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم
بالسبب فتبطل شفعته وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك
لم يكن له ان ياخذ بالشفعة فهذا مثله

باب تسليم الشفعة

واذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشتري حاضر او غائب فتسليمه جائز لانه اسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط
وانه تصرف منه على نفسه ولا يتعدى تصرفه الى المحل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشتري
بالدار لانه لما ساومه بها ليشتريها منه ابتداء وذلك دليل الرضى بتقرر ملكه فيها وكذلك لو ساله ان يوليها اياه لانه لا يحتاج الى
ذلك بعد سقوط حقه في الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشتري للشفيع
انفقت عليها كذا فابيعها او اوليكها بذلك وبالثمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم في موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب
كالمعاد فيه ومعناه ولني بذلك واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة واقر بان موكله قد سلم الشفعة فنقول اما عند
ابي حنيفه فيصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء ومحمد رحمه الله يقول في اقراره على الموكل بالتسليم بقول ابي حنيفه وقال
يجوز تسليم الشفعة في مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب ابي يوسف الاخر فيما اذا سلم
الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم واصل المسئلة في كتاب الوكالة ان الوكيل بالخصومة اذا اقر على
موكله في القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وابي يوسف وفي الاستحسان يجوز اقراره في مجلس القاضي ولا يجوز اقراره في غير مجلس
كاقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة فاذا اقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما اذا سلم بنفسه من اصل
ابي حنيفة وابي يوسف ان من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمه الان الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس
الخصومة مجلس القاضي وغير مجلس القاضي وعند زفر ومحمد لا يصح منه التسليم اصلا لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه امر باستيفاء
الحق لا باسقاطه الحق واصل هذه المسئلة وفي الاب والوصي اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند ابي حنيفه وابي يوسف وليس
للصبي ان يطالب بها بعد البلوغ وعند محمد وزفر لا يصح وللصبي ان يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه
والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما
مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة ثبت شرعا لدفع الضرر فهما بالاسقاط كانهما يلزمانه
الضرر وابو حنيفه وابو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصي كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز ترك الشراء الا ترى
انه لو اوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصي صح ذلك منهما وبيان الوصف ان الشفيع بالاخذ يتملك العين بالثمن
وهذا هو الشراء وتاثيره ان في تسليم الشفعة بقي احد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط
بعوض يعدله ذلك ضرر كبيع ماله بخلاف الابراء عن الدين واسقاط القود يوضحه انه لو اخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل
بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل اولى لانه اذا اخذها ثم باعها منه يتوجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا يتوجه
عليه العهدة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فاذا سكت الاب والوصي عن طلب الشفعة من
الاجنبي فذلك يبطل حق الصبي في قول ابي حنيفه وابي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب
للصبي دارا وهو شفيعها فله ان ياخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان
مكان الاب وصيا لم يملك اخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصي لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو
اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها الا ان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ بالشفعة يكون مبطلا
للشفعة فاما من لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها
فسلم الاب ذلك من اصحابنا من يقول يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح انه لا يصح التسليم عندهم جميعا
لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم احد
المتفاوضين شفعة صاحبه في دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتفاوضان في ذلك كشخص واحد منهما
في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه الا ترى انه لو اخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجعل احدهما في الحكم كالاخر
فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب

الشفعة كان لرب المال ان ياخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب ان ياخذها بنفسه لان المضارب لا ياخذها بالشفعة
للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فبقي حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب ب
شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجنب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم احدهما
يصح في حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب في بيعها
عامل لرب المال الا ترى انه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من
المضاربة في يد المضارب بجار اخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو اخذها اخذها لرب المال فان الاصل
في مال المضاربة حق رب المال ورب المال بايع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا ياخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير
المضاربة كان لرب المال ان ياخذها بالشفعة بدار من المضاربة ويكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة
عامل لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب جار الدار المبيعة فله ان ياخذها بالشفعة والاخذ
بالشفعة بمنزلة الشرا ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة
فان كان فيها ربح فله ان ياخذها بنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون في ذلك
كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم ياخذها لانه لو اخذها اخذها للمضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البايع فكما لا يثبت
للبايع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا ياخذ الغير له واذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له خاصة
من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو اخذها كانت بينهما بمنزلة ما لو اشتراها وان كان بايعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة
كانت ثابتة للبايع لانهما فيما ياخذان بالشفعة كشخص واحد واذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز ان كان عليه دين
لان هذا ترك الشرا وهو من صنع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض بعدله فان الثمن يبقى كسبا له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه
دين لان العبد لو اخذها تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى فيه كما يصح من الموكل وان كان
عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد في الاخذ عامل لغرمائه لا للمولى والمولى من كسب عبده المأذون كسائر الاجانب الا ترى انه
بعد الاخذ لو باعها المولى جاز بيعه اذا لم يكن عليه دين ولم يجز اذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب شفعته جائز لانه
منفك الحجر عنه فيما هو من صنع التجار وقد بينا ان تسليم الشفعة من صنع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعته جائز ايضا
وذكر في بعض نسخ الاصل اذا مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وهذا لا معنى له لان
الشفعة فلو يقوم وارثه مقامه في الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف منه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه
لا فائدة في هذا التوقف ان اسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا ان يكون موضوع هذا فيما اذا كان اشترى المرتد دارا
فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند ابي حنيفة بمنزلة بيعه واذا اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم
راى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده واخذ داره وقد كان دفعها او لم يدفعها فلا شفعة للشفيع في ذلك لان الرد بخيار الرؤية
فسخ من الاصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضا ولا رضا والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد اسقطه
ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته في الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لان
اخذه اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري وباسقاط خيار الرؤية باطل
قبل ان يراها فكذلك اذا اخذها بالشفعة بيعت بجنبها واذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو الف درهم تساوي كل واحد
منهما الف درهم فبيعت دار الى جنب احديهما وانه فلا شفعة للمضارب فيها والشفعة لرب المال لان كل واحدة منهما مشغولة براس المال
والمضارب شريك في الربح ولا ربح في واحدة منهما فلا ياخذها المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من
التفاوت في المنفعة فيعتبر كل واحدة منهما على الانفراد الا ترى انه لو كان مكان الدارين عبدين لم ينفذ عتق المضارب في واحد منهما
ولو كان في احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على ان يعطى نصف الدار
بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترطا لانه اسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط
بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن وياخذ الدار كلها او يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعته بل هو مظهر رغبته
بما يحتاج اليه منها فيكون على شفعته فيها واذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان
تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلاف الشاهدين في المكان والزمان لا يوجب اختلافا بينهما في المشهود به واذا سلم الشفعة في

منزل وهو شريك في الطريق على ان ياخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا انه اسقاط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز
بتراضيهما وللجار ان ياخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا ان الشريك في الطريق كان مقدما عليه ففيما اسقط
الشريك حقه زال المانع فللجار ان ياخذه كما لو سلم في جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع ثم اقر المشتري ان البيع كان تلجئة
لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الاول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره
يجب الشفعة الا ترى انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية او الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعدما سلم الشفعة فاذا اقر بفساد البيع
من الاصل اولى واذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع
سواء اقر في البيع انه كان هبة بعوض او في الهبة بشرط العوض انه كان بيعا وان سلمها في هبة بغير عوض ثم تصادقا انها كانت بشرط عوض
او كانت بيعا فللشفيع ان ياخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضى بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب وسلم بناء على ان الشفعة لم
تجب له فاذا ظهر انها كانت واجبة له فهو على حقه في الشفعة واذا وهب لرجل دارا على عوض الف درهم فقبض احد العوضين دون الآخر
ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له ان ياخذ الدار بالشفعة لانه اسقط حقه قبل الوجوب فالهبة بشرط
العوض انما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين
دارا على عوض الف درهم وتقابضوا فذلك باطل في قول ابي حنيفة رحمه الله جائز في قولهما لان الشيوع في الهبة بشرط العوض كهو
في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في كتاب الهبة فكذلك في الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان
من رجل دارا على الف درهم وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلما اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيوع
في الدار فالمتملك فيها واحد ولانعدام الشيوع في الالف حين قبض كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز في قول
ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحة الهبة المقبوضة كما يمنع صحة الهبة والالف تحتمل القسمة واذا اشترى
الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد اخذ احديهما دون الاخرى فليس له ذلك ولو كانتا ارضين او قريتين وارضهما
او قريتين وارضهما وهو شفيع ذلك كله بارض واحدة او بارضين او بدار واحدة او بدور رفا لم ينما له ان ياخذ ذلك كله او يدع
وقال زفر رحمه الله له ان ياخذ احديهما دون الاخرى والدار الملاصقة غير الملاصقة في مصر او مصرين في ذلك سواء بعد ان يكون
ذلك صفقة واحدة فزفر يقول ثبت له حق الاخذ في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكنا نقول المشتري ملكهما صفقة واحدة
وفي اخذ احديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري في حق البايع تفريق الصفقة بقبول العقد في احديهما دون الاخرى
فكذلك لا يملك الشفيع ذلك في حق المشتري بخلاف ما اذا كان العقد في صفقتين وهذا لان الانسان قد يشتري دارين ورغبته
ومنفعته في احديهما فاذا اخذ الشفيع ذلك دون الآخر تضرر المشتري باختيار الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري
انما ياخذ بالشفعة ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان شفيعا لاحديهما وكان ابو حنيفة اولا يقول في هذه المسألة له ان ياخذهما جميعا
او يدع لان الشفعة ثبت له في احديهما ولو اخذها وحدها تفرقت الصفقة على المشتري فيثبت حقه في الاخرى حكما لدفع الضرر عن
المشتري ثم رجع فقال لا ياخذ واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في احديهما بدون السبب وفي الاخرى لما فيه من تفريق
الصفقة على المشتري ثم رجع فقال ياخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول ابي يوسف ومحمد بمنزلة ما لو اشترى دارا وعبدا صفقة
واحدة كان للشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفريق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمي
وهو انه لم يتمكن من احدهما لانعدام السبب في احدهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا

باب شفعة اهل البغي

الباغي والعادل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء لان اهل البغي مسلمون وهم من جملة اهل دار الاسلام وقد بينا ان لاهل الذمة
الشفعة في دار الاسلام وانهم في ذلك كالمسلمين فاهل البغي في ذلك اولى لان العادل في عسكر اهل العدل والباغي في عسكر اهل
البغي فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلا بطلت شفعته وان لم يعلم حتى اصطلحوا فهو على شفعته اذا علم واذا كان الشفيع
في غير المصر الذي فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة واشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البايع والمشتري
فهو على شفعته لانه اتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع انه لا فائدة له في ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ في الموضع الذي
فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي فيه البايع والمشتري فطلب الشفعة واشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفعته

وحاصل الكلام انه بعد طلب المواثبة عليه ان ياتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشتري او البائع ان كانت الدار في يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقرى عليه ان ياتي اقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الابعد بطلت شفعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه وان كانوا في مصر واحد فان ترك الاقرب واتى الابعد فاشهد عنده ففي القياس كذلك تبطل شفعته لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفعته لان المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكفي واذا اتحد المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد في ذلك واذا اشترى رجل من اهل البغي دارا من رجل في عسكره والشفيع في عسكر اهل العدل لا يستطيع ان يدخل عسكر اهل البغي فلم يطلب بعد العلم بالشراء او لم يبعث وكيلا فلا شفعة له لانه كان متمكنا من ان يبعث وكيلا فان كان لا يقدر على ان يبعث الوكيل او على ان يدخل فله الشفعة لانه ما ترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل ان يعلم بالبيع الا ترى انهم لو كانوا في عسكر ولا حرب غير ان الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على ان يبعث وكيلا ياخذ الشفعة ابطلت شفعته ارايت لو كان بينهما نهر مخوف او ارض مسبعة اكنت على شفعته فقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه او بوكيل يبعثه في هذا كله يبطل شفعته بالاعراض عن الطلب والله اعلم

باب الوكالة في الشفعة

ويجوز للشفيع ان يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلا كما يجوز ان يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج الى التوكيل في ذلك لقلة هدايته في الخصومات او لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه لانه يقيم البينة ليقضى له بالوكالة ولا يقضى ببينة قامت لا على خصم حاضر واذا اقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا اقبل من المشتري بينة انه اشتراها من صاحبها اذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فان من في يده عين اذا اقر بحق فيه لغيره قضي عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بحضرة الخصم حتى اذا جاء رب الدار فانكر ذلك ابطلت البيع والشفعة ورددت الدار عليه ليصادقهم على ان اصل الملك كان له بعد ان يحلف بالله ما باعه الا ان يقوم عليه بينة بحضرته وهذه البينة مقبولة من الشفيع والمشتري جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه في الشفعة واذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري اريد يمين الشفيع ما سلم لي فانه يقضى عليه بالدار لهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن ابي يوسف رحمه الله قال لا يقضى بها حتى يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاث فصول احدها ما بينا والثاني وكيل صاحب الدين اذا طالب المديون بقضاء الدين وقال المديون اريد يمين الموكل ما ابرأني فانه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق فاطلب يمين الطالب والثالث وكيل المشتري اذا اراد الرد بالعيب فقال البائع اريد يمين الموكل ما رضي بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشتري فيحلف فابو يوسف يجعل مسئلة الشفعة نظير مسئلة العيب لان في فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء كما ان الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفي ظاهر الرواية سوى بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشتري في المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق انه هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام السبب وهو العيب فيتضرر البائع ضررا لا يمكنه دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشتري باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لا يعود العقد وفي مسئلة قضاء الدين لو امر المديون بقضاء الدين لا يتضرر بذلك ضررا بابطال حقه في اليمين بل هو على حجته من استحلاف الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسئلة الشفعة من حيث ابطال حقه في اليمين بل هو على حجته في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار فلهذا لا يتاخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضى القاضي للوكيل بالشفعة فابى المشتري ان يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا واشهد عليه الشهود كما انه يقضي له بالشفعة وان كان المشتري ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك نظرا له واذا كان لسائر الحقوق ان يعطي القاضي المقضي له سجلا اذا التمس ذلك ليكون حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا اقر المشتري بالشراء وقال ليس لفلان فيها شفعة سال الوكيل البينة عن الحق الذي وجب له به الشفعة من شركة

اوجوار لانه لا يتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا اقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان يقيم البينة على ان الدار التي الى جنب المبيعة ملك لموكله فلان فاذا اقام البينة ان الدار التي الى جنب الدار المبيعة في يد موكله لم اقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البينة فاليد تدي متنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة لذلك فكذلك اذا ثبت اليد بالبينة واصل هذه المسئلة ان المشتري اذا انكر كون الدار التي في يد الشفيع ملكا له ففي ظاهر الرواية لا يقضي القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن ابي يوسف ان القول في ذلك قول الشفيع فيقضى له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا يجوز الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما ان القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز ان يشهد الا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد ان يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي ان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلان يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك خصم يدعيها لنفسه اولى وجه ظاهر الرواية ان الملك باعتبار اليد ثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه ليدفع بها استحقاق المدعي وحجة في قول الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من ان يثبت الملك بالبينة وهو نظير ما لو طعن المشهود عليه في الشاهد انه عبد يحتاج الى اقامة البينة على الحرية لان ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام واذا وجد قتيل في دار انسان فانكر عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالبينة ليقضى بالدية على عاقلته فهذا نظيره قال ولا اقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وابويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وابويه وزوجته ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل او الموكل عبدا له او مكاتبا لانهم متهمون في ذلك فانهم يشهدون بحق الموكل وثبوت حق الاخذ للوكيل فلهذا لا يقبل في ذلك شهادة الفريقين وان اقام البينة ان لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم اقض بالشفعة له لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار او في بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يعلم ان صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم يدعي على الموكل فلو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة في الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف في دعوى تسليم باطل فلو شهد رجلان على الوكيل انه سلم عند غير القاضي او عند القاضي ثم عزل قبل ان يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند ابي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل القاضي قبل ان يقضي به فهو باطل وهو ما لو وجد في غير مجلس القاضي وعزل قبل ان يقضي به ولو اقر الوكيل في مجلس هذا القاضي انه سلم عند فلان القاضي ثم عزل او انه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول ابي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم فان من اقر بشيء يملك انشاءه يجعل كالمنشئ لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسئلة الرجوع لا مسئلة تسليم الشفعة فقد بينا ان عند محمد رح تسليم الوكيل باطل واذا شهد ابنا الوكيل وابنا الموكل ان الوكيل قد سلم الشفعة اجزت شهادتهما لانهما يشهدان على ابيهما ولا يجوز شهادة ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل لان ابني الوكيل يثبتان نصرة ابيهما في دعوى الوكالة وحساب ويثبتان له حق الاخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائبا عن ابيهما ياخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب الشفعة في دار ان يخاصم في غيرها لان الوكالة تتقيد بالتقييد وقد قيد الوكالة بالدار التي عينها وهو يثبت الوكيل فيه منابه بنفسه وقد يرضى لانسان يكون الغير نائبا عنه في بعض الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة يكون له كان ذلك جائزا لانه عمم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله ان يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض غلاته ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة الا في تثبيت الحق الذي يطلب به الشفعة لانه لا يتوصل الى الخصومة في الشفعة الا بذلك فيتعدى الوكالة اليه ضرورة واذا وكل رجل رجلا ياخذ له دارا بالشفعة ولم يعلم الثمن فاخذها بثمن كثير لا يتغابن الناس في مثله بقضاء قاض او بغير قضاء قاض فهو للموكل اما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع ان ذلك لا بد منه في الشراء فلان لا يشترط ذلك في التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الاخذ بالشفعة اولى ثم الشفيع انما ياخذ بالثمن الذي ملك المشتري الدار به فالتوكيل بالاخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء او بغير قضاء قل الثمن او كثر يوضحه ان الوكيل بالشراء اذا اشترى باكثر قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن التهمة لمن الجائز انه اشترى لنفسه فلما علم بغلو الثمن اراد ان يلزم الامر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك ان ياخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع الشفيع ان ياخذ الدار له بالشفعة فاظهر الشفيع ذلك فليس له ان ياخذها لان طلبه لغيره تسليم منه للشفعة فانما يطلب البيع

من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلما شفعته فاذا طلبها لغيره اولى ولما كان اظهاره ذلك بمنزلة التسليم للشفعة استوى فيه ان يكون المشتري حاضرا او غير حاضر فان استر ذلك حتى اخذها ثم علم بذلك فان كان المشتري سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهي للآمر لانه ظهر انه كان مسلما شفعته ولكن تسليم المشتري اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها الآمر بعدما سلم الشفعة وان كان القاضي قضى بها فانها ترد على المشتري الاول لانه لما ظهر انه كان مسلما شفعته تبين ان القاضي قضى على المشتري الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه واذا كان للدار شفيعان فوكلا رجلا واحدا باخذها لهما فسلم شفعة احدهما عند القاضي واخذها كلها للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما اقامه مقام نفسه فتسليمه شفعة احدهما عند القاضي كتسليم الموكل وبعدما اسقط حق احدهما بقي حق الآخر في جميع الدار فاذا اخذها الوكيل له جاز وان قال عند القاضي قد سلمت شفعة احدهما ولم يبين هو وقال انما اطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين ايهما سلم نصيبه ولايهما ياخذ اما تسليم شفعة احدهما صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبني على التوسع فالجهالة المحصورة ولكنه لا يتمكن من اخذها للمجهول منهما لان بالاخذ يثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلهذا لا بد للوكيل من ان يبين لايهما اخذ واذا وكل الشفيع المشتري بالاخذ بالشفعة لم يكن وكيلا في ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا يكون وكيلا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد الاحكام ولو وكل البائع بالاخذ بالشفعة جاز ذلك في القياس لان البائع بتسليم الدار الى المشتري قد خرج من هذه الخصومة والتحق باجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا ياخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شيء لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل في بعض ما تم به وهو البيع واذا وكل الذمي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة اهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة اهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان الذمي هو الوكيل وقد اجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت شهادتهما وابطلت الشفعة لان الوكيل لو اقر بذلك جاز اقراره فان الموكل اجاز صنيعه على العموم مطلقا فكذلك اذا شهد عليه بذلك اهل الذمة لان شهادتهم على الذمي في اثبات كلامه حجة واذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدع يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لان الوكالة قد انتهت بالاخذ بالشفعة فبقيت الدار في يده امانة والامين لا يكون خصما للمدعي ولو وجد بالدار عيبا كان له ان يردها به لا ينظر في ذلك الى عيبه الذي وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع في يد الوكيل بالشراء فهو في حكم الرد بالعيب بمنزلة المشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما واخذها فان كان الشراء وقع بذلك او باقل فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذي وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر من عشرة للموكل فاذا كان الثمن اكثر مما سمى فقد وكله بما لا يقدر الوكيل على القيام به واذا كان الثمن اقل مما سمى فانما وكله بما يقدر على القيام به فيصح التوكيل وكذلك لو قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا تقييد مفيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع في الاخذ اذا كان المشتري انسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشتري غيره فلهذا اعتبرنا تقييده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء لان الجنين من اهل الملك بالارث فباعتبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار او شركة واذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شركهم في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة اشهر لانا لما حكمنا بالارث له بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائبا فاخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله ان ياخذ حصته من ذلك وان اشترى دارا بجارية وتقابضا ثم ولدت الجارية لاقل من ستة اشهر بعد الشراء وادعاه البائع ابطلت البيع والشفعة وان كنت قد قضيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق في ذلك بايعها ثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة في ابطال ما يحتمل النقض والقضاء بالشفعة يحتمل النقض كنفس البيع ثم بدعوى النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا في الاستحقاق نظيره فكذلك اذا ثبت امية الولد لها واذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له وبالخصومة فيه فله ان يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفي العرف يراد جميع ذلك الا ترى انه لو وكله بتقاضي كل غلة له او بيعها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة في كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يزد على هذا ففي القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستتمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل في ذلك وفي الاستحسان بهذا يتوكل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال يحفظ عند كل مالك فاذا اطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا ان مراده الحفظ وفيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين شك فلا يثبت وان قال تقاض ديني او ارسله يتقاضاه او وكله فهو سواء

فهو سواء الا ان التوكيل بالتقاضي يعبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله ان يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقبضه احدا من غير عياله لانه يتصرف فيه سوى امره به وله ان يوكل به عبده او ابنه او اجيره الذي هو في عياله بمنزلة ما لو قبض بنفسه ثم دفع الى احد من هؤلاء وهذا لانه امين فيما يقبض كالمودع في الوديعة واذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسمى له ما عليه لم يكن له ان يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمى له وهو تقييد مفيد فقد يأتمن الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بطلب شفعة له فجاء الوكيل وقد غرق بناء الدار او احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لا يستطيع رده لانه ممتثل امره فانه لا يتمكن من الاخذ بعدما احترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله في الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم في هذا اذ لا يتمكن من اخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل ابو حنيفة في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشتراه باكثر من قيمته وكذلك لو جعله جريا او وصيا في الخصومة في حوزته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله ان يقبضها وينقد الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلا حدهما ان يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا احدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضي كلامهما ولا ياخذ احدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين واذا سلم احدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيل بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا ان يكون الآمر اجاز له ما صنع بمنزلة ما لو وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنيعه وقد اجاز له صنيعه كان وكيلا وكان له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني ان يوكل غيره لان الموكل اجاز صنيع الوكيل الاول ولم يجز صنيع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنيعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ما صنع الوكيل الثاني على الآمر لان ذلك وراء اجازة ما صنع الوكيل الاول والحاصل ان الانسان في حق الغير لا يسوي غير نفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشتري الى الوكيل ان يكف عنه شهرا او سنة على انه على خصومته وعلى شفعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فاجابه اليه لم تبطل به شفعته وهذا لان التاخير انما جعله محمد رحمه الله مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب او يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل ان يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة في ذلك مقدار المسير من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان

باب شفعة أهل الكفر

واذا اشترى الكافر من الكافر دارا بخمر او خنزير وشفيعها كافر اخذها بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم كالبيع بها صحيح بينهم ثم الشفيع ياخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل كالخمر لقوم الصفة فهي مكيل او موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير لقوم الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فياخذها بقيمته وان اشتراها بميتة او دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال في حقهم كالشراء بها يكون باطلا والعقد الباطل لا يوجب الشفعة واذا اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمي الى ذلك كحاجة المسلم فياخذها الذمي نصفها بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عن تمليك عين الخمر وقدر الكافر على ذلك فان اسلم الشفيع الكافر قبل ان ياخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن ياخذ بقيمة الخمر لانه عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فياخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد الا ترى ان المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعدما انقطع الرطب من ايدي الناس فانه ياخذها بقيمة الرطب لهذا المعنى واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة او غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد لان الاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فياخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما او كان الماخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر منه وان كانا كافرين اخذها بمثل ذلك الخمر لان من اسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك غير موجود من الشفيع والماخوذ منه اذا كانا كافرين وان كان باسلام احد المتعاقدين

بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما بقي صحيحا لان حكم العقد في الخمر ينتهي بالقبض والاسلام لا يمنع قبض الدار فاذا اتخذ المشتري الدار بيعة او كنيسة او بيت نار ثم حضر الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من نقض تصرف المشتري وتصرفه الا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له ان ياخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري فههنا اولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له ان ياخذها بالبيع الاول ويبطل البيع الثاني كما لو كان المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالخمر ذميا فاسلم وارثه بعد موته كان للشفيع ان ياخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشتري هو الذي اسلم بنفسه واذا اشترى الذمي من الذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا واسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فيقول ان كان المشتري هو الذي اسلم ولم يسلم البائع او اسلم البائع بعد اسلام المشتري او اسلما معا ففي نصف المستحق ياخذ المشتري نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد من الاصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا فتخللت فانه ياخذ الخل ولا شيء له غيره فاما في النصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لتبعيض الملك عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على احد وهذا اذا كانت الخمر بعينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخل لان العقد كما تناول هذا بعينه فانما تناول خمرا في الذمة نصفا الفسخ يعود حقه في ذلك والخمر لا يجوز ان تكون دينا للمسلم على احد فاما اذا كان البائع هو الذي اسلم دون المشتري او اسلم البائع اولا ثم المشتري فكذلك الجواب عند ابي يوسف فاما على ما رواه زفر وعافية عن ابي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فيقول في النصف المستحق المشتري بالخيار ان شاء اخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف قيمة الخمر لانه تبين ان البيع في هذا النصف كان باطلا والخمر يكون مضمونا للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض في يده حين تخلل فان شاء رضي بالتغير وياخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف الخمر وفي النصف الذي لم يستحق يتخير لتبعيض الملك فان فسخ العقد وكان الخمر بعينها تخير بين ان ياخذ نصف الخل وبين ان يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير في ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد انما تناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما تناوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر وان كان البائع قد استهلك الخل ففي المعين له ان يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر على مثله كان له الرجوع بقيمته وهو على التخريج الذي بينا واذا باع الذمي كنيسة او بيعة او بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم اعدوا هذه البقعة للمعصية فلا يزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع لكونه في دارهم بخلاف المساجد في حق المسلمين فان المسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى بجعلها معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية قال وصاحب الطريق اولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك في حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق مسيل الماء في ملك الغير ولا شيء له من ذلك الموضع والشفعة لا يستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصال ملكه بالدار المبيعة والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام في استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذوع في حائط من حيطان الدار او الهرادي بمنزلة الجار لانه في معنى المستعير لموضع الهرادي على ملك الغير فلا يستحق الشفعة باعتبار وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك في اصل الحائط فان الشريك في اصل الحائط شركته في نفس المبيع فهو اولى من الشريك في الطريق لان شركته في حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم ارض عشر ولها شفيعان مسلم وذمي وقضي لهما باخذها جميعا بالشفعة فعلى المسلم العشر في حصته ويضاعف على التغلبي العشر ويوخذ من الذمي الخراج في حصته عند ابي حنيفة بمنزلة ما لو اشترى كل واحد منهم نصف ارض بعينه ابتداء وهذا لما تقدم بيانه في كتاب الزكاة ان الذمي اذا اشترى ارض عشر فانها تصير خراجية عند ابي حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا او كان شفيعها مسلم فاخذها بالشفعة فهو عشرية كما كانت فاما اذا انقطع حق المسلم عنها فانما يكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج او لم يوضع حتى اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها وفي غير هذا الموضع ذكر ان وضع عليها الخراج فليس له ان يردها بالعيب لان الخراج في الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فيها فهذا عيب حدث في في يد المشتري واذا لم يوضع عليها الخراج فله ان يردها بالعيب ويكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية فكما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي في دار الاسلام اما ان تكون عشرية او خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فيكون خراجية سواء وضع عليها الخراج او لم يوضع فليس له ان يردها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا كان البيع فاسدا او كان للمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالملك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل دارا او دارا فوجد فيها حائطا او هيا او جذعا

مكسورا

مكسورا او نخلة منكسرة او عيبا ينقص الثمن فردها كان للشفيع على شفعته لان اصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا ان بقاء البيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع الا ترى ان البيع قد ينفسخ باخذ الشفيع وهو اذا اخذها من يد البائع وقال ابو يوسف اذا اشترى الذمي ارض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم الا ترى انه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة التغلبي يشتري سائمة فالتضعيف في الصدقة لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول ابي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الارض يلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يكن فيها الشفعة في قول ابي حنيفة بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع والمشتري تجب فيه الشفعة للشفيع سواء نقض البيع او تم وان اسلم المرتد البائع قبل ان يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد ما لحق بدار الحرب واذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها او قتل في ردته او مات او لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لا تورث ولو كانت امراة مرتدة وجبت لها الشفعة فلحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها والشفعة لا تورث ولو كانت اموا من حيث انه يستحق نفسها بالالحاق حتى تسترق وان كانت لا تقتل وان كان المرتد بايع الدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم اسلمت او ماتت وان كان الشفيع مرتدا او مرتدة فسلم الشفعة جاز اما في المرتدة فظاهر وفي المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان اسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث وانما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب اخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا ان يسلم لان هذا منه على الردة الا ان يقضي له بالشفعة وليس للامام ان يقره على الردة في شيء من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه ما لم يسلم فان ابطل القاضي شفعته ثم اسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه الاضرار به وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك كتسليمه بنفسه او اقوى منه وان وقفه القاضي حتى ينظر ثم اسلم فهو على شفعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا اسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى ان اسلم فلا شفعة له لترك طلب المواثبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى ان من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن اسلم من اولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا ان الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب دار فيها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتد دارا من مسلم او ذمي بخمر فشراؤه باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده والمرتد غير مقر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستامن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستامن من دار الحرب او لحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه امين فيها والامين لا يكون خصما لمن يدعي حقا في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعي رقبتها واذا اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدارهم ثم اسلم اهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على مال المسلم في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه اولى ان يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستامن فلحق بدار الحرب بطلت شفعته لان لحوقه بدار الحرب كموته فمن هو من اهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ودعوته تبطل شفعته علم بالشراء او لم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق المتاكدة ما هو اقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول على الدار ولو استولى على ملك الحربي بطل به ملكه فلان يبطل به حقه اولى واذا اشترى الحربي المستامن دارا وشفيعها حربي مستامن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام والدار في دار الاسلام وان كان المشتري مع الشفيع في دار الحرب فان كان الشفيع مسلما او ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفعته اذا علم لان المسلم والذمي من اهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا يبطل شفعته اذا لم يكن عالما بها فان دخل

وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا لدخوله دار الحرب ثم اذا طلب الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب او الى غيرها فهو على شفعته اذا كان بعد طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل فان كان المشتري اجل مدة معلومة فهو على شفعته عندهما جميعا لان عند محمد رحمه الله بمضي شهر انما يبطل شفعته لدفع الضرر عن المشتري فاذا كان هو الذي اجل فقد رضي بهذا الضرر واذا كان الشفيع حربيا مستامنا فوكل بطلبها الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كالموت بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما او ذميا فوكل مستامنا من اهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته كالشفيع على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه

باب الشفعة في الصلح

واذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث او غيره فصالحه بعض اهل الدار على صلح على ان جعل ذلك له خاصة بطلت بقية اهل الدار الشفعة فان كان الصلح على اقرار ظهر الشفعة في ذلك لان المعطي للمال متملك في نصيب المدعي بما اعطى من العوضين فهو كالو ملكه بالشرا فتجب الشفعة فيه للشركا وان كان الصلح على الانكار فلا شفعة فيه لان في زعم المعطي للمال انه رشاه ليدفع عنه اذاه وانه لو يملك عليه شيا من الدار بهذا الصلح وانما في زعمه يبتني الحكم على زعمه وهو باقدامه على الصلح لا يصير مقرا بثبوت عليه شيا الملك للمدعي في المدعا ولو صالحه بغير اقرار ثم اقام المصالح بينته على دعوى الذي صالحه فاذا اقامها كالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيا خذ المعطي للمال نصيب المدعي ويكون للشركا ان طلبوا حصتهم من الشفعة وهذا لان المعطي للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعي متمكنا من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطي للمال متمكن من ذلك ايضا ولو صالحه على سكنى دار له اخرى سنين مسمى لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار مملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشرا لا يستحق بالشفعة فبلفظ الصلح اولى وهذا لما بينا ان الشفعة لا تجب الا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلق واذا ادعى حقا في دار فصالحه على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي انه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه في الدار الاخرى بالصلح والصلح على الانكار مبني على زعم المدعي في حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه في الدار الاخرى والقول فيه قول المصالح الذي اخذ الدار بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعى دينا او وديعة او جراحة خطا فصالحه على دار او حايط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البنا على زعم المدعي واذا صالح من سكنى دار اوصى له بها او خدمة عبد على بيت فلا شفعة فيه لان اصل المدعى لم يكن مالا فهو كالو صالح على القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على ان يضع جذوعه على حايطه او يكون له موضعها ابدا او وقتا معلومة ففي القياس هذا جايز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا كان او منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس بعين الحايط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحايط يختلف باختلاف الجذوع في الغلظ والدقة ثم هذه المنفعة لا تستحق بالشفعة بالاجارة فان استيجار الحايط مدة معلومة او ابدا لوضع الجذوع عليه لا يجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه ارايت لو صالحه على ان يضع عليها هوادي او على ان يضع جذعا له في حائط الا ان يكون فيه الشفعة لا شفعة في شي من ذلك وكذلك لو صالحه على ان يصرف سيل مائه الى داره لم يكن لجار الدار ان ياخذ سيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بهذا الصلح شيا من العين وانما ثبت له حق تسييل الما في ملكه وذلك لا يستحق بالعقد مقصودا ولهذا لا يجوز استيجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفي الكتاب اشار الى حرف اخر فقال الا ترى ان المسيل لا يحول عن حاله ولو اخذها الشفيع بالشفعة لم ينتفع به شيا لانه لا يستطيع ان يسيل فيه ماداره فانه لا يسيل فيه الا من حيث وجب اول مرة وقد كان ينبغي في القياس ان ياخذ بالشفعة ولكنا تركنا القياس وابطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف في دار كان للجار الملاصق ان ياخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الما لان عين الطريق مملوك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون بوضع الجذع في الحائط والهوادي ومسيل الما والقياس في الكل سوا وعلى معنى الاستحسان تقاد وضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل الف درهم فصالحه منها على دار بعينها لاقرار او لانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شي فيرد الدار عليه بحكم او بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له بالشفعة بالصلح قد ابطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا يتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على ان البيع كان تلجية بينهما او رهنا بمال وقد علم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله ان ياخذها ولا يصدقا على ابطال حقه الاعلى قول زفر وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله فاصله فيما لو تصادقا

فان البيع

فان البيع كان تلجية او عاد الى البايع بفسخ البيع ووجه قول زفر انهما ينكران وجوب الشفعة للشفيع وانما استحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا انكراه كان القول في ذلك قولهما كما لو انكرا البيع ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر والرواية الظاهر على وجه لا يملكان ابطاله فتصادقهما فيكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال الذي ادعا ثم تصادقا على انه لم يكن له عليه شي لم يرد الدار الى البايع ولكن المشتري يضمن له الثمن لان البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة بخلاف الصلح الا انه كان يقع المقاصة به فاذا تصادقا على ان لا دين لم تقع المقاصة فبقي الثمن للبايع على المشتري والشفيع على شفعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الاول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفعته فهنا اولى

باب شفعة اللقيط

وليس للملتقط ان يطالب بشفعة واجبة للقيط لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وليس له عليه ولاية الشرا الا ان يكون القاضي جعله فيما له في البيع والشرا فيكون بمنزلة الوصي حينئذ في طلب الشفعة لليتيم وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شرى الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما ادى فيه من مال الملتقط فان ادرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا ان يكون شفيعها بدار اخرى له فيا خذها بالشفعة حينئذ فان كان الملتقط اشترى الدار بعين من اعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على الملتقط في الحايط المايل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان اشهد على اللقيط بعد ما ادرك فلم يهدمه حتى سقط واصاب انسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلته بيت المال كما في جنايته بيده وان لم يسقط حتى اخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على احد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان اخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل في النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله اعلم

باب الشفعة في البنا وغيره

واذا اشترى الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري فقال المشتري احدثت فيها هذا البنا وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري لانكاره الشرا في البنا ولو انكر الشرا في اصل الدار كان القول قوله فكذلك في البنا وان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع لانه يثبت حقه في البنا بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشرا ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البنا وذلك الغائب منه يشهد وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشتري اذا كان محتملا حتى اذا قال احدثت فيها هذه الاشجار امس لم يصدق على ذلك لان كل احد يعلم انه كذب فيما يقول وكذلك فيما اشبهه من البنا وغيره وان قال اشتريتها منك عشر سنين واحدثت هذا فالقول قوله لان خبره يحتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم انه احدثه ولا قول للبايع في شي من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق باجنبي اخر وان قال المشتري اشتريت البنا بخمسمائة ثم اشتريت بعد ذلك الارض بخمسمائة او قال اشتريت الارض بغير بنا بخمسمائة ثم اشتريت البنا بعد ذلك فلا شفعة لك في البنا وقال الشفيع اشتريتهما معا ففي القياس القول قول المشتري لانه ينكر ثبوت حق الشفيع في البنا الا ترى انه لو قال وهب لي البنا واشتريت الارض كان القول في ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشتري اقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في الارض والبنا وهو الشرا ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البنا وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله في ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبايع في شي من ذلك فاما في الهبة فهو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في البنا بل الشفيع يدعي ذلك وهو منكر فالقول قوله وياخذ الشفيع الارض بغير بنا وان قال البايع لم اهب لك البنا فالقول قوله مع يمينه وياخذ بناه وان كان قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان اقاما جميعا البينة ففي قول ابي يوسف البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات شي خلاف الظاهر وعند محمد البينة بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولا يجعله كان الارض كانا ادلا اتفاق بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل على عكس ذلك كان للشفيع ان ياخذ الكل بالشفعة وكذلك هنا وان ادعى المشتري انه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع انه

اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لانكاره تفريق الصفقة وانكاره ما ادعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له في النصف دون النصف فان قال المشتري وهب لي هذا البيت بطريقه الى باب الدار وباعني ما بقي من الدار بالف درهم وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها بالف درهم فالقول قول المشتري في البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقه ان شاء لان المشتري اقر بوجود السبب الموجب لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الطريق فلا يثبت ما ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع ان يأخذ ما سوى البيت وان جحد البايع هبة البيت فالقول قوله مع يمينه وان اقر بها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان على ابطال شفعة الشفيع في باقي الدار لان شركته في الطريق سابقا على الشرا لا يظهر بقولهما في حق الشفيع الا ان تقوم البينة على الهبة قبل الشرا فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو اولى بالدار من الجار ولو ادعى الشفيع ان المشتري هدم طايفة من بناء الدار وكذبه المشتري فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي سببا مسقطا لبعض الثمن عنه وان اقام البينة بعد احتراق الدار والمشتري منكر لذلك فالبينة بينة الشفيع لانه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه   رجل اقام البينة انه اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم واقام الاخر البينة انه اشترى منه هذا البيت بطريقه بماية درهم منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشرا حادث وانما يحال بحدوثه على اقرب الاوقات ما لم يتضح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقي من الدار لان شركته في الطريق ثبت قبل ثبوت شرى الاخر فيما بقي من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفين لاستوا الدعوى والحجة منهما في البيت وقضيت ببقية الدار للذي اقام البينة على انه اشترى كلها لانه اثبت شراه بالبينة ولا مزاحمة له في بقية الدار ولا شفعة لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شرا احدهما وكلا الامرين ظهر ولا يعرف تاريخ بينهما فيجعل كانهما معا ولو كانت الدارين فاقام رجل البينة انه اشترى احديهما منذ شهر بالف درهم واقام البينة الاخر انه اشترى الاخرى منذ شهرين قضيت له بشرا هذه الدار منذ شهرين كما وقت شهوده وجعلت له الشفعة في الدار الاخرى لانه يثبت جواره سابقا على شرى الدار الاخرى ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم اقض بالشفعة له لانه لما لم يثبت تاريخ في الشرائين يجعل كانهما وقعا معا وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض الاخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شرا الاخر حادث فانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقتة فالهبة مع القبض في افادة الملك كالشرا واذا كان درب غير نافذ فيه دور لقوم فباع رجل من ارباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى لا طريق له في الدار فلاصحاب الدرب ان يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باعها المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت في الدرب كالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع اصحاب الدرب وانما الشفعة في البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريقها ظهر الشفعة لقيام شركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشتري فلا شفعة فيها الا للمجاورها لانقطاع الشركة في الطريق عند البيع الثاني واذا كان الدرب غير نافذ وفي اقصاه مسجد خطة وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد وجانبه الاخر الى الطريق الاعظم فباع رجل من اهل الدرب دارا فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ الا ترى ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب فهم وان اهل الطريق الاعظم لو ارادوا ان يكون لهذا المسجد باب الى الطريق الاعظم لدخول الصلوة كان لهم ذلك اذا لم يتضرر بذلك اهل الدرب ولهم ان يدخلوا في ذلك الدرب ليصلوا في المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الاعظم فعرفنا انه بمنزلة الطريق النافذ فلا يستحق الشفعة الا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التي في اقصاها الوادي ببخارا ولو كان حول المسجد دور حول بينه وبين الطريق الاعظم لكان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الان ليس بطريق نافذ الا ترى انه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطريق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا الى الطريق الاعظم وفي الموضعين جميعا جعل المسجد بمنزلة ما لو كان في اقصى الدرب نهر نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفنا الى دور قوم لم يكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب اخر منها الى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب الا بالجوار وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فاهل الدرب شفعا بالشركة في الطريق لان الطريق الذي هو خاصة ملك لهم وان ارادوا شده لم يكن لاحد ان يمنعهم من ذلك وفي الاول الطريق للعامة ولو اراد اهل الدرب شده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق واذا

درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى اهل الدرب من رجل من اهله دارا وطريقها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وحولوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا او جعلوا ثم باع رجل من اهل الدرب بابه داره فلاهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بنا هذا المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطة فان ذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهنا لان صاحب هذا الموضع قبل بنا المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبنا المسجد لا يغير ما كان من الحق في الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطة   واذا اشترى دارا وهو شفيعها ولها شفيع اخر غايب ثم ان المشتري تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي منها ثم قدم الشفيع الغايب فطلب الشفعة فانه ينقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الاول لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفيع معه فانما ياخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقي للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع احدهما منها موضعا مقسوما او وهب لم يجز ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمين وربما يتفرق نصيبه في موضعين وان لم يخاصم حتى باع ما بقي من الدار من المشتري الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعهما صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حايط على ان يقلعه ويسلمه كان البيع باطلا لما على البايع من الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك هنا البيع الاول في المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقي من المشتري الاول فقد زال المعنى واذا كان دار الى جنبها دار فتصدق بالحايط الذي يلي داره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحايط الموهوب حايل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حايطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل بالمبيع اتصال تاسيد فموضع الحايط من الارض داخل في البيع واذا كان منزل لرجل في دار والى جنبه في تلك الدار منزل اخر لرجل اخر وحايط المنزلين بين الرجلين نصفين وفي الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار في درب غير نافذ وفي الدرب دور اخر غير هذه الدار فباع رب احد المنزلين منزله فالشريك في الحايط احق بالشفعة في جميع المنزل لان شركته اعم فهو شريك في نفس المبيع لان حصة البايع من الحايط داخل في البيع   وعن زفر رحمه الله قال هو احق بالشفعة في الحايط خاصة فاما فيما سوى ذلك من المنزل هو واهل الدار سوا وهكذا روي عن ابي يوسف لان شركته في موضع معين وليس بشايع في جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة الا ترى انه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار اخرى كان شركته في تلك الدار خاصة دون الاخرى وجه ظاهر الرواية ان الشركة في الحايط اظهر من الشركة في الطريق فاذا كان بالشركة في الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في الحايط اولى وهذا لان الحايط من مرافق جميع بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم هو الشفعة فالشركا في الطريق الذي في الدار احق لشركتهم في صحن الدار لان نصيب البايع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركا في الطريق الذي في الدرب احق لوجود الشركة منهم في طريق خاص في درب غير نافذ فان سلموا فالجيران الملاصقون للدار التي في هذا المنزل فيه شركا في شفعة هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سوا لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع بحصة البايع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال في طريق واحد يكون الجوار لهذا استووا في استحقاق الشفعة   وقال ابو حنيفة رحمه الله في السكة التي ليس لها منفذ باع رجل منهم دارا فهم جميعا شفعا فيها للشركة في الطريق فان كان زقاقا فيه عطف مدور وكذلك ايضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيها دارا فالشفعة لاصحاب العطف دون اصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون اصحاب السكة وفي العطف المدور حقهم جميعا في ذلك العطف ثابت ولان المربع من العطف بمنزلة سكة في سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة القصوى فاصحاب تلك السكة احق بالشفعة من اصحاب السكة الاولى وان بيعت دار في السكة الاولى كانت الشفعة لاصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة منهم في طريق السكة الاولى واختصاص اصحاب السكة القصوى بالطريق في السكة القصوى كما اذا اقر البايع ببيع داره من هذا الرجل وانه قد قبض منه ثمنها او لم يقبض الثمن فللشفيع ان ياخذها بالشفعة من البايع لاقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعتها منه وسلمتها اليه ثم اودعنيها فللشفيع ان ياخذها بالشفعة لانه اقر بثبوت حق الشفيع وانه كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرجه من الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع ان ياخذها وان جحد المشتري الشرا او اقر انه باعها من رجل غايب بالف درهم فلا خصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما اقر له به والدار وان كانت في يد البايع فهي مملوكة للمشتري فلا ياخذها الشفيع الا بمحضر منهما   رجل ادعى انه باع من هذا

الأرض خمسين جريبا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها إلى القاضي فأبطل شفعته لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشتري في مقدار المبيع
وقضى القاضي بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفعته قال إن وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وإن وقع على أكثر منه فله
الشفعة لأن تسليمه شفعة خمسين جريبا بالثمن الذي بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما في أكثر من ذلك فقد يرغب الإنسان
في الأخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة ، وإذا اشترى قوم أرضا فاقتسموها دورا وتركوا منها سكة ممتدة وهي سكة ممتدة وإن
عزلوا منه فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء في شفعتها للشركة الخاصة بينهم في الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كان داره أسفل من
الدار المبيعة أو أعلى في الشفعة هنا سواء لأن شركتهم في الطريق من أول السكة إلى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشيء
من السكة فلهذا كانوا في الشفعة سواء وكذلك إن كانوا تركوا الدور عن أبوابهم كذلك ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والأول سواء
لأنهم شركاء في الفناء وهو الطريق الذي في السكة فيستوون في استحقاق الشفعة قال في الكتاب والشريك في الفناء أحق من الجار فإن كان
مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وإن كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من
الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة ، رجل باع دارا وهي للشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم أن حدها إلى موضع
كذا أو ظن أنها أبعد أو أقرب ويدعي شفعته حين علم فلا شفعة علم أو لم يعلم لأنه أسقط حقه بعد الوجوب وجهله بوجوب حقه لا يمنع
صحة تسليمه كجهله بمقدار حقه أولى ، رجل أقام البينة أنه اشترى من رجل كل حق هو له في هذه الدار فإن كان المشتري يعلم كم نصيب
البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم إلا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلما جميعا كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع
أو لم يعلم إلا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلما جميعا كم نصيب البائع لا يجوز البيع لأن البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار
نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشتري وفي ظاهر الرواية قال المشتري يتملك بالشراء فلا بد من أن يعلم مقدار ما يتملكه لأنه
يحتاج إلى القبض فأما إذا لم يكن معلوما لا يتمكن من القبض فأما البائع إنما يتملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضره
جهله بمقدار نصيبه ألا ترى أن عدم الرؤية من المشتري يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وإن لم يعلم المشتري كم نصيب البائع
وعلم البائع فكذلك ولو لم يعلما فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله جائز في قول أبي يوسف والمشتري بالخيار إذا علم وقول محمد مضطرب
فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة وجه قول أبي يوسف أن انعقاد البيع بكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن
نصيب البائع من الدار مال متقوم قل أو كثر فيجوز البيع ، يوضحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر في الصفة من حيث السعة والضيق والجهل
بأوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشتري إذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة ووجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تفضي إلى
تمكن المنازعة بينهما أما في الحال أن احتاج المشتري إلى قبض المبيع أو في ثاني الحال أن تقابلا البيع أو رده بالعيب أو أخذ الشفيع والجهالة في المعقود
عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمكن المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع ، وإذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردها بخيار
الرؤية وخيار العيب على من أخذها منه وإن كان المشتري قد رآها وبرئ من عيوبها عند الشرى لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشتري
لم يكن نائبا عن الشفيع في رؤيته ورضاه بالعيب لا يعتبر في حق الشفيع ، وإذا بنى الشفيع في الدار ثم استحقت رجع الشفيع بالثمن على من
كانت عهدته عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشتري إذا بنى ثم استحقت الدار ونقض بناؤه فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع لأن المشتري مغرور
فالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة عن عيب الاستحقاق فإذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فأما
الشفيع لم يصر مغرورا من جهة أحد لأنه أجبر المأخوذ منه على تسليم الدار إليه فلا يصير مغرورا ، يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع
مسلط للمشتري على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها إليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم
بناءه وينقله إلى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور
ومثله الجارية المأسورة إذا وقعت في سهم رجل فأخذها بالقيمة مولاها واستولدها ثم أقام رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر
ردت عليه لأن المدبر لا يملك بالإحراز ويقبض المولى عقرها وقيمة الولد لأنه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقعت في سهمه بالقيمة
التي أعطاها إياه ولم يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لأنه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من وقعت في سهمه مجبرا من بيت المال لأن
نصيبه من القيمة استحق فيثبت له الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليهم لتفرقهم فيعوض إليه من بيت المال لأنه لو تعذر قسمة شيء من الغنائم
كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك إذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لأن الغنم مقابل بالغرم وإن لم يشهد شهود المدعي
بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لأن المشركين ملكوها بالإحراز فقد ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة إلى الذي بمنزلة البيع المبتدأ

فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها بخلاف المدبر فإنها لا تملك بالإحراز لثبوت حق العتق لها
بالتدبير والله أعلم بالصواب ،

كتاب القسمة

قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء القسمة من الحقوق
اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر
من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين أصحابه رضوان الله عليهم وقسمة المواريث وعلى ذلك الناس تعاملوها من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وإنما تجب عند طلب بعض الشركاء لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه ،
فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك وفي القسمة ،
شيئان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهي تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات
ولهذا ينفرد بعض الشركاء به حتى إن المكيل أو الموزون من جنس واحد إذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك
مقدار نصيبه ويبيع ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز
فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فإنها تمس عند اتحاد الجنس وتفاوت المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها
عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما نصفه مما كان مملوكا له ونصفه عوضا عما أخذ صاحبه من
نصيبه ولهذا لا ينفرد أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما مرابحة إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث بشير بن يسار عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر سهما للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما
لأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ست حصون الشق والنطاة والكتيبة والسلالم والقموص
والوطيح إلا أن الأموال والمزارع كانت في ثلاث حصون منها الشق والنطاة والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وبعضها
صلحا على ما روي أن كنانة بن أبي الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما أصح منها صلحا كان لرسول
الله صلى الله عليه وسلم خالصا لأنهم إنما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله تعالى رسوله بالنصر بإلقاء الرعب في قلوب
أعدائه قال عليه السلام نصرت بالرعب مسيرة شهر وإلى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم إلى قوله
ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الحصة مع الخمس في الشطر وقسم الشطر بين الغانمين وقد فسر
ذلك محمد بن إسحق والكلبي رحمهما الله على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال
ألفا وأربعمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل وكان علي رضي الله عنه على مائة وكان عبيدة السهام رضي الله عنه على مائة
وكان عاصم بن عدي رضي الله عنه على مائة وكان سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عاصم بن عدي وكانت المقاسم في الشق والنطاة
فكانت الشق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعطاياه
وكان أول سهم خرج من الشق سهم عاصم رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث إلى آخره فهذا الحديث تبيين معنى
الحديث الأول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفي الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الغانمين أنه قسم
على ثمانية عشر سهما وفيه دليل على أن الإمام في المغانم له أن يقسم قسمين قسمة على أصحاب العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على
الرؤوس الذين هم تحت كل راية وإنما يفعل ذلك لأن اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فإنه لو قسم ابتداء على الرؤوس ربما يتعذر عليه
اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم عاصم بن عدي فقيل إنه
تواضع بذلك وقيل إنما فعل ذلك لأنه ما كان يساوي اسمه اسم في المزاحمة عند خروج القرعة ولهذا أخرج سهم عاصم بن عدي رضي الله
عنه أولا لأن فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا رحمهم الله أن العرافة مذمومة في الجملة فتحرز
من ذلك فإن في الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة ألا ترى أنه اختار لذلك من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن
بن عوف رضي الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لأنه قال وكانت الرجال ألفا
وأربعمائة والخيل مائتي فرس عرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمين ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول المراد
بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال أغارت الخيل وقال الله تعالى وأجلب عليهم ،

بخيلك ورجلك اي بفرسانك ورجالتك فبهذا تبين ان الرجال كانوا الفا وستمائة وانه اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل
انه لا باس باستعمال القرعة في القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه عليه السلام عن القمار فدل ان
استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله انه لم يكن ياخذ على القضاء رزقا ففيه دليل ان من ابتلي بالقضا وكان صاحب يسار فا
لاولى له ان يحتسب ولا ياخذ كفايته من بيت المال وان كان لو اخذ جاز له وبيانه فيما روي عن عمر رضي الله عنه قال لما احب الى ان
ياخذ قاضي المسلمين اجرا ولا الذي على المغانم ولا الذي على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستيجار على القضا لا يجوز ولا يستوجب
ان لا ياخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام في هذا الفصل فيما امليناه من شرح ادب القاضي والذي
على المغانم حفظها والذي على المقاسم من وجه كالقاضي لانه عامل للمسلمين بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استيجاره على ذلك اذا لم يكن له فيه
نصيبا وتاويل الحديث اذا لم يكن له نصيب في ذلك فاستيجار احد الشركا على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استيجار القاضي
على القضا وذكر عن يحيى بن جزار ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعلي رضي الله عنه الدور والارضين وياخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوايد
هذا الحديث في ادب القاضي وجواز الاستيجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضا وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا
الى اليمن فاتي بركاز فاخذ منه الخمس وترك اربعة اخماسه للواجد واتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابني فاقرع بينهم وقضى بالغلام
للذي خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوي فسالت عامرا هل رفع عنه حصته فقال لا ادري اما حكم الخمس في الركاز
فقد بيناه في كتاب الزكوة واما حكم القرعة فالشافعي يستدل بظاهر هذا الحديث في المصير الى القرعة في دعوى النسب عند
الاشتباه ولسنا ناخذ بذلك فلم يبلغنا ان مثل هذا كان بعد حرمة القمار وقبله فانه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرضي به او لم يعرض له ثم بعد القضا له بحجة اثباتها وكان استعمالها القرعة لتطييب القلوب وانما رجحه في القضا لترجحه في حجة من
بيد او غيره وقوله فقضى للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لا لان الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب
الطيلسان وما ذكر في آخره من انه جعل الدية عليه لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحر لا يتقوم بالدية وان كان هذا الغلام مملوكا
لهم او من جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم انه ابنه يوجب حريته نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما اشكل على السايل
حيث قال هل رفع عنه حصته فان الدية اسم لجميع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة للذي خرج فلا بد من ان يرفع حصته في الموضع الذي
يجب كاحد الشركا في العبد اذا اعتقه الا ان عامرا لم يكن عارفا ولم يرد على ما سمع فقال لا ادري وكانه لم يتكلف لذلك لعلمه ان هذا
ليس بحكم ماخوذ به ولهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن اسمعيل بن ابراهيم قال خاصمت اخي الى الشعبي رحمه
الله في دار صغيرة اربد قسمتها وابى اخي ذلك فقال الشعبي لو كانت مثل هذه تخاطيبه مقدار اجر قسمتها بينكم فقال خطها على اربع
قطع وفيه دليل على ان القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركا وان ابى ذلك بعضهم لان الذي طلب القسمة يتظلم من صاحبه وانه يمنع
ملكه ولا يصنعه في الانتفاع والذي يابى متعنت وانما ينبغي للقاضي قضاه على الناس للمتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت وهذا الا
الى القسمة فيما لا يحتمل عند طلب بعض الشركا لان الطالب هنا متعنت فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة
واما قول الشعبي في مقدار اجره خطها على الارض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في رد الذي يابى القسمة منهما فيما
يحتمل الا الى مقدار الاجر محتمل القسمة وهو نظير قوله عليه السلام من بنى مسجدا لله ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون
كمفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان المثل وقال ابو حنيفة رحمه الله اجرة القسام اذا استاجره الشركا للقسمة بينهم على عدد
الروس لا على مقدار الانصبا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصبا ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره
وهو رواية عن ابي حنيفة وجه قولهما ان هذه مونة تلحق الشركا بسبب الملك فيكون بينهم على قدر الملك كالنفقة واجرة الكيال والوزان
اذا اختاروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب
صاحب الكثير اكثر من منفعة صاحب القليل ولانا لو جعلنا بمقابلة الغنم ثم الغنم بين الشركا على قدر الملك يعني الثمار والاولاد فكذلك
الغرم عليهم بقدر الملك ولابي حنيفة ان عمله لهم سوا وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الاجر عليهم بالسوية كما اذا استوت الانصبا
وبيان الوصف ان القسام لا يستحق بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود فانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال
الاجر اذا قام بنفسه فعرفنا انه يستوجب الاجر بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم في ذلك فكما تميز نصيب صاحب
القليل اكثر فالحساب لا يدق اذا استوت الانصبا وانما يدق عند تفاوت الانصبا وزيادة دقته بعمل بعض الانصبا فلعل تمييز نصيب
صاحب القليل اشق من تمييز نصيب صاحب الكثير لكن لا يعتبر ذلك لان التمييز يحصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سوا بخلاف الزوايد

نافها

فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة صاحب الكثير الى ذلك اكثر من حاجة صاحب
القليل كما لا معنى لما قالا لان منفعة صاحب الكثير هنا اكثر لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب القسام الاجر فاما اجرة الكيال
والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو على الخلاف فان الكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح ان ابا حنيفة
رحمه الله يفرق بينهما فيقول هناك يستوجب الاجر بعمله في الكيل والوزن الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركا لم يستوجب الاجر
وعمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون اكثر من كيل عشرة اقفزة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك
بخلاف القسام ثم ذكر ان الاولى ان يجعل القاضي لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا ياخذ من الناس شيا وان لم يجعل له رزقا فيقسم
بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضا فالقضا فرض وهو عبادة والقاضي في ذلك نايب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و
القسمة ليست من ذلك في شي ولكنها تتصل بالقضا لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نايب عن القاضي
فالاولى ان يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضا في شي يجوز له اخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضي
في ذلك وقد قررنا هذا في ادب القاضي وكذلك ما ذكر بعده من حديث شريح رحمه الله وما لي لا ارزق استوفي منهم واستوفيهم اصبر (داويهم)
لهم نفسي في المجلس واعدل بينهم في القضا فقد بينا ان شريحا كان ياخذ كفايته من بيت المال على ما روي ان عمر رضي الله عنه كان يرزقه مائة
درهم كل شهر على القضا فزاده علي رضي الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعلت له في كل شهر خمسمائة درهم ولعله عاينه بعض اصدقائه على
اخذ الاجر وقال له لو احتسبت فقال له شريح في جوابه ما قاله ومراده اي فرغت نفسي عن اشتغالي لعمل المسلمين فاخذ كفايتي من
مال المسلمين وكانه بهذا الكلام اشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعاملين عليها فانهم لما فرغوا انفسهم
لعمل الفقرا استحقوا الكفاية في مال الفقرا وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سافر اقرع بين نسايه
قالت عايشة فاصابتني القرعة في السفرة التي اصابني فيها ما اصابني يريد حديث الافك واعلم ان المراة لا حق لها في القسم عند سفر الزوج
فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يسافر بواحدة منهن وان يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن
فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عندنا للعلما اجمع رحمهم الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج اربع نسوة فله ان يقرع بينهن للبداية
بالقسم لان له ان يبدا بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وانما اورد هذا الحديث للحكم المذكور بعده
انه لا باس للقسام ان يستعمل القرعة في القسمة بين الشركا قاسم القاضي وغيره في ذلك سوا وهذا استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم
لانه في معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماونا رحمهم الله استعمال القرعة في دعوى النسب
ودعوى الملك وتعيين المستحق ثم هذا في معنى الاستقسام بالازلام الذي بيناه اهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على انه
رجس وفسق ولكنا تركنا هذا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم هذا
ليس في معنى القمار اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا الموضع اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم
القاسم لو قال عدلت انا في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة ل
لتطييب قلوب الشركا ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب
السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه عليه السلام علم انه المقصود ولكن لو القى نفسه في الما ربما نسب
الى ما لا يليق بالانبيا عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه
وقد كان علم انه احق بها منهم لان خالتها كانت تحته ولكنه استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم
ثم ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة او نايبه فليس لبعض الشركا ان يابى ذلك بعد خروج بعض السهام وكان له ذلك الا اذا اخرج
السهام كلها الا واحدا لان التمييز هنا بعمل القاضي عليهم فلكل واحد منهم ان يرجع قبل ان يتم وخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا
كالرجوع عن الايجاب قبل قبول المشتري فاما اذا اخرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج او لم
يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضها بفضل قيمة البنا والموضع فهو جايز لانه تعيين
فالقسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتاتى ذلك في الذرع والبنا يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة يكون افضل قيمة
من البعض واكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه ما لا يرغب في موخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض
في المساحة وان اقتسموا الارض والبنا فيه بقيمة عدل فهو جائز عندنا للتراضي لا يشكل وكذلك اذا قضى القاضي به لان المعادلة في الارض
باعتبار المساحة تتيسر وقد يتعذر ذلك في البنا لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البنا بالتقويم تكون اعدل واذا

جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وان كان البنا حين اقتسموا الارض غير معروف القيمة فهذا في القياس لا يجوز لان
البنا والارض تتناولهما قسمة واحدة واذا لم يعلم قيمة البنا فقد تعذر تصحيح القسمة في البنا للجهالة فلا تصح القسمة في الارض ايضا كما هو
الاصل في العقد الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين احدهما انهم ميزوا البنا
عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما في طريق القسمة فاعتبروا في الارض المعادلة في المساحة وفي البنا المعادلة في القيمة فصار
بمنزلة ارضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفي ذلك يتصحح القسمة في احديهما قبل ظهور المساحة في الاخرى فكذلك هنا يجوز
القسمة في الارض قبل ان تظهر قيمة البنا والثاني ان حكم القسمة في الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمة فيها على معرفة
قيمة البنا وقسمتها بالقيمة فلا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة في الكل ومعرفة كل واحد من الشركا نصيبه وانما يعتبر حال تمام
العقد فاذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتدا كما لو اشترى احد الثياب الثلاثة على انه بالخيار ياخذ ايها شا وسمى لكل
واحد ثمنا واذا كان الدار في يد قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وارادوا قسمتها فان فعلوا ذلك عن تراض منهم لم
يمنعهم القاضي من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما في ايديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا في ذلك ببيع او هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة
وان سالوا القاضي ان يقسمها بينهم كان ابو حنيفة قال القاضي لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى يقيموا البينة على اصل الميراث وقال
ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد انه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن في يده شي فقوله
مقبول فيه ما لم يحضر خصم ينازعه في ذلك وليس هنا خصم ينازعهم في ذلك فلا حاجة بهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان
الملك ثابتا لهم بقولهم فانما سالوا القاضي ان يقسم بينهم ملكهم فعليه ان يجيبهم الى ذلك كما لو ادعوا ان الدار المملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا
ولا غيره وسالوه قسمتها بينهم قسمها القاضي بطلبهم واشهد انه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منهم للغايب حتى يكون على دعواه
لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت في ايديهم عروض او منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم فطلبوا منه قسمتها
قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك في العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول
وكذلك لو كان في ايديهم دار فاقروا انها دار اشتروها من فلان الغايب وسالوا القاضي قسمتها اجابهم القاضي الى ذلك فهذا النظير
فكذلك في الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم في الموضعين اقروا باصل الملك لغيرهم ثم اخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا
جاز له ان يعتمد قولهم في الشرا فكذلك في الميراث ولابي حنيفة طريقان احدهما ان قضا القاضي هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا
عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضا على الميت وبيانه من وجهين احدهما ان التركة
قبل القسمة مبقاه على ملك الميت بدليل ان حقه فيها يحدث بعد ذلك من الزوايد فكان فيه قضا على الميت يقطع حقه والثاني ان القا[ضي]
يثبت له الولاية على الميت في تركته فيما يرجع الى النظر وتنفيذ تصرفه عليه اذا كان فيه نظرا للميت فهم يجوزون القاضي بثبوت ولايته على
الميت ليلزم الميت قضاه فيما يرجع الى النظر وذلك ما في ايديهم فلا يكون قولهم حجة في ذلك فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه
البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضي في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لا
يلزمه الا بلزوم الميت شيا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك في القسمة من وجهين احدهما ان العروض يخشى عليها التوى والتلف وفي
القسمة تحصين وحفظ لها فاما العقار فمحصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففي القسمة قضا على الميت بقطع حقه عنها والثاني ان العروض
مما يحوزه كل واحد منهم بالقسمة يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد في
العقار فانها لا تصير مضمونة على من اثبت يده فيها عند ابي حنيفة وهذا بخلاف ما اذا ادعوا انها مملوكة لهم لان القضا بالقسمة هنا
يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذ لم يثبت فيها اصل الملك لغيرهم فاما في الشرا فقد روى عن ابي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا [يقسم]
بينهم وسوى بين الشرا والميراث ولكن هذا الطريق مسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاه بالقسمة في المشتراه لا يتضمن قطع حق البايع
لان بعد البيع والتسليم لا يبقى للبايع على ملكنا البايع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغايب بالتصرف في ماله بعد
ما احرزوا القاضي ثبوت ولايته على البايع الغايب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الاخرى لابي حنيفة انه لا يتمكن من القضا بالقسمة
حتى يقضي بموت المورث وتعلق بموته احكام هي مقصوده مما في ايديهم من وقوع الفرقة بينه وبين زوجته وعتق امهات اولاده ومدبريه
وحلول اجاله وقولهم ليس بحجة في شي من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى يقيموا البينة عنده على الموت واصل الميراث بخلاف العروض
فالقسمة فيها للتحصين لا لتكميل الملك الا ترى ان القسمة في العروض تجري بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضا بموته وعلى هذا الطريق
ياخذ في مسالة السواد رواية النوادر لانه لا يتمكن من القضا بالقسمة حتى يقضي بالبيع وزوال ملك البايع وقولهم ليس بحجة عليه ولين سلمنا

فنقول

فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في ايديهم فيستقيم ان يجعل ذلك ثابتا في حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في
الورثة صغير او كبير غايب والدار في ايدي الكبار الحضور فكذلك الجواب عند ابي حنيفة لا يقسمها القاضي بينهم حتى يقيموا البينة
على اصول المواريث لانها لم تقسم في الفصل الاول مع ان الورثة كلهم كبار حضور ففي هذا الفصل اولى ان لا يقسم لان في قسمته قضا
على الغايب والصغير بقولهم وعلى قول ابي يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغايب والصغير ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور
وان الغايب والصغير على حجته كما في الفصل الاول لان الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس في هذه القسمة قضا على الصغير والغايب
باخراج شي من يدهما بل فيه نظر لهما ليظهر نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغايب والصغير فكان هذا محض نظر في حق
الغايب والصغير وللقاضي هذه الولاية وان كان شي من العقار في يدي الصغير او الغايب لم اقسمها باقرار الحضور حتى يقيموا البينة على
اصل الميراث لان في هذه القسمة قضا على الغايب بحضور امينه والصغير باخراج شي مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير اودع
ما كان في يده منها رجلا حين غاب لان المودع امين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغايب بحضور امينه فلهذا لا [يقسم]
حتى يقيموا البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولان الورثة خلفون الميت في الميراث
فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فيما خلفوا عن تركة هذا لان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي
البينة ولم يقسمها لمكان غايب او صغير ادى الى الضرر والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار في ايديهما
واقاما البينة على اصل الميراث فان القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغايب والصغير من يحفظه لانه يجعل احد الحاضرين خصما عن
الميت وعن الصغير والغايب والاخر خصما عن نفسه فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدعي ومدعى عليه فاذا كان الحاضر
واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما عن نفسه فليس هنا خصم عن الميت وعن الغايب وان
كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثاني ان
الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم في طلب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي اقسمها بيننا لكيلا ينتفع
بملكي غيري فاذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة يسال القاضي ان يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم
خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضي ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ثم وصي الصغير قايم مقام الصغير فكانه بالغ حاضر
فيقبل البينة حينيذ ويامر بالقسمة باعتبار انه يجعل احدهما مدعيا والاخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والاخر عن الميت والغا[يب]
وان كان العقار شرا بينهم وفيهم غايب لم اقسمها بينهم وان اقاموا البينة على الشرا حتى يحضر الغايب لان في الميراث انما قسمها عند
حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد في الشرا فقد كانوا حاضرين عند الشرا فيعتبر
اشتراط حضورهم عند القسمة ايضا ولان الحاضر من المشتري لا ينتصب خصما عن الغايب لان الثابت بالشرا لكل واحد منهم ملك جديد
بسبب باشره في نصيبه ولا يجوز القضا على الغايب بالبينة اذا لم يكن عنه خصم حاضر فاما في الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب
حادث وانما ينتقل اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا ثبت لهم حق الرد بالعيب على بايع المورث ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيمكن
ان يجعل بعضهم خصما عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث
وبعض الورثة غايب وبعضهم شاهد فاراد الموصى له بالثلث القسمة واقاموا البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك
لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصى له بذلك عليهم واذا قامت بينته قسمت الدار بينهم
على ذلك ولو ان بيتا في دار بين رجلين اراد احدهما قسمته وامتنع الاخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه
القاضي بينهما لان الطالب للقسمة منهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه فاذا قسم لم يتمكن
القاضي منهما لان الطالبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي الى ذلك
وكذلك لا يقسم الحايط والحمام بين رجلين لان في قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركا وفي
الحايط والحمام يفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه
القاضي بينهم لانه لا يشتغل بما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضي لم يمنعهم من ذلك لانهم لو هدموا اصل البناء الملك لم
يمنعهم من ذلك في الحكم فكذلك اذا تراضوا على القسمة فيما بينهم فان كان دار بين رجلين ولاحدهما فيه شقص قليل لا ينتفع به اذا
قسم فاراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان ابى ذلك صاحب القليل عندنا وقال ابن ابي ليلى لا يقسمها وكذلك ان كان سا[ير]
الشركا لا ينتفعون بانصبايهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا

كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن ابى ليلى لا يقسمها على بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان
المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر في القسم المعادلة بين الشركاء في المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد
القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة فهو قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه
القسمة ولنا ان الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضى فلا يتعنت لانه يطلب منه ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع
بملكه وهذا منه طلب للانصاف وعلى القاضى ان يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت في
طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد توضيحه ان بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه
لا للمعنى من جهة صاحب الاكثر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير فيصير هذا في حقه كما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة
سواء والحاكم رحمه الله في المختصر قال اذا كان الضرر على احدهما دون الاخر قسمها ايهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح انه انما يقسم
اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم وقال صاحب القليل رضى بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير
منتفع بالقسمة فيقسمها القاضى بينهم لهذا ولكن الاول ما ذكره الحاكم وقال صاحب القليل رضى بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير
منتفع بالقسمة فيقسمها القاضى بينهم لهذا ولكن الاول اصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف
من القاضى وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل الا ترى ان كل واحد منهما اذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه الا
بعد القسمة فطلبا جميعا القسمة من القاضى لم يقسمها القاضى بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والنساء والرجال
والحر والمملوك واهل الاسلام واهل الذمة في القسمة سواء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم
في ذلك سواء واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقيا بتركهما في البعض وهو موضع الطريق
يجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة ان ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع
الى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها وان كان نصيب احدهما اكثر من نصيب الاخر فينبغي ان يبين ذلك في كتاب القسمة
ويذكر فيه كيف الطريق بينهما لانه بقي في موضع الطريق ما كان لهما من الشركة في جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما
يحصل التوثق ان يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما اذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما في رقبة الطريق ويحتج على
ذلك بانه مساو في استعماله بالتطرق فيه وانما يكتبا الكتاب بينهما للتوثق فينبغي ان يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا
كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما
وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح فيما اصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فاراد ان
يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان قبل ذلك فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق هو له او لم يشترط ذلك
والقسمة في هذا خلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر المرافق والحقوق
لم يدخل والفرق ان المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشترى ان يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك
خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية الملك الا بذكر الحقوق والمرافق فاما المقصود بالقسمة تمييز احد الملكين من الاخر
وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل
لتمييز نصيب احدهما عن الاخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق ان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك
باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا انهما قصدا ذلك فاما في القسمة فالمقصود
التمييز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين انهما لم يقصدا التمييز وتمام التمييز في ان لا يبقى لاحدهما في نصيب الاخر طريق ولا
مسيل ماء فان ذكرا في كتاب القسمة ان لكل واحد منهما ما اصابه بكل حق هو له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على سطحه
كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشترى وان كان يتعذر عليه الانتفاع
لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى مهرا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى وهذا لانه نزل النظر لنفسه حين لم
يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشترى وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له
ليدخل الطريق والمسيل لا يشتغل بالنظر له كما في القسمة المقصود اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له منفذا الى الطريق
ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا تجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على انهما قصدا ادخال الطريق والمسيل ٥
لتصحيح القسمة لعلمهما ان القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق توضيحه ان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة واذا لم يكن

له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا او ارضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ما هو
المقصود وهو المنفعة فان قيل على هذا ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر
دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة ولكن
يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع فيقع ادخال الشرب توفر المنفعة عليهما فاما
هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب
الاخر تضرر به الاخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل
بذكر الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع ان يتخذ طريقا
اخر فاراد صاحبه ان يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان اصل الطريق مشترك بينهما وكما ان سفله ممر لهما فكذلك اعلاه
فهو لا يريد بهذا ان يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد ان يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك انما يريد
اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك اختص به صاحبه وليس له ذلك وكان ابو حنيفة يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي
لا علو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال ابو يوسف يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم
جملة ذراع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو وقيمة السفل وقيل ان ابا حنيفة رحمه
الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف
العادات في البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على اصل اخر وهو ان عند ابى حنيفة لصاحب السفل منفعتان منفعة
السكنى ومنفعة البناء فانه لو اراد ان يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منفعة من ذلك ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي
منفعة السكنى فانه لو اراد ان يبني على علوه علوا اخر كان لصاحب السفل منفعة من ذلك ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي
والمعتبر في القسمة المعادلة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وابو يوسف يقول لصاحب العلو ان يبني على علوه اذا
كان ذلك لا يضر بالسفل كما ان لصاحب السفل ان يحفر سردابا في السفل اذا كان لا يضر صاحب العلو فاستويا في المنفعة فجعل
ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الاصل ان صاحب العلو يبني على ملكه كما ان صاحب السفل يتصرف في ملكه ٥
وانما اتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورتين فلكل واحد منهما ان يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر بصاحبه وابو حنيفة يقول
صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الارض وهي خالص ملكه وصاحب العلو عمل ما يبني على حائط السفل لان علوه على حائط السفل
فما يبنيه على علوه يكون على حائط السفل ايضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء يضر بحائط صاحب السفل لا محالة وتبين ذلك
في الثاني وان كان لا يتبين في الحال فلا يكون له ان يفعل ذلك بدون رضى صاحب السفل لا محالة ومحمد في هذا الاصل وافق ابا يوسف
ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل لا معادلة في قيمة البناء تتيسر ولان في بعض البلدان يكون قيمة العلو اكثر
من قيمة السفل وهو كذلك بمكة ومصر وفي بعض البلدان قيمة السفل اكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة وقيل في كل موضع يكثر الندى
من الارض يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات
فلا يمكن اعتبار المعادلة الا بالقيمة فاستحسن القسمة في العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسألة في فصلين احدهما ان يكون بينهما
سفل علو لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فارادا القسمة فعلى قول ابى حنيفة يجعل بمقابلة خمسين ذراعا من ساحة السفل مائة ذراع من ساحة
العلو وعلى قول ابى يوسف بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني ان يكون المشترك بين الشركاء بيت سفله علو وسفل لا علو له بان كان العلو
لغيرهم وعلو لا سفل له فعند ابى حنيفة يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلثه وثلاثين ذراعا وثلث من البيت الكامل
وبازاء مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثي ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل كما في
الفصل الاول وعند ابى يوسف يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ومائة ذراع من
العلو الذي لا سفل له لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون
منها علو ومحمد في ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين قوم منهم فاراد احدهم ان يجمع نصيبه منها في دار
واحدة وابى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الى بعض الا ان يصطلحوا على ذلك في قول ابى حنيفة،
وقال ابو يوسف ومحمد الرأي في ذلك الى القاضي وينبغي ان ينظر في ذلك فان كانت انصباء احدهم اذا جمعت في دار كان اعدل للقسمة
جمع ذلك لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق

نصيبه واذا اقسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار وينتفع بذلك فالقاضي نصب ناظرا فيمضي قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما
يمضي قضاه في المجتهدات على ما يؤدي اليه اجتهاده ولان الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس الواحد يقسمه
الشركا قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا انها تتفاوت في منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه
تشبه الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الراي الى القاضي فيترجح بعضها بطريق النظر وابو حنيفة يقول الدور اجناس مختلفة بدليل
انها لا تثبت صداقا مطلقا بالتسمية حتى اذا تزوج امراة على دار فهو بمنزلة ما لو تزوجها على ثوب وكذلك لو وكل رجلا بشراء دار لم يصح
التوكيل وبعد اعلام الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة عرفنا انها اجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة
الا باصطلاح الشركا على ذلك وهذا لان في الاجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب على معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضي وفي الجنس
الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضي وفي الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة نتيقن بان نصيب كل واحد منهم
في امكنة متفرقة فاذا جمعها في مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا اقسم كل دار على حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل
واحد يكون في امكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلابد من اعتبار المعادلة
في المنفعة والتفاوت في المنفعة في الدور تفاوت عظيم فانها تختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب
من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربض والبعد والظاهر انه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وان قسم
كل دار على حدة اعدل فهي ثلاث فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سوا كانت متفرقة او متلاصقة لا تقسم عنده قسمة واحدة
الا برضا الشركا والبيوت تقسم قسمة واحدة سوا كانت متفرقة او مجتمعة في مكان واحد لانها لا تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت اسم لمسقف
واحد له دهليز فلا تتفاوت في المنفعة عادة الا ترى انها تواجر باجر واحد في كل محلة فيقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار
واحدة متلاصقة بعضها ببعض يقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة سوا كانت في محال او في دار واحدة بعضها في
اقصاها وبعضها في ادناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور
فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلاصقة يقسم قسمة واحدة لان التفاوت بينها قليل في مكان
واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي
القسمة على ذلك ولو اختلفوا في قسمة البنا فقال بعضهم يجعل قيمة البنا بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها على الدراهم كان القاضي يجعلها
على الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت للقاضي ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل ذلك على الذرع كان ذلك
تصرفا منه في محل ولايته وربما لا يقدر كل احد على تحصيل الدراهم واداها فليس للقاضي ان يكلفه ذلك توضيحه انه اذا جعل ذلك على
الدراهم فالذي وقع في البنا في نصيبه ربما يتاخر نصيب الاخر الى خروج الدين منه فينعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك على الذرع
يتعجل نصيب كل واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم على بعضهم فهذا اولى الوجهين وان تعذر عليه اعتبار المعادلة على الذرع وصوله
فله ان يقسم على الدراهم عندنا وقال مالك ليس له ذلك الا ان يصطلحوا عليه ويكون الدراهم بيسير لان في القسمة على الدراهم
بيسير لان في القسمة على الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب احدهما من البنا بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضي
ولاية المعاوضة الا عند تراضي الخصمين عليها الا اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى اليه حكم ولايته
والحاجة واصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة يتحقق في الكثير كما يتحقق في القليل لان قيمة نصيب احدهما من البنا وربما يكون اضعاف
جميع قيمة الارض فيتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة البنا بالذرع من الارض ويقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البنا من
الانتفاع بالبنا بدون الارض واذا كلف نقل البنا ينقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له ان يجعل القسمة في البنا
على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة ثبتت ولايته فيتعدى ولايته الى ما لا يتاتى به القسمة الا به كالجد مع وصي الاب يثبت منه
تسمية النكاح في الصداق وان كان التصرف في المال الى الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف في المال ثم له ولاية
القسمة في الصداق باعتبار ثبوت الولاية في التزويج ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر
فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا
بين جماعتهم لان المقصود بالقسمة توفر المنفعة على كل واحد منهم وموضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم لكل واحد منهم
لكل طريق يفتحه في نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا يطلب القسمة في جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة في المنفعة فيجيبه
القاضي الى ما التمس واذا كان لا يستقيم ذلك ففي قسمة موضع الطريق قطع المنفعة وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة والقائل لا يرفع

طريقا

طريقا في هذا الموضع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحد منهم
لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب اجابه القاضي الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا
في سعة الطريق وضيقه جعل القاضي بينهم على عرض باب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهم لان باب الطريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى
المتفق عليه ثم لا فائدة في جعل الطريق اعرض من باب الدار فيما يرجع به الشركا ومقصود كل واحد منهم ان يصل الى مسكنه في ذلك الطريق
ما يدخله في باب الدار فلهذا جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله واذا رفع الحائط لاحد القسمين وعليه جذوع للاخر ووقعت
القسمة على ان يكون هكذا او لم يذكر ذلك في القسمة فانه يترك على حاله لانه وجد كذلك عند تمام القسمة ويجوز ان يكون ملك
الحائط لاحدهما وللاخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الا ان يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به لحديث المرء
املك وكذلك لو كان زج جيرة وقع على حائط على هذه الصفة او درجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جذوع وكذلك روشن وقع
لصاحب العلو مشرف على نصيب الاخر فاراد صاحب السفل ان يقطع الروشن ليس له ذلك الا ان يشترط قطعه لان حق قرار هذه
الاشيا يجوز ان يكون مستحقا لانسان في حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك الا ترى انه لو اصاب
احدهما بيت علو وللاخر السفل لم يكن لصاحب السفل ان يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللاخر اطراف جذوع شاخصة
فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البنا عليه فليس له ان يقطع ذلك لان هذا
يجوز ان يكون قرارا مستحقا لانسان في ساحة غيره وان كان بحيث لا يمكن البنا عليه فلصاحب الساحة ان يجبره على قطع ذلك او تفريغ هوا
الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لا يجوز ان يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذ هو لا ينتفع به من حيث البنا عليه ولو وقعت شجرة في
نصيب احدهما واغصانها ممتدة الى نصيب الاخر فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله ان له ان يجبره على قطع تلك
الاغصان لان هذا مما لا يستحق قراره في ملك الغير بسبب من الاسباب وذكر ابن سماعة عن محمد انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق
الشجرة باغصانها فيترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الاذرع والدرجة واذا اصاب رجل مقصورة من الدار
واصاب الاخر منزل طريقه على هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له في المقصورة لانه يقدر على
ان يجعل طريقه في حقه من غير ضرر يجب امضاء القسمة عليه واذا اصاب احدهما ساحة في القسمة فاراد ان يبني فيها ويرفع بناءه واراد
الاخر منعه وقال انك تسد علي الريح والشمس فله ان يرفع بناءه ما بدا له لان الساحة ملكه وهو ملك حق خالص له وللانسان ان
يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له وليس للجار ان يمنعه من ذلك وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا او رحى لانه يتصرف في خالص ملكه
ارايت لو اراد ان يجعل فيها زجاجا او حدادا او قصارا كان للاخر ان يمنعه من ذلك والحاصل ان من تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه
في الحكم وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالغير الا ترى ان من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كان يكسد بسببه تجارة
جاره وان اصحاب الحوانيت يتأذون بما يسيل من الدواب المارة ويتأذى المار بدخان تنورا يخبز الى موقد وبعضا في حوانيتهم ثم
ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان ان يسقي ارضه وليس لجاره ان يمنعه من ذلك مخافة ان ينز ارضه وله ان يسقي الماء من بئر
وليس لجاره ان يمنعه مخافة ان ينقل ماء بئره فعرفنا ان المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه وان كف عما يؤذي جاره كان
احسن له قال عليه السلام ما زال جبريل عليه السلام يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق ديانة ولكنه
لا يجبر على ذلك في الحكم والحيلة للجار ان يتصرف في ملك نفسه على وجه يندفع به ضرره عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده على ما حكي
ان رجلا جاء الى ابي حنيفة فقال ان جاري احدث مجمرة عند حائطي فقال رحمه الله احدث انت ايضا عند الحائط ليدرك بيتهوما يجمع
من الجمر وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البنا في علو بنايه بابا او كوة فاذى بذلك صاحب الساحة فليس له ان يمنعه من ذلك لان
اتخاذ الباب والكوة يرفع بعض الحائط ولو رفع جميع البنا لم يكن للاخر ان يمنعه منه فهذا اولى ولكنه يبني في ملكه ما يستره ان شا وليس
لصاحب الكوة ان يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين والجارين ولو اتخذ رجل بئرا في ملكه او بالوعة او بيت ما
فوهنها حائط جاره فطلب تحويله لم يجبر على تحويله لان تصرفه في خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير
متعد في هذا السبب والمتسبب اذا كان غير متعد في تسبيبه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان في بئر في ملكه واذا اقسم رجلان
دارا فاخذ احدهما حيزا والاخر حيزا فوقع لاحدهما حائط الظاهر منه على الارض واساسه على ربع وقد دخل في نصيب صاحبه من
ذلك اجرة فقال صاحب الحائط انا اخذ من نصيبك ما دخل فيه من اس حائطي لم يكن له ذلك وانما له ما ظهر من الحائط على وجه الارض
لانه بالقسمة استحق الحائط فالحائط اسم للبنا المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذي ليس له بنا مرتفع من وجه الارض فهو حائط ارض

لاحايط والارض واقع فى قسم الاخر فلو استحقه صاحب الحايط انما يستحقه حريما لحايطه وليس للحايط حريم فاذا اقتسم الشريكان دارا اودارين
بينهما لم يكن للجار فى ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار الا ترى ان احدهما لو باع نصيبه من
صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم فى دار واحدة معنى التمييز فى القسمة يغلب على معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال
بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم ارادا قسمة الطريق بعد ذلك فان كان قسمته تستقيم بغير ضرر قسمناه بينهما
وان كانت لا تستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم اقسمه لان فى القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد
منهما لا تفويتها واذا اصطلح الرجلان فى القسمة على ان احد احدهما دارا والاخر منزلا فى دار اخرى وعلى ان احد احدهما دارا
والاخر نصف دار اخرى او على ان احذ كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة او على ان اخذ احدهما دارا والاخر عبدا ٥
او ما اشبه ذلك من الاصطلاح فى الاجناس المختلفة فذلك جايز لان هذه معاوضة تجرى بينهم بالتراضى ولا ربوا فى شى مما تناوله تقرر
ولو اصطلحا فى دار واحدة على ان ياخذ احدهما الارض كلها والاخر البنا كله فهو جايز للتراضى فان الارض والبنا كل واحد منهما مال متقوم
ومبادله نصيب احدهما من الارض بنصيب الاخر من البنا صحيح فان شرط على ان يكون البنا له ينقضه ويكون الارض للاخر فهو جايز وان
اشترط ان لا يقلع بناه فهذا فاسد لان صاحب الارض لا يتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالارض ولان هذا فى معنى بيع شرط فيه
اعاره او اجاره فان صاحب البنا اشترط ترك البنا فى الارض الاخر فان كان يقابله هذا الترك شى من العوض فهو اجارة فاسدة
شرطت فى بيع وان لم يكن يقابلها شى من العوض فهى اعارة مشروطة فى البيع واذا كانت الدار فى طريق ليس نافذ وطا فيه باب فاقتسموها
فاصطلحوا على ان يفتح كل انسان منهم بابا فى ذلك الزقاق لنفسه فهو جايز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم يفتح ٥
الباب برفع بعض الحايط ولو رفعوا جميع الحايط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركا حق المرور فى هذا الطريق
الى ان يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يريد ان يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة على ذلك ولو كانت مقصورة من ورثه بابها فى دار مشتركة
ليس لاهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقتسموا المقصوره على ان يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه فى الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم
طريقا واحدا فى موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون بهذه الزيادة فى ذلك بان يحعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم
من ذلك ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحايط والحايط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق
فى غير الموضع المعروف طريقا لهم فى صحن الدار ولكن فى ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل
واحد منهم بعد تقادم الزمان ان له طريقا خاصا فى صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل
الحكومة فلهذا منعوا من فتح الابواب ولاهل الدار ان يمنعوا ابوابهم فى صحن الدار بعد ان يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار
العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق عليه فرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلهم ان يبنوا
فيها ما احبوا ويفتح اهل المقصوره ما بدا لهم من الابواب فى ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يثبتون لانفسهم زيادة على مقدار
حقهم وان كان لاهل هذه المقصوره دار اخرى الى جنب هذه المقصوره فوقعت هذه الدار فى قسم رجل منهم فاراد ان يفتح بابا فى هذا
الطريق المرفوع بينهم فليس لهم ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فساكنها يريد اثبات طريق لنفسه فى طريق مشترك الشركة فيها خاصة
والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يتمكن من احداث طريق لنفسه فى ملك الغير فكذلك فى الطريق الخاص وان اشترى الذى اصابته المقصوره
هذه الدار فاراد ان يجعل طريقها فى مقصورته ثم عرفى ذلك الطريق المشترك فله ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصوره واحد لان الكل
فى حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصوره غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار ان يتطرق فى هذا
الطريق من داره فكذلك لا يكون له ان يتطرق فيه من المقصوره لان لصاحب المقصوره ان يرضى يتطرقه فيها خاصا لمن ملكه وهو المقصوره
ولا يعتبر رضاه بذلك فى ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له ارض بجنب نهر مشترك شربها من ذلك النهر اذا
اشترى بجنب ارضه ارضا اخرى وان اراد ان يسقى الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الما فى ارضه لم يكن له ذلك وفى الطريق له ذلك اذا
ساكن الدار والمقصوره واحدا لان هناك يستوفى من الما فوق حقه فان حقه فى هذا النهر مقدار ما يسقى به ارضه فاذا سقى به ارضين فهو
يستوفى اكثر من حقه فيمنع من ذلك وفى الطريق هو الذى يتطرق سوا دخل المقصوره فقط او تحول من المقصوره الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك
اذا ساكن المقصوره والدار واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فاخذ احدهما طايفة والاخر طايفة وفى نصيب الاخر ظله على الطريق وكنيف ٥
شارع فالقسمة فى هذا كالبيع وقد بينا فى كتاب الشفعة ان الكنيف الشارع يدخل فى بيع الدار سوا ذكر الحقوق والمرافق او لم يذكر والظلة
عند ابى حنيفه لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند ابى يوسف ومحمد يدخل اذا كان مفتحها فى الدار سوا ذكر الحقوق او لم يذكر وكذلك

فى القسمة فان هدم اهل الطريق الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء دون ولا يرجع على شريكه بشى لانهما كانا يعلمان ان الظلة
على الطريق وان لهم منعه نقض البنا لا حق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا احدهما لا طريق له
ولا يقدر على طريق فالقسمة مردوده لانها وقعت على الضرر والمقصود بالقسمة تخصيص كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع
المنفعة عنه وقد تبين ان فى هذه القسمة قطع منفعة الملك عن احدهما فكانت مردوده وان كان له حايط يقدر على ان يفتح
بابا يمر فيه رجل ولا يمر فيه الحموله فالقسمة جايزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالاصل فى الطريق
مرور الناس فاما مرور الحموله فيه ولا يكون الا نادرا وبعد ذلك لا يمتنع عليه استيفا ما هو المقصود وان كان بحيث لا يمر
فيه رجل فليس هذا بطريق ولا يجوز القسمة لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على ان لا طريق لفلان وهو
يعلم انه لا طريق له فهى جايزة بتراضيهما لانه رضى بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضى بالتزام الضرر سقط
اعتبار ذلك الضرر وان اقتسما دارا على ان يشترى احدهما من الاخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطله لان فيها
معنى البيع واشتراط هذا فى البيع مبطل له لنهى النبى عليه السلام عن صفقتين فى صفقة واحدة كذلك كل قسمة على شرط هبة او صدقة
فهى فاسده كالبيع وكذلك كل شرا على شرط قسمة فهو باطل لان اشتراط القسمة فى الشرا كاشتراط الشرا فى القسمة واذا كانت
القسمة على ان يرد عليه شيا معروفا فهو جايز لانه لو شرط فى البيع زياده فى الثمن مقدارا مسمى او زيادة فى المبيع شيا بعينه جاز ذلك
فكذلك فى القسمة

باب قسمة الدور بالدراهم يزيدها احدهما

واذا كانت الدارين رجلين فاقتسماها على ان يزيد احدهما على الاخر دراهم مسماه فهو جايز لان فى حصة الدراهم المشروطة العقد
بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضاه وقد بينا ان الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا ان القاضى لا يفعله
الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك يستقيم منهما فى كل ما يصلح ان يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه فى هذه القسمة
عند تراضيهما عليه فالنقود حالا كانت او مؤجله والمكيل والموزون معينا او موصوفا مؤجلا او حالا يجوز استحقاقه عوضا فى البيع
فكذلك فى القسمة فان كان لشى من ذلك حمل ومؤنه فلا بد من بيان مكان الايفا فيه عند ابى حنيفه كما فى السلم والاجارات وعند ابى يوسف
ومحمد ان بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وان سكتا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغى فى القياس ان يتعين موضع العقد
كما فى السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا لا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم
كما فى الاجارة عندهما يتعين الدار لا موضع العقد لان وجوب الاجر باستيفا المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزياده
شيا من الحيوان بعينه فهو جايز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان او غير موصوف مؤجلا كان او حالا لان الحيوان لا يستحق فى
الذمة عوضا عما هو مال وان كان بعينه وشرط ان لا يسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل فى العين وذلك مفسد للبيع لكونه
منتفع به بل فيه ضرر على المالك للعين بالعقد من غير منفعة للاخر فيه فكذلك فى القسمة ولو كانت الزياده ثيابا موصوفه الى اجل معلوم
فهو جايز وان لم يضرب له اجلا لم يجز كما فى البيع وهذا لان الثياب تثبت فى الذمة سلما ولا تثبت فى الذمة قرضا والسلم لا يكون الا مؤجلا
والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك انها تثبت فى الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين فى دار وميراث
فى دار اخرى فاصطلحا على ان لاحدهما ما فى هذه الدار وللاخر ما فى تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماه فان كانا سميا السهام كم هى سهما
من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة
تفضى الى تمكن المنازعة بينهما فى الباقى وان سميا مكان السهام ادرعا مسماه مكسورة جاز فى قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز فى قول
ابى حنيفه رحمه الله واصل الخلاف فيما ذكرنا فى البيوع اذا باع ذراعا من عشرة اذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع فى ذلك دارين بين ثلاثة
نفر اقتسموها على ان ياخذ احدهما احدى الدارين والباقى الدار الاخرى على ان يرد الذى احذ الدار الكبرى على الذى لم ياخذ شيا دراهم
مسماه فهو جايز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما اعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا ٥
اشترى نصيب احدهما ثم قاسم الشريك الاخر على ما فى ملكهما فى الدارين وذلك غير مستقيم ايضا فقد بينا ان الدور تقسم قسمة واحدة بينهم
بالتراضى فكذلك ان احذ الدار الكبرى اثنان منهم واحد الثالث الدار الصغرى وكذلك ان كانت دارا واحدة بينهم واحذها اثنان منهم كل
واحد منهما طايفه معلومة على ان يردا على الثالث دراهم معلومة فهو جايز لانهما اشتريا نصيبه بما نقدا له من الدراهم وكذلك ان اشترطوا

على احدهما الثلثين الدراهم لفضل في منزله فهو جايز لانه يكون هو مشتريا بالثلثين نصيبا الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها بصعبين على ان يرد احدهما على الاخر عبدا بعينه على ان زاده الاخر مائة درهم فهو جايز لان بعض العبد عوض عن المائة الدرهم وبعضه عوض عما احد ما لك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك غير مستقيم وكذلك لو اقتسماها على ان احد احدهما البنا واخذ الاخر الخراب على ان يرد صاحب البنا على الاخر دراهم مسماه فذلك جايز لان بعض ما اخذ البنا عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيعا له بما نقد من الدراهم وكذلك لو اخذ احدهما السفل والاخر العلو واشترط احدهما على صاحبه دراهم مسماه لان السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على احدهما في قسمة العلو والسفل متوا وشرط ذلك على صاحب العلو او على صاحب السفل

باب قسمة الدور وبتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها فاخذ احدهما مقدمها وهو الثلث والاخر اخذ موخرها وهو الثلثان جاز ذلك لان المعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر ان ذلك لايتاتى مع اعتبار المساواه في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية موخرها فكره الرغبة في المقدم دون الموخر وكذلك فضل البنا يكون في المقدم دون الموخر وتتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو في العادة عن التفاوت في المساحه ولا يعد ذلك ضررا وانما الضرر بالتفاوت في المنفعة والماليه فلذلك نعتبر المعادله بينهما فان كانت الدار بينهما اثلاثا فاخذ صاحب الثلثين نصيبه بيتا شارعا وصاحب الثلث بنصيبه ما بقي من الدار وهو اكثر من حقه فهو جايز بمنزلة البيع لوجود التراضي منهما وقد بينا ان المال الذي لايجري فيه الربوا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراضاه وكذلك ان كان الذي وقع في قسمة الاخر ليست له علة فهو جايز لانه رضي به لغرض له فيه وهو غير متهم في النظر لنفسه ولو اشتراه بمال عظيم جاز سواء فكذلك اذا اختار احدهما اخره في القسمة بقسمه واذا اقتسما دارا بينهما على ان اخذ كل واحد منهما طايفه من الدار على ان رفعا طريقا بينهما ولاحدهما ثلثه وللاخر ثلثاه فهذا جايز وان كانت الدار في الاصل بينهما نصفان لان رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقد شرط احدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ما سلم اليه من نصيبه في المنزل الذي اخذه صاحبه بالقسمة وذلك جايز وان اخذ احدهما طايفة منها يكون قدر الثلث واخذ الاخر طريقه طائفه يكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار السدس فهو جايز لانهما تفاوتا فيما في موضع الطريق وقسما ما وراء ذلك على الاخماس فاخذ احدهما ثلاثة اخماسه والاخر خمسه ولو اقتسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك اذا قسما البعض وتفاوتا شركتهما في البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا ان يكون الطريق بينهما على قدر مساحة ما في ايديهما فهو جايز لانهما لو قسما الكل على هذه المساحة جاز فكذلك اذا اشترطا ان يبقى كانه مشتركا للطريق بينهما على قدر هذه المساحة وكذلك ان شرطا ان يكون الطريق لصاحب الاقل ويكون للاخر ممر فيه فهو جايز لان عين الطريق مملوك لهما فقد جعل احدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضا عن بعض ما اخذ من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر في ذلك وهو جايز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا له من غيره على ان يكون له حق الممر فان ذلك جايز بمنزله بيع السفل على ان يكون حق قرار العلو له عليه وان لم يشترطا شيا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما تفاوتا شركتهما في قدر الطريق فيبقى في هذا الموضع ما كان لهما من الشركه في الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار اخرى فاقتسماها على ان ياخذ احدهما الدار والاخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان اقرا انهما كانا يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جايز لان عين القسمة في العقد غير مقصود بل المقصود اعلام المتعاقدين لها وقد تصادقا على انه كان معلوما لهما وان عرف ذلك احدهما وجهله الاخر فالقسمة مردوده وقد بينا في كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البايع يعلم ذلك دون المشتري لم يجز في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول ابي يوسف الاخر وينبغي ان يكون الجواب في القسمة على ذلك التفصيل ايضا وقيل بل هذا الجواب صحيح في القسمة وهو قولهم جميعا لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والماليه ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل احدهما ذلك فالقسمة مردوده فاما البيع عقد معاينه يقصد للاسترباح والمشتري هو الذي يقبض المبيع فيشترط ان يكون مقداره معلوما له فاما حق البايع في الثمن معلوم له فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان دارا على ان اخذ احدهما الثلث من موخرها بجميع حقه واخذ الاخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه فهو جايز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضي من المتعاقدين عليه بما لم يقع الحدود بينهما والتراضي بعد القسمة فلكل واحد منهما ان يرجع كما في البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد منهما ان

المقصود

المقصود اعلام المتعاقدين لها وقد تصادقا على انه كان معلوما لهما وان عرف ذلك احدهما وجهله الاخر فالقسمة مردوده وقد بينا في كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البايع يعلم ذلك دون المشتري لم يجز في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول ابي يوسف الاخر وينبغي ان يكون الجواب في القسمة على ذلك التفصيل ايضا وقيل بل هذا الجواب صحيح في القسمة وهو قولهم جميعا لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة والماليه ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل احدهما ذلك فالقسمة مردوده فاما البيع عقد معاينه يقصد للاسترباح والمشتري هو الذي يقبض المبيع فيشترط ان يكون مقداره معلوما له فاما حق البايع في الثمن معلوم له فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان دارا على ان اخذ احدهما الثلث من موخرها بجميع حقه واخذ الاخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه فهو جايز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضي من المتعاقدين عليه وما لم يقع الحدود بينهما والتراضي بعد القسمة فلكل واحد منهما ان يرجع كما في البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد ان يرجع فكذلك في القسمة وتمام القسمة بوقوع الحدود بينهما وان كانت اقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالدور وعند ابي حنيفه رحمه الله يقسم كل قراح بينهما على حدة الا اذا تراضيا ان يقسما الكل قسمة واحدة وفي قول ابي يوسف ومحمد ينظر القاضي في ذلك فيقسمها بينهم على اعدل الوجهين كما هو من مذهبهما في الدور وهذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها في الغلة والصلاحيه للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقه او اكثر من ذلك فكما ان هناك لتعذر المعادلة في المنفعة قال ابو حنيفه يقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب في الاقرحة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم واقتسموها فاصاب احدهم قراح وغلات في قراح واصاب الاخر كرم فهو جايز لان هذا النوع من القسمة بعينه المراضاه وما اصاب كل واحد منهما معين مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة ايضا واذا اصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا في القسمة بكل حق هو لها او لم يكتبوا ذلك فله ما فيها من الشجر والبنا ولا يدخل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هذا في كتاب الشفعة في البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها او منها فدخل ذلك في القسمة وفي كتاب المزارعة قال لا يدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال بكل قليل وكثير هو فيها او منها من حقوقها فبذكر في اخره تبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهنا اطلق كل قليل وكثير هو فيها او منها والثمر والزرع من هذه الجملة فيدخل في القسمة ومن جعل القسمة المسيله على روايتين فقد بينا وجه الروايتين في كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم ارضا على ان لا طريق لهم ولا شرب بذلك فهو جايز لوجود التراضي منهم على التزام الضرر الا انهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لا يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضي قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعلوا بتراضيهم لم يمنعهم من ذلك وان كانت ارض بين قوم لهم نخل في ارض غير هم فاقتسموا على ان يا خذ اثنان منهم واخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جايز لان النخلة باصلها بمنزلة الحايط ولو شرط لاحدهم في القسمة حايطا بنصيبه فهو جايز فكذلك النخلة وان شرطوا ان لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهي في غير تلك القطعة وللاخر قطعة اخرى وللثالث القطعة التي فيها ملك النخله فاراد ان يقطع النخله فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا ان النخله كالحايط وبتسمية الحايط في القسمة يستحقها باصلها فكذلك بتسمية النخله وهذا لا مفاصله ما لم يقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة استحقاق النخلة استحقاق اصلها وكذلك على هذا لو اقر لانسان بنخله استحقها باصلها وذكر في النوادر في البيع اختلافا بين ابي يوسف ومحمد قال عند ابي يوسف رحمه الله يستحقها باصلها وعند محمد لا يستحق اصلها الا بالذكر فصل في الاقرار كالجواب في البيع على الخلاف فابو يوسف يسوي بين القسمة والبيع ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول في القسمة بعض ما نصيبا احدهما باعتبار اصل ملكه واصل ملكه فيها نخل وانما تكون نخله قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض باصله استحقاق جميع النخله باصلها وكذلك في الاقرار هو اخبار بملك النخله له وانما تكون نخله باصلها فاما البيع ايجاب ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخله اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا يجوز ان ثبت له الملك ابتداء في شي من الارض بتسمية النخله في البيع فلهذا يشترط فيه ذكر الاصل فان قطعها فله ان يغرس في موضعها ما بدا له لانه قد استحق ذلك الموضع من الارض فكما كان ينبغي له ان ينتفع الاول فيها قبل القطع فكذلك له ان يغرس مكانها اخرى فان اراد ان يمر اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسده لانها وقعت على الضرر ولا يجد طريقا له الى نخليه وقد بينا ان القسمة متى وقعت على ضرر فهي فاسده وان الطريق الخاص لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جايزة وله الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط الطريق فكانه شرط الطريق الى نخلته واذا كانت قرية وارض ورحا وما بين نفر فاقتسموها فاصاب رجل الرحا ونهرها وبيت الرحا واصاب الاخر قرحة معلومة واصاب الاخر بيوت واقرحة واقتسموها بكل حق هو لها فاراد صاحب النهر ان يمر الى النهر في ارض قسمه فمنعه من ذلك ليس له ان يمنعه وله الطريق الى النهر واذا كان النهر في وسط ارض هذا او لا على الابد لك لانه لا يتمكن من الانتفاع بسهمه ما لم يخلص اليه ولا طريق له اليه الا في ارض قسيمه وقد اشترط في القسمة كل حق هو له فعرفنا انه انما شرط ملك هذا الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وان كان النهر منفرجا مع احد الارض لا طريق اليه في غير الارض لم يكن له ان يمر في ارض هذا لان القسمة لتمييز ملك احدهما من ملك الاخر فتمام ذلك بان لا يبقى لاحدهما حق في نصيب الاخر واتمام هذا القسمة في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا

الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الاول لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيحصل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا
الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط ارض هذا ولو اشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها او لا كل قليل او كثير هو فيها او منها
فلا طريق له في ارض هذا لما بينا انه لا يستحق في نصيب صاحبه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر
الا ان يقدر على ان يمر في بطن النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه
لان بطن النهر زيادة منفعة له ولو اشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه عن
الزيادة سوء النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون ارض صاحبه وان
ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكر المسناة في القسمة فاختلف صاحب الارض والنهر فهي لصاحب
النهر ملقى طينه وطريقه في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه مثل عرض بطن النهر
فاذا كان عندهما للنهر حريما كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة اشتراط الحريم له فهو اولى به وعند ابي حنيفة لا حريم للنهر وعندهما
وقد جعلا في القسمة النهر حد الملك صاحب الارض والمسناة من جنس الارض تصلح لما يصلح له الارض من الغرس والزراعة ولا يصلح لما يصلح له
النهر من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض اولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في ارض صاحبه فاشترطوا عليه ان لا طريق له في هذه الارض فهي
جائزة لا طريق له اذا علم يومئذ انه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضي هو بالتزام الضرر والشرط املك وكذلك النخلة
والشجرة نصيبا احدهما في ارض الاخر واشترطا ان لا طريق له في ارض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان لهم قصب في اجمة كان لصاحب ذلك القصب
طرحه لانه محتاج اليه مستعمل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على ذلك كما بينا في جذوع لاحدهما على حائط الاخر والمسيل يجوز
ان يكون مستحقا لصاحب النهر في ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر في ارض رجل اخر فاختلفا في مسناة على النهر فهي لرب الارض في قول ابي حنيفة
وعندهما المسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسألة حريم النهر على سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر في المسناة يد من حيث الاستعمال لانه ما لمسناة
من الجانبين يجري ماؤه في النهر فاستويا في الاستعمال اليد وعند المنازعة القول قول ذي اليد ولابي حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من
جنس الارض صالح لما يصلح له الارض وملك الاخر في النهر وهو العمق الذي يجري فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حتى يثبت الاخر
استحقاقه بالحجة الا انه ليس له ان يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عند هدم المسناة فهو مملوك لصاحب الارض ولصاحب النهر فيه حق
استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط الانسان عليه جذوع لاخر ليس لصاحب الحائط ان يهدمه ولكن لصاحب الارض ان يغرس على المسناة ما بدا له
لانه يتصرف في ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه لاخر فلصاحب العلو ان يحدث على علوه ما بدا له ما لم يضر
بالسفل واذا كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من اصابه شجر او بيوت في ارضه فهي عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا
استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما اصابه من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه ثم الا
انه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وسالها لاخر فاقتسماها على ان اخذ احدهما الساحة واخذ الاخر موضع البناء على ان البناء بينهم على حاله فاراد
الذي اصابه الساحة ان ياخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك اجبر عليه كما ذكرت اجبر على
القيمة بغير شرط فهي اذا كانت بشرط اجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا ان البناء وضع للساحة وتبع له فاذا استويا في ملك التبع وتفرد احدهما
بملك الاصل كان لصاحب الاصل ان يتملك التبع على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وضع لملكه وهذا بخلاف ما اذا كان البناء كله لانسان في ساحة الغير
لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار صاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه واما اذا كان البناء
مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه ما لم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل
ان يدفع الضرر عن نفسه ويتملك نصيبه عليه بضمان القيمة يوضحه ان البناء تبع من وجه من حيث انه يدخل في بيع الاصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب
وهو اصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فنوفر حظه على الشبهين فلشبهه بما هو اصل لا يكون لصاحب الارض ان يتملك على صاحب البناء البناء
بغير رضاه ولشبهه بالتبع يكون له ان يتملك عليه نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بالدنانير فالدنانير كالدراهم في انها لا تستحق
الا ثمنا في الذمة وكذلك ان شرطوا مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فذلك ثمن يقابله العين والبناء مبيع فاشتراط المكيل والموزون في الذمة بمقابلة
البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير وان شرطوا اشياء من ذلك بعينه او من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه
مبيع يرد عليه العقد مقصودا والجهالة عند العقد يكون مبطلا للعقد وهذا لان الثمن معقود به الا ترى ان قيامه في ملك المشتري عند العقد ليس بشرط
لصحة العقد فكذلك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه
ويشترط ان يكون معلوما بالتسمية عند العقد او بالاشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز في الشرع ما

يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والتبر والاواني المصوغة في هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل
على انه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الشركة والصرف ولو اقامت الورثة البينة على المواريث وسالوا القاضي
قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من اجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى
الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فلا يشتغل القاضي بالقسمة قبل قضاء الدين كالمشتغل
به في جميع المورث فان كان الدين اقل من التركة فسألوا ان يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقي فعل ذلك استحسانا وفي القياس لا يفعل لان الدين شاغل
لكل جزء من اجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول ابي حنيفة ولكنه استحسن فقال قل ما تخلو
التركة عن دين يسير وبعيد ان يوقف عشرة الاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر للفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغريم
ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت ايضا من حيث ان وارثه يقوم بحفظ ما يصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه ما لم
يصل الى صاحب الدين حقه ولا ياخذ كفيلا بشيء من ذلك ارايت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه او لم يجد الغريم من يكفل عنه اتسع القاضي ان
حقه وهو يعرف انه حقه وانما يطلب الكفيل لشيء لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسى لا يلحقه شيء وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير
كان هذا شيء احتاطه القضاة وهو جور ادى به مائل عن طريق القصد فقد بينا المسألة في كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سالهم هل
عليه دين ام لا لانه ان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في يدهم فقد زعموا
انه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم ما لم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك
اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين ان القسمة كانت قبل اوانها وان القسمة انما بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل ان يسالهم عن الدين الا ان يقضوا
الدين الذي ظهر قبل ان ينقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع الغير
وكذلك لو لحق وارث اخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه كانت القسمة تنقض كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر الشركاء من بعض الشركاء ولو
لم ينقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى ان يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه في مواضع فلهذا ينقض
القسمة ويستقبل بينهم وان اقر احدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم فقسموا التركة بينهم على المواريث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين
ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان في نصيبه وفاء به وذلك عندنا وعند الشافعي يقضي من ذلك نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسألة في الاقرار ولو
قسم القاضي التركة بينهم ثم اقام رجل البينة ان الميت اوصى له بالف درهم وهي تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان تخرج
من الثلث يستحق بها ما هو على الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من خالص ماله لم ينقض القسمة لوصول
حق الموصى له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على ان لا يرجع عليهم بشيء فهو سواء في الدين والوصية وان اراد ان يرجع عليهم
لم يجز القسمة لان قيام حقه في التركة كقيام حق صاحب الدين والموصى له قبل ان يقضيه في المنع من القسمة الا ان يقضوا بالحصص فان فعلوا ذلك
قبل نقض القسمة فالقسمة ماضية ولو كان صاحب الوصية اقام البينة على انه اوصى له بالثلث ابطلنا القسمة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في
التركة حتى يزداد حقه بزيادة التركة وينتقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث اخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة
لحقه واذا كانت القرية وارضها بين رجلين بالشراء فمات احدهما وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلى الاصل وشريك ابيهم غائب
لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت كحضور الميت لو كان حيا وقد بينا في الشركة في المسرية ان غيبة بعض الشركاء تمنع القاضي من القسمة
وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولو حضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت فحضوره
كحضور الميت لو كان حيا لان بعض الورثة في التركة خصم عن البعض فحضور بعضهم كحضور جماعتهم اما وارث الميت لا يكون خصما عن شريكه المشتري
معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الاصل بين رجلين ميراثا من ابيهما فمات احدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا وغاب
عمهم واقاموا البينة على اصول ميراث الجد قسمها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لو كان عمهم حاضرا وغاب بعض بني اخيه لان الاصل ميراث كله وفي
الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت
الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصي او غائب ليس له وكيل لم
تجز القسمة لانه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر ان نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي اذا
قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة كحق الدين لهم عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب
الشرط او عامل غير القاضي كالعامل على الرساتيق والطسوج على الخراج او على المعونة لانه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود امرهم كعدمه
وكذلك لو رضوا احكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الاصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصي له او غائب لا وكيل له لم يجز لان

الحكم ولا ولاية له على الغايب والصبي فانه صار حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضى بحكمه فان اجاز الغايب او كبر الصبي فاجازه فهو جايز لان لهذا العقد مجيزا حال وقوعه الا ترى ان القاضي لو اجازه جاز وهو نظير ما لو باع مال الصبي فكبر الصبي فاجاز ذلك وان مات الغايب او الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كما لو باع انسان ماله فاجازه وارثه بعد موته كاجازة المورث في حيوته وهو حرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين ساير التصرفات ان الحاجة الى القسمة قايمة بعد موت المورث كما كان في حيوته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها في الحال لتلك الصفة وانما يكون اعادتها برضى الوارث فلا فايدة في نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضناه لكان البيع عند الموت لا تقع الحاجة الى اعادته فالبيع لا يكون مستحقا في كل عين لا محالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث

باب قسمة الحيوان والعروض

واذا كان الغنم بين قوم ميراثا او شرا فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الاصل فان القاضي يقسمها بينهم لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتفاوت في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة والتمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركا عليه وكذلك لو كان كل صنف من الحيوان وغيرها من الثياب وما يكال او يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركا الا في الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا او اناثا وتمكن اعادة المعادلة في المنفعة لتفاوت المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في ساير الحيوانات الا ترى ان الرقيق كساير الحيوانات في ساير العقود من حيث انها يثبت في الذمة مهرا ولا يثبت سلما فكذلك في القسمة بين الشركا وابو حنيفة يقول التفاوت في الرقيق اظهر منه في الاجناس المختلفة وكذلك في الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت بتفاوت ما لادمي باعتبار معاني باطنة لا يوقف عليها حقيقة الا الذهن والكياسة وقد يرى الانسان من نفسه ما ليس فيه حقيقة او اكثر مما هو فيه فتعذر اعتبار المعادلة في المالية ويترجح معنى المعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضي والدليل على الفرق بين هذا الرقيق وساير الحيوانات ان الذكور مع الاناث في ساير الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى اذا اشترى شخصا على انه عبد فاذا هي جارية لم يجز الشرى بخلاف ساير الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري في الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه ان حق الغانمين في المالية دون العين حتى كان للامام بيع المغانم وقسمة الثمن فانما يعتبر ايصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما في شركة الملك حق الشركا في العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطل حق التمييز لا يثبت للقاضي لانه الاجبار على القسمة الا ان يكون مع الرقيق شي اخر من غنم او ثياب ومتاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول تاويل هذه المسالة انه يقسم ذلك برضى الشركا فاما مع كراهة بعضهم القاضي لا يقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند ابي حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس اولى والاظهر ان قسمة الجبر هنا عند ابي حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس باعتبار ان الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة وحكم القسمة يثبت فيه فيثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشي تبعا وان كان لا يجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف وكانه استحسن ذلك لانه قل ما يخلوا تركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شي اخر فاعتبار المعادلة في المالية سهل بخلاف ما اذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال اخر يقل التفاوت وان كان الذي بين الشركا ثوب زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة القسمة يكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي ياخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الاخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم واخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم على اتمام المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضعف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز اذا قسم كل صنف على حدة اقرب الى المعادلة فاما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم نفذ ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها بصنفين ثم اقرعا فاصاب هذا طايفة وهذا طايفة ثم ندم احدهما واراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل يقسمها بينهما فقالوا ان يعدل في ذلك ثم وقع بينهما فهو جايز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل ان يقسموها فايهم خرج سهمه عدوا له الاول فالاول فهذا لا يجوز لانه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي يفضي الى المنازعة يفسدها كما يفسد في البيع وان كان الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما ثم تساهموا عليها واقرعوا على ان من اصابه الابل رد كذا درهما على صاحبه بصنفين فهو جايز لان القسمة لا يتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما ياخذ كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم احدهم بعدما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي وان رجع عن ذلك قبل ان تقع السهام فله ذلك لان القسمة لم يتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضاة فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في المنازعة القول قول ذي اليد ولابي حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض صالح لما يصلح له الارض وملك الاخر في النهر وهو العمق الذي يجري فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حتى يثبت للاخر استحقاقه بالحجة الا انه ليس له ان يهدمها فان في ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عند هدم المسناة فهو مملوك لصاحب الارض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحايط الانسان عليه جذوع لاخر ليس لصاحب النهر ان يهدمه ولكن لصاحب الارض ان يغرس على المسناة ما بدا له لانه متصرف في ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حايط سفله لرجل وعلوه لاخر فلصاحب العلو ان يحدث على علوه ما بدا له ما لم يضر بالسفل البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم واحد وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم لم يكن لبعضهم ان يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت بخروج ساير السهام وتعين ما يصيبه السهم الاخير فيما خرج او لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد احدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسماها بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه القسمة اتلافا وجزءا القاضي بقضايه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسما فشقاه طولا او عرضا بتراضي منهما فهو جايز وليس لواحد منهما ان يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم فاقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها لانه يحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شي جاز ذلك ولو كانت ثلاثة اثواب بين رجلين فاراد احدهما قسمتها وابى الاخر فان نظر في ذلك فان كان قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبا وان كان لا يستقيم لو قسمها بينهم الا ان يتراضوا فيما بينهم على شي هكذا قال في الكتاب والاصح ان يقال ان تستوي القيمة فكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وثلثي الاخر والقسم الاخر ثوبا وثلث الاخر او احد القسمين ثوبا وربع الاخر ثوبا وثلثه الارباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك اذا تيسر ذلك في البعض

باب الخيار في القسمة

واذا اقتسم الشريكان عقارا او عقارا ادخلوا او شراء ولم ير احدهما القسمة الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء امضاها واعلم بان هذه المسايل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية اجبار الشركا عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما يتفقان عليه القسمة يعتمد التراضي كالبيع فكما ان في البيع الرضى لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر والفضة وادابي الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سوا واذا كانت الف درهم بين رجلين كل الف في كيس فاقتسما على ان اخذ احدهما كيسا والاخر اخذ الكيس الاخر وقد راى احدهما المال كله ولم ير الاخر فالقسمة جايزة على الذي رآه وعلى الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبايع فكذلك في القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية ويعرفه المقدار يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت فيتم الرضا به قبل الرؤية بخلاف ساير الاعيان الا ان يكون فيما الذي لم ير المال شيء منها فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمته على ان يكون في الصفة مثل ما اخذ صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيتخير في ذلك كما لو راى عند الشرى اجزاء من الكيل او الموزون ثم كان ما بقي شرا مما راى فانه يثبت له الخيار واذا اقتسم

الرجلان دارا وقد راى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذي اصابه ولم ير جوفه فلا خيار لهما الا في قول زفر رحمه الله وقد بينا
المسئلة في البيوع ان رؤية الظاهر في الحيطان المشتركة تسقط خيار الرؤية عندنا ولا تسقط الرؤية عند زفر ما لم يدخلها فكذلك القسمة
وكذلك لو اقتسما بستانا وكرما فاصاب احدهما البستان والاخر الكرم ولم ير واحد منهما الذي اصابه ولا راى جوفه ولا نخله ولا شجره
ولكنه راى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما فيه ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه تبين ان قول من يقول جوابه في الدار بنا
على دور الكوفة فانها لا تتفاوت الا في السعة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت تفاوت الاشجار والنخيل ولم
يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا ان المعنى فيه انه يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه فتقام رؤية جزء منه مقام رؤية الجميع حتى يسقط
خيار الرؤية واشتراط الخيار في القسمة جائز لانه في معنى البيع لانها في اعتبار الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار يعدم تمام الرضا فا
يشترط للفسخ او ليلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلث ثم ادعى احدهما الرد بالخيار في الثلث
وادعى الاخر الاجازة فالقول قول مدعي الاجازة لان مضي المدة قبل ظهور الفسخ منهم للعقد فمن يدعي الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر
به وان اقاما البينة فالبينة بينة من يدعي الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج الى الاثبات دون صاحبه وهو سكنى الدار التي وقعت في
صاحب الخيار رضى منه وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة في كتاب البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضى منه اذا
اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا اذا كان ساكنها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى فيها او هدم منها شيا او جصصها
او طين فيها حائطا او زرع الارض او سقاها او قطع الثمرة او غرس الشجر او لقح النخل او كسح الكرم فهو كله رضى لانه تصرف لا يفعل عادة الا
الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه في ذلك المحل ودليل الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الاب على الصغير والمعتوه في كل
شيء ما لم يكن عليهما فيها غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما ما لم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما ان لو كانا من اهل الرضا فكذلك في
القسمة وكذلك وصي الاب في ذلك قائم مقام الاب بعد موته وكذلك الجد ابو الاب اذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الام اذا لم يكن احد
من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام في ذلك وتصرفها في مال ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار من تركة
الام فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار
وكذلك وصي العم والاخ وابن العم في ميراثه منهم ولا يجوز قسمته في ميراث من غيرهم لان الوصي قائم مقام الموصي فتثبت له ولاية الحفظ عليه
فيما ورث من غيرهم كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا لانه ليس في حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصي العم وابن العم على
اليتيم وهذا بخلاف وصي الاب فقد كان للاب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بعده تقوم مقامه واذا كان له وارث او وصي جد
لم تجز قسمة وصي هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه ان لو كان حاضرا او غائبا وعند ذلك لا يكون لوصي هؤلاء عليه ولا
القسمة في شيء فكذلك اذا كان له اب يقوم مقامه وهذا لان نظير الاب له يكون عن شفقة وافر وولاية كاملة فتنقطع لنفسه ولا حاجة
مع وجوده الى اعتبار نظر وصي العم له بخلاف حال عدم الاب والوصي ويجوز قسمة وصي الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام
الاب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار يرجع الى حفظ التركة ولا يجوز قسمة الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة
والكبيرة الغائبة فان لم يكن لاحدهم اب ولا وصي اب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ
عليه من قسمة وصي هؤلاء ما يرجع الى الحفظ في تركة الموصي خاصة دون غيرها فاما في سائر اموال الصغير بهم ووصيهم كالاجانب ولا يجوز قسمة الكافر
او المملوك او المكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه والكفر والرق يخرجه من الاهلية للولاية على المسلم ولا يجوز قسمة الملتقط على اللقيط
وان كان يعوله لانه لا ولاية له عليه في التصرف في ماله سواء شاء القسمة مثله والوصي الذي يقيمه القاضي في امر اليتيم بمنزلة وصي الاب اذا جعله
وصيا في كل شيء لان له ولاية كاملة على الصغير تعم المال والنفس جميعا كولاية الاب فوصيه ايضا كوصي الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة
او في حفظ شيء بعينه لم تجز قسمته لان نصب القاضي اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا في شيء خاص
لان ايصاء الاب اليه اثباتا للولاية بعد موته والولاية لا تحتمل التجزي والمعنى في الفرق ان تقييد القاضي تصرف مع بقاء راي القاضي فلا حاجة الى
اثبات ولايته في غير ما امره القاضي به لتمكن القاضي من النظر في ذلك بنفسه فيكون من هذا الوجه نصبا لقيم بمنزلة التوكيل فاما وصي الاب انما
يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه
عيبا بعد تمام القسمة كان له ان يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا او كان مكيلا او موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت
القسمة باصطلاحهما او بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما اعطاه على انه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة
عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي فيتمكن الخلل بفوت ما كان مستحقا له فيتخير كذلك قال وان كان الذي اصابه عدد

من الغنم او الثياب رد الذي به العيب خاصة بعد القبض كما هو في البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رده بالعيب خاصة فهذا
مثله ويكون المردود بينه وبين اصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع في جميع ما اصابهم فيرجع عليه بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن اذا رد
المبيع بالعيب وان اصابه دارا او خادما فسكن الدار بعدما راى العيب او استخدم الخادم لم يكن هذا رضى بالعيب استحسانا وفي القياس هو رضى
لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضى بتقرر ملكه وهو كالعرض على البيع او زراعة الارض او طحن الطعام او قطع
الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان في ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون
ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الامتحان لينظر ان هذا العيب هل يمكن نقصانا في مقصوده او لا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وهو مثل
جوابه في السكنى هنا بناء على احدى الروايتين في السكنى في مدة خيار الشرط اذ لا فرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هناك في المطالبة بالجزء
الفايت وفي اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضى بالتزام الضرر فاما في خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا
اسقاط لحقه في الفسخ ولكن الاصح في ذلك كسر ضرر الا ترى انه لو تعذر رده بخيار الشرط لا يرجع بشيء وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن
واذا ركب الدابة او لبس الثوب او سقى الزرع فهذا رضى منه بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى
قدره او قال قدره فهذا رضى منه بالعيب وليس برضى في الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر انه صالح له ام لا ولا يعرف ذلك الا باللبس
على الاصل هذا دليل الرضا منه بسقوط الخيار في العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة ويمكن النقصان في المالية ولا تاثير لللبس في معرفة
ذلك فكان لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضى بملكه واذا باع ما اصابه بالقسمة من الدار ولم يعلم بالعيب فرد المشتري عليه بعد ذلك
العيب فان قبله بغير قضاء قاض فليس له ان ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة في حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله
ان ينقض القسمة والبينة في ذلك سواء واما اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم كما كان قبله وان كان المشتري هدم من الدار شيا
قبل ان يعلم بالعيب لم يكن له ان يردها ولكن يرجع على البايع بنقصان العيب ولا يرجع البايع على شريكه بشيء لان تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه
نصيبه من ملكه وفي نظيره في البيع اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه موضع بيانه كتاب الصلح فينبغي ان يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان
الشريك هو الذي هدم شيا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب في انصباء شركائه الا ان يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما
لان تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا ابوا ان يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع في سهمه فلهذا اثبت له
الرجوع بنقصان العيب على شركائه في انصبائهم ٥

باب الاستحقاق في القسمة

واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمائة واخذ الاخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة
وهي ميراث بينهما او شراء ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم فان ابا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وقيمة
ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقض القسمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد ما في يده ويبطل القسمة فيكون ما بقي في ايديهما
نصفين وفي رواية ابي حفص رحمه الله ذكر محمدا مع ابي حنيفة رحمهما الله وهو الاصح فقد ذكر ابن سماعة رحمه الله انه كتب الى محمد رحمه الله يساله
عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه ان قوله كقول ابي حنيفة ووجه قول ابي يوسف ان باستحقاق نصف ما في يد صاحب المقدم شايعا ظهر لهما شريك
ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلثة نفر اذا قسمها اثنان منهم لا يصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شايعا وتوضيحه ان استحقاقه وان
كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي الى الشيوع في الكل لانه اذا اخذ المستحق نصف ما في يد صاحب المقدم رجع بحصة ذلك فيما بيد صاحب
المؤخر فيكون ذلك بمنزلة ما لو كان المستحق جزءا شايعا في الكل ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان القسمة في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع
فيما بقي ولكن يثبت الخيار للمشتري من نقض البيع في الباقي ومن الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى دارا فاستحق نصف ذلك النصف فكذلك في القسمة
وليس كان بطريق التمييز فهو ابعد من الانتقاض فيما بقي باستحقاق بعضه وهذا لان ما يتبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار
بين شريكين ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقتسما على ان اخذ احدهما نصيبه من المقدم النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر واخذ الاخر
ما بقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين شريكين ولهما شريك لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان
المستحق جزءا شايعا في جميع الدار لان استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم يجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا بمنزلة ما لو استحق من المقدم
بيت بعينه وكان هناك لا يبطل القسمة فيما بقي فكذلك هذا وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده اذا اجاز القسمة لانه لو
استحق جميع المقدم رجع على شريكه بنصف ما في يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف نصف ما في يده ٥ يوضحه ان جميع قيمة الدار الف

وما بقي درهم وباستحقاق المقدم يتبين ان المشترك منهما تسعمائة فحق كل واحد منهما في اربعمائة وخمسين والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي
وما في يد صاحب المؤخر يساوي ثمانمائة فيرجع عليه بربع ما في يده ان كان الذي باع بالف درهم او بعشرة دراهم وعند ابي يوسف يرجع في نصف ما في يده
من الدار فيكون بينهما نصفان ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه وفي قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند ابي
يوسف رحمه الله تبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا
بالقيمة فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند ابي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقي وكان
له الخيار في نقض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع ما في يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك ارض بين رجلين
نصفين وهي مائة جريب فاقتسما على ان اخذ احدهما بحقه عشرة اجربة تساوي الفا واخذ الاخر بحقه تسعين جريبا تساوي الف درهم ثم باع كل واحد
منهما الذي اصابه باقل من قيمته او اكثر ثم استحق جريب من العشرة اجربة ورد المشتري ما بقي منها على البائع ففي قياس قول ابي حنيفة يرجع على صاحب
التسعين جريبا بخمسمائة درهم لصاحبه لان عند ابي يوسف يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة
الاجربة فما انفسخ من الاصل برد الباقي عليه بعيب التبعيض وكانه لم يبع ذلك ففي جميعها نصفان وصاحب التسعين جريبا قد باع ما قبضه بقسمة
فاسدة فنفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند ابي حنيفة القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق ان
المشترك منهما ما يساوي الفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة والسالم للذي اخذ عشرة اجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما
لانه قد باع ما في يده واذا رجع بذلك وسلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتسماها على ان اخذ احدهما
اربعين منها تساوي خمسمائة واخذ الاخر منها ستين تساوي خمسمائة فاستحق شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في
الستين شاة عندهم جميعا وابو يوسف يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار ان المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقي وتبين ان
المشترك بينهما تسعمائة وتسعين درهما والذي سلم لاخذ الاربعين ما يساوي اربعمائة وتسعين ولصاحب الستين ما يساوي خمسمائة فيرجع عليه
بخمسة ليكون حصة كل واحد منهما ما يساوي اربعمائة وخمسة وتسعين والسبيل ان يجعل كل خمسة سهما وانما يرجع بذلك في الستين شاة لانها
في يده فيضرب هو في الستين بخمسة دراهم وصاحبه باربعمائة وخمسة وتسعين والسبيل ان يجعل كل خمسة سهما فيكون الستين بينهما على مائة سهم
للمستحق عليه سهم ولصاحبه الكبير تسعة وتسعون سهما وفي ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه ان ينقض القسمة فيما بقي كما لو اشترى عددا من الغنم فاستحق
واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة له ان ينقض القسمة فيما بقي وهكذا في البيع لتفرق الصفقة عليه فالعقد في المستحق بطل من
الاصل فلا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله واذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة اقفزة منها طعام جيد على حدة وثلثون قفيزا رديء على حدة
فاراد احدهما ان ياخذ العشرة بحقه وياخذ شريكه الثلاثين بحقه لم يجز ذلك لان في هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها متفاضلا الا
ان يرد الذي اخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه على صاحبه واقتسما على ذلك جاز بناء على اصلنا ان الفضل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد
وان استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفي زيادات الزيادات قال في هذه المسئلة يرجع بثلث الثوب وسدس
الطعام الجيد وقيل ما ذكر ثمة جواب القياس وما ذكر في كتاب القسمة جواب الاستحسان وجه القياس انه لو استحق جميع الطعام الرديء
يرجع على صاحبه بجميع الثوب وبنصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان
المعنى فيه ان عشرة من الثلاثين اخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التي اخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه
وهو ثلث الثوب والثلث ما اخذه بالمقاسمة بمقابلة العشرة التي اخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة في الكل
فثلثها انما اخذه بمقابلة ملكه فلا يرجع فيه على احد بشيء والثلث ما اخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث ما اخذه بالمقاسمة
فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك نصفه وثلثا قفيز سدس الطعام الجيد ووجه الاستحسان ان المستحق انما يجعل شايعا
في الكل اذا استوت الجهات فاما اذا تعارضت فلا كما اذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقابضا ثم استحقت عشرة من العشرين
كان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل نصفه من ثمن القلب بطل العقد في القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل
العقد في شيء من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم يثبت التساوي ههنا كذلك لان المقصود بالقسمة التمييز والمعادلة
فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شيء من المستحق مما اخذه بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولكن يجعل المستحق نصف
العشرين الذي اخذه بمقابلة الثوب وعشرة من الثلاثين اخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق ما كان بمقابلة الثوب
فلهذا يرجع بنصف الثوب خاصة واذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقتسماه واخذ احدهما ثلاثين مختوما حنطة ردية وعشرة مخاتيم
شعيرا جيدا واخذ الاخر العشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثون مختوما شعيرا رديا ثم استحق نصف الشعير الرديء فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة

وهذا غلط بين فان العشرة مخاتيم حنطة جيدة في يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح ما في النسخ العتيقة انه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعني بربع
عشرين مختوما حنطة ردية التي اخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة اقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفي القياس على ما ذكر في زيادات
الزيادات يرجع عليه بخمسة اقفزة حنطة ردية وقفيزين ونصف شعير جيد ووجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الرديء من يده رجع على صاحبه بثلث
الحنطة الردية عشرة اقفزة وبنصف الشعير الجيد خمسة اقفزة فاذا استحق نصف الشعير الرديء رجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى
انه اخذ الثلثين قفيزا شعيرا رديا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد اخذ صاحبه عشرة اقفزة شعيرا جيدا وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة
اقفزة من الحنطة الردية التي اخذها صاحبه من نصيبه فاذا استحق النصف كان ثلث المستحق ما اخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على احد بشيء
وثلثه ما اخذها بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة اقفزة من الحنطة الردية التي اخذها صاحبه وثلثه ما اخذه بالمقاسمة فيرجع
على صاحبه بنصف ذلك بقدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا ان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ
بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وانما يحصل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك
سبعة اقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلثين قفيزا يكون سبعة اقفزة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة واذا كانت الدار
بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما النصف المقدم وقيمته ستمائة واخذ الاخر النصف المؤخر وقيمته اربعمائة درهم على ان يرد على صاحبه
مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما اصابه ثم استحق نصف النصف المقدم وقيمته رجع المشتري على بايعه بحصة ذلك من الثمن وبالنقض
في البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما منها نصف المائة التي نقدها ومائة منها ربع قيمة النصف المؤخر لانه
لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التي اعطاها وبقيمة النصف المؤخر وذلك خمسمائة درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف
ذلك وذلك مائتان وخمسون وهذا لان في حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين ان المشترك بينهما ما يساوي
سبعمائة وان حق كل واحد منهما في ثلثمائة وخمسين فصاحب المؤخر اخذ اربعمائة والسالم لصاحب المقدم ما يساوي مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع
على شريكه بربع ما اخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما ما يساوي ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم
بعينه رجع بنصف الثوب ومائة درهم لان المستحق ما اخذه عوضا عن الثوب بصفته فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب واذا كانت دار وارض
بين رجلين فاقتسماها فاخذ احدهما الدار واخذ الاخر الارض على ان رد صاحب الارض على صاحب الدار عبدا قيمته الف درهم وقيمة الدار
الف درهم وقيمة الارض الفان ثم ان صاحب الدار باع الدار فاستحق انسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما
استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشتري على البايع بحصة ذلك من الثمن وامسك الباقي من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر
واربع دوانق من قيمة الارض على صاحب الارض في قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول ابي يوسف يرجع بذلك في رقبتها
ويكون شريكا به في الارض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتاويل قول ابي حنيفة انه لا ينتفع بذلك اليسير من الارض فلهذا جعل له حق الرجوع
بذلك القدر من القيمة حتى اذا رضي هو بالرجوع في رقبة الارض بذلك القدر يكون له ذلك وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف
الارض بمقابلة العبد ونصفه اخذه بالمقاسمة مع الدار وقد كان قيمة الدار الف درهم فلما استحق منها ما يساوي نصف العشر وذلك خمسون
درهما تبين ان المشترك ما يساوي الفي درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوي الف واربعمائة وخمسة وسبعون وقد
اخذ صاحب الارض الفي درهم الف بمقابلة ما ادى من العبد والف بالمقاسمة واخذ الاخر تسعمائة وخمسين ويرجع على صاحبه بستة عشر
درهما واربع دوانق في الارض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستون وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال
ابو عصمة رحمه الله وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي ان يكون رجوعه بما يساوي خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف واربعمائة
وخمسة وسبعون كما بينا ولكنا نقول هذا بناء على الاصل الذي بينا لابي حنيفة ان العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب ذراع
من السفل بذراعين من العلو فاذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا ان المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلثون
وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الاصل واذا وقعت القسمة في دار واحدة
وبنى احدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فنقض القسمة واراد ان يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع
بالبناء في الشراء لاجل الغرور ولا غرور في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير غارا لشريكه فيما يجبره القاضي عليه ولهذا
لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع اذا اخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحقت ونقض بناؤه لم يرجع على المشتري بقيمة البناء وقد بينا في
الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره ايضا احد الشريكين في الجارية اذا استولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن
لانعدام معنى الغرور على شريكه بشيء من ذلك وكذلك اذا استولد جارية ابيه ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى

الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب كان المغصوب منه اذا ضمنه قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت وضمن الغاصب قيمة الولد رجع به
على رواية عن ابى يوسف رحمه الله ولم يرو عن محمد خلافه لان المغصوب منه فى تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من ان يصبر حتى يظهر
الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة فى دارين او ارضين واخذ كل واحد منهما احدهما ثم
استحقت احديهما بعد ما بنى فيها صاحبها رجع على صاحبه بنصف قيمة البنا قيل هذا قول ابى حنيفة رحمه الله بناء على اصله ان قسمة الجبر لا تجرى
فى الدور والاراضى بهذه الصفة وكل موطا عرى قيمة الحرفها فهذا والدار الواحدة عندهما سوا اما ف رحمه الله والاصح عندى انه هذا
قولهم جميعا لانهما انما اطلقا الجواب فى قسمة الجبر فى الدور ولكن قالا ان راى القاضى المصلحة ان يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وربما اقدم
على القسمة قبل ان يرى القاضى المصلحة فى ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع على صاحبه بنصف قيمة
البنا لان نصف الموضع الذى بنى فيه احدهما بعد ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطى احدهما الجارية التى اخذها
فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع على صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول ابى حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجرى فى
الرقيق فيكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فرجع على صاحبه بنصف قيمة البنا لان نصف الموضع الذى بنى فيه
تقدم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطى احدهما الجارية التى اخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع
على صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول ابى حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجرى فى الرقيق فيكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار
فاما عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى فى الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور فلا يرجع على صاحبه بشى من قيمة الولد ويكون له نصف
الجارية التى فى يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب احدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة
فاسدة فينفذ بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك ان اقتسما منزلين متفرقين فى دار واحدة فقد بينا ان المنازل
المتفرقة فى حكم القسمة كالدور المتفرقة فى حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركا وجمع نصيب كل واحد
منهم فى دار على حدة واجبرهم على ذلك فبنى احدهم فى الدار التى اصابه ثم استحقت وهدم بناه لم يرجع على شريكه بقيمة البنا لان القاضى حين
راى جمعها فى القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور فى الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضى يجبر الشركا على ذلك وقد تحقق ذلك
هنا باراء القاضى فينعدم الغرور ولهذا لا يرجع بشى من قيمة البنا واذا اقتسم الرجلان دارين فاخذ احدهما دارا والاخر دارا فبنى احدهما فى الدار
التى اخذها وهدم ثم استحق من الاخرى موضع جذع فى حائط او مسيل ما او طريق وحائط باصله او بنا ثبت فالذى استحق ذلك من
يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها او هدم ما احدث هذا من البنا وضمنه قيمة ما هدم وان شا لم ينقض القسمة ولم يرجع بشى ورضى بما
بقى وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند ابى حنيفة لا يكون له ان ينقض بنا شريكه على ما قال فى الجامع الصغير المشترى شرا فاسدا اذا بنى
فى الدار المشتراه انقطع به حق البايع فى الاسترداد عند ابى حنيفة رحمه الله وليس له ان ينقض بناء المشترى وعندهما له ان ينقض بناه
وعندهما له ان ينقض بناه فهنا اذا اختار نقض القسمة يبين ان صاحبه اخذ الدار بقسمة فاسدة فهى كالماخوذة بشرا فاسد قال
الحاكم رحمه الله ويحتمل ان هذا الجواب على مذهبهم جميعا مخرجا على ما هو الصحيح عند ابى يوسف من مذهب ابى حنيفة اذا بنى المشترى
فى الدار المشتراة شرا فاسدا فانه ذكر فى الجامع الصغير فى رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة ان الدار تترك للمشترى شرا فاسدا من اجل
بنائه حيث قال فيما اعلم وقيل هذه من احد المسايل التى جرت فيها المحاورة بين ابى يوسف ومحمد فى روايته عن ابى حنيفة رحمه الله وقوله
لا يرجع بشى يحتمل ان يكون جوابا فى استحقاق موضع الجذع ومسيل الما خاصة لان ما سوى ما حصة من التدارك ضمنا الاستحقاق لا بد ان
يرجع بذلك او بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البنا ولو اخذ احدهما دارا واخذ الاخر دارين قيمتهما سوا فاستحقت احديهما لم
يكن له ان ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التى اخذ الاخر بمنزلة ما لو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احديهما فلا
خيار له فى الاخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا ايضا لا خيار له فى الباقية فيرجع بعوض المستحق من الثمن فهنا ايضا لا خيار له فى
الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار التى اخذها الاخر لان الدارين كلاهما لو استحقت رجع عليه بنصف الدار التى فى يده فاما اذا استحقت
احديهما وقيمتهما سوا رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا ٥

باب ما لا يقسم

ولا يقسم الحمام والحايط وما اشبه ذلك بين الشركا لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفر المنفعة فاذا ادى الى الضرر وقطع المنفعة
عن كل واحد منهما على الوجه الذى كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه فان رضوا به جميعا قسمته لوجود التراضى منهم بالتزام الضرر ومن اصحابنا
رحمهم الله من يقول هذا فى الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة اخرى بان يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصودا لكل واحد منهم فاما فى الحايط
ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم بنصيبه من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاس بينهم لم يباشر القاضى ذلك لما فيه
من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفى البيت الصغير لا يقسم القاضى بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب
كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به الا ان يتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة
فحينئذ يقسم القاضى لانه متظلم يطلب من القاضى ان يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين فى ارض رجل قد بناه باذنه
ثم ارادا قسمة البنا وصاحب الارض غايب فلهما ذلك بالتراضى وان امتنع احدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من ابقا
نصيبه من البنا والانتفاع به فى الارض لغيرهما بطريق العارية او الاجارة فى ايديهما وكل جزء منه كذلك بينهما وكل واحد منهما ان يكلف صاحبه
رفع البنا ان يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له او مستاجر فكان لكل واحد منهما ان يكلف صاحبه رفع البنا من الاختصاص
بالانتفاع بما هو مستعار له او مستاجر فكان لكل واحد منهما ان يكلف صاحبه رفع البنا لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضى ذلك
اذا ابى احدهما وان كانا ارادا هدم البنا ففى هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا ان القاضى لا يفعل ذلك ولكن اذا ارادا فعله لم يمنعهما عن ذلك
وان اخرجهما صاحب الارض هدماه لان له عارية فى ايديهما وللمعير فى العارية حق الاسترداد متى شا فيكلفهما هدم البنا ثم النقض يحتمل القسمة بينهما
فيفعله القاضى عند طلب بعض الشركا واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم اقسمه لما فى
القسمة من الضرر على بعض الشركا بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكبير او صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق
الى ملكه فى هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل فى ذلك مستوى لصاحب الكبير وفى القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك لا
يعين البيت وصاحب الكبير غير مستوى لصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لاجل القسمة ولهذا قسم القاضى هناك بطلب
صاحب الكبير وهنا لا يقسم اذا كان فى قسمته ضرر على بعضهم دون بعض فى صغيرا وفى ضيق انه لا يجد طريقا الا ان يتراضوا جميعا وان كان
يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك احدهما لانه ليس فى القسمة تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد
بالانتفاع بملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فيقسمها بطلب بعضهم واذا كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد فيه
ممر وكل واحد منهما يقدر ان يفتح فى منزله بابا ويجعل طريقه من وجه اخر فاراد احدهما قسمته وابى الاخر قسمته بينهما لانه لا ضرر على واحد منهما
فى القسمة فكل واحد منهما يتطرق ويتمكن من التطرق الى ملكه من جانب اخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الاخر واذا كان
مسيل ما بين الرجلين اراد احدهما قسمة ذلك وابى الاخر فان كان فيه موضع يسيل منه ماه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الا بضرر لم اقسمه
وهذا والطريق سوا فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الما وهناك بالتطرق ولا فرق فى حق كل واحد منهما بين ان يسيل ماه من هذا الجانب او من
جانب اخر اذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك فى جانب بلا ضرر وان
كان نبات صغير بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شى ينتفع به فاراد بعضهم قسمتها لم اقسمها وهو وما يقوم من البيت الصغير سوا
وان كانت حانوت فى السوق يبيعان فيه او يعملان بايديهما فاراد احدهما قسمته فانى انظر فى ذلك فان كان نصيب كل واحد منهما موضعا يعمل
قسمته بينهما وان كان لا يصيبه ذلك لم اقسمه بينهما لمعنى الضرر واذا كان الزرع بين ورثة فى ارض لغيرهم فاراد واقسمة الزرع فان كان قد ادرك
لم اقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان
كان بقلا لم اقسمه لما فى ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضى صاحبه لان موضعه من الارض عارية
لهم جميعا الا ان يشترطوا فى النقل انه يجز كل واحد منهم ما اصابه فان اقتسموها على هذا برضاهم اجزته لما بينا ان فى هذه القسمة اتلاف حق
فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركا منه ان تراضوا عليه ولو كانت ارض بين رجلين فارادا ان يقتسما زرعه دون الارض لم يجز ذلك ان اشترطا
تركه فى الارض الى وقت الادراك وان اشترطا جزه فذلك واجتمعا عليه اجزته والقسمة فى هذا كالبيع فكما لا يجوز شرا الزرع قبل الادراك بشرط
الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع فى نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على ان يتركوه على النخل لم يجز وان اقتسموه على ان يقطع
كل واحد منهم ما اصابه اجزت ذلك بمنزلة الشرى فان استاذن رجل منهم اصحابه بعد القسمة فى ترك ما اصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب
له الفضل وان تركه بغير رضاهم تصدق بالفضل بمنزلة المشترى للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان تركه باذن البايع طاب له الفضل
وان تركه بغير اذنه لم يطب له الفضل وكل شى يحتاج فى قسمته الى كسر او قطع لم اقسمه بينهم لما فى ذلك من اتلاف جزء الا ان يرضى جميع الشركا فان
رضوا قسمته فالمراد اى لا امنعهم من ان يفعلوا ذلك بالتراضى فاما ان يباشر القاضى ذلك فلا فان اوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين فارادا
قسمته قبل الجز لم اقسمه وكذلك اللبن فى الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون او مكيل فلا يمكن قسمته الا بوزن او كيل وذلك بعد الحلب

والجزاز فاما الولد في البطن فلا يجوز قسمته بين الشركاء لما لمعنى الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضي لم يجز وان كا
نو صبرة تمر بينهما او دن خل فاراد احدهما قسمته لان هذا مما ثبت فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من
الشريكين ان ينفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة او باب او رحا او دابة فاراد احدهما
قسمتها لم يقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤ والياقوتة لا يمكن قسمتها الا بضرر ويقسم اللآلي واليواقيت
بين الشريكين اذا اراد ذلك احدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها واذا كانت حبة من رجلين
فاراد احدهما قسمته وابى الآخر فان كان في قطعها ضرر على كل واحد منهما لم اقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعها
بمنزلة الثوب الواحد وان كان رجلا كثيرا قسمته بينهما لانه لا حاجة الى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت
من نوع واحد ويقسم تبر الذهب والفضة وما اشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لانه لا ضرر في قطع ذلك
على واحد منهما وكذلك علو من رجلين نصيب كل واحد ما ينتفع به والسفل لغيرهما او سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم
اذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفر المنفعة على كل واحد منهما واذا كانت بين رجلين
بئر او عين او قناة او نهر ولا ارض مع ذلك بينهما فاراد احدهما قسمة ذلك وابى الآخر فاني لا اقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة
وفيه ضرر على كل واحد منهما فان كان مع ذلك ارض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والنهر والبئر بينهما
على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على ان يجعل الارض شربا من مكان آخر وكانت ارضين وانهارا متفرقة
او آبارا قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة وقسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضي فهي كالشرب
في البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان لا يباع وحده لا يجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال ابو حنيفة لا اجبر واحدا منهما
على البيع في شيء مما سمينا في هذا الكتاب وان كان طلب شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة من
الشريكين فان القاضي يجبر احدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك او يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن لانه لا طريق لتوفر المنفعة
على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفر المنفعة على كل واحد منهما فكذلك تثبت له ولاية
الاجبار على البيع في كل موضع يتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاستقصاء
لا يشتري الا بثمن وكس فينبغي ان تثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك ان في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحر
وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه في نصيبه بيعا
قوله بانه لا يشترى منه الا بوكس قلنا لانه لا يملك نصيبه الا مشتركا وتوفر المنفعة من نصيبه مشتركا انما لا يحصل له زيادة
على ذلك ولا حق له في الزيادة ٥ يوضحه ان ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما في القسمة وفي الاجبار ههنا ازالة
الملك وللناس في اعيان الملك اعراض الا ترى انه ليس لاحدهما ان يجبر صاحبه على بيع نصيبه فلان لا يكون له ان يجبر على
٥ نصيبه من غيره كان اولى ٥

٥ باب قسمة الدار ٥

٥٥ ذكر عن عكرمة عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذرعوا الطريق سبعة اذرع ثم ابنوا
فيما طريق لغير اهلها وبظاهر هذا الحديث ياخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء في الطريق ينبغي ان يقدر بسبعة اذرع ولسنا
ناخذ بذلك لان هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق في التي اخذها الناس في
الامصار متفاوتة في الذرع فلو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد
ان يتجاوزه الى ما هو اكثر منه او اقل ثم يحمل الحديث على تاويل وهو انه كان ذلك في حادثة بعينها ورأى حاجة الشركاء الى ذلك القدر
من الطريق فامرهم ان يتركوا ذلك القدر ويسوا بينهما فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم في ذلك لا لنصب مقدار في الطريق شرعا
واذا كانت الدار بين رجلين فاراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فاراد صاحب الطريق ان يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويرفع
الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذي له الطريق بينهما ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقهما
لانه لا حق لصاحب الطريق في بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق
ملكهما

ملكهما ولو باشرا فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممر في ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب
الدار لان ذلك الطريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لا فائدة له في الزيادة على ذلك لانه انما يدخل في هذا الطريق
ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا
الطريق الا ان يتراضوا بينهم جميعا لان حق الطريق فيه مستحق لصاحب الطريق كما لا يكون لصاحبي الدار ان يفوتا ذلك عليه
بالبناء فكذلك لا يكون لهما ان يفوتا ذلك عليه بالقسمة فان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضى منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب
فيه صاحب الارض بثلثي الطريق وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر في ذلك مساو للشريكين في
رقبة الطريق فهو مستحق له فساواهم ايضا في حصته من الطريق وكان الكرخي رحمه الله يقول تاويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا
في اصل الطريق فاما اذا كان له حق المرور ولا شركة في اصل الطريق فلا حصة له من الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة
فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق المنفعة دون العين فاذا رضي بالبيع كان ذلك منه رضى بسقوط حقه فلا يكون له
في الثمن شركة الا ترى ان بيع الممر وحده بدون رقبة الارض لا يجوز فيتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر
وقد روي عن محمد قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين الشريكين اذا كان فيه حق الممر لآخر يكون قيمة
ملكهما انقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق الممر فيه فقدر ذلك النقصان حق لصاحب الممر فقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين
فيضرب كل واحد منهم في الثمن عند البيع بمقدار حقه والاصح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه لا مقصود في الطريق الا المرور والمالية والتقوم
باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فاذا استووا في ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأبيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا
قلنا بانهم يستوون في الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد اصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن يتركون
له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية اخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه
عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقي من الدار بين اهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق منه الى ملكه وشق
هذا المقصود على كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا فلا يلتفت الى تعنته
ولكن الى الموضع الذي يفرق الطريقين بما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره فان كان باب الدار
الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق وان كان اوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل في دار رجل وطريقها الى
الدار ان يترك له من الطريق لا مقدار عرض باب الصفة فلو كان له منزل بطريقه في الدار فقسمت الدار وترك له الطريق
فاراد ان يفتح من منزله الى هذا الطريق بابين وثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو اراد ان يرفع جميع الحائط لم يكن
ان يمنعه من ذلك فكذا اذا اراد ان يفتح بابين وثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من اي باب دخل منه في منزله ولا يستحق باب
الا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لا يزيد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل من اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد
منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق الى منزلهما فلا فرق بين ان يتطرقا جميعا من باب او بابين وان كان صاحب المنزل واحدا
فاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفي هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان
يمر من الدار في المنزل وفي الطريق المرفوع بينهم لان له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعدما دخل منزله فلا يمنعه احد من ان يدخل داره
لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية اخرى ولانه لا ضرر على اهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم
يكن له ان يمر في هذا الطريق لانه ما كان لصاحب الدار حق التطرق في هذا الطريق وليس له ان يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد ان يستوفي
من ملك الغير اكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف الطريق ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب في هذا ولو ادعى
اهل الطريق في الطريق فادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف اصله لاستوائهم في اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل
على قدر ما في ايديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند
اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضي وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند
اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق في الطريق سواء فلهذا جعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ما اشرنا اليه في المسئلة
الاولى ان صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى صحنه منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق في الطريق ولو كان يعتبر في قسمة الطريق ذرع ملك كل
واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل ان يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف اصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان
ما اعتبرناه نوع من الظاهر وانما يصار اليه اذا لم يعلم حقيقة الحال بعلامة فان كانت دار الرجل ولآخر فيها طريق فمات صاحب الدار واقتسم

ورثة الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق وطريقه باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قايمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفان فبموته وكثرة ورثته لا يزداد نصيبه ولا ينتقص نصيب صاحب الطريق وان لم [يعرف] ان اصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد روسهم وراس صاحب الطريق لانهم مستوون في الحق في الطريق وقد بينا ان البنا على الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه وكل واحد منهما في الظاهر اصل في نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم فاذا كان في يدي رجل بيت من الدار وفي يد اخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم اثلاثا لاستوايهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيه وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات احدهم عن ذرية كان لورثته تلك الساحة لانهم قايمون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا بينهم طريقا صغيرا او عظيما او مسيلا لذلك فهو جايز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم او ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يدخل ذلك في قسمة الدار الا ترى ان عند ابي حنيفة لكل واحد من المسلمين ان يخاصم في رفع ذلك البنا وعندهما اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك عرفنا انه لا حق للشركا الا في نقض البنا فيعتبر ذلك في القسمة بينهم فاما ان يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية قسمة العلو والسفل بالذرع بين الشركا ٥

باب قسمة الدار الميت وعليه دين او وصية

واذا اقتسم الورثة دار الميت وعليه دين رددنا القسمة قليلا كان الدين او كثيرا اما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك واما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحراز ولا يسلم للوارث شي من التركة الا بعد قضاء الدين فيصير قسمة قبل اوانها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بعته في الدين وانفذت الوصية لان كل مال الميت محل لقضا الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من اموالهم على قدر مواريثهم وابرا الغريم من الدين جازت القسمة لزوال المانع اما بوصول حقه اليه واما بسقوطه بالابرا وكان سائر تصرفات الورثة في التركة ينفذ اذا وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي والورثة على الموصى له الغايب بغير قضا قاض لان الموصى له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو ارادوا ابقاء حقه في محل اخر لم يملكوا ذلك فاذا كان غايبا وليس عنه خصم حاضر لم تجز القسمة والوصي لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصي انما ينتصب خصما عمن يكون خلفا الميت في الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا لا يجوز قسمة الوصي مع الموصى له وانما شرطنا القسمة بغير قضا قاض لان القاضي اذا كان هو الذي قسم نفذ قضاوه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له على الموصى له الغايب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غايب وليس للميت وصي ولا للغايب وكيل ثم قدم الغايب فله ان يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور من الورثة على الغايب والصغير خصوصا في نصر قسمهم مع انفسهم والقسمة بضرر الصفة وما ينقل وما لا ينقل في ذلك سوا وان كان شي من ذلك ميراثا بينهم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا او اوصى بوصية او كان له وارث غايب او صغير ولا وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء القاضي فللغرما ان يبطلوا القسمة وكذلك اهل الوصية والوارث الغايب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما في العين او المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر لانهم قايمون مقام الميت الثاني في حصته ولو كان هو حيا غايبا لم ينفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على انفسهم بالقسمة ثم ادعت امراة الميت مهرها واقامت عليه البينة فلها ان تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجا من دينها لان دين الوارث كدين اجنبي اخر وللورثة ان يقضوا الدين من مال اخر لهم ويستخلصوا التركة لانفسهم فهي انما وافقتهم في القسمة على ان يقضوا مهرها من محل اخر فلا يكون ذلك منها ابرا للميت عن المهر ولا اقرارا بانه لا دين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لا تنفذ الا بقضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل ان يصل اليه الدين لا تكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لا لحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها ان تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث اخر دينا على الميت فهو والمهر سوا ولو ان وارثا ادعى وصية لابن له صغير له بالثلث واقام البينة وقد اقتسموا الدار ان هو [و] القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية لان الاب لو اراد ان يرد هذه الوصية او يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعدته مع الورثة على القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية الا ان الاب ليس له ان يبطل القسمة تمت به ومن سعى في نقض ما تم به ضل سعيه وانما له على

القسمة

القسمة معهم اقرار بانه لا وصية لابنه لما قلنا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة في العين فالقسمة لا تنفذ بدون تمييز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء الغريم من محل اخر جايز فلا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا او ساعيا في نقض ما قد تم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا في كلامه فلا يسمع دعواه وللابن اذا كبر ان يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار بين قوم فاقتسموها على قدر ميراثهم من ابيهم ثم ادعى احدهم ان اخا له من ابيه وامه قد ورث اباه معهم وانه مات بعد ابيه فورثه هو واراد ميراثه منه وقال انما قسمتم الي ميراثي من ابي ولم يكتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما اصاب البعض واقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم ينقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة فقد اقر ان جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه ان بعض الدار لاخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعى في نقض ما قد تم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا في القسمة انه لا حق لبعضهم فيما اصاب البعض فهو ابين لدعواه ومراده من قوله او لم يكتبوا ازالة الاشكال لا بيانا ان التسوية في الفصلين في الجواب وكذلك لو اقام البينة انه اشتراها من ابيه في حيوته او انه وهبها له وقبضها منه او انها كانت لامه ورثه منها لم تقبل بينته لانه مناقض في كلامه ساع في نقض ما قد تم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من ابيهم فمات احدهم وترك ابنا كبيرا فاقتسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم ان ابن الابن اقام البينة على ان الجد اوصى له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الاب فيستوفي دينه منه الا ترى ان الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم القسمة كان ذلك باطلا وكان له ان يبطل القسمة وكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومعنى هذا انه لا معتبر باجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازته وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوى الدين ساعيا في نقض ما قد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة في العين بالوصية بالثلث والقسمة هناك تتم برضاه كما لو كان الموصى له اجنبيا اخر فيكون هو في دعوى الوصية ساعيا في نقض ما قد تم به وكذا اذا ادعى الوارث انه كان اشترى نصيبه منه في حيوته بثمن مسمى ونقده الثمن واقام البينة على ذلك فهو جايز ولا تبطل ذلك القسمة لانه خصم في نصيبه سوا كان شرا او ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه واذا كانت الارض ميراثا بين قوم فاقتسموها وتقابضوا ثم ان احدهم اشترى من الاخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشرا جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشرا كلاهما تصرف من الوارث في التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن ابيهم دارا فاقتسموها اثلاثا ثم ان احدهم باع ثلث جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها واقام البينة على ذلك وتقابضوا ثم ان رجلا غريبا اشترى من احدهم قسمه وقبضه ثم جاء احد الباقين فقال انا لم نقسم فاشترى منه الثلث جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها واقام البينة على ذلك وصدقه البايع الاول وكذبه الثاني وقال المشتري لا ادري اقسمتم ام لا فان القسمة جايزة لانها تثبت بحجة اقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركا وتبين ان الاول باع نصيبه خاصة فكان بيعه صحيحا واما الثاني انما باع ثلث الدار شايعا ثلث ذلك من حصته وثلثا ذلك من نصيب غيره فانما ينفذ بيعه في نصيبه خاصة ويخير المشتري فيه ان شاء اخذ ثلث حصته بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا ينبغي ان يقال ان الشريك ينبغي ان ينصرف بيعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لان ملكه في منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شايعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ما قبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف بيعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شايع في جميع الدار كما باعه ولو كان المشتري اقر في الشرا الاول بالقسمة واقر في الشرا الاخر انها لم تقسم والمسالة على حالها كان القضاء بينهم على ما وصفته لان في اثبات القسمة منهم هو الخصما ولا قول للمشتري في ذلك ولان المشتري في كلامه الثاني مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر في حقه حتى اذا اراد البيع الثاني فانه يرد عليه من نصيبه الاول ثلثه لانه اقر له به وكانه جحوده في الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان امضى البيع لزمه ثلثا الثمن ثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثاني لان زعمه معتبر في حقه فقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد لزمه بزعمه ثلثا ما اشتراه من الثاني ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى في يد البايع الثاني لما صحة الذي اصابه لان المشتري منه ما سلم له من ذلك القسم الا الثلث واذا اقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك انه اوصى له بالثلث فاني اقبل منه البينة على ذلك ولا اخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بانها ميراث وان كان فيها دين ووصية على معنى انه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه لورثته اذا اسقط الدين ورد الموصى له فلا يكون هو في دعوى الدين والوصية مناقضا في كلامه بخلاف ما اذا ادعى شرا من الميت او هبة او صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض في كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشتري منه في حيوته لا يكون مملوكا له عند موته وكذلك لو اقر انها ميراث من ابيه ثم ادعى انها ميراث من غير ابيه فذلك غير مسموع للتناقض واذا اقتسم القوم دارا ميراثا عن الميت والمراة مقرة بذلك واخذت الثمن فعزل لها على حدة ثم ادعت انه اصدقها اياها او انه اشتراها منه في حيوته فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد اقرت

اذا كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهي مناقضة وهذه الدعوى تعد حلك وكذلك اذا اقتسموا فاصاب كل انسان طائفة بجميع
ميراثه عن ابيه ثم ادعى احدهم في قسمة الاخر بناء او غلاء زعم انه هو الذي بناه وغرسه واقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار
ان جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاحد من ابيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة ابيه ولو اقتسموا
دارا او ارضا فيها زرع ونخل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة ولا اشهدوا وانما اصاب كل واحد منهم ميراثه من ابيه فان الزرع والثمار لا يدخل
في هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم ان يطلب نصيبه منها لان القسمة في هذا كالبيع وقد بينا ان الثمار والزرع لا يدخل في البيع اذا لم يشترط
بكل قليل وكثير هو فيه او منه فكذلك لا يدخل في القسمة ولو كانت الدار والارض غلة من اجارة كانت او من ثمرة دين على رجل لم يدخل ذلك في
القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه ويبقى ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك في قسمة رجل كانت القسمة فاسدة لان كل
واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز
ولو اقتسموا على ان يضمن احدهم دينا على الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان في اصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشتري في البيع
ان يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذا اذا شرط ذلك في القسمة وان ضمنه بغير شرط في القسمة على ان لا يتبع الوارث الميت ولا ميراثه
بشيء من ذلك او على ان يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضي الغرماء بضمانه كما لو ضمنه اجنبي اخر بشرط براءة الميت ورضي الغرماء بذلك
وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان ابى الغرماء ان يقبلوا ذلك فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت
وهو مانع من نفوذ القسمة وان رضوا بضمانه وابرؤوا الميت ثم توى المال على الضامن رجعوا في مال الميت حيث كان لانهم ابرؤوا بشرط
ان يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في ... تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود
الى ذمة المحيل ٥

باب دعوى الغلط في القسمة

واذا اقتسم القوم ارضا ميراثا بينهم او شراء او نقدا بصواب ثم ادعى احدهم غلطا في القسمة فانه لا يشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه لان
القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري اذا ادعى
لنفسه خيارا بسبب العيب او الشرط ولكن ان اقام البينة على ذلك فقد اثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه
لان المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة ان المعادلة بينهم لم توجد كما لو اثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة واراد
ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا استحلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل
ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه الى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره فما في يده يجعل كان
ما اقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد في شيء من ذلك لا مساحة ولا كيله ولا وزنه الا بحجة لان
الظاهر وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذي حق حقه والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه ٥ واذا اقتسم رجلان دارين واخذ ٥
دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا وكذا ذراعا في الدار التي في يد صاحبه فضلا في قسمته فانه يقضى له بذلك القدر
ولا تعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة في قول ابي يوسف ومحمد واما في قول ابي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار بينهما نصفان لان الثابت ٥
كالثابت باتفاق الخصمين ومن اصل ابي حنيفة ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا يجوز الا بالتراضي وبيع كذا وكذا ذراعا من الدار التي في يد الغير
لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في البيوع فكذلك اذا شرط لاحدهما ذلك في دار صاحبه في القسمة كانت القسمة فاسدة واما على قول
ابي يوسف ومحمد هذا بمنزلة البيع ايضا لما بينا ان قسمة الجبر في الدار انما تجري عندهما اذا راى القاضي المصلحة فيه فاما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن
من اصلهما ان بيع كذا وكذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك في القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان
معنى التمييز هناك يغلب على معنى المعاوضة في القسمة وهذا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا وكذا ذراعا في نصيب
صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشركة والشيوع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب
على ما بينا ويتحقق المعاوضة مع شرط كذا وكذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذا اقتسما اقرحة فاصاب احدهما قراحان والاخر اربعة اقرحة
ثم ادعى صاحب القراحين احد الاقرحة التي في يد الاخر واقام البينة انه له اصابه في قسمه فانه يقضى له بها لانه اثبت الملك لنفسه في ذلك البعض
بالقسمة واثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضى له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا في الاثواب فان لم يكن
للمدعي بينة كان له ان يستحلف الذي في يده الثوب لان ذا اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو اقر به ادعى صاحبه امر بتسليمه اليه فاذا انكر

استحلف

استحلف على ذلك وان اقام البينة على ثوب بعينه مما في يد صاحبه انه اصابه في قسمه وجاء الاخر ببينة انه اصابه في قسمه فالبينة بينة الذي ليس
في يده الثوب لان دعواهما في الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذي اليد لانه هو المحتاج الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه
ما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وان اقتسما غنما فاخذ احدهما خمسة وخمسين شاة واصاب الاخر خمسا واربعين شاة
ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسألة في الحاصل على ثلاثة اوجه احدها ان يدعي الغلط في التقويم وذلك
غير مسموع منه وان اقام البينة على ذلك لانه ساع في نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين فيه واختلاف
الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت سببا في ذمة غيره انما يثبت انا وله فضل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك
يختلف باختلاف القيم مقدار القيم بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا في ذمة الغاصب لان المغصوب
مضمون بالقيمة دينا في ذمة الغاصب يوضحه ان القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا يقبل البينة على قيمة المبيع من احد المتعاقدين
على صاحبه فكذلك في القسمة والثاني ان تكون الدعوى في عدد ما اخذ كل واحد منهما بان قال احدهما لصاحبه اخذت احدى وخمسين غلطا
واخذت انا تسعا واربعين وقال الاخر اخذت انا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة لان الاختلاف بينهما في مقدار
المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعي الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعي شاة مما في يد صاحبه انها
اصابته في القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال اخطانا في العدد واصاب كل واحد منا خمسين خمسين
وهذه الخمس كان خطأ منا وقال الاخر قد اقتسمنا على هذا لك خمسة واربعون ولي خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا
وترادا لان القسمة في معنى البيع واختلاف المتبايعين في المبيع حال قيام السلعة يوجب التحالف والتراد فكذلك في القسمة لانه عقد
محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضي فيفسخ بالتحالف ايضا فان اقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت القسمة لان صاحب الخمس واربعين هو
المدعي وهو المثبت ببينته فيترجح لذلك بينته ويتبين كان خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا
اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا اصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هو في يده اصابني هذا كله
تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما في المعقود عليه في الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة انعقدت بينهما على ما شهد به الشهود كما لو
اتفق الخصمان عليه وهذا لانه انما اصاب كل واحد منهما معلوما بعينه وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم فهناك تثبت
بينة صاحب الخمس واربعين انه بقي من حصته خمس شاة فيما اخذ صاحبه فلهذا ابطل القسمة وان اختلفا في الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا
الحد لي قد دخل في نصيبي وقال الاخر هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة اخذت بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد
منهما يثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه بعينه واجتمع في ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذي اليد فيترجح بينة الخارج وان لم يقم لهما
بينة استحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما ما في يده لان كل واحد منهما يدعي لنفسه جزءا معينا في يد صاحبه وان اراد
احدهما ان يرد القسمة ردها بعدما تحالفا لما بينا ان الاختلاف بينهما في المعقود عليه في مقدار ما حصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك
موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما في البيع ٥ رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار واخذ كل منهما
النصف واشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا ان يقر به صاحبه من قبل انه قد
اشهد على الوفاء ... مستوفيا بكمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان اقر
صاحبه فاقراره حجة عليه لزمه اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعي يثبت الاستحقاق له ولو لم يكن اشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار باستيفاء
حتى قال اقتسمنا فاصابني هذه الناحية وهذا البيت والناحية في يدي والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل اصابني البيت وما في يدي كله
فان سأل المدعي عن البيت اكان في يد شريكه قبل القسمة فلم يدفعه اليه او غصب منه بعد القسمة فان قال كان في يدي بعد القسمة
فغصبني او اعرته اياه او اجرته لم انقض القسمة لتصادقهما على انها تمت بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه ويبقى دعواه ان البيت وصل الى
يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان قال كان في يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا وترادا لان
الاختلاف في مقدار ما اصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا ان الاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في
الحد وعلى هذا القسمة في جميع اجناس الاموال لكون الجواب على التقسيم الذي قلنا اذا ادعى احدهما شيئا في يد صاحبه ولو ادعى غلطا في الذرع
فقال اصابني الف ولك الف فصار في يدك الف ومائة وفي يدي تسعمائة وقال الاخر اصابك الف واصابني الف وقبضتها ولم ازدد
فالقول قول الذي يدعى عليه الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعي عليه انه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال اصابني الف ومائة
واصابك الف ومائة وقال الاخر بل اصابني الف واصابك الف فقبضت انت الفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وترادا لاختلافهما

على ان المدعى عليه قبض الفا ومايه وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعي يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومايه والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعي لم يقر بقبض المايه هنا والمدعى عليه يدعي ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فغصبتها لم تنقض القسمة واحلف المدعي قبل الفصل لانهما تصادقا على انهما اقتسما بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى احدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذي يدور عليه هذه الفصول ان القسمة تجارة وتمامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا في المعقود عليه واذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مايه شاه فصار في يد احدهما ستون وفي يد الاخر اربعين فقال الذي في يده الاربعون اصاب كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المعقود عليه فيثبت حكم التحالف ولو اقتسما مايه شاه فصار في يد احدهما ستين وفي يد الاخر اربعين فقال الذي في يده الاربعون اصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبني عشرا منها وخلطها بغنمك فهو لا يعرف وجحد الاخر الغصب وقال بل اصابني ستون وانت اربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على ان كل واحد منهما قبض كل حقه بالقسمة ثم ادعى احدهما الغصب على صاحبه وانكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه ولو قال الاول اصابني خمسون فدفعتها اليك وبقي في يدك عشرة لم تدفعها الي وقال الاخر اصابني ستون واصابك اربعون تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما في مقدار ما اصاب كل واحد منهما ولو كان اشهد عليه بالوفا قبل هذه المقاله كان القول قول الذي في يده ستون لاقرار صاحبه باستيفا كل حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض في الدعوى بعد ذلك الاقرار والدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها مستوجب لها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفا فقال الذي في يده الاربعون كانت غنم والدي مايه شاه فاصابني خمسون واصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبتني عشرا وهي هذه وقال الذي في يده الستون بل كانت غنم والدي مايه وعشرة فاصابني ستون وانت ستون ولم اغصبك وقد تقابضنا فان هذا فرق بفضل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الاخر انما اقر بقسمة المايه وهو منكر للقسمة فيما زاد على المايه وقد اقر والد ان هذه العشر زيادة على المايه وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشر في يده غير مقسومه فيردها ليقتسم بينهما فان لم تقر بفضل على المايه وقال كانت مايه فاصابني ستون واصابك اربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذي ادعاه صاحبه عليه من قبل ان شريكه قد اقر من حصة المايه ولم يره من حصته من الفضل عليها فان كانت قايمة بعينها اقتسماها نصفين والا انتقضت القسمة لجهالة العشر التي لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل ان يرد الستون والاربعون ويستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القول القسمة الاولى

باب قسمة الوصي على اهل الوصية والورثة

واذا كان في الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين في نصيبه يكون متملكا على اصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حصته فيها دين على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما في ذمة زيد من صاحبه بما يتملك عليه من نصيبه مما في ذمة عمرو واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلان لا يجوز بعوض من دين اولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطل لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا يجوز قسمة وصي الاب بين الصغيرين لان في القسمة معنى المعاوضة وليس للوصي ولاية بيع مال احد اليتيمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا بمنفعة ظاهرة لليتيم وفي هذا التصرف ان يقع احدهما اضر بالاخر وان كان معهم ورثة كبار فاقتسم الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة في مال الصغيرين مع الوارث الكبير جايز وكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير قال في الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل الاخير فاما قبله فقسمة الاب بين ابنيه الصغيرين جايز لانه يملك بيع مال احدهما من صاحبه بخلاف الوصي بمفرده بالتصرف لا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا يجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان فيهم غايب فقاسم الوصي عليه لم يجز في العقار وجاز في غيرها لان القسمة في العروض من الحفظ وللوصي ولاية الحفظ في نصيب الكبير الغايب فكان له في نصيبه من القسمة ما يرجع الى الحفظ فاما العقار محصنة بنفسها وليس له في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له في نصيب الكبير

الغايب

الغايب مع نصيب الصغار وقاسم الكبار الحضور فهو جايز في العقار وغيرها في قول ابي حنيفة ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد على الكبير الغايب في العقار وهذا ينبني على ما بينا في كتاب القسمة ان عند ابي حنيفة رحمه الله ثبوت ولايته في نصيب الصغير على جميع التركة من العقار وغيرها وعندهما لا يملك البيع الا في نصيب الصغير وكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم في وصي الذمي لانه في ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت وورثته مسلمون فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم على الصغير قبل ان يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كساير التصرفات والانابه في التصرف بعد الموت كالانابه في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك اذا جعله وصيا في التصرف في موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية فالرقيق ليس من اهل ان تثبت له الولاية وكذلك لو كان الوصي عبدا لغير الميت فهو وصي في هذا التصرف بطريق النيابة بمنزلة ما لو وكله في حياته حتى يخرجه القاضي من الوصاية لاعتبار معنى الولاية فالرقيق ليس من اهل ان تثبت له الولاية على غيره لانه لا ولاية له على نفسه وانما يتعدى الى الغير عند وجود شرط التعدي ما كان للمرء من الولاية على نفسه ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا يجوز عليه ساير تصرفاته لانه لا ولاية له على نفسه عليه وهو ليس بنايب عن الصغير في التصرف لينفذ بطريق النيابة ويحل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز قسمة الحربي المستامن على ابن صغير له ذمي لان الذمي من اهل دارنا ولا ولاية للحربي على من هو من اهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض الآية ولا يجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته على ولد صغير له مثله مرتد لا ولاية له عليه ولا ولاية له على التصرف في ماله اذا قتل على ردته حتى يبطل قسمته لنفسه وساير تصرفاته اذا قتل على الردة في قول ابي حنيفة ففي حق ولده الصغير اولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير في جميع ما وصفنا لانه لا ولاية له على نفسه وهو محتاج الى تصرف الولي له كالصغير واما المبرسم والمغمى عليه والذي يجن ويفيق فلا يجوز عليه القسمة الا برضاه او وكالته في حال افاقته لان هذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برايه في حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الى اقامة راي الولي مقام رايه لتحقيق اهل الحاجة واهل الذمة في القسمة بمنزلة اهل الاسلام الا في الخمر والخنزير يكون بينهم فاراد بعضهم قسمتها وابى بعضهم فاني اجبرهم على القسمة كما اجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم كالخل والغنم في حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا في كيلها لم يجز الفضل في ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل او موزون في حكم الربوا هم يستوون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذمي مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من اهل الذمة فيقاسم للصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف في الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغي له ان يفوض ذلك الى ذمي ولا يشكل ذلك على اصل ابي حنيفة لانه يجوز للمسلم ان يوكل الذمي بالتصرف له في الخمر والخنزير وكذلك على قولهما لان الوكيل نايب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير الا ترى انه يرجع بالعهدة من العهدة في مال الصغير والوصي فيما يامره بمنزلة القاضي ولو امر القاضي الذمي بالبيع والقسمة في خمور يتامى اهل الذمة صح فكذلك امر الوصي وان كان الذمي المسلم نفسه ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراوه في الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته في مال يجوز له ان يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض براي غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا اسلم احد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع ساير الورثة جاز في قول ابي حنيفة ولم يجز في قولهما لان في القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمي ببيع الخمر والخنزير ولو اخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا لحصة شركايه من الخمر الذي خلله لان القسمة لم تصح عندهما كما لو باشر بنفسه فانما قبض نصيب شركايه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خلله فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له واذا كان في تركة الذمي خمر او خنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يولي مع ذلك رجلا من اهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يامره القاضي بذلك يكون نايبا عن الميت ولهذا يرجع بالعهدة في مال الميت والميت كافر فهو الذي خرج على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لا ان يكون بيع قيم القاضي وانفاذه والمكاتب كالحر في القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المفاوضه كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه نقضها لان القسمة تمت في حال قيام الكتابة فهو كبيع او شرا اتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جايز لانه في التصرف مع المولى بعد الشراء كاجنبي اخر فكذلك في المقاسمة لا يجوز ولا يجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سوى كان المكاتب حاضرا او غايبا لانه في حكم التصرف في كسبه كاجنبي اخر فان تعذر ذلك وعجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم يجز تلك القسمة كما لا ينفذ ساير تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو في كسب المكاتب كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز

او مات لم يجز لوكيله ان يقاسم بعد ذلك لان الوكيل كالنايب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز
لو باشره بنفسه فكذلك من وكيله وان اعتق فهو على وكالته لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه
بنفسه وان اوصى المكاتب عند موته الى وصى فقاسم الوصى ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته في هذا جايزة على
ما تجوز عليه قسمة وصى الحر لانه يؤدى كتابته ويحكم بحريته حال حيوته فكانه ادى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على
ولده الصغير كوصى الحر وقال في الزيادات وصيه بمنزلة وصى الحر في حق الابن الكبير الغايب حتى تجوز قسمته فيما سوى العقار وما ذكر هنا
اصح لانه لا تثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته الى حال حيوته لانه في تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه
ان ينظر لولده فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصى اذا كان للموصى على ولده الصغير المولود في الكتابة من الولاية مالا
الى الحفظ ولا ولاية له عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان فقد ذكرناه في املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفا
فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا في المكاتبة لم تجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضى
على الكتابة فان ادوا المكاتبة قبل ان يردوا القسمة اجزت القسمة لانهم لما ادوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على ما
الرواية حتى يملك استيناف القسمة فكذلك ينفذ تلك القسمة منه لانه لا فايدة في الاشتغال بنقض قسمته ثم يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر
بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبدا تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين
او على احدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمتهما باطل بمنزلة البيع والشرا وهذا لان كسبهما لمالك واحد والقسمة في مال هو خالص
لمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان
كل واحد من المكاتبين في كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا اشتراها العبد
فان لم يكن على العبد دين فهو جايز وان كان عليه دين قليل او كثير لم يجز الا ان يسلمه العبد بمنزلة ساير تصرفات المولى في كسبه وان قاسم
العبد التاجر رجلا اجنبيا بغير امر مولاه وعليه دين او لا دين عليه فهو جايز لانه من نوع التجارة وقد استفاد مطلق الاذن في التجارة و
تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير امر من المولى والحاصل ان القسمة تصرف كالبيع والشرا في ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين اذن له
احدهما في التجارة واشترى هو ورجل اخر دارا جاز ذلك في حصة الذي اذن له لان الاذن كالحجر وقد ثبت ذلك في نصيب الذي اذن له
فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب احد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جايز كما لو باع نصيبه من شريكه
او من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر في نصيب الاذن منه ولو كانت دارا بينه وبين مولاه الذي لم ياذن له من نصيب الاذن
كالاجنبي وهو نظير ما لو كاتبه احد المولين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وساير تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي
ومع المولى الاخر وكذلك العبد الذي اذن له احدهما في التجارة والله اعلم

يتلوه كتاب الاجارات

تم الجزء الثاني من كتاب المبسوط لشمس الايمة السرخسي من تجزية اربعة اجزا ووافق الفراغ منه في يوم الجمعة المبارك خامس عشر شهر رجب الفرد
سنة سبع وثمانين وسبعمايه من الهجرة النبوية على صاحبها افضل الصلوة والسلام
على يد اقل العبيد الفقير الحقير المعترف بالعجز والتقصير الراجي عفو ربه الكبير
محمد بن عبد الرحمن بن حبيب الدلجي الوفائي غفر الله له ذنوبه
وستر عيوبه وكشف كروبه ورحم والديه وساير
اموات المسلمين امين امين امين

قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاءً اعلم أن الإجارة عقد
على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعًا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة
والآخر بعوض وهو الإجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضكم
فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضًا سخريًا أي في العمل بأجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام
على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرًا فمن عندك وما ثبتت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا ما لم يقم الدليل على
انتساخه وقال عليه السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه فالأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد وبعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم على ذلك وبين أحكامه وزعم بعض
مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى جواز هذا العقد لأنه يرد على المعدوم وهي المنفعة التي توجد في مدة الإجارة
والمعدوم ليس بمحل للعقد لأنه ليس بشيء فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولأن ملك المعقود عليه بعد
الوجود لا بد منه لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافًا فالآن المعاوضات
لا تحتمل الإضافة كالبيع والنكاح قال رضي الله عنه وهذا عندي ليس بقوي لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك
لا يتحقق في المنافع فإن الوجود يعجزه عن التسليم حكم العقد هنا لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين والتسليم حكم
العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد إلى وقت التسليم فإذا كان بالوجود
يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن يقام العين المنتفع به موجود
في ملك العاقد مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم
العقد والتسليم وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو يجعل
العقد مضافًا في الانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن
من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب
ما يحدث من المنفعة وإنما يجعل كذلك لحاجة الناس إلى ذلك فالفقير محتاج إلى مال الغني والغني محتاج
إلى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقًا لأصول
الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لا بد من إعلام ما يرد عليه
العقد على وجه تنقطع به المنازعة فإعلام المنفعة ببيان المدة والمسافة وذكر المدة لبيان مقدار
المعقود عليه لا للتوقيت في العقد فإن المنافع لما كانت تحدث شيئًا فشيئًا فمقدارها يصير معلومًا

ببيان

ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن في المقدرات وببيان المسافة فإن مقدار السير والمشي يصير به معلومًا
وإعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدث في المحل من دباغة أو قصارة أو خياطة فيختلف
مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه إقامة العمل بيده إلا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط
لأنه مفيد فإن الناس يتفاوتون في إقامة العمل بأيديهم وكما يجب إعلام ما يرد عليه العقد يجب إعلام البدل لقطع
المنازعة وقد دل عليه الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن أبي هريرة وأبي سعيد أن النبي عليه السلام قال لا يستام
الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بإلقاء الحجر ومن استأجر أجيرًا فليعلمه أجره وهذا
حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وببعضه كتاب الإجارات وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل
وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ روي برفع الميم وبكسر الميم فيكون نهيًا والنهي
بجزمه ولكن المجزوم إذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ورفع الميم وهو نهي بصيغة الخبر وأبلغ ما
يكون من النهي هذا كالأمر فإن أبلغ الأمر ما يكون بصيغة الخبر ثم قال سفيان بن عيينة رضي الله عنه ظاهر
الحديث إذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لأن النهي يوجب فساد المنهي عنه
ولكنا نقول هذا المعنى في غير المنهي عنه غير متصل به وهو الأذى والوحشة الذي يلحق صاحبه وليس ذلك من
العقد في شيء فيوجب الإساءة ولا يفسد العقد كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ثم هذا النهي بعد ما
ركن أحدهما إلى صاحبه فأما إذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما إلى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه
على ما روي أن النبي عليه السلام مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لأن المزايدة
لا بأس به على ما روي أن النبي عليه السلام باع قدحًا وحلسًا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة أن ينادي الرجل على
سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فما لم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد وإذا
ساومه إنسان بشيء فكف عن النداء ورضي بذلك حينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استيامًا على سوم
الغير وكذلك إذا خطب امرأة ولم يركن إليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقالت إن معاوية وأبا الجهم يخطباني فقال عليه السلام أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له
وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله انكحي أسامة بن زيد رضي الله عنه فأما بعد ما ركن أحدهما إلى صاحبه
لا يحل لأحد أن يخطبها لأن معنى الأذى إنما يتحقق في هذه الحالة والمراد بالنجش الإثارة ومنه سمي الصياد ناجشًا
لأنه يثير الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن فعلوها لا لنشادي ذلك ولا يقصد شراءها وإنما
يقصد أن يرغب الغير في شرائها وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا بإلقاء الحجر وفي بعض
الروايات ولا تنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضًا فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا يتعارفونها
في الجاهلية وهي أن يرمي بحجر إلى سلعة إنسان فإن أصابها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر
كما روي أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرًا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز
الإجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب إعلام الأجر وأنه لا يجب تسليم الأجر بنفس العقد لأنه أمر
بالإعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الأولى أن يقول فليوفه أجره وفي قوله عليه السلام
أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل على ذلك أيضًا وأنه أمر بالمسارعة إلى أداء الأجرة وجعل
أول أوقات المسارعة ما بعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن وقت الوجوب هذا وعن
أبي أمامة قال قلت لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما إني أكري إبلي إلى مكة أفيجزيني من حجتي فقال
ألست تلبي وتقف وترمي الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني
عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلًا من ربكم فقال عليه السلام
أنتم حاج وفي هذا دليل جواز الإجارة وجواز كري الإبل إلى مكة من غير بيان المدة لأن ذكر المسافة في
الإعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لأن خروجه كان لتعاهد إبله واكتساب الكرى
لا لنفسه وهو موضع الإشكال فإن النبي عليه السلام جعل من أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة

فان ابن عمر رضي الله عنه اشكل له بما ذكره من مباشرة اعمال الحج وهذا بيان له ان بالذهاب لا يتأدى الحج وانما يتأدى بالاحرام والوقوف والطواف والرمي وهو بهذه الاعمال لا يبتغي عرض الدنيا وهذا جواب تام لو اقتصر عليه ولكنه احب ان يزيده وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا سطع شيء من الوهاج ثم فيه دليل ان النبي عليه السلام كان ينتظر نزول الوحي في بعض ما يسأل عنه فانه اخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية وبين له انه لا نقصان في الحج واهل الحديث يروون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة في طريق الحج ولما كان اكثر الابل في معناه روى ابن عمر الحديث فيه وعلى هذا قلنا الوسائي اذا دخل المصر يوم الجمعة لشرى الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في ثواب الجمعة والذي لا شغل له سوى اتيان الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فما سوى ذلك يكون تبعا له ولا يتمكن نقصان في ثواب العبادة وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه قال اتى رجل الى ابن عباس رضي الله عنه فقال اني اجرت نفسي من قوم وحططت لهم من اجري افيجزيني من حجتي فقال ابن عباس هذا من الذين قال الله تبارك وتعالى ليس عليكم جناح الآية وانما اشكل على هذا السائل ما اشكل على الاول وكانه بلغه الحديث الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد انما لك ديناراك في الدنيا والآخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجرة ليرتفع به نقصان حجه فان الحط احسان والانتداب الى ما ندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فازال ابن عباس رضي الله عنه اشكاله وبين انه لا نقصان في حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجر وان كان حجه بدونه تاما لان المنع من البر والاحسان لا يحسن وهو على ما افتى به ابن عباس رضي الله عنه بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدمه غيره لا ليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر اعمال الحج ويخدم في الطريق غيره باجر فكان هذا تبعا لا يتمكن به نقصان في الاصل وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على حائط فاعجبه فقال لمن هذا الحائط فقلت لي استأجرته فقال عليه السلام لا تستأجره بشيء منه وفيه دليل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا ما يعجب غيره ولكنه كان لا يركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به الآية وهذا القدر هو الاعجاب الذي لا يبغض احدا بخلاف ما يقوله جهال المتقشفة ان من اعجبه شيء من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حبب الي من دنياكم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عيني في الصلاة فلما اعجبه قال عليه السلام لمن هذا وفيه بيان ان هذا ليس من جملة ما لا يعني المرء فرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتكلم بما لا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفي قول رافع استأجرته دليل على ان الشيء يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا يسكنها فلان باجارة او عارية حنث وفي الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة فان المزارعة استئجار الارض ببعض ما يخرجه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشيء منه فهو حجة ابي حنيفة رحمه الله على من اجازه وعن الشعبي رحمه الله في رجل استأجر بيتا فاجره باكثر مما استأجره به انه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل ان للمستأجر ان يؤاجر من غيره وبه نقول يجوز هذا العقد من المالك قبل وجود المنفعة كان بالطريق الذي قلنا وهو موجود في حق المستأجر ثم بين انه انما يجوز له ان يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فصل اختلف فيه السلف كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويحتج من قول اهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضل وبقوله اخذ الشافعي رحمه الله وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا ان يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل واخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا اصلح في البيت شيئا او طينه او بناه وجصصه او زاد فيه لوحا فالفضل حلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له

الفضل لنهي النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل في ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا على ما لم يضمنه فعليه ان يتصدق به للنهي وكنس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة في البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا ان يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رحمه الله انه كان يعجبهم اذا ابضعوا بضاعة ان يعطوا صاحبها اجرا كي يضمنها وهذا منه اشارة الى انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضمن الاجير المشترك لان المستبضع اذا اخذ اجرا فهو اجير على الحفظ وهو اجير مشترك ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذي به يضمنها فيحتمل ان يكون المراد كي يضمن ما يتلف بعمله مما يكون قصده به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله انه خاصم اليه بقال قد اجره رجل بيتا فالقى اليه مفتاحه في وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو بريء من البيت وكأن هذا مذهب شريح في الاجارة انه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه لانه عقد على المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات ولان في المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم اخذ ابو حنيفة بحديث شريح من وجه فقال ان القى اليه المفتاح بعذر له فهو بريء من البيت والعذر ان يريد سفرا او يمرض فيقوم او يفلس فيقوم من السوق وما اشبه هذا وهذا لان شريحا رحمه الله افتى بضعف هذا العقد ولكن جعله في الضعف بغاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر او لم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله بغاية في القوة وفي الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ بعذر يقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم ما يضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما كان به دليلان توفر حظه عليهما فلدليل القوة قلنا لا يفسخ بغير عذر ولدليل الفسخ قلنا يفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشتري يرد المبيع بالعيب وظاهر ما يقوله في الكتاب انه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المستأجر ولكن الاصح ما ذكره في الزيادات ان القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما اذا ثبت العذر عنده كما في الرد بالعيب وجه هذه الرواية ان المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل في ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك الرواية ان عين الحانوت اقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لا يضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك في الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد واجير الواحد ان يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا او ليخرج معه الى مكة وما اشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير ان يؤاجر فيه نفسه من غيره والحاصل ان اجير الواحد من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين فبعدما باعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمي هذا مشتركا والاول اجير الواحد ثم اخذ ابو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم اذا تلف العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان اجير واحد او مشتركا تلف بما يمكن الاحتراز عنه او بما لا يمكن واخذ به ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في اجير الواحد ايضا وفي الاجير المشترك اخذا بقول شريح

علي ما روي عنه بعد هذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم فقد
روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضي الله عنه
انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما فلاجل الاختلاف اختار المتاخرون رحمهم الله للفتوى بالصلح
على النصف وستقرر هذه المسايل بطريق المعنى في مواضعها وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح
كل شي الا الغرق والحرق والملاح اجير مشترك وقد بينا ان من مذهب شريح رحمه الله ان الاجير المشترك ضامن الا
ما لا يمكن التحرز عنه وهو الحرق الغالب وكان ابو حنيفة يقول ان غرقت من مده او معالجته فهو ضامن لان التلف بعمله
والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان غرقت من ريح او دخلها السفينة لحاجة له من جر او طبخ او غيره فلا ضمان عليه
لان السفينة كالبيت فلا يكون هو متعديا في ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا
ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن ابي ليلى يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لا ضمان على الملاح في الماخاضة
وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والعادة الغالبة ولكنا
نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فاذا حصل التلف بعمله كان ضامنا وعن
شريح رحمه الله انه كان اتاه رجل بصباغ فقال اني اعطيت هذا ثوبي ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح
اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف اضمن له ثوبه وقد احترق بيتي فقال له شريح ارايت لو احترق بيته اكنت
تدع له اجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح يضمن الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه
عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت او بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له
اضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف اضمن له ثوبه وقد احترق بيتي وكانه ادعى بهذا ان الحرق كان غالبا
ولم يصدقه شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال ارايت لو احترق بيته اكنت تدع له اجرك ومعنى استدلاله
بهذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ما هو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط
ما هو مستحق له عليك والاجر له ولا يسقط باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ونقول له
ايها القاضي قياسك فاسد فالاجر لي في ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حقي وحقه في عين الثوب وباحتراق
بيتي يفوت محل حقه ولم يحضره هذا الفرق او احتشمه فلما تعارضه والتزم حكمه وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله
ان احترق بيته بعمله هو متعدي فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على اجير الوحد
الا اذا خالف ما امر به وذكر عن ابي جعفر ان عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما
من الصباغ احتياطا للناس ان لا يضيعوا امتاعهم وعن ابي جعفر ايضا ان عليا رضي الله عنه انه لم يضمن
القصار والصانع ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصباغ ما افسدوا
من متاع الناس او ضاع على ايديهم وقد بينا اختلافهم فيما اذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفي هذا دليل على
اجماعهم على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده فان قوله ما افسد وامن متاع الناس عبارة عن التلف بعملهم فهو
دليل لنا على زفر والشافعي فانهما يقولان لا يضمن ما جنت يده وسياتيك بيان المسئلة في موضعه وعن ابي
الهيثم رحمه الله ابعث كاريا من الشعر يحمل جوابي بها على حمالين فانكسرت الخابية فخاصمه الى شريح رحمه الله فقال
الحمال زحمني الناس في السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استاجرتك لتبلغها اهله فضمنه اياها
والكادي دهن يحمل من الهند في السفن الى العراق وقيل هو اسم لما يتخذ راكب السفينة من الاواني كالامتعة
لحاجته فيبيع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا انه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك
بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال اجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بان يصبر حتى يقل الزحام
فلهذا ضمنه وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف في يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تلف
بزلق رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد ان يحلف لانه امين عنده فاذا انكر السبب الموجب
للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين كان شريح رحمه الله اذا اتاه حايك قد افسد ثوبا فقال
برد عليه مثل غزله وخذ الثوب فان لم يرضيا دا قال شاهدا عدل على شرط لم يوف به وفيه دليل ان

الاجير

الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ما له فيما هو من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال
وان اداء الضمان يوجب الملك له في المضمون وباخر الحديث اخذ ابن ابي ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط فالقول
قول الحايك وعلى رب الثوب البينة فانه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته
فالقول قوله في صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثة انا خصمهم يوم القيمة
ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا واكل ثمنه واسترق الحر ورجل استاجر اجيرا واستوفى عمله ومنعه
اجره ورجل اعطى بي ثم غدر واللفظ الذي ذكره في هذا الحديث ابلغ ما يكون من الوعيد فرسول الله صلى الله
عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يشتد الامر وهو
معنى قوله من كنت خصمه خصمته اي الزمته وحججته فاما قوله رجل باع حرا واكل ثمنه فالمراد صورة البيع
لا حقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وبيع الحر مرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع تسمى فعله
بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازا ومن فعل ذلك بالحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله وعند
رسوله فرسول الله خصم لمن يستذله وانما يتمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه
وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف
من ظالمه وهو معنى قوله عليه السلام ورجل استاجر اجيرا فاستوفى عمله ومنعه اجره لانه استذله بالعمل
واستعبده بمنع الاجر وظلمه فيبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استيجار الاجير
وان الاجر لا يملك بنفس العقد لانه الحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد
لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله عليه السلام ورجل اعطى بي ثم غدر اي اعطى كافرا
امان الله وامان رسوله ثم غدر وهو معنى ما روي عنه عليه السلام انه كان يقول في وصيته لامراء السرايا
وان ارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع الى ما بينا من المعنى فالمستامن
يكون مستذلا لانه دار بنا فاذا غدره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن ابي نجيح
عن بعض اصحاب النبي عليه السلام ورضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس اخذ
المال على الضراب وهو انزاء الفحل على الاناث وذلك حرام فانه ياخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له
والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء وهو الاحبال فان ذلك لتيسير الله تعالى وهو
ينبني على نشاط الفحل ايضا وكذلك قفيز الطحان وهو ان يستاجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز
منها او من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك
فيه لا يستوجب الاجر ثم الاجر اما ان يلزمه او في عين موجود وهو ما التزمه في ذمته ودقيق تلك الحنطة غير موجود
وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر ياخذون بظاهر الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه ياخذ
بمقابلة ما استخرجه من الدم او ما يشترطه فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث ابي هريرة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والمراد بمهر البغي ما
تاخذ الزانية مشروطا على الزنا فقد كانوا يواجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم
على البغاء الاية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا ان كسب الحجام حرام ولكنا نقول هذا النهي في كسب
الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في حديث ابي هريرة قال فاتاه رجل من الانصار وقال ان لي حجاما
حجاما وناضحا افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم
عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة وقد دل عليه حديث ابن عباس قال
احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره ولو كان حراما لم يعطه لانه كما لا يحل اكل
الحرام لا يحل ايكاله قال عليه السلام لعن الله اكل الربا وموكله وقال عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي
ومن اصحابنا من يقول هذا النهي في كسب الحجام ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك يدني
المرء ويخسيه وقال عليه السلام ان الله تعالى يحب معالي الامور ويبغض سفسافها ونحن نقول به

فالاولى للمؤمن ان يكتسب بما لا يدنيه وقد دل عليه حديث عثمان حين سال بعض سواليه من كسبه فذكر انه
حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان على الاجير الراعي وان اشترطوا
ذلك عليه وبه نقول انه كان اجيرا وحده فهو امين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل فان كان الراعي
مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند ابي حنيفة شرط ذلك عليه او لم يشترط وهو ضامن لما تلف من
فعله شرط ذلك او لم يشترط وعندهما ما تلف بما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط او لم يشرط فاشتراط
الضمان عليه باطل وفيه اختلاف الاصلين

باب الرجل يستصنع الشيء

قال رحمه الله اعلم بان البيوع انواع اربعة بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين
فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين
وهو الصبغ تبع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين ولهذا يثبت فيه
خيار الرؤية والعمل مشروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى
يقتضيه ذلك الاسم والاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا ان العمل مشروط فيه شرعا وما للناس فيه
تعامل من الاستصناع قد بيناه في شرح البيوع فبذلك بدا الباب هنا وبين الفرق بينه وبين
ما اسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمى
لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود عليه راس ماله فيندفع به الضرر به وذلك لا يتاتى به هنا فان بعد
اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه فيه العين وفسخ العقد
فيه ممكن فلهذا يثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار
الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فاما في الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه
حتى لو صار دينا بذكر الاجل عند ابي حنيفة لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان افسد الحداد فله
ان يضمنه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضي به واعطاه الاجر لان العامل مخالف
من وجه حين افسد عمله موافق في اتيانه اصل العمل وان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب
ومن غصب حديدا اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضي
به متعيبا بالصنعة فاخذ الاناء واعطاه الاجر كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا الا انه يعطيه اجر مثله لا
يجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يات به ولكن قدر ما اقام من العمل سلم
له بحكم العقد فعليه اجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم
يوجد ذلك فيما زاد على المسمى ولانه لما رضي بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون ارضى به بمقابلة عمل فاسد
وهذا بخلاف المشتري فانه لو رضي بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف
والفائت بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا
لا يلزمه جميع المسمى وان رضي به وكذلك كل ما يسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه الى الاسكاف
ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوفا بالطول والعرض
والرقعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا في القياس مثل الخف ويريد به قياس الاستحسان
في مسالة الخف ولكن هذا لا يعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل فيما لا تعامل
فيه فاخذ باصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب اجلا وعجل الثمن كان جائزا وكان
سلما لا خيار له فيه وان فارقه قبل ان يعجل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله فاما عندهما
لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون
سلما صحيحا فان الاجل لتاخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والاصح
انه قولهم جميعا والعذر لهما ان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب فيما للناس فيه

تعامل

تعامل امكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذي صرحا به فيما لا تعامل فيه وذلك غير ممكن فنصار الى تحصيل
مقصودهما بالطريق الممكن وهو ان يجعل ذلك سلما لو صرحا ان فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط
فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من ان يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه
فليس هنا مبيع عين فيه ليكون ذكر المدة لاقامة العمل في العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه
دينا وذكر المدة لتاخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو اسلم غزلا الى حائك لينسج له
سبعا في اربع فحاكه اكثر من ذلك او اصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء اخذ
ثوبه واعطاه الاجر الا في النقصان فانه يعطيه الاجر بحساب ذلك ولا يجاوز ما سمى له اما ثبوت
الخيار له فليعتبر شرط العقد لانه ان حاكه اكثر مما سمى فانه اردى مما سمى وان حاكه اصغر مما سمى
فهو اصفق مما سمى هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدر له فاذا حاكه اكثر مما سمى فقد زاد فيه
استعمله من غزله على ما سمى وان كان اصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فليعتبر شرط العقد يثبت له
الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا
اجر للحائك عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضي بعمله لكونه موافقا له في اصله مخالفا
في صفته واعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا زاد فقد اتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر
المسمى وفي الزيادة لم يوجد ما يقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشيء لذلك واما في النقصان فقال
يعطيه من الاجر بحساب ذلك ومعنى هذا الكلام انه ينظر الى تكسير ما شرط عليه وتكسير ما جاء به
فالمشروط عليه سبعة في اربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذي جاء به سبع في ثلاثة فذلك
احد وعشرون ذراعا فعرفنا انه اقام ثلاثة ارباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين
ذراعا فاحد وعشرون ذراعا مقابله ثلاثة ارباع المسمى كما لو استاجره ليضرب له ثمانية وعشرين
لبنا باجر مسمى فضرب احدا وعشرين فانه يستوجب ثلاثة ارباع المسمى قال رضي الله عنه والاصح
عندي انه يعطيه اجر مثله لا يجاوز به ثلاثة ارباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض
وربما ينقص زيادة الطول في المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما في الملاءة وربما تزيد في المالية
زيادة الطول دون العرض كما في العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بقدر الصنعة بخلاف
اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض في معنى المالية واذا تعذر هذا عرفنا ان التوزيع هنا
على الذرعان غير ممكن فيعطيه اجر مثله ولكن لا يجاوز به ثلاثة ارباع المسمى فانه تم رضاه بذلك
القدر عند الموافقة يكون ارضى به عند الخلاف فلهذا اوجبنا عليه اجر مثل عمله لا يجاوز ثلاثة
ارباع المسمى فكانه اشار الى هذا بقوله ولا يجاوز به اي ما سمى له بمقابلة ما جاء به وكذلك لو
شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا او شرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له اجر مثله ولا يجاوز به
ما سمى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذي شرط عليه ولم يات به فان مالية الثوب
تختلف بالرقة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا
وجب المصير الى اجر المثل ولا يجاوز به ما سمى لانعدام التقوم فيما زاد عليه ولوجود الرضى من الحائك
بالمسمى من الاجر ولو امره ان يزيد في الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم يزده
فالقول قول رب الغزل مع يمينه انما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ما امره ان يزيد فيه
من الغزل ويصير المستقرض قابضا لملكه فالحائك يقيم العمل في غزل رب الثوب بخلاف ما اذا
كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لا يمكن ان يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون
الحائك عاملا في غزل نفسه ثم الحائك يدعي انه اقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب
منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الحائك البينة لحاجته الى اثبات ما يدعي من التسليم
اليه بحكم القرض وما يدعي من الدين لنفسه في ذمته فان قامت البينة اخذ من رب الثوب مثل غزله

لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم يكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف
على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين فنكوله كالاقرار واذا اسلم اليه غزلا لينسجه ثوبا وامره ان يزيد
من عنده غزلا لا مسمى مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل واجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس
لا يجوز لانه اشترى ما سماه من الغزل وهو غير معين وهو مشروط في ذمته دينا ولكنا استحسنا للتعامل في هذا
المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حايك فيقول له الحايك هذا لا يكفي لما يطلبه فيأمره ان يزيد من عنده
بقدر ما يحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لا يجوز الاستصناع في الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل
في هذا يجوزه اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض في الثوب وصف ورايتنا جواز
استيجار الاجير لاحداث وصف في الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا ايضا اشتراط زيادة الطول والعرض
عليه بقول الغسه بالقياس على الصباغ فاذا اتاه كما شرط واتفقا على انه زاد اعطاه ثمن غزله لانه صار
قابضا للمشتري باتصاله بملكه واجر المسمى لانه وفى بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان
وزن غزلي منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال
رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحايك مع يمينه لان الظاهر
شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغي للقاضي ان يرجع الى العلماء من الحوكة فان قالوا
الدقيق لا يزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحايك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لان
ما اشتبه على القاضي فانما يرجع الى معرفته الى من له نظر في ذلك الباب كما في قيم المتلفات ومتى كان القول
قول الحايك مع يمينه وحلف يخير صاحبه على ان يعطيه ما سمى له ومتى كان القول قول رب الثوب بان كان يعلم
ان الدقيق يزيد فيه هذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما امره بان يزيد
فيه فقد اجره بثوب هو اطول او اعرض مما جاء به فان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال
الى الموافقة في اصل العمل واعطاه من الاجر بحساب ما اقام من العمل لانه جعل جميع المسمى مقابلة عمله في من
ونصف من الغزل وانما اقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى واجر المثل كما بينا
ولو كان الثوب مستهلكا قد استهلكه صاحبه قبل ان يعلم وزنه كان القول قول رب الثوب مع يمينه على علمه
لان الحايك يدعي عليه تسليم ما باعه من الغزل ووجوب ثمنه في ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير
فكان على العلم واذا حلف فعليه اجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل
من غزله ويطرح عنه ما اصاب قيمة الغزل ولم يرد على هذا في الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب
ان يطرح عنه ايضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسج لما بينا ان المسمى مقابلة عمله في ثلثة ارطال
غزل وانما اقام العمل في رطلين من غزل وهذا التفسير والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكره في المسألة الاولى
لان موضوع المسألة هناك فيما اذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير
الى وزن الثوب وهنا وضع المسألة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا اوجب المصير الى وزن الثوب
ليعرف به الصادق من الكاذب قال واذا اسلم الرجل حنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا
فاسد وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرفنا المعنى فيه
تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لو دفع سمسما الى رجل على ان يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد
ايضا وكذلك لو استاجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف
يستاجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة يريد به ان الاجرة
متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقه حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح
عند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنته الارحام باللقاح الفحول واستدلوا بقول القائل وعدة
العام وعام قابل ملقوحة في بطن ناب حامل وحبل الحبلة هو بيع ما يحمل حمل هذه الناقة وكانوا
يتبايعون ذلك في الجاهلية ابطل الشرع ذلك كله بالنهي عن بيع الغرر واستدل ايضا بالنهي عن بيع اللبن

في الضرع

في الضرع وعن بيع الصوف على ظهورها فعرفنا ان ما كان في مضمون خلقه حيوان لا يجوز تمليكه بعقد المعاوضة
فان عمله على هذا الشرط كان له اجر مثله لان بفساد العقد لم يتبين انه اقام العمل فيه فكان عاملا لغيره
فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب اجر المثل لا يجاوز به ما سمى لانعدام التسمية فيما زاد عليه
ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق
جيد ولم يقل منها كان جايزا لان الدقيق بكيل معلوم يصلح ان يكون ثمنا في البيع فيصلح ان يكون اجرة
ايضا ولو دفع غزلا الى حايك لينسجه بذراع من ذلك الثوب او بجزء شايع مسماه فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب
ايضا لانه في معنى قفيز الطحان قال رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكي عن استاذه رحمهما الله
انه كان يفتي بجواز هذا ويقول فيه عرف ظاهر عندنا بنسف ولو لم يجوزه انما لم يجوزه بالقياس على المنصوص
والقياس يترك بالعرف كما في الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يجد بالنسج ويجد فيه اذا كان له
في الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل يقشره ويربه بالبنفسج فاعمه على ان اعطيك اجره درهما كان
هذا فاسدا لانه لا يعرف ما يربه من البنفسج وجها له ذلك يفضي الى المنازعة وهذا بخلاف ما لو دفع
الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ في كل الثوب معلوم عند اهل الصنعة المبيع منه
وعين المبيع ولا يتمكن المنازعة بينهما لان اللون في الثوب محسوس فاما الرايحة في الدهن المربى غير محسوس
ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فيمكن المنازعة بينهما توضيح الفرق ان اعلام مقدار الصبغ
يتعذر على الصباغ لانه يصبغ الباب ويصبغ الكل جملة فسقط اعتباره لهذا فاما العصار لا يخلط سمسم
الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربي سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار
البنفسج فلهذا اشترط ذلك وان قال يطلان بربه بقفيز من البنفسج وهذا جايز وكذلك ان كان البنفسج الذي
يدخل في مثل هذا السمسم معروفا عند التجار فهو جايز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا يتمكن
المنازعة بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذا اجزناه ثم بين بعد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل
ذلك ان المعتبر فيه العرف فكل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جايز فاذا جاء به الصانع مفروغا
عنه واختار المستصنع عينه اخذه فليس للصانع ان يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا انه ان كان
لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع فبيعه جايز لانه باع ملك
نفسه فالعقد لا يتعين في هذا المصنوع قبل ان يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشتري
فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستاجره باجر مسمى على ان يحرزه له خفين
بصفة معلومة على ان يعمله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جايز لانه متعارف
واذا جاز الاستصناع في الخف لكونه متعارفا ففي البطانة والنعل اجوز ولا خيار لصاحب الاديم
اذا عمله عملا متقاربا لا فساد فيه وكان ينبغي ان يثبت له الخيار في البطانة والنعل لانه اشترى
ما لم يره ولكنه قال لا خيار له في الاديم لانه ملكه ولا في الرد في البطانة والنعل منفردا عن
الاصل ثم البطانة والنعل تبع في هذا العقد والمقصود هو العمل الا ترى ان بالبطانة والنعل
يصير الخف احكم وان الخف ينسب الى الاديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود
وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك في البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء
لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو في فاسده اصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد
في العمل مخالف فان شاء مال الى الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه قيمة جلده وان شاء مال
الى الموافقة في اصل العمل ورضي به مع تغير الوصف فاخذ الخفين واعطاه اجر مثل عمله وقيمة
ما زاد فيه ولا يجاوز ما سمى له اما اجر مثل العمل لما بينا ان المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب
اجر المثل وقيمة ما زاد فيه لانه مشتري له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن اصحابنا رحمهم الله من
قال قوله ولا يجاوز ما سمى ينصرف الى الاجر خاصة دون قيمة ما زاد فيه فان المشتري شراء فاسدا مضمون

بالقيمة بالغة ما بلغ لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر في اخر الباب
في مسئلة الحبة ولا يجاوز به ما سمي في اجر عمله خاصة فالو بيانه في فصل يكون بيانا في جميع الفصول
ولكن الاصح ان قوله ولا يجاوز به ما سمى له في هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا
يجوز العقد هنا فانه لو كان معقودا اما جاز العقد فيه واذا لم يكن معينا والبيع يعتبر بالاصل
فاذا كان الاصل لا يجاوز به ما سمى له فكذلك في البيع وهذا الفرق في مسئلة الحبة وكذلك ان سلم حرفة الى
صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع الا ترى
ان القلنسوة تنسب الى الظهارة وانه بالبطانة والحشو يصير احكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة
والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وجميع هولاء الصناع اذا رضي المستصنع العمل واجازه ان لا يدفعه حتى ياخذ
الاجر الا ان يكون موجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة في الاجارات كالثمن في البيع والمبيع
يحبس بالثمن اذا كان البيع حالا ولا يحبس به اذا كان موجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس
بالاجر اذا كان الاصل ملكا للمستاجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه
الوصف الذي احدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستاجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه
لا يكون له حق الحبس ولكنا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه
في الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل البدل فاذا لم يثبت له حق
الحبس في الاصل لا يثبت في البيع ولكنا نقول حق الحبس يثبت له في المعقود عليه ولا يتاتى ذلك الا بحبس
الاصل فيثبت حقه في حبس الاصل لكن اجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد على المنفعة ولكن لما كان
تسليم المنفعة لا يتاتى بدون تسليم العين لزمه تسليم العين فهذا مثله فان في الاصل ان كان الاجل
معتادا من غير شرط فله ان لا يدفعه حتى يقبض اجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية
في فصل بيع المرابحة وهو انه اذا اشترى عينا من تاجر وواعده ان يستوفي الثمن نجما في كل سنة فللمشتري
ان يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه يشتري بثمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل
هذه المسئلة واذا دفع الرجل الى صباغ ثوبا ليصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه اذا
وصف الصبغ وسماه من زعفران او عصفر او بقم فقد صار المعقود معلوما لا يتمكن المنازعة بينهما
وان خالفه فصبغه على غير ما سمى له الا انه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه ابيض
وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له اما ثبوت الخيار فلانه في اصل
الصبغ موافق وفي الصفة مخالف واذا اختار الاخذ اعطاه اجر مثله ولا يجاوز به ما سمى الا انه ما
رضي بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والقلنسوة فقد قال هنا يعطيه اجر مثل عمله وقيمة ما
زاد فيه وهنا لم يذكر قيمة ما زاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ووجه الفرق على ظاهر
الرواية ان الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير
صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ما سبق وهذا لان القايم
لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن ان يجعل مشتريا بخلاف البطانة
والنعل فذلك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال الا ترى انه يتادي فصله فلهذا يعتبر قيمة ما زاد فيه
ووجه رواية محمد رحمه الله ان الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قايم حكما حتى لو انصبغ ثوب انسان بصبغ
الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب في الثوب بقيمة ثوبه ابيض وصاحب الصبغ بقيمة
الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان له من الثمن حصته ولكن ما ذكره
في الكتاب اصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون في حكم مال متقوم
مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب قيمة ما زاد الصبغ فيه وفي مسئلة الخف
البطانة والنعل لما كان يعرض الفصل كان مالا متقوما منفردا عن الخف فلهذا يعتبر قيمة ما

زاد

زاد فيه فان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما امره ان يصبغه به بان صبغه بعصفر وقال رب الثوب
امرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ
لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت الخيار لنفسه وهو
منكر لذلك والقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو انكر الاذن له
في الصبغ اصلا كان القول قوله فكذا اذا انكر الاذن فيما صبغه واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين
فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا امرتك وقال الاسكاف بهذا امرتني فالقول قول
المستصنع لما بينا ان الاذن يستفاد من جهته ولا ضمان عليه لان توجه اليمين ينبني على دعوى
يلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع ان يابى وان لم يكن الصانع مخالفا فلا فايدة
في استحلافه وكذلك لو اقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار
الخصم ولو قال المستصنع بهذا امرتك ولكن لا اريد كان له ذلك لما بينا ان الخيار ثابت للمستصنع
بسبب عدم الروية ولو سلم اليه خفه ينعله بما جز مسمى فهو جائز للعرف الظاهر فاذا فعله
بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان
شاء اخذه واعطاه اجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى لما بينا انه في اصل العمل موافق
وفي الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيدا لان المستحق
بمطلق العقد صفة السلامة فاما صفة الجودة لا يستحق الا بالشرط كما في بيع العين ولو
شرط عليه جيدا فنعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوت الوصف المشروط بمنزلة
العيب في اثبات الخيار كما اذا اشترى عبدا بشرط انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت
له الخيار بمنزلة ما لو وجد العيب في المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلف في اجره وقد عمله
عملا على ما وصفه له فان اقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة في حقه وهو
الاجر فيترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لي بغير اجر وقال العامل عليه بدرهم ولا
بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين ما شارطه على درهم لان العامل يدعي عليه الدرهم دينا في ذمته وهو
منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له ما زاد النعل في خفه بعد ان يحلف العامل
على دعواه انه عمله له بغير اجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النعل وهو لو اقر به لزمه فاذا انكر
يحلف عليه واذا حلفا سقط ما ادعى كل واحد منهما من العقد بقي نعله متصلا بخف الغير باذن
صاحب الخف فيجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولا يجب اجر العمل لان المنفعة لا تتقوم الا بالعقد
والتسمية وقد انتفى ذلك فاما الغير متقوم بنفسه ولو اقاما البينة اخذت بينة العامل لاثباتها
الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا في الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على
المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء اخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير
لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من
الثمن ولو اسلم ثوبا الى صباغ فصبغه احمر على ما امره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال
رب الثوب بدانقين فاني انظر الى ما زاد الصبغ فيه فان زاد درهما او اكثر فله درهم بعد
ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان قل فانه يعطيه دانقين بعد ان يحلف رب الثوب
ما صبغته بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل في باب الخصومات ان القول قول من يشهد
له الظاهر والظاهر ان الصباغ لا يجعل في ثوب انسان صبغا يساوي درهما بدانقين فانه
يخسر وهو مما جلس لهذا والظاهر ان الانسان لا يلتزم درهما بازاء صبغ يساوي دانقين اذا
تغبن والمغبون لا محمود ولا ماجور فاذا كان قيمة الصبغ درهما او اكثر فالظاهر شاهد
للصباغ فيجعل قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كان قيمة الصبغ اقل من دانقين فالظاهر

فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان اكثر من دانقين واقل
من درهم اعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هاهنا
يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس
اختلاف الزوجين في المهر اذا كان مهر المثل لا يشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والاصح
عندي ان لا تحالف هاهنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال
الصبغ بالثوب لا يتصور فسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فهو محتمل للفسخ ببعض الاسباب
واذا لم يجب هاهنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان اتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب
الثوب كالغاصب اذا صبغ ثوب انسان واراد رب الثوب اخذه اعطاه قيمة الصبغ الا ان رب الثوب هاهنا
يدعي براءته عن بعض القيمة برضى الصباغ بدانقين والصباغ منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى
وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم
قيمة الصبغ ههنا لظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعي زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف
على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير اجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب
فاما كل صبغ يزيد في الثوب فقال رب الثوب صبغته لي بغير اجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى
كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا التحالف للاختلاف في بدل العقد ولكن الصباغ يدعي
لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعي على الصباغ انه وهب
الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه
ولم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه بقي صبغ
الغير متصلا بثوبه باذنه فعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعي اكثر من درهم فهو بهذه
الدعوى يصير مبريا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الاجرة فان لم
يكن اخذ في العمل تحالفا وترادا لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين
في البدل فيعم ذلك انواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى
يعود اليه راس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما
وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لا يتصور الفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف
بينهما ولكن القصار يدعي زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على اصل
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك في الاجارة
ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك بقيمته لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب
قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهاهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هاهنا انتفى العقد
بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه انفع للقصار فلهذا
لا يصار الى التحالف هاهنا ولو كان الاختلاف بينهما بعدما اقام بعض العمل ففي حصة ما اقام القول
قول رب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقي
ممكن وفيما اقام من العمل متعذر وفرق ابو حنيفة بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما ثم
اختلفا في الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك
يتعذر فسخه فيما بقي وهاهنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يقيم عليه
من العمل فبان تعذر فسخه في البعض لا يمنع الفسخ فيما بقي وكذلك لو قال عملته لي بغير اجر فالقول قوله
مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله القول قول الاجير الى اجر مثله
كما في مسئلة الصباغ وقد اشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ عين مال قائم في الثوب وهو متقوم
بنفسه وهاهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد انكر رب الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو

شارط قصارا على ان يقصر له عشرة اثواب بدرهم ولم يره الثياب ولم يكن عنده كان فاسدا لان المعقود
عليه مجهول فانه الوصف الذي يحدث في الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب في الطول والعرض
والصفاقة والرقة والجودة والركاكة وعمله يتفاوت بحسب ذلك وان اراه الثياب كان جائزا لان
برؤية المحل يصير مقدار العمل فيه معلوما ولو سمى له جنسا من الثياب كان مثل ذلك ما لم يرها اياه
لان بتسمية الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار
عمله معلوما فهو واراءته الثياب سواء ولو سلم ثوبا الى خياط وامره ان يخيطه قميصا بدرهم
فخاطه قباء فلصاحبه ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمى
له لانه في اصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون
القباء والقميص يتفاوتان في الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن هو في اصل مقصوده مخالفا وانما
خالفه في تتميم المقصود حتى لو خاطه سراويل كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب الثوب لانه
لا مقاربة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح ان الجواب في الفصلين واحد وقد روى
هشام عن محمد رحمهما الله انه لو دفع اليه سمسما ليعصر له دهنا فعصره كوزا فهو بالخيار ولا مقاربة
في الاستعمال هاهنا ولكنه موافق في اصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة فكذلك في مسئلة الثوب
وان خاطه سراويل فهو في اصل الخياطة موافق وفي الهيئة مخالف فان قال رب الثوب امرتك بقميص
وقال الخياط امرتني بقباء فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله القول
قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعي رحمه الله انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود
عليه ولو اختلفا في البدل تحالفا اذا كان قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هذا لا معنى
له هنا لان رب الثوب يدعي عليه قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الاجر دينا في ذمة رب الثوب
فلا يكون هذا في معنى ما ورد الاثر بالتحالف فيه مع ان المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة
العمل لا وجه للفسخ وان اقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه هو المدعي للاذن في خياطة القباء
والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب
لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لاثباته الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خطته
لي بغير اجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا في القصار لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير
متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا انه لم يشارطه على شيء في هذه الفصول وفي
النوادر عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا اجر له لان المنافع لا تتقوم الا بعقد ضمان او بتسمية عوض
وعن ابي يوسف قال استحسن اذا كان خليطا له فاوجب الاجرة له لان الخلطة التي بينهما دليل
على انه طلب منه اقامة العمل باجرة فتقام ذلك مقام الشرط وعن محمد رحمه الله قال ان كان العامل
معروفا بذلك العمل بالاجر فتح الحانوت لاجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا
ولو اعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر واقر رب الثوب
بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ الثوب واعطاه ما زاد العصفر
في قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة ان الربع الهاشمي هو الصاع وهو ربع قفيز فكانه امره
بان يصبغه صبغا غير مشبع وقد صبغ صبغا مشبعا فكان في اصل العمل موافقا وفي الصفة
مخالفا فيتخير صاحب الثوب لذلك ثم اطلق الجواب في الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا بتقسيم الجواب
فيه فاما ان يصبغه بربع الهاشمي اولا ثم بالزيادة الى تمام القفيز او يصبغه بالقفيز دفعة
واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمي اولا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض
وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمي واعطاه الاجر لانه اقام العمل المشروط وصار
ذلك من وجه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض

متغيرا وضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء رضي به متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمي واعطاه
الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيه وهو ثلثة ارباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا بربع قفيز فصبغه
بثلثة ارباع قفيز واما اذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوبه ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه قيمة الصبغ ولا اجر له لانه ما اقام العمل المشروط ولكنه
خالف في هيئة العمل في الابتداء ولانه لابد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان احدهما بيع للاخر فلا
يجمع بينهما الا ترى انه في الموضع الذي يجب الاجر لا ينظر الى قيمة الصبغ فههنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب
ما زاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله في المنتقى ذكر هذا التقسيم عن ابي يوسف
وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوين دفعة
واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء اعطاه الاجر درهما مع قيمة
من من الصبغ قال فقلت لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول
لنا خادعته حتى رضي بدرهم في قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا
المقدار ليس له ان يضمنني زيادة عليه فلهذا اعطاه الاجر مع قيمة من من الصبغ وكان ما روي عن
محمد رحمه الله هو الاصح لانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا اشرب فيه
المقدار المشروط وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه به في دفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم يصبغه
الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمي فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر
شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا ان يقيم الصباغ
بينة وان كان مثل ذلك الصبغ لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر
شاهد له والجواب فيه كالجواب في المسئلة الاولى ولو قال الخياط انظر الى هذا الثوب فان كفاني قميصا
فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعدما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة
الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا لم يكفه قميصا فانما قطعه
بغير اذنه ومن قطع ثوبا لغيره بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له انظر ايكفيني قميصا فقال
نعم قال اقطعه فاذا هو لا يكفيه لا يضمن لانه باذنه فان قوله اقطعه اذن مطلق ولا يقال قد غره
بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخبر اذا لم يكن في ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال
هذا الطريق امن فاسلك فيه فاخذ اللصوص متاعه بخلاف الاول فالاذن هناك عار عن التصريح
في لفظه من الشرط حتى لو كان في لفظه هنا ما يدل على الشرط بان يقول فاقطعه او اقطعه اذا
فهو ضامن اذا لم يكفه لان الفاء للوصل فتذكره يبين انه شارط للكفاية في الاذن وقوله اذا اشارة
الى ما سبق فكانه قال اقطعه لان هذا شرط الا انه اوجز كلامه ولو سلم ثوبا الى خياط فقطعه
له قباء فقال بطنه من عندك واحسبه علي ان لك من الاجر كذا وكذا فهو مثل الخف الذي امره ان
يبطنه ويبنعله في القياس ولكن لا اجر هذا استحسانا لان ذلك مستحسن من القياس بالتعامل
وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود الى اصل القياس فيه ويقال انه مشتري لمعدوم او لمجهول فلا يجوز
ولان هذا البيع معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة يسمى خفا ولكن بالنعل والبطانة
يصير احكم فما شرط عليه يمكن ان يجعل تبعا للعمل فاما القباء والجبة لا تكون بدون البطانة والحشو
واذا كان ما اتى منه لا ينطلق عليه الاسم الا بما شرط عليه لم يمكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع
لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان اتاه بالقباء مبطنا محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه واجر خياطته
ولا يجاوز به ما سمى له في اجر خياطته خاصة لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد وكذلك استوفى
عين ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه رده فيلزمه قيمة المشتري بالغا ما بلغ واجر مثل عمله
لا يجاوز به ما سمى له وبهذا اللفظ يستدل بعض اصحابنا رحمهم الله لمن يقول في الفصول المتقدمة

ان

ان قوله لا يجاوز به ما سمى له من الاجر خاصة دون قيمة ما زاد فيه والاصح هو الفرق بينهما لان
الحشو والبطانة هنا لم يكن في العقد تبعا في العمل ولذلك فسد العقد في الاصل واذا وجب اعتباره
مقصودا يبلغ بقيمتهما بالغة ما بلغ وفيما سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة في القلنسوة
جعل تبعا للعمل في العقد ولذلك جاز العقد فكما ان في اصل العمل لا يجاوز بالبدل ما سمى له فكذلك
فيما هو تبع له ولو اعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وامره ان يقطع جبة ويحشوها ويبدف القطن عليها
وسمى له الاجر فهو جائز لانه استاجره بعمل معلوم وببدل معلوم ولو شرط على خياط ان يقطع له عشر قمص
كل قميص بدرهم ولم يبين له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل الخياطة يختلف
باختلاف جنس الثياب وباختلاف القمص في الطول والقصر ولو قال الثياب هروية ومقداره
على هذا الشيء معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما على وجه لا يبقى بينهما منازعة
ولو دفع ثوبا ليقطعه واشترط عليه ان خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه فله نصف درهم
عند ابي حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه فله اجر مثله لا ينقص من نصف
درهم ولا يجاوز به درهم وقال ابو يوسف ومحمد هو على ما اشترطا اذا فرغ منه اليوم فله درهم
وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر العقد فاسد كله وهو قول الشافعي وهذه فصول
احدها ان يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شيء لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه
مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم وشرط عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة
القمار فكان فاسدا وله اجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله والفصل الثاني ان يقول ان خطته خياطة
رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم او يقول ان خطته قباء فلك درهم
وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول ابي حنيفة الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي
وهو القياس ثم رجع ابو حنيفة فقال الشرطان جائزان وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه قوله
الاول ان المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة احدهما في المواضعة يكون
مفسدا للعقد فجهالتهما اولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم او هذه الجارية
بمائة دينار او زوجتك امتي هذه بمائة درهم فقال قبلت كان هذا باطلا وهذا لان عقد
الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يعين نوعا من العمل عند العقد لا ندري بماذا يطالبه فكان العقد
فاسدا ووجه قوله الاخر انه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة
كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على ان له الخيار يأخذ ايهما شاء ويرد
الاخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد انما يجب بالعمل فعند العمل
ما يلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد
عند اقامة العمل وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد
لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا
والفصل الثالث ان يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند
ابي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفي القياس
يفسد الشرطان وهو قول زفر كما في الشرط الاول الا ترى انه لو قال في البيع ان اعطيتني الثمن الى
شهر فبعشرة دراهم وان اعطيته الى شهرين فبخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين
التسميتين ولهذا التردد افسد ابو حنيفة رحمه الله الشرط الثاني فكذلك يفسد الشرط الاول
وهما اعتبرا هذا بالفصل الثاني لانه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما
فيجوز العقد كما في الفصل الثاني وهذا لان عمله في الغد غير عمله في اليوم ولصاحب الثوب
في اقامة العمل في كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف

الفصل الاول فهنا له انما افسدنا العقد بمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه في اليومين شرط الاجر له على نفسه وابو حنيفة يقول علق البراءة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم يفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البراءة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم يفرغ منه اليوم فلا شيء لك فكذلك اذا علق البراءة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البراءات لا تحتمل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة في اليومين صفة واحدة انما تفوت منفعة التعجيل بتاخير العمل الى الغد بخلاف خياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا ذلك تعليق البراءة عن بعض الاجر حتى لو قال هنا وان خطته فارسيا فلا اجر لك كان ذلك استغنا نه صحيحة في خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال ان خطت هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففي احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفي الرواية الاخرى يجب اجر المثل لا يجاوز به درهم لانه رضي بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فاته ذلك يلزمه اجر المثل فعلى الرواية الاولى يقول اجتمع في اليوم الثاني تسميتان درهم ونصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم او نصف درهم وبيان ذلك ان موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية بضم الشرط الثاني الى الاولى في الغد مع بقاء الاول فيجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسميته نصف درهم في لا موجب له في اليوم حتى اذا قال استاجرتك غدا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا اجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثاني بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه لا يجتمع تسميتان في واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية يقول التسمية الاولى لها موجب في اليوم الثاني وهو اجر المثل فهو بتسميته نصف درهم قصد تغيير موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما في قوله وان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الاخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيه فلهذا افترقا واذا اشترى نعلا بدرهم وشراكا معها على ان يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس فاذا كان اصل العقد يجوز للعرف فالشرط في العقد اذا كان متعارفا فللجواز اولى وان اشترى ثوبا على ان يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهي اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهي اعارة مشروطة في البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسألة النعل في القياس سواء غير ان هناك استحسنا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ فيه بالقياس ولو جاء الى حذاء بشراكين ونعلين استاجره على ان يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشراكين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاها له كان جائزا ايضا استحسانا وفي الخف بنعل ورفع كذلك الجواب بخلاف ما لو اشترط في الجبة والقبا البطانة والحشو على العامل والعرف بالعرف ثم شرط هنا ان يريه الشراك والنعل والصحيح انه لا يشترط اراءته اياه ولكن ان عمله على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك كان لما شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط ان يكون كم القميص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء ان يكون الاجر والجص من عنده وكل شيء من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما يتبع للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل اجر مثله مع قيمة ما زاد لانه صار قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وبعد رده حين صار وصفا من اوصاف ملكه واستوفى عمله بعقد فاسد فكان له اجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوب غيره خطا او عمدا فقطعه وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن ايهما شاء لان القصار جان في تسليم الثوب الى الغير والقابض في قبضه وقطعه وخياطته فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين ان القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير امره فيرجع عليه بقيمته ويعامل ما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع [illegible]

على القصار

على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفي الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقي في يد القصار فياخذه منه

باب متى يجب للعامل الاجر

واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا اجر له ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب وكذلك الاختلاف في كل اجير مشترك كالاجير المشترك في حفظ الباب وغيره والمشترك يستوجب الاجر بالعمل ويعمل للغير واحد ولهذا سمي مشتركا ولا خلاف ان اجير الوحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذي يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الاجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك ان يوجر نفسه من اخر في تلك المدة وجه قولهما انه خالف موجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك ان المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين انه لم يات بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا في الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عند التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا في الاجير بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ ظاهر وكذلك في القصار فانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة يعتبر فيه صفة السلامة كاوصاف المبيع الا ان ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية في حق البزاغ فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع فيه والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان اما ان يكون ضمان عقد او ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا على العين فلا يصير العين مضمونا والجبران للفوات وهو ما فوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن اجير الوحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن تضمين المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان اجير الخاص يعمل له في بيته ولان البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا يشترط فيه السلامة عن العيب ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو ان يلزمه ما يلتزمه ونظر الكل للشرع فمن النظر للاجير ان لا يكون مضمونا عليه اولما تساوت الجنايتان لم يجب الضمان بالشك وما قالا انما يستقيم ان لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا ان يضيع ترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن ولا اجر له عند ابي حنيفة لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا اجر له بخلاف اجير الوحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فهلاك العين عنده لا يبطل الاجر واما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب معمولا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تحول الى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه وضمنه قيمته ثوبا ابيض بمنزلة ما لو قتل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشتري فاما اذا اتلفه بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر لا ضمان عليه اذا لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي فيه قولان في احد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله او بغير فعله وفي قوله الاخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله او بغير فعله وجه قول زفر انه عمل ماذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا

عليه كالمعين في الدق واجر الوحد وبيانه انه استاجره ليدق الثوب والدق عمل معلوم بحده ومنه
ارسال المدق على المحل من غير عنف وقد اتى على تلك الصفة فيكون ماذونا فيه ثم التخرق انما كان لوهاء
في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس
لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يتقيد
بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فيتقيد بشرط
السلامة والدليل ان اجير القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يثبت الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان
على الاستاذ فان كان هذا العمل ماذونا فيه موجب للضمان على من باشره فاما ان يقال من باشره لا يضمن
وغيره يضمن به فهو بعيد جدا وحجتنا في ذلك ان التلف حصل بفعل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو
دق الثوب بغير امره وبيان ذلك ان الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد
عقد معاوضة مطلقة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع وما في الذمة يعرف
بصفته والموصوف بانه سليم غير الموصوف بانه معيب فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم المزيل للدرن
عرفنا ان المعيب المخرق للثوب غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه وبه فارق اجير الوحد ومن اصحابنا رحمهم
الله من يقول هناك البدل ليس بمقابلة التسليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضى
عقد المعاوضة الا ان هذا ليس بقوي فالمقصود في الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود الا ان هناك يقام
تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضيق مدة التسليم عنه وهذا الابدال على انه اذا وجد ما هو المقصود
وهو العمل كان البدل بمقابلته فالصحيح ان يقول المعقود عليه في حق اجير الوحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه
ببيان المدة ومنافعه عين والعين لا تختلف بكونه سليما او معيبا كما في بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه
عيبا لا يخرج العقد به من ان يكون مسلما ولانا عرفنا ان الاذن متناول للعمل معيبا كان او سليما وههنا المعقود عليه
عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذا تناول الجيد لا يكون الردي معقودا عليه ما لم يسقط حقه في الجودة
بالرضى به فههنا ما دام العمل السليم معقودا عليه الا ان يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة
لا تقتضي السلامة عن العيب وبالتخرق لا يخرج العمل من ان يكون ماذونا فيه بخلاف البزاغ والفصاد والحجام
فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه جرح والجرح الذي هو غير سار ليس في وسع البشر فانما يلتزم بعقد
المعاوضة ما يقدر على تسليمه دون ما لا يقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار في الجملة الا انه ربما يلحقه
الحرج فيه وذلك لا يمكن يمنع صحة البراءة بعقد المعاوضة يوضحه ان التخرق اما ان يكون لشي في طي الثوب او لرقة
في الثوب او لحدة في المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التامل فاما السراية لضعف الطبيعة عن دفع اثر
الجناية ولا طريق للوقوف عليه بحال يوضحه ان التلف هناك لا يحصل في حالة العمل وانما يكون بعد الفراغ
منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا انه بالفراغ
منه يصير مسلما الى صاحبه فانما حصل التلف به بعد خروجه من ضمان العاقد وههنا التخرق يحصل في حالة
العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا
فاما اجير القصار فهو اجير وحد البدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للاستاذ
كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل به اجيره اذا عرفنا
هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته
غير مقصور ولا اجر له قال بشر بن عتاب وهذا الجواب صحيح على قول ابي يوسف ومحمد لان عندهما قبضه
قبض ضمان فله ان يضمنه قيمته وقت القبض فاما عند ابي حنيفة هو خطا لان عنده قبض القصار قبض
امانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له ان يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح
ما قلنا فانا لا نقول نضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من جهته
باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز ان يكون معقودا عليه عند الرضى به كالردي في باب السلم مكان الجيد

فيكون

يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضي به متغيرا فضمنه
قيمته معمولا واعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل من ان يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته
غير معمول ولا اجر له وان لم يهلك الثوب واراد صاحبه اخذه كان للقصار ان يمنعه حتى يستوفي
الاجر وقد بينا خلاف زفر في هذا والحاصل ان كل اجير يكون اثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار
والصباغ والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي احدثه في الثوب وهو قائم فيكون له
ان يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله اثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس
العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له ان يحبسه فان قيل في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ
حتى اشتريه صار في حكم المعدوم وحين اظهر القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون
اثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا
موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوي الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر ليس له حق
الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان اراد ان ياخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه
ويعطيه من الاجر بقدر ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم من الجانبين لكونه معاوضة
فكما ليس للقصار ان يفرق الصفقة على صاحبه فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون
ذلك لرب الثوب وكما ان اقامة العمل مستحق على القصار فاستبقاء العين الى ان يفرغ من العمل مستحق
له فلهذا لا ياخذه منه صاحبه وان استاجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره او دابته الى موضع معلوم
فحمله وصاحبه يمشي معه او ليس معه فانكسر في بعض الطريق او عثر فانكسر او عثرت الدابة فانكسر
المتاع قال رضي الله عنه اعلم ان الحمال اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله
بان زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه كما بينا وان تلف بفعله
بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا
لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر
وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه
فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تعيب قبل تمام التسليم فيثبت
الخيار لهذا وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لا يحصل المقصود
الا بجملته فان صاحب المتاع لا يحصل له المقصود الا بوصول المتاع الى موضع حاجته فاذا انكسر
في بعض الطريق فعند الفسخ العقد فيما بقي للفوات فعرفنا ان الصفقة قد تفرقت فان شاء رضي بهذا
التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل واعطاه من الاجر بحسبه وان شاء ابى ذلك وفسخ العقد
في الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك في نصف الطريق
بغير فعله حتى لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة كان له نصف الاجر بخلاف ما سبق من القصار لان المعقود
عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس اذا فرغ من العمل فكان هو في هذا الحكم كاجير الوحد
بخلاف القصار فالتسليم هنا لا يتم باقامة العمل بدليل ان له ان يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل
يوهن طريقة الرازي رحمه الله في الفصل الاول وتبين به ان الصحيح ما قلنا اولا من ان ثبوت الخيار
للتغير الى البدل وقيام البدل مقام الاصل في فسخ العقد فيه حتى ان في هذا الموضع لما لم يجب البدل
وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما اتام من العمل فكان له من الاجر حصة ذلك قال وكان ابو حنيفة
رحمه الله يقول في الكرى الى مكة لا يعطى شيئا من كرايه حتى يرجع من مكة وكذلك كان يقول في جميع
من يحمل الحمولة على ظهره او على دابته او سفينته ثم رجع عن ذلك فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شي
معروف فله ان ياخذ بذلك وهو قول ابي يوسف ومحمد وسوا كان الاجر دراهم او دنانير او ثوبا او عبدا
او غير ذلك واصل المسألة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان او دينا

وانما يملك باحدى معاني ثلاثة اما بالتعجيل او بشرط التعجيل او باستيفاء ما يقابله وعند الشافعي يملك بنفس
العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار والدابة الى المستاجر وحجته في ذلك ان هذا عقد معاوضة
فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كالبيع والنكاح وهذا لان ما هو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين
في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة
والدليل على ان المنفعة في حكم العين صحة الايجار باجرة مؤجلة وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين
حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة
حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلزم وللشرع ولاية
ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها
كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق
بدار الحرب واذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجودة حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما
يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل ان المستاجر يملك التصرف فيه بالاجارة
من الغير وانه لو استاجر دارين فانهدمت احداهما بعد القبض لم يكن له خيار في رد الاخرى لتفرق
الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وانه لو تزوج امراة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها
لم يكن لها ان تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ما قبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ما اذا
انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف في ضمان المستاجر لانا جعلناها كالموجود المسلم باعتبار عرضية
الوجود في المدة وقد زال ذلك باعتبار انهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم لكونها محياة لذلك
فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي جعل لاجله
كالموجود والدليل عليه ان الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تاخر الملك في الاجر
او لم يجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة الى وقت في
المستقبل ولان اكثر ما في الباب ان تقام عين الدار مقام المعقود عليه في حق انعقاد العقد فكذلك في
ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما اقيمت مقام المعقود عليه هناك في انعقاد العقد ولزمه ملك البدل
بنفس العقد وحجتنا في ذلك ان هذا عقد معاوضة فيقتضي التساوي بين البدلين في الملك والتسليم كعقد
البيع ثم احد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم في
نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشيء سوى انه معدوم والملك عبارة عن
القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم واذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك
ليس بمقتضى المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل
وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه ان يقال ان المنافع التي تحدث في المدة تجعل موجودة حكما لانه
انما يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة كما في ما استشهدوا به فان الحي يتصور فيه الموت والميت لا يتصور
فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز ان يقدر حكما فاما جواز العقد
ليس باعتبار ان المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل
العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود
حقيقة لا يبقى له التسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود
المعاوضة فلو جعلناها كالموجود حقيقة لم يقبل العقد فبهذا تبين ان جواز العقد لم يكن بالطريق
الذي قاله الخصم بل باحد الطريقين اما باقامة الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الايجاب
ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا ان
عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا
لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التاخير في حكم المحل كالطلاق

المضاف

المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على اصل الخصم والمضاربة بالاتفاق او باعتبار انه لما انعقد
الايجاب بعد وجود المنفعة يسقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد [illegible] ولكن عرضية الوجود
يكون العين منتفعا به يكفي لانعقاد العقد كما لو تزوج صح النكاح باعتبار ان عرضية الوجود
فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الموجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشيء مقام غيره
يكون بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد لان الملك حكم
السبب والحكم قد يتاخر عن السبب وانما الشرط ان لا يخلو السبب عن الحكم فاما ان يقترن به فلا وفي حكم
ملك البدل لا ضرورة فاعتبرنا ما هو الاصل وهو ان يتاخر الى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه
انه قبل تسليم الدار لا يجب تسليم الاجر ولو جعلنا المنفعة كالعين لكان اول التسليمين على المستاجر كالثمن
في بيع العين ولا نقول ان المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة فكيف نقول
ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو في حكم الموجود بوجود محله جعلنا المسلم فيه مملوكا
بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح
فالمعقود هناك العين والملك في باب النكاح لا يحتمل التاخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود
في حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى المعاوضة وذلك
يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتاخر بشرط الخيار
ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتغير بشرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع
ثبوت الملك هناك ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت
لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت ولا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت انه يملك بشرط التعجيل ثبت انه
يملك بالتعجيل ايضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض والقبض تاثيره في اثبات الملك
فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة في المستقبل ولا تملك بنفس العقد
ثم لما لا ضرورة في الملك لا ضرورة في التسليم لانه قد يتاخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار
وهذا لان تاثير التسليم بحكم المعاوضة في نقل الضمان ولما لم ينتقل الضمان الى المستاجر عرفنا انه لم
يصر مسلما اليه وجواز تصرفه فيه من الوجه الذي يجوز فيه تصرف الاجر لعجزه عن التصرف بعد الوجود
حقيقة كما بينا وكذلك في حكم تفرق الصفقة فانه لا يمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فيقام
الدار فيه مقامه كما في حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة اما لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك
المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امراة على عبد الغير صحت التسمية وتتاخر الملك
الى ان يجيز الزوج ملك لنفسه فانما يعتبر مجرد تسليم الدار في سقوط حقها في الحبس لوجود الرضى منها
بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد في المدة مع علمها انه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت
راضية بسقوط حقها في الحبس عند تسليم الدار اليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها
بمهر مؤجل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة
وهو قول زفر لان المقصود لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استاجر خياطا
ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرة له من الاجر شيء
معروف فله ان ياخذ بذلك وهو قول ابي يوسف ومحمد لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم
الاجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي في القياس انه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من
الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف ولو اخذنا بالقياس لم يتفرغ الى شغل اخر بل تسليم الاجر في كل ساعة
بمقدار ما يتبين في من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة او في حصته من الاجر
وعن ابي يوسف قال اذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد
يكترى في المرة فيه دابة ثم ينتقل الى اخرى وعلى هذا لو استاجر دارا مدة معلومة ففي قوله الاول

ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر في قوله الاخر اذا مضى من المدة ما له حصة معلومة من الاجر يجب، الى الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه اخذ بالفضل او في قبل وجوب الايفا فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له ان يرجع فيما عجل من الاجر لان المستاجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقا العقد وان شرط في العقد ان لا يسلم الاجر حتى يرجع او حتى تنتهي المدة فهو جائز الا في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضى العقد وفي قوله الاخر هذا اشتراط الاجل في الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينا ولا يصح التاجيل فيه اذا كان عينا ولو ابراه عن جميع الاجر او وهبه له فان كان ذلك دينا لم يصح ذلك في قول ابي يوسف الاخر وصح ذلك في قوله الاول وهو قول محمد ولا يبطل به الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل الاخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالمبيع والمشتري اذا وهب المبيع من البايع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد فاما اذا كان دينا فمن اصحابنا من يقول في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفي قوله الاخر لا يجب بنفس العقد عينا كان او دينا والابرا قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل بنوا مسالة المضاربة على هذا ولكن هذا شي لا يروى عن محمد رحمه الله نصا وفي الجامع بين المسايل على ان الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان او دينا ولكن وجه قوله الاول ان سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا في الجامع وهذا لان السبب لما اعتبر في جواز اداء الواجب واقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط ووجه قوله الاخر ان الابرا اسقاط ما ليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابرا وبقي العقد تملك المستاجر المنفعة عند الاستيفا بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما ان الابراء عن بعض الاجر قبل استيفا شي من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق باصل العقد ويصير كانه عقد في الابتدا بما بقي ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه اليه فهو جائز لان الشرا لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين بقي الشرا صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما انه لا يجب بنفس العقد فكانهما شرطا تعجيل الاجر وجعل ذلك مضمرا في كلامهما لتحصيل مقصودهما كما اذا قال اعتق عبدك عني على الف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبايع حق حبس المبيع لاستيفا الثمن فان لم يوفه الثمن لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعدما صار مستوفيا الاجر بالمقاصة وجب رد ما استوفي كما استوفاه حقيقة ولما انفسخ العقد ظهر ان الاجر غير واجب وان المقاصة لا تتعلق به ولكن اصل الشرا بقي صحيحا بثمن في ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستاجر بالدراهم دنانير ودفعها اليه قبل استيفا المنفعة فهو جائز في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قوله الاخر الصرف باطل اذا افترقا قبل ايفا العمل فوجه قوله الاول انهما لما اضافا عقد الصرف الى الاجرة فقد قصدا المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المقتضى كالمصرح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارفه به دينارا قبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمنا في كلامهما وهو نظير الشري والدليل عليه ان من كفل عن غيره عشرة دراهم بامره ثم صارفه بها مع المكفول عنه دينارا فبل ان يودي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه ما لم يؤد فهذا مثله ووجه قوله الاخر ان وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف اذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك ان الاجر لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفا العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف فعرفنا انه واجب بعقد الصرف والذي قال من انه تقدم اشتراط التعجيل ليس بقوي لان الحاجة

الي

الي اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم في ذمته فلو ان المقاصة بعد عقد الصرف فهذا انه شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما يكون ذلك بعد عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو المقاصة الا به قلنا انما يتقدم على العقد بطريق الاقتضاء ما هو من شرايط العقد ووجوب الاجر ليس من شرايط عقد الصرف بدليل انه لو نقد العشرة في المجلس كان العقد صحيحا ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقا العقد صحيحا الا ترى انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يبطل ولكن قيل يحتال للتصحيح في الابتدا ولا يحتال للبقا على الصحة والدليل عليه ان الاجر اذا كانت نقره بعينها فصارف بها دنانير وافترقا قبل قبض النقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا في ابقا العقد صحيحا لا يستوي فيه العين والدين واما مسالة الكفيل فبالكفالة كما وجب للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى ادايه والمصارفة بالدين المؤجل صحيح وقد بينا هذا ان الاجر لا يجب بنفس العقد عينا كان او دينا فيبطل عقد الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم فان مات قبل ان يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق او لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر ما لم يوفه من العمل في قوله الاول لانه صار مستوفيا الاجر بطريق المقاصة فيقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الاخر الصرف باطل فعليه رد الدينار وان شرط في الاجرة الاجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار الاجل من حيث يجب الاجر لان الاجل يوخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب وان كان الاجر شيئا معلوما له حمل ومونة فلم يشترط له مكان الايفا في قياس قول ابي حنيفة العقد فاسد وفي قول ابي يوسف ومحمد هو جائز وهو نظير اختلافهم في المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل اليس هذا ان الاجر بمنزلة الثمن في البيع ولو كان الثمن شيئا له حمل ومونة لا يشترط فيه بيان مكان الايفا فكيف يشترط ذلك في الاجر في الاجر عند ابي حنيفة قلنا في الثمن ان لم يكن مؤجلا فان الايفا يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايفايه لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن ابي حنيفة احدهما انه لا بد من بيان مكان الايفا كما في السلم لان وجوب التسليم الان عند حلول الاجل ولا ندري في اي مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفا وفي الرواية الاخرى يجوز لان البيع في الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لانه في ذلك المكان عند وجوب التسليم وانما يتاخر بعارض شرط الاجل والاجل معتبر في تاخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقي مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم لا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين لايفايه ولا بد من بيان مكان الايفا لان بدون المكان يتمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند ابي يوسف ومحمد العقد صحيح هنا كما في السلم الا ان هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار يتعين موضع الارض والدار للايفا لان وجوب الاجر هنا باستيفا المنفعة لا بنفس العقد والاستيفا يكون عند الدار فيجب تسليم الاجر في ذلك الموضع وفي الحمولة حيث ما وجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد اخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لانه يطالب بايفا ما لزمه ولم يلزمه الحمل الى مكان اخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله ان يأخذ في الدراهم والدنانير حيث شا لانه صار دينا في ذمته وليس له حمل ومونة فيطالبه بالايفا حيث ما لقيه

باب الشمسار

ذكر حديث قيس بن عروة الكناني قال كنا نبتاع الاوساق ونسمى انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو احسن من اسمنا قال عليه السلام يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف

بالمدينة

فشبهوه بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهذا اورده في الباب طريق الجواز ثم ذكر ان النبي عليه السلام سماهم بما هو احسن مما كانوا يسمون به انفسهم وهو اللايق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار احسن لان ذلك يطلق في العبادات قال الله تعالى هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على ان التاجر يندب الى ان يستكثر من الصدقة لما اشار عليه السلام في قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه انه قد يبالغ في وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف في الحلف لترويج سلعته فيندب الى الصدقة ليمحو اثر ذلك قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وقال عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل الى سمسار الف درهم وقال اشتر بها زطيا باجرة عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجره بعمل مجهول فالشرى قد يتم بكلمة واحدة ولا يتم بعشر كلمات ثم استاجره على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشرا لا يتم به ما لم يساعده البايع على البيع وكذلك ان سمى له عددا الثياب او استاجره ليبيع طعاما او يشتري طعاما وجعل اجره على ذلك من النقود او عروضا فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما او على كر من حنطة يشتريه درهما فهو فاسد لما بينا وان استاجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له او ليشتري له فهذا جايز لان العقد بينا ورد على منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجر فاذا ورد على ان المعقود عليه الا ترى انه لو سلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع ولا شرا بخلاف الاول فالمعقود هناك البيع والشرا حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل العمل به ثم ما كان من ذلك فاسدا اذا اشترى وباع فله اجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له لانه استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء امره بالبيع والشرا ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وابو حنيفة في هذا الاجا لغيرها فان التعويض في هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك في هبة المنافع وقد احسن اليه بالاعانة وانما جزا الاحسان الا الاحسان وان قال بع لي المتاع ولك له درهم او اشتر هذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله اجر مثله ولا يجاوز به ما سمى لانه استاجره للعمل الذي سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفا ولو قال ان بعت هذا المتاع لي فلك درهم كان استيجارا فكذلك اذا قال بعه ولك درهم ثم قد استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه اجر مثله

باب الكفالة بالاجر

قال ويجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة في عاجله واجله لان الاجرة وان لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيح كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج الى التوثق فيما هو واجب وكذلك فيما هو بعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيح كالكفالة بما ذاب له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا واستيفا الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ما على الكفيل المكفول عنه وان لم يشترط خلافه في تعجيل او تاجيل لان الكفالة للضم فينضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل وهذا لا يتحقق الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل ان ياخذ المستاجر بالاجر حتى يوديه ولكنه ان لوزم به صاحبه فله ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه ويوديه عنه لان ما استوجبه الكفيل على الاصيل معتبر بما استوجبه الطالب على الكفيل ويجب له مثل ما التزم في ذمة الاصيل وبالادا يصير متقرضا ما له منه حين اسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل انه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان ادى رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذي يتمكن صاحبه من مطالبة المستاجر لم يرجع الكفيل على المستاجر حتى يجي ذلك الوقت لان

الكفيل

الكفيل متبرع بالادا قبل حلول الاجل وتبرعه لا يسقط حق الاصيل في الاجل الذي كان ثابتا له وكما ان الطالب لا يتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل فكذلك الكفيل وان اختلفا في مقدار الاجر فالقول قول المستاجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان اقر الكفيل بفضل على ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان اقاما البينة فالبينة بينة الاجر لاثباتها الزيادة وله الخيار في استيفا ما اثبته بين ان يطالب به الكفيل والاصيل وان استاجر دارا او ثوبا بعينه وكفل به رجل فهو جايز لان تسليم العين مستحق على المستاجر بسبب العقد عند استيفا العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما يجري فيه النيابة والكفالة بمثله صحيح عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرا الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المغصوب فهناك الغاصب لا يبرا عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستاجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا يلزمه قيمته ولكن ينفسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه اجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من اجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استاجر الدار بخدمة عبده شهرا فكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم بما لا يقدر على ايفايه فخدمة عبد نفسه لا يمكن ايفاؤها من محل اخر وان كفل بنفس العبد فانه يوجد به لان تسليم نفس العبد بالعقد مستحق على المواجر وهو مما يجري فيه النيابة فتصح الكفالة ويطالب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر واقر المكفول له انه كان حبسه قبله خدمة الشهر الماضي برئ الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد سقط من الاصيل بمضي الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله اجر مثل الدار على المستاجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفا فيجب رد المستوفي ورد المنفعة برد اجر المثل ولا شي على الكفيل من ذلك وان استاجر محملا او زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جايز لانه كفل بما هو مضمون في ذمة الاصيل ويجري النيابة في ايفايه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفايه كما يقدر الاصيل فلهذا يوجد الكفيل بالحمولة كما يواخذ المواجر وكذلك لو استاجر منه ابلا بغير اعيانها ليحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة لم يجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفا المكفول به من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين في الايفا فهو عجز له كما لو كفل بمال بشرط ان يودي ذلك من مال الاصيل وذلك باطل ولو استاجر ولو استاجر دارا ليسكنها او ارضا ليزرعها او رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالعقد بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفا ما التزم بماله وبنفسه وبنفس الكفالة لا يثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفي ما التزم منه وكل شي ابطلنا فيه الكفالة من هذا فالاجارة جايزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا في الاجارة تعقد الاجارة نظير البيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل بالاجرة لم يوف الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جايز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان سلم ثوبا الى خياط يخيطه له باجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جايز لانه كفل بمضمون يجري فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل في ذمته ان شاء اقام بنفسه وان شاء اقامه بنايبه فيمكن الكفيل من ايفا هذا العمل ايضا فلهذا كان لصاحب الثوب ان يطالب به ايهما شا فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه باجر مثل ذلك العمل بالغا ما بلغ لانه اوفى عنه ما التزم بامره فرجع عليه بمثله ومثل الخياطة باجر المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط ان يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبر لتفاوت الناس في عمل الخياطة واذا ثبت ان المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له لان الكفيل عاجز عن ايفايه بنفسه وبالكفالة لا يثبت فيه الولاية على يد الاصيل ليوفي ما التزمه بيده فلهذا تبطل الكفالة وكذلك ساير الاعمال

باب اجارة الظئر

الاستيجار للظئورة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن والمراد بعد الطلاق وقال
الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى يعني باجر وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس
يتعاملونه فاقرهم عليه وكانوا عليه في الجاهلية وقد استوجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه
وبالناس اليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن الادمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض او موت او تأبى
الارضاع فلا طريق الى تحصيل المقصود سوى استيجار الظئر فجوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتاخرين
رحمهم الله ان المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه واما اللبن تبع فيه لان
اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو
المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدي فمنفعة كل عضو
على حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة
دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل
على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر في الكتاب انه لو ربت بلبن الانعام لا تستحق الاجر
وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا لم يكن الاجر بمقابلته لا تستوجب الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد
ابن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسترضعوا لكم الحمقاء فان اللبن يغيل وهو كما قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن في حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فيؤثر فيه حماقتها ويظهر اثر ذلك في
الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا استاجر
ظئرا ترضع له صبيا له سنتين حتى يفطمه باجر معلوم فهو جائز لانه استاجرها لعمل معلوم ببدل
معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها فيما سوى ذلك
حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه في بيتها ان شاءت وليس عليها ان ترضعه في بيت ابيه لانها
بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهي تقدر على ايفاء ما التزمت في بيت نفسها
فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة اثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة
ومسحا وفراشا فذلك جائز عند ابي حنيفة استحسانا في هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي
قول ابي يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز وهو القياس وكذلك اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف
وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الاجرة كما في سائر الاجارات والطعام مجهول
الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهي الجهالة تمنع صحة التسمية في سائر الاجارات لانها
تفضي الى المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يسنده الاثر وهو قوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلم
اجره وان اقامت العمل فلها اجر مثلها لانها اوفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا ان يسموا لها ثيابا
معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا له اجلا او يسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما
فحينئذ يجوز كما في سائر الاجارات والبيوع وابو حنيفة استدل بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن يعني اجرا على الارضاع بعد الطلاق الا ترى انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك اجر الارضاع
لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا هذا العقد بهذه الصفة وليس في عينه نص يبطله وفي النزوع عن
هذه العادة حرج لانهم يعدون الظئر من اهل بيتهم فالظاهر انهم يستنكفون عن تقتير طعامها وكسوتها
كما يستنكفون عن تقتير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجز هذا في سائر الاجارات لتمكن المنازعة
في الثاني وذلك لا يأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لا يمنعوها ما يمنعها من الكسوة لكون ولدهم في حجرها
ثم اخذ العوضين في هذا العقد يتوسع فيه ما لا يتوسع في سائر العقود حتى ان اللبن هو عين حقيقة
يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فلذلك يتوسع في العوض الآخر في هذا العقد ما لا يتوسع في غيره
واذا اجاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها تستحق ذلك بمطلق التسمية
في عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما في الصداق اذا سمى لها عبدا او ثوبا هرويا وهذا لان في تعيين

الوسط نظرا من الجانبين ولو اشترطوا عليها ان ترضع الصبي وهو في منزلهم فهو جائز اذا شرط المستاجر على الاجير
اقامة العمل في بيتهم وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي في بيتهم ما لا تتعاهده في بيت
نفسها وربما لا يحتمل قلبهما غيبة الولد والشرط المفيد في العقود معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها
للظئورة بغير اذنه فللزوج ان يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا كان الزوج ممن يشينه ان تكون زوجته
ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له ان يفسخ العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه لا يكون له ان يفسخ والاصح
ان له ذلك في الوجهين لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فللزوج ان يمنعها من الخروج من منزله وان كانت
ترضعه في بيت نفسها فللزوج ان يمنعها من ادخال الصبي الغير منزله ولان الارضاع والسهر بالليل يتعب
نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له ان يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها
من التطوعات هذا اذا كان تزوجها معروفا فان كان مجهولا لا يعرف انها امرأته الا بقولها فليس له
ان ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استاجرها ولانه يتمكن تهمة المواضعة
مع هذا الرجل بان يقول له بالنكاح لتفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال
فاقرت بالرق على نفسها لا تصدق في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد ستة فلها اجر ما مضى ولها
مما اشترطت من الكسوة والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لانها اوفت المعقود عليه في المدة الماضية
فتقرر حقها فيما يقابل ذلك من البدل ثم تحقق فوات المعقود فيما بقي فلا يجب ما يخصه من البدل ولو ضاع
الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير
الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان تشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي
ولا ان تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك
على قول من يضمنه وليس عليها من عمل ابوي الصبي شيء ان كلفوها عجينا او طبيخا او خبزا لانها التزمت بالعقد
الظئورة وهذه الاعمال لا تتصل بالظئورة فلا يلزمها الا ان تتطوع به فاما عمل الصبي وغسل ثيابه وما
يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظئورة وان كان الصبي
يأكل الطعام فليس على الظئر ان تشتري له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك
كله على اهله وعليها ان تهيئه له لان ذلك من عمل الظئورة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام
بناء على عادة اهل الكوفة والمرجع في ذلك الى العرف في كل موضع وهو اصل كبير في الاجارة انما يكون من
التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قال في استيجار اللبان الزنبيل والملبن
على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب
دون الحائك وان كان عرف اهل البلد بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحتى التراب على الحفار في القبر
لاعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ اذا استوجر لطبخ
عرس وان استوجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال
اذا حمله على ظهره وليس عليه ان يصعد به الى السطح والغرفة للعرف واذا تكارى دابة ليحمل عليها حملا
الى منزله فانزال الحمل من ظهر الدابة على المكاري وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب
الدابة وفي الجوالق والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل ان
التوابع التي لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيه وبه يفصل عند المنازعة واذا اراد اهل الصبي
ان يخرجوا الظئر قبل مضي الاجارة فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا ان الاجارة
تفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك ان لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به
ما هو المقصود ولا عذر ابين من ذلك وكذلك اذا تقيأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة فالحاجة الى
دفع الضرر عنه عذر في فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا
خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم

وعلى متاع الصبي وحلبه ان كانت تتهم وكذلك ان كانت فاجرة بينة فجورها فيخافون على انفسهم فهذا عذر
لانها تشتغل بالفجور وخبثه فينتقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحبل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا
بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد ان يقال عيب الفجور في هذا
فوق عيب الكفر الا ترى انه قد كان في نساء بعض الرسل كافرة كامراة نوح ولوط وما بغت امراة نبي قط هكذا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا ارادوا سفرا فابت ان تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر
عند الحاجة لما عليهم في ذلك من الضرر ولا تجبر هي على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم
ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد يوحشهم فلدفع الضرر يكون لهم ان يفسخوا الاجارة وليس للظئر ان
يخرج من عندهم الا لعذر وعذرها مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها
انضمام تعب الرضاع الى المرض فلهم ان يخرجوها فاذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو معقود عليه وهو الارضاع
فربما يقل بسببه لبنها او يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله ان يخرجها لما بينا وكذلك ان لم
تكن معروفة بالظئورة فلها ان تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تلقى بدونه من المقاسات والسهر
فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تعيرت بهذا العمل على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل بثدييها وما كانت تعرف
ما يلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا علمت كان لها ان تفسخ العقد وان كانوا يؤذونها
بالسنتهم كفوا عنها لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساءت اخلاقهم معها كفوا عنها لان
سوء الخلق مذموم فان لم يكفوا عنها كان لها ان تخرج لانها تتضرر بالصبر على الاذى وسوء الخلق ولو
كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من غشيانها لمخافة الحبل وان تضرر بذلك الصبي فليس لهم ان
يمنعوه ذلك في المنزل لان المنزل لهم فلا يكون له ان يدخله الا باذنهم وان لقيها في منزله فله ان يغشاها
لان ذلك مستحق له بالنكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر
ان تمنع نفسها ولا يسع اهل الصبي ان يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر ان تطعم احدا من طعامهم
بغير امرهم لانها في ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها احد من ولدها فلهم ان يمنعوه من الكينونة
عندها لان المنزل لهم ولهم ان يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها
قد التزمت ما يرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها
لانها حرة مالكة امر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز للامة التاجرة ان تؤاجر نفسها ظئرا كما ان لها ان
تؤاجر نفسها لعمل اخر عندنا لان راس مالها منافعها فتعتاض عنها وكذلك المكاتبة وكذلك العبد التاجر والمكاتب
تؤاجر امته ظئرا ويستاجر ظئرا للصبي له لان الاجارة من عقود التجارة فلان التدبير فيما يرجع الى اصلاح
كسبه اليه فكما يشتري للصبي له طعاما فكذلك يستاجر له الظئر لترضع له وكما يبيع امته فكذلك له ان
تؤاجرها فان رد في الرق بعد الاستيجار انتقضت الاجارة فان كان هو اجر امته لم تنتقض الاجارة
في قول ابي يوسف وقال محمد ينتقض ووجه قول محمد ان المنافع بالاجارة استحقت على المكاتب وبعجزه
بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر
في ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فبعجزه يكون ناقلا الحق عنه الى المولى بمنزلة
موت الحر وبهذا الطريق يبطل استيجاره وبه فارق العبد الماذون فان الكسب كان مملوكا للمولى
وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق الى مولاه الا ترى ان استيجاره لا يبطل فكذلك
اجارته وهذا بخلاف ما اذا اعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف والدليل
على الفرق ان المكاتب اذا اشترى امة ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء
جديد وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من الوالد والولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لا يمتنع عليه
بيعه وانه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرفنا ان الكسب له ما دام مكاتبا
فبالعجز ينتقل الى مولاه والدليل عليه انه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز وابو يوسف

رحمه الله

رحمه الله يقول بعجزه انما تحول حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا اعتق وتقريره ان الكسب
بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك ولهذا لو اشترى المكاتب امراة مولاه
او امراة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى امة من كسب مكاتبه لم يجز فعرفنا ان لكل واحد منهما
حق الملك وجانب المولى في حقيقة الملك يترجح على جانب المكاتب لانه اهل لذلك والمكاتب ليس باهل
ولو ادى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء للمولى الاول ولو اعتق المولى من كسب المكاتب من اقر
بانه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا انه في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم اذا
تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالعجز اولى وهذا لانه لم يتبدل من
استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف ما اذا مات الحر وقد قيل الاستيجار على الخلاف ايضا
والاصح ان ابا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استيجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه
وقد سقط حاجته بعجزه فاما اجارته كانت لتحصيل الاجر وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم ما لاجله
لزمت الاجارة ثم نسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان
الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل التصرف الا ترى ان العبد الماذون المديون يتصرف في كسبه
دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل التصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك
ولذلك لا يبطل الاستيجار هاهنا لانه وقعت لحاجة المولى فهو احق بكسبه اذا قضى الدين من موضع
اخر فيما يرجع الى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح انه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة
لا تنفسخ عند ابي يوسف كما لو عجز في حياته فاما فصل الاستبراء فذلك ينبني على ملك اليد والتصرف
دون حقيقة الملك الا ترى ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للمشتري ان يجتزي بتلك الحيضة
ونحن نسلم ان ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبني على ملك اليد والتصرف فان المكاتب
لما كان يملك الكتابة في كسبه مكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى
لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة
ينبني على انعدام ملك اليد والتصرف الا ترى ان ابن السبيل يحل له اخذ الصدقة والمولى وان كان
غنيا فلا يد له في كسب المكاتب فلهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب الغني فاما بطلان الاجارة
ينبني على انتقال ملك العين من المواجر الى غيره كما قررنا فان مات الصبي لم تنتقض اجارة الظئر
لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدي الاجر من مال الصبي اذا كان له مال
واجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حيوة ابيه مال كان للاب ان يؤدي
اجر الظئر منه وكذلك يؤدي من ميراثه بعده ولو استاجرها ان ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات
احدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر مقابله ارضاع الصبيين فيوزع عليهما نصفين
لانه لا تفاوت يتمكن في عمل الارضاع او يتعذر وقد بطل العقد في حق الميت منهما فلهذا سقط عنهم
نصف الاجر ولو استاجروا ظئرين يرضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما
على لبنهما فان كان لبنهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا
يتبين ان المعقود عليه اللبن وان البدل بمقابلته فان ماتت احداهما بطل العقد
في حقها لفوات المعقود عليه وللاخرى حصتها من الاجر ولا يجوز بيع لبن بني ادم على وجه من الوجوه عندنا
ولا يضمن متلفه وقال الشافعي يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا لبن طاهر ومشروب طاهر
كلبن الانعام ولانه غذاء للعالم فيكون بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين انه مال متقوم فان
المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه انه عين يجوز استحقاقه
بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبغ في عمل الصباغة والحبر في الوراقة والخرص
والصابون في غسل الثياب بل اولى لان العين بالبيع اقبل منه للاجارة وحجتنا في ذلك ان الادمية

ليست بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف ان المال
اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الادمي خلق مالكا للمال وبين كونه مالا
وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه اشار الله تعالى في قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا
ثم لاجزاء الادمي من الحكم ما لعينه الا ترى ان شعر الادمي لا ينتفع به اكراما للادمي بخلاف ساير الحيوانات
وان عابط الادمي يدفن وما ينفصل من ساير الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الادمي
الا ترى ان الحرمة تثبت باعتباره وهو حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو اصل
الادمي والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فاذا لم يكن الادمي مالا في الاصل فكذلك ما يتولد
منه من اللبن بمنزلة الولد الا ترى ان ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وان لبن الاضحية اذا حلبت
يتصدق به ولهذا اروي عن ابي يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون الحرة اعتبارا للبن بالولد
ولكن هذا ليس بقوي لان حق جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الادمي بدون هذا الوصف لا يكون
محلا للبيع ولا رق في اللبن لان الرق فيما يحله الحيوة فانه عبارة عن الضعف ولا حيوة في اللبن والدليل
عليه ان الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا متقوما كان ذلك
للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور فلا يدخل على شي مما ذكرنا المنافع فانها تقابل بالعقد من
الحر لان المنافع لا تتولد من العين ولكنها اعراض تحدث في العين شيا فشيا فكانت عين الادمي محل
نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع
فكذلك لبن الادمية وبهذا يتبين ان اللبن ليس بمال معقود لانه عين والعين الذي هو مال
معقود لا يستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لا يستحق
بالاجارة عين الصبغ بل ما يحدث في الثوب من اللون وكذلك الحرض والصابون والمستحق
لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى ان القصار باي شي ازال ذلك استحق الاجر وهنا
المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لا يستحق الاجر ولا نسلم ان اللبن غذا
على الاطلاق انما هو غذا في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة
لا يكون غذا الا عند الضرورة ولا يدل على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد
للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على انه كالمتقوم
مع ان الغذا في التدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما ما يجلب في الغوار بر فلما يجعل
به غذا الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد لانه يوجر به الصبيان فيثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من
كان اللبن منه ولا يعلم ذلك فان قيل ساير اجزاء الادمي متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجز
قلنا قد بينا ان الادمي في الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الادمي بل يجب
الضمان بالنقصان المتمكن في الاصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء او نبتت السن بعد القلع لا يجب شي
لانه لا نقصان في الفعل فكذلك الاتلاف في اللبن لا يتمكن نقصان في الاصل فلهذا لا يجب الضمان فان
قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطي في حكم النفس من وجه ولهذا لا يعمل البدل في اسقاط الواجب بالاتلاف
واللبن ليس نظيره الا ترى انه لا يضمن بالاتلاف بعد البذل ومثله لا يضمن اذا لم يكن متقوما وقد
بينا انه ليس بمال متقوم ولا باس بان يستعط الرجل بلبن المراة ويشربه للدوا لانه موضع الحاجة
والضرورة ولو اصاب ثوبا لم ينجسه لان الادمي طاهر في الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ما
قام الدليل الشرعي على نجاسته الا ترى ان عرقه وبزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحي
انما ينجس باعتبار الموت ولا حيوة في اللبن فلا تحله الموت ولان المستحيل من الغذا الى فساد
وبين رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان اجرت الظير نفسها
من قوم اخرين يرضع لهم صبيا ولا يعلم اهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد اثمت

وهذه

وهذه جناية منها لان منافعها صارت مستحقة للاولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرف تلك المنافع
الى الاخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين
ولا يتصدق بشي منه لان ما احدث من كل فريق انما اخذ به عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة لها
ولا باس بان يستاجر المسلم الظير الكافرة والتي قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر في اعتقادها
دون لبنها والانبيا والرسل عليهم السلام فيهم من رضع بلبن الكوافر وكذلك الفجور لا يؤثر في لبنها
فان استاجرها ترضع صبيا له في بيتها فدفعته الى خادمها فارضعته حتى انقضى الاجل ولم ترضعه
بنفسها فلها اجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرتها بنفسها فسواء
اقامت بنفسها او بخادمها فقد حصل مقصود اهل الصبي وكذلك ان ارضعته حولا لا تؤثر بلبنها
فارضعت خادمها حولا فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما
ولا شي لخادمها لان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية وفيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في
حق خادمها ولو يبس لبنها فاستاجرت له ظيرا كان عليها الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا
وفي القياس لا اجر لها لانها بمنزلة اجير الخاص وليس لاجير الخاص ان يستاجر غيره لاقامة العمل وفي
الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول
فلما استاجروها مع علمهم انها قد تمرض او ييبس لبنها في بعض المدة فقد رضوا منها بالاستيجار
لتحصيل مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها وقد نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن واذا استاجر امراته على رضاع ولده منها فلا اجر لها عندنا وقال
الشافعي لها الاجر لانه استاجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا يطالب به ولا يجبر عليه
اذا امتنعت فيصح الاستيجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا
بمقابلة الارضاع بدليل انها وان ابت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الاقارب لا تكون
مانعة صحة الاستيجار على الارضاع وحجتنا في ذلك قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين معناه ليرضعن فهو امر بصيغة الخبر والامر يفيد الوجوب وظاهره يقتضي
ان يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستيجار على مثل هذا العمل لا يجوز واليه اشار النبي
عليه السلام بقوله مثل الذين يغزون من امتي ويأخذون الاجر كمثل ام موسى عليه السلام
كانت ترضع ولدها وتاخذ الاجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف والمراد النفقة في هذا العطف اشارة الى ان النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل
عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد ما يكون بمقابلة الارضاع لا يستوجب عوضا اخر
بالشرط والمعنى فيه ان هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا دينا فانها تطالب به
فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستيجار على مثله لا يجوز كالاستيجار على كنس البيت والتقبيل واللمس
وما اشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح تثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود بالنكاح والولد مقصود
بالنكاح فكانت هي بالارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر على الزوج بالشرط كما في
التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول في ساير اعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وفيما يرجع
منفعته اليهما فهي لا تستوجب عليه الاجر بالشرط وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا
ولا يرجع منفعته اليهما وكذلك لو استاجرها بعد الطلاق الرجعي لان النكاح باق بينهما ببقاء العدة
فمعنى الاتحاد قايم فاما بعد انقضاء العدة الاستيجار صحيح لانها صارت اجنبية منه وارضاع
الولد على الاب لنفقته بعد الفطام وكذلك في العدة من طلاق باين لو استاجرها جاز عندنا
وعند الحسن بن زياد لا يجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحالة كما قبل الطلاق ولكنا نقول
معنى الذي كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لا يكون مستحقا عليها

دينا بمنزلة سائر اعمال المس فيجوز استيجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله انه ان كان للرضيع
مال استاجرها في حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس في مال الرضيع فيجوز ان يستوجب
الاجر في ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها
لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا اخر وكذلك اذا استاجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها
ملكها وبدل لها كمنفعة نفسها وان استاجر مكاتبتها كان لها الاجر لان المكاتبة كالحرة في منافعها
ومكاسبها توضيحه انه كما يجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا يجب عليه نفقة مكاتبتها ولو
استاجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لا
تؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القايم بينهما بخلاف ولده منها ولو استاجر امه او ابنته
او اخته ترضع صبيا له كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق
على واحدة دينا حتى لا تؤمر به فتوى فيجوز استيجارها عليه فان استاجرها ثم ابت بعد ذلك وقد الفها
الصبي لا ياخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها ان تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لا تعرف
بذلك فلها ان تابى وقد بينا هذا في الاجنبيات انها اذا لم تعرف بذلك العمل فانما تابى لدفع الضرر عن
نفسها فيكون ذلك عذرا لها في المحارم ولو استاجر ظئرا لترضع له صبيا في بيتها فجعلت توجره لبن الغنم وتغذوه
بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن او ليس لها لبن فلا اجر لها لان البدل بمقابلة الارضاع وهي لم ترضعه
انما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما اتت به مفسد فالادمي لا يتربى تربية صالحة
الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد ارضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح
الولد دليل على انها ارضعته لبن الادمية وان اقام اهل الصبي البينة على ما ادعوا فلا اجر لها لان الثابت
بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان اقاموا جميعا البينة اخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا في ذمة من
استاجرها وتثبت ايضا العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على النافي فاذا التقط الرجل لقيطا
فاستاجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذي يقوم باصلاحه واستيجار الظئر من اصلاحه وعليه الاجرة لانه
التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لا ولاية له عليه في التزام الدين في ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له ام
ترضعه فعلى اوليائه كل ذي رحم محرم ان يستاجروا له ظئرا على قدر مواريثهم لان اجر الظئر كالنفقة بعد
الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قوله ليس له ام ترضعه
اشارة الى ان الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها موسرة في حكم الارضاع
وسائر القرابات بمنزلة المعسرين في ذلك فكان عليها دون غيرها بخلاف النفقة فان كان لا ولي له فاجرة
ظئر على بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام

باب اجارة الدور والبيوت

واذا استاجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريدها له فهو جائز لان المقصود معلوم
بالعرف فانما يستاجر الدار للسكنى وسمي لذلك الا ترى انها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط
بالنص وله ان يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لا تتفاوت فيها الناس ولان سكناه لا تكون الا بعياله
واولاده ومن يعولهم من قريب واجنبي وكثرة الساكنين في الدار لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لان خراب
المسكن بان لا يسكنه احد وله ان يضع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لا يتم الا
بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها ما بدا له من الاعمال وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو
ذلك لان سكناه لا تخلو عن هذه الاعمال عادة فهي من توابع السكنى والمعتاد منه لا يضر بالبنا ما خلا
الرحا ان ينصب فيه والحداد والقصار فان هذا يضر بالبنا فليس له ان يفعله الا برضى صاحب
البيت ويشترط عليه في الاجارة والمراد رحا الما او رحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من ان ينصبه
فيه لان هذا لا يضر بالبنا وهو من توابع السكنى في العادة والحاصل ان كل عمل يفسد البنا او يوهنه

فذلك

فذلك لا يصير مستحقا للمستاجر بمطلق العقد الا بشرطه وما لا يفسد البنا فهو مستحق له بمطلق العقد
لان السكنى التي لا توهن البنا بمنزلة صفة السلامة في المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البنا
بمنزلة صفة الجودة او الكتابة او الخبز فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب المعتاد منه
لا يوهن البنا فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البنا فليس له ان يفعله الا برضا صاحب الدار
وان استاجرها للسكنى كل شهر بكذا فله ان يربط فيها دابته وبعيره وشاته وهذا اذا كان في الدار
معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له ايجاد المربط في ديارنا لان المنازل بخارا تضيق عن سكنى الناس
فكيف يتسع لادخال الدواب فيها واما هذا الجواب على عرفهم في الكوفة لما في المنازل بها من السعة
وله ان يسكنها من احب لانه قد ياتيه ضيف فيسكن معه اياما وقد يحتاج الى ان يسكنها صديقا
له باجر او بغير اجر وقد بينا ان ذلك لا يضر بالبنا فلا يمنع منه وان اجرها باكثر مما استاجرها يتصدق
بالفضل الا ان يكون اصلح منها بنا او زاد فيها شيئا تجصيص فيطيب له الفضل وعلى كل حال بنا على اصله
فيها شيئا تجصيص يطيب له الفضل وعلى قول الشافعي يطيب الفضل وعلى كل حال بنا على اصله ان المنافع
كالاعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى
شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكنا نقول المنافع
لم تدخل في ضمانه وان قبض الدار بدليل انها لو انهدمت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لا على ضمانه
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ثم المنافع في حكم الاعيان اذا كان احد حكم
المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يواجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك
منفعتها او جعلت لك منفعتها ولو اضاف الاعارة الى ما بعد الموت تثبت ملكا لمنفعة للموصى له
وكذلك اذا اوجبها له في حياته ومع ذلك لا يواجر لانه ليس بمقابلتها تسمية البدل فكذلك هنا
وما زاد على المسمى في العقد الاول لا تسمية بمقابلة المنفعة في حقه في قصده فلا يكون له
ان يستفضل وبهذا يتبين انها ليست كالعين فان من ملك العين بالهبة يجوز له اخذ العوض
بالبيع الا ان يكون زاد فيه شيئا تجصيص يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل
الخالي عن المقابلة وكذلك اذا اجره بجنس اخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم
والعقد لا يوجب ذلك فاما عنده فانما عند اتحاد الجنس يعود اليه ما غرم فيه بعينه ويتيقن
بالفضل فعليه ان يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير اذا اجر فعليه ان يتصدق
بالاجر وان كان استاجرها كل شهر فلكل واحد منهما ان ينقض الاجارة عند راس الشهر لان كلمة
كل متى اضيف الى ما لا يعلم منتهاه يتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان
لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة فان سكنها من الشهر الثاني يوما او يومين لم يكن لكل واحد
منهما ان يترك الاجارة الى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم
اذا سكنها يوما او يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول ثم في ظاهر الرواية
الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك من راس الشهور وبعض
المتاخرين رحمهم الله يقول الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذا مضى ساعة فالعقد
يلزمهما وهذا هو القياس ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما في اليوم
الاول من الشهر واذا استاجرها كل شهر بكذا ولم يسم اول شهر فهو من الوقت الذي استاجرها عنده
وقال الشافعي لا يصح الاستيجار الا ان يتصل ابتدا المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه
اذا اطلق ذكر الشهر فليس بعض الشهور لتعينه للعقد باولى من بعض وجعل له المدة معينة
لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة
الا ترى انه لو قال لله علي ان اصوم شهرا لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا

يتقول الاوقات كله في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الاجال
والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التاخير عن السبب لموجب لا يكون الا بموجب والموجب
ينعدم فيما يستوي فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل
لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيد وايام التشريق يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة
ورعا لا يقترن ذلك بالسبب فاما دخول المنفعة في العقد لا يستدعي معنى من جهته سوى العقد
فيما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد في اليوم الاول
من الشهر فله شهر بالهلال نقص او تم وان كان ذلك اليوم في بعض الشهر فله ثلثون يوما لان الاهلة
اصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة والايام تدل عن الاهلة اليه اشار النبي عليه
السلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما
صار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل فاذا كان استاجرها شهرا حين اهل الهلال فاعتبار الاصل
هنا ممكن وكان له ان يسكنها الى ان يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان في بعض الشهر فقد تعذر
اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلثين يوما وان استاجرها اكثر من شهر فالمذهب عندنا انه اذا
استاجرها مدة معلومة صح الاستيجار طالت او قصرت وفي قول الشافعي لا يجوز الاستيجار اكثر
من سنة واحدة وفي قول اخر يجوز الى ثلثين سنة ولا يجوز اكثر من ذلك وفي قول اخر يجوز ابدا وجه قوله
الاول ان جواز الاستيجار للحاجة والحاجة في بعض الاشيا لا تتم الا به كما في الاراضي ونحوها وفيما
وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثاني يقول العادة ان الانسان قلما يسكن بالاجارة اكثر من ثلثين
سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا قصد الزيادة على ذلك وعلى القول الاخر يقول المنافع كالاعيان
القائمة والعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة وحجتنا في ذلك ان اعلام
المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة
للمنفعة كالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام
المدة العقد جائز قل المعقود عليه او كثر وقد دل على جواز الاستيجار اكثر من سنة قوله تعالى
على ان تاجرني ثماني حجج فان اتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح الاجل في البيع فانها تصلح مشروطة
في عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه ان الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة
وان استاجرها سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر السنة بالاهلة اثني عشر شهرا وان كان
ذلك في نصف الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما في قول ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف
ووجه هذا القول ان الاهلة اصل والايام بدل ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار الاهلة وفي احد
عشر شهرا اعتبار ما هو الاصل ممكن فلا يعتبر المصير الى البدل ووجه قول ابي حنيفة ان ابتدا المدة
معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بصفة واحدة وهذا لانه ما لم يتم
الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني فاذا كان ابتدا الشهر الاول في بعض الشهر فتمامه في بعض الشهر
الداخل ايضا فابتداء الشهر الثاني في بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك في كل شهر وقد
ذكر في كتاب الطلاق في باب العدة انها تعتبر بالايام فعلى قول ابي حنيفة واحدى الروايتين
عن ابي يوسف لا حاجة الى الفرق وعلى قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف الفرق بينهما
ان الاجارة عقود متفرقة فاذا اهل الهلال يتجدد انعقاد العقد عند ذلك فيجعل كانه
جدد العقد في هذه الحالة فلهذا يعتبر احد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في
العدة لان الكل في حكم شي واحد فيعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استاجرها سنة اولها هذا
اليوم وهو لاربع عشرة مضت من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحد عشر شهرا بالاهلة
وستة عشر يوما من الشهر الباقي وهذا غلط والصحيح ما ذكر في بعض الروايات استاجرها

لاربع

لاربع عشرة بقيت من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الاول اربع عشرة فقد سكنها بعد العقد
ستة عشر يوما في ذلك الشهر فلا يسكنها في اخر المدة الا اربعة عشر يوما ليتم ثلثين يوما وقد
قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا ان الصحيح لاربع عشرة بقيت من الشهر واذا استاجر بيتا
في علوة دار او منزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى
ولو استاجر بيتا على ان يقعد فيه قصارا فاراد ان يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما
واحدة او كانت مضرة الحداد اقل وان كان اكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحا لان التقييد اذا
كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة في حق صاحب الدار بان ما لا يوهن البنا
ولا يفسده فما كان مضرته مثل المشروط او اقل منه فقد علمنا انه لا ضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة
صارت مملوكة للمستاجر وللانسان ان يتصرف في ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شا وان
كان اكثر مضرة فهو يريد ان يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمتنع من ذلك والمسلم والذمي
والحربي والمستامن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سوا في الاجارة لانها من عقود التجارة
وهم في ذلك سوا فان استاجر الذمي دارا سنة بالكوفة بكذا درهما فان اتخذ فيها مصلى لنفسه
دون الجماعة لم يكن لرب الدار ان يمنعه من ذلك لانه استحق سكناها وهذا من توابع السكنى وليس
ذلك من قبل انه يملك الدار ولكن على سبيل النهي عن المنكر فانهم يمنعون من احداث الكنايس في امصار
المسلمين فلكل مسلم ان يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله عليه السلم لا اخصاء في
الاسلام ولا كنيسة والمراد من احداث الكنايس في امصار المسلمين وفي الاخصاء تاويلان
احدهما اخصاء بني ادم فذلك منهي عنه وهو من جملة ما يامر به الشيطان قال الله تعالى ولامرنهم
فليغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النسا على قصد التبتل والترهب والحاصل انهم لا يمنعون
من السكنى في امصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى الا ان يكثروا على وجه
يقل بسببه جماعات المسلمين فحينئذ يؤمرون بان يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذي
يسكنه المسلمون على وجه يامنون اللصوص ولا يظهر الخلل في جماعات المسلمين ويمنعون من
احداث البيع والكنايس في امصار المسلمين فاذا اراد ان يتخذ مصلى للعامة فهذا منه احداث
الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمور في امصار المسلمين لان ذلك يرجع الى الاستخفاف
بالمسلمين وما اعطيناهم الذمة على ان يظهروا ذلك فكان الاظهار فسقا منهم في التعاطي فلكل
مسلم ان يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سوا وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمور وضرب
المعازف والخروج سكران في امصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين ولو كان هذا
في دار في السواد او في الجبل كان للمستاجر ان يصنع فيها ما شا وكان ابو القسم الصفار رحمه الله
يقول هذا الجواب في سواد الكوفة فان عامة من يسكنها اليهود والروافض لعنهم الله فاما
في ديارنا يمنعون من احداث ذلك في السواد كما يمنعون في المصر لان عامة من يسكن القرى
في ديارنا مسلمون وفيها الجماعات والدرس ومجلس الوعظ كما في الامصار فاما وجه ظاهر
الرواية ان الامصار معنى المقابلة للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون
من احداث ذلك في القرى قال رضي الله عنه والقول الاول عندي اصح فان المنع من ذلك في الامصار
لكي لا يفتتن به بعض جهال المسلمين لانهم اذا لم يظهروا لم يمتنعوا من ان يصنعوا من ذلك
بينهم ما شاوا وخوف الفتنة في اظهار ذلك في القرى اكثر فان الجهل على اهل القرى اغلب
واليه اشار النبي عليه السلم في قوله اهل الكفور هم اهل القبور والدليل عليه ان المعنى ما قلنا
قوله عليه السلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لا ترا اى ناراهما وقوله عليه السلم لا تستضيئوا
بنار المشركين ولو كان المستاجر مسلما فظهر منه فسق في الدار او دعارة وكان يجمع فيها اهل الريب

منفعة اهل الدار من ذلك كله لا تملكه الدار بل على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم وصاحب الدار
وغيره فيه سواء وليس لرب الدار ان يخرجه من الدار من اجل ذلك مسلما كان او ذميا لان عقد الاجارة لازم
لا ينفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تنفسخ الاجارة لاجله
ارايت لو كان باعه الدار كان ينفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط
حائط من الدار فاراد المستاجر ترك الاجارة نظر في ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له ان يخرج
لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استاجر عبدا للخدمة فاعور العبد
وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر بالسكنى فله ان يخرج لتمكن الخلل في مقصوده والعيب الحادث
في المعقود عليه السكنى بمنزلة العبد المستاجر للخدمة اذا مرض وهذا لما تقدم ان بقبض الدار لا تدخل
المنفعة في ضمان المستاجر فحدوث المرض بعد قبض الدار وقبله سواء الا ان يبنيه صاحب الدار قبل ان يفسخ
المستاجر العقد فحينئذ لا يكون للمستاجر ان يفسخ لزوال العيب وارتفاع المرض كالعبد اذا برا وانما يكون
له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له ان يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بمحضر
من الاخر لما فيه من الزام حكم الرد على الاخر فيستوي في ذلك ما قبل القبض وما بعده كما في رد المبيع بالعيب
ولو خرج في حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد باق وهو متمكن من استيفا
المنفعة مع التعيب فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لانه لا تغير في وصف المعقود عليه
فاذا رضي به لا يحط شيء من الاجر كالمشتري اذا رضي بالعيب وان سقطت الدار كلها فله ان يخرج شاهدا
كان صاحب الدار او غائبا وفيه طريقان لمشايخنا رحمهم الله احدهما ان العقد انفسخ بسقوط جميع البنا
لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبنا كان مسكنا بخلاف الاول فقد دخل المعقود
عليه معيبا الا ترى ان استيجار الخراب للسكنى لا يجوز ابتداء فلذلك لا يبقى العقد واذا انفسخ العقد
سقط الاجر سواء كان رب الدار شاهدا او غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصدا لا للانفساخ حكما والطريق
اخر وهو الاصح ان العقد لا ينفسخ بالانهدام وقد نص عليه في كتاب الصلح قال لو صالح على سكنى دار فانهدمت
الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استاجر بيتا فانهدم فبناه المواجر واراد
المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس للمواجر منعه من ذلك فهذا دليل على ان العقد لم ينفسخ ولان اصل
الموضع مسكن بعد انهدام البنا يتاتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد
لهذا ولكن لا اجر على المستاجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار فان التمكن
من الانتفاع شرط لوجوب الاجر الا ترى انه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر وكذلك اذا انهدم
البنا بخلاف ما اذا انهدم حائط فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذي قصده بالعقد قائم فيلزمه
الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار واذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى الشهر وقد طلب
التسليم او لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستاجر ان يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمواجر منعه
من ذلك وقال الشافعي للمستاجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بنا على الاصل الذي بينا ان عنده المنافع
في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
فانها تفرقت عليه قبل التمام كذلك يثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك احدهما قبل القبض
يوضحه ان الانسان قد يستاجر دارا او حانوتا سنة وهو مقصوده من ذلك شهر واحد كالحاج
في ايام الموسم فاذا امتنعه في المدة التي كانت مقصوده له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به
فلدفع الضرر اثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها
بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا يكون تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود
عليه في عقد فلا يؤثر في عقد اخر بخلاف البيع يوضحه انه لو استاجر دارين وقبضهما فانهدمت
احداهما لا يتخير في الاخرى والمنافع بقبض الدار لم يدخل في ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل تمامه

ومع ذلك

ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا انه كان مشغولا
بمتاع المواجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفا المنفعة وانما يلزم بقدر ما
استوفي وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفا منفعة السكنى في البيت
حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه في الابتدا الا ترى انه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجز معتبر
بالكل ولو غصب الدار المستاجرة اجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستاجر من استيفا المعقود
عليه ويجوز استيجار الدار بالموصوف من المكيل والموزون شرط له اجلا او لم يشترط له وهذا لان الاجرة
بمنزلة الثمن في البيع فان الاجارة نوع بيع فيما يصلح بدلا في البيع يصلح في الاجارة والمكيل والموزون يصلح بدلا في
البيع موصوفا حالا كان او موجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا موجلة والحيوان لا يصلح الا ان يكون
معينا فكذلك في الاجارة وهذا على الطريق الذي نقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان
لا يثبت دينا في الذمة عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذي نقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت في الذمة بدلا
عما ليس بمال في العقود المبنية على الوضع في البدل وهو ما لم يشرع في الاصل لتحصيل المال فاما الاجارة
مبنية على الاستقصا في البدل مشروعة لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول المقدار فلهذا
لا يثبت في الاجارة وان استاجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل ان يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا
ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستاجر دفع اليه
العبد ولم يقبض الدار حتى اعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت
السكنى فلا شيء عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار او بموت احدهما او غرق الدار او انعدام التمكن من الانتفاع
بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العين لنفوذ العتق
فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستاجر سلطه عليه وملكه اياه بالتسليم اليه
حال قيام العقد فينفذ عتقه والعتق بعدما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم
اعتقاه جميعا العبد وهو في يد المستاجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر اجر الشهر ويجوز عتق المستاجر
فيما بقي منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستاجر من المنفعة فكان العبد مشتركا بينهما
فاذا اعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقي لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعتق فهو
كما لو مات العبد قبل التسليم الا انه في الموت على المستاجر مثل الدار بقدر ما سكن لان العقد انتقض
بهلاك المعقود قبل التسليم فيتبين ان المنفعة في تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو
اجر المثل وفيما اعتقاه لا يلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لما يخص المستوفى من المنفعة من
العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل ان يدفعه او استحق كان عليه اجر مثلها لانه استوفى المنفعة
بحكم عقد فاسد ولو كان المستاجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى اعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج
من ملكه بالتسليم الى رب الدار فانما اعتق ما لا يملكه ولو استاجر دارا سنة فسكنها ثم استحقت فالاجر
للمواجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا في كتاب الغصب ان الغاصب اذا اجر المغصوب
فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود عليه وعليه ان يتصدق به لانه حصل له
بكسب خبيث وفي قياس قول ابي يوسف رحمه الله لا يتصدق لانه كان يقول العقار يضمن بالغصب
ومن مذهبه ان من استربح على ضمانه لا يلزمه التصدق به كما في المودع اذا تصرف في الوديعة ولو
انهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار يضمن بالاتلاف ويرجع به على الموجر لانه
مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لحق
ليسلم رجع بما يغرم بسببه ولو اجر داره من رجل في كل سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل
من رب الدار اجر شهر فامر القاضي ان يعطيه ذلك فكان الرجل يشتري من الغالي الدقيق
والزيت وغير ذلك حتى استوفي اجر الشهر فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه

لو عامل الغاصب بذلك يجوز وليس للقاضي على المستقرض منعه لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه
كتسليمه الى رب الدار ولكنه يرجع لرب الدار على المستقرض بمنزلة ما لو قبض بنفسه ثم اقرضه منه
وكذلك لو اخذ دينارا فيما اخذ وقد بينا اختلافهم في المصارفة في الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام
مقامه وهو المستقرض ولو كان للغاصب على الرجل دينارا واجر البيت عشرة دراهم في كل شهر فمضى شهران
ثم امر رب الدار الغاصب ان يدفع اجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذي له عليه واخذ بالفضل
شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان اجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها
يجوز بالتراضي وليس هذا صرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكن صرف فيما بين المستقرض والغاصب
حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة ما لو كان اشترى به من الغاصب شيئا ولو كان رب
البيت اقرض الدراهم على ان يرد عليه دينارا بالعشرة دراهم لم يجز لان القرض مضمون بالمثل وشرط
شيء اخر مكانه باطل وان احاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فانما المقرض عشرين
درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان اقرضه اجر الشهرين قبل
ان يسكن شيئا وامره ان يحيله وطابت نفس الغاصب بذلك واعطاه به دقيقا او زيتا او دينا
فعشرة دراهم منها ثم مات رب الدار قبل السكنى او انهدم البيت او استحق لم يرجع الغاصب
على المستقرض بشيء لما بينا انه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم
ويرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم وقال ابو يوسف رحمه الله احاله في حصة البيع هكذا فاما
في حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذي كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر
وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان في ذمته فان قيل كيف يستقيم
هذا وقد وجب الاجر على الغاصب بشرط التعجيل فانه قال وامره ان يحيله قلنا شرط التعجيل انما
يعتبر اذا كان مذكورا في العقد وقوله وامره ان يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط الا ترى
انه قال وطابت نفس الغاصب بذلك ولا يجوز استيجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز
استيجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعي يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة
او اختلفت بناء على اصله ان المنافع كالاعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه او من
خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير اموال الربوا والمنافع ليست
بمال الربوا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض فانما جاز الاعتياض عن كل واحد منها بالدراهم جاز
معاوضة كل واحد منها بالاخر كما اذا اختلف جنس المنفعة ولنا فيه طريقان احدهما منقول
عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسا ومعنى هذا ان المعقود
عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه
نسيئة وبالجنس يحرم النسا عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النسا ما يكون عن شرط
في العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع في حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت
في حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس قلنا لما كان المعقود
عليه ما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل
او ابلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتاخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه
لا تثبت في الحال بل تتاخر الى حدوث المنفعة وهذا ابلغ من ذلك لان بالاجل لا يتاخر انعقاد
العقد وهنا يتاخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين
ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين
جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية افسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق
الاخر ان جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه يندفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة

:بجنسها

بجنسها لا يتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا
منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلا
قبله فصاحب السكنى قد يكون حاجته الى خدمة العبد او ركوب الدابة وعند اتحاد الجنس اذا استوفى
احدهما المنفعة فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة
بالتسمية والمسمى مقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر
الرواية انه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل كما لو استاجر دارا ولم يسم الاجر
وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك
بالعقد الفاسد واذا اجر دارا من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له ان يبيع الثوب
من المستاجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل
القبض لا يجوز من البايع ولا من غيره قال الا ترى انه لو هلك كان على المستاجر اجر مثلها وهذا
اشارة الى بقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شيء بعينه في العروض والحيوان والمكيل
والموزون وتبر الذهب والفضة وفي هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف
الروايات في كتاب الشركة وان كان الاجر شيئا من المكيلات والموزونات بغير عينه موصوفا كان له
ان يبيعه من المستاجر قبل ان يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا والاستبدال بالثمن
قبل القبض جائز فكذلك الاجر فان ابتاع به منه شيئا بعينه جاز ان قبضه في المجلس او لم يقبضه لانهما
افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئا بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل ان
يقبضه انتقض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم في ثمن المبيع وليس له ان يبيعه من غيره
فان بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز الا على قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن
عليه فكذلك من غيره ولكنا نقول اذا باعه منه يصير قابضا له بدينه واذا باعه من غيره فهو
لا يقدر على تسليمه ما لم يستوف ولا يدري متى يستوفي فانما يبيع ما لا يقدر على تسليمه وقد شرط
للتسليم اجلا مجهولا وهو الى ان يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استاجر بيتا بثوب فاجره بدراهم
اكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الا بالتقويم والعقد
لا يوجب ذلك وكذلك ما اختلف الجنس فيه حتى لو استاجره بعشرة دراهم واجره بدينارين
طاب له الفضل ايضا لانه لا يظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم الا ترى ان مبادلة
عشرة دراهم بدينارين يجوز في عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالي عن المقابلة فمن عقد
اولى واذا كان اجر الدار عشرة دراهم او قفيز حنطة موصوفة فاشهد المواجر انه قبض من
المستاجر عشرة دراهم او قفيز حنطة ثم ادعى ان الدراهم بهرجة وان الطعام معيب فالقول
قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا
مناقضة في كلامه فاسم الدار يتناول البهرجة واسم الحنطة يتناول المعيبة وان كان حين
اشهد قال قد قبضت من اجر الدار عشرة دراهم او قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب
والزيف وكذلك لو قال استوفيت اجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق في ذلك لا ببينة ولا بغيرها
لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان اجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله
وجدته زيوفا والمناقض لا قول له ولا يقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه
ثم جاء يرده بعيب فقال المستاجر ليس هذا ثوبي فالقول قول المستاجر لانهما تصادقا
على انه قبض المعقود عليه فان كان شيئا بعينه ثم ادعى الاخر لنفسه حق الرد والمستاجر منكر
لذلك فالقول قوله فان اقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيرا او فاحشا
على قياس البيع ثم ينفسخ العقد برده لفوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى

وهو اجر مثل الدار لان العقد لما فسد لزمه رد المستوفى من السكنى ورد السكنى برد اجر المثل
وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة المبيع من اجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب
عند تعذر الرد يكون من البدل كما في البيع واذا اخرج المستاجر من الدار اهم وفيها تراب او رماد
من كناسته فعلى المستاجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذي شغل ملك الغير به فعليه تفريغه اذا
خرج من الدار وكذلك ما اشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما البالوعة وما اشبههما فليس
على المستاجر تنظيفها استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانه اجتمع بفعل المستاجر وللاستحسان
وجهان احدهما العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستاجر تنظيف البالوعة اذا خرج من المنزل
وقد بينا ان العرف معتبر في الاجارة والثاني ان البالوعة مسطوية فيحتاج للتنظيف الى الحفر
وذلك تصرف من المستاجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج في التفريغ
الى نقض بنا وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا في التراب الظاهر فالقول قول المستاجر انه استاجرها
وهو فيها لان رب الدار يدعي لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك ويدعي احداث شغل ملكه والمستاجر منكر
فالقول قوله فاما ما يسيل من الحمام ظاهرا كان او مستترا فعلى المستاجر كنسه اذا امتلا هو المتعارف
بين الناس ولانه ظاهر على وجه الارض وانما يستتر لكيلا يتاذى الناس بريحه ولانه لا يملا ذلك
ليترك بل للتفريغ اذا امتلا وكان التفريغ على من ملاه بخلاف البالوعة فمقصود الحاجة في بير البالوعة
لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لا يجب على المستاجر ولو اشترط رب الدار
على المستاجر حين اجره اخراج ما احدثه فيها من تراب او سرقين كان جايزا لان ذلك عليه بدون
الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة ولو استاجر رجل من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه
واختلفا فيما فيه من الاواني والرفوف والمعالج التي قد بني عليه البنا فقال المستاجر انا احدثتها
وقال رب البيت كان فيه حين اجرته فالقول قول المستاجر لان الظاهر يشهد له فهو الذي يتخذ
ذلك عادة لحاجته ورب البيت مستغن عن ذلك فانه يبني البيت ليواجره ممن يستاجره منه ثم
كل عامل يتخذ فيه ما يكون مراده عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه
الاشيا موضوعة في البيت وفي الموضوع القول قول المستاجر كساير الامتعة وكذلك الطحان
اذا خرج من البيت فاراد ان ياخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنايها وخشبها التي فيها واسطوانها
فذلك كله للطحان لانه مراده عمله وكذلك القصاب والعلاء والحداد وما اشبهه من الاوعية
والاداة التي تكون للصباغ ولو استاجر ارضا ليطبخ فيها الاجر والفخار ثم اختلفا في الاتون
التي يطبخ فيها الاجر ففي القياس القول قول رب الارض لانه كساير الابنية وفي البنا القول
قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستاجر قال لاني رايت المستاجر هو
الذي يبني وانما يبنى الحكم على ما يعرف عند المنازعة ثم هذا البنا لحاجة المستاجر ليس لحاجة
رب الارض بخلاف ساير الابنية الا ترى ان كل عامل من هذا العمل يبني الاتون على الوجه الذي
يتخذه اهل صنعته ولو اختلفا فيما سوى ما ذكرنا او في باب او حسبه او خشبة في السقف
فالقول قول رب الدار انه اجرها وهي كذلك وكذلك الاجر المفروش والغلق والميزاب
فالظاهر ان رب الدار هو الذي يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى في الدار وعلى
رب الدار تمكين المستاجر من الانتفاع به وما كان في الدار من لبن موضوع او اجر او جص او جذوع
او باب موضوع فهو للمستاجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب في البنا ولا هو تبع للارض
والبنا فان اقاما البينة في كل شي جعلنا القول فيه قول المستاجر فالبينة بينة رب الدار
لانها تثبت حقه ولو كان في الدار بير ماء مطوية او بالوعة محفورة فقال المستاجر انا
احدثتها وانا اقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البنا ومما لا ينقل بدونه

السكنى

السكنى ولانه يحتاج في قلعها الى نقض البنا والمستاجر لا يملك ذلك الا بحجة وهي البينة وكذلك الجص والسير
والخشب المبني في البنا والدرج والمراد من الدرج ما يكون مبنيا فاما ما يكون موضوعا فيه كالسلم
فالقول قول المستاجر لانه لا يحتاج في رفعه الى قلع البنا وهو موضوع كالامتعة قال وكذلك التنور
قال وكذلك الاتون الذي يطبخ فيه الاجر ان القول قول المستاجر وفي التنور القول قول رب الدار ولا فرق
بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البنا في الدار فيحتاج اليه كل ساكن واما الاتون فانما يحتاج اليه من
يطبخ الاجر دون من يعمل في الارض عملا اخر فالظاهر هناك ان المستاجر هو الذي بناه والظاهر هنا
ان رب الدار هو الذي بنى التنور ولو كان في الدار كوارات نحل او حمامات فكذلك للمستاجر كالمتاع
الموضوع ولو اقر رب الدار ان المستاجر جصصها او فرشها بالاجر او ركب فيها بابا او غلقا كان
للمستاجر ان يقلع ذلك ما لم يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما ما يضرها فليس له ان يقلعه
دفعا للضرر عن رب الدار الا ترى ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن لمالك ذلك العين ان يقلعه
فاذا قلعه المالك اولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده
فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب ان ياخذه وانما تعتبر
قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك يملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا في نقضه فان
كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا فيه قبل الانهدام كان القول قول رب
الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستاجر هو لي فالقول قوله لانه موضوع كساير
الامتعة ولو كان رب الدار امره بالبنا في الدار على ان يحسبه له من الاجر فاتفقا على البنا واختلفا
في مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستاجر لان حاصل اختلافهما فيما صار
المستاجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله
وكذلك لو قال رب الدار لم يبن او بنيت بغير اذني لان المستاجر يدعي عليه الامر به ليصير موفيا
الاجر عند البنا فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصراعين فسقط احدهما
وقال المستاجر هما لي او قال هذا الساقط لي ولا يعرف انه اخ المغلق فالقول قول رب
الدار لان الظاهر يشهد له ان اخا المعلق غير مشكل والساقط اذا كان اخ المغلق فهما
كشي واحد يعني في معنى الانتفاع حتى لا ينتفع باحدهما دون الاخر والبينة بينة المستاجر
لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مسقوف بجذوع مسقوفة فسقط
جذع منها وكان في البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا وقال المستاجر هو لي
ويعرف ان نقصانه وبره موافق لنقصان بين البيت فالقول في ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له
وهو نظير ما لو اختلف الزوجان في متاع البيت فيما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما
يصلح للنسا فهو للمراة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة النقصان ويكون موضع ذلك الجذع من
السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذي اليد لشهادة الظاهر له فهذا اولى
وعمارة الدار وتطيينها واصلاح الميزاب وما وهي من بنائها على رب الدار لانه به يتمكن المستاجر
من سكنى الدار وكذلك كل سترة يتضرر تركها بالسكنى لان المستاجر بمطلق العقد استحق المعقود
بصفة السلامة فان ابى ان يفعل فللمستاجر ان يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه الا ان
يكون استاجرها وهي كذلك وقد راها فحينيذ هو راض بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح
بير الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلا من فعل المستاجر لما بينا انه يحتاج في ذلك
الى هدم البنا ولكن لا يجبر رب الدار ان يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن
العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضى ولو
استاجر رجل نصف ارض غير مقسومة او نصف عبد او نصف دابة فالعقد فاسد عند ابي
حنيفة

والشيوع فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الاجارة وعند ابي يوسف ومحمد
والشافعي العقد جائز وبهذا ان فيه وحجتهم في ذلك ان هذا معاوضة مال بمال فيصح في
المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة والجزء الشايع منتفع به الا ترى انه لو اجر
من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو اجر من رجلين يجوز العقد وكل واحد من المستاجرين يملك
المنفعة منفعة النصف جايزا والدليل عليه انه لو اعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتاثير
الشيوع في المنع من عقد التبرع اكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك
منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة اولى وابو حنيفة رحمه الله يقول التزم
بعقد المعاوضة تسليم ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الابق او اجره وبيان ذلك ان
عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفا المستاجر فلا يتحقق استيفا
المنفعة من النصف شايعا وانما يتحقق من جزء معين فاما ان يتهايا على المكان فانما يسكن
كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايا على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض
المدة فعرفنا ان استيفا المنفعة في الجزء الشايع لا يتحقق فكان باضافة العقد الى جزء شايع
ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه ويحكى عن ابي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول اذا اجر
احد الشريكين نصيبه من اجنبي يصح عند ابي حنيفة واذا اجر المالك نصف ارضه لا يصح وكان
يعرف فيقول يحتاج الى المهاياة فاما ان يعود الى رب الارض جميع المستاجر في بعض المدة اذا
تهايا على المكان او يعود المستاجر الى يد الاجر فيمتنع استيفا المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعاره
المستاجر من الاجر او اجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة فاما اذا
اجر احدهما نصيبه من اجنبي فالمهاياة تكون بين المستاجر والشريك ولا يعود المستاجر الى يد الاجر
وانما يعود الى يد اجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو اعاره المستاجر او اجره من الاجنبي والاصح انه
لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفا المعقود عليه لا يتاتى الا بالمهاياة والمهاياة
عقد اخر ليس من حقوق عقد الاجارة فيه وبه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك
مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب اجر المثل لانه استوفى المعقود
عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الابق
فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفا بعد انعقاد العقد وهذا بخلاف البيع لان التسليم هناك
بالتخلية يتم وذلك في الجزء الشايع يتم فاما اذا اجره من شريكه فقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز
ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفا المنفعة التي تناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها
وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب
لا يجوز لان استيفا المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتاتى هنا فانه يسكن
جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستاجر بملك الاجارة بخلاف ما اذا
اجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفا على الوجه الذي اوجبه العقد وهو نظير بيع الابق
ممن في يده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من في يده لا يجوز لعجزه عن التسليم وهذا
بخلاف الرهن فبالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس المستدام ولا يتصور ذلك في الشايع
في هذا الشريك والاجنبي سوا فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما
ينعدم التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبه فارق الهبة ايضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة
يمنع تمام القبض الذي به يقع الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سوا واما اذا اجر من رجلين
فتسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد يتاتى وعليهما ان اجرتموا المهاياة بعد ذلك تكون بين المستاجرين
بحكم ملكهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما اوجبه الراهن

لها

لها فان مات احد المستاجرين حتى بطل العقد في نصيبه فقد ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة انه
يفسد العقد في النصف الاخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا
في معنى شيوع تقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق
المعقود عليه فاما اصل العقد منعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارى والطارى
من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا
بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق فيها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر في العقد
الذي يتعلق به استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر في العقد الذي يتعلق به
استحقاق التسليم رجل تكارى دارا من رجل على ان جعل اجرها ان يكسوه ثلاثة اثواب فهذا فاسد
لان هذا مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا في البيع فلا تصلح اجرة وعليه
اجر مثله فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فحيل
بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء راس الشهر وطلب الاجر فقال المستاجر ولم يفتح ولم اترله
فان كان يقدر على فتحه فالكرا واجب عليه لتمكنه من استيفا المعقود عليه فانه في الامتناع بعد
التمكن قاصدا الى الاضرار بالاجر فرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا اجر عليه لانه
ما تمكن من الاستيفا وعلى المواجر ان يمكنه من استيفا المعقود عليه فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم
يستوف ولو تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان فخلى بينه وبين المنزل فلما جا راس الشهر
طلب الاجر فقال ما سكنته حال بيني وبين النزول فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك او جاحد
فانه يحكم الحال فان كان المستاجر فيه في الحال فالاجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا اجر عليه
والقول فيه قوله لان الاختلاف فيه وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فرد المجهول الى المعلوم
ويحكم فيه الحال كالمستاجر مع رب الرحا اذا اختلفا في انقطاع الما في المدة يحكم الحال فيه وان لم يكن في
المنزل ساكن في الحال فالمستاجر ضامن الاجر لانه تمكن من استيفا المنفعة في الحال فذلك دليل
على انه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الاجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا
ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت
فلا حاجة الى تسميته وليس له ان يعمل فيه القصارة ونظايرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بيناه
انه لا يستحقه بمطلق العقد فان عمله فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم لانه متلف متعد
ولا اجر له فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يتملك المضمون فالضمان مستند
الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الاجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم
فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لا اجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا
ولا اجر على الغاصب في المنفعة وجه الاستحسان انه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما
كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر
باستيفا المعقود عليه واذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه
فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستاجر استاجرته منك لاعمل فيه القصارة وقال رب البيت
اكتريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو انكر الايجاب والاذن اصلا كان
القول قوله فكذلك اذا اقر بشي دون شي ولان المستاجر يدعي زيادة فيما استحقه بالعقد
فعليهما ان يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه واسكن
معه فيه غيره لم يضمن لانه غير متعد فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لا توهن البناء ولكنه
يزيد في عمارة الدار فاذا طلب رب البيت اجر ما سكن فقال الساكن اسكنتنيه بغير اجر فالقول
قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعي الاجر في ذمة المستاجر فعليه اثباته بالبينة

والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين إذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته
لي وقد هلك في يده لأن العين متقوم في نفسه فلا يسقط ضمانه إلا بالإيجاب بطريق التبرع ولم يوجد
فأما المنفعة لا تتقوم إلا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وإن قال الساكن الدار لي أو قال هي دار فلان
وكلني بالقيام عليها فالقول قول الساكن لأن اليد له والبينة بينة الطالب لأنه يثبت ملكه
والساكن خصم له لظهورها في يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هي دار فلان ولأن الطالب
يدعي عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الإجارة وإن قال الساكن وهبتها لي لم يصدق على الهبة
لأنه أقر بالملك له وادعى تمليكها عليه ولا أجر عليه لأنه في حق الأجر منكر والبينة بينته إن أقامها
لأنه يثبت سبب الملك لنفسه وهو الهبة فإن أقر بأصل الكرى وادعى الهبة فدعواه باطل والكرى
له لازم لإقراره له بالسبب الموجب له إلا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة رجل تكارى من رجل
منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فأكروا من المنزل بيتا وأنزلوا إنسانا من
غير أجر فانهدم المنزل الذي أسكنوه فلا ضمان على الآجر لأنه أكثر ما فيه أنه غاصب والعقار لا يضمن
بالغصب ولا ضمان على المستأجر الثاني إلا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا فإذا انهدم من
عمله وضمنه رجع على الذي آجره لأنه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا
كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كرى على المرأة لأنها لم تستأجر ولم تلتزم
شيئا من الأجر والكرى على الزوج لتمكنه من الاستيفاء فإنها قائمة مقام نفسه في السكنى في المنزل حتى يهل
الهلال لأن العقد في الشهر الأول قد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فإن تكارى على أن ينزله
وحده لا ينزله غيره فتزوج امرأة أو اشترى فله أن ينزلها معه وليس الشرط بشيء لأنه غير مفيد
فكلما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وإن حفر المستأجر في الدار بئرا للماء أو للوضوء
كان متعديا في التسبب وهو في الحفر بغير إذنه متعدي فأما في الحفر بإذنه لا يكون متعديا
ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وإن تكارى دارا كل شهر بدرهم على أن يعمرها ويعطي أجر حارسها
ونوائبها فهذا فاسد لأن ما يعمر به الدار على رب الدار والنائبة كذلك فهي الجباية بمنزلة
الخراج فهي مجهول فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضم المجهول إلى المعلوم يجعل الكل
مجهولا فأما أجر الحارس فهو على الساكن لأنه هو المنتفع بملكه وإذا سكن الدار فعليه أجر
مثلها بالغا ما بلغ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار ما رضي بالمسمى حين ضم إليه
شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا ما بلغ والإشهاد على المرتهن والمستأجر والمستعير
في الحائط الواهي باطل لأن الإشهاد إنما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فإنه يطالبه بتفريغ
ما اشتغل من الهوى بالحائط المائل وهو لا يتمكنون من التفريغ بالهدم فلا يتوجه عليهم المطالبة
رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فأدخل دابته في الدار وأوقفها على بابه فضربت
إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابته فوطئ إنسانا من السكان فلا ضمان
على الساكن ولا على الضيف لأنه غير متعدي في إدخال الدابة وإيقافها في الدار للساكن أن
يربط دابته فيها إلا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت إنسانا فحينئذ يضمن لأنه مباشر
للإتلاف وإن تكارى حانوتا وقبضه لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضى الساكن
لأن الساكن فيما يرجع إلى الانتفاع كالمالك والمالك كالأجنبي فإن فعل فهو ضامن لما أصابت
لكونه متعديا في التسبيب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا بخدمة عبده شهرا فإن كان العبد
بغير عينه فالإجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وإن كان بعينه فالإجارة جائزة لاختلاف
جنس المنفعة فإن مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لأن بموت العبد
فات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد في حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة

بعقد

بعقد فاسد فكان عليه أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن يسكنها ولا ينزل
فيها فالإجارة فاسدة لأنه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فإن سكنها فعليه
أجر مثلها ولا ينقص مما سمى لأن المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها إذا سكن أظهر
ورب الدار إنما رضي بالمسمى إذا لم يسكنها فعند السكنى لا يكون راضيا بهذا فلهذا أعطاه أجر مثلها
بالغا ما بلغ فإن تكاراها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكن جعل فيها حبوبا وقال رب الدار ردها
علي فإن هذا أخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لأن ما فعل من السكنى لأنه لو سكنها كان
له أن يجعل فيها من الحبوب مع نفسه ما يحتاج إليه فهذا ما صار مستحقا بعقد الإجارة فلا
يمنعه رب الدار منه ولا ينفسخ العقد لأجله وإذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه في الدار فلما
انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لأن العقد لم يجر بينه
وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالأجر فكذلك إذا
أسكنه دارا يكريها فإن تكارى دارا في دار فيها سكان وأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي في
الدار ففعل وطرح ترابها في الدار فعطب به إنسان فلا ضمان عليه لأن فعله بأمر رب الدار
بنفسه وكذلك إن فعله بغير أمر رب الدار لأن هذا من توابع السكنى فإن الساكن مرتفق بالبئر
ولا يبالي لذلك إلا بالكنس فلم يكن متعديا في الذي صنع فلهذا لا يضمن إلا أن يخرج التراب
إلى الطريق فحينئذ هو متعدي في إلقاء التراب في الطريق فكان ضامنا رجل تكارى دارا سنة
على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز بناء على الأصل الذي
بينا جواز الإجارة بطريق أن المنافع جعلت كالأعيان لتصحيح العقد وإنما يكون ذلك إذا اتصل ابتداء
المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لأن ابتداء المدة من حين سقط الخيار وإن جعل
ابتداء المدة من وقت العقد لشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لأن الخيار مشروط للفسخ فلا بد من
أن يبقى شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم اشتراط الخيار في البيع ثابت
بالنص بخلاف القياس والإجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط
الخيار في النكاح فكذلك في الإجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة
وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان
المقصود المال وقد يقع بعينه قبل أن يروي المرء النظر فيه فهو يحتاج إلى شرط الخيار لدفع الغبن
عن نفسه والإجارة في هذا كالبيع ألا ترى أنه في الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك الرد بخيار
الشرط وأنه يحتمل الفسخ بالإقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضى بخلاف النكاح وإن كان ابتداء
المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل في ضمان المستأجر إلا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك
يتلف لا على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وإن اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة
أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند انتفاعه باستيفاء المنفعة أو عند مضي
مدة الخيار فإن سكنها في المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره فإن كان
شرط لنفسه الخيار ثلاثة أيام فإن رضيها أخذها بمائة درهم وإن لم يرضها أخذها بخمسين
فالإجارة فاسدة لجهالة الأجرة وإن سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم
منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز فإذا آجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الإجارة
لأنه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد نظر له إلا أن ينتقص من أجر مثلها ما لا يتغابن الناس
فيه فلا يجوز اعتبارا للإجارة بالبيع وهذا لأنه مأمور بقربان ماله بالأحسن وما يكون
أصلح له قال الله تعالى قل إصلاح لهم خير ويجوز لوكيل الكبير أن يؤاجرها بما قل وكثر
في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد إلا بما يتغابن الناس في مثله وهو نظير البيع

في ذلك رجل تزوج امراة وهي في منزله بكرا فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء فقد اخبرت
المراة الزوج ان المنزل لها بكرا او لم تخبره فالاجر على المراة دون الرجل لانها هي التي باشرت سبب
وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لها على ان نفقتك اجر المنزل كذا او كذا او ضمنه لرب المنزل فهو
عليه لانه ضمن دينا واجبا لرب المنزل وان اشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله
ذلك لانه لا اجر عليها لانها فلا يكون هو ضامنا لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه لها فان شاء
اعطى وان شاء لم يعط واذا تكارى دارا لم يرها فله الخيار اذا راها لان الاجارة كالبيع بعد
تمامه الرضى فكما لا يتم الرضى في البيع قبل الرؤية فكذلك في الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو
المنفعة لا تتاتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار
في الضيق والسعة ولهذا لو كان راها قبل ذلك فلا خيار له فيها الا ان يكون انهدم منها شيء يضر
بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير واذا استاجر دارا سنة كل شهر بعشرة دراهم لم يكن لواحد منهما ان
يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة واحدة باتحاد العاقدين فبالتفصيل في ذكر البدل
لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع ذلك لا يفسخه
احدهما الا بعذر وان قال المستاجر استاجرتها شهرا واحدا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة
فيما زاد على الشهر ولو انكر اصل العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا انكر الزيادة والبينة
بينة الاجر لانها تثبت الزيادة وان استاجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر
الاول ولا كراء عليه في الشهر الثاني لانه غاصب في السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند
ابن ابي ليلى اجر مثلها في الشهر الثاني وقد بينا نظيره في العارية فان انهدمت من سكناه فقال
انما انهدمت في الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار
لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد على الشهر الاول يوما او يومين لانه غاصب
فيما زاد فيستوي فيه قليل المدة وكثيرها واذا استاجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح
فلما انقضت المدة قال المستاجر لم اقدر على فتحه ولم اسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة
بينة ايضا انما جعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح ما اتخذ الا لفتح الباب والظاهر
ان من وصل اليه المفتاح يتمكن من فتح الباب اما بنفسه واما بمن يعينه واما ترجيح بينته فلانه
يثبت الاجر في ذمة المستاجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد
والمستاجر ينفي ذلك واذا تكارى دارا شهرا فخاصمه صاحب الدار فيها الى اخر الشهر فقال
المستاجر لا اعطيك الاجر لانك لم تخل بيني وبين الدار فعليه من الاجر بحساب ما كان في يده
لانه استوفى بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذي في يده فيلزمه الاجر بقدره اعتبارا
للجزء بالكل رجلان استاجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمل احدهما فاستاجر اجيرا فاقعده
معه في الحانوت واراد الاخر ان يدعه قال له ان يقعد في نصيبه من شاء ما لم يدخل على شريكه في نصيبه
ضررا بينا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله ان يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا ادخل
ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعد الى نصيب شريكه ويرجع ضرره عليه وكذلك ان كان
احدهما اكثر متاعا من الاخر وان اراد احدهما ان يبني وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء
تصرف في العين فانما يملكه مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا
ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين ان ينتفع
بالدكان فالكراء جائز في الدكان ويرفع عنه بحساب الدكان لانه اضاف العقد فيهما الى محله
وهو عين منتفع به الا ترى انه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان له
عليه الاجر كاملا فاذا حيل بينه وبين الانتفاع بالدكان يرفع عنه بحسابه من الاجر كما لو كانا

بيتين

بيتين فغصب احدهما غاصب رجلان استاجرا منزلا واشترطا فيما بينهما ان ينزل احدهما
في اقصاه والاخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك في اصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب
الاقصى ان ينزل في مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التي كانت بينهما بعدما كان ملكا المنفعة
بالاجارة بمنزلة المهاياة والمهاياة لا تكون واجبة فلا يكون احدهما احق بالانتفاع بالمقدم
من الاخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه واهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دوابا وبقرا
فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فانما فعل من توابع السكنى
وعليه الاجر وقيل هذا اذا كان منزلا يدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف
ذلك فهو غاصب ضامن لما يهدم بعمله واذا مات احد المكاريين انتقضت الاجارة عندنا
وقال الشافعي لا تنتقض بموت احدهما الا في خصلة واحدة وهو اذا شرط على الخياط
ان يخيطه بنفسه فمات الخياط وهو بناء على اصله ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة تجوز
العقد على العين لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذلك العقد على المنفعة وهذا لانه لما جعل
كالعين فقد تم الاستحقاق في الكل للمستاجر فبموت الاخر لا يتغير ذلك لان وارثه يخلفه
فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستاجرة اذا زرعها المستاجر ثم مات فان الاجارة لا تنتقض
بالاتفاق بل يخلفه وارثه في تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة
يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل العقد وبموت احد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه
فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا اشترط عليه العمل بيده لفوات
المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عندي لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى
بالاتفاق ولنا طريقان احدهما ان بموت الاجر ينتقل المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على
ملك الاجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك ان
رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة الا ترى انه لو باع
الدار برضى المستاجر بطلت الاجارة لانتقال الملك منها الى غيره يوضحه انه فيما يحدث
فيها من المنفعة بعد الموت هو متصرف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد
في ملك العين وهذا لان الاجارة تنعقد في ملك المعقود عليه بحسب ما يحدث من
المنفعة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يبطل الاجارة فيها من الوارث قلنا انما لا يبطل اجارته
لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فكان يعلم عند ذلك ان العقد مضاف الى محل حقه
وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة
حق فيها هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الاخر في موت المستاجر وهو انه
لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير
اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك المنفعة وفي حكم التوريث
لا فرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية
لان المنفعة لا تورث والدليل لو اوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لاخر فرد الموصى
له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة
لا تورث وهذا لان الارث خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى ليكون ملك المورث في
الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر
لا تبقى والتي تحدث لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث
فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت ان الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح
يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه وفصل الارض المزروعة والسفينة اذا كانت

في لجة البحر فان صاحب السفينة في القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في الاستحسان لا تبطل
للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة يعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتدا حتى لو مضت المدة
والزرع بقل بعقد بينهما عقد الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر فلان يجوز ابقا العقد لدفع
هذا الضرر اولى والمستحسن من القياس لا يورد نقضا على القياس اذا عرفنا هذا فنقول رجلان
اجرا دارا ثم مات احدهما فالعقد ينتقض في حصته وان رضي الوارث وهو شريكه ان حصته على الاجارة
ورضي به المستاجر فهو جايز لان هذا عقد بينهما في حصته بالتراضي فذلك جايز وان كان مشاعا
لانه تواجر من شريكه ففي نصيب الحي منهما العقد باق لما بينا ان الشيوع الطاري لا يرفع الاجارة به
الا عند زفر فانه سوى بين الشيوع الطاري والمقارن فقال بموت احدهما تبطل الاجارة فيهما
وكذلك لو مات احد المستاجرين فبطلان العقد في نصيب الاخر بيننا وبين زفر على الخلاف وقد
بينا رواية فيه عن ابي حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكارى دارا سنة على ان يعجل له
الاجر فسكن في الدار شهرا فقال رب المنزل عجل الاجر كما شرطت عليك فابى ان يعطيه فاراد
ان يخرجه قبل السنة قال يأخذه بالاجر حتى يعجله وليس له ان يخرجه حتى تمضي السنة لان العقد
لازم كالبيع والمشتري اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبايع يطالبه ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك
في الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله واذا بنى المستاجر
في الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار او بغير اذنه فاحترق بيوت بعض الجيران من تنوره او بعض
بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فان اتخاذ التنور من توابع
السكنى وللساكن ذلك في ان يضعه في موضعه بغير اذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب
الدار فان تكارى منزلا بدرهم شهرا فسكنه اياما ثم تركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضى الشهر
فان خرج من عذر فعليه الاجر بحساب ما سكن وان خرج من غير عذر فعليه اجر الشهر كله لانه
بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الاجارة فبقي تمكنه من استيفا المنفعة مع قيام العقد واذا خرج
بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا اجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب ان عند العذر
ينفرد احدهما بالفسخ من غير قضا القاضي لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بينا ان عقد
الاجارة في حكم المتجدد في كل ساعة فاما على رواية الزيادات لا تنفسخ الا بقضا القاضي بمنزلة
الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الاجر اذا خرج ما لم ينقض القاضي الفسخ الا ان
يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه رجل وكل رجلا ان يواجر منزله فاجره من ابن
الموكل او ابنه او عبده او مكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالاجر ابوا ان يعطوه فالاجر
واجب عليهم الا عبد الموكل فانه لا اجر عليه لان عقد الوكيل مع هولاء كعقد الموكل بنفسه وهو
يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا في عبده خاصة فان المولى لا يستوجب على عبده دينا
فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستاجر ورب الدار عبده فلا اجر عليه ايضا اذا لم يكن
في العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الاجر لان كسبه الان لغرمايه وحقهم مقدم
فيه على حق المولى فالمولى فيه كاجنبي اخر ما لم يسقط الدين وان كان المستاجر ابن الوكيل او ابوه
ففي قول ابي حنيفة لا تجوز الاجارة وفي قول ابي يوسف ومحمد الاجارة جايزة والوكيل يطالب
بالاجر وهو نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه في البيوع وفي اجارة الوكيل
من اجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كاحد
كان ابي حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستاجر اجر مثل الدار لان الوكيل
فيما باشر قايم مقام الموكل فكان الموكل باشر العقد بنفسه والوكيل هو الذي يستوفي لانه هو
وجب بعقده رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا اجر لها فاجرها من رجل فانهدم الدار

من

من سكنى الاخر قال يضمن رب الدار للمستاجر ويرجع المستاجر بذلك على الذي اجره لان رب الدار اعارها
من المدفوع اليه وليس للمستعير ان يواجر فكان المستاجر غاصبا لها ضامنا لما انهدم من سكناه
ويرجع به على الذي اجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد ولا يكون لرب الدار ان يضمن المواجر الا في
قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله بنا على غصب العقار رجل وكل رجلا بان يواجر منزلا
فوهبه الوكيل لرجل او اعاره اياه فسكنه سنة ثم جا صاحبه فلا اجر له على الوكيل ولا على الساكن
لان كل واحد غاصب فالوكيل في الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تتقوم على الغاصب من
غير عقد رجل استاجر منزلا والمنزل مغلق فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه
ففتح للرجل المنزل واعطى اجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له ان يرجع بما اعطى الحداد على رب
المنزل لانه هو الذي التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مامورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من
معالجة الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا
يضمن المستاجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد اذن له في فتحه وليس له
عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان
يعلم ان الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن ما يتلف لا بفعله به

باب اجارة الحمامات

ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت على عثمان بن عفان رضي الله عنه وسالني عن مالي فاخبرته
ان لي غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام في
كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلما رحمهم الله اخذا بظاهر الحديث قالوا الحمام بيت
الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات
والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النسا فقالوا يكره اتخاذ حمام النسا
لانهن منعن من الخروج وامرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قل ما يخلو عن فتنة وقد روي
ان نساء دخلن على عايشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتي يدخلن الحمام وامرت باخراجهن
والصحيح عندنا انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنسا جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا في ديارنا
والحاجة في حق النسا اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال عن الحيض والنفاس ومن الجنابة ولا
تتمكن من ذلك الا في الانهار والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن
وحاجة النسا فيما يرجع الى الزينة اكثر وقد صح في الحديث ان النبي عليه السلام دخل حمام جحفة
وتاويل ما روي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا باس بدخول الحمام
ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدار والحوانيت واذا استاجر الرجل من الرجل حماما
مدة معلومة باجر معلوم فهو جايز لانه عين منتفع به على وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال
وحماما للنسا وقد حددهما جميعا فسمي في كتاب الاجارة حماما فهو فاسد في القياس لانه انما
استاجر حماما واحدا فان النكرة في موضع الاثبات تخص ولا ندري ايهما استاجر وهما متفاوتان في
المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكن ادع القياس واجيزه الحمامين جميعا للعرف
للنسا فانه يقال حمام فلان وهما حمامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام
في صاروجه وحوضه ومسيله واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام
لا تتم الا بهذه الاشيا وعلى المواجر ان يمكن المستاجر من الانتفاع بما اجره على الوجه الذي هو
مقصوده ولان المرجع في هذا الى العرف وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يجعل هذه الاعمال
فان اشترط المرمة على المستاجر فسدت الاجارة لان المرمة على الاجر فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد

ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الأجرة يفسد الإجارة
ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لأنه
معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه في إنفاقه على ملكه وبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد على أبي حنيفة
في مسألة كتاب البيوع إذا قال لمديونه أسلم ما لي عليك فإن هناك لم يبين له من أن يشتري منه ما يرمم به
الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز هذا التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا في إجارة الدواب
لو أمره بإنفاق بعض الأجرة على الدابة في علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله
أن الجواب في قولهما وفي قياس قول أبي حنيفة لا يجوز ذلك والأصح أنه قول الكل وإنما
استحسن هنا أبو حنيفة للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأي صاحب الحمام عند كل
مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد تبين له المحل الذي أمره بصرف الدين إليه فنزل ذلك منزلة تعيين
من يعامله كما لو أمر المديون بأن ينفق على عياله من الدين الذي له عليه بخلاف مسألة السلم فإن قال المستأجر
قد أنفقتها عليه لم يصدق إلا ببينة لأن الأجر دين في ذمته والمديون إذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك
منه إلا بحجة ويستحلف رب الحمام على علمه لأنه لو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف في
على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لو اشترط عليه أنه أمين في هذه النفقة وأن القول قوله فيها
لم يكن القول قوله لأن المديون ضامن ما في ذمته واشتراط كون الضامن أمينا مخالف لحكم الشرع
فكان باطلا ولو جعلا بينهما رجلا يقبضها وينفقها على الحمام فقال المستأجر دفعتها إليه وكذبه
رب الحمام فإن أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لأنه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الإقرار
بالقبض ويجعل كإقرار الموكل بذلك فإن رب الحمام حين سلطه على القبض فقد سلطه على الإقرار به
ثم العدل أمين فيما يصل إليه فيكون القول قوله فيما يدعي من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع
وإن كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن فلا يصدق لأن الكفيل ضامن لما التزمه
في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وإن لم يشترط
لأن هذا من مرافقه ولا يتم الانتفاع إلا به فكان تبعا والتبع يصير مذكورا بذكر الأصل فهو
بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل في العقد من غير شرط ولو اختلفا في قدر الحمام فهي لرب الحمام
لأنها شركة في بنائه ولأن الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فإن إيجاد القدر وإصلاحه عليه
ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لأن
المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك البقعة فليس لأحد أن يقعد معه في ذلك الموضع بغير إذنه
لأنه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شيء إنما له أجر مسمى في ذمة المستأجر فأما في الغلة فهو أجنبي
أجر سواه ولو انقضت مدة الإجارة وفي الحمام سرقين كثير وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لأنه
منقول كسائر الأمتعة ولأن الظاهر فيه يشهد للمستأجر لأن ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله
لأن موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك في
الرماد إذا كان مستغنيا فقال كل واحد منهما هو لي وأنا انتفع به فالقول قول المستأجر فإن
أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لأن رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل
ذلك الرماد وتفريغ ذلك الموضع منه فعليه أن يثبته بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه
ولو اشترط عليه في الإجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك الإجارة لأن ذلك
مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مستقفا بخلاف البالوعة والكرباس
وقد بينا الفرق وإذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد الشرط إلا وكادة وإن اشترط شيئا من ذلك
على رب الحمام في الإجارة فسدت الإجارة لأنه شرط مفيد لأحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد
وذلك مفسد للبيع فكذلك الإجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام

فهذا

فهذا لا يفسد الإجارة لأنه وكله بأن ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فإن قال قد أنفقتها لم
يصدق إلا ببينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر وإذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر
بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضه فله أن يترك الباقي وإن انهدم بعد قبضهما فالباقي له لازم
بحصته من الأجر لأن تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا أن العين المنتفع تقام مقام المنفعة في
إضافة العقد إليه فكذلك في إتمام الصفقة بقبضه وتفرق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار
للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار
في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له في
الباقي بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة أطلاء من النورة فالإجارة فاسدة
لأن النورة التي اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها في كل وقت وضم المجهول إلى المعلوم
يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لأن المقصود
هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام
لا يثبت للعاقد حق الفسخ وإن انهدم الحمام وإنما استأجر العبد ليقوم على الحمام في عمله فله
أن يترك العبد إن شاء لأن استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وإنما كان لعمل الحمام وقد تعذر
بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الإجارة بخلاف ما إذا استأجر حمامين فانهدم
أحدهما قبل القبض لأن الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما غير متصل بمنفعة
الآخر وإذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لأن منفعة
بيوت الحمام متصل بالبعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقي من الوجه
الذي كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام بأجر وأعطى ثيابه صاحب الحمام يحفظها له وضاعت
لم يكن له عليه ضمانها هكذا روي عن شريح رحمه الله وهذا لأن صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع
فإن ما يأخذه ليس بأجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وإنما جلس لجمع الغلة لا لحفظ الثياب
فلا يكون ضامنا فأما الثيابي وهو الذي يحفظ ثياب الناس بأجر فهو بمنزلة الأجير المشترك
في الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة وعندهما يضمن وإن لبس إنسان ثوب الغير بمرأى
العين منه فلم يمنعه لأنه ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق لأنه مضيع تارك للحفظ
ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن تنوره صاحب الحمام فهو فاسد في القياس لجهالة
قدر ما شرط عليه من النورة لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه
لأنه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا على أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس
لجهالة مقدار مكثه ومقدار ما يصيب من الماء ولكنه استحسن وجوزه لأنه عمل الناس وقد
استحسنوه وقال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولأن في اشتراط
إعلام مقدار ذلك حرج والحرج مدفوع شرعا رجل استأجر حماما سنة بغير قدور واستأجر
القدر من غيره فانكسرت القدر فلم يعمل في الحمام شهرا فلصاحب الحمام الأجر لأنه سلم الحمام إليه
كما التزمه بعقد الإجارة والمستأجر يتمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه
الأجر لرب الحمام بخلاف ما إذا كانت القدر لصاحب الحمام فانكسرت فإن هناك المستأجر
لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الإجارة ما لم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب
القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه في ذلك سواء انكسر
من عمله أو من غير عمله المعتاد لأنه أمين في مسلط على الاستعمال من جهة صاحب القدر

باب إجارة الراعي

وإذا استأجر راعيا ليرعى له غنما معلومة مدة معلومة فهو جائز لأن المعقود عليه معلوم
مقدور التسليم ثم الراعي قد يكون أجير وحد وقد يكون مشتركا فإن شرط عليه رب الغنم أن لا يرعى غنمه
مع غنم غيره فهو جائز لأنه يجعل بهذا الشرط أجير وحد ويبين أن المعقود عليه منافعه في المدة والشرط
الذي يبين المعقود عليه لا يزيد هذا العقد إلا وكادة فإن مات منها شاة لم يضمنها لأنه أمين فيها
في بدن الغنم ولا ينتقص من أجره بحسابها لأن المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا يتمكن
النقصان في منافعه ولا في تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لأن منافعه صارت مستحقة للأول
فلا يملك إيجاب الحق فيها لغيره لأن ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقأ عينها كان ضامنا
لأنه لم يأذن له صاحبها بضربها كما لو قتلها بضربه ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لأنه
مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمنه أجير الوحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها
شاة في المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لأنه أمين فيما في يده والقول قول
الأمين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الأجر ما دام يرعاها لأن استحقاق الأجر
بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعي مشتركا لم يضمن شيئا على قول أبي حنيفة رحمه الله ويضمن
لما يهلك بفعله من سياقة أو سقي أو غير ذلك لأن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده وإن لم يخالف
في قائمة العلاظ هذا كما في القصار إذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من
غير تضييع أو أكل سبع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن لجميع ذلك إلا
الموت لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت إلا ببينة يقيم له على ذلك
لأن على أصلهما القبض في حق الأجير المشترك موجب ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك
بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعي ما يسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق في ذلك إلا بحجة
كالغاصب ولو شرط عليه في الإجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الإجارة لأن ذلك عليه
من غير شرط فلا يزيده الشرط إلا وكادة وإن اشترط عليه ضمان ما مات فالإجارة فاسدة لأن
هذا الشرط مخالف لحكم الشرع فلا يلزم بهذا الشرط ما ليس في وسعه وهو الحفظ عن الموت فاشتراط
ما في وسع العاقد في العقد مفسد للعقد وإن شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو
بأكل السبع فعند أبي حنيفة يفسد العقد لأنه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لا يفسد لأن ذلك
عليه من غير شرط وإذا كان الراعي أجير وحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لأنه لا ضمان
عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الأمين باطل وببطلان الشرط يبطل عقد الإجارة
وإذا أتى الراعي المشترك بالغنم إلى أهلها فأكل السبع منها شاة وهي في مرابضها فلا ضمان عليه
لأنه بتسليمها إلى أهلها يخرج من عهدتها ولأن عليه عمل الراعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها
إلى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده
بعد أن يكون كبيرا في عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لأن يد هؤلاء في الحفظ والرعي كيده
وكذلك في الرد وهذا بالعرف فإن الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذي يحفظ غنم نفسه
وذلك بيده تارة وبيد من في عياله تارة وإذا استأجر راعيا ليرعى له غنما فأراد الراعي أن
يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لأنه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه
فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون أجيرا له خاصا فإن لم يعلم رب بما فعله حتى رعى لغيره
فله الأجر على الثاني ويطيب له ذلك ولا ينتقص من أجر الأول شيئا لأنه قد حصل مقصود الأول
بكماله وتحمل زيادة مشقة في الرعي لغيره فيأخذ من الثاني عوض عمله فيكون طيبا له وقد
تقدم نظيره في الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره
سواء كان من مرض أو بطالة لأنه يستحق الأجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم في مدة البطالة

سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدرهم في الشهر أو قال شهرا
فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لأنه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله
وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع
وإن شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الأول في أنه أجير وحد
لأنا إنما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال إذا
صرح بخلافه بالشرط ولو دفع إليه غنمه يرعاها على أن الأجرة ألبانها وأصوافها فهو فاسد
لأنه مجهول والإعلام للأجر لا بد منه لصحة الإجارة وإن اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا
معلوما لنفسه وما بقي بعد ذلك للراعي فهو كله فاسد والراعي ضامن لما أصاب من ذلك لأنه
تبين أن ذلك ملك الغير فإن الزيادة المنفصلة تملك بملك الأصل فله أجر مثله لأنه أقام العمل
بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضها ببعض ولم يعرف ذلك أهلها
فالقول فيه قول الراعي مع يمينه لأنها في يده والقول في تعيين المغصوب قول الغاصب أمينا كان
أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فإن قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لأهلها لأن
الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فإن كل واحد منهم لا يقدر على الوصول إلى عين
ملكه ومثل هذا الخلط يكون الراعي ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله
في قيمتها يوم خلطها لأن الضمان عليه فالقول في مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وإن كان
الراعي مشتركا يرعى في الجبال فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه بسمة ما يموت وقد يتعذر
فيما يأتي به من السمة بأن يأكل بعض الغنم شيئا في بستانه ويقول قد ماتت فإن السمة لا تختلف
بالموت والذبح فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبي حنيفة القول قوله وإن لم يأت
بالسمة لأنه أمين في العين عنده وعندهما هو ضامن وإن أتى بالسمة إلا أن يقيم البينة على
على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعي حتى يحضر صاحبها لأن المصدق يأخذ الزكاة
والزكاة تجب على المالك وتتأدى بأدائه بنفسه والراعي في ذلك ليس بنائب عنه فإن أخذ المصدق
الزكاة من الراعي فلا ضمان على الراعي في ذلك لأن الراعي لا يتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو
في حقه بمنزلة الموت وإن خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لأن
صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وإن اختلفا في عدد ما سلمه إلى الراعي فالقول قول
الراعي لإنكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لإثباته الزيادة ببينته ثم يكون
ضامنا للفضل بجحوده وليس للراعي أن يسقي من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يقرض لأنه مأمور بالرعي
وهذا ليس من عمل الرعي فهو فيه كسائر الأجانب فيكون ضامنا إن فعل شيئا من ذلك ولو أن
رب الغنم باع نصف غنمه فإن كان استأجر الراعي شهرا على أن يرعى له لم يحط عنه من الأجر شيء
لأن المعقود عليه منافعه وإنما يستوجب الأجر بتسليم نفسه في المدة ولو أراد رب الغنم أن
يزيد في الغنم ما يطيق الراعي كان له ذلك لأنه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبد في ذلك
يستعمله في ذلك العمل بقدر طاقته وإن استأجره شهرا يرعى له هذه الغنم بأعيانها لم يكن له
أن يزيد فيها بالقياس لأن التعيين إذا كان مفيدا يجب اعتباره وهذا التعيين في حق الراعي
يتعين بتقييد لأن المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الرعي إلا ما عينه
عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر
ولكنه استحسن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لأن المعقود عليه منافعه
فإنه بدأ بذكر المدة وتعيينه الأغنام لبيان ما قصد من تملك منافعه بالإجارة لا لقصر
حكم العقد عليه فإذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له

ان يجلعه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يتكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعي
فما ليس من عمل الرعي لا يكون داخلا في حكم العقد قال أرأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعى
أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لأن الولد بعد الانفصال كشاة أخرى ولكن من عادته
الاستئجار بالأوضح فالأوضح ولو لم يبينا أجره شهرا ولكنه دفع إليه غنما مسماة على أن يرعى له
كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لأن المعقود عليه هنا عمل الرعي وإنما التزم إقامة العمل
في المحل الذي عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وإن باع منها طائفة فإنه ينقصه من الأجر بحساب
ذلك لأن المعقود عليه لما كان هو العمل فإنما يستوجب الأجر بقدر ما يقيم من العمل كالخياط
والقصار وإن ولدت الغنم لم يكن عليه أن يرعى أولادها معها لأن الولد بعد الانفصال
في عمل الرعي كشاة أخرى فإن كان اشترط عليه حين دفع الغنم إليه أنه يولدها ويرعى أولادها معها فهو
فاسد في القياس لأن المعقود عليه هو العمل فلا بد من إعلامه وإعلامه ببيان محله وهنا محل العمل
مجهول لأنه لا يدري ما يلد منها ولم يلد وجهالة المعقود عليه تفسد العقد ولكنه استحسن
ذلك فأجازه لأنه عمل الناس ولأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد والإبل
والبقر والخيل والبغال والحمير في جميع ما ذكرنا كالغنم وليس للراعي أن ينزي على شيء منها بغير أمر
ربها لأن ذلك ليس من عمل الرعي فهو فيه كالأجنبي ضامن لما يعطب منها إن فعله وإن لم يفعله
الراعي ولكن الفحل الذي كان فيها نزى على بعضها فعطبت فلا ضمان على الراعي في ذلك لأن
صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالإناث من غنمه والراعي لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان
عليه في ذلك ولو ندت واحدة منها فخاف الراعي إن يتبع ما ند منها أن يضيع ما بقي فهو في سعة
في ترك ما ند منها لأنه ابتلي ببليتين فيختار أهونهما ولأنه لو تبع ما ند منها كان مضيعا لما بقي
ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ما ند أو لا يقدر وليس له أن يضيع ما في يده فلهذا كان في سعة
من ذلك ولا ضمان عليه فيما ند في قول أبي حنيفة لأنه ضاع بغير فعله وهو في ترك اتباعه مشتغل
على حفظ ما بقي وليس بمضيع لما ند وهو ضامن في قول أبي يوسف ومحمد لأنه تلف بما يمكن التحرز
عنه في الجملة وإن استأجر من يجيء بذلك الواحد فهو متطوع في ذلك كثيره من الناس لأن صاحبها
لم يأمره بالاستئجار وكذلك إن تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فاتبع فرقة منها
وترك ما سواها فهو في سعة من ذلك لأنه اشتغل بحفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم
سواء فإن كان الراعي أجيرا مشتركا فرعاها في بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك
أن ترعاها في موضع غير ذلك وقال الراعي بل شرطت علي هذا الموضع فالقول قول رب الشاة
لأن الإذن يستفاد من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة
الراعي لأنه يثبت الإذن في هذا الموضع ببينته ثم لا يضمن في قول أبي حنيفة وفي قولهما هو ضامن
إلا أن يقيم البينة على الموت وإن كان أجيرا خاصا لم يضمن في قولهم جميعا إلا أن يخالف ولا أجر
للراعي إذا خالف بعد أن تعطب الغنم لأنه غاصب ضامن وبالضمان يتملك المضمون من وقت
وجوب الضمان فيتبين أنه في الرعي كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الأجر على غيره فإن سلمت
الغنم استحسنا أن أجعل له الأجر لحصول مقصود رب الغنم وهي الرعي مع سلامة أغنامه
وهو بتعيين ذلك المكان ما قصد إلا هذا فإذا حصل له هذا بعينه في مكان آخر وجب عليه الأجر

باب إجارة المتاع

وإذا استأجر ثوبا ليلبسه يوما إلى الليل بأجر مسمى فهو جائز لأنه عين منتفع به بطريق مباح
أن يلبسه غيره لأن المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لأن التعيين متى أفاد اعتبر وهذا

تعيين مفيد لأن الناس يتفاوتون في لبس الثياب فلبس الدباغ والقصاب لا يكون كلبس العطار بخلاف
سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه
شيء لأنه غاصب في إلباسه غيره وإن لم يصبه شيء فلا أجر له لأن المعقود عليه ما يصير مستوفى
بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب
البدل ألا ترى أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الأجر فكذلك
إذا ألبس ذلك الثوب غيره لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس فإن قيل هو قد تمكن من استيفاء
المعقود عليه وذلك يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار
يده وإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فإذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما
ألا ترى أنه ضامن وإن هلك من غير اللبس وأن يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن
غير اللابس ولا يكون إلا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الأجر وإن سلم وإن كان استأجره
ليلبسه يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فإن اللبس يختلف
باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد
فكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة ولأن صاحب الثوب يطالبه بألبس
أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما
بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة
وإن لبسه هو أو أعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفي القياس عليه أجر
المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للحمل ولم يسم ما يحمل عليها فحمل عليها
إلى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد
ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن
المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد
وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف فإنما يتجدد
انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا
المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه إن ضاع منه لأنه غير مخالف
سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الأول فقد عين هنالك اللبس عند العقد فيصير مخالفا
بإلباس غيره فإذا استأجر قميصا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر
كاملا لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه
وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة والإذن في اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى
بعد انتهاء العقد ولو ارتدى به يوما إلى الليل كان عليه الأجر كاملا لأن هذا لبس ولكنه غير تام
فإن المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وإن اتزر به إلى الليل فهو
ضامن إن تخرق لأن الاتزار بالقميص غير معتاد ومطلق التسمية إنما يتمكن من اللبس المعتاد فكان
غاصبا إذا اتزر به ضامنا إن تخرق بخلاف ما إذا ارتدى به فإن ذلك معتاد في بعض الأوقات
يوضحه أن الاتزار مفسد للقميص فيما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والارتداء
غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو دونه وإن سلم فعليه الأجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه
لأنه مخالف ضامن والضمان والأجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره وجه الاستحسان أنه تمكن
من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وإنما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الأجر
عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما إذا تخرق فحصل لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب
من حين ضمنه ولا يجب الأجر عليه في ملك نفسه وإذا سلم فهو لم يملك الثوب فيلزمه الأجر لتمكنه

الاستيفاء وان استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة ايام فلها ان تلبسه بالنهار وفي اول الليل وآخره ما يلبس الناس
لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد والمعتاد في لبس الثوب الصيانة بالنهار وفي اول الليل الى وقت النوم
ومن آخر الليل ايضا فقد يتكرر خصوصا عند طول الليالي وان لبسته الليل كله فهي ضامنة لانها خالفت
فان ثوب الصيانة لا ينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة بالخلاف لا بالاستعمال فان
لها ان تمسك الثوب ليلها المدة والامين اذا ضمن بالخلاف عاد امينا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق فان تخرق من لبسها بالليل فهي ضامنة وليس عليها اجر تلك الساعة التي تخرق فيها
الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه فان سلم ولم يتخرق فعليها
الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء واذا بقي العقد
تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا في الساعة التي ضمنت بالتخرق لانها في تلك الساعة غاصبة
عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان فان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة تنام
في مثله فلا ضمان عليها ان نامت فيه وعليها الاجر لان مطلق العقد يستحق ما هو المعتاد والنوم في
مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لتخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في بيتها
فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها اذا خرجت سواء او ربما يكون لبسها في بيتها
اخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته
بعد ذلك فلا اجر عليها اذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعدما ضاع الدرع منها وان
لبسته في اليوم الثاني ضمنته لانتهاء العقد بمضي المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها
حين اختلفا فالقول قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على انها كانت متمكنة منه فيما مضى
ولان تسليم الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك الامر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها
ان تثبته بالبينة فالقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف على الضياع من يد غيره ولا
طريق له الى معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها او تخرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك
لو اصابه قرض فار او حرق نار او لحس سوس والحاصل ان المستأجر في العين امين لان يده كيد المالك
فانه ينتفع بها لمنفعة المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو اصاب به عيبا رجع به على الآجر فكان امينا فيه
كالمودع بخلاف اجير المشترك على قول من يضمنه فانه في الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به مما يتقرر
حقه في الاجر فكان ضامنا ولو امرت خادمها او ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو
البسته اجنبية اخرى ولا اجر عليها وان سلم الثوب بعد ان لبسته فقال رب الثوب وان كذبها
فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان اخرجت من يلبسه بفضل او نقصان فهي ضامنة
للخلاف ولا اجر لها بالضمان عليها النقصان الا عند ابي يوسف وقد بيناه ولو لبسته خادمها او
ابنتها بغير امرها فلا ضمان عليها بمنزلة ما لو غصبه انسان ولا اجر عليها ولا ضمان لانها لم تخالف
ولو تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في
عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته ويبيت فيها شهرا فهو جائز لان بيت القبة من المساكن
فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض الذي ينصب فيه
القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر احد زوجي المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون
العين منتفعا به وان يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود وذلك موجود فالانسان لا يعدم
الارض لينصب فيه القبة ولان المقصود بالقبة الاستظلال ودفع اذى الحر والبرد والمطر
وغير ذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت الذي ينصبها فيه فالعقد جائز
ايضا لان ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وتنزل تعيينه شيء غير مفيد لا يفسد العقد وان
سمى بيتا فنصبها في غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف

البيوت

البيوت فان نصبها في الشمس والمطر وكان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما اصابها من ذلك لانه مخالف
فالشمس يحرقها والمطر يفسدها وانما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك واذا وجب عليه الضمان
بطل الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان
عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة
الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط
ان ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة اخرى في ذلك المصر فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا
تعيين غير مفيد وليس له ان يستأجرها وليس له ان يخرجها من المصر لان فيه الزام مؤنة على صاحبها
وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان اخرجها الى السواد فنصبها فسلمت او انكسرت فلا اجر
عليه لانه غاصب حين اخرجها من المصر الا ترى انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو
غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا ليكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا اجر عليه واذا استأجر
رحى يطحن عليه فحمله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كان ذلك
عارية فمؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لحكم النقل فانما تجب المؤنة على من يحصل له منفعة
النقل ومنفعة النقل في العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفي الاجارة على رب الرحا لان
بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فلهذا كان مؤنة الرد
عليه واذا استأجر منه عيبة ان يحمل اكسوة مدة معلومة جاز لانه عين ينتفع به والحاصل
ان كل عين ينتفع بها معتادا باستيجاره فالاستيجار فيه صحيح وعلى هذا استيجار البسط والوسائد
والصناديق والستور والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود
مجهول فان القدور يختلف في الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاء بقدر فقبلها على الكراء
الاول فهو جائز والاجرة لازمة لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولان الاجارة تنعقد
بالتعاطي كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا ليعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل
بشيء من هذه الامتعة للآجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين امانة في يد المستأجر
والكفالة بالامانات لا تصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان اعطى
بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون في ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به
او السنجات او القبان والمكاييل فهذا كله متاع يجوز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فاعطاه
غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضره ركوبه
ومن لا يحسن الركوب عليه يضره ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا اجر له عليه
واذا استأجر اكافا يحمل عليه حنطة شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك
لان هذا التعيين غير مفيد وكذلك استيجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه وهو
جائز وليس له ان يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان اصابه شيء للتفاوت بين الناس في الامر
بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان اسرج في الخيمة
او الفسطاط او القبة او علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا انه
يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد
الا ان يكون معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن رحمه الله قال لا بأس بان يستأجر الرجل
حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة
الحلي دون العين ولا ربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين ينتفع به
واستيجاره معتاد فيجوز واذا شرطت ان تلبسه فالبسته غيرها ضمنت ولا اجر عليها
كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وان خالف رب الحلي

انه لبسته وقد هلك الحلي فقد ابرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاط ما
ويكون له عليها الاجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد قررنا ان الحلي كان عندها وذلك يوجب
الاجر عليها ولو استأجرته يوما الى الليل فان بدا لها حبسته فلم ترده الى عشرة ايام فالاجارة
على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه او لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو
ان تبدو لها وتعليق الاجارة بالخطر لا يجوز ولكني استحسن واجيزها واجعل عليها الاجر
لكل يوم تحبسه لان هذا الشرط متعارف محتاج اليه فانها اذا خرجت الى وليمة او عرس
لا تدري كم تبقى هناك فتحتاج الى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا ان
وجوب الاجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا
يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه

باب اجارة الدواب

واذا استأجر دابة بعينها ليركبها الى مكان معلوم باجر مسمى فهو جائز وليس له ان
يحمل عليها غيره لان هذا التعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل
من قبل العلم والجهل فالمتعلم يحسن ركوب الدابة بروضها ركوبه والخفيف الذي لا يحسن ركوبها يعقرها
ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا اجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ما قررنا والبيوت
وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فاذا سلمت
سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت بعد بلوغها المكان من
ذلك الركوب فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره
او لا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين اردف وشغل
نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين فان
كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها واما اذا كانت تطيق فالتلف
حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو ما دون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين
وسواء كان الرجل الآخر اثقل منه او اخف قال لانه لا يوزن الرجل في الفتيا لتبين هذا ارأيت لو كان
يوزن ايوزن قبل الطعام او بعده او قبل الخلاء او بعده والمعنى ما بينا ان الضرر على الدابة ليس
من قبل ثقل الراكب وخفته فلهذا يتوزع الضمان نصفين فان قيل حين يغرم عليه ضمان نصف
القيمة فقد ملك نصف الدابة من حيث ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر قلنا هو بهذا
الضمان لا يملك شيئا مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله
بركوب الغير والاجر بمقابلة ذلك ليستقط عنه واذا استأجر الى الجبانة او الى الحيرة او ليشيع
عليها رجلا او يتلقاه فهو فاسد الا ان يسمي موضعا معلوما لان المعقود عليه منفعة الركوب
وذلك يتفاوت بحسب المسافة فاذا سمى موضعا معلوما صار مقدار المعقود عليه به معلوما
والا فهو مجهول لا يصير معلوما بما ذكره من التشييع والتلقي وان تكاراها من بلد الى الكوفة ليركبها
فله ان يبلغ عليها منزله بالكوفة استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل الكوفة انتهى العقد
لوجود الغاية فليس له ان يركبها بعد ذلك به وبلا اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف الظاهر
انه يبلغ المستأجر على الدابة التي تكاراها في الطريق الى منزله ولا يتكارى لذلك دابة اخرى
والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص الا ترى ان الورام المعتاد في بعض الاشياء يستحق بالعرف فلذلك
هذه الزيادة وراء الطريق في الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعا فان
حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلي فاذا هو قد اخطأ فاراد ان يحمله ثانيه الى منزله

فليس

فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلي فبعد ذلك هو مدعي
في قوله قد اخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقا له كيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى
دابة اخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى من الكوفة الى الحرم فاما اذا تكارى دابة
من الكوفة من موضع كانت فيه الدابة لان الاستحسان في الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما
تكاراها في المصر من موضع الى موضع فيؤخذ فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من
المسافة مثل ما سمى او اكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد او فوقه بمثاله
كما اكتريت من هذا الموضع الى الموضع الذي سميت واكثر الدابة من هذا الموضع الى منزلك واذا استأجرها
الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا اردت الاجارة لجهالة المعقود عليه فان
حمل عليها او ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين في الانتهاء كالتعيين في
الابتداء وقد قررنا هذا في الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له واذا سمى ما
يحمل على الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسألة على اربعة اوجه وقد بيناها في كتاب العارية
فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا ان في كل موضع ذكرنا هناك لا يصير ضامنا فالاجر
واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك انه يكون ضامنا فلا اجر عليه هنا لانه غاصب
غير مستوف للمعقود عليه فان المعقود عليه يختلف باختلاف المحمول واذا اختلفا فقال رب
الدابة اكريتك من الكوفة الى البصرة بعشرة دراهم وقال المستأجر الى بغداد بعشرة دراهم
ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة في احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص
الوارد بالتحالف في البيع يكون واردا في الاجارة وان اقاما البينة ففي قول ابي حنيفة الاول يقضى
بالعقد من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر ثم رجع وقال الى بغداد بعشرة
دراهم وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه قوله الاول ان رب الدابة اثبت ببينته العقد من
الكوفة الى النصف بعشرة دراهم بوجب القضاء بذلك والمستأجر ببينته اثبت العقد من القصر
الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فاذا عملنا بالبينتين كانت له من الكوفة الى بغداد
بخمسة عشر وجه قوله الآخر انهما اتفقا على مقدار الاجر وانما اختلفا في مقدار المعقود عليه
فالمستأجر يثبت الزيادة في ذلك فكانت بينته اولى بالقبول كما لو اقام المستأجر البينة انه اراده
عليه الاجير في الكرى الى مكة ولو تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها اكافا فركبها فهو
ضامن بقدر ما زاد وفي الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي
قولهما يضمن بقدر ما زاد وجه قولهما ان الحمار يركب تارة بسرج وتارة باكاف والتفاوت بينهما
من حيث الخفة لما كانت كل واحد منهما عادة وفي مثله الضمان يتقدر بالزيادة كما لو استأجر
ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها احد عشر مختوما وابو حنيفة يقول الاختلاف هنا في
الجنس من حيث ان الاكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذي لا يأخذه السرج فهو نظير ما لو استأجر
دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا او حطبا يوضحه ان التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة
ولكن لان الحمار الذي لا يألف الاكاف يضره الركوب باكاف وربما يخرجه ذلك فيكون مخالفا
في الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه واسرجه بسرج
برذون لا يسرج بمثله الحمر فهو بمنزلة الاكاف وان اسرجه بسرج مثله او اخف لم يضمن لان
التعيين اذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر وكذلك ان استأجره باكاف فأوكفه باكاف مثله او اسرجه
مكان الاكاف لان السرج اخف على الحمار من الاكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حمارا
عريانا فاسرجه ثم ركبه فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان
مخالفا في ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا على وجه فان استأجره من بلد الى بلد

لم يضمن اذا اسرجه لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسرج او اكاف والثابت بالعرف
كالثابت بالشرط وان استاجره ليركب في المصر فان كان من ذوي الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا
يركب في المصر عريانا وان كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا
اذا اسرجه بغير شرط واذا استاجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان
ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة الاول ثم رجع فقال هو ضامن ما لم
يدفعها الى صاحبها وهو قول ابي يوسف ومحمد ووجه قوله الاول انه كان امينا فيها فاذا ضمن
بالخلاف ثم عاد الى الوفاق عاد امينا كالمودع ووجه قوله الاخر انه بعد ما صار ضامنا بالخلاف
لا يبرا الا بالرد على المالك او على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستاجر يد نفسه لانه يمسكها
لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا يبرا عن الضمان وان عاد الى
ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا فقال
يد المستاجر كيد المالك بدليل انه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير ويد
ان مؤنة الرد على المالك لان الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن
بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست يد نفسه كالمسترهن يرجع بضمان الغرور
فكذلك مؤنة الرد عليه لما لكه من المنفعة في العمل فاما يد المستاجر يد نفسه والاشكال على هذا
الكلام ما تقدم ان المراة اذا استاجرت ثوب صيانة لتلبسه اياما فلبست بالليل كانت ضامنة
ثم اذا جاء النهار بريت من الضمان ويدها يد نفسها ولكنا نقول الضمان عليها باللبس لا بالامساك
لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس ليلا لم يتناوله العقد فاذا جاء النهار زال وهاهنا
الضمان على المستاجر بالامساك في غير المكان المشروط الا ترى انه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها
كان ضامنا ولو حبسها في المصر اياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا ينعدم وان عاد الى
ذلك المكان ما دام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام في التفصيل بين ما اذا استاجرها ذاهبا
وجائيا او ذاهبا لا جائيا قد تقدم في العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان
ولكنه ضربها في السير او كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا ان ياذن له صاحبها في ذلك
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد نستحسن ان لا اضمنه اذا لم يتعد في ذلك في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد نستحسن ان لا اضمنه اذا لم يتعد في ذلك وضرب كما يضرب
الناس الحمار في موضعه لان مطلق العقد يثبت الاذن فيما هو معتاد من الضرب والكبح باللجام
في السير معتادا دون ما لا يتعارف الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو اذن
فيه نصا لم يضمن الا بالاذن المستاجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ما قاله ابو حنيفة
رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك فعل موجب للضمان وبيانه ان المستحق بالعقد
سير الدابة وانما يستخرج ذلك منها بهابة السير والجودة في ذلك ذنوبا لا اذن بمقتضى العقد
فيقتصر على المستحق بالعقد يوضحه انه وان ابيح له الضرب فانما ابيح لمنفعة نفسه فان حق
المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالتعزير للزوج زوجته وربي
الرجل الى الصبي ومشيه في الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا اذن
له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك واذا استاجرها ليحمل عليها متاعا
سماه الى موضع معلوم فاجرها لمثل ذلك باكثر مما استاجرها لم يطب له الفضل الا ان يزيد
معها حبلا او جوالقا او لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بازاء ما زاد ولو اعلفها لم يطب به
الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستاجر لتجعل الزيادة بمقابلته وان استاجرها
بغير لجام فالجمها او بلجام فنزعه وابدله بلجام اخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر

بالدابة

بالدابة وانما ينتفعها من حيث ان السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستاجر الا اذا الجمها
بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا واذا استاجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت
الحمولة وفسدت وصاحب المتاع يمشي مع رب الدابة او ليس معه فالمكاري ضامن لان المكاري اجير مشترك
والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل من جناية يده لانه لما شده بحبل لا يحتمله
فكان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل او اصابته الشمس ففسدت او طين او سرق من ظهر الدابة
فلا ضمان في قول ابي حنيفة وهو ضامن في قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله على وجه يمكن التحرز عنه
وروى بشر عن ابي حنيفة قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكاري لان الحمل في يد صاحبه
واجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع في يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف
بغير فعله وان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية
ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام انما يجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية
ليس من جنس ضمان العقد الا ترى انه يجب على العاقلة مؤجلا ويجب الضمان على الاجير المشترك فيما
جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد
حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام على احد الطريقين يتقيد العمل بصفة السلامة
بمقتضى عقد السلامة وعلى الطريق الاخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا ان الضمان
على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة
فعثرت فعطب الرجل وافسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا اما لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك
ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه في يده معناه ان العامل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من
ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على انه متى ما بدا له من ليل او نهار
حاجة ركبها لا يمنعه منها فان كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمى مكانا
فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا
لجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فاذا لم يبين ذلك لا يجوز وان تكاراها يوما يقضي حوائجه
في المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام في المدة المذكورة لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ولهذا
جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء في المصر فان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحي المصر كمكان واحد
كان له ان يركبها الى اي نواحي المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له ان
[illegible] عليها لانه استاجرها للركوب في المصر وان تكاراها الى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه
فعليه اجر مثلها في الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد
فاسد فعليه اجر مثلها في الذهاب ونصف اجر مثلها في الرجوع لانه استوفى في الرجوع منفعة
نصفها وهو ما شغله بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف اجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحة
انه اذا ركبها واردف فعليه جميع المسمى من اصحابنا رحمهم الله من يقول لان الاجارة الصحيحة
يجب الاجر بمجرد التمكن وفي الفاسد لا يجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى
قال رضي الله عنه وهذا ليس بقوي عندي بل في الموضعين جميعا بالتمكن من الاستيفاء يجب اجر
المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح انه لا فرق في الحقيقة
انما يجب اجر المثل بحسب ما يستوفي من المنفعة فيتقاصر عن اجر مثلها اذا اردف فاذا اوجبنا عليه
نصف اجر مثلها فقد اوجبنا اجر مثلها من اجر جميع المثل جميع ما يخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد
فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف اجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف
قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك ويحسب ما
علفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه

صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة ايام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها اليوم العاشر قال يبيع صاحبها ان يأخذ الكرى وان كان يعلم انه لم يركبها لانه اتى بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينه من ركوبها في المدة فطاب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم ان زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا اجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان انفق عليها فهو متطوع في ذلك الا ان يكون بامر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى اصبح ثم ردها ولم يركب فلا كرى عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لا يوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولا كرى عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكرى استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكاراها على ان يركبها مع فلان تشيعه فحبسها من غدوه الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل ان لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها اكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه اياها في غير المكان المشروط لان قدر ما يحبس الناس صار مستثنى له بالعرف ولا اجر عليه في الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها في المصر ولان صاحب الدابة متمكن من ان يسير الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا اجر عليه ايضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فنفقت في الطريق او ضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكاري ان يأتي بدابة اخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد الحمل في ذمته فعليه الوفاء بما التزم الا ترى ان هذه الدابة لو هلكت كان عليه مثلها فهو ولا اثنا في استيفاء ذلك من دابة اخرى بل يكون عذرا في فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم ان رب الدواب اجر دابة من غيره واعار اخرى ووهب اخرى او باع فوجد المستكري الدواب في ايديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقضت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناها وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكري احق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد في العين بذلك العقد الا ان ما وجده في يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر الدواب لان يد المستعير ليست بيد الخصومة وما وجده في يد الموهوب له فهو خصم فيه لانه يدعي ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها واما الاجارة فالمستاجر احق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب منهم فانه لم يبين ان المستاجر خصم فيها ثم من اصحابنا من يقول مراده الاول والثاني يكون خصما له لان الاول يدعي ما يزعم الثاني انه لا يكون خصما له في ملكه ولكن الاصح ان المستاجر الثاني لا يكون خصما للاول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعي ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة الى البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فابق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما اصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلاك والاباق وقد كان امينا فيها ولا ضمان عليه وان استاجر الدابة وحدها وقال المكاري استاجر غلاما يتبع الدابة واجره علي واعطاه نفقة ينفق على الدابة ففعل المستاجر وسرقت النفقة من الغلام فان اقام المستاجر البينة انه استاجر الغلام واقر الغلام بالقبض لزم المكاري النفقة ضاعت او لم تضع والا فلا شيء عليه لانه في استيجار الغلام وكيل المكاري في قبض النفقة فاقراره بالقبض كاقرار صاحب الدابة ولو تكاراها الى بغداد بعشرة دراهم واعطاه الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه

بعض

بعض الدراهم وقال هي زيوف او ستوقة فالقول قول رب الدابة في ذلك اذا لم يكن اقر بشيء لانه ينكر استيفاء حقه وان اقر بقبض الدراهم فالقول قوله فيما يزعم انه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا تصير به مناقضا ولا يقبل قوله فيما يزعم انه ستوق لانه مناقض في كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وان كان اقر باستيفاء الاجرة فلا قول له بعد ذلك فيما يدعي لكونه مناقضا واذا مات المكاري في الطريق فاستاجر المستكري رجلا يقوم على الدابة فلا اجر عليه وهو متطوع في ذلك فهو كما لو انفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه بالكرى بقدر ما سار والقول في ذلك قوله لانهما تصادقا على انه لم يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا في مقدار ما استوفى او في مقدار ما لزمه من الاجر فرب الدابة يدعي الزيادة والمستكري منكر لذلك وان تكارى دابتين احداهما الى بغداد والاخرى الى حلوان فان كانت التي الى بغداد بعينها والتي الى حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان كانت بغير عينها لم يجز لجهالة في المعقود عليه على وجه يفضي الى المنازعة وعليه فيما ركب اجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكارى بغلا الى بغداد فاراد المكاري ان يحمل متاعا له او لغيره بكري مع متاع المشتري فللمستكري ان يمنعه من ذلك لانه بالعقد استحق منافعه وقام هو في ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبي فان حمله وبلغ الدابة بغداد لم يكن للمستكري ان يحبس منه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله واستوفى ما استحقه بالعقد واذا اختلف المواجران في مقدار الكرى فالقول قول المستاجر لانهما يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لا يحتمل الفسخ فكان القول قول المنكر للزيادة وان اقام المواجران البينة فلكل واحد منهما نصف ما شهد به شهوده لان كل واحد منهما حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على اثبات حقه اولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة في نصيبه وان تكاراها على انه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها في مدة دليل الرضى منه لسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن في العقد خيار له وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكري ضامن لها ولا اجر عليه لانه غاصب في ركوبها قبل ان يتم رضى صاحبها به فان شرط الخيار بعدم تمام الرضى ولو تكارى حمارا يطحن عليه فاوثقه في الرحى وساقه الاخر فعنف عليه الاخر حتى عطب من عمله فالاجير ضامن لانه متلف لها بالتعنيف في تسييرها ولم يكن مامورا بذلك من جهة المستاجر لينتقل فعله اليه فلهذا الاثم على المستاجر منه وان استاجر ثورا ليطحن عليه كل يوم عشرة اقفزة فوجده لا يطحن الا خمسة اقفزة فالمستاجر بالخيار لانه تغير عليه شرط عقده فان شاء ابطل الاجارة عليه فيما بقي وعليه فيما عمل من الطحن بحساب ما عمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئا لان المعقود عليه منفعة الثور في المدة وقد استوفى ذلك واشتراط عشرة اقفزة في كل يوم ليس لايراد العقد على العمل بل لبيان جلادة الثور في عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شيء من الاجر فيما عمل من الايام ولو تكارى دابة الى بغداد فوجدها لا تبصر بالليل او جموحا او عثورا او نعوضا فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لانه استوفى المعقود عليه بقدره وان كان بغير عينها فله ان يبلغه الى بغداد على دابة غيرها لانه التزم الحمل في ذمته وهذا اذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستاجر العيب غير مقبول الا بحجة ولو تكارى بعيرا ليحمل عليه على النصف قال كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اذا كان يحمل الحمل على البعير فالاجر كله لصاحب البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع اليه نائب عنه في الاكراء وللذي يحمل عليه اجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه اجر المثل

له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع فيبيعه فما اكتسب عليه من شي فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب
بالبيع والشرا وعليه اجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى من منافع بعيره عوضا ولم يسلم له
ذلك ورجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب الي بغداد فقال الغلام قد ذهبت بالكتاب وقال
الذي ارسل اليه الكتاب لم ياتني به فعلى الغلام البينة على ما يدعي لانه يدعي ايفا المعقود عليه
فان اقام البينة انه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الاجر
على المرسل دون من حمل اليه الكتاب فان قال المرسل اليه اعطيته اجر عشرة دراهم فعليه البينة
على ذلك كما لو كان المرسل هو الذي يدعي ايفا الاجر وان اقام الغلام البينة انه قد اتى بغداد بالكتاب
فلم يجد الرجل فله الاجر لانه اتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الي بغداد ومع الكتاب كما امره ثم
ان كان استاجره ليذهب بالكتاب وياتي بالجواب فله اجر حصة الذهاب دون الرجوع لانه في
الرجوع غير ممتثل امره ولا عامل له حين لم يكن الجواب معه وان عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا
اجر له في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ما يخص الذهاب من الاجر لانه في الذهاب عامل
له كما امره فتقرر حقه في الاجر بقدره كما لو ترك الكتاب هنالك عند اهل من ارسل اليه وهذا
بخلاف ما اذا استاجره ليحمل طعاما الي بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هنالك بنقل
الطعام من مكان الي مكان وقد نقض ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شي من المعقود عليه
وهنا الاجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب حمل ومونة فلا يصير بالرجوع ناقضا عمله سوا عاد
بالكتاب او لم يعد وابو حنيفة وابو يوسف يقولان شي من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلا يستوجب
الاجر عليه كما لو ذهب من جانب اخر وبيان ذلك ان مقصود الامر ان يصل الكتاب الي المرسل اليه
ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث ان شيا من مقصود الامر
غير حاصل فاذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف على
ما في الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فلحصول بعض المقصود هنالك الزمناه حصة الذهاب
من الاجر رجل تكارى دابة الي مكان معلوم ولم يقل اركبها بسرج ولا اكاف فحابه المكاري عريانا
فركبها بسرج او اكاف فعطبت فان كان يركب في ذلك الطريق مثل تلك الدابة باكاف او سرج
فلا ضمان عليه وان كان لا يركب الا بسرج فركب باكاف فهو ضامن لان بمطلق العقد يستحق استيفا
المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك كان ضامنا ولو تكارى من العراق الي جعفي
وجعفي قبيلتين بالكوفة ولم يسم اي القبيلتين هي او الكناسة ولم يسم اي الكناستين والي الجبانة
ولم يسموا بها هي الظاهرة او الباطنة فعليه اجر مثله لان المعقود عليه مجهول وكان العقد
فاسدا واستيفا المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب اجر المثل ومثله ببخارا اذا تكاراها
الي السهلة ولم يبين اي سهلة سهلة نوبا وسهلة امير او تكاراها الي جسون ولم يبين اي
الجسونين ولو تكارى عبدا ماذونا او غير ماذون بنصف ما يكتسب على هذه الدابة فالاجارة
فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله اجر مثله
فيما عمل له فان كان ماذونا او استاجره من مولاه وان كان غير ماذون ولم يستاجره من مولاه
فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولا اجر عليه
لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس
لا اجر عليه لانه غاصب له ضامن ووجه الاستحسان ان العقد الذي باشره العبد يتمحض منفعة
اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب له الاجر وان لم يعتبر لم يجب شي والعبد المحجور عليه غير ممنوع
عما يتمحض منفعته كقبول الهبة والصدقة ولان عقده اكتساب محض اذا سلم من العمل فهو
كالاحتطاب والاصطياد اذا باشره العبد بغير اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى

وفيها

وفيها لا ضمان عليه ولا اجر وان كان تكاراها الي بغداد على انه ان بلغه اليها فله رضاه فبلغه اليها
فقال رضاي عشرين درهما فله اجر مثله لجهالة الاجر عند العقد واستيفا المنفعة بحكم عقد
فاسد الا ان كان اجر المثل اكثر من عشرين درهما لا يزاد عليه لانه رضي بهذا المقدار وابرأه
من الزيادة وان تكاراها بمثل ما تكارى به اصحابه او بمثل ما يتكارى به الناس فعليه اجر مثله
لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصي وان تكارى دابة
من الكوفة الي مكان معلوم من فارس بدراهم او دنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب
الموجب للاجر هو العقد وان تاخر الوجوب الي استيفا المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف
مطلق التسمية الي وزن الكوفة ونقدها لان هذا عمل العرف في تقييد مطلق التسمية والتسمية
عند العقد لا عند استيفا المنفعة فلهذا نعتبر مكان العقد فيه وان تكاراها الي فارس ولم
يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمى ولاية مشتملة على
الامصار والقرى فاذا لم يبين موضعا منها فالمنازعة تتمكن بينهما من حيث ان المكاري يطالبه
بالركوب الي ادنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب الي اقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية
ومثله في ديارنا اذا تكارى دابة الي فرغانة او الي سعد وان تكارى الي الري ولم يسم مدينتها
ولا رستاقها بعينه فالعقد فاسد ايضا وروى هشام عن محمد رحمه الله ان العقد جايز ويجعل
الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة لو تكاراها الي سمرقند او الي رحبة ولكن في ظاهر الرواية قال
اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد تمكن فيه جهالة تفضي الي المنازعة
فان ركبها الي ادنى الري فله اجر مثلها لا يزاد على ما سمى لان المكاري رضي بالمسمى الي ادنى الري وان
ركبها الي اقصى الري فله اجر مثلها لا ينقص مما سمى لان المستكري قد التزم المسمى الي اقصى الري
فلا ينقص عنه ويزاد عليه فاذا كان اجر المثل اكثر من ذلك لان المكاري انما رضي بالمسمى الي ادنى الري
فلا يصير راضيا الي اقصى الري ومثله في ديارنا اذا استاجرها الي بخارا فهو اسم للبلدة ونواحيها
فاول حدود بخارا كرمينة واخره فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كالتخريج في مسالة الري
وان تكاراها من الكوفة الي بغداد على انه ان ادخله بغداد في يومين فله عشرة والا فله درهم
فهذا في الجنس الذي تقدم بيانه ان عند ابي حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة
وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك في الخياط رجل تكارى دابة من رجل بالكوفة
من الغدوة الي العشي فلا يردها عند زوال الشمس لان ما بعد الزوال العشي قيل في تفسير قوله تعالى
ويسبحوه بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك في قوله ولا تطرد الذين يدعون ربهم
بالغداة والعشي ان الغداة ما قبل الزوال والعشي ما بعده وفي الحديث ان النبي عليه السلام صلى
احدى صلاتي العشي اما الظهر واما العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل
في الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب في الركوب
بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثاني الي غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا
استاجر اجيرا يوما الا ان الاجير ما لم يفرغ من الصلاة لا يشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس
فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى في استيجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس
فردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل الليل ويزيل حكم النهار ولم يذكر اذا تكاراها نهارا
وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا يركبها من طلوع الشمس الي غروب الشمس فان النهار اسم للوقت من
طلوع الشمس قال عليه السلام صلاة النهار عجما ولا يدخل في ذلك الفجر ولا المغرب وانما سمي نهارا
لجريان الشمس فيه كالنهر سمي نهرا لجريان الما فيه ولكن هذا اذا كان من اهل اللغة يعرفان الفرق
بين اليوم والنهار فاما العوام لا يعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا

قال

فالجواب في النهار كالجواب في اليوم فان تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يجز العقد الا ان يبين المكان لان المعقود عليه لا يصير معلوما الا بذكر المكان ولا ضمان على المستاجر في الدابة اذا هلكت وجئ بيده على اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه في الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستاجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذي اجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرته عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكه المستاجر بضمان القيمة لان الملك في المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا اجر للمستحق على احد لان وجوب الاجر بالعقد بمباشرة الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكارى دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة في المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل الا ان يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكاراها الى بغداد وركبها وحمل معه المكاري الذي استاجرها ابيه قال له الكرى لازم له في مسيرة قبل الخلاف لانه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر كما اوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا اجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكاراها يحمل عليها انسان فحمل امراة ثقيلة برجل او بسرج فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ولا على المراة لانه مستوفي للمعقود عليه فالمسمى في العقد انسان وهي انسان وان كانت ثقيلة الا ان يكون معلوما ان مثل تلك الدابة لا تطيق حملها فحينئذ يكون هذا اتلافا موجبا للضمان وقد اطرف في العبارة حيث وضع هذه المسالة في النسا دون الرجال لان الثقل بهذه الصفة في الرجال مذموم وفي النسا محمود وان تكارى يوما الى الليل بدرهم فاراها الدابة على اريها وقال اركبها اذا شئت فلما جا الليل تنازعا في الكري والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستاجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود فيتمكن المستاجر من الاستيفا وان كان لم يدفعها فلا اجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه اليه وعلى رب الدابة البينة انه قد ركبها لانه يدعي استيفا المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه ان يثبت ذلك بالبينة وان تكاراها الى الحيرة في حاجة له فقال دونك الدابة فاركبها فلما كان بقدر ما يرجع من الحيرة فقال لم اركبها ولم انطلق الى الحيرة قال اذا حبسها في قدر ما يذهب الى الحيرة ويرجع فلا اجرة عليه اذا لم يذهب لما بينا ان المعقود عليه خطوات الدابة في طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على اريها في البيت وان دفعها اليه وقال لم اذهب بها ان علم انه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم اذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضى من الزمان بعد ذلك مقدار ما يذهب ويجي فالظاهر انه قد اتى الحيرة فهو في قوله رجعت يدعي خلاف ما يشهد به الظاهر وان ردها من ساعته فلا اجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحق بالعقد عند تمكن المستاجر من استيفا المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر التمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستاجر اني رجعت قبل ان اتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل الى بغداد في ماله لانه استوفى المعقود عليه في ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل ايضا فكان اجر ذلك المقدار دينا في تركته كساير الديون

باب انتقاض الاجارة

ذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال حين وضع رجله في الغرز ان الناس قايلون غدا ماذا

قال

720

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وان البيع عن صفقة او خيار والمسلمون عند شروطهم وفي هذا الحديث دليل ان الاجارة يتعلق بها اللزوم اذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله ان الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد بينا وفيه دليل على ان البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم اذا شرط فيه الخيار فان الصفقة هي اللازمة النافذة بتاتا هذه صفقة لم يشهدها حاطب اذا انفذا امر ذي راي رجل فيكون حجة على الشافعي لانه يثبت خيار المجلس في كل بيع وفيه دليل وجوب الوفا بالمشروط اذا كان الشرط صحيحا شرعيا فلا خلاف بيننا فان الشافعي يقول ان عقد الاجارة اذا اطلقت فهي لازمة كالبيع الا ان عندنا قد تنفسخ الاجارة بالعذر وعنده لا تنفسخ الا بالعيب وهو بنا على اصله ان المنافع كالاعيان الموجودة حكما فان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ العقد الا بعيب فكذلك الاجارة وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا ال الامر الى الضرر اخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب فاذا تحقق الضرر في ابقا العقد يكون ذلك عذرا في الفسخ وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه الا ترى ان من استاجر اجيرا ليقلع ضرسه فسكن ما به من الوجع كان ذلك عذرا في فسخ الاجارة او استاجره ليقطع يده للاكلة ثم برا الله في ذلك او استاجره ليهدم بيتا له ثم بدا له في ذلك لا يتمكن من ابقا العقد الا بضرر يلحقه في نفسه وماله من حيث اتلاف شي من بدنه او اتلاف ماله وجواز الاستيجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى الانسان المنفعة في شي ثم يتبين له الضرر في ذلك وكذلك لو استاجره ليتخذ له وليمة في ذلك فليس للاجير ان يلزمه ايجاد الوليمة شا او ابى لان في ذلك عليه من الضرر في اتلاف ماله وجواز الاستيجار للمنفعة لا للضرر اذا عرفنا هذا فنقول من العذر في استيجار البيت ان يتهدم البيت او يتهدم منه ما لا يستطيع ان يسكن فيه وهذا من نوع العيب في المعقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لان بقبض الدار المنافع لا تدخل في ضمانه فحصول هذا العارض في يد المستاجر كحصوله في يد الاجر فان اراد صاحب البيت ان يبيعه فليس هذا بعذر لانه لا ضرر عليه في ابقا العقد الا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه عن التصرف في المستاجر الى انتها المدة وان باعه فبيعه باطل لا يجوز لعجزه عن التسليم وقد بينا في البيوع ان الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع وان كان على الموجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان عليه في ابقا العقد ضررا لم يلتزمه ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط حق المستاجر عن العين فان بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستاجر حق في ماليته فيكون المديون مجبورا على قضا الدين من ماليته محبوسا لاجله اذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له في الفسخ ثم ظاهر ما يقول يدل على انه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر الى القاضي فيكون هو الذي يفسخ الاجارة ويبيعه وهو الاصح لان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضا القاضي كالرجوع في الهبة وان انهدم منزل الموجر ولم يكن له منزل اخر فاراد ان يسكنه لم يكن له ان ينقض الاجارة لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من ان يكرى منزلا اخر او يشتري وكذلك ان اراد التحول من المصر لانه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستاجر الى هذه المدة وان كان هذا بيتا في السوق يبيع فيه ويشتري فلحق المستاجر دين وافلس فقام من السوق فهذا عذر وله ان ينقض الاجارة لانه استاجره للانتفاع وهو يتضرر بابقا العقد بعد ما ترك تلك التجارة ولو افلس ضررا لم يلتزمه بمطلق العقد وكذلك ان اراد التحول من بلد الى بلد لانه لو لزمه الاستيجار الانتفاع

فيتضرر به ضررا لم يلتزمه بالعقد وبعد خروجه لم يتمكن من الانتفاع بالبيت فقال رب البيت
انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضي المستاجر على ذلك لان الظاهر شاهد له فالظاهر انه لا
يترك ما كان عزم عليه من التجارة في الحانوت الا اذا اراد التحول من بلد الى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل
يحكم القاضي حاله في ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج
لاعدوا له عدة وقيل يقول له مع من تخرج فالانسان لا يسافر الا مع رفقة ثم يسال رفقاءه على
ذلك فان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال تدبرت الى ذلك وخاصمه صاحب البيت فان
القاضي يحلف المستاجر بالله انه كان في خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعي بطلان الفسخ
لعدم العذر وذلك يبتنى على ضمير المستاجر وما في ضميره لا يعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك
ان اراد التحول من تلك التجارة الى تجارة اخرى فهذا عذر لانه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد
وقد يروج نوع التجارة في وقت وسوق دون وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو ارخص منه لم
يكن عذرا له وكذلك لو اشترى منزلا فاراد التحول اليه لانه لا يلحقه ضرر الا ما التزمه بالعقد
وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما يقصد بالفسخ هنا الربح لا دفع الضرر وان استاجر
دابة بعينها الى بغداد ثم بدا للمستاجر ان لا يخرج فهذا عذر لان عليه ضررا في ابقاء العقد وهو
تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضي الله عنه لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر
قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولو قال رب الدابة انه يتعلل فالسبيل للقاضي
ان يقول له اصبر فان خرج فقعد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فاذا قادها معه
فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو اراد الخروج في طلب غريم
له او عبد ابق وكذلك لو مرض او لزمه غرم او خاف امرا او عثرت الدابة او اصابها ما لا يستطاع الركوب
معه فبعض هذا عيب في المعقود عليه وبعضه علة للمستاجر في التخلف عن الخروج ولا فائدة في
اجبار المستاجر في ابقاء العقد اذا لم يخرج المستاجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الخروج
مع دابته لم يكن له ان ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر
بتسليم الدابة وان يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن ابي يوسف
قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول
غيري لا يشفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي فاذا تعذر عليه الخروج للمرض يلحقه في ابقاء
العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروي عن ابي يوسف رحمه الله قال اذا اكترت امراة ابلا الى مكة
للذهاب والرجوع فلما كان يوم النحر ولدت قبل ان تطوف للزيارة فهذا عذر للمكاري لانها تحبس
الى مضي مدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكاري بالعقد ولانه غير معتاد وان كانت قد
ولدت قبل ذلك فان كان الباقي من مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة ايام او اقل فهذا ليس
بعذر للمكاري لان ما بقي مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادة فكان المكاري ملتزما
ضرر التاخير بقدره وان عطبت الدابة فهذا عذر وهذا لان المعقود عليه فات والسبب للفسخ اقوى
من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها فهذا عذر لم يكن هذا عذرا لان المكاري
التزم الحمل في ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة اخرى يحمله عليها ولو مات المستاجر
في بعض الطريق كان عليه من الاجر بحساب ما سار ويبطل عنه بحساب ما بقي لانفساخ العقد
بموت احد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستاجر ان يركبها على حاله
حتى ياتي مكة وذكر في كتاب الشروط ان هذا اذا كان في مفازة بحيث لا يقدر على سلطان وخاف
ان يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ابقاؤها
بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضرر واذا كان بالمفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليه

الركوب

الركوب فهذا عذر له لانه عاجز عن المشي ولا يقدر على دابة اخرى فاما اذا كان في مصر فهو لا يتضرر
بانتقاض العقد وموت احد المتكاريين موجب انتقاض العقد فاذا بقي العقد لم يضمن ان عطبت
من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد انما بقي للعذر صار الحال بعد موت المكاري
كالحال قبله فاذا اتى مكة رفع ذلك الى القاضي لان ما به من العذر قد زال وبقيت الدابة في يده ملكا
للورثة وهو غايب فيدفعها الى القاضي فان سلمها له القاضي بالكري الى الكوفة فهو جايز ايضا لانه
امضى فعلا مختلفا فيه باجتهاده ولانه نوع النظر في ذلك لانه لو اخذها منه اجرها من غيره
ليردها الى الكوفة وصاحبها رضي بكونها في يده فالاولى اذا كان المستاجر ثقة ان يعقد له
الكري الى الكوفة وان راى النظر في بيعها فهو جايز لان النظر في تبليغ ثمنها الى الورثة ربما يكون انفع
وايسر لهم فان الثمن لا يحتاج الى النفقة وان كان انفق المستاجر عليها شيئا لم يحتسب له ذلك لانه
متطوع في ذلك بالانفاق على ملك الغير بغير امره الا ان يكون بامر القاضي فيحسب له الا اذا اقام
عليه البينة لان للقاضي ولاية النظر في حق الغايب فالانفاق بامره كالانفاق بامر صاحب الدابة
فاذا اقام البينة رد ذلك عليه من الثمن وكذلك اذا اقام البينة على توفير الكرى رد عليه بحساب ما بقي
لانه اثبت دينه في تركة الميت وهذا مال الميت ولان الابل محبوس في يده الا ان يرد عليه ما انفق
بامر القاضي او ما عجل من الكرى فلا يتمكن القاضي من اخذها وبيعها حتى يرد عليه ما بقي فلهذا
قبل بينته على ذلك وينفذ قضاه على الورثة مع غيبتهم وان استاجر ارضا فغلب عليها الماء او اصابها
ما لا يصلح معها الزراعة فهذا عذر لان الزارع في الحال متلف لبذره ولا يدري يحصل الخارج ام لا
وقد بينا انه اذا كان لا يتمكن من ابقاء العقد الا باتلاف ماله فهو عذر له وان وجد ارضا
ارخص منها او اجود منها لم يكن عذرا لانه بالفسخ يقصد هنا تحصيل الربح لا دفع الضرر وان
مرض المستاجر فان كان هو الذي يعمل بنفسه فهو عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه
وان كان انما يعمل اجراؤه فليس هذا عذرا لانه لا يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد
وان كانت الارض ليتيم اجرها وصيه فكبر اليتيم لم يكن له ان يفسخ الاجارة لان الوصي على ماله
كهو على نفسه ولا ضرر عليه في ابقاء الاجارة بعد بلوغه بخلاف ما اذا كان اجر نفسه فان
ذلك لذل التعب وهو يتضرر بابقاء العقد بعد بلوغه فاذا استاجر عبدا للخدمة او لعمل آخر
فمرض العبد فهذا عذر في جانب المستاجر ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان اراد
رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لانه لا ضرر عليه في ابقاء العقد فالمستاجر لا يكلفه من العمل
الا بقدر طاقته وهو يرضى بذلك وان كان ذلك دون حقه وان لم يفسخ واحد منهما حتى برا
العبد فالاجارة جايزة لازمة لزوال العذر ويطرح عنه من الاجر بحساب ذلك وهو
ما تعطل وكذلك ان ابق العبد او كان سارقا فللمستاجر ان يفسخ الاجارة اما لتعذر استيفاء
المعقود عليه او الضرر يلحقه في ذلك وليس لمولى العبد فسخها لانه لا ضرر عليه في ابقاء العقد
فوق ما التزمه بالعقد ولو اراد المستاجر ان يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لا يتعذر
عليه الخروج الى السفر لحاجته ولا يمكنه ان يستصحب العبد اذا خرج وان اراد رب العبد ان
يسافر به لم يكن هذا عذرا لانه يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك العبد
في يد المستاجر الى انتهاء المدة وان وجد المستاجر اجيرا ارخص منه لم يكن هذا عذرا لان في
هذا تحصيل الربح لا دفع الضرر وان كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستاجر ان يفسخ
الاجارة لان صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقد الا ان يكون عمله فاسدا فله ان يفسخ حينئذ
لان صفة السلامة عن العيب تستحق بمطلق العقد وصحة وان مات العبد انتقضت الاجارة
لفوات المعقود عليه وان كان المستاجر رجلان فمات احدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات

احد المواجرين اعتبارا لموت احدهما بموتهما في حق الميت منهما وان ارتد الاجر او المستاجر ولحق بدار
الحرب انتقضت لان القاضي بموته حكما حين يقضي بلحاقه فهو كما لو مات حقيقة وان لم يختصما
في ذلك حتى وقد بقي في المدة شيا فالاجارة لازمة فيما بقي منها لان اللحاق بدار الحرب اذا لم
يتصل قضا القاضي به بمنزلة الغيبة فلا توجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فاذا
زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقي من المدة

باب الشهادة في الاجارة

واذا اختلف شاهدا الاجارة في مبلغ الاجر المسمى في العقد والمدعي هو المواجر او المستاجر فشهد
احدهما بما ادعاه المدعي والاخر باقل او اكثر لا تقبل الشهادة لان المدعي اكذب احد الشاهدين
ومن اصحابنا من يقول هذا قبل استيفا المنفعة لان الحاجة الى القضا بالعقد ومع اختلاف
الشاهدين في البدل لا يتمكن القاضي من ذلك فاما بعد استيفا المنفعة فالحاجة الى القضا
بالمال فينبغي ان تكون المسئلة على الخلاف عند ابي يوسف ومحمد يقضي بالاقل كما في دعوى الدين
اذا ادعى المدعي سته وشهد بها احد الشاهدين والاخر بخمسة قال رضي الله عنه والاصح
عندي ان الشهادة لا تقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل في عقد المبادلة كالثمن
في البيع ولا بد ان يكون المدعي مكذبا احد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم
يكن لهما بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا في الاجرة قبل استيفا المنفعة تحالفا
وترادا الاحتمال فسخ العقد وكذلك ان كانت دابة فقال المستكري من الكوفة الى بغداد
بخمسة وقال رب الدابة الى الصراة بعشرة والصراة المنتصف تحالفا بعد ما حلفا ان قامت
البينة لاحدهما اخذت ببينته لان البينة العادلة احق بالعمل من اليمين الفاجرة وان قامت
لهما بينة رب الدابة على الاجر وبينة المستاجر على فضل المسير على قول ابي حنيفة الاجر كان
يقول اولا الى بغداد باثني عشر ونصف وهو قول زفر وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان
واختلفا في جنس الاجر فالبينة بينة رب الدابة لانه يثبت حقه بالبينة ولانه يثبت دعواه
بالبينة والاجر تثبت اقراره وانما تثبت بالبينة الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها
الى بغداد فقال قد اعرتني الدابة وقال صاحبها اكريتها منك بدرهم ونصف فالقول
قول الراكب ولا ضمان عليه ولا اجر اما الضمان فلانهما تصادقا على انه ركبها باذن
صاحبها واما الاجر فلان المستاجر منكر لعقد الاجارة والقول في ذلك قوله مع يمينه فان
اقام المواجر شاهدين يشهد احدهما بدرهم والاخر بدرهم ونصف فانه يقضى له بدرهم
لانهما اجتمعا على الدراهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد منتهي فيقضى
بما اتفق عليه الشاهدان وهذا ابو بكر قول من يقول في مسئلة اول الباب انه يقضى بالاقل
عندهما ولكنا نقول هنا الشاهدان ما اتفقا انما اتفقا على شي لفظا فالخمسة غير الستة
وعندهما القضا بالاقل باعتبار الموافقة في المعنى وباعتبار المدعي مكذب احدهما وهنا
اتفق الشاهدان على الدرهم لفظا والمدعي يدعي ذلك ولكنه يدعي شيا اخر مع وهو نصف
درهم واحد الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعي مكذبا له فلهذا
قضينا له بالدرهم ولو ركب رجل دابة الى الحيرة فقال رب الدابة اكريتها الى الحيانة
بدرهم فجاوزت ذلك وقال الذي ركب اعرتنيها وحلف على ذلك فهو بري من الاجر لانه منكر
لعقد الاجارة فان اقام رب الدابة شاهدين انه اكراه الى الحيرة بدرهم لم يقبل ذلك لان
دعواه اكذب منه لشهوده فانه ادعى الاكرا الى الحيانة وان ادعى رب الدابة انه اكراها

الى

الى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك واخر شهد انه اكراها الى السالحين بدرهم
بدرهم فانه يقضى له عليه بدرهم اذا كان قد ركبها لان الشاهدين اتفقا على هذا القدر لفظا
والمدعي يدعيه ايضا ولو قال المستاجر تكاريتها منك الى القادسية فلا كرى عليه لانه خالف
فصار ضامنا معناه ان رب الدابة منكر الاذن له في الرجوع الى القادسية وقد ركب فصار
ضامنا وانما ادعى رب الدابة العقد على الركوب في طريق اخر ولم يركب المستاجر في ذلك الطريق
فلا اجر عليه لذلك ولو ادعى انه اكراه دابتين باعيانهما الى بغداد بعشرة واقام البينة ففي قول
ابي حنيفة الاول هما له الى بغداد بخمسة عشر اذا كان اجر مثلهما سوا في قوله الاخر هما له الى
بغداد بعشرة لان المستاجر هو المدعي والمثبت ببينة الزيادة في حقه وكذلك ان كان رب الدابتين
ادعى انه اكراه احدهما بعينه بدينار واقام البينة واقام المستاجر البينة انه استكراهما جميعا
بعشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس الاجر هنا مختلف فكل واحد منهما
يثبت ببينته حقه فلا بد من قبول بينة كل واحد منهما بخلاف الاول فهناك جنس الاجر متحد
وقد اتفق الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة الى الاثبات ولكن المستاجر هو المحتاج الى اثبات
العقد في الدابة الاخرى وبينته تثبت ذلك وبينة رب الدابة تثبت فالمثبت اولى وان ادعى
المستاجر دابة واحدة انه تكاراها الى بغداد بدينار واقام البينة واقام صاحبها
البينة انه اكراه اياه الى الصراة بعشرين درهما وقد ركبها الى بغداد فعليه بعشرين
درهما ونصف دينار لان جنس الاجر لما اختلف فلا بد من العمل بالبينتين وقد اثبت رب الدابة
ببينته الى الصراة بعشرين درهما واثبت المستاجر ببينته العقد من الصراة الى بغداد بعشر
وشهد الاخر انه استاجرها ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع والمستاجر يدعي كذلك لم
تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في مقدار المعقود عليه واكذاب المدعي احد شاهديه فان قيل
اليس ان الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى وينفرد احدهما بالزيادة وهو حمل المتاع
فينبغي ان يقضى بما اتفق عليه الشاهدان قلنا المعقود عليه منفعة الدابة لا عين الركوب
فالركوب فعل الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود عليه ملك رب الدابة وذلك يختلف
باختلاف الشاهدين فيما شهدا به فلا تتحقق الموافقة بينهما لفظا بخلاف الدرهم ونصف
درهم مع ان هذا انما يكون قبل استيفا المنفعة الحاجة الى القضا بالعقد فلا يتمكن منه
مع اختلافهما وكذلك ان اختلفا في حمولتين لان المدعي يكون مكذبا لاحدهما لا محالة
ولو ادعى انه سلم ثوبا الى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد شاهدان انه دفع اليه ليصبغه احمر
بدرهم وقال الاخر ليصبغه اصفر فقد اختلفت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المعقود
عليه فالمعقود عليه هو الوصف الذي يحدثه في الثوب والاصفر منه غير الاحمر فيكون المدعي
مكذبا احد الشاهدين والله سبحانه وتعالى اعلم

باب ما يضمن فيه الاجير

رجل سلم الى قصار ثوبا فدقه باجر مسمى فتخرق او عصره فتخرق او جعل فيه النورة او وسمه
فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جناية يده وقد بينا ان الاجير المشترك ضامن لما جنت
يده وان كان اجير القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الاجير لان الاجير
له اجر خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولو خالف ثم عمل كعمل الاستاذ الا ترى ان الاستاذ
يستوجب بدل الاجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار او سرق فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بينا وروي عن محمد قال اذا وضع السراج القصار في الحانوت

فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة وانما الذي لا يضمن به
الحرق الغالب الذي لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه وقال في الصباغ اذا صبغ ثوبا احمر فيقول رب
الثوب امرتك باصفر فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته وله ان يضمنه قيمة ثوبه
ابيض وان شاء اخذ ثوبه وضمن للصباغ ما زاد الصبغ في ثوبه لانه بمنزلة الغاصب فيما صبغه به
حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له في ذلك فان كان صبغه اسود فاختار اخذ الثوب لم يكن للصباغ
عليه شيء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بينا ذلك في الغصب قال ابو حنيفة في الملاح اذا اخذ
الاجر ثم غرقت السفينة من ريح او موج او شيء وقع عليها او جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان
التلف حصل لا من عمله وان غرقت من مده او معالجته او جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده
والملاح اجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلي بينه وبين الطعام فيعضي فلا ضمان على
الملاح عنده بعد ان يحلف لانه امين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ما تلف بغير فعله وان انكسرت
السفينة فدخل الماء فيها فافسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن والا فلا شيء عليه عند
ابي حنيفة فان كان رب الطعام في السفينة او وكيله فلا ضمان على الملاح في شيء من ذلك الا ان يخالف
ما امر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع في يد صاحبه والعمل يصير مسلما اليه
بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل هناك لا يصير
مسلما وعلى هذا قالوا لو رد الموج السفينة الى الموضع الذي حمل الطعام منه فان لم يكن رب
الطعام معه فلا اجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الاجر بقدر ما سار لان العمل قد
صار مسلما بنفسه وتقرر الاجر بحسابه فاما اذا خالف ما امره به فهذا العمل لا يصير مسلما
الى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متعديا جانيا فيكون ضامنا له لذلك واذا حجم الحجام باجر
او بزغ البيطار او ختن الختان باجر حرا او عبدا بامره او بط جرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه
بخلاف القصار اذا دق فتخرق لان المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب وذلك في مقدور
البشر بصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بحده لا عمل غير ساري لان ذلك ليس
في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع اثر الجراحة وليس ذلك
في مقدور البشر فلا يجوز التزامه بالعقد الا وصفه وانما الذي في وسعه اقامة العمل بحد وقد
اتى به فلا يضمن الا ان يجاوز الحد او يفعل بغير امر فيكون ضامنا حينئذ وتوضيح الفرق
ان السراية لا تقترن بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان لضعف الطبيعة عن دفع اثر الجراحة وتوالد
الالام وهذا كله بعد ان يصير العمل مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العامل فاما تخرق الثوب
يكون مقترنا بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما تلف بعمله لان
عمله مضمون بما يقابله من البدل ولو وطئ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه في دقه
كان الضمان عليه خاصة لانه غير ماذون من جهة الاستاذ في الوطء على هذا فيكون فعله كفعل
الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه
غير ماذون في بسطه والوطء عليه من جهة الاستاذ فانه انما اذن له في العمل في ثياب القصارة
دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا في بيت القصار من ثياب القصارة فعثر فسقط
فتخرق بعضه كان ضامن ذلك على القصار دون الاجير لانه ماذون في هذا العمل من جهة الاستاذ
ولو دخل بنار السراج بامر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القصارة او وقع السراج من يده
فاصاب دهنه ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ دون الغلام لانه ماذون من جهته
في ادخال النار بالسراج وكذلك اجير الرجل يخدمه اذا وقع من يده شيء فانكسر او افسد متاعا
مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه اذا كان في ملك صاحبه لانه استاجره لهذه الاعمال

ولو

ولو ان غلام القصار انقلبت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القصارة فخرقته
فالضمان على القصار دون الغلام لانه ماذون من جهة الاستاذ في دق الثوبين جميعا ولو وقع
على ثوب انسان من غير القصارة كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير ماذون
في دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا في ذلك الثوب وان كان مخطيا والعذر الخطا لا يسقط عنه ضمان
ضمان المحل وان وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شيء بعدها فلا ضمان على الاجير لانها
لما وقعت على المحل الماذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك
وانما الضمان على الاستاذ واذا اصاب انسانا فقتله فالغلام ضامن وقد بينا الفرق بين
الجناية في بني ادم وما سوى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشيء من متاعه فيما يحمله فوقع
على انسان في البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية في بني ادم موجبة للدية على العاقلة
فلا يكون اعتبار العقد فيه بخلاف ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شيء من اداة القصارة بعمل الغلام
مما يدق به او يدق عليه فلا ضمان عليه لانه ماذون من جهة الاستاذ وان كان مما لا يدق ولا يدق
عليه فهو ضامن وعلى هذا لو دعى رجل قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق او جلسوا على وسادة
فتخرق او كان الضيف متقلدا سيفا فلما جلس شق السيف بساطا او وسادة فلا ضمان عليه
لانه ماذون فيما فعل من المشي والجلوس وتقلد السيف ولو وطئ على انية من اوانيه او ثوب لا يبسط
مثله ولا يوطأ فهو ضامن لانه غير ماذون في الوطء والجلوس على مثله وان حمل الاجير شيئا في خدمة
استاذه فسقط فتفسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فافسدها كان ضامنا لها وكذلك
لو عثر فسقط عليها فان كان بساطا او وسادة استعارها للبسط فلا ضمان في ذلك على رب البيت
ولا على اجيره لانه ماذون في بسطه من جهة صاحبه واذا جفف القصار ثوبا على حبل فمرت به
حمولة فخرقته في الطريق فلا ضمان على القصار لانه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لانه
مسبب وهو متعد في ذلك فسوق الدابة في الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فاذا لم يسلم
كان ضامنا ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها خمسة عشر مختوما فلما بلغ المقصد
عطبت الدابة فعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد
وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني ادم ان المعتبر هناك عدد
الجناة في حق ضمان النفس واوضح الفرق بما ذكره فقال لو ان حائطا مائلا لرجل ثلثاه وللاخر
ثلثه تقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه
ولكنه قتله ثقل الحائط كانت الدية عليهما بقدر الملك لان ثقل ملك صاحب الثلثين ضعف ثقل
ملك صاحب الثلث وفي الجرح المعتبر اصل الجراحة وكل واحد منهما جارح له بملكه فكان بمنزلة الجارحين
بيده فكذلك في مسألة الدابة يضمن باعتبار ثقل الزيادة وفي مسألة السياط في العبد يكون ضمان
النفس على كل واحد منهما باعتبار اصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو امر رجلان
بضرب عبد عشرة اسواط فضربه احد عشر سوطا فهو متعدي في السوط الحادي عشر فيضمن
نقصان ذلك العبد من قيمته مضروبا عشرة اسواط ونصف ما بقي من قيمته اذا مات من
ذلك لانه في ضرب عشرة اسواط عامل لصاحبه بامره فكانه فعل ذلك بنفسه وقد مات
العبد من السياط كلها فيوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الجناة لا عدد الجنايات
واذا اسلم الرجل عبده او ابنه الى مكتب او عمل اخر فضربه الاستاذ فهو ضامن لما اصابه من ذلك
وان اذن له في ذلك فلا ضمان عليه لان فعله باذنه كفعل المولى بنفسه فلا يكون تعديا منه
وفعله بغير اذنه يكون تعديا منه وفرق ابو يوسف بين هذا وبين ما اذا ضرب الدابة
التي استاجرها ضربا معتادا فقال لان الاذن هناك عند السير متعارف فيجعل كالماذون فيه

وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وانما الضرب عند سوء الادب يكون وذلك ليس من التعليم
في شيء فالعقد المعقود على التعليم لا يثبت الاذن في الضرب فلهذا يكون ضامنا الا ان ياذن له
فيه نصا وكذلك لو كان اسلم ابنه في عمل الى رجل فان ضربه بغير اذن الاب فلا اشكال في انه يكون ضامنا
وان ضربه باذن الاب فلا ضمان عليه في ذلك لانه غير متعد في ضربه باذن الاب ولو كان الاب
هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامنا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه في قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله وهما يدعيان المناقضة على ابي حنيفة في هذه المسئلة فيقولان اذا كان الاستاذ
لا يضمن باعتبار اذن الاب فكيف يكون الاب ضامنا اذا ضربه بنفسه ولكن ابو حنيفة يقول
ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه اذا كان باذن وليه فاما
ضرب الاب اياه لمنفعة نفسه فانه يغيظه بسوء ادب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته
لما كان لمنفعة نفسه تقيد بشرط السلامة واذا توهق راعي الرمكة ومكنه منها فوقع الوهق في
عنقها فجذبها فعطبت فهو ضامن لانه من جناية يده وان كان صاحبها امره بالتوهق فلا ضمان
عليه لان فعله بامر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لان التوهق ليس من عمل الرعي في شيء ولا بد له
فلا يتقيد على المامور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو امر رجلا ان يختن ابنه او عبده
فاخطأ وقطع الحشفة كان ضامنا لما بينا ان عمل الختان معلوم بمحله فاذا جاوز ذلك كان
ضامنا ولم يبين في الكتاب ماذا يضمن وهو مروي عن محمد في النوادر قال ان برأ فعليه كمال الدية
وان مات فعليه نصف بدل نفسه لانه اذا برأ فعليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا
ثاني له في البدن فيتقدر بدله ببدل النفس فاذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما
ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل
النفس ولو امر رجلا ان يقطع اصبعه لوجع اصابه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع
شيء الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال له اقتلني فقتله
ووجه ظاهر الرواية ان الاذن صحيح هنا لان للاذن ان يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل الماذون
اليه ويصير كانه فعل بنفسه بخلاف قوله اقتلني فالاذن هناك غير صحيح لان الاذن ليس له
ان يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو امر ان يفعل ذلك بابن له صغير او بعبد له فهو وما لو امره بنفسه
سواء ولو امر حجاما ان يقلع سنا له فقلعه فقال امرتك ان تقلع سنا غير هذا
فالقول قوله والحجام ضامن لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر كان القول قوله فكذلك اذا
انكر الاذن في السن الذي قلعه ولو تكارى دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما
ثم امر رب الدابة فكان هو الذي وضعه على الدابة فلا ضمان عليه لان صاحب الدابة هو الذي
حمل الزيادة على دابته واكثر ما فيه انه مغرور من جهة المستاجر ولكن الغرور اذا لم يكن مشروطا
في عقد ضمان لا يكون مثبتا للرجوع للمغرور على الغار وان حملاها جميعا ووضعاها على الدابة
ضمن المستاجر ربع قيمة الدابة لان نصف المحمول مستحق بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد
منهما في الحمل شائع في النصفين فباعتبار النصف الذي حمله على الدابة لا ضمان على احد وباعتبار
النصف الذي حمله المستاجر لا ضمان عليه في نصفه لانه مستحق بالعقد وعليه الضمان في
النصف الاخر لانه متعد فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل في العدلين فرفع كل
واحد منهما عدلا فوضعاها جميعا على الدابة لم يضمن المستاجر شيئا لان المستاجر استحق
بالعقد حمل عشرة مخاتيم حنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد
والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو ان القصار استعان بصاحب الثوب
حتى دق الثوب معه فتخرق ولا يدري من اي الفعلين تخرق فعلى قول ابي يوسف القصار ضامن

نصف

نصف القيمة باعتبار الاختلاف وعلى قول محمد هو ضامن جميع القيمة لان الثوب في يده فباعتبار
اليد هو ضامن ما لم يصل الى صاحبه سواء تلف بعمله او بغير عمله فما لم يعلم انه تلف بعمل صاحب الثوب
كان القصار ضامنا واذا ساق الراعي الغنم او البقر فتناطحت فقتل بعضها بعضا من سياقه
وهو غير مشترك وهي لانسان واحد فلا ضمان عليه لانه ماذون له في السوق وقد بينا ان الاجير
الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل الماذون فيه وان كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركا
كان او غير مشترك اما المشترك فلان هذا من جناية يده واما غير المشترك فلانه سائق الدابة
التي وطئت والسائق ضامن بالتسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا اجر له فيه لانه ملك المضمون
بالضمان فلا يكون عمله مسلما الى صاحبه واذا ساق الراعي الماشية فعطبت واحدة من سياقه
او وقعت في نهر فهو ضامن لانه اجير مشترك والتلف حصل بعمله واذا استاجر دابة
ليركبها فلبس من الثياب اكثر مما كان عليه حين استاجرها فان لبس من ذلك مثل ما يلبس الناس
اذا ركبوا لم يضمن فان كان اكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لان المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف
وان تكارى ناقة ليحمل عليها امراة فولدت المراة فحملها هي وولدها على الناقة بغير امر صاحبها
فعطبت الناقة فهو ضامن بحساب ما زاد عليها للولد لان الولد مقصود بالحمل بعد الانفصال
وهو في مقداره مخالف فيضمن بحساب ما خالف كما لو زاد متاعا معها ولو نتجت الناقة فحمل
ولد الناقة مع المراة فهو ضامن ايضا لانه مخالف لما قلنا وان تكارى بعيرا ليحمل محملا فحمل عليه
زاملة فهو ضامن لانه مخالف فيما صنع فان الزاملة اضر بالبعير من المحمل وان حمل عليه رحلا مكان
المحمل فلا ضمان عليه لانه اخف من المحمل فلا يكون فعله ذلك خلافا وقد بينا نظيره في السرج
مع الاكاف

باب اجارة رحا الماء

واذا استاجر الرجل رحا ماء والبيت الذي هي فيه ومتاعها كل شهر باجر مسمى فهو جائز
لانه عين منتفع باستيجاره متعارف فان انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب
ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استاجره فانما استاجره ليطحن بها بالماء دون الثور
وبانقطاع الماء زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله ان ينقض الاجارة
لتغير شرط العقد عليه فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر
وان كان قد بقي يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقي
من المدة ولان هذه الاجارة في حكم عقود متفرقة لا يثبت فيه الخيار لتفرق الصفقة وان
اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعا فالقول قول المستاجر لانهما يتفقان انه لم يستوف
جميع المعقود عليه وانما اختلفا في مقدار ما استوفى فرب الرحا يدعي زيادة في ذلك والمستاجر
منكر لذلك ولو قال المواجر لم ينقطع الماء فانه يحكم الحال فيه فان كان الماء منقطعا في الحال
فالظاهر انه كان منقطعا في الحال والقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول قول المواجر
مع يمينه على علمه لانه اذا كان منقطعا في الحال فالظاهر انه كان منقطعا فيما مضى وان
كان جاريا في الحال فالظاهر انه كان جاريا فيما مضى وفي الخصومات القول قول من يشهد له
الظاهر يوضحه انا قد عرفنا الماء جاريا عند العقد والبناء على الظاهر واستصحاب الحال اصل
ما لم يعلم خلافه فاذا علمنا انقطاع الماء في الحال تعذر استصحاب الحال فاعتبرنا
الدعوى والانكار ورب الرحا يدعي تسليم المعقود عليه والمستاجر منكر فالقول قوله
فاما اذا كان جاريا في الحال فاستصحاب الحال هنا ممكن فجعلنا رب الرحا مسلما
للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه على علمه لان الاستحلاف

على ما لم يكن فيه ولا من عمله فيكون على العمل وان كان المستاجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام
او اجيره او عبده فالربح له طيب لان الفضل بمقابلة منافعه وان كان رب الطعام هو الذي يلي ذلك
لم يطب الربح للمستاجر الا ان يكون قد عمل فيها عملا ينتفع به الرحا من كرى النهر او نقر الرحا وغير ذلك
فحينيذ يوضع الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر الرحا معتبرا بجعل الفضل بمقابلته ولم
يجعل كنس البيت فيما سبق معتبرا في ذلك لان كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولا كان التمكن من
الانتفاع باعتباره فاما نقر الرحا وكرى النهر فزيادة في المستاجر وبه يتمكن من الانتفاع به
واذا استاجر موضعا على نهر ليبني عليه بيتا ويتخذ عليه رحا ماء على ان الحجارة والمتاع والحديد
والبنا من عند المستاجر فهو جايز لانه استاجر الارض لمنفعة معلومة فان انقطع ماء النهر فلم يطحن
ولم تنفسخ الاجارة فالاجر لازم له لان المعقود عليه منفعة الارض وهي باقية بعد انقطاع الماء
والمستاجر مستوف لها بشغل الارض بمتاعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا
لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الا ان هنا له ان يفسخ الاجارة للعذر فان مقصوده
استيفا منفعة لا يتم ذلك بدون جريان الماء وفي الزام العقد اياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون
ذلك عذرا له في الفسخ ولو استاجر رحا ماء بمتاعها فانقطع الماء شهرا فلا اجر عليه في ذلك الشهر لما قلنا
وان قل الماء حتى اضر به في الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود
فيتمكن لاجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب
وان كان غير فاحش فالاجارة له لازمة لانه لما استاجر الرحا في الابتداء مع علمه ان الماء يزداد تارة
وينتقص اخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولان ما لم يمكن التحرز عنه عفو
واذا خاف رب الرحا ان ينقطع الماء فتنفسخ الاجارة فاكرى البيت والحجرين والمتاع خاصة
فهو جايز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستاجر ان يترك الاجارة لان استيجار هذه الاعيان
كان لمقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفي ابقاء العقد بعد انقطاع الماء الاضرار عليه
وهذا ضرر لم يلتزمه باصل العقد فيكون عذرا له في الفسخ كما لو استاجر رحا ليطحن حمله فسرق
حمله ولم يكن عنده ما يشتري به حملا كان له ان يترك الاجارة ولو استاجر رحا ماء فانكسر احد
الحجرين او الدوارة او البيت فله ان يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان اصلح ذلك رب
الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستاجر ان يفسخ بعد ذلك لزوال العذر في بقية المدة ولكن يرفع عنه
من الاجر بقدر ذلك لزوال العذر في بقية المدة ولانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول
المستاجر في مقدار العطلة لانكاره ما عليه انه لم يسلم جميع المعقود عليه الا ان ينكر الاجر البطالة
اصلا فكان القول قوله باعتبار استصحاب الحال لانا عرفنا تمكن المستاجر من الانتفاع عند
تسليم الرحا ثم يدعي عارضا مانعا فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو ادعى ان غاصبا
حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استاجر رحا ماء على ان يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها
فطحن فيها شعيرا او شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لا يضر بالرحا فلا ضمان عليه
وان كان اضر بها من الحنطة ضمنه ما نقصها لان التقييد معتبر اذا كان مفيدا والخلاف
الى ما هو اضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا اجر عليه في ذلك الوقت لانه غاصب
ضامن للنقصان ولا يجتمع الاجر والضمان واذا استاجر الرجل رحا وبيتا ومتاعا وحجرا وبعيرا
من اخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جايز لان استيجار كل عين من هذه الاعيان على
الانفراد صحيح ثم يقتسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها
بالحصة ولو اشترك ارباب هذه الاشيا على ان يعملوا للناس باجر فما طحنوا فالاجر بينهم اثلاثا
فاجروا الحمل بعينه فطحن فالاجر لذلك لصاحب الحمل لانه مسمى بمقابلة منفعة الحمل وللاخرين

اجر مثلهما

اجر مثلهما لنفسهما ومتاعهما على صاحب المتاع لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو
مستوفيا لمنافعهما وقد شرطنا بمقابلة ذلك اجرا ولم يسلم لهما ذلك الاجر فان تقبلوا
الطعام على ان يطحنوه باجر معلوم ولم يواجروا الحمل بعينه فما كسبوه صار اثلاثا بينهم لانهم
اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان كان لرجل بيت على نهر قد كان فيه رحا ماء
قد ذهب وجا اخر برحا اخر ومتاعها فنصبها في البيت واشتركا على ان يتقبلا من الناس
الحنطة والشعير فطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان فهذا جايز وما تقبلاه وطحناه فاجر
بينهما نصفان فهذا جايز وما تقبلاه وطحناه فاجره بينهما نصفان لاستوائهما في تقبل
العمل في ذمتهما وليس للرحا ولا للبيت اجرة لان كل واحد منهما انما ابتغى عن متاعه اجرا سوى ما كان
الا ترى ان قصارين لو اشتركا على ان يعملا في بيت احدهما بادوات الاخر فما كسبا فهو بينهما نصفان
كان جايزا ولم يكن لواحد منهما ان يطالب صاحبه باجر ادواته ولو اجرا الرحا باجر معلوم على طعام
معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملكه ولصاحب البيت اجر
مثل بيته وبدنه على صاحب الرحا اذا كان قد عمل في ذلك لان منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب
الرحا ولم تسلم له بمقابلته ما شرط له من الاجر قال ولا اجاوز به نصف اجر الرحا في قول ابي حنيفة
رحمه الله في قول ابي يوسف رحمه الله وقد بينا النظير في كتاب الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا
فنصب رجل مكانه بغير امر صاحبه وجعل يتقبل الطعام ويطحن فهو مسي في ذلك ضامن لما افسد
من الحجر الاسفل ومتاعه لانه غاصب والاجر له لانه وجب بعقده وان كان وضع الحجر الاعلى
برضى صاحبه على ان الكسب بينهما نصفان فهو كما شرطا وهو نظير ما سبق اذا كانا يتقبلان
الطعام فالاجر بينهما كما شرطا ولو بنى على نهر بيتا ونصب فيه رحا بغير رضى صاحب النهر
ثم تقبل الطعام فكسب في ذلك مالا كان له الكسب وكان ضامنا لما نقص البيت ومساحته
وموضعه والنهر لانه متلف لذلك بفعله ولا يضمن شيا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه
لم يفسد شيا من الماء بعمله ولان رجلا اشترك هو ورجلان على ان جاء احدهما برحا والاخر بمتاعها
على ان يبنوا البيت جميعا من اموالهم على ان ما كسبوا من شي فهو بينهم فهذا جايز وهذا مثل مسئلة
اذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم اثلاثا

باب الكرا الى مكة

واذا استاجر بعيرين من الكوفة الى مكة يحمل على احدهما محملا فيه رجلان وما يصلحهما من الوطا والدثر
وقد راى الرجلين ولم ير الوطا والدثر واحدهما زاملة يحمل عليها كذا مختوما من السويق وما
يصلحهما من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين وشرط حمل ما يكفيه من الماء ولم يبين ذلك فهذا
كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطا والدثر وجهالة مقدار الماء والزيت والخل والمعاليق
وهذه جهالة تفضي الى المنازعة فان الضرر على الابل يختلف بقلة ذلك وكثرته وفي الاستحسان
يجوز لانه متعارف وفي اشتراط اعلام وزن كل شي من ذلك بعض الحرج ثم المقصود على
احد الجملين الرجلين وقد راهما الجمال وعلى الجمل الاخر الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع له
اذا صار ما هو الاصل معلوما والجهالة في التبع عفو ومقدار الشي يصير معلوما ايضا
بطريق وعلى هذا لو اشترط ان يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جايز ايضا
لانه متعارف معلوم المقدار عرفا ولو بين وزن المعاليق والهدايا كان احب الينا لانه
ابعد من المنازعة واذا اراد الاحتياط في ذلك فينبغي ان يسميا لكل محمل قربتين من ماء او
اداوتين اعظم ما يكون من ذلك ويكتب في الكتاب ان الجمال قد راى الوطا والدثر والقربتين

والاوثق والجهة والقبة فان ذلك اوثق وانما يكتب الكتاب على اوثق الوجوه وان اشترط عليه
عقبة الاجير فعلى قولان فهو جائز ويكتب وقد راى الجمال الاجير وفي تفسير عقبة الاجير قولان احدهما
ان المستاجر ينزل كل يوم عند الصباح والمساء وذلك معلوم فيركب اجيره في ذلك الوقت ويسمى
ذلك عقبة الاجير والثاني ان يركب اجيره في كل مرحلة فرسخا او نحوه مما هو متعارف على حسبه
خلف المحمل ويسمى ذلك عقبة الاجير وفي كتاب الشروط قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ارى ان
يشترط من هذه ايام مكة كذا وكذا ميلا لان ذلك ابعد من المنازعة والمجهول من الهدايا يختلف
في الضرر على الدابة باختلاف مقدار الوزن وان تكارى شق محمل او شق زاملة فاختلفا فقال
الجمال انما عينت عند ان المحمل فقال المستكري بل عينت الابل فان كان الكري كما يتكارى الابل
الى مكة فهو على الابل فان كان لما يتكارى به شق محمل خشب فالقول قول الجمال مع يمينه لانه اذا كان
كما يتكارى به الابل فالظاهر يشهد للمستكري وان كان شيئا يسيرا كما يتكارى به الخشب فالظاهر
يشهد للجمال وعند المنازعة يجعل القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشترى قربة مما يداوي فقال
انما اشتري القربة دون الماء لا يصدق ولو اشتراها بعشرين درهما ثم قال السقا بعتك الماء
دون القربة لا يصدق وكذلك لو اشترى سطحه ثم قال المشتري اشتريت الارض وقال البائع انما
بعت السطح فانه يحكم الثمن في ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر واذا تكارى من الكوفة الى مكة
بلا مسماه بعيرا غيابا فقال الجمال اخرجك في عشر ذي الحجة فقال المستكري اخرجني في خمس مضين
او على عكس ذلك فانه يخرجه في خمس مضين في الوجهين جميعا لانه لا يخاف الفوت اذا خرج بعد خمس
مضين فاذا اراد الجمال ان يخرجه قبل ذلك فهو يريد ان يلزمه ضرر السفر من غير حاجة في البيت
فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك اذا طلب المستكري في عشر ذي القعدة وهو يريد
ان يلزم الجمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو متنزها في نفسه فلهذا لا يمكن من ذلك ولان
مطلق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة لخمس مضين فاذا اراد الجمال ان
يتاخر الى نصف ذي القعدة وابى ذلك المستكري فليس للجمال ذلك لانه يخاف الفوت في هذا
التاخير ويلحق المستكري مشقة عظيمة باستدامة السفر وان قال المستاجر اخرجني للنصف
من ذي القعدة وقال الجمال اخرجك لخمس مضين فانه يركبني مؤنة العلف فاني اوجره الى عشر مضين
من ذي الحجة ولا اوجره لاكثر من ذلك لان الغالب النادر الحج اذا خرج لعشر مضين والغالب هو الفوات
اذا اخر الخروج اكثر من ذلك والمستحق بمطلق العقد صفة السلامة لا انتهاء الجودة وان كان بينهما
شرط حملتهما على ذلك لقوله عليه السلام الشرط املك اي يوفى به ولا باس بان يستلف في كرى مكة
قبل الحج بسنة او باشهر لان وقت الحج معلوم لا يجهل وهذا بناء على مذهبنا ان الاجارة المضافة الى
وقت في المستقبل تصح وعلى قول الشافعي لا يصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء
وهذا بناء على اصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة فانما يتحقق
ذلك اذا اتصل المعقود عليه بالعقد وفي الاجارة المضافة لا يوجد ذلك ثم الاضافة الى وقت
في المستقبل كالتعليق بالشرط حتى ان ما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته الى وقت في المستقبل
كالطلاق والعتاق وما لا فلا كالبيع والاجارة ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل
الاضافة الى وقت في المستقبل والدليل عليه انه لا يتعلق به اللزوم ولا يملك الاجر بنفس العقد
وان شرط التعجيل فلو انعقد العقد صحيحا لانعقد بصفة اللزوم ولملك الاجرة اذا شرط
التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا في ذلك ان جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس
الحاجة الى الاستئجار مضافا الى وقت في المستقبل لانه في وقت حاجته ربما لا يجد ذلك او لا
يجده باجر المثل فيحتاج الى ان يستلف فيه قبل ذلك ثم قد بينا انه وان اطلق العقد فهو في معنى

المضاف

المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة او يقام العين
المنتفع به مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف الى وقت في المستقبل وبين
المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك
لا يختلف به وبه فارق التعليق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة
لا تمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان واصح الروايتين انه يلزم وليس لاحدهما
ان يفسخ الاجارة الا بعذر واما الاجر لا يملك بشرط التعجيل وقد بينا الفرق بين هذا وبينها
اذا شرط التعجيل في عقد الاجارة في الحال لان هناك الاجر المثل تقتضيه المساواة فيحتمل التغيير
بالشرط وههنا الاجر الملك لتخصيصهما على التاجير باضافة العقد الى وقت في المستقبل فلا يتغير
ذلك بالشرط ولو تكارى ابلا الى مكة بشيء من المكيل او الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له
اجلا مسمى فهو جائز وان لم يسميا الموضع الذي يوفيه وقد نص في الخلاف فيما تقدم ان على قول ابي حنيفة
رحمه الله لا بد من بيان المكان فيتبين به لكان هذا الجواب قولهما وان حل الاجل بمكة فاراد اخذه
هنالك وابى المستاجر فانه يستوثق من المستاجر على ان يوفيه بالكوفة حيث تكارى وقد ذكرنا على قولهما
انه في اجارة الدار يتعين للايفاء موضع الدار وههنا ذلك غير ممكن لان الاجر يجب شيئا فشيئا بحسب
سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للايفاء وربما يتعين للتسليم موضع
السبب وهو العقد وان كان الاجر شيئا بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين للايفاء الموضع الذي فيه
ذلك العين لانه ملكه في ذلك الموضع بعينه كالمبيع بخلاف ما اذا حمله ولا مؤنة فانه يسلم اليه بعد
الوجوب حيث ما لقيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكارى منه محملا او زاملة وشرط حملا
معلوما على الزاملة فما اكل من ذلك المحمل او نقص من الكيل والوزن كان له ان يتم ذلك في كل منزل ذاهبا
وجائيا لانه استحق بالعقد حملا مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له ان يستوفي ما استحقه
بالشرط وليس للجمال ان يمنعه من ذلك بخلاف المحمل فانه اذا اشترط فيه انسانين معلومين فليس له ان
يحمل غيرهما الا برضى الجمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وان خرج بالبعيرين
يقودهما ولا يركبها ولا يحمل عليهما ذاهبا وجائيا فعليه الاجر كاملا لتمكنه من استيفاء المعقود
عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا ان المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق
وقد صار مسلما الى المستاجر بقود الدابة معه في الطريق واذا مات الرجل بعد ما قضى المناسك
ورجع الى مكة فانما عليه من الاجر بحساب ذلك لان العقد فيما بقي قد بطل بموته فيسقط الاجر
بحسابه ويجب في تركته بحساب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكرى خمسة اعشار ونصف
ويبطل عنه اربعة اعشار ونصف وبيان تخريج هذه المسألة ان من الكوفة الى مكة سبعة وعشرون
مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك يكون في ستة ايام في يوم التروية يخرج الى
منا وفي يوم عرفة يخرج الى عرفات وفي يوم النحر يخرج الى منا وفي يوم عرفة يخرج الى العرفات وفي
يوم النحر يعود الى مكة لطواف الزيارة وثلاثة ايام بعده للرمي فيحسب لكل يوم مرحلة فاذا جمع
ذلك كله كان ستين مرحلة كان كل ستة من ذلك عشرا فاذا مات بعد قضاء الواجد المناسك
والرجوع الى مكة فقد تقرر عليه ثلثة وثلثين جزءا من ستين جزءا من الاجر سبعة وعشرون
جزءا للذهاب الى مكة وستة اجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة اعشار ونصف كل عشر ستة
ستة وربما شرط الممر على المدينة فيزداد به مراحل فان من الكوفة الى مكة على طريق المدينة
ثلثين مرحلة فان كان شرط ذلك في الذهاب يكون القسمة على ثلاثة وستين جزءا من ثلاثة
وستين جزءا من الاجر ثلثون للذهاب وستة لقضاء المناسك وان كان الشرط الممر على المدينة
في الرجوع فعليه ثلثة وثلثون جزءا من ثلثة وستين جزءا من الاجر سبعة وعشرون للذهاب

وبقضاء المناسك ستة اجزاء وان كان الشرط بينهما ان الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فانه يقسم على ستة وستين جزءا وانما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزءا من ستة وستين للذهاب ثلاثين ولقضاء المناسك ستة اجزاء فحاصل ما يتقرر عليه ستة اجزاء من احد عشر جزءا من الاجر وحرف هذه المسئلة انه لم يعتبر السهولة والوعورة في المراحل لقسمة الكرى عليها لان ذلك لا يمكن ضبطه والكرى لا يتفاوت باعتباره عادة وانما يتفاوت بالقرب والبعد فلهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وان تكارى مشاة بعيرا الى مكة واشترطوا على المكاري ان يحمل من مرض منهم او اعيا فهذا فاسد للجهالة وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة ولو اشترطوا عليه عقبة لكل واحد منهم كان جائزا لان ذلك معلوم لا يتمكن بعده المنازعة واذا اراد المستاجر ان يبدل محمله ليحمل محملا غيره فان لم يكن في ذلك ضرر فله ذلك لما بينا ان التعيين الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا وان اراد ان ينصب على المحمل كنيسة او قبة فليس له ذلك الا برضى من المكاري لما في ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط عليه كنيسة بعينها فاراد ان يحمل كنيسة اعظم منها او قبة فليس له ذلك لانه اضر على البعير من المشروط وان اراد الجمال ان لا يخرج الى مكة فليس بعذر له لانه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير ان يخرج بان يبعث بالابل مع اجيره او مع غلامه وان اراد المستاجر ان لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لانه لا يتمكن من الاستيفاء الا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر ما لا يخفى وكذلك لو كان اكترى الابل ليحمل الطعام الى مكة فبلغه كساد او خوف او بدا له ترك التجارة في الطعام فهذا عذر له لانه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه الا بضرر لم يلتزمه باصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة

باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته

واذا استاجر اجيرا يعمل له في بيته عملا مسمى وفرغ الاجير من العمل في بيت المستاجر ولم يضع من يده حتى فسد العمل او هلك فله الاجر تاما لان عمله صار مسلما الى المستاجر فان محل العمل في يد المستاجر لانه في بيته والبيت مع ما فيه في يد صاحب البيت فكما صار مسلما يتقرر الاجر في ذمته ولا ضمان على الاجير فيما هلك من غير فعله لانه مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استاجره يخيط له في بيت المستاجر قميصا وسرق بعضه فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه فلا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود فلو كان استاجره ليخيط في بيت الاجير لم يكن له شيء من الاجر لانه لا يصير عمله مسلما الى صاحب الثوب في يد الاجير لانه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لان اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن اصل الثوب في يده فلا يثبت على ما اتصل به ايضا وخروجه من ضمان العامل وتقرر الاجر على المستاجر باعتبار ثبوت اليد على المعمول واستشهد بما قال انه لو استاجره يبني له حائطا فبنى بعضه او كله ثم انهدم فله اجر ما بنى لانه في ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر في ملكه وكذلك الرجل يستاجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما باجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل ان يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل واذا كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول ابي حنيفة لانه اجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله وان احترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه فهو ضامن لان هذا من جناية يده ويتخير صاحبه ان شاء ضمنه قيمته مخبوزا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له اجر وقد بينا نظيره في القصار وان استاجر رجلا يحمل له

طعاما

طعاما الى موضع معلوم فسرق منه في بعض الطريق فله الاجر بقدر ما حمل لان المعقود عليه هنا منافعه لا احداث وصف في المحمول فيتقرر بما حمل مصير المعقود عليه مسلما الى صاحبه فله من الاجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذي يحدثه في المحل بعمله وثبوت اليد على الوصف بثبوته على الموصوف فما لم تثبت يد المستاجر على محل العمل لا يصير مسلما للعمل فلا يتقرر الاجر وعلى هذا قلنا في كل موضع اذا هلك لم يكن فيه اجر فله ان يحبسه حتى ياخذ الاجر كالخياط والقصار في بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الاجر فليس له ان يحبسه كالجمال والخباز والخياط في بيت صاحب العمل فان حبسه وهلك عنده فهو ضامن لانه غاصب في الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون في بيت المستاجر ضامنون لما جنت ايديهم مثل ما يضمنون ما عملوا في بيوتهم لان العامل اجير مشترك سواء عمل في بيت نفسه او في بيت المستاجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعيب لا يكون معقودا عليه وهذا بخلاف ما اذا استاجره يوما ليخيط له ثوبا في بيته فانه لا يضمن ما جنت يده لان المعقود عليه منافعه الا ترى انه ليس له ان يعمل ذلك في غير يومه وانه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله ولو استاجر خبازا يصنع له طعاما في وليمة فافسد الطعام واحرقه ولم ينضجه فهو ضامن لانه اجير مشترك وهذا من جناية يده ولو لم يفسد الخباز ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فامر صاحب البعير فادخلها الدار فساق فخر على القدور فكسرها وافسد الطعام فالضمان على صاحب البعير لانه ساقها بامر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الانسان الدابة في ملك نفسه لا يكون تعديا موجبا للضمان كحفر البير ووضع الحجر في ملك نفسه ولا ضمان على الخباز فيما جرى من الطعام لان التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف الى صاحب الدار وهو صغير فقتله او على عبد فلا ضمان عليه لان التسبب اذا لم يكن تعديا لا يكون موجبا للضمان على احد ولو ادخل الخباز النار ليطبخ بها فوقعت شرارة واحترقت الدار فلا ضمان عليه لان له ان يدخل الدار ويعمل بها فعله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه ادخل النار في ملكه ومن اوقد النار في ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك غيره بامره

باب اجارة الفسطاط

واذا استاجر الرجل فسطاطا يخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ويحج ويخرج من الكوفة في هلال ذي القعدة فهو جائز لانه استاجر عينا منتفعا به وهو معتاد استيجاره والفسطاط من المساكن فاستيجاره كاستيجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والجوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع بها معتاد استيجاره فان تكارى شيئا من ذلك ليخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد في القياس لان وجوب التسليم اليه حين يخرج به واذا لم يكن معلوما فربما يتمكن بينهما منازعة فيه فالناس يتفاوتون فيه بالخروج الى مكة من بين مستعجل ومؤخر ولكن استحسن فقال وقت الخروج للحج من الكوفة معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذي تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولا معتبر بالافراد وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستاجر لان العين في يده امانة فان بقبضه يتقرر حق صاحبه في الاجر وهو مأذون في استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يحدث منه اذا لم يجاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استخففت عنه

فلم استعمله فالاجر واجب عليه لانه يتمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع والاجر لا يلزمه بدونه والقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا انه لم يتمكن من استيفاء جميع المعقود عليه وان الصفقة قد تفرقت عليه فالقول قول المستأجر في مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم استعمله الا يوما واحدا فالقول قوله وليس عليه الكرى الا مقدار لانه منكر للزيادة ولو اسرج المستأجر في الفسطاط او في الخيمة حتى اسود من الدخان او احترق وعلق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه ان كان تعدى فيه او اتخذ مطبخا او اوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من السواد فهو ضامن لما افسد لان بمطلق العقد ثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف فاذا لم يجاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان الفسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل وايقاد النار في المساكن متعارف لا بد للساكن منه ولكن اذا جاوز الحد المتعارف فهو متعد فيما صنع فيكون ضامنا لما صنع وكان عليه الكرى اذا كان ما بقي منه شيئا ينتفع بالسكنى فيه فان كان دون ذلك فلا كرى عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به في بقية المدة وان اشترط عليه صاحبه ان لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له ان يوقد فيه ولا يسرج لان هذا ضرب السكنى منه من غيره السراج وقد استثناه صاحبه منه بالشرط والتقييد متى كان مفيدا فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز ما استحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وانما يضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر عليه باستيفاء المعقود عليه كالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوز واذا استأجر ليركبه بالكوفة كل شهر باجر معلوم ليوقد فيه ويبيت فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترق من الوقود لان الايقاد فيه معتاد فلا يكون هو متعديا بالايقاد فيه فان اباب فيها عبده او ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا ان له ان يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه وهذا لانه لا ضرر على الغير بكثرة من يسكنها واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة فقعد هو واعطاه اخاه فخرج ونصب واستظل به فهو ضامن ولا اجر عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر لان الفسطاط من المساكن وفي المسكن لا يتعين سكناه بنفسه لان سكناه وسكنى غيره في الضرر على الفسطاط سوا فهو كتسليم البيوت الا ترى انه لو اخرج الفسطاط فيه بنفسه ثم اسكن فيه غيره لم يضمن فكذلك اذا دفعه الى غيره حتى خرج به وهو نظير ما لو استأجر عبدا يخدمه في طريق مكة فآجره من غيره لخدمته لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام والاسراع على الغلام ليس من التفاوت في السكنى في الفسطاط ثم ما لم يتعين هناك المستأجر للاستخدام فهذا اولى وجه قولهما ان الفسطاط يحول من موضع الى موضع والضرر عليه يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه في مهب الريح يخرقه ونصبه في موضع الندوة والمطر يفسده فاذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس وبحسبه يختلف الضرر فكان التعيين معتبرا بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها او الثوب استأجره ليلبسه هو فاذا دفعه الى غيره صار مخالفا ضامنا فلا اجر عليه لانه لم يستوف المعقود عليه وهذا بخلاف المسكن فانه لا يحول من موضع الى موضع وبخلاف العبد لان الاستخدام له حد معلوم بالعرف فاذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سوا كان المستأجر هو الذي يستخدمه او غيره فلا فائدة في التعيين هناك بخلاف ما اذا خرج بنفسه لانه هو الذي يختار موضع النصب للفسطاط واذا كان ذلك برايه كما اوجبه العقد فسكناه وسكنى غيره بعد ذلك فيه سوا فاما اذا دفعه الى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لا يكون برايه بل براي الذي خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لو لم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالعقد فاسد في قول ابي يوسف

كما

كما لو لم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد العقد جائز كما في خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت اطناب الفسطاط كلها فصنعها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى رجع فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فاذا تمكن من استيفاء المعقود عليه باطناب نفسه لزمه الاجر كما في استئجار الرحى اذا انقطع الماء فطحن المستأجر بحمله وجب عليه الاجر فيستأطنابه لانه ملكه فيمسكه اذا رد الفسطاط ولم يعلق عليه الاطناب لم يكن عليه الكرى لانه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر تمكنه من الاستيفاء بملك نفسه لان ذلك ليس من اوجه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فاما اذا انكسرت اوتاده فلم يضربه حتى رجع كان عليه الكرا كاملا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لان الاوتاد من قبل المستأجر والاطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول انما بني هذا الجواب على عرف ديارهم فاما في عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والاصح ان نقول من الاوتاد ما يعسر وجوده في كل موضع ولا يتكلف حمل مثله من موضع الى موضع فهذا على المستأجر ومنه ما يكون متخذا من حديد وذلك لا يوجد في كل موضع فمثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فزاده حما قال الاوتاد التي توجد في كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء المعقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وان تكارى فسطاطا يخرجه الى مكة فخلفه الى مكة حتى يرجع فهو ضامن لانه امسكه في غير الموضع الماذون فيه فان صاحبه انما اذن له في الامساك في الطريق لينتفع به في الاجر ويفوت عليه هذا المقصود اذا امسكه بالكوفة وامساك مال الغير بغير اذن مالكه موجب للضمان عليه ولا كرى عليه لانه ما تمكن من استيفاء المعقود عليه فالمعقود عليه نصبه وسكناها في الطريق وذلك لا يتاتى اذا خلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ما اخرجه لانه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كما لو انكر قبض الفسطاط اصلا وكذلك لو اقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط الى صاحبه فهو مثل الاول لوجود الامساك لا على الوجه الذي اذن له فيه صاحبه وكذلك لو خرج ودفع الفسطاط الى غلامه فيقال له ادفعه الى صاحبه فلم يدفع حتى رجع المولى فهو مثل الاول لانه لم يصل الى صاحبه وكونه في يد غلامه وما لو خلفه في بيته بالكوفة سوا وكذلك لو دفعه الى اجير ودفعه بان يرده الى صاحبه فلم يفعله لانه مخالف بالامساك في غير موضع الماذون فيه وبالتسليم الى الاجنبي ايضا ولو حمله الرجل الى صاحب الفسطاط فابى ان يقبله برئ المستأجر والرجل من الضمان ولا اجر عليه لان صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مامور المستأجر كفعل المستأجر بنفسه وهو لو رد بنفسه لم يكن لصاحبه ان يمتنع من قبوله لان هذا عذر له لانه يحتاج الى المؤنة في اخراج الفسطاط وله ان لا يلتزم تلك المؤنة فكذلك اذا رده نائبه لم يكن له ان يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الاجير قبل ان يحمله الى صاحبه فلصاحب الفسطاط ان يضمن ايهما شا لان كل واحد منهما متعد في حقه غاصب فان ضمن الوكيل رجع به على المستأجر لانه ضمن في عمل باشره لمنفعته وان ضمن المستأجر لم يرجع به على الوكيل لانه لو رجع عليه رجع الوكيل عليه ايضا ولان يد الوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط الى مكة ورجع به فقال المؤاجر للمستأجر احمله الى منزلي فليس له ذلك على المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا ان منفعة النقل حصل لرب المتاع من حيث انه تقرر حقه في الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف المستعير وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجرة فالحمولة على المستأجر

لانه بمنزلة الغاصب وهو الذي ينتفع بالرد من حيث انه يبرئ نفسه عن الضمان وان استاجر دابة
الى بلدة اخرى فقبضها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر ما يحبسها الناس
الى ان يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها ما لم يحبس الناس مثله يومين او ثلثة فهو ضامن لها ولا كري
عليه لانه امسكها في غير الموضع الذي اذن له صاحبها في الامساك فيه وفي هذا الخلاف ضرر على احدهما
فان حقه في الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضامنا الا ان المقدار المتعارف
من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص واذا استاجر الرجلان فسطاطا
من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا فقال احدهما اني اريد ان اتي البصرة وقال الاخر اني اريد ان ارجع
الى الكوفة واراد كل واحد منهما ان ياخذ الفسطاط من صاحبه فالمسئلة على ثلثة اوجه اما
ان يدفع الكوفي الى البصري او البصري الى الكوفي او يختصما فيه الى القاضي بمكة فاما اذا دفعه
الكوفي الى البصري فذهب به الى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط ان يضمن البصري قيمته
ان هلك لانه غاصب غير مستعمل في غير الموضع الذي اذن صاحبه له فيه وكذلك ان لم يستعمله فهو
بالامساك في غير الموضع الذي اذن صاحبه له فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصة
الذهاب من الاجر ولا اجر على واحد منهما في الرجوع اما البصري فلانه ما رجع الى الكوفة وقد
تقرر عليه ضمان القيمة واما الكوفي فلانه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه في الرجوع حين ذهب
البصري بالفسطاط وان اراد صاحبه ان يضمن الكوفي فان قال انه امره ان يذهب الى البصرة
كان له ان يضمنه نصف قيمته لان النصف كان امانة في يده وقد تعدى بالتسليم
الى صاحبه ليمسكه على خلاف ما رضي به صاحبه فكان له ان يضمنه ويضمن البصري
نصف قيمته وان قال الكوفي لم امره ان يذهب به الى البصري ولكني دفعته اليه ليمسكه حتى
يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستاجرين ان يتركه
في يد صاحبه ولا يكون تسليمه الى صاحبه ليمسكه في الموضع الذي بينا ولا الاذن موجب
للضمان عليه والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه وصاحب
الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصري الى الكوفي فرجع به الى الكوفة فالكرا عليهما
على البصري نصفه وعلى الكوفي نصفه لان الكوفي استوفى المعقود عليه في الرجوع في نصيب
نفسه باعتبار ملكه وفي نصيب البصري بتسليطه اياه على ذلك وذلك بمنزلة
استيفائه بنفسه فيجب الكري عليهما ولا ضمان على واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد
اما عند ابي يوسف ينبغي ان يكون البصري ضامنا ولا كري عليه في الرجوع كما لو دفعه الى اجنبي
اخر وقد بيناه والاصح انه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا رضي براي كل واحد منهما
في النصف واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هنا لم يرض برايه
في اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفي فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا
لانه استوفى المعقود عليه وعلى البصري اجره ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه
وعلى البصري اجره ذاهبا وليس عليه اجر في الرجوع لان نصيبه كان في يد الغاصب ولم
يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفي ضامنا
لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصري فيكون ضامنا وان ارتفعا الى
القاضي بمكة فللقاضي في ذلك راي فان شاء لم ينظر فيه يقول لان حتى يقيما عنده البينة
لان صاحب الفسطاط غايب وهما يدعيان على القاضي وجوب النظر عليه في حق الغايب
فيما له فلا يلتفت الى ذلك اذا لم يعرف سببه فان فعل القاضي ذلك ولم يجد البينة فدفعه
البصري الى الكوفي فهو على الجواب الاول الذي قلنا اذا لم يرتفعا الى القاضي واذا اقاما البينة

عنده

عنده على ما ادعيا قبلت البينة لانهما اثبتا سبب ثبوت ولاية في هذا المال ووجوب النظر
للغايب وهذه بينة تكشف الحال فيقبل من غير الخصم او القاضي كانه الخصم في موجب هذه
البينة ثم يحلف البصري على ما يريد من الرجعة الى البصرة لانه يدعي العذر الذي به يفسخ الاجارة
في حصته وذلك شيء في ضميره لا يقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر في حالها
من غير اقامة البينة احتياطا في حق الغايب واذا حلف البصري فالقاضي يخرج الفسطاط
من يده لانه ليس من النظر للغايب تركه الفسطاط في يده ليذهب به الى البصرة ولكنه يواجر
نصيبه من الكوفي مع الكوفي الاول ليتوصل صاحب الفسطاط الى عين ملكه ويتوفر عليه الكرا بجميع
الفسطاط في الرجوع وان اراد الكوفي ان يستاجر نصيب البصري فهذا اولى الوجوه لان صاحب
الفسطاط كان راضيا بكون الفسطاط في يده ولان اجارته منه يجوز بالاتفاق لانه
اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضي فيما يرجع الى النظر الى الغايب كفعل الغايب
بنفسه وان لم يرغب فيه جنبه يواجره من كوفي اخر فيجوز ذلك على قول من يجوز اجارة المشاع وعلى
قول من لا يجوز ذلك فهذا فصل مجتهد فيه فاذا امضاه القاضي باجتهاده بعد ذلك منه وان لم
يجد من يستاجره من اهل الكوفة يدفع الفسطاط الى الكوفي ويقول نصفه معك بالاجارة الاولى
ونصفه معك وديعة حتى يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغايب باتصال عين
ملكه وعلى الكوفي نصف الاجر في الرجوع لانه استوفى المعقود عليه والشيوع طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة
ولا اجر على البصري في الرجعة لانه فسخ العقد بعذر عند القاضي ولا ضمان عليه ايضا لان
تسليمه الى القاضي كتسليمه الى صاحبه فالقاضي نايب عنه فيما يرجع الى النظر له فلا ضمان عليه
لذلك وان تكارى فسطاطا من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا وخرج الى مكة فخلفه بمكة
ورجع الى الكوفة فعليه الكرا ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه لانه تركه في غير
الموضع الذي رضي صاحبه بتركه فيه وان لم يخلفه حتى حج من قابل ورجع بالفسطاط فلا اجر عليه
في الرجعة لانه كان استاجره في العام الماضي وقد انتهى العقد بمضي ذلك فيكون غاصبا
ضامنا في استعماله في العام الثاني وكل من استاجر فسطاطا او متاعا او ثوبا اذا اخذ
ذلك حتى لا ينتفع به او غصبه غاصب فلا اجر على المستاجر منذ يوم كان كذلك لانعدام تمكنه
من استيفاء المعقود عليه وعليه اجر ما قبله والقول قول المستاجر اذا اختصما يوم اختصما
وهو على ما وصفنا من الفساد او الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء في الحال
يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى والبينة بينة المواجر لانه يثبت حقه ببينته
ولا تقبل بينة المستاجر على خلاف ذلك لانه ينفي ببينته ما يثبته الاخر من الاجر رجل
تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بعشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما يحمل على كل
واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما ينقسم الاجر على اجر مثل كل واحدة منهما في ذلك لصاحبها
لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يشتريهما فثمنه
على قيمتهما فلذلك اذا كان بمقابلة منفعتهما وقيمة المنفعة اجر المثل فلهذا يقسم
على ذلك ولا ينظر الى ما يحمل على كل دابة الا ترى انه لو ساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه

باب الاجارة الفاسدة

رجل استاجر من رجل الف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل
موزون او مكيل لان الانتفاع بها لا يكون الا باستهلاك عينها ولا يجوز ان يستحق بالاجارة
استهلاك العين ولا اجر عليه لان العقد لم ينعقد اصلا لانعدام محله فمحل الاجارة

صفقة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تنفصل عن
العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لغوا بقي مجرد
الاذن فكانه اعارة اياه وقد بينا ان العارية في المكيل والموزون قرض واذا استاجر
الف درهم ليزن بها يوما الى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استاجر حنطة مسماة
ليعيرها مكاييل له يوما الى الليل فهو جائز وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره انه لا يجوز
قيل ما رواه الكرخي محمول على ما اذا استاجرها ليعيرها مكيالا لا بعينها فيكون المعقود
عليه مجهولا وقيل بل فيه روايتان ووجه ما قاله الكرخي ان هذا النوع من الانتفاع
غير مقصود بهذه الاعيان واذا كان لا يجوز استيجارها للمنفعة التي هي مقصودة
منها اولى ووجه ظاهر الرواية ان ما سمى عملا يعمل بالمستاجر مع بقاء عينه فان الوزن
بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر واذا استاجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم
وهذا لان المنافع عند الاطلاق للعقد كونه متضمنا عند استهلاك العين لو صح وقد العدم
ذلك بتسميته منفعة تستوفى مع بقاء العين وهو مقصود في الناس ايضا لانا نستاجر
ليعلق به او الثوب ليلبسه وان استاجر نصيبا في ارض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد او الدابة
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ثم رجع ابو يوسف وقال هو جائز وهو بالخيار
اذا علم النصف وهو قول محمد وقد ذكر في اخر الشفعة انه لو باع نصيبه من الدار والمشتري
لا يعلم كم نصيبه لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف ثم رجع ابو يوسف وقال
يجوز فابو حنيفة رحمه الله استمر على مذهبه في الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة
في النصيب المجهول ومسئلة الاجارة له ايضا بناء على اجارة المشاع فانه لا يجوز الاجارة
في النصيب الشائع وان كان معلوما فاذا كان مجهولا اولى وابو يوسف استمر على مذهبه
ايضا فانه جوز البيع والاجارة في نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد
لان اعلامه ممكن بالرجوع الى قول الموجب ومن اصله ايضا جواز الاجارة في الجزء الشائع ومحمد
فرق بين البيع والاجارة وقال في البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن
بمقابلة مجهول وفي الاجارة الاجر لا يجب الا عند الاستيفاء للمنفعة وعند ذلك يصير للمواجر
معلوم فانما يجب البدل بمقابلة المعلوم ومن اصله جواز الاجارة في المشاع وان استاجر
مائة ذراع مكسرة من هذه الدار او جريبا من هذه الارض فانه لا يجوز في قول ابي حنيفة
وهو جائز في قولهما وهو بناء على ما ذكرنا في البيوع اذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند
ابي حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لبقعة معلومة يقع عليها الذرع وذلك يتفاوت في الدار
فكما لا ينعقد البيع صحيحا فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذرع لذكر السهم حتى ينعقد البيع
به صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء ايضا على اختلافهم في اجارة المشاع ولا يجوز اجارة
الشجر والكرم باجرة معلومة على ان تكون الثمرة للمستاجر لان الثمرة عين لا يجوز استحقاقها
بعقد الاجارة فانه يجوز بيعها بعد الوجود وانما يستحق بعقد الاجارة ما لا يجوز بيعه
بعد الوجود لان محل الاجارة المنفعة وهي عرض لا يقوم بنفسه ولا يتصور بقاؤها والثمرة
تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز ان تملك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان المواجر
يلتزم ما لا يقدر على ايفائه فربما يصيب الثمرة افة وليس في وسع البشر ايجادها وكذلك
البان الغنم وصوفها وسمنها واولادها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا تملك بعقد الاجارة
وان استاجر ارضا فيها زرع ورطبة او شجر او قصب او كرم او ما يمنع من الزراعة فالاجارة
فاسدة لان استيجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لا يمكن استيفاؤها مع هذه

الموانع

730

الموانع فيعد التزام بالعقد تسليم ما لا يقدر على تسليمه وان كان مقصود المستاجر ما فيها فهو
عين لا يجوز استحقاقه بالاجارة ولا يجوز اجارة الاجام والانهار للسمك ولا لغيره لان
المقصود استحقاق العين ولان السمك صيد مباح فكل من اخذه فهو احق به وانما يستحق على
المواجر بالاجارة ما كان مستحقا له ولان المواجر يلتزم ما لا يقدر على ايفائه فان اجرها
للزراعة فهي ليست بصالحة لذلك وان اجرها للسمك فربما لا يجد المستاجر وليس في وسع
الاجراء تمكينه من تحصيل ذلك ولو استاجر بيرا شهرين ليستقي منها ارضه وغنمه لم يجز
وكذلك النهر والعين لان المقصود هو الماء وهو عين لا يجوز ان تملك بعقد الاجارة
ولان الماء على اصل الاباحة ما لم يحرزه انسان باناية وهو مشترك بين الناس كافة
قال عليه السلام الناس شركاء في ثلث الماء والكلاء والنار فالمستاجر فيه والاجير
سواء فلهذا لا يستوجب عليه الاجر بسببه وان استاجر نهرا ليجري فيه سربا له الى ارضه
روي عن ابي يوسف ان ذلك لا يجوز قال ارايت لو استاجر مسيل ماء على سطح ليسيل ماء سطحه
فيه اكان يجوز ذلك فهذا كله فاسد وهكذا ذكره محمد في ظاهر الرواية وروى هشام
عن محمد انه استاجر موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع
وهي منفعة مقصودة فالاستيجار لاجله يصح ووجه ظاهر الرواية انه مجهول في نفسه فان
الضرر يتفاوت بقلة الماء وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن فربما ياخذ الماء جميع الموضع
الذي عينه وربما يزداد عليه فللجهالة قلنا لا يجوز استيجاره ولو استاجر عبدا باجر معلوم
كل شهر بطعامه لم يجز لان طعامه مجهول وهو على رب العبد فاذا شرطه على المستاجر كان
فاسدا والمجهول متى ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استيجار الدابة باجر
مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة فيها رزق وعلف فهي فاسدة الا في استيجار الظئر بطعامها
وكسوتها فان ابا حنيفة رحمه الله قال استحسن جواز ذلك وقد بيناه واشتراط تطيين
الدار ومرمتها او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها على المستاجر وكذلك استيجار
الارض باجر مسمى واشتراط كرى نهرها او ضرب مسناة عليها او حفر بيرها او ان
يسرقنها المستاجر فهذا كله مفسد للاجارة لان اثر هذه الاعمال يبقى بعد انتهاء مدة
الاجارة ويسلم ذلك للاجر فيكون في معنى شرط اجرة مجهولة على المستاجر لنفسه وكذلك
لو اشترط عليه لرب الارض ان يكون له ما فيها من زرع اذا انقضت الاجارة وان يردها
عليه مكروبة فهذا كله مجهول ضمه الى معلوم وشرطه لنفسه فيفسد العقد به رجل
دفع ارضه الى رجل ليغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس
مجهولة فلا يصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله في المختصر
يقول تاويل المسئلة عندي انه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج
عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض بجميع الغراس وهي مجهولة
فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان فاسدا وقد زرعه
في ارضه بامره فكان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله
بارضه متصلا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر واجر مثل عمله لانه ابتغى عن عمله عوضا
وهو نصف الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه اجر مثله فان قيل كان ينبغي على قول ابي حنيفة
ان يكون نصف الارض للعامل لانه اشترى نصف الارض شراء فاسدا ومن اشترى نصف
الارض شراء فاسدا وغرس فيها اشجارا فانه ينقطع حق البايع في الاسترداد عند ابي حنيفة

قلنا هذا ان لو غرس الاشجار لنفسه وهنا العامل في الغرس يقوم مقام رب الارض ويعمل له
بالاجر فكان رب الارض عمل ذلك بنفسه فلهذا لا يملك العامل شيئا من الارض وانما اختار هذا
التاويل لامكان ايجاب اجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغرس كان عاملا فيما هو شريك فيه
فلا يستوجب الاجر فلذلك الزمه قيمة الاجرا الغرس حتى علقت ولو كان مشتريا للنصف لكان
يلزمه نصف قيمة الغرس حين علقت ولو كان مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس
حين علقت ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة لان الاشجار مشتركة بينهما في ارض احدهما فانما
يتملك صاحب الارض نصيب صاحبه عليه بالقيمة في الحال ثم قال ولا امره بقلع الاشجار لما يرجع
به من الفساد عليهما وظاهر هذا يتمسك من يختار الطريقة الاولى انه يكون مشتريا نصف الغرس
لانه اشارة الى ان الاشجار مشتركة ولكنه لا يقلع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله
تاويل هذا اللفظ فساد القلع على رب الارض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه في الاجر
ولو كان فدا كلا الغلة على حسب هذا على الغادر مما اكل من اجره لان الثمرة ملك رب الارض
وانما يملك الثمر بملك الشجر فما اكله العامل من ملك غيره يكون ذلك محسوبا عليه من اجره قال رضي
الله عنه والاصح عندي ان يقال في تعليل هذه المسالة ان صاحب الارض استاجره ليجعل ارضه
بستانا بالات على ان يكون اجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استاجره صباغا
ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لانه في معنى قفيز
الطحان وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان الغرس آلة يجعل الارض بها بستانا
كالصبغ للثوب فاذا فسد العقد بقيت الالة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه
قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه الا ان الغراس اعيان تتقوم بنفسها فلا
يدخل اجر العمل في قيمتها فيلزمه مع قيمة الاشجار اجر مثل عمله لانه ابتغى عن عمله عوضا ولم يسلم
له ذلك فيستوجب اجر المثل ولو دفع الغزل الى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لانه في معنى قفيز
الطحان وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام في سفينة او على دابة بنصفه
غير جائز وهذا لانه لو جاز صار شريكا باول جزء من العمل ثم العامل فيما هو شريك فيه
لا يستوجب الاجر فاذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعلوم فيبقى عمله مسلما
الى صاحبه بعقد فاسد فله اجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتمام رضاه بذلك القدر ولو
كان طعاما بين رجلين استاجر احدهما صاحبه ليحمله او ليطحنه لم يجز ذلك عندنا لما قلنا وهو
جائز عند الشافعي لان هذا العمل في نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستيجاره على ذلك
كاستيجاره اجنبيا اخر وشركته في المحل لا تمنع صحة الاستيجار كما لو استاجر احد الشريكين
من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك او دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح
الاستيجار فهذا مثله وحجتنا الحديث المشهور في النهي عن قفيز الطحان وقد بينا ان
معنى النهي انه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على ان تقدم الشركة في المحل تمنع صحة الاجارة
وهذا لان العقد يلاقي العمل وهو عامل لنفسه من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه
عاملا لغيره منافاة والاجير يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لا يستحق ان يكون
اجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة
له في ذلك الا ترى انه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك في البيت ولو سلم البيت اليه في
المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف ما نحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل
في المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا بعمله في محل اخر ثم هنا وان تم العمل فلا
اجر له بخلاف مذهب ابي حنيفة في اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب اجر

المثل

المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على
الوجه الذي اوجبه لا لانعدام الاستيفاء اصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر
وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه اصلا من حيث انه في المحل المشترك
عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون
الاستيفاء لا يجب الاجر في العقد الفاسد وعلى هذا نسج الغزل ورعي الغنم التي تكون بينهما
وكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل في هذا الخلاف ولو استاجر رحى ماء على انه ان
انقطع الماء عنها فالاجر عليه لم يجز لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فهو مفسد للعقد
لان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط موجب العقد
مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يبقى وقت انقطاع الماء حتى لا يجب الاجر فيه
وان لم يفسخ فكانه جعل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرحى في وقت جريان الماء ولا ندري
في كم يكون الماء جاريا وجهالة المدة تمنع صحة الاجارة ولو استاجر كتابا ليقرا فيه شعرا
كان او فقها او غير ذلك لم يجز لان المعقود عليه فعل القاري والنظر في الكتاب والتامل
ليفهم المكتوب فعله ايضا فلا يجوز ان يجب عليه اجر بمقابلة فعله ولان تفهم ما في الكتاب
ليس في وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن بمعنى في الباطن من حدة الخاطر
ونحو ذلك فكان صاحب الكتاب يوجب له ما لا يقدر على ايفائه فليس في عين الكتاب
منفعة مقصودة ليوجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سمى المدة او لم يسم ولا
اجر له وان قرا وكذلك اجارة المصحف والكلام فيه ابين فان قراة القران من المصحف والنظر
فيه طاعة فان هذا كله نظير من استاجر كرما ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيناس من
غير ان يدخله او استاجر مليحا لينظر الى وجهه فيستانس بذلك او استاجر جبا مملوا من الماء
لينظر فيه اذا سوى عمامته فهذا كله باطل لا اجر عليه بحكم هذه العقود فكذلك فيما سبق
ولا يجوز ان يستاجر رجلا ليعلم ولده القران او الفقه او الفرائض عندنا وقال الشافعي
يجوز ذلك فالمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل وعلى
قول الشافعي كل ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستيجار عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه
في كتاب المناسك في الاستيجار على الحج والدليل على انه لا يجوز الاستيجار على تعليم القران
حديث عبد الرحمن بن شبل الانصاري ان النبي عليه السلام قال اقرؤا القران ولا تاكلوا
به وقال عليه السلام لمرداس المعلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله ولما اقرا
ابي بن كعب رضي الله عنه رجلا سورة من القران اعطاه على ذلك قوسا فقال له رسول
الله صلى الله عليه وسلم اتحب ان يقوسك الله بقوس من نار فقال فقال عليه السلام رد
عليه قوسه ولان من يعلم غيره القران فهو خليفة رسول الله فيما يعمل فانه بعث معلما وهو
ما كان يطمع في اجر على التعليم فكيف من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له بذلك
يتبعه من التسليم الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر وبعض ائمة بلخ رحمهم الله اختاروا قول
اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم
من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان
من غير شرط فاما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فقال يجوز الاستيجار لئلا يتعطل
هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى
الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي
الله عنه من ذلك وكان ما راه من ذلك صوابا ولو استاجروا من يؤمهم في رمضان او غيره لم يجز

لان المصلي عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استاجر واحد يؤذن لهم فالمؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدعاء الى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على اداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن ابي العاص رضي الله عنه قال كان من اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة اضعفهم وان تتخذ مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا وجاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال اني احبك في الله فقال له عمر اني ابغضك في الله قال ولم يا امير المؤمنين قال بلغني انك تاخذ على الاذان اجرا ولا تجوز الاجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو لانه معصية والاستيجار على المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستيجار على الحداء وكذلك الاستيجار لقراءة الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر في الاجارة عرف الناس ولان ما هو المقصود انما يحصل بمعنى في المستاجر وهو السماع والتامل والتفهم فلا يكون ذلك موجبا للاجر عليه وان اعطى المستاجر شيئا من اللهو يلهو به فضاع او انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالاذن في الاستعمال باق واذا استاجر الذمي من المسلم بيتا يصلي فيه لم يجز لانه معصية وكذلك اذا استاجرها ذمي من ذمي وكذلك للتنصر وبيت النار فانهم يعتقدون في هذه البقاع ما نعتقده في المساجد واستيجار المسلم من المسلم مسجدا يصلي فيه مكتوبة او نافلة لا يجوز فكذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء على اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستيجار عليه باطل ثم استيجار المسلم المسجد من المسلم للصلاة فيه كاستيجار مسلم يصلي له وقد بينا ان ذلك باطل لانه استيجار على الطاعة فهذا مثله وعلى هذا لو استاجر اهل الذمة ذميا ليصلي بهم او ليضرب لهم الناقوس فهو باطل لانه معصية واذا استاجر الذمي من المسلم بيتا ليبيع فيه الخمر لانه معصية فلا ينعقد العقد عليه ولا اجر له عندهما وعند ابي حنيفة يجوز والشافعي يجوز هذا العقد لان العقد يرد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله ان يبيع فيه شيئا اخر فجوزنا العقد لهذا ولكنا نقول مع تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى اخر منه وما صرحا به معصية وكذلك لو ان ذميا استاجر مسلما يحمل له خمرا فهو على هذا عند ابي يوسف ومحمد لا يجوز العقد لان الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستيجار على المعصية لا يجوز والاصل فيه قوله عليه السلام لعن الله في الخمر عشرا وذكر في الجملة حاملها والمحمولة اليه وابو حنيفة يقول يجوز الاستيجار وهو قول الشافعي لانه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كلفه بان يحمل عليه مثل ذلك خلا استوجب الاجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة وللصب في الخل للتخلل وهو نظير ما لو استاجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا انهما يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح واماطة الاذى فاما الخمر تحمل عادة للشرب والمعصية وذكر هشام عن محمد رحمه الله قال ابتلينا بمسالة وهو ان مسلما استوجر على ان يحمل جيفة ميت من المشركين من بلد الى بلد فكذلك قال ابو يوسف لا اجر له لانه انما يحمل الجيفة الى المقبرة لاماطة الاذى فاما حملها من بلد الى بلد فهو معصية لا يجوز الاستيجار عليه وقلت انا ان كان الاجير عالما بما امر بحمله فلا اجر له ايضا وان لم يعلم بذلك فله الاجر بمعنى العرف واستيجار الذمي دابة من المسلم او السفينة لينقل عليها خمرا على الخلاف الذي بينا وان استاجر ذمي ذميا لشيء من ذلك فهو جائز وكذلك لو استاجره يرعى له خنازير لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والعصير في حقنا وان استاجره ليبيع له ميتة او دما لم يجز لانه ليس

بمال

بما في حق احد فحكمهم فيها كحكم المسلمين ولا باس بان يواجر المسلم دارا من الذمي يسكنها فان شرب فيها الخمر او عبد الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم اثم شيء من ذلك لانه لم يواجرها لذلك والمعصية في فعل المستاجر وفعله دون قصد رب الدار فلا اثم على رب الدار في ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة به او باع جارية ممن لا يستبريها او ياتيها في غير الماتى لم يلحق البايع اثم شيء من هذه الافعال التي ياتي بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها بيعة او كنيسة او باع فيها الخمر بعد ان يكون ذلك في السواد ويمنعون من احداث ذلك في الامصار وقد بينا الكلام في هذا الفصل فيما سبق ولحديث مكحول ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه صالحهم بالشام على ان يخلي عن كنايسهم القديمة وعلى ان لا يتخذوا كنيسة ومعناه ان لا يحدثوا كنيسة في مصر من امصار المسلمين واذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليصلي فيه المكتوبة او التراويح لم يجز ولا اجر له لما بينا ان العقد لاقامة الطاعة ثم يحق على كل مسلم ديانة تمكين المسلم من موضع يصلي فيه عند الحاجة فلا يجوز ولا اجر له لانه استيجار على المعصية ولو جاز العقد لصار اقامة العمل مستحقا عليه وفعل ما هو ظلم لا يجوز مستحقا على احد شرعا ولو اعطاه سلاحا كذلك فضاع او انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو ان قاضيا استاجر رجلا ليضرب حدا قد لزمه او ليقتص من رجل او ليقطع يد رجل او ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا باجر معلوم فالاجارة جايزة وله الاجر لان المعقود عليه منافعه في المدة حتى يستوجب الاجر بتسليم النفس وهو معلوم ثم بحكم انه مالك منافعه يستعمله في اقامة الحدود وغير ذلك وان استاجره لاقامة الحدود والقصاص خاصة لم يجز ذلك لانه مجهول في نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له اجر مثله لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فان قيل اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صح من الكافر والمسلم كبنا المسجد ونحوه ولو استصحبه على ان يجعل له رزقا كل شهر فهو جايز اما ان بين مقدار ما يعطيه فالعقد جايز لان المعقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي والقاضي ان ياخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال فكذلك من ينوب عن القاضي في شيء من عمله وكذلك قسام القاضي اذا استاجر ليقسم كل شهر باجر مسمى فهو جايز وفيه حديث علي رضي الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتعين اقامة هذا العمل على احد دينا فيجوز الاستيجار عليه ولو قضى على رجل بالقصاص في قتل فاستاجر رجلا يقتله لم يجعل له اجرا وفي السير الكبير قال اذا استاجر رجلا يقتل مرتدا او حربيا او اسيرا له لم يجز عند اصحابنا رحمهم الله ولو استاجر لقطع طرف جاز وما اما فلا ادري بينهما واجوز العقد فيهما ومراده بقوله عند اصحابنا ابو حنيفة وابو يوسف رحمهم الله فالحاصل ان عند محمد رحمه الله يجوز الاستيجار على ذلك كله لانه عمل معلوم واقامته جايز شرعا فيجوز الاستيجار عليه كذبح الشاة وقطع الطريق وكسر الحطب وما اشبه ذلك ولابي حنيفة وابي يوسف حرفان اشار الى احدهما في الكتاب فقال من قبل ان هذا ليس بعمل تبين ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما ان ادخال الروح ليس من صنع العباد ولا يتصور الاستيجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسييل الدم النجس ليتميز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحلقوم والاوداج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فان ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل في المحل مع التجافي ومنه ما يحل شرعا ومنه ما يحرم كالمثلة ولا يدري

كيف يكون منه ابتغاء الفضل والمقصود منه بثم بعض به او بضرب بين فلجهالة والتردد
بين الحل والحرمة لم يجز الاستيجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على
المحل لا بصفة التجافي عنه وكسر الحطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافي ولكن الكل فيه سوا
في صفة الحل شرعا فلهذا جاز الاستيجار عليه ولو استاجر رجلا يغزوا عنه لم يجز ذلك لان
الغزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر القتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين
فلا يجوز له اخذ الاجر على اقامة ما هو فرض عليه قال عليه السلام مثل الذين يغزون من امتي
ويأخذون على ذلك اجرا كمثل ام موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتاخذ الاجر من فرعون
ولو شارط كحالا ان يكحل عينه شهرا بدرهم جاز ذلك وكذلك الدوا في كل دا لانه عمل معلوم
عند اهل الصنعة والاستيجار عليه متعارف عند الناس واذا استاجر فحلا لينزيه لم يجز للاثر الذي
جاء به النهي عن النبي عليه السلام عن عسب التيس ولان المقصود الما ولا قيمة له وصاحب
الفحل ايضا يلتزم ما لا يقدر على تسليمه ولا تجوز الاجارة على تعليم الغنا والنوح لان ذلك
معصية وان سلم غلاما الى معلم ليعلمه عملا وشرط عليه ان يخدمه فهذا فاسد لان التخدم
مجهول اذ ليس لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تفضي الى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط
في ذلك اشهرا مسماة لانه يلتزم ايفا ما لا يقدر عليه فالتحذيق ليس في وسع المعلم بل ذلك باعتبار
شي في حلقه المتعلم ثم فيما سمى من المدة لا يدري انه هل يقدر على ان يحذقه كما شرط ام لا
والتزام تسليم ما لا يقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز ولو اجر ارضه بدراهم وشرط
خراجها على المستاجر فهذا فاسد لان الخراج مجهول لا نعرف من اصحابنا رحمهم الله من يقول
مراده في الاراضي الصلحية فالمال في ذلك يقسم على الجماجم والاراضي فتزداد حصة الاراضي
اذا قلت الجماجم وتنتقص عند كثرة الجماجم فاما في خراج الوظيفة لا جهالة في المقدار وقيل
ان مراده من هذا ان ولاة الظلمة الحقوا بالخراج روادف تزداد ذلك تارة وينتقص اخرى
فيكون مجهولا وقيل معناه ان الخراج بحسب الطاقة وريع الارض كما اشار اليه عمر رضي الله عنه
في قوله لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وكذلك لو اعطاها بغير اجر الا انه لا يشترط عليه
ان يؤدي خراجها فان الخراج على صاحب الارض فاذا شرط على المزارع يكون ذلك اجرة وجهالة
الاجرة تفسد الاجارة وهذا لان الواجب في كل جريب وقفيز مما يخرجه وذلك مجهول الجنس
والصفة ولو اجرها وشرط العشر على المستاجر فالعقد فاسد عند ابي حنيفة لان العشر
عنده على الموجر فاذا شرطه على المستاجر كان اجرة وهي مجهولة الجنس والقدر وعندهما
العشر على المستاجر فلا يصير اشتراط ذلك عليه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما ذكرنا
واذا كان الاجر كذا درهما او دينارا او فلسا فهو جايز وله نقد البلد ووزنهم وان
كان مختلفا فهو فاسد حتى يبين الوزن بمنزلة الثمن في البيع وقد بينا وان جعل الاجرة
دراهم مسماة عددا بغير وزن وبغير عينها فهو فاسد ومراده فيما الدراهم الموزونة
فانها تتفاوت في الوزن فاما ما يعد ولا يوزن كالغطريفي فان سمى العدد فيه جاز
كما في المعلوم في الفلوس فان اشار الى دراهم بعينها جازت الاجارة وان لم يكن معلوم
القدر كالثمن في البيع بخلاف السلم عند ابي حنيفة وقد بينا الفرق في البيوع فان قال بماية
درهم عددا ماية حال في الماية خمسة كان جايزا لانه قد سمى الوزن بما ذكر معناه فيماية
خمسة وتسعين درهما فكانه قال بماية الا خمسة ولو استاجر رجلا يكتب له مصحفا او فقها
معلوما كان جايزا لان الكتابة عمل معلوم وهو يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستيجار
عليه متعارف وقيد الاستيجار على الكتابة كالاستيجار على الصناعة لان نقل الحدث لون

الجز

الجزء في البياض او كالاستيجار على النفس وذلك جايز اذا كان معلوما عند اهل الصنعة
قال الشيخ الامام رحمه الله الاصح عندي ان المقصود هنا يحصل بعمل الاجير وهو الكتابة بخلاف التعليم
فالمقصود هناك لا يحصل الا بمعنى في المتعلم وايجاد ذلك ليس في وسع المعلم ولو استاجر رجلا
يعمل عملا بينهما فلا اجر له في ذلك بخلاف ما لو استاجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا ولو
استاجر الوصي نفسه او عبده يعمل لليتيم لم يجز اما عند محمد فلان الوصي لا ينفرد بالعقد لليتيم
مع نفسه بحال كما في البيع وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز ذلك لا منفعة ظاهرة ولا منفعة
هنا لان من جهة الوصي ما ليس بمتقوم ويشترط على اليتيم عوضا بمقابلته ما لا متقوما فلهذا
لا يجوز ولم يذكر انه لو استاجر اليتيم او عبد اليتيم بمال نفسه ليعمل له هل يجوز ام لا
قالوا وينبغي ان يجوز ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم
فانه يدخل في ملكه ما لا نادرا ما ليس بمال والاب لو استاجر نفسه او عبده ليعمل بعمله
لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر له فيجوز عقده
مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهرة لولده فيه ولو استاجر الوصي من نفسه عبدا لليتيم
ليعمل لليتيم اجر في حجره وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع احدهما اضر بالاخر وهو لا ينفرد
بالتصرف الا بمنفعة ظاهرة ولا يجوز للصبي ان يواجر نفسه لانه عقد معاوضة كالبيع
فلا يملكه المحجور عليه وانما ذلك الى وليه ولا الاجر ان عمل استحسانا وفي القياس لا اجر
له لان العقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فاذا بطل لم يجب الاجر وفي الاستحسان
يجب الاجر لان هذا العقد منه يتمحض منفعة عند اقامة العمل فانا لو اعتبرنا العقد
استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة له
كقبول الهبة والصدقة وكذلك الحكم العبد المحجور عليه لا يواجر نفسه فان فعل وسلم من
العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستاجر
لانه غاصب له ثم لا اجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف
الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما اقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان
واذا اخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان اخذه الغاصب من يده فاستهلكه
لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منافعه كاتلاف منافعه وقد بينا
هذا في الغصب واذا استاجر نهرا يابسا ليجري فيه الما الى ارضه او الى رحا ما فان هذا
فاسد لان موضع النهر لا يصلح للسكنى فاجرا الما فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجري من
الما مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استاجر بالوعة ليصب فيها وضوء
وبوله او مسيلا ما ليسيل فيه ما ميزابه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك
لو استاجر بيرا ليستقي منها عنه فان اراد الحيلة في ذلك فالوجه ان يواجر من حريم النهر
او البير وكذلك اجارة المرعى لا يجوز والحيلة فيه ان يواجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة
فليسكن ويبيح له الانتفاع بالمرعى ولو اجره بكرة ورجلا ودلوا يستقي بها عنه فهو فاسد
للجهالة الا ان يبين وقتا فيجوز لان العقد يرد على منفعة العين في المدة وان استاجر
من رجل موضع جذع يضعه على حايطه لم يجز عندنا وجاز عند الشافعي لانه موضع
معلوم استاجره لمنفعة معلومة ولو استاجره لذلك لجاز فكذا اذا استاجره ولكنا
افسدنا للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبنى وقلته وكذلك
لو استاجر حايطا ليبني عليه سترة فهو فاسد في قول ابي حنيفة لجهالة الموضع الذي يتطرق
فيه وللشيوع فان عنده استيجار جزء من الدار شايعا لا يجوز وكذلك الطريق وعندهما

استيجار جزء شايع صحيح فلذلك الطريق وهو معلوم بالعرف على وجه لا يكون فيه منازعة ولو استاجر علو منزل ليبني عليه لم يجز في قول ابي حنيفة وجاز في قولهما لان مقدار بنا العلو معلوم بالعرف وسطح السفل حق صاحب السفل كالارض ولو استاجر ارضا ليبني عليه بيتا فكذلك اذا استاجر سطح السفل ليبني عليه وابو حنيفة يقول هذا استيجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد ثم مقدار ما يبنى مجهول والضرر على حيطان السفل يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بخفة البنا وثقل البنا ولو استاجر موضع كوة يثقبها في حايط لم يدخل عليه الضوء منها لم يجز لان هذا ليس من اجارات الناس ولان المقصود الانتفاع بما ليس من ملك المواجر وهو ضوء الشمس وكذلك لو استاجر موضعا لسد في حايط يعلق عليها فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه ارض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من اصحابنا رحمهم الله استيجار البنا بدون الارض وفي تعليله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحايط يختلف بحسب ما يعلقه على الوتد وثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن اعلامه وكذلك لو استاجر موضع ميزاب في حايط لان الضرر على الحايط يتفاوت بقلة الما الذي يسيل في الميزاب وكثرته فاما اذا استاجر ميزابا مدة معلومة لينصبه في حايط يسيل فيه ماه فهذا جايز لانه عين منتفع به استاجر لمنفعة معلومة واذا استاجر رجلا ليعمل له عملا اليوم الى الليل بدرهم خياطة او صياغة او خبزا او غير ذلك فالاجارة فاسدة في قول ابي حنيفة وفي قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فله ان يعمله في الغد لان المعقود هو العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع اوقات الامكان وهذا لان المستاجر انما يلتزم البدل بمقابلة ما هو مقصود له وذلك العمل دون المدة وابو حنيفة رحمه الله يقول جمع في العقد بين تسمية العمل والمدة وحكمها مختلف فموجب تسمية المدة استحقاق منافعه في جميع المدة بالعقد وموجب تسمية العمل ان يكون المعقود عليه الوصف الذي يحدثه في المعمول لا منافعه ويتعذر الجمع بينهما وليس احدهما بالاعتبار اولى من الاخر فيفسد العقد لجهالة المعقود عليه وقد تفضي هذه الجهالة الى المنازعة لانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول منافعك في بقية اليوم حق باعتبار تسمية الوقت وانا استعمل واذا لم يفرغ من العمل في اليوم فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستاجر فالمدة مقصود الاجير فليس البنا على مقصود احدهما باولى من البنا على مقصود الاخر ولان الاجير يلتزم ما لا يقدر عليه عسى وهو اقامة جميع المسمى في الوقت المسمى وروى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لو استاجره ليخيط له هذا القميص اليوم لا يجوز ولو قال في اليوم يجوز لان حرف في يظهر ان مراده من ذكر المدة الاستعجال لا تسمية مقدار المعقود عليه المنفعة وحرف في للظرف والمظروف قد يشغل جزءا من الظرف لا جميعه وعلى هذا الخلاف لو استاجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة ايام باجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لو استاجره ينقل له طعاما معلوما من موضع اليوم الى الليل فهو على الخلاف الذي بينا وان استاجر عبدا شهرا باجر مسمى على انه ان مرض فعليه ان يعمل بقدر الايام التي مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا ندري في اي مقدار من الشهر يمرض ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى العقد انتهاؤه بمضي المدة تمكن من استيفا المعقود عليه او لم يتمكن وهذا الشرط يخالف

ذلك

ذلك شهرا وان استاجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على انه ان سكنه يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فانه متى خرج بعد ذلك لا يلزمه الاجر ثم مقدار اجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول لانه ثلث درهم او عشرة دراهم وكذلك ان استاجر دابة بعشرة دراهم الى بغداد على انه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له ان يرجع فله الاجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الاجر الى الموضع الذي سمى ولان الشرط مخالف لمقتضى العقد وان استاجر دابة يحمل عليها حمل كذا باجر معلوم الى موضع كذا وعلى انه ان حمل عليها كذا من الحمل فعذر ذلك الى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد في قول ابي حنيفة الاول وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو قوله الاخر على ما شرطا وكذلك لو استاجر ارضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما فان زرعها سمسما فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكنه بزازا فاجره خمسة وان سكنه قصارا فاجره عشرة وجه قوله الاول ان المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكنى القصار به والبزاز وهما عقدان في عقد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ارايت لو سلم اليه البيت فلم يسكنه اصلا حتى مضت المدة فماذا يوجب عليه خمسة او عشرة ووجه قوله الاخر ان كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب باستيفا المنفعة وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه ولا في البدل فاما اذا لم يسكنه فقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغي على قياس قوله الاخر ان يلزمه نصف كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر بالتمكن من الاستيفا هنا وقد تمكن من استيفا المنفعتين جميعا وليس احد البدلين بالايجاب عليه باولى من البدل الاخر فيلزمه نصف كل واحد منهما والاصح انه لا يلزمه الا خمسة لان اصل البدل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البدل بزيادة الضرر اذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البنا فاذا لم يسكنه احد فقد انعدم ذلك الضرر الا ترى انه لو سكن بزازا لا يلزمه الا خمسة وقد كان متمكنا من ان يسكنه قصارا فاذا لم يسكنها اصلا اولى ان لا يلزمه الا خمسة رجل استاجر دارا سنة بمائة درهم على ان لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط وذلك يفسد العقد فان لم يسكنها فلا اجر عليه وفي هذا اللفظ تنصيص على ان في الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفا لا يجب الاجر ما لم يوجد الاستيفا حقيقة كما في النكاح الفاسد وانما يتمكنون من الفرق بينهما غير متمهد وان سكنها فعليه اجر مثلها لا ينقص مما سمى لانه انما رضي بالمسمى بشرط ان لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فيلزمه اجر مثلها بالغا ما بلغت وان جعل اجر الدار ان يؤذن لهم سنة او يوما فالاجارة فاسدة وعليه اجر الدار ان سكنها لانه استوفى منافعها بعقد فاسد فان ما سمى اذا كان لا يصلح بدلا فهو في الحكم كما لو اجرها ولم يسم الاجر ولا اجر له في الاذان والاقامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه عامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله الى غيره وان تكارى برذونا ليعرض فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة دراهم فالاجارة فاسدة ومعنى المسالة ان المستاجر من اصحاب الديوان اسمه في اصحاب الفرسان وقد تعلق به حظ طلب السلطان العرض فاستاجر فرسا على انه لم يوقف على صفته فالاجرة عشرة وان وقف على ذلك فالاجرة خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا ندري ايجوز او لا يجوز وعليه اجر مثله فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه ان نفق في ركوبه او احتبسه السلطان لان المقبوض

حكم اجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بغلا على انه كلما
ركب الامير ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه وعليه في كل ركبة اجر مثله
لان اجر المثل يعرف فاسد بقدر المستوفى المنفعة وان تكارى دابة الى بغداد على انه ان رزقه
الله تعالى من بغداد شيئا او من فلان شيئا اعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجرة والغرر
المتمكن بسبب الشرط في اصل الاجر وعليه اجر مثله فيما ركب وان تكاراها الى بغداد على انه ان
بلغته بغداد فله اجر عشرة دراهم والا فلا شيء له فالاجارة فاسدة وعليه اجر مثله بقدر
ما سار عليها لمعنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره في مسئلة الخياطة

باب اجارة حفر الابار والقبور

واذا استاجر حفارا ليحفر له بئرا في داره ولم يسم له موضعا ولم يصفها فهو فاسد
لجهالة المعقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الحفر والموضع في الصلابة والرخاوة
والسهولة والحزونة ويختلف باختلاف البئر في العرض والعمق ولو سمى عشرة اذرع في الارض
وما يدور بها كذا ذراعا باجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بالتسمية الذرعان عند اهل الصنعة
والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة اذرع ثم وجد جبلا اشد عملا او اشد مؤنة فاراد
ترك ذلك ليس له ترك ذلك ويجبر على الحفر اذا كان يطاق لانه التزم العمل مع علمه ان اطباق
الارض تختلف وليس في ابقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزمه بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له
في الفسخ وفي الكتاب قال اذا كان ومما من يوضع الاو يطاق حفره ولكن مراده من هذا اللفظ اذا
كان يطاق حفره بالة الحفارين ولا يحتاج الاجير الى ايجاد الة اخرى لذلك لانه انما التزم
اقامة العمل بالة الحفارين فاذا كان يحتاج الى ايجاد الة اخرى فلذلك يجعله اضرارا لم يلتزمه
بالعقد فيكون عذرا له في الفسخ وان شرط عليه ان كل ذراع في سهل او طين بدرهم وكل
ذراع في جبل او ما يدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين
من العمل وسمى مقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة
تفضي الى المنازعة لان وجوب الاجر عند وجود الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم
القدر ولو استاجره ليحفر له بئرا عشرة اذرع في جبل مروه فحفر ذراعا ثم استقبله جبل
صفا اصم فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروة اللين من الحجر الذي يضرب الى الحمرة والصفا
ما يضرب الى الخضرة وقد بينا انه التزم الحفر بالة الحفارين فاذا كان بحيث يطاق حفره بذلك
الالة فلا عذر له في الترك وان كان لا يطاق فله ان يترك الاجارة وله من الاجر بحساب ما حفر
وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة اذا ظهر الماء فيه قبل ان يبلغ ما شرط عليه فان
كان لا يستطاع الحفر معه فهذا عذر لان في ابقاء العقد يلزمه ضرر لم يلتزمه بالعقد
ولو استاجره ليحفر له بئرا في داره فحفرها ثم انهارت قبل ان يفرغ منها فله من الاجر بحساب
ما حفر لانه يقيم العمل في ملك المستاجر فيصير عمله مسلما اليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر
حقه في الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد ما يخرج من ضمانه ولو كانت بئرا مما شرط
عليه مع حفره طيها بالاجر والجص ففعل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت
قبل ان يطويها بالاجر فله الاجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل
مسلما الى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما اقام من العمل ولو استاجره ليحفرها في الجبانة
في غير ملكه ولا في فنائه فحفرها فانهارت فلا اجر له حتى يسلمها الى صاحبها بمنزلة
العامل من الخياط والقصار في بيت نفسه وهذا لان عمله ما اتصل بملك المستاجر ليصير

المستاجر

المستاجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل في ضمانه من ان تثبت يده عليه وذلك لا يكون الا بالتسليم
اليه وفي هذا اللفظ دليل على ان الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له الا ترى انه قال في غير ملكه ولا
في فنائه والفناء في يده لكونه احق بالانتفاع به فاذا كان الحفر فيه يصير العمل مسلما اليه
بمنزلة الحفر في ملكه وكذلك لو استاجره ليحفر له قبرا فحفره ثم دفن فيه انسان قبل ان ياتي المستاجر
بجنازته لم يكن على المستاجر اجر لانه حفر القبر في غير ملك المستاجر فما لم يسلمه اليه لا يتقرر حقه
في الاجر وان جاء المستاجر فخلى الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك او دفنوا فيه انسانا اخر
فله الاجر كاملا لانه قد سلم المعقود عليه الى صاحبه وان دفن فيه المستاجر ميته ثم قال للاجير
احث التراب فابى الاجير فالقياس لا يلزمه ذلك لانه انما التزم عمل الحفر وحثي التراب كنس وليس
بحفر وهو ضد ما التزمه بعقد الاجارة قال ولكني انظر الى ما يصنع اهل تلك البلاد فان كان
الاجير هو الذي يحثي التراب جبرته على ذلك وكذلك يعمل بالكوفة فان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك
البلدة لم اجبره عليه وهذا لان مطلق العقد يستحق ما هو المتعارف والمعروف في كل موضع
يجعل كالمشروط وان اراد اهل الميت ان يكون الاجير هو الذي يضع الميت في اللحد وهو ينصب عليه
اللبن لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان اقرباء الميت واصدقاءهم هم الذين
يضعونه في اللحد ونزل ذلك الى الاجير ليجدهم من الاستخفاف به فاته ووصف له موضعا يحفر فيه فوافق
جبلا هو اشد من وجه الارض فحفره لم يزد على اجره لانه التزم عمل الحفر مع اختلاف اطباق
الارض في الصلابة والرخاوة وان استاجر بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له في اي المقابر يحفر
فالعقد فاسد في القياس للجهالة التي تفضي الى المنازعة ولكن استحسن اذا حفره في الناحية
التي يدفن فيها اهل ذلك الموضع اجعل له الاجر وهذا بناء على عادة اهل الكوفة فان لكل دربهم
مقبرة على حدة لاهلها واما في ديارنا ونعقد انتقل من محلة الى محلة فلا بد من تسمية المقبرة بنا
على عرف ديارنا وان سمى له موضعا معلوما فحفر في موضع اخر فلا اجر له الا ان يدفنوا في حفرته
فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان امره بحفر القبر ولم يسموا له موضعا فحفر في غير
مقبرة اهل تلك البلدة او تلك الناحية فلا اجر له الا ان يدفنوا في حفرته فحينئذ يستوجب الاجر
لوجود الرضى منهم بعمله حين دفنوا الميت فيه وان ارادوا منه تطيين القبر او تجصيصه فليس ذلك
عليه لانه التزم عمل الحفر والتجصيص ليس من ذلك في شيء وفي العادة الذي يطين القبر غير الذي
يحفره وان استاجره ليحفر لهم قبرا ولم يسموا له طوله ولا عرضه ولا عمقه في الارض فهو فاسد
في القياس لان القبور تختلف في الطول والعرض والعمق والعمل بحسبه متفاوت ولكني استحسن
فاجيزه فاقدم به توسط ما يعمل الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالمشروط بالنص ومطلق
العقد يستحق الوسط في المعاملات فانه فوق الوكس دون الشطط وخير الامور اوساطها وان
وصفوا له موضعا فوجد وجه الارض لبنا فلما حفر ذراعا وجد جبلا اجبره على ان يحفر اذا كان ذلك
مما يحفر الناس لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة اهل تلك الناحية
فان كان بالكوفة فعظم عملهم على اللحد وان كان في بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان
مطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استاجره ليحفر له
نهرا او قناة فاراه مفتحها ومصبها وعرضها وسمى له كم يكون في الارض فهو جائز وان اشترط
طيها بالاجر والجص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشتري للاجر والجص فهذا بيع شرط في
الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الاجر والجص من عند المستاجر ولم يسم عدد
الاجر فهو في القياس فاسد لجهالة ما شرط عليه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الاجر
وفي الاستحسان هو جائز على ما يعمل الناس لان عدد ما يحتاج اليه لذلك العمل من الاجر معلوم

عند اهل الصنعة فيكون كالمشروط وان سمى عدد الاجر وكيل الجص وعرض الطى وطوله في السما فهو اوثق لانه عن المنازعة ابعد وان استاجر قوما يحفرون له سردابا لم يجز حتى يسمى طوله وعرضه وقعره في الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا بذلك وبعد الاعلام بعضهم اكثر من غيره فالاجر بينهم على عدد الروس لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استووا في ذلك لانهم اشتركوا مع علمهم انه لا بد من تفاوت عملهم وكان ذلك رضى منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت فان لم يعمل واحد منهم لمرض او عذر فان كان بينهم شركة في الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم فان لم يكن بينهم شركة فلا اجر له لان استحقاق الاجر بالعمل فلا يستحقه من لم يعمل سوا ترك العمل بعذر او بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم في حصته تطوع لان كل واحد منهم يستحق الاجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سمى له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة رجل تكارى رجلا يحفر له بيرا عشرة اذرع طولا في عرض معلوم بعشرة دراهم وادعى الحفار انه شرط ان يحفرها خمسة اذرع طولا ولم يعمل شيا بعد فانهما يتحالفان لاختلافهما في مقدار المعقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وان كان قد حفر خمسة اذرع فالقول قول المستاجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ما قال لان الاجير يدعي عليه الزيادة وهو منكر ويحلف الاجير على دعوى المستاجر لانه يدعي عليه حفر خمسة اذرع اخرى بما التزمه بالعقد وهو منكر فيحلف على ذلك ويشاركا فيما بقي ولو قال احفر لي في هذا المكان تحفر فانتهى الى جبل لا يطاق اي لا يطاق بالة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعقد

باب اجارة البنا

واذا استاجر الرجل رجلا يبني له حايطا بالجص والاجر واعلمه طوله وعرضه وارتفاعه في السما فهو جايز لانه عمل معلوم يستاجر عليه عرفا ويقدر الاجير على ايفايه وان سمى كذا كذا الفا من هذا الاجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه فالمعقود عليه العمل دون الاجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحايط في الطول والعرض ففي اسفل الحايط يكون العمل اسهل وكلما ارتفع من وجه الارض كان العمل اشق ولكنه استحسن فقال هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وبتبيان مقدار الاجر والجص يصير الطول والعرض في الحايط الذي يبنى به معلوما عند اهل الصنعة ولو سمى مع ذلك الطول والعرض كان اجود لانه عن الجهالة ابعد ولو سمى كذا كذا اجرا واللبن ولم يسم الملبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس للجهالة ولكنه استحسن فقال ان كان ملبن ذلك البلد الاجر واللبن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وان كان مختلفا فحينيذ يفسد العقد اذا لم يبين فهو قياس العقد في ذلك واذا استاجر بنا ليبني له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على ما سال ما يبنى بالكوفة كل الف اجرة وارتفاعه اكرارجص بكذا فهو في القياس فاسد لان الاساس والسفل اهون من العلو والطاقات اشد من الحايط المستطيل فكان المعقود عليه مجهولا وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة فالبنا عند العقد لا يعرف مراد صاحب البنا ولكنه استحسن فقال صفة البنا معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبني داره على عادة اهل بلده واهل محلته وان كان يتكلف لنفاوت فهو يسير لا يجري المنازعة باعتباره عادة قال والاجل الزنابيل والدلا وابنة الماعلى رب الدار للعرف ولان البنا التزم بالعقد

العمل

العمل وهذه الاشيا ليس من العمل في شي فيكون على رب الدار كالاجر والجص ولا الطعام على رب الدار في هذه الاجارة لانه بالعقد التزم الاجر والطعام وراء الاجر ولانه غير معتاد في تقبل العمل وانما هو معتاد في استيجار العامل يوما بيوم وان اشترط رب الدار الزنبيل وابنة الما على المتقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استاجره للعمل باداة نفسه وذلك جايز كاستيجار الخياط يخيط بابرة نفسه واما الما فهو على رب الدار بمنزلة الاجر والجص ولكن على المتقبل ان يستقيه ان كانت في الدار بيرا وكانت ابير قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المر على المتقبل ولا باس ولا فرق بين المر والزنبيل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيه والى ذلك اشار بقوله لان عمل الناس بالكوفة على ذلك واذا تكارى رجلا يعمل له يوما الى الليل فهو جايز يعمل له من حين يصلي الغداة الى غروب الشمس لانه تكاراه يوما واول اليوم من طلوع الفجر الثاني الى ان ما قبل الفراغ من الصلاة مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل ان ياخذ في العمل واخر اليوم غروب الشمس به ليل امتداد الصوم اليه قال والعمال بالكوفة يعملون الى العصر وليس لهم ذلك الا ان يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم فلا يكون له ان يترك العمل عند غروب الشمس الا من شرط ولو اشترط رب الدار على البنا وضع الجذوع والهرادي وكنس السطوح وتطيينها وسمى ذلك فهو جايز لانه معلوم عند اهل الصنعة واذا استاجره ليبني له باللبن فعلى البنا بل الطين ونقله الى الحايط الا ان يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالعقد فان كان اراه المكان فلا خيار له لالتزامه ذلك القدر من الضرر وان استاجره ليبني له حايطا بالرهص وشرط عليه الطول والعرض والارتفاع فهو جايز لان العمل بما سمى يصير معلوما عند اهل الصنعة على وجه لا يتفاوت

باب اجارة الرقيق

واذا استاجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جايز لانه عقد متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشرون ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستيجار عليه وله ان يستخدمه من السحر الى ان ينام الناس بعد العشا الاخرة لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتدا الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يسكن يحتاج الى ان يسرج الخادم ويحمي له طهوره ويرفع فراش نومه ويبسط ثوب لعبده وكذلك الى ما بعد عشا الاخرة وقد يجلسون ساعة خصوصا في زمن طول الليالي ثم يحتاج الى خادم يبسط فراش نومه ويطوي ثيابه ويطفي السراج كان له ان يستخدمه الى هذا الوقت وانما يخدمه كما يخدم الناس فما يكون من اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من المماليك والخدمة ولا يكلفونهم فوق ذلك وكذلك في وسط الليل الاستخدام غير متعارف فلا يجوز له ان يكلفه ذلك ويكره له ان يستاجر له امراة حرة او امة يستخدمها ويخلو بها لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه لا يامن الفتنة على نفسه او عليها اذا اخلا بها ولكن هذا النهي لمعنى في غير العقد فلا يمنع صحة الاجارة ووجوب الاجر اذا عمل كالنهي عن البيع وقت النداء واذا استاجر العبد كل شهر بكذا ففي قول ابي حنيفة الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهرا وفي قوله الاخر يوما بيوم وقد بينا نظايره وان دفع عبده الى رجل يقوم عليه شهرا سماه في تعليم النسج على ان اعطاه المولى كل شهر شيا مسمى فهو جايز فانه استاجره ليعمل عملا وتعليم الاعمال معلوم عند اهل الصنعة فيصح

الاستيجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى ان يعطيه ذلك ويقوم
على غلامه في تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله في حوائجه واستاجره
مدة معلومة بما سمى من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك
عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجا والحساب فان شرط عليه ان يحذقه
في ذلك فهو غير جائز لان التحذيق ليس في وسع المعلم فالحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم
وان اراد ان يدفع عبده الى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد ان يستوثق من الاستاذ
فانه يواجر الشهر الاول بجميع الاجرة الا درهما وباقي السنة ببقيته حتى اذا اراد الاستاذ فسخ
العقد بعد مضي الشهر لا يتيسر على المولى الاجر بذلك ويمتنع العبد من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر
قال وان اراد الاستاذ ان يستوثق جعل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الاخير
ببقية الاجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما في مدة معلومة ببدل معلوم
وقال ابو يوسف ومحمد يخالف بين الاجرين فيجعل احدهما دنانير والاخر دراهم فهذا اقرب
الى التوثق وانما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوه عقدا واحدا لاتصال
المدة بعضها ببعض وانما جعل الاخر واذا دفع غلامه الى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد
منهما على صاحبه اجرا ودفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لي الاجر وقال
رب العبد لي الاجر فاني انظر الى ما يصنع اهل تلك البلاد في ذلك العمل فان كان المولى هو الذي
يعطي الاجر جعلت عليه اجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذي يعطي الاجر جعلت
عليه اجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذي يعطي الاجر جعلت على الاستاذ اجر مثله
للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حمله على المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق
العرف قوله والبنا على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه قال رضي الله عنه كان شيخنا
الامام رحمه الله يقول العمل الذي يشترط للاستاذ فيه الاجر في ديارنا عمل المعارك فانه يفسد
الخشب حتى يتعلم وكذلك الذي يثقب الجواهر وما اشبه ذلك من الاعمال التي يفسد المتعلم
بعض ما هو متقوم حتى يتعلم فاذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ وان لم يكن الاجر مسمى
عند العقد فيصار الى اجر المثل واذا استاجر الرجل غلاما في عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد
لازم على شهر واحد لانه اضاف كله الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول الادنى وكل شهر يستعمله
فيه بعد ذلك فله الاجر فاذا دخل من الشهر الثاني يوما واحدا استعمله فيه فقد لزمه الاجر
في ذلك لوجود الرضى منهما دلالة بعد لزوم العقد لا يكون له ان يخرجه الا من عذر واذا ابق
العبد من المستاجر فله ان يفسخ الاجارة لتعذر استيفا المعقود عليه فان لم يفسخها حتى رجع
العبد فالاجارة لازمة لزوال العذر وقد بينا ان الاجارة في حكم عقود متفرقة فبان
انفسخ العقد في بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقي من المدة واذا
استاجر عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لان كل واحد من العقدين يتناول
مدة معلومة ببدل معلوم فالشهر الاول يجب فيه من البدل ما ذكر ولان كان ذكر الخمسة
اولا ففي الشهر الاول يجب خمسة لانه لو اقتصر على المذكور اولا يتعين له الشهر الاول فلا بد
من ان يصرف المذكور اخرا الى الشهر الثاني وان استاجر ثلاثة اشهر شهرين بدرهم وشهرا
بخمسة فالشهران الاولان بدرهم لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير
وانما بدا بتفسيره بالشهرين الاولين بدرهم وان استاجره للخدمة بالكوفة فليس له ان
يسافر به لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر وليس له ان يكلفه فوق ما التزم
لان السفر قطعة من العذاب فليس له ان يكلفه بمطلق العقد فان قيل هو في ملك منافعه

ينزل

ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون له ان يسافر باجيره للخدمة
قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة اجيره وانما منافعه بالعقد
والمستحق في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له ان يجاوز ذلك الا ترى انه يزوج عبده
لملكه رقبته ولا يدل ذلك على ان له ان يزوج اجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا
له بالاخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا اجر عليه لان الاجر والضمان لا
يجتمعان ولان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد اخراجه من
الكوفة وان استاجره بالكوفة يستخدمه كل شهر باجر معلوم ولم يشترط الخدمة بالكوفة
فهو على الخدمة بالكوفة ايضا وليس له ان يسافر به لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف
ولانه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به ورا الاستخدام فهو يلزم مولاه مؤنة الرد
فلا يكون ذلك الا عن شرط فان سافر به بغير اذن مولاه فهو ضامن ولا اجر عليه لما قلنا وليس
له ان يضرب العبد فان ضربه بغير اذن صاحبه فعطب فهو ضامن له على قول ابي حنيفة ظاهر
فقد بينا في الدابة يستاجرها انه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد اولى وهما يفرقان فيقولان
العبد يخاطب فيؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج الى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه
بمطلق العقد بخلاف الدابة فانها لا تفهم الامر والنهي ولا تنقاد في السير الا بالضرب فيكون له
ان يضربها ضربا متعارفا وان دفع الاجر عند غرة الشهر الى العبد فان كان المولى هو الذي اجره
لم يبرا من الاجر لان حقوق العقد في الاجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك
للاجر فالدفع اليه كالدفع الى اجنبي اخر وان كان العبد هو الذي اجر نفسه فهو بري من الاجر لانه
هو العاقد فاليه قبض البدل بحكم العقد وله ان يكلفه كل شي من خدمة البيت ويامره ان
يغسل ثوبه وان يخيط ويخبز ويعجن اذا كان يحسن ذلك ويعلف دابته وينزل متاعه من ظهر
بيت او يرقى به اليه ويحلب شاته ويستقي له من الما فهذا كله يعد من الخدمة وما يكون من
الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج
مدفوع وليس له ان يقعده خياطا ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقا في ذلك لانه
استاجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شي وليس على المستاجر طعامه الا ان
يتطوع بذلك وان يكون فيه عرف ظاهر وله ان يامره بخدمة اضيافه لان ذلك من خدمته
فالانسان يستاجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة اضيافه من جملة حوائجه وله
ان يواجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد
عاقل لا ينقاد اذا كلف فوق طاقته وبقدر الطاقة لا فرق بين ان يستخدمه المستاجر الاول
او الثاني وان تزوج المستاجر امراة فقال له اخدمني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه
وانما يستاجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المراة ان كانت هي المستاجرة وتزوجت فقالت
اخدمني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو اظهر لخدمة الزوج عليها فانما استاجرته
لينوب عنها فيما يحق عليها وان استاجرت امراة رجلا ليخدمها فهو جائز واكره ان يخلو بها
حرا كان او عبدا لما فيه من خوف الفتنة واذا استاجر الرجل امراته لتخدمه كل شهر باجر مسمى
لم يجز لان خدمة البيت مستحق عليها دينا ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ما روي ان النبي
عليه السلام لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنه جعل امور داخل البيت عليها وامور
خارج البيت عليه ولان الشرع الزم نفقتها ليقوم بخدمة بيته فلا يستحق مع ذلك اجرا
اخر وان سمى وان استاجرها لترضع ولدا له من غيرها او لترعى دوابه او لتعمل عملا سوى
خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها

وان استاجرت المراة زوجها ليخدمها فهو جائز لان خدمتها غير مستحق على الزوج وقال في
كتاب الاثار وله ان يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بان يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ
الاجارة كالحرة اذا آجرت نفسها للظئورة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر
عليها وكذلك لو استاجرته يرعى غنما او يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استاجر
الرجل ابنه ليخدمه في خدمة بيته لم يجز ولا اجر عليه لان خدمة الاب مستحق عليه ولا هو
مطلوب به في العرف وان استاجر الابن اباه او امه او جده او جدته لخدمته لم يجز لانه
منهي عن استخدام هؤلاء لما فيه من الاذلال فلا يجوز ان يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقد الاجارة
وكيف يستحق هو ولا يترك هو يستخدم والده ولا لوالده لخدمته ولكن ان عمل شيئا من ذلك
فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان في معنى الاذلال فيه اكثر ولانا
نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا يصير خدمته مستحقا عليه وقد زال هذا المعنى
حين اقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستاجر اباه لخدمته وابوه حر غني عن خدمته او
محتاج اليه فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة احد من اقاربه سوى مولاه فهو في ذلك
كاجنبي آخر ولان خدمته لمولاه ولا نسب بين المولى وبين المستاجر والمكاتب بمنزلة العبد
مملوك حتى لا يلزمه نفقة ابنه الحر وان كان محتاجا فلذلك لا يلزمه خدمته وان كان الاب
عبدا والابن حر فاستاجر من مولاه ليخدمه ابطلت ذلك ولم اجز لان الابن ممنوع من اذلال
ابيه وان كان عبدا ولهذا يعتق عليه اذا ملكه وفي استخدامه اذلال له ولانه يلحقه الذل
في ان يخدم ابنه وليس للمرء ان يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا
والابن مسلما او الابن كافرا والاب مسلما فاستاجره لخدمته لم يجز لان خدمة الاب
مستحق على الابن دينا مع اختلاف الدين الا ترى انه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابيه للخدمة
اذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وساير الاقارب كما
يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير ان
يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة
والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما فان استاجر الذمي او المستامن
مسلما لخدمته حرا او عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذل
ولا ينبغي للمولى ان يذل نفسه ولكن هذا النهي لمعنى وراء ما يتم به العقد وان استاجر المسلم
ذميا او مستامنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغي ان يستخدمه من امور دينه من امر
الطهور ونحوه فانهما لا يؤديان الامانة فيه قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم
خبالا اي لا يقصرون في افساد من دينكم

باب الاستئجار على ضرب اللبن وغيره

قال واذا استاجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا في داره لبنا فان كان الملبن معلوما
فهو جائز لان العمل يتفاوت بحسب الملبن فاذا كان مجهولا فجهالة تفضي الى المنازعة
وبعد ما كان معلوما فلا منازعة بينهما فان لبنه فافسده المطر قبل ان يرفعه او انكسر
فلا اجر له لانه لا يصير العمل مسلما الى المستاجر ما لم يصر لبنا فما دام على الارض فهو طين
لم يصر لبنا بعد الا ترى انه لو ترك لذلك فسد وصار وجه الارض فان اقامه فقد
برئ منه اللبان في قول ابي حنيفة وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لا حتى يجف
فاذا جف واشرج فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبرا فيه العرف واللبان

هو الذي

هو الذي يتكلف لذلك للعادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كاخراج الخبز من التنور
وغرف القدر في القصاع يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار في الوليمة وابو حنيفة اخذ
بالقياس فقال المستحق عليه ان يصير الطين لبنا فقد فعل فانه لما اقامه من وجه الارض
عرفنا انه صار لبنا وخرج من ان يكون طينا فالطين ينبسط على الارض ولان الاقامة لتسوية
اطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفوف فليس من عمل اللبان والتشريج كذلك فانه
جمع اللبن وليس بعمل يحدثه في العين فهو كالنقل الى موضع البناء وذلك لا يستحق على اللبان
يوضحه ان المستاجر قد ينقل اللبن الى موضع العمل قبل ان يشرجه فلم يكن التشريج في مقاصده
لا محالة بخلاف الاقامة لا ينقله الى موضع العمل قبل الاقامة فصار ذلك مستحقا على اللبان
لما عرف من مقصود المستاجر وهذا كله اذا كان يقيم العمل في ملك المستاجر فاما في غير ملكه
ما لم يشرجه ويسلمه الى المستاجر لا يخرج من ضمانه حتى اذا فسد قبل ان يسلمه اليه لم يكن
له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره في الخياط والفرق بينهما اذا كان يعمل
في بيت نفسه او في بيت المستاجر ولو تكارى خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرجه من التنور
فالمستاجر لا يفعل ذلك بنفسه عادة ولا يستاجر لاجله غيره بخلاف التشريج لعدم ما منا العمل
فليس ذلك بمطلوب لا محالة لجواز ان ينقله الى موضع العمل قبل التشريج يوضحه ان الخبز لو ترك
في التنور يفسد وما يرجع الى الاصلاح صار مستحقا على الخباز وذلك في الاخراج من التنور
ووراءه الاقامة في اللبن فاما اللبن بعد الاقامة لو ترك لم يفسد فلا يستحق التشريج على اللبان
الا بالشرط وان استاجره يضرب له لبنا بملبن معلوم ويطبخه له آجرا على ان الحطب من عند رب
اللبن فهو جائز لانه استاجره بعمل معلوم من عند العامل بالآلات للمستاجر وان افسد اللبن
بعد ما ادخله الاتون وتكسر لم يكن له اجر لانه لم يفرغ منه بعد فانه ما لم يخرجه من الاتون
لم يتم عمله في طبخ الآجر فما لم يفرغ من العمل لا يصير مسلما الى صاحبه ولو طبخه حتى نضج ثم كف
النار عنه فاختلف هو وصاحبه في الاخراج فاخراجه على الاجير بمنزلة اخراج الخبز من التنور
لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر قبل ان يخرجه فلا اجر له لان العمل لا يخرج من ضمانه
ما لم يفرغ منه وان اخرجه من الاتون والارض في ملك رب اللبن وجب له الاجر ويبرأ من ضمانه
لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستاجر بكماله وان كان الاتون في ملك اللبان فلا
اجر له حتى يدفعه الى صاحبه لانه ما اتصل عمله بملك المستاجر فلا بد من التسليم اليه حقيقة
ليخرج من ضمانه واذا شق رجل راوية رجل فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها
ما لم يستق معها صاحبها لان المائع لا يستمسك الا بوعاء فشق الراوية بمنزلة صب ما فيها الا ترى
ان قطع حبل القنديل بمنزلة مباشرة الاتلاف والكسر في ايجاب الضمان ولو صب ما فيها
كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه تسبيب هو فيه متعدي بمنزلة حفر
البير والقاء الحجر في الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله رجل فشقه آخر فان حمله صاحبه
وهو ينظر اليه فهذا رضي بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به لا يترك
استيفاءه الا راضيا بصنعه والرضى بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد
ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك فهو ساكت والصغير والكبير في هذا
سواء لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤاخذ به من الافعال
كالبالغ واذا شق راوية رجل فلم يزل يسيل ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقع وانخرق
ايضا فهو ضامن لها جميعا لانه بمنزلة المباشر لصب ما في الراوية حين شقها وصب
ما في احدى الراويتين يكون ابتغاء للاخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمساك وهو

يتسبب منه لا لتلقا الاجر وهو متعمد في هذا السبب فيكون ضامنا الا ان يكون صاحبه
قد مضى وساق بعيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما
يحدث بعد ذلك كما لو اذن في الابتدا حين فعل فقال ارايت لو شرط فيه تعبا صغيرا فقال لصاحبه
بئسما ما صنعت ثم مضى وساقها فنفق قال رجل بما سال منه اكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا
شي عليه من ذلك لوجود الرضى من صاحبه حين سار بعيره لان فعل الاول قد انفسخ بما احدثه
الثاني من سوق البعير وهذه المسئلة ليست من مسئلة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله
عند فراغه من هذا الكتاب تذكر هذه المسئلة فاثبتها في هذا الموضع كي لا تفوت وقد جعل مثله
في كتاب التحري حين ذكر بابا من الاجارات في اخر التحري وقد بينا شرح ذلك ثم ذكر في نسخ ابي
حفص رحمه الله زيادة مسئلة هنا قال اذا استاجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على ان يطحن له
كل يوم قفيزا الى الليل فهذا باطل الا ان لا يسمي له قفيزا ولكن يقول على ان يطحن له يوما الى
الليل فحينئذ يجوز واضاف هذا الجواب الى ابي يوسف ومحمد وقد بينا قبل هذا في الكتاب
انه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند ابي حنيفة وجايز عندهما وقد جمع هنا بين
المدة والعمل ثم اجاب بفساد العقد فاستدلوا بهذا على رجوعهما الى قول ابي حنيفة وقيل
بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ما هو المقصود من العمل بكماله
فعرفنا ان ذكر المدة للاستعجال لا لتعليق العقد به فبقي العقد على العمل سوا فرغ من العمل
في تلك المدة او لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده في العمل وانما استاجره مدة معلومة
وشرط عليه في كل يوم من ايامه عملا لا يدري ايقدر على الوفا به ام لا يقدر فلا بد من
اعتبار المدة لتعليق العقد بها والعمل مقصود لا بد من اعتباره ايضا وعند اعتبارهما
يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا ان باعتبار المدة المستحق منافعه وباعتبار العمل
المستحق هو الوصف الذي يحدث في المحمول وجهالة المستحق بالعقد مفسد للعقد والله اعلم

كتاب ادب القاضي

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الايمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي
رحمه الله املا اعلم ان القضا بالحق من اقوى الفرايض بعد الايمان بالله تعالى وهو من اشرف
العبادات لاجله اثبت الله تعالى لادم عليه السلام اسم الخلافة فقال جل جلاله اني جاعل في
الارض خليفة واثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل يا داود انا جعلناك خليفة
في الارض وبه امر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبيا عليهم السلام قال الله تعالى انا انزلنا
التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله
ولا تتبع اهواهم وهذا لان في القضا بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض
ودفع الظلم وهو ما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق
الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولاجله بعث الانبيا والرسل عليهم السلام
وبه اشتغل الخلفا الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع ما قلنا الحديث الذي بدا
به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن ابي بكر الهذلي عن ابي المليح عن اسامة الهذلي ان عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي موسى الاشعري اما بعد فان القضا فريضة محكمة
وسنة متبعة وما كتب عمر الى ابي موسى معروف عند الناس يسمونه كتاب سياسة القضا
وتدبير الحكم وقوله اما بعد اي بعد الثنا على الله تعالى والصلاة على رسوله وهذه
الكلمة علامة بها يعرف تحول الكاتب الى بيان مقصوده من الكتاب وعد من ذلك فصل الخطاب

قيل

قيل في تاويل قوله واتيناه الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة وفصل الخطاب القضا
وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل الخطاب البينة على المدعي واليمين على من انكر وقوله
القضا فريضة محكمة اي مقطوع بها ليس فيها احتمال النسخ ولا التخصيص ولا التاويل فتفسير
المحكم هذا بيانه في قوله تعالى ايات محكمات هن ام الكتاب ومنه يقال بنا محكم والفرض
هو التقدير والقطع قال الله تعالى سورة انزلناها وفرضناها وقوله سنة متبعة اي
طريقة مسلوكة في الدين يجب اتباعها على كل حال فالسنة في اللغة الطريقة وما يكون متبعا
منها فاخذها هدى وتركها ضلالة قال فافهم اذا ادلي اليك الخصمان والادلا رفع الخصومة
الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهود في اصابة الحق اذا ادلي اليك وقيل
معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يومر كل قاضي لانه لا يتمكن من
تمييز الحق من الباطل الا بذلك وربما يجري على لسان احد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه
فاذا فهم القاضي ذلك انتفع واذا لم يفهم ضاع واليه اشار في قوله فانه لا ينفع تكلم
بحق لا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وافهم مرادهم فانهم يتكلمون بالحق بين يديك
وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضي اياه ثم قال اس بين الناس معناه سو بين الخصوم فالاسا
في اللغة التسوية قال القايل
فلولا كثرة الباكين حولي على اخوانهم لقتلت نفسي وما يبكون مثل اخي ولكن اعزي النفس عنهم بالتاسي
وفيه دليل ان على القاضي ان يسوي بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم او اختلفت
فاسم التاويل يتناول الكل وانما يسوي بينهم فيما اشار اليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك
وعدلك يعني في النظر الى الخصمين والاقبال عليهما وفي جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم احدهما
على الاخر وفي عدله بينهما وبالعدل امر وحكي ان ابا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته حكاية غريبة عن اب
اللهم ان كنت تعلم اني ما تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك
الحادثة قال ادعى نصراني على امير المومنين دعوى فلم يمكني ان امر الخليفة بالقيام من مجلسه
والمحاذاة مع خصمه ولكني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما امكن ثم سمعت الخصومة
قبل ان اسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري لعلمنا ان هذا من اهم ما ينبغي للقاضي ان يصرف
العناية اليه لما اشار اليه في الحديث فقال لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف جورك
والحيف هو الظلم قال الله تعالى ام يخافون ان يحيف الله عليهم ورسوله فاذا قدم الشريف
طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن الشريف
عند هذا التقديم من التلبيس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب
لذلك بالاقبال على احدهما وترك التسوية بينهما بالميل ايضا وهو مامور بالتحرز عن ذلك
بابلغ ما يمكنه قال البينة على المدعي واليمين على من انكر وهذا اللفظ مروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم على ما قال عليه السلام اوتيت جوامع الكلم واختصر
لي الكلام اختصارا وقد املينا فوايد هذين الحديثين في شرح كتاب الدعوى قال والصلح
جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما وهذا ايضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفيه دليل جواز الصلح واشارة الى ان القاضي مامور بدعا الخصمين الى الصلح فقد وصف
الله تعالى الصلح بانه خير فقال الله تعالى والصلح خير وذلك دليل الندبية في الخير به ويستدل
الشافعي بظاهر الاستثنا في ابطال الصلح مع الانكار قال هو صلح حرم حلالا واحل حراما
لان المدعي اذا كان يدعي مبطلا فاخذ المال كان حراما عليه والصلح يحل له ذلك واذا كان محقا
فالصلح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك الى تمام حقه كان اخذه حلالا له

قيل الصلح حرم ذلك عليه بالصلح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصلح حل له ذلك بالصلح
ولكنا نقول ليس المراد هذا بل الصلح على الاقرار وقد يتحقق هذا ولكن المراد تحليل محرم العين
او تحريم ما هو حلال العين بان وقع الصلح على خمر او خنزير او في الخصومة بين الضرات صالح
احدى المراتين على ان لا يطا الاخرى او صالح زوجته على ان يحرم امته على نفسه فهذا هو الصلح
الذي حرم حلالا او احل حراما وهذا باطل عندنا قال لا يمنعك قضا قضيته بالامس راجعت
فيه نفسك وهديت لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل
وفيه دليل انه اذا تبين للقاضي الخطا في قضا به بان خالف قضاه النص او الاجماع فعليه
ان ينقضه ولا ينبغي ان يمنعه الاستحيا من الناس من ذلك فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له
والى ذلك اشار عمر رضي الله عنه حين ابتلي بالحديث في الصلاة الحديث الى ان قال كذب ان امضي في
صلاتي استحيا منكم ثم قلت لان اراقب الله تعالى خير من ان اراقبكم ثم ابتلي بني فلم اراقب الله تعا
وهذا ليس في القاضي خاصة بل هو في كل من يبين لغيره شيا من امور الدين الواعظ والمفتي والقاضي
في ذلك سوا اذا تبين له انه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل
اذا زل العالم زل بزلته ولكن هذا في حق القاضي اوجب لان القضا ملزم وقوله
الحق قديم يعني هو الاصل المطلوب ولانه لا يتكتم زله من زل بل يظهر لا محالة فاذا كان هو
الذي يظهره على نفسه كان احسن حالا عند العقلا من ان يظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل
ثم قال الفهم الفهم فيما يتخلج في صدرك وقد بينا تفسير هذا اللفظ في تكراره مرة بعد مرة بيان
انه ينبغي للقاضي ان يصرف العناية الى ذلك خصوصا اذا تمكن الاشتباه في قلبه فانه عند ذلك
مامور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا اذا تمكن الاشتباه في قلبه فانه واليه
اشار في قوله مما لم يبلغك في القران والسنة وفيه بيان انه لا ينبغي للمرء ان يتقلد القضا مختارا
الا اذا كان مجتهدا واقرب ما قيل في حد المجتهد ان يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه
وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا في القياس عالما بعرف
الناس ومع هذا قد يبتلى بحادثة لا يجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة
والحوادث ممدودة فعند ذلك لا بد له من التامل وطريقه ما اشار اليه في الحديث فقال
اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس
حجة فان الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بخلاف ما يقوله اصحاب الظواهر ثم قال
واعمد الى احبها الى الله واشبهها بالحق فيما ترى وهذا هو طريق القياس ان يرد حكم الحادثة
الى اقرب الاشباه معنى ولكن انما يعتبر الشبه في المعنى الذي هو صالح لاثبات ذلك الحكم ثم
قال اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه فان احضر بينته اخذ بحقه والا وجهت القضا عليه فان ذلك
اجلى للعمى وابلغ للعذر وفيه دليل ان على القاضي ان يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما
يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعي بينتي حاضرة امهله ليأتي بهم فربما لم يأت بهم
في المجلس الاول بناء على ان الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعد ما اقام
البينة اذا ادعى الخصم الدفع امهله القاضي ليأتي بدفعه فانه مامور بالتسوية بينهما وعدله
وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة الامهال
اضرار بمن اثبت حقه وخير الامور اوساطها وقوله فان احضر بينته اخذ بحقه والا وجهت
القضا عليه ان كان مراده دعوى الدفع فهو واضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعى من الدفع
وجه القاضي عليه القضا ببينة المدعي وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضا عليه
لان الحجة انما تقوم عليه اذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعي

فمعنى

فمعنى قوله وجهت القضا عليه الزمته الكف عن اذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله
فان ذلك اجلى للعمى اي لازالة الاشتباه وابلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء
عليه لانه اذا اوجه القضا عليه بعد ما امهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه
شاكيا واذا لم يمهله انصرف شاكيا منه يقول مال الى خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكني من
اثبات الدفع عنه ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو دليل لابي حنيفة رحمه الله على جواز القضا بشهادة المستور
قبل السوال عنه اذا لم يطعن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان
دينه يمنعه من الاقدام على ما يعتقد الحرمة فيه فيدل انه صادق في شهادته فالكذب
في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم قال عليه السلام في خطبته عدلت شهادة الزور
بالاشراك بالله ثم قرا فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الا مجلودا
حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة
في ارتكاب الكبائر وبظهور ذلك عليه تنعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره
عنه وقيل المراد المحدود في القذف وقد ذكره في بعض الروايات الا مجلودا حدا في قذف
فهو دليل لنا على ان المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب وان العدالة المعتبرة
لادا الشهادة تنعدم باقامة حد القذف كما اشار الله تعالى في قوله ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا ثم قال او مجربا عليه شهادة زور فانه اذا عرف فيه شهادة الزور فظهر منه
الخيانة في هذه الامانة ومن ظهرت خيانته في شي لا يومن على ذلك ولانه ظهر منه ارتكاب
الكبيرة على ما روي ان النبي عليه السلام قال اكبر الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين
الا وقول الزور قال الراوي فما زال يقولها حتى قلنا ليته سكت ثم قال او ظنينا في ولا
او قرابة اي متهما بسبب قرابة او ولا وهو الموالاة فهو دليل على ان شهادة الوالد لولده
لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على ان شهادة احد الزوجين للاخر فالزوجية من اقوى اسباب
الموالاة ومما يجعل كل واحد منهما مائلا الى صاحبه وقد اشار الى ان نفس الولا والقرابة
لا تقدح في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل في معناه
اذا ظهر منه الميل الى مولاه وقريبه في كل حق وباطل حتى يوثره على غيره وهو تفسير القانع
باهل البيت كما ذكر في الحديث المرفوع ثم قال فان الله تعالى تولى منكم السرائر يعني ان
المحق والمبطل ليس للقاضي اليه معرفته حقيقة فان ذلك غيب ولا يعلم الغيب الا الله تعا
ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة اليه اشار في قوله ودرا عنكم بالبينات
يعني درا عنكم اللوم في الدنيا والاثم والعقوبة في الاخرة وهو معنى الحديث المروي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضا جمرة فادفع الجمرة عنك بعودين يعني شهادة
الشاهدين ثم قال اياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار الغضب القلق الحدة
والضجر رفع الصوت على الكلام فوق ما يحتاج اليه والقاضي منهي عن ذلك لانه يكسر قلب
الخصم به ويمنعه من اقامة حجته ويشتبه على القاضي بسببه طريق الاصابة و[illegible]
كلام احد الخصمين عند ذلك قال والتاذي بالناس يعني اظهار التاذي بكثرة الخصوم
بين يديه واظهار الملال منهم والمراد باظهار التاذي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة
به اليه فقد يطول احد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي ان يظهر التاذي بذلك
ما لم يجاوز الحد فاذا تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي او يذهب به خصمه
عن مجلس القضا فحينئذ يمنعه عن ذلك ويودبه عليه ثم قال والتنكر للخصوم وهو

ان يقطب وجهه اذا تقدم اليه خصمان فان فعل ذلك مع احدهما فهو جور منه وان فعله
معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فيذهب ويترك حقه الا ترى الى قوله تعالى ولو كنت فظا
غليظ القلب لانفضوا من حولك ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله بها الاجر ويحسن
بها الذخر يعني في مجالس الحكم والحكم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود
في كل موضع وفي مجلس القضا اولى بعد ان يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه
من يخلص نيته فيما بين الله تعالى ولو على نفسه يكفيه الله ما بينه وبين الناس والجو
اشار عليه السلام في قوله من اخلص سريرته اخلص الله علانيته قال ومن تزين للناس
بما يعلم الله منه خلافه شانه اذا رانا يعني يفعله والمراياه مذموم حرام على كل احد وهو
في حق القاضي اكد لانه غير محتاج الى ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه تقلد
القضا ليكون خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغي ان
يكون اشبه برسول الله وهو كان ابعد الناس عن المراياه والنفاق قوله شانه الله اي يفضحه
الله تعالى على رؤس الاشهاد وقال عليه السلام من رايا راءا الله ومن سمع سمع الله به ثم
قال فما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته معناه ان المرائي بعمله يقصد
اكتساب محمدة او شيئا مما في ايدي الناس وما يفوته به اذا ترك الاخلاص من ثواب
الله تعالى اعظم فالعاقل اذا تامل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص
بما يطمع فيه من جهة الناس يرجح ما عند الله لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى
ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى
ان رحمة الله قريب من المحسنين اي المتقين المخلصين والحديث من اوله الى اخره دليل على ان
للقاضي ان يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال عليه السلام ملاك دينكم
الورع وقال الشعبي رحمه الله وعن عامر قال كتب عمر الى معاوية رضي الله عنه الى معاوية
رضي الله عنه اما بعد فاني كتبت بكتاب في القضاء لم ءالك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام
ينبغي له ان يكتب الى عماله في كل وقت يوصيهم وكان معاوية رضي الله عنه عامله بالشام
فكتب اليه في القضا بهذا الكتاب وبين انه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله
ثم ان عمر رضي الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتاخذ فيه بافضل حظك
اذا تقدم اليك الخصمان فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق
للقاضي الذي لا يجد العدل فمن تمسك به سلم اليه دينه وقال افضل الحظ من المحمدة في
الدنيا والثواب في الاخرة فعني اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وادن
الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي
وانما اراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على
ذلك والقوي يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فعلى القاضي ان يدني الضعيف
ليسويه بخصمه حتى يتقوى قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب
فانك ان لم تتعاهده ترك حقه ورجع الى اهله فانما ضيع حقه من لم يرفع به راسه قيل هذا
امر بتقديم الغرباء عند الازدحام في مجلس القضا فان الغريب قلبه مع اهله فينبغي
للقاضي ان يقدمه في سماع الخصومة ليرجع الى اهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يامر بتعاهد الغرباء وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فاذا لم يخصه القاضي بالتعاهد
عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع الى اهله والقاضي هو المسبب لتضييع حقه حين
لم يرفع راسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبن لك فصل القضا وفيه

دليل

دليل ان القاضي مندوب الى ان يدعو الخصم الى الصلح خصوصا في موضع اشتباه الامر وبه
كان يامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصومة كي يصطلحوا فان فصل القضا
تورث بينهم الطعان وعن شريح رحمه الله ان عمر رضي الله عنه كتب اليه لا تسار ولا تضار ولا
تبع ولا تبتاع في مجلس القضا ولا ترتش ولا تقضي بين اثنين وانت غضبان اما قوله لا تسار منهم
من يروي بالشين قالوا المراد المشورة انه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضا تشبه طريق الفصل عليه وربما
يظن جاهلا انه لا يعرف حتى يبيا لغيره فيردي به وقد وقع مثل هذا لعمر رضي الله عنه في حادثة
بيناها في المناسك والاظهر بالسين لا بشار معناه لا يسار احد الخصمين لان ذلك يكسر قلب
الخصم الاخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن انه فيما يسار ربما لقنه على رشوة وكذلك
لا يسار غير الخصمين في مجلس القضا لان مجلس القضا يجمع الناس ومسارة الاثنين في هذا المجلس
يؤدي الى فتنة الاخرين قال عليه السلام اذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان
ذلك يحزنه وقوله لا يضار من الضرر اي لا يقصد الاضرار بالخصوم في ناحية الخروج ولا ينقص
الخصوم في استيفا له يعجز عن اقامة حجته او في رفع الصوت عليه او في احدهم يسقط من كلامه ان يزل
فلمجلس القضا من المهابة والحشمة ما يعجز كل احد من مراعاة جميع الحدود في الكلام فاذا لم يعرض القاضي
عن بعض ما يسمع كان ذلك منه مضارة والقاضي منهي عن ذلك وفيه دليل على انه لا يشتغل بالبيع
والشري في مجلس القضا لان بذلك ينقص حشمة مجلس القضا ولانه مجلس اظهار الحق وبيان احكام
الدين فلا ينبغي ان يخلط شيء من عمل الدنيا وقوله لا ترتش المراد الرشوة في الحكم وهو حرام قال عليه السلام
الراشي والمرتشي في النار ولما قيل لابن مسعود الرشوة في الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان يرشو
من يحتاج اليه امام حاجتك وفي قوله ولا تقضي بين اثنين وانت غضبان دليل ان القاضي ينبغي ان لا
يشتغل بالقضا في حال غضبه ولكن يصبر حتى يسكن ما به فانه مامور بان يقضي عند اعتدال
حاله ولهذا نهي عن القضا اذا كان جائعا او كظيظا من الطعام او كان يدافع الاخبثين لانه
ينعدم به اعتدال الحال وانما يجري على لسانه في غضبه ما لا ينبغي ان يسمع الناس ذلك منه وربما
يتغير لونه على وجه لا ينبغي ان يراه الناس على تلك الصفة واذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق
عن اظهار حقه بالحجة خوفا منه فلهذا قلنا يقوم او ينحي الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا اذا كان
يعتريه ذلك في بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته فذلك نوع من الحدة التي قال فيها رسول
الله صلى الله عليه وسلم انها تعتري خيار امتي فلا يكف عند ذلك عن القضا لانه لا يلتبس به
عقله ولا يشتبه عليه وجه القضا بخلاف ما يعتريه من الغضب في بعض الاوقات وعن عمر رضي
الله عنه انه دعى قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضي قال اقضي بما في كتاب
الله تعالى قال فاذا لم تجد ذلك في كتاب الله قال اقضي بما يقضي رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحديث وفيه دليل على انه يجوز ان يتقلد القضا من هو حديث السن اذا كان عالما فقد كان
عمر رضي الله عنه اكثر الناس نظرا في ذلك ثم ولم يمنعه حداثة سنه وبعث رسول الله صلى الله
عليه وسلم عتاب بن اسيد الى مكة قاضيا واميرا وكان حديث السن ويحكى المامون
قلد يحيى بن اكثم قضا البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطعن بعض الناس في ذلك لحداثة سنه
فكتب اليه المامون كم سن القاضي فكتب في جوابه انا على سن عتاب بن اسيد حين ولاه رسول
الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضي الله عنه بلغه مثل هذا الطعن في هذا القاضي لحداثة
سنه فامتحنه بالعلم فقال ثم بم تقضي قال اقضي بما في كتاب الله تعالى فاصاب في ذلك
لان كتاب الله امام المتقين انزل للعمل به قال فاذا لم تجد ذلك في كتاب الله قال اقضي
بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم واصاب في ذلك ايضا ولنا في رسول الله اسوة حسنة

وقد امرنا باتباعه والاقتدا به قال فاذا لم يجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال اقضي بما قضى به ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد اصاب في ذلك ايضا وقد امرنا بالاقتدا
بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه السلام اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر
رضي الله عنهما وقال عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفا الراشدين من بعدي عضوا عليها
بالنواجذ قال فاذا لم يجد ذلك في قضايهم قال اجتهد رايي واصاب في ذلك فالقاضي
مامور بان يجتهد رايه فيما لا نص فيه فاجتهاد الراي هو القياس برد حكم الحادثة الى اشبهها
مما هو منصوص واذا جاز اجتهاد الراي في باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الادلة في
المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضا فلما اصاب في جميع ما اجاب قال له عمر رضي
الله عنه اين قاضيها اي اني لا اعزلك عن القضا ما دمت على هذه الطريقة وفيه دليل ان الامام
اذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغي ان يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المتعنتين
ما لم يتبين له شي مما لا يحمد من السيرة منه وعن ابن مسعود قال لقد اتى علينا زمان لسنا نسال ولسنا
هنالك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر ما ترون قيل هذا اشارة منه الى زمن رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقد كان الوحي ينزل وكان عليه السلام بين ظهرهم فكانوا لا يحتاجون فيه الى
ابن مسعود رضي الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة الى زمن ابي بكر وعمر فقد كانت الصحابة
رضوان الله عليهم متوافرين في ذلك الوقت وما كان يحتاج الى ابن مسعود رضي الله عنه وقيل
هذا منه اشارة الى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه
من الله الدرجة الى ما بلغه اليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله اربعة الاف تلميذ يتعلمون
بين يديه حتى روي انه لما قدم علي رضي الله عنه الكوفة وخرج اليه ابن مسعود مع اصحابه حين
سدوا الافق فلما راهم علي رضي الله عنه قال ملات هذه القرية علما وفقها قال فمن ابتلي
منكم بقضا فليقض بما في كتاب الله وفي هذه اشارة الى التحرز عن تقلد القضا اولى فقد
عد ابن مسعود رضي الله عنه من البلوى بقوله فمن ابتلي منكم وهو اختيار ابي حنيفة رحمه الله
فانه تحرز عن تقلد القضا بعد ما حبس وضرب لاجله مرارا حتى قال لبعض اصحابه لو تقلد
نفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو امرت ان اقطع البحر سباحة اكنت اقدر على
ذلك وكان يكن قاضيا ومن اختار تقلد القضا قال هذا اللفظ من البلا الذي هو نعمة قال الله
تعالى وليبلي المومنين منه بلا حسنا وانما اراد من انعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة فليقض
بما في كتاب الله تعالى وبذلك كان يامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول اني تارك فيكم
الثقلين كتاب الله تعالى وعترتي فان تمسكتم بهما لم تضلوا قال فان لم يجد ذلك في كتاب الله
تعالى فليقض بما قضى به رسول الله وبذلك كان يامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
حين قال لابي رواحة رضي الله عنه في حادثة اما كان لك في اسوة فقال انت تسعى في رقبة
قد فكت وانا اسعى في رقبة لم تعرف فكاكها فقال عليه السلام مع ذلك اني لارجو ان اكون
اخشاكم لله فان لم يجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى
الصالحون يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنه كما جاء في الحديث اذا ذكر الصالحون فحيهلا بعمر
قال فان لم يجد ذلك فليجتهد رايه ولا يقولن اني ارى واني اخاف وفيه دليل على ان للقاضي
ان يجتهد فيما لا نص فيه وانه ينبغي ان لا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطا فان ترك
الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه فكما لا ينبغي له ان يجتهد بالاجتهاد
مع النص لا ينبغي له ان يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه ثم بين طريق ذلك بقوله وان الحلال بين
والحرام بين وبين ذلك امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وهذا اللفظ مروي عن

رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الحسن رحمه الله وفيه بيان ان المجتهد اذا لم يترك الاحتياط في
موضع الريبة فهو مودي لما كلف اصاب المطلوب باجتهاده او اخطا وهو ما نقل عن ابي حنيفة
رحمه الله كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد اي مصيب في طريق الاجتهاد اذا اسدا وقد
يخطي ابه فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه معذور في ذلك لما اتى بما في وسعه وذكر
عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثني الى اليمن
بم تقضي يا معاذ قلت بما في كتاب الله تعالى قال عليه السلام فان لم تجد ذلك في كتاب الله قلت
اقضي بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد ذلك فيما قضى به رسول
الله قلت اجتهد رايي فقال عليه السلام الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال فان لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اجتهد رايي فقال عليه السلام
الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه ان الامام اذا اراد ان يقلد الانسان
القضا ينبغي له ان يجربه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فعل ذلك بمعاذ مع انه كان
معصوما عنه بدلك اولا وكان هذا منه على وجه التعليم لامته ثم حمد الله تعالى حين ظهر
منه التجربة لما تعرف فيه فكذا ينبغي للامام اذا بلغه عن عامل له ما يرضى به ان يعد ذلك نعمة
من نعم الله عليه فليقابلها بالشكر وفيه دليل جواز الراي والاجتهاد والعمل بالقياس فيما
لا نص فيه ومن العلما من يقول لجواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما كان يجوز ذلك في حيوته لان الوحي كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون الى
الاستنباط في ذلك الوقت والحكم يثبت بالنص مقطوعا به فلا يصار اليه في غير موضع
الضرورة والصحيح عندنا ان ذلك كان جايزا لهم في حيوته عليه السلام كما بعده وحديث معاذ
رضي الله عنه يدل عليه فانه لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله بين يديه
اجتهد رايي ولما قال لعمرو بن العاص اجتهد اقض بين هذين قال اقضي وانت حاضر او جالس
قال عليه السلام نعم قال على ماذا اقضي قال عليه السلام على انك ان اجتهدت فاصبت
فلك اجران وان اخطات فلك اجر واحد فقد جوز له عليه السلام الاجتهاد بحضرته
وقد شاور رهطا من الانصار انه شاورهم في اسارى بدر واشار ابو بكر رضي الله عنه بالفدا
واخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور سعد بن ... يوم الاحزاب
في صلح بني فزارة على بعض ثمار المدينة واخذ بما اشارا به ولما اشار اليه اسيد بن حضير في
النزول عند الما يوم بدر اخذ برايه في ذلك وكان صوابا ويبتنى على هذا الفصل الاختلاف
بين العلما في انه عليه السلام كان يجتهد فيما لم يوح اليه فمنهم من يقول كان ينتظر الوحي وما
كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا انه عليه السلام كان يجتهد وما كان يقر على الخطا
بيانه انه لما شاوره ابو بكر وعمر رضي الله عنهما في حادثة قال عليه السلام قولا فاني فيما لم
يوح الي مثلكما وقال عليه السلام للخثعمية ارايت لو كان على ابيك دين اكنت تقضينه فقالت
نعم قال عليه السلام فدين الله احق وهذا قول بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضي الله
عنه في القبلة ارايت لو تمضمضت بما ثم مججته اكان يضرك وقال عليه السلام في بيان حرمة
الصدقة على بني هاشم ارايت لو تمضمضت بما اكنت شاربه مضمضة ونحوه دليل انه كان يقضي
باجتهاده وما كان يقر على الخطا فقضاه يكون شريعة والخطا لا يجوز ان يكون اصل الشريعة
فعرفنا انه ما كان يقر على الخطا وبيان ذلك في قوله تعالى عفا الله عنك لم اذنت لهم
الاية وعن عمر بن عبد العزيز قال اذا كان في القاضي خمسة خصال فقد كمل وان كان
فيه اربع ولم يكن فيه واحدة فعيبه وصمه وان كان فيه ثلث ولم يكن فيه اثنتان ففيه وصمتان

وهذا عبارة النقصان والوصم كسر بيسير وقوته العصم ونظيره القبض بالانامل وقوته القبض
باليد وقوته الاخذ وهو التناول قال عليه السلم عما كان قبله وهو اشارة الى ما بينا في حق
المجتهد قال ونزهة عن الطمع وهو ماخوذ من النزاهة لمن يتحرز عن شي فيقال هو تنزه عن كذا
والاظهر في نزهة عن الطمع وهو ماخوذ من النزاهة فمن يتحرز عن شي فيقال هو تنزه عن كذا والاظهر في
تنزهه عن الطمع من الزهاد فكل الفتنة للقاضي في طمعه فيما في ايدي الناس ولما امتحن علي رضي الله عنه
قاضيا قال له ما صلاح هذا الامر قال بالورع قال فيم فساده قال بالطمع قال حق لك ان تقضي
فينبغي للقاضي ان يكون متنزها عن الطمع ليامن الفتنة ويخلص عمله لله تعالى قال وحكم عن الخصم
يعني ان يحكم في بعض ما يسمع من الخصوم مع قدرته على منعته وهو معنى قول عمر رضي الله عنه لا يصلح
لهذا الامر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف قال واستخفاف بالائمة ومعناه انه
لا ينبغي للقاضي فيما يتصل من القضاء الائمة من الناس فانه اذا خاف ذلك يتعذر عليه القضاء
بالحق والى ذلك اشار الله تعالى في قوله ولا يخافون لومة لائم وهذا لانه لا بد ان يتضرر احد الخصمين
من مجلسه ساكتا يلوم القاضي ثم اصدقائه على ما كان منه واليه اشار شريح رحمه الله حيث قيل
له كيف اصبحت قال اصبحت وشطر الناس علي غضبان فاذا تذكر القاضي فاشتغل بالتحرز عن
اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة اولي الراي وفيه دليل على ان القاضي وان كان
عالما فينبغي له ان لا يدع مشاورة العلما وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر الناس مشورة
لاصحابه رضي الله عنهم يستشيرهم حتى في قوت اهله واداميهم وقال عليه السلم المشورة تلقح
العقول وقال عليه السلم ما هلك قوم عن مشورة قط وقد كان عمر رضي الله عنه يستشير الصحابة
مع فقهه حتى كان اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لي عليا ادعوا لي زيد بن ابي بن كعب فكان
يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا انه لا ينبغي للقاضي ان يدع المشاورة وان
كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على ما بينا ان الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء.
ربما يحول بينه وبين فصل القضاء ويكون سببا لازدراء بعض الجهال به وعن مسروق
قال لان اقضي يوما بالحق احب الي من ان ارابط سنة فان مسروقا ممن تقدم بتقلد القضاء مع
الامتناع عنه وقد كان السلف في ذلك مختلفين وابتلي مسروق بالقضاء ومن دخل في
شي فانما يروي محاسن ذلك الشي وقد بينا طريق ابي حنيفة في اثبات التحرز عن تقلد القضاء.
وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق احب الي من ان ارابط سنة لما في اظهار الحق من المنفعة
للناس ودفع الظلم عن المظلوم وايصال الحق الى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه اشار النبي
عليه السلم في قوله عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة وقال عليه السلم لان يقام حد في ارض خير
خير من ان تمطر السما فيها اربعين صباحا وعن علي رضي الله عنه قال القضاة ثلاثة فاثنان
في النار وواحد في الجنة فاما اللذان في النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل
يقضي بغير علم واما الاخر فرجل اتاه الله علما فقضى به فذلك في الجنة ولا شبهة في حق من
قضى بخلاف ما علم فانه اقدم على النار عن بصيرة وكتم ما علم من الحق فكان فعله كفعل روساء
اليهود وفيهم نزل قوله تعالى ان الذين يكتمون ما انزلنا من البينات وقال تعالى وان فريقا
منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون واما الجاهل فما كان ينبغي له ان يتقلد القضاء ويلتزم ادا
هذه الامانة لانه لا يقدر على ادائها الا بالعلم ففي التزام ما لا يقدر على القيام ظلم نفسه
وبعد التقليد لا ضرورة له الى القضاء بغير علم لتمكنه من ان يتعلم او يسال العلما ويقضي
بفتواهم فلهذا جعله في النار حين قضى بغير علم والذي قضى بعلمه اظهر الحق بحكمه وانصف
المظلوم من خصمه فهو في الجنة ومثل هذا لا يعرف بالراي فانما يحمل على ان عليا رضي الله

عنه كان

عنه كان سمعه من رسول الله ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن ابن مسعود
رضي الله عنه قال يجا بالقاضي يوم القيمة وملك اخذ بقفاه ثم يكشف فاذا قيل ادفعه دفعه
في مهواه اربعين خريفا واهل الحديث يروون هذا الحديث يجا بالقاضي العدل يوم القيمة
ليعلم ان حال من يعدل اذا كان بهذه الصفة فما ظنك بحال من يجور وفي قوله وملك اخذ بقفاه
اشارة الى ما يلقى من الذل يوم القيمة وان كان عادلا في قضائه في الدنيا فانما يلقاه من
الاخذ بالقفا في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل في تاويله انه وان كان عادلا فقد نال
بعض الوجاهة في الدنيا بسبب تقلده القضاء فهذا له في الاخرة لما نال من الجاه في الدنيا بطريق
هو طريق العمل للاخرة ومعنى قوله دفعه في مهواه اربعين خريفا اي دفعه على وجهه في النار
كما قال الله تعالى يوم يسحبون في النار على وجوههم وكان المراد من هذا ان من نال من الله
ما يعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماء وجهه فيلقى في النار على وجهه
ولا يستقر الا في قعر جهنم هو المراد من قوله في مهواه اربعين خريفا وبيان هذا في قوله
تعالى ان المنافقين في الدرك الاسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من ابتلي بالقضا بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والخصاف رحمه الله يروي هذا
من ابتلي بالقضا فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحذير عن طلب القضا والتحرز عن
التقليد فكل عاقل يمتنع ان يذبح نفسه بغير سكين فينبغي ان يكون تحرزه عن طلب القضا
بتلك الصفة فذكر المثل من النبي عليه السلم كان للتنفير منه قال رحمه الله وكان شيخنا
الامام رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري بهذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك
القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدرى به كيف يكون هذا ثم ادعى
في مجلسه من يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه
الموسى والقى راسه بين يديه قال ومن ابتلي ان يقضي بين اثنين فليسوهما في الكلام والنظر
ولا ينبغي له ان يرفع صوته على احدهما ما لا يرفع على الاخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر
به القاضي من التسوية وعن عامر بن ابي بن كعب وعمر بن الخطاب اختصما في شي فحكما
زيد بن ثابت رضي الله عنه فاتياه في منزله قال زيد هلا ارسلت الي يا امير المومنين
قال عمر رضي الله عنه في بيته يوتى الحكم وفي هذا بيان انه كان يقع بينهم منازعة
وخصومة ولا يطعن بكل واحد منهم سوى الجميل وانما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم
الحادثة عليهم ويتقدمون الى القاضي بطلب البيان لا للقصد الى التلبيس والانكار
ولهذا كان القاضي يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكما زيد بن ثابت رضي الله
عنه وانما حكاه لفقهه فقد كان مقدما معروفا فيهم بذلك حتى روي ان ابن عباس
رضي الله عنه كان يختلف اليه واخذ بركابه لما اراد ان يركب وقال هكذا امرنا ان نصنع
بفقهائنا فقبل زيد رضي الله عنه يده وقال هكذا امرنا ان نصنع باشرافنا وفيه دليل
ان من احتاج الى العلم ينبغي له ان ياتي العالم في منزله وان كان وجيها في الناس ولا يدعوه
الى نفسه فان وجاهته بسبب الدين فينبغي ذلك له اذا عظم الدين والذهاب الى منزل
العالم عند الحاجة اليه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضي الله عنه قال هلا
ارسلت الي يا امير المومنين قال في بيته يوتى الحكم وتاويل استعظام زيد رضي الله عنه انه
خاف فيه على نفسه بسبب الوجاهة حين اتاه عمر رضي الله عنه في منزله وظن انه اتاه
زائرا وما اتاه محكما له راغبا في علمه فلهذا استعظم ذلك الا ترى ان عمر رضي الله عنه
بين له انه اتاه للتحكيم فقال في بيته يوتى الحكم فاتى زيد لعمر رضي الله عنه بوسادة

وكان هذا منه امتثالاً لما يذهب إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله إذا أتاكم كريم
قوم فأكرموه وقد بسط رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رداءه حين أتاه ولكن
عمر رضي الله عنه لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل
وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه وما كان ذلك يخفى على زيد رضي الله
عنه ولكن وقع عنده أن الحكم في هذا ليس كالقاضي وأن الخليفة في هذا ليس كغيره فبين له عمر رضي
الله عنه أن الحكم في حق الخصمين كالقاضي قال وكانت اليمين على عمر رضي الله عنه فقال لأبي
ابن كعب رضي الله عنه لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال لا ولكن أحلف فنزل له أبي رضي
الله عنه ذلك وأهل الحديث يروون أن عمر رضي الله عنه قال لم يرد وهذا أيضاً بيين على
أن الحكام ان يتحرز عن الميل إلى أحد الخصمين صريحاً ودلالة فإن مجلس الشفاعة غير مجلس الحكم
ثم فيه دليل على أنه لا بأس للمرء أن يحلف إذا كان صادقاً فقد رغب عمر رضي الله عنه في ذلك
مع صلابته في الدين وإن تحرز عن ذلك فهو واسع له أيضاً كما أن عثمان رضي الله عنه امتنع
عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يميني فيقال أصيب بذلك ففيه دليل أن اليمين حق المدعي
قبل المدعى عليه يستوفي بطلبه ويترك إذا ترك ألا ترى أن أبياً رضي الله عنه ترك له ذلك
هذا فيما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمدعي ألك بينة فقال لا فقال عليه السلام
لك يمينه وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالاً فهو
ينفقه في طاعة الله تعالى ورجل آتاه الله علماً فهو يعمله ويقضي به ومعناه الحسد
نصراً إلا في اثنتين فيكون في ذلك بيان أن الحسد مذموم من الحاسد إلا فيما استثناه
فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد في الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمودة فمعنى الحسد
هو أن يتمنى الحاسد أن تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ومعنى الغبطة أن يتمنى
لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عنه وهذا في أمر الدنيا غير مذموم
ففي أمر الدين أولى أن يكون محموداً والذي ينفق ماله في طاعة الله يكتسب الآخرة بدنياه
والذي يعلم ويقضي به بالحق يكتسب المحمدة به في الدنيا والثواب في الآخرة فمن يتمنى لنفسه
مثل ذلك يكون محموداً على هذا التمني فأما الحسد المذموم فهو ما قيل الحاسد جاحد سا خط
لقضاء الواحد فهو أن يتكلف لذهاب ذلك عنه ويعتقد أن تلك نعمة في غير موضعها وإليه
أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لا ينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل
وما المخلص من ذلك فقال عليه السلام إذا حسدت فلا تتبع أي لا تتكلف لإزالة النعمة
عن المنعم عليه وإذا ظننت فلا تحقق وإذا تطيرت فلا ترجع وعن سوار بن سعيد قال شهدت
أنا وأشريح بشهادة فعجز صاحبي عن حجته أي عجز عن إظهار حجته وعقل عن ذلك فقلت له
أتفسد شهادتي أي أعربت عنه قال فأعربت عنه فقضى له وإنما قال هذا لأن من يكون
خصماً في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة فخاف إن أظهر حجة صاحبه أنه يجعله
خصماً وتفسد شهادته فبين له شريح رحمه الله أنه لا يصير خصماً بهذا القدر إذا لم يوكله
صاحبه به بل هو متبرع فيما يظهر من حجة صاحبه فلا تفسد به شهادته للمدعي وما حضر
مجلس القاضي إلا لتعيين المدعي ويوصله إلى حقه فلا تفسد به شهادته وعن سوار قال
اختصم قوم عند شريح فقضى عليهم فلقيت ابن شريح فذكرت له ذلك فقال ما أراه فهم
وسأذكر له الليلة فذكر ذلك له فقال ما فهمت فهم أن يرجعوا إلي فرجعوا إليه فقضى
لهم وفيه دليل على أنه ينبغي لمن وقف على خطأ القاضي في قضائه أن ينبهه ولا يجاهره
بذلك مراعاة لحشمته ولكنه يأمر أقرب الناس منه يخبره بذلك في حال خلوته وفيه

دليل أن القاضي إذا تبين له خطأ في قضائه ينبغي أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستحياء
من الناس عن ذلك ولا الخوف فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لا يحفظونه من عذاب
الله تعالى وعن مكحول قال لأن أكون قاضياً أحب إلي من أن أكون خازناً يعني خازن بيت المال
عامل المسلمين والقاضي كذلك إلا أن الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضي يحفظ
عليهم دينهم ومكن الخازن من المال وخوف الفتنة على نفسه نسبه إلى من يمكن القاضي فلهذا
القاضي وقد بينا أن المتقدمين فيهم من كان يؤثر تقلد القضاء على الامتناع منه وعن شريح
رحمه الله قال ما شددت على لهوات خصم أي ما منعته من إظهار حجته وما قويت أحد الخصمين
على الآخر بتلقين شيء قط ولهذا بقي على القضاء مدة طويلة وعن علي رضي الله عنه أنه
أضاف رجلاً فلما مكث أياماً قدم إليه في خصومته فقال له علي رضي الله عنه أخصم أنت
فقال نعم فقال له علي إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون
خصمه معه وفيه دليل أنه لا بأس للإمام أن يخص بعض الناس بالإضافة إذا لم يكن له خصومة
وأنه لا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لأن ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به
تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعاً لأن تهمة الميل تنتفي عنه إذا سوى بينهما وعن عبد الله
ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص رضي الله عنه اقض
بين هذين قال أقضي وأنت حاضر أو جالس قال عليه السلام نعم قال على ماذا أقضي قال عليه
السلام على أنك إذا اجتهدت فأصبت فلك عشر حسنات وإن أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لأهل
السنة أن المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى ففهمناها سليمان والمراد هو إصابة
الحق فقد خصه بذلك وفيه دليل على أنه معذور وإن أخطأ وهذا إذا لم يكن طريق الإصابة
بيناً وهو يثاب على اجتهاده فإن أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب
إظهار الحق بجهده وهو معنى قوله عليه السلام فلك عشر حسنات وإن أخطأ فله حسنة واحدة
على اجتهاده إذا كان مصيباً في طريق الاجتهاد وإن لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمران
ابن الحصين رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى مع القاضي ما لم
يحف عمداً يسدده للحق ما لم يرد غيره وهذا في كل عامل يبتغي بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه
على ذلك ويوفقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال عليه السلام
لعبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها عن غير مسألة
أعنت عليها ثم هذا الوعد للقاضي ما لم يظلم عمداً فالحيف هو الظلم فإذا اشتغل به وكله الله
إلى نفسه وكذلك إذا أراد بعمله غير الله تعالى قال عليه السلام فيما يأثر به عن ربه عز وجل أنا
أغنى الشركاء عن الشرك فمن عمل لي عملاً وأشرك فيه غيري فهو كله لذلك الشريك وأنا منه بريء قال
وينبغي للقاضي أن ينصف الخصمين في مجلسهما وفي النظر إليهما وفي المنطق أن يسوي بينهما
فالإنصاف عبارة عن التسوية مأخوذة من المناصفة ففي كل ما يتمكن من مراعاة التسوية
فيه فعليه أن يسوي بينهما في ذلك إلا ما لا يكون في وسعه الامتناع منه من الميل بقلبه أن يظهر
حجة أحدهما فهو غير مؤاخذ لما روي أن النبي عليه السلام كان يسوي في القسم بين نسائه ثم يقول
اللهم هذا فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من الميل بالقلب إلى عائشة رضي الله عنها
ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما ما لا يرفعه على الآخر لأن التسوية بينهما في ذلك
ممكن ولا ينطلق بوجهه إلى أحدهما في شيء من المنطق ما لا يفعله بالآخر لأنه يزداد قوة وجراءة
على الخصم ويطمع أن يميل بالرشوة إليه ولا ينبغي له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه
حجة فإن ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضياً وخصماً منافاة وهو مكسرة لقلب الخصم

وسبب لجر تهمة الميل اليه وهو انشا للخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لانشائها وينبغي
ان لا يشتري شيئا ولا يبيع في مجلس القضا لنفسه لانه جلس للقضا فلا يخلط به ما ليس من القضا
ومعاملته لنفسه لا يكون من القضا في شي ولان الانسان فيما يبيع ويشتري يماكس عادة وذلك يذهب
حشمة مجلس القضا ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله لنفسه اشارة الى انه لا باس بان يفعل
ذلك ليتيم او ميت مديون فان ذلك من عمل القضا وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك في مجلس القضا
يكون ابعد عن التهمة منه اذا باشره في غير مجلس القضا ولا باس بان يبيع ويشتري لنفسه في غير مجلس
القضا عندنا ومن العلما من كره ذلك للقاضي ويروون في ذلك حديثا ان النبي عليه السلم قال
لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة ان الناس يسامحون في المعاملة مع القضاة بين ايديهم
خوفا منهم وطمعا فيهم فيكون من هذا الوجه في معنى من ياكل بدينه والمقصود يحصل اذا فوض الى
غيره ليباشر على وجه لا يعلم انه يباشر للقاضي ولكنا نستدل بما روي ان النبي عليه السلم اشترى
سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشرا بنفسه وكان راس
القضاة والخلفا الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بانفسهم حتى ان ابا بكر رضي
الله عنه بعد ما استخلف خرج متاعا من متاع اهله الى السوق ليبيعه ولانه بعد تقلد
القضا يحتاج لنفسه وعياله الى ما كان محتاجا اليه قبل التقلد وبان يتقلد هذه الامانة
لا يمتنع عليه تعاطي النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المسامحة موهومة او هو نادر
فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك اذا لم يباشره هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت
فاما اذا كان من عادته فعل ما يسامح في ذلك فوق ما يسامح به غيره وتاويل النهي ان صح في مجلس
القضا ولا يسار احد الخصمين بشي لان ذلك يجر اليه تهمة الميل وينكسر بسببه قلب الاخر وبه
تنتقص حشمة القضا فلا ينبغي ان يشتغل به واذا تقدم اليه الخصمان فهو بالخيار ان شا
ابتداهما فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبتدراه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت
ليكون الخصم هو الذي يبتدي بالكلام لان القاضي اذا ابتداهما كان ذلك منه تهييجا للخصومة
وانما جلس للخصومة لا لتهييجها ولكنا نقول الراي في ذلك اليه لحشمة مجلس القضا وقد يمنعهما
من الكلام ما لم يبتدي القاضي بالكلام فاذا كان بهذه الصفة كان له ان يبتدي فيقول ما لكما
وما تقدما اليه الا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهييجا للخصومة
ولكن لا يكلمهما بشي اخر سوى ما تقدما لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا ولهذا الابتدا
عليه اذا تقدما بين يديه مع ان السلام سنة فاذا تكلم صاحب الدعوى اسكت الاخر واستمع من
صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانهما اذا تكلما معا لا يتمكن من ان يفهم كلام واحد منهما قال الله تعالى
ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه ولان تكلمهما معا نوع شغب وبه تنتقص حشمة مجلس القضا
فيامره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الاخر وظاهر هذا اللفظ يدل على انه يستنطق الاخر
وان لم يسال المدعي ذلك واختيار بعض القضاة انه لا يفعل ذلك الا عند سوال المدعي ولكنه
اذا ادعى نظر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحح دعواك لان بالدعوى الفاسدة
لا تستحق الجواب وان صحت الدعوى قال له اجبني بحجة فاذا صنع فان قال اريد جوابه تمسكه
عن ذلك حينئذ يستنطق الاخر والاصح عندنا انه يستنطق الاخر فان لم يلتمس المدعي ذلك لانه
ما تقدم بين يديه وما احضر خصمه الا ملتمسا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك الى التماس اخر فان
ساله فاقر بحقه امره بالخروج من حقه وان انكر قال للمدعي سمعت انكاره او هو منكر فما تقول
فاذا قال حلفه حلفه بطلب المدعي بعد ان يسال بينته ولا يبالي له ذلك ما لم يطلب يمينه
فحينئذ جاز ان الاستحلاف اذا لم يكن للمدعي بينة حاضرة فيساله عند ذلك الك بينة ولا ينبغي

للقاضي

للقاضي ان يقضي الا وهو مقبل على الحجج مفرغ نفسه لذلك لان القضا امر مهم فلا يتمكن من النظر
ومباشرته لما التزمه ما لم يفرغ نفسه لذلك عن ساير الاشغال فاذا دخله هم او غضب او نعاس
كف عن ذلك حتى يذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بما دخله فالهم يغلب على القلب حتى لا يجد
شيئا اخر معه فيه متسعا والغضب كذلك والنعاس كذلك فالناعس لا يفهم بعض ما يذكر
عنده الا ترى ان النبي عليه السلام قال اذا نعس احدكم في صلاته فليرقد فلا يدري لعله يريد
ان يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضا وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حججهم
لان الاستعجال يضر بالخصم كما ان ترك النظر فيما يقيم من الحجة يضر به فكل واحد منهما من
نوع الشر والاضرار وقد روينا ان القاضي لا يسار ولا يضار قال ولا يخوف بهم فان الخوف
مما يقطع حجة الرجل يعني ان الخايف يعجز عن اظهار حجته وينبغي ان يكون مهيبا يحتشم منه ولكن لا
ينبغي ان يكون مخيفا للناس يخافونه فان ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل فيه ما روي ان
النبي عليه السلم صلى صلاة الفجر بمسجد الخيف فراى رجلين لم يصليا معه فقال علي بهما فاتي بهما
وفرايصهما ترتعد فقال عليه السلم لا تخافا فانما انا ابن امراة من قريش كانت تاكل القديد
الحديث فان قيل اليس انه ذكر في سيره عمر رضي الله عنه ان الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضي
الله لو لم تذكر قولك في العول لعمر رضي الله عنه كان اكرم غيره في قبول الحق وكان لبيبا ورعا وربما كان
يقدم قول ابن عباس رضي الله عنه في الاخذ عند الشورى على قول بعض الكبار من الصحابة رضي الله عنهم
ثم كون القاضي مهيبا غير مذموم عندنا وانما المذموم ان يتكلف لتخويف الخصومة اذا تقدموا بين
يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولا عن غيره وان كان خير للقاضي ان يقعد عنده اهل الفقه
فقعدوا عنده فربما يحتاج ان يستشيرهم وقد روينا ان عمر رضي الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفى
عليه بعض ما يقف عليه غيره من اهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج الى ان يشهدهم فكون اهل الفقه
واهل الصلاح عنده من نوع الاحتياط فان دخله حصر في قعودهم عنده او شغله ذلك عن شي من امور
المسلمين جلس وحده لان طباع الناس في هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقها مما يريده من فصل
القضا ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فاذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة
الفقها جلس وحده ولكن انما يتمكن من ذلك اذا كان معروفا بالفقه والعدالة فبالفقه يومن غلطه
وبالعدالة يومن جوره ولا ينبغي للقاضي ان يتعب نفسه في طول الجلوس لان بذلك يزول اعتدال الحال
فاني اخوف عليه وقد بينا انه لا ينظر في الحجج الا عند اعتدال الحال قال فاني اخوف عليه ان يفرط ذلك بنظره
في الحجج والخصوم يعني اذا اتعب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض
الخصوم وهذا ايضا في المدرس لذلك واليه اشار النبي عليه السلام بقوله ان النفس تمل كما تمل
الابدان فابتغوا لها طرايف الحكمة وان ابن عباس رضي الله عنه كان اذا امل من بيان انواع العلم
قال لاصحابه احمضوا اي خوضوا في ديوان العرب فيذكروا اشيا من الملح قال ولكنه يقعد في طرفي
النهار او ما اطاق من ذلك لان عمل القضا عبادة فالاولى ان يجلس له في طرفي النهار قال الله
تعالى واقم الصلاة طرفي النهار ولان اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة او ما اطاق
من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغي ان يبكر للخصومة قبل طلوع الشمس فقد كان شريح
رحمه الله اذا راى الخصوم ابتكروا قبل حضوره قال اتتظالمون بالليل فعرفنا ان ذلك غير محمود
للقاضي قال وينبغي للقاضي ان يقدم النسا على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون
في مجلسه وفي اختلاط النسا بالرجال عند الزحمة من الفتنة والقبح ما لا يخفى ولكن هذا في خصومة
يكون بين النسا فاما في الخصومة التي تكون بين الرجال والنسا لا يجد بدا من ان يقدمهن
مع الرجال وان راى ان يجعل لكل فريق يوما على قدر ما يرى من كثرة الخصوم فلا باس بذلك

لانه اذا انزكهم يزدحمون على بابه وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة ما لا يخفى ويجعل ذلك
مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيعرف ويحضر عند نوبته فيحضر عند ذلك
والخصاف رحمه الله ذكر في ادب القاضي ان الاولى ان يجعل ذلك على الرقاع فيجري الخصوم اجرا
ويكتب باسم كل ونبوّ رقعته ثم يخرج الرقاع على الايام السبت والاحد الى اخره وذلك حسن ولكن
محمد رحمه الله اختار في الكتاب ان يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول ولا يبتدي باحد
جاء قبله غيره والى هذا اشار النبي عليه السلام في قول سبقك بها عكاشة وهذا لان الذي
جاء اولا استحق النظر في حجته ان لو كان القاضي جالسا عند ذلك فيتاخر جلوس القاضي لا
يتغير استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره فلهذا يقدمه عملا بقوله تعالى ويؤت كل ذي فضل فضله
قال ويضع على ذلك امينا من قبله يقدمهم اليه لانه لا يتمكن من ان يعرف ذلك بنفسه لكثرة اشغاله
وفيما يعجز القاضي عن مباشرته يستعين بامين من امنائه وينبغي ان يسكر ذلك الامين الى باب
مجلس القاضي ليعلم منازل الناس في الحضور فلعلهم يكذبون في ذلك او يلبسون عليه وانما يجعل
على ذلك امينا لا يطمع ولا يرتشي فان ذلك من عمل القضا فكما لا يطمع هو فيما يقضي فلذلك ينبغي
ان يكون امينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد جرى الرسم في زماننا ان
البواب على باب مجلس القضا ياخذ من كل خصم قطعة ليمكنه من الدخول والقاضي يمنع ذلك
ولا يمنعه منه وفيه فساد عظيم فليس لاحد ان يمنع احدا من دخول المسجد ولا من ان يتقدم الى
القاضي في حاجته فهو يرتشي ليكف ظلمه عنه ويمكنه فيما هو مستحق له والقاضي يعلم ذلك
ولا يمنع منه فهو بمنزلة ما لو علم ان امينه يشرب الخمر او يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وان راى
ان يجعل الغربا مع اهل المصر فعل وان راى ان يبدا بهم فلا بضرر ذلك بعد ان تكون الغربا غير
كثير فان كثروا في كل يوم فيشغلوه عن اهل المصر قدمهم على منازلهم مع الناس وقد منا ان الغريب
على جناح السفر فربما يضر التاخير به ويخلفه مع اهله فاذا لم يتفقده القاضي ربما نزل حقه
ورجع الى اهله وقد امرنا بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربته رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلهذا كان له ان يقدم الغربا ولكن بشرط ان لا يضر ذلك باهل المصر ضررا بينا فانهم جيرانه
وانما تقلد القضا لينظر في حوايجهم فاذا كان تقديم الغربا يضر باهل المصر قدمهم على منازلهم
عملا بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا باس بان يشهد القاضي الجنازة ويعود المريض
فقد كان النبي عليه السلام والخلفا رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم
على المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ست حقوق ذكر في الجملة ان يشيع جنازته ويعوده
اذا مرض ولا يمتنع عليه الفيا م بحقوق الناس عليه بسبب تقلد القضا ولا باس بان يجيب الدعوة
الجامعة وذلك من السنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم قال ولا يجيب
الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك يجر اليه التهمة بالميل بان يقول احد الخصمين
ان فلانا في دعوة فلان كلم القاضي نايبا عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة
الخاصة مما يطمع الناس به في القاضي فعليه ان يتحرز عن ذلك واصح ما قيل في الفرق بين الدعوة
الجامعة والخاصة ان كل ما يمتنع صاحب الدعوة من ايجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند
ذلك يعلم ان القاضي لم يكن مقصودا اتخاذ الدعوة وانما يمتنع من اجابة الدعوة الخاصة اذا لم
يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد ايجاد الدعوة له قبل ان يتقلد القضا فان كان ذلك من عادته
قبل هذا فلا باس بان يجيب دعوته واليه اشار بقوله ولا باس بان يجيب دعوة ذي القرابة
لان هذا بين القرابات ليس من جوالب القضا ولا ينبغي له ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون
خصمه معه لما روينا من نهي النبي عليه السلام عن ذلك قال ولا يقبل الهدية وقبول الهدية

في الشرع مندوب اليه قال عليه السلام الهدية تذهب وحر الصدر او وغر الصدر وقال عليه السلام
تهادوا تحابوا ولكن هذا في حق من لم يتعين لعمل من اعمال المسلمين فاما من تعين لذلك كالقضا
والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدي اليه قبل ذلك لانه من جوالب
القضا وهو من نوع الرشوة والسحت والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام استعمل ابن اللتبية
على الصدقات فجا بمال فقال هذا لكم وهذا مما اهدي الي فقال عليه السلام في خطبته
ما بال قوم نستعملهم فينتقدمون بمال فيقولون هذا لكم وهذا مما اهدي الي فهلا جلس
احدكم عند حبس امه فينظر ايهدى اليه ام لا واستعمل عمر رضي الله عنه فقدم بمال فقال من اين
لك هذا قال ساعد الحول وتلاحقت الهدايا قال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى
اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كانت
بهذه الصفة ومن جملة الاكل بالقضا ومما يدخل به عليه التهمة ويطمع فيه الناس فليحترز من
ذلك الا من ذي رحم محرم منه فقد كان التهادي بينهم قبل ذلك عادة ولانه من جوالب القرابة
وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى قطيعة الرحم من الملاعن فاما في حق الاجانب فقبول القاضي
الهدية من جملة ما يقال اذا دخلت الهدية من الباب خرجت الامانة من الكوة ولا ينبغي له ان يجلو
في منزله مع احد الخصمين كما لا يسارع احد الخصمين ولا باس بان يقضي في منزله وحيث احب
لان عمل القضا لا يختص بمكان ولانه في كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة وقد قال عليه السلام
جعلت لي الارض مسجدا وطهورا واحسن ذلك واحب الي ان يقضي حيث تقام جماعة الناس يعني
في المسجد الجامع او غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون عن التهمة ابعد ولا يتمكن كل احد ان يجيء
مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج الى من يهدي به الى ذلك من الغربا كان
او من المصر ولا يقضي وهو يمشي او يسير على الدابة فان يخوف عليه من ذلك الزلل لانه عند ذلك
لا يكون معتدل الحال ويكون قلبه مشغولا بما هو فيه من المشي او السير فلا يتفرغ للنظر في
الحجج ولانه من نوع الاستخفاف وهو مامور بان يصون قضاه من اسباب الاستخفاف ظاهرا
وباطنا ولا باس بان يقضي وهو متكي لان الاتكاء نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس
تختلف فمنهم من يكون الاتكاء اروح له واعدل لحاله عند ذلك اظهر والاصل فيه حديث ام سلمة
رضي الله عنها في الرجلين اللذين اختصما بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم الحديث الى قال وكان
متكيا فاستوى جالسا ونظر في خصومتهما حين كان متكيا فعرفنا انه لا باس بذلك وينبغي له
ان يقضي بما في كتاب الله فان اتاه شي لم يجده فيه قضى فيه بما اتاه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فان لم يجده فيه نظر فيما اتاه عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقضي به وقد بينا هذا
فيما سبق والحاصل انه اذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضي الله عنهم فيقضي
وقدمه على القياس لقوله عليه السلام اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما
يبلغه عن الصحابي احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم
يفتون به تارة ويروون اخرى وفيه ايضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الراي فقد وفقوا لما لم
يوفق غيرهم بعدهم وان كانوا اختلفوا فيه تخير من اقاويلهم احسنها في نفسه وليس ان يخالفهم
جميعا ويبتدع شيا من رايه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد ان يخالفهم فاذا اختلفوا على
اقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على ان الحق لا يعدو اقاويلهم قالوا فلا يجوز لاحد ان يخالفهم ويبتدع
شيا من رايه ولكنه يختار احسن الاقاويل في نفسه لانهم لما اختلفوا ولم يجر المحاجة بينهم
بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالراي فتحقق التعارض في اقاويلهم لتعارض الاقيسة
وعند ذلك على القاضي ان يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اختلاف الصحابة

يصير الى الترجيح فان لم يتبين له وجه الترجيح فله ان يعمل باي الاقاويل شاء لان بالتعارض
لا تنعدم الحجة فيها وبلهم فينبغي ان يعمل باحسنها في نفسه ويكون ذلك منه عملا بالحجة فان لم
يجد فيما جاء عن احد منهم اجتهد رايه في ذلك وقاسه بما جاء عنهم ثم قضى بالذي يجتمع عليه رايه من
ذلك ويرى انه الحق لانه مامور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذي في وسعه اجتهاد
الراي عند انقطاع ساير الادلة عنه فيشتغل به اذا كان من اهله كمن اشتبهت القبلة عند انقطاع
الادلة والاصل فيه قوله تعالى فاعتبروا يا اولي الابصار والاعتبار رد الشيء الى نظيره فالعبرة
هو البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون والبيان برد الشيء الى نظيره يحصل فان
اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه فيه وكذلك ان لم يكن من اهل الاجتهاد فعليه ان يشاور
الفقهاء لانه يحتاج الى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع الى من يعرف ذلك كما
اذا احتاج الى معرفة قيمة شيء فان اختلفوا فيه نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق فاخذ به
كما بينا عند اختلاف الصحابة رضي الله عنهم الا ان هناك ان راى خلاف رايهم احسن واشبه
بالحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رايه وهو واحد منهم ولان رايه اقوى من راي
غيره فلو قضى برايه كان قاضيا بما عنده انه خطا وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب اولى وان لم
يكن من اهل الاجتهاد الراي ليحتاط بعض الاقاويل نظرا الى افقههم عنده واورعهم فيقضي بفتواه
فقد اجتهد مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يتبين له الامر حتى يتفكر فيه ويشاور اهل الفقه
لانه مامور بالقضاء بالحق ولا يتدارك ذلك الا بالتامل والمشورة قال عليه السلام
التاني من الله والعجلة من الشيطان والاصل في الباب حديث الشعبي قال كانت القضية
ترفع الى عمر رضي الله عنه وربما يتامل في ذلك شهرا ويستشير اصحابه وانا اليوم يفصل في
المجلس مائة قضية وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة معروف فانه ردهم
شهرا ثم قال اقول فيه برايي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمن امر الشيطان
الحديث فعرفنا انه ينبغي للقاضي ان يتانى ويشاور عند اشتباه الامر واذا قضى بقضاء ثم
بدا له ان يرجع عنه فان كان الذي قضى به خطا لا يختلف فيه رده وابطله يعني اذا كان مخالفا
لنص او اجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل وهو جهل من القاضي وفي الحديث ردوا الجهالات
الى السنة فان كان خطا مما يختلف فيه امضاه على حاله وقضى فيما يستقبل بالذي ادى
اليه اجتهاده ويرى انه افضل لان القضاء الاول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ولزم
على وجه لا يجوز ابطاله والاصل فيه ما روي ان عمر رضي الله عنه كان يقضي في حادثة
بقضية ثم ترفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافه فكان اذا قيل له في ذلك قال تلك كما
قضينا وهذه كما نقضي وقال الشعبي حفظت من عمر رضي الله عنه في الجد سبعين قضية
لا يشبه بعضها بعضا وبهذا تبين ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل
يقضي بما ادى اليه اجتهاده واصله في المتحري للقبلة وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يقضي
بقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعني في المجتهدات كان اذا تحول
رايه يبني فيما يستقبل على ما ادى اليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به وفيه دليل ان
التابعي اذا ادرك من الصحابة رضوان الله عليهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رايه
يعارض رايهم لان شريحا كان قاضيا فاصاب في زمن عمر رضي الله عنه وعلي رضي الله عنهما
ثم كان يبني القضاء على رايه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان
علي رضي الله عنه يقول له قل ايها العبد الابظر وقد رجع ابن عباس رضي الله عنه الى قول
مسروق رحمه الله في مسالة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي

بالقضا

بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي فيما قضى به ويستانف القضاء وفي هذا دليل انه كان
يقضي باجتهاده فيما لم يوح اليه وقد بينا انه كان لا يعجل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فاذا
انقطع طمعه من الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بعد ذلك فيكون
ناسخا له ونسخ الكتاب بالسنة جائز عندنا ونظيره امر القبلة فانه عليه السلام بعدما قدم المدينة
كان يصلي الى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالامر بالتوجه الى الكعبة
فكان يستانف القضاء بالناسخ ولا يبطل ما قضى به لان النسخ ينهي مدة الحكم ولا يبين انه لم
يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ما تقدم من المجتهدات فانه لا ينقض
ما كان قضى به الا انهما يفترقان من حيث ان الراي لا ينسخ الراي وعن ام سلمة رضي الله عنها عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال انكم تختصمون الي وان بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء
من مال اخيه بغير حق فانما اقضي له بقطعة من النار معنى قوله الحن افطن واقدر على البيان
فاللحن في اللغة هو الفطنة وفيه دليل لمن يقول ان قضاء القاضي لا يحل ما كان حراما
فيكون حجة لمحمد رحمه الله في مسالة قضاء القاضي في العقود والفسوخ وابو حنيفة يقول المراد
الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعي الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد
يلحقه بذلك عندنا وان كان الملك يثبت له بقضاء القاضي نسبة قال واكره للقاضي ان
يفتي الخصوم في القضاء كراهة ان يعلم الخصوم قوله فيتحرز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله
حين سئل عن مسالة الحبس قال انما اقضي ولست افتي وقد كره بعض الناس للقاضي ان يفتي
في المعاملات اصلا وقالوا يفتي في العبادات وكره بعضهم ان يفتي في مجلس القضاء وقالوا
لا باس به في غير مجلس القضاء لان كل واحد من الامرين مهم فاذا جمع بينهما في مجلس يخاف
الخلل فيهما والاصح انه لا باس بان يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وغير
القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتي والخلفاء رضي الله عنهم بعده كذلك
والقضاء فتوى في الحقيقة الا انه ملزم وانما الذي يكره له ان يفتي الخصم فيما خاصم فيه لما
قال ان الخصم اذا وقف على رايه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك فلا ينبغي له في ذلك
حتى تنقضي الخصومة وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال اختصم رجلان الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم واحدهما عالم بالخصومة والاخر جاهل بها فلم يلبث ان قضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضي له وقعد المقضي عليه فقال يا رسول الله عليك السلام
والله الذي لا اله غيره ان حقي لحق فقال عليه السلام علي بالرجل فاتي به فاحتج بالذي حلف
عليه فقال يا رسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه السلام عاوده فعاوده
فلم يلبث ان قضى له فقام المقضي عليه فقال والله الذي لا اله غيره الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل
عليك الكتاب ان حقي لحق يعلم ذلك نفسه فقال عليه السلام علي بالرجل فاتي به فاحتج
فقال ان شئت عاودته الخصومة فقال لا ولكن اعلم من اقتطع بخصومته وجدله حق امرئ
مسلم فليتبوا مقعده من النار وقال ابو هريرة رضي الله عنه فكانت هذه اشد من الاولى
وفيه دليل على انه لا ينبغي للقاضي ان يكف عن القضاء مخافة بعض الخصومة عليه فقد كانوا
يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحي وهو معصوم وفيه دليل انه لا باس للمراد ان يحلف
مختارا مرتين من غير ان طلب ذلك منه ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه
دليل ان القاضي اذا ارتاب في شيء من قضائه ينبغي له ان يتثبت في ذلك ويحتاط الا ترى
ان النبي عليه السلام امره بالمعاودة حين حلف المقضي عليه ان حقه حق وكان ذلك احتياطا
منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضي فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم

تعظيم في الوعيد الذي اشد من الاول كما قاله ابو هريرة رضي الله عنه وهذا لان حرمة مال
المسلم كحرمة نفسه قال عليه السلام سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة
نفسه فكما ان من قصد قتل المسلم بغير حق فجزاؤه ما قال الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك
اذا قصد اخذ ماله بالباطل والتلبيس قال وينبغي للقاضي ان لا يلقن الشاهد ولكن يدعه
حتى يشهد بما عنده فان كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له
اتشهد وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ومحمد لا ارى باسا ان يقول له اتشهد بكذا
وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فراى ما بالشهود من الحيرة عند اداء الشهادة بالحق
فان لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه
البيان اذا لم يعنه القاضي على ذلك واداء الشهادة بالحق باب من البر قال الله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى وامر باكرام الشهود قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق
وبهذا العذر من التلقين يرجع الى اكرامه بان يذكر ما يسمع منه فيقول اتشهد بكذا ولا يقول
اتشهد بكذا لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه ومذهبه نوع رخصة فيما ذهب اليه ابو حنيفة
ومحمد لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة احد الخصمين
اما صورة او معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك واذا لم يجز له ان يلقن المدعي مع ان الدعوى
لا تكون ملزمة فلان لا يجوز له ان يلقن الشاهد اولى ولان من عادة بعض الناس ان المحتشم
اذا لقن احدهم شيئا ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيما له فلا ينبغي للقاضي ان
يقول الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين
تعليم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فلهذا
كره له ان يلقنه ولا يضر القاضي ان يقدم الشهود جميعا او واحدا لان الثابت بالنص اشتراط
العدد والعدالة في الشهادة وبذلك يظهر رجحان جانب الصدق فالتفريق بينهم في المجلس
يكون زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا ان يرتاب في امرهم فعند ذلك عليه ان يحتاط لقوله عليه
السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك ومن الاحتياط انه لا يفرق بينهم الا انه لا ينبغي له ان يتعنتهم
فان التعنت يخلط على الرجل عقله وان كان صحيحا في شهادته ولان الشاهد امين فيما يؤدي من
الشهادة ولم تظهر خيانته للقاضي فلا يتعنتهم وقد امر باكرامهم الا انه اذا اتهمهم وفرق
بينهم فلا باس ان يسال كل واحد منهم اين كان هذا وكيف كان ومتى كان فهو من باب الاحتياط
ودفع الريبة لا من باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلافا يفسد الشهادة ابطلها وان
كان لا يفسدها اجازها ولا يطرحها بالتهمة والظن فان الظن لا يغني من الحق شيئا قال
عليه السلام اذا ظننت فلا تحقق فاما لم يعلم منهم سوءا او يسمع منهم عند السؤال اختلافا مفسدا
للشهادة ثم لا يمتنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن واذا لم يطعن الخصم في الشاهد فلا ينبغي ان
يسال عنهم في قول ابي حنيفة ولكنه يقضي بظاهر العدالة الا ان يطعن الخصم وقال ابو يوسف
ومحمد يسال عنهم وان لم يطعن الخصم وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان ابو حنيفة
رحمه الله يفتي في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق
والخيرية بقوله عليه السلام خير الناس قرني الحديث وكانت الغلبة للعدول في ذلك الوقت فلهذا
كان يكتفي بظاهر العدالة وهما افتيا بعد ذلك في القرن الذي شهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم على اهله بالكذب بقوله عليه السلام ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل
ان يستشهد فكانت الغلبة في ذلك الوقت لغير العدول فقالا لا بد للقاضي ان يسال عن
الشهود وحجتهما ان اشتراط العدالة في الشاهد للقضاء بشهادته ثابت بالنص قال الله

تعالى

تعالى اثنان ذوا عدل منكم وقبل السؤال عنهما صفة العدالة فيهما محتملة والشرط لا يثبت بما هو
محتمل يوضحه ان على القاضي ان يصون نفسه عن القضاء بشهادة الفاسق فقد امر بالتثبت في خبر
الفاسق فانما يسال عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف ذلك على طلب الخصم ولئن كان ذلك
لحق الخصم فليس كل خصم يهتدي لحجته فربما يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالطعن فيهم والقاضي
مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه الا ترى ان في الحدود يسال عن الشهود وان لم يطعن
الخصم لهذا المعنى فكذلك في الاموال وابو حنيفة استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول
بعضهم على بعض فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع اقوى
من تعديل المزكي ثم العدالة هي الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبنيات طرق جائرة
وقد علم القاضي منه الاستقامة اعتقادا وذلك يحمله على الاستقامة في التعاطي فعليه
ان يتمسك به ما لم يظهر خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر المزكي وانما يعتمد هذا الدليل اذا لم
يطعن الخصم فاما بعد طعنه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من ان يجازف
بالطعن فيهم فللتعارض وجب على القاضي ان يسال حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزكي
فاما في الحدود يسال وان لم يطعن الخصم احتيالا للدرء وقد امر بدرء الحدود ولان الحد
اذا وقع فيه غلطا لا يمكن تداركه بظاهر العدالة لا ينتفي الشبهة فيما يندرئ بالشبهات
لا يكتفي بذلك فاما المال مما يثبت مع الشبهات واذا وقع الغلط فيه امكنه التدارك فيكتفي
بظاهر العدالة في ذلك ما لم يطعن الخصم واذا سال عن الشهود لم يقض بشهادتهم حتى ياتي
مسائله مزكاه يعني ان المزكي ان كتب في جوابه انهم عدول لا يكتفي بذلك فالعدول قد لا يكون
من اهل الشهادة كالعبد عدل في روايته وكذلك ان كتب عدول احرار فالمحدود في القذف بعد
التوبة حر عدل وكذلك ان كتب انه ثقة فقد يطلق هذا اللفظ على المستور الذي لا يعرف حاله
فان كتب انه مزكى فهذا التنصيص على وجوب العمل بشهادته ولان القاضي انما طلب من المزكي التزكية
فينبغي ان يجيبه الى ما طلب بلفظه كما انه لما طلب من الشاهد ان يشهد فما لم يات بلفظة الشهادة
لا تقبل شهادته واذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه لسانهم
فانه ينبغي ان يترجم عنهم له رجل ثقة مسلم وايجاد الترجمان للحاجة فقد كان عليه الناس
في الجاهلية وبعد الاسلام ولما جاء سلمان رضي الله عنه الى النبي عليه السلام ترجم يهودي
كلامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فخان في ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وامر رسول الله صلى
الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضي الله عنه ان يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله
عليه وسلم عمن يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف انه يشترط في المترجم ان يكون عدلا
مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق بالعدالة ويشترط
الاسلام ايضا لان الكفار يعادون المسلمين فالظاهر انهم يقصدون الخيانة في مثل هذا
قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم خبالا اي لا يقصرون في افساد اموركم
فلهذا لا يقبل القاضي ترجمة الا من مسلم عدل والواحد كذلك يكفي والمثنى احوط في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يشترط في المترجم لكلام الخصم او لشهادة الشاهدين ما
يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان او رجل وامراتان وكذلك الخلاف في التزكية وعندهما
تزكية الواحد تكفي والمثنى احوط وعند محمد لا بد من عدد الشهادة في ذلك وكذلك الخلاف في رسول
القاضي الى المزكي محمد يقول ما لم يفهم القاضي فكانه لم يسمعه ومعنى هذا وهو انه انما يسمع
من المترجم لانه يفهم قول المترجم وعليه ينبني الحكم فكانت الترجمة في حقه بمنزلة الشهادة الا
ترى انه يعتبر فيها ما يعتبر في الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد

ايجاد الترجمان

فيه امر يتعلم العبرانية وكان زيد بن ثابت يترجم لرسول الله عمن يتكلم بين يديه بتلك اللغة

فيما يشترط في المترجم لكلام الخصم او لشهادة الشاهدين

وهذا لانه يلزم على القاضي القضا وهذا اكد مما يكون من الاكرام فيشترط العدد فيه
لطمانينة القلب كالشهادة الا انه لا يشترط لفظة الشهادة لان اشتراط ذلك في الشهادة
ليس لمعنى الالزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس ولمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل فقوله
اشهد بمنزلة قوله احلف ولهذا اعظم الوزر في شهادة الزور كما في اليمين الغموس والمدعي هو
الذي ياتي بالشهود فلما كان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم شرطنا لفظة الشهادة واما
المترجم بعبارة القاضي فينعدم في حقه مثل ذلك التهمة فلهذا لا يشترط في حقه لفظة الشهادة
واما المترجم بعبارة القاضي وابو يوسف وابو حنيفة قالا المترجم مخبر بخبر ملزم وخبر الواحد
مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما في الشهادة
على روية هلال رمضان والدليل عليه انه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى
الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين ساير الاخبار بلفظ
الشهادة فاذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه فنفي العدد اولى واشتراط الاسلام
والعدالة هنا لانه يلزم الغير ابتداء من غير ان يلتزم بنفسه فكان من باب الولاية والرق ينفي الولاية
على الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة على هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه
ثم يتعدى الى غيره فلا تشترط الحرية لذلك ومع ان الواحد يكفي لذلك كما في رواية الاخبار
وطمانينة القلب الى قول المثنى اكثر فكان ذلك اولى وكذلك المراة الواحدة تكفي لذلك كما في
رواية الاخبار ولكن رجل وامراتان اوثق لانه الى الاحتياط اقرب وينبغي للقاضي ان يتخذ
كاتبا من اهل العفاف والصلاح لانه يحتاج الى ان يكتب ما جرى في مجلسه وربما يعجز
عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كاتبا لذلك والكاتب نايبه فينبغي ان يشبهه في العفاف
والصلاح والكتاب من اقوى ما يعتمد عليه القاضي فلا يفوضه الا الى من هو معروف بالصلاح
والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج الى
الرجوع الى ما في يده من المكتوب في كل حادثة فليكن بمراى العين منه او لانه لا يامن عليه
ان يخدعه بعض الخصوم بالرشوة اذا لم يكن بمراى العين من القاضي ثم يكتب خصومة كل خصمين
وما بينهما من الشهادة في صحيفة بيضا ويحدها ثم يطويها ويختمها ويجعلها بخاتم للتوثق
بلا تزيد فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان في شهر كذا في سنة كذا
حتى يتيسر عليه تمييزها من ساير الصحايف اذا اختلطت به ولا يحتاج في ذلك الى فتح الخاتم فيفسد
يتيسر عليه ذلك في وقت ويجعل خصومة كل شهر في قمطر على حدة لا يخالطها شي اخر والقمطر
اسم لخريطة القاضي وفيه لغتان قمطر وقمطرة وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة ليتيسر عليه
وجوده عند الحاجة اليه ويجعل بادي طلب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج اليه عند منازعة
الخصومة والاصل في كتبه التاريخ ما روي ان عمر رضي الله عنه لما اراد ان يكتب الى الافاق — الاصل في كتب التاريخ ما روي عن عمر
قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب اذا لم يكن مورخا فجمع اصحابه وشاورهم في
التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقي ذلك الى يومنا قال وليباشر
هو بنفسه مسايلة الشهود فيكتبها او يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر الى اهل الثقة
عنده والعفاف والصلاح فيبعث كل مسالة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحدا
منهما على ما يبعث به مع صاحبه لان قضاه ينبني على الشهادة فلا يدع في بابها اقصى ما في
وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت التزكية في الابتدا علانية ثم احدث شريح
رحمه الله تزكية السر فقيل له احدثت يا ابا امية فقال احدثتم فاحدثنا فكان يجمع بين
تزكية السر وتزكية العلانية فيسال عن حال الشهود في السر ثم يحضر الشهود والمزكين ليزكوهم

علانيه

علانية فيقول هولا الذين زكيتموهم وهو اتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك
تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ابتغا للستر على الناس وتحرزا عن الفتنة التي تقع بين المزكين
وبعض الشهود في تزكية العلانية اذا ميز والمجروح من المزكي فلهذا يكتفى بتزكية السر في زماننا
وانما لا يطلع واحدا من الرسولين على ما يبعث به مع صاحبه لكيلا يتواضعا بينهما على شي وان
استطاع ان لا يعرف له صاحب مسالة فليفعل لانه اذا كان معروفا فرجع اليه بعض الخصوم
فيخدعه بالرشوة او يخوفه بعض الشهود فيزكي المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط
ان لا يعرف له صاحب مسالة ولكن في زماننا اتخذوا التزكية علانية فيتعين المزكي لذلك لا محالة
والاحتياط للقاضي ان يسال عنه وعن غيره من العدول واهل الصلاح ممن يثق عليه القاضي
ولا يعرفه الخصوم واذا اتاه تزكيه رجل من ثقة واتاه من ثقة اخر انه عدل اعاد المسالة
لوقوع التعارض بين الخبرين فان لنا في معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بيناه في كتاب
الاستحسان وذكرنا هناك انه اذا اتفق رجلان على التزكية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد
الذي خرج لان المثنى حجة في الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد واذا اجتمع رهط على التزكية
ورجلان عدلان على الجرح اخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفي عليهم
ما عرفه اللذان جرحا من العارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثنى حجة
في اثبات الحكم قال وينبغي ان يكتب الشاهد باسمه ونسبه وحليته ومنزله في دار نفسه
او في دار غيره لانه ما لم يصر معلوما عنده لا يتبين الحال لا يمكنه ان يسال وانما يصير
معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان اعرف الناس بحال المرء جيرانه الا ترى ان ذلك الرجل
لما قال يا رسول الله كيف انا قال عليه السلام جيرانك وانما يتمكن من ان يسال جيرانه عن
حاله اذا عرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتلبيس على القاضي فيتحرز عن ذلك
بان يكتب منزله ويسال عن التزكية في العلانية بعد التزكية في السر لانه ربما يشتبه على المزكي
او يلبس عليه فيزكي غير من يشهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انهم استحسنوا
ترك ذلك في زماننا للتحرز عن الفتنة واذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود
لا يحفظ انهم شهدوا عنده بذلك فعلى قول ابي حنيفة عليه ان يتفكر في ذلك وليس له ان يقضي
بذلك ان لم يتذكر وعند ابي يوسف ومحمد اذا وجد ذلك في قمطره تحت خاتمه فعليه ان
يقضي به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فان القاضي لكثرة اشتغاله لا يحفظ كل حادثة
ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له ان يعتمد على الكتاب عند النسيان
فان الادمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان الا ترى الى ما ذكر الله تعالى في حق من هو معصوم
سنقرئك فلا تنسى الا ما شاء الله وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمي الانسان
انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا الى ادم من قبل فنسي فلو لم يجز الاعتماد
على كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج مدفوع ثم ما كان في قمطره تحت خاتمه فالظاهر
انه حق وانه لم يصل اليه يد مغير ولا زايد فيه والقاضي مامور باتباع الظاهر ومذهب
ابي حنيفة هو العزيمة فان المقصود من الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمراة
للعين وانما تعتبر المراة لتحصيل الادراك بالعين فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك
الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فاذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا
لان الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضي
ان يقضي الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه
وهذه ثلاثة فصول احدها ما بينا والثاني في الشاهد اذا وجد شهادته في صك وعلم

انه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع الحديث ثم وجده مكتوبا بخطه او وجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف ولكنه لم يتذكر في الفصول الثلاثة عند ابي حنيفة ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت روايته لانه كان يشترط في الرواية الحفظ من حين سمع الى ان يروي والاصل فيه قوله عليه السلام نضر الله امرا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم اداها الى من لم يسمعها ومحمد في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير على الناس وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا وابو يوسف في مسئلة القاضي والرواية الحديث اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان في يد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه في الشهادة ما لم يتذكر الحادثة وان وجد القاضي سجلا في خريطته ولم يتذكر الحادثة فهو على الخلاف الذي بينا وان نسي قضاه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهدان انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك وكذا على قول ابي يوسف لا يعتمد ذلك وعند محمد يعتمد ذلك فيقضي به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوي الاصل فسمعه ممن يروي عنه فعند ابي يوسف ليس له ان يعتمد رواية الغير عنه كما لا يفعل ذلك شاهد الاصل اذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد له ان يعتمد ذلك للتيسير من الوجه الذي قلنا وعلى هذه المسايل الذي اختلف فيها ابو يوسف ومحمد في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاث مسايل سمعها محمد من ابي يوسف ثم نسي ذلك ابو يوسف وكان لا يعتمد رواية محمد بناء على مذهبه في ذلك ومحمد كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء على مذهبه فحال القاضي كذلك وما وجد في ديوان القاضي بعد ان يعزل من شهادة او قضاء او اقرار فهو غير ماخوذ به ولا مقبول الا ان تقوم بينة انه قضى به وانفذه وهو قاض يومئذ لان القاضي الثاني لا يعلم حقيقة شي من ذلك وولاية القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا كان لا يجوز للمرء ان يشهد بما لا يعلم فلان لا يجوز ان يقضي بما لا يعلمه اولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام للشاهد اذا رايت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق اثباته عند القاضي اقامة البينة ويشترط ان يشهدوا انه كان قاضيا حين قضى به لان فعله انما يعتبر بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغي للقاضي ان يتخذ كاتبا من اهل الذمة بلغنا ان ابا موسى الاشعري قدم على عمر رضي الله عنه فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من اهل الذمة فغضب عمر رضي الله عنه من ذلك وقال لا تستعينوا بهم في شي وابعدوهم واد لوهم فاتخذ ابو موسى كاتبا غيره ولان ما يتوصل به كاتب القاضي من امر الدين وهم يخونون المسلمين في امور الدين ليفسدوه عليهم قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم الاية وان عمر رضي الله عنه اعتق عبدا له نصرانيا يدعى محسن وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك في شي من امورنا ولان كاتب القاضي يعظم في الناس وقد نهينا عن تعظيمهم قال عليه السلام ادلوهم ولا تظلموهم ولا يتخذ كاتبا مملوكا ولا محدودا في قذف ولا احدا ممن لا تجوز شهادته لان المكاتب ينوب عن القاضي فيما هو من اهم اعمالهم فلا يختار لذلك الا من يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضي الى الاعتماد على شهادته في بعض الامور او يحتاج بعض الخصوم الى شهادته فلا يختار الا من يصلح للشهادة ولا باس بان يكلف القاضي الطالب صحيفة يكتب فيها حجته وشهادة شهوده لان منفعة ذلك له والذي يحق على القاضي مباشرة القضاء فاما الكسه ليست عليه فلا يلزمه ايجاد الصحايف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان في بيت المال

مطلب ما وجد في سجل القاضي

سعة فرأى ان يجعل ذلك من بيت المال فلا باس بذلك لانه يتصل بعمله وكفايته في مال بيت المال فما يتصل به لا باس بان يجعله في مال بيت المال الكفاية القاضي يحتسب في عمله فهو حسن وان راى ان يجعل ذلك على الخصوم فلا باس به لانه يعمل لهم عملا لا يستحق على القاضي مباشرته ولذلك اجر قاسم القاضي واذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضي فشهد كاتباه ان شهودة فلان وفلان قد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما انما شهدا الكاتبين على شهادتهما ولا تقبل شهادة الانسان على شهادة غيره اذا لم يشهده على شهادته وينبغي للقاضي ان يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه او وكيله حتى لا يعتبر بينا من موضعه لان الشهود ان زادوا شيئا او حرفوه طعن فيه وخاصم ورفع ذلك الى القاضي نائبه ويكون ذلك بمحضر منه اقرب الى النظر له والى نفي التهمة عن القاضي وان كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لانه يكتب ما يسمع وهو امين في ذلك ما لم تظهر خيانته وينبغي للقاضي ان يعرض كتاب الشهادة بعد ما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئا او حرفه عن موضعه لان حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصي في الاحتياط فيه وذلك في العرض على الشاهد بعد ما يكتب ولهذا قيل اذا لم يكن ماهرا في العربية ينبغي له ان يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله الى لغة اخرى مخافة الزيادة والنقصان

باب كتاب القاضي الى القاضي

اعلم بان القياس يابى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكنا جوزنا العمل بكتاب القاضي الى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رضي الله عنه انه جوز ذلك ولحاجة الناس الى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء على حقه في بلد وخصمه في بلد اخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من ان يشهد على شهادتهما واكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ليتعرف القاضي الكاتب عدالتهم ويكتب ذلك الى القاضي المكتوب اليه فللتيسير جوزنا ذلك ولكن فيما يثبت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهة كما اشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما تندرئ بالشبهات ولان ذلك نادر لا تعم به البلوى فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ما تعم به البلوى لان الحاجة تمس الى ذلك فاذا اتى القاضي كتاب قاض سأل الذي جاء به البينة على انه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقراه عليهم ويشهدون على ما فيه فمن اصل ابي حنيفة ان علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا اشهدوا انه كتابه وخاتمه قبله وان لم يعرفوا ما فيه وهو قول ابن ابي ليلى لان كتاب القاضي الى القاضي قد يشتمل على شي لا يحب ان يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل اذا اشهدوا انه كتابه وخاتمه ولكنا نقول ما هو المقصود لا بد من ان يكون معلوما للشاهد والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا تشتمل على شي سوى الخصومة فالسر كتاب على حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة قال ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب

يتعلق الفاظ الشهادة بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد
الاصل لسانه ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فلذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر
من الخصم فاذا قراه عليه وعلم ما فيه ينبغي له ان يختمه ويختمه لئلا يتغير منه شيء ويكتب عليه اسم
صاحبه ليتيسر عليه وجوده في قمطره عند الحاجة اليه واذا وصل الكتاب الى هذا القاضي بعد
ما مات الكاتب او عزل لم يعمل به لانه ما اتاه كتاب القاضي فالكاتب قد انعزل حين عزل او مات
فانما اتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لا يصلح حجة للقضاء وان مات ذلك او عزل بعدما وصل
الكتاب الى هذا القاضي وقراه فانه يعمل به لان الذي اتاه كتاب القاضي وقد بينا
ان الكتاب في معنى الشهادة على الشهادة والشاهد على الشهادة اذا مات قبل الاداء
فكذلك كتاب القاضي لان وصول الكتاب اليه وقراءته في معنى اداء الشهادة في مجلسه
وان مات المكتوب اليه او عزل قبل ان يصل اليه ثم وصل الى الذي ولي بعده لم يعمل به
لان الكتاب الى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل اليه وقراه ثم مات قبل
ان يقضي به لم يعمل به من بعده بمنزلة ما لو شهد الشهود في مجلسه فمات قبل ان يقضي الا ان
يكون الكتاب الى كل من يصل اليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب اليه لحاجة
الناس الى ذلك استحسانا الا انه يكلف الخصم اعادة البينة على الكتاب والختم بين يديه
لان ما قام من البينة عند المجلس الاول قد بطل بموته قبل ان يقضي وان كتب القاضي الى القاضي
في حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغي ان يسمي الشهود في الكتاب وينسبهم
الى ابائهم وقبائلهم والاصل ان الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه باقصى ما يمكن الا ترى
انه لا تعرف المحدود ان لا بذكر الحدود فيعرف الادمي بالنسب والاسم لان ذلك اقصى
ما يمكن في تعريفه اذا تعذر احضاره وتمام ذلك بذكر اسمه واسم ابيه واسم جده فالمقصود
تمييزه عن غيره والتمييز يحصل بهذا فقل ما يتفق رجلان في الاسم والنسب بهذه الصفة
ولئن كان فهو نادر ويذكر قبيلته ايضا ولو اكتفى بذكر اسمه واسم ابيه واسم قبيلته جاز
ايضا فقل ما يتفق رجلان في قبيلة واحدة باسمهما واسم ابيهما وتمام ذكر القبيلة مقام ذكر
الجد فهو الجد الاعلى وان ذكر اسمه واسم ابيه فقد روي عن ابي يوسف ان ذلك يكفي اذا عرف
الصناعة هو معروف بها وعند ابي حنيفة لا يكفي لان ذكر الصناعة ليس بشيء فقد يتحول الانسان
من صناعة الى صناعة فان كان قد عرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم واخبر بذلك عنهم
كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء فالقضاء يتعلق به
بشهادتهم وان خلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضره لان المقصود وهو التعريف قد حصل
بذكر الاسم والنسب الا انه اذا كان من راي الكاتب ان يذكر التحلية فينبغي ان يذكر من ذلك
ما لا يشينه ولا يعتريه في الناس فيحترز عن ذكر ما يشينه فذلك نوع غيبة فان اراد الذي جاء به
من المكتوب اليه ان يكتب به الى قاض اخر فعله لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب
فكانه ثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضي الاول للحاجة فكذا يجوز من
الثاني لان الخصم قد يهرب الى بلدة اخرى قبل قضاء المكتوب اليه بذلك اليه واذا سمع القاضي
شهادة الشهود وكتب بها الى قاض اخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه
لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشهادة
الفرع اذا استقضي بعد شهادة الاصلين عنده واشهداه على شهادتهما لم يجز له ان يقضي
بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذي سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل
البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره او سكوته القائم مقام انكاره

فان

فان اعاد المدعي تلك البينة بمحضر من الخصم فالان يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار
الخصم وقد وجد ذلك حين اعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه فاذا وصل الكتاب
الى المكتوب اليه وقراه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه
الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه وقراه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما
يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا ان يكون من رايه لان الاول لم يحكم به وانما
نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رايه كما اذا شهد الفروع
عنده على شهادة الاصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به واعطى الخصم سجلا
فالثاني ينفذ ذلك وان لم يكن من رايه لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ الا ترى
انه ليس للاول ان يبدل قضاه وان تحول رايه فكذلك ليس للثاني ان يبطل ذلك فاما في
الكتاب الاول ما قضى بشيء الا ترى ان له ان يبطل كتابه قبل ان يبعث به الى الثاني وان الخصم
لو حضر مجلسه لم يلزمه ذلك شيئا فكذلك الثاني لا ينفذ كتابه الا ان يكون ذلك من رايه
ولا يقبل كتاب القاضي في شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرئ بالشبهات وللشافعي
قول انه كذلك مقبول الا في الحدود التي هي لله تعالى خالصا واصل ذلك في الشهادة على
الشهادة سيأتيك بيانه في كتاب الشهادات ولا يقبل كتاب قاضي رستاق او قرية ولا
كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضي وقاضي الرستاق متوسط وليس بقاضي
فالمصر من شرائط القضاء في ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجمع والاعياد
فيكون مختصا بالمصر وذكر في بعض النوادر ان قاضي القرية اذا قضى بشيء بعد تقليده مطلق
فقضاه نافذ فعلى هذا اذا كان الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا
اذا خرج قاضي المصر الى قرية وهي خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه
في ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلى رواية النوادر ينفذ قضاؤه
وكثير من المتاخرين رحمهم الله اخذوا بذلك قالوا ارايت لو كانت الخصومة في ضيعة في بعض
القرى فراى القاضي الاحوط ان يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشهادة ويحكم عند
الضيعة اما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تاويل ما قال في الكتاب انه لا حاجة
الى قبول كتاب قاضي الرستاق فانه يتيسر احضار الخصم مع الشهود في مجلس القضاء
ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضي مدينة فيها منبر وجماعة
او كتاب الامير الذي استعمل القاضي لانه انما يصل كتاب من يملك تنفيذ القضاء والامير الذي
استعمل القاضي لو تقلد القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضي
بامره وكذلك قاضي المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضي
الرستاق ولا تجوز شهادة اهل الذمة على كتاب قاضي المسلمين لذمي على ذمي ولا على قضايه
لانهم يشهدون على فعل المسلم وشهادة اهل الذمة لا يكون حجة في اثبات فعل المسلم
وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون
معاملاتهم بينهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في قضاء قاضي المسلمين وكتابه
وخاتمه لان الاشهاد على ذلك منه في مجلسه ومجلس قاضي المسلمين يحضره المسلمون
دون اهل الذمة واذا جاء بكتاب القاضي ان لفلان على فلان كذا وكذا من الدين لم
يجز حتى ينسبه الى ابيه والى فخذه التي هو منها او ينسبه الى تجارة يعرف بها مشهوره
وقد بينا قول ابي حنيفة في النسبة الى التجارة لا انها لا تقوم مقام النسبة الى
الفخذ الا ان يكون شيئا مشهورا لا يخفى على احد وان كان في تلك الفخذ او التجارة

اثنان كذلك لم يجز حتى ينسب الى شئ يعرف به من الاخر لانه لا بد من تمييز المشهود عليه من غيره
الا ترى انهما لو شهدا على احد الرجلين بحضرتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك في حق القاضي
لا بد من تمييز المشهود عليه من الاخر على وجه لا يبقى فيه شبهة وان لم يكن كذلك الا وادعى فاقام
الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وانه قد مات لم يقبل ذلك منه
اذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وان كان بعده قبلته وابطلت الكتاب الذي جاء به المدعي
لان الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضي ولو كان معلوما عند القاضي وجوده وموته
قبل تاريخ الكتاب لم يمتنع لاجله من العمل بالكتاب لان في الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا
فانما ينصرف ذلك الى الحي دون الميت لانه اذا كان المقصود الميت يذكر في الكتاب فلان الميت
واما اذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منهما كان حيا حين كتب القاضي الكتاب
وليس في الكتاب ما يميز احدهما عن الاخر الا ترى انه لو ادعى هذه الدعوى على ورثة الميت فاخرج ورثة
الميت بالحي اكان يتمكن القاضي من القضاء على ورثة الميت بشئ وليس في الكتاب ما يميز موت الحي
من الاخر الا ان يكون في الكتاب فلان بن فلان الفلاني وقد مات فيعلم بذلك ان المشهود
عليه الميت منهما دون الحي وان كان نسبه في ذلك الكتاب الى ابيه والى بكر بن وائل او الى تميم
او همدان لم اجزه حتى ينسبه الى فخذه التي هو منها ادناها اليه بعد ان يكون قبيلة يعلمها
العرافة لان المقصود التعريف وذلك لا يحصل الا بنسبته الى ادنى الافخاذ ارايت لو قالوا
فلان بن فلان العربي او نسبوه الى ادم عليه السلام اكان يحصل التعريف بذلك قال
الا ان يكون رجلا مشهورا اشهر من القبيلة فيقبل ذلك اذا نسبه الى تلك الشهرة فالتمييز
بينه وبين غيره يحصل بالشهرة فيقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب
قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجز ذلك كما لو شهدوا به في مجلسه وهذا
لان المشهود به مجهول وفيما لا يمكن احضاره مجلس القاضي التعريف بذكر الحدود فيبقى
مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حددوها حدين الا في رواية عن ابي يوسف قال اذا
ذكروا احد حدي العرض يجوز للقاضي ان يقضي ويكتفي به وهذا ليس بصحيح لان بذكر
الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فان حددوها بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا
استحسانا وعلى قول زفر لا يجوز لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع وقاس هذا
بما لو ذكروا الحدود الاربعة وغلطوا في احدها ولكنا نقول قد ذكروا اكثر الحدود واقامة
الاكثر مقام الكل اصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار
العرض بذكر احد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما ايضا وقد تكون الارض مثلثة
لها ثلاث حدود فان كانت بهذه الصفة فلا خلاف انه يكتفي بذكر الحدود الثلاثة
وهذا بخلاف ما اذا غلطوا في ذكر احد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا
اخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما اذا غلطوا في ذكره كما اذا ادعى شراء شئ
بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا
ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف
لم يجز ذلك في ابي حنيفة وجاز في قول ابي يوسف ومحمد لان التعريف بالشهرة كالتعريف
بذكر الحدود او ابلغ وذكر الحدود في العقارات كذكر الاسم والنسب في الادمي ثم هناك
الشهرة تغني عن ذكر الاسم والنسب في الادمي ثم هناك الشهرة تغني الاسم والنسب
فهذا مثله وابو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار
المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار يمنع من القضاء وفي
هذا

هذا ان المشهورة قد يزداد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الادمي فانه
لا يزداد فيه ولا ينتقص منها والحاجة هناك الى اعلام اصله وبالشهرة يصير معلوما
ولو جاء بكتاب قاض ان لفلان على فلان السندي عبد فلان بن الفلان كذا كذا درهما
لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكه فالنسبة الى الاب والقبيلة تنقطع بالرق وانما
ينسب الى مالكه الا ترى ان الولاية على المملوك لمالكه دون ابيه فاذا نسبه الى مالك
معروف بالشهرة او بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد الى
عمل او تجارة يعرف بها فالتعريف في الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك في العبد وان
جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما في القياس سواء وقد بينا هذه المسألة في كتاب
الاباق ما يقبل فيه كتاب القاضي وما لا يقبل قال وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا
كتاب القضاة في شئ بعينه الا في العقار لانه لا يحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك
من الاعيان لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي لان الاشارة الى عينه عند الدعوى
والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره مجلس القضاء واذا اتى كتاب القاضي الى القاضي
وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود انه كتابه اليه وخاتمه فانه يقبله
لانه لو كان على ظاهره عنوان فيه لا يصير معلوما انه كتاب القاضي اليه وانما يصير
معلوما بشهادة الشهود فكذلك اذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بعض القضاة كتابة
العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له في ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس
تحت الختم فان فتح الكتاب فلم يكن في داخله اسم الكاتب والمكتوب اليه او كان فيه
اسمهما دون اسم ابيهما لم يقبله لانه انما يقبل كتاب القاضي اليه ولا يصير ذلك معلوما
الا بالعنوان في داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب اليه فاذا لم يكن
ذلك لا يقبله والحاصل ان العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه التغيير
فاذا كان فيه تعريفا تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسماهما واسما ابائهما
قبله اذا استهدت الشهود على ما في جوفه في قول ابي حنيفة ومحمد وان كان فيه كنا هما
دون اسمائهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ما قيل الكنى بالمثل الا ان يكون
مشهورا كشهرة ابي حنيفة فحينئذ يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من فلان الى ابن فلان لم
يجز لانه لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب الفلان الى الاب الادنى وقد ينسب الى من فوقه
وقد يكون لابيه بنون سواه فان كان مشهورا مثل ابن ابي ليلى وابن شبرمة جاز ذلك لحصول
المقصود بذكر ما هو مشهور ولو كتب اسم القاضي ونسبه الى جده ولم ينسبه الى ابيه لم
يجز لان التعريف يحصل بالنسبة الى الاب الادنى فالنسبة اليه حقيقة والى الجد مجازا
الا ترى انه ينفى عنه باثبات غيره ولو كان على عنوانه اسماهما واسما اباهما لم يجز ذلك
الا ان يكون ذلك في داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء
ولو كتب القاضي الى الامير الذي استعمله وهو في المصر معه اصلح الله الامير ثم اقتص
القصة وجاء بكتابه معه يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضي لا
يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر الى مصر وكذلك
لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم ابيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في المصر الى هذا فانه
يتيسر عليه ان يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز ذلك
للامير ان يمضي هذا لانه متعارف ويشق على القاضي ان يأتي الامير بنفسه في كل
حادثة ليخبره به ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في حق

جوز العمل به فكذلك اذا كتب اليه بذلك رقعة ولم يجز الرسم مثله في الكتاب من مصر الى مصر اخر
فشرطنا هناك شرايط كتاب القاضي الى القاضي ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة وشهادة
امراتين مع رجل لانه مما يثبت بالشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال
حجة للقضا فيما يثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه كان يرزق سلمان بن ربيعة
الباهلي على القضا كل شهر خمسماية درهم وفيه دليل على ان الامام يعطي القاضي كفايته من مال
بيت المال وانه لا باس للقاضي ان ياخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية
عياله في مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم ياخذه واحتسب في عمل القضا فهو خير له والاصل
فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف الاية في الوصي وهو يعمل
لليتيم كما ان القاضي يعمل للمسلمين وان الصحابة رضي الله عنهم فرضوا لابي بكر رضي الله عنه مقدار
كفايته من مال بيت المال الا انه اوصى الى عايشة رضي الله عنها ان ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضي الله
عنه يرحمك الله لقد اتعبت من بعدك وعمر رضي الله عنه كان ياخذ كفايته من مال بيت المال وفي
كذلك كان ياخذ كما قال ان لي من مالكم كل يوم قصعتا ثريد وعثمان رضي الله عنه كان لا ياخذ
له وبه ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال ما لي لا ارزق واستوفي منهم واوفيهم اصبر لهم نفسي في المجلس
واعدل بينهم في القضا وان شريحا رحمه الله كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما وعمر كان يرزقه
كل شهر ماية درهم وعلي كان يرزقه كل شهر خمسماية درهم وذلك لقلة عياله في زمن عمر ورخص
الطعام وكثرة عياله في زمن علي وغلا سعر الطعام فان رزق القاضي لا يتقدر بشي لان ذلك ليس باجر
فالاستيجار على القضا لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض اصدقا شريح رحمه الله
عاتبه في ذلك وقال لو احتسبت فقال في جوابه وما لي لا ارزق فبين له انه فرغ نفسه لعمل القضا
ولا بد له من الكفاية فاذا لم يرزق احتاج الى الرشوة فيه بيان ان القاضي اذا كان محتاجا ينبغي له
ان ياخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع في اموال الناس وذكر ان عبد الله بن يحيى الكندي كان يقسم
لعلي رضي الله عنه الدور والارضين وياخذ على ذلك اجرا وفيه دليل ان القاضي يتخذ قاسما
لانه يحتاج الى ذلك فانه في المواريث اذا بين الانصبا ربما يطالب بالقسمة ليتم بها انقطاع المنازعة
وهو لكثرة اشتغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما فيستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتبا ثم
الاولى ان يجعل كفاية قاسم القاضي في بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تتمة ما
انتصب القاضي له فان لم يفعل ذلك امر الذين يريدون القسمة ان يستاجروه باجر معلوم
وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضي في القضا
ثم بيان نصيب كل واحد من الشركا والقسمة عمل بعد ذلك فلا باس بالاستيجار عليه
كالكتابة ولا ينبغي له ان يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضعة مع
قسامه ولانه اذا اكره الناس على ذلك تحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم وانما
قوم اصطلحوا على قسمة قاسم اخر جاز بينهم بعد ان لا يكون صغير ولا غايب لان الحق لهم
وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم اخر من جملة النظر لانفسهم وان
كان فيهم صغير او غايب فهم يحتاجون الى راي القاضي في ذلك لان الصغير والغايب
عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان امرهم
باقتسامهم وفيهم صغير او غايب فاستاجروا قساما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد
ان يكون عدلا يعرفه القاضي جاز ويامرهم ان يقتسموا بينهم لانه ان لم يفعل هذا او الزمهم
استيجار قاسمه يحكم عليهم في الاجر ثم اجر القاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى
وصاحب النصيب القليل والكثير سوا في قول ابي حنيفة وعندهما الاجر عليهم على قدر

الانصبا

الانصبا وهذه مسلة كتاب القسمة وان اتخذ القاضي جماعة من القسام يعين ذلك حسن ولكن
الاولى ان لا يشرك بينهم فانه اجدر ان لا يتحكموا على الناس لانه اذا اشرك بينهم تواضعوا على
شي فتحكموا على الناس ولانه اذا لم يشرك بينهم يومن عليهم الميل الى الرشوة لانه ان فعل ذلك
احدهم اظهره عليه صاحبه واذا اشرك بينهم يفوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا
منهم على شي بعينه لم يدخل بقيتهم معه في ذلك لانه شركة بينهم واذا شهد قاسماه على قسمة
قسماها بين قوم بامره بان كل انسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما في قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وفي قوله الاول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد لانهما يشهدان
على فعل انفسهما ولانهما في الحقيقة يدعيان ايفا العمل الذي استوجرا عليه واما الامانة
في ذلك بايصال نصيب كل واحد منهم اليه والدعوى غير الشهادة وجه قولهما انهما لا يجران
الى انفسهما بهذه الشهادة شيا لان الخصوم متفقون على انهما اديا وفيا العمل وان العقد
انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل انفسهما لان عملهما التمييز والمشهود به استيفا
كل انسان نصيبه وذلك فعل المستوفي ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز
لان القاسم ليس بقاضي والقاضي هو المخصوص بان يكتفى بقوله في الالزام فاما القاسم
فيما يشهد به كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك امين القاضي اذا امره القاضي
ان يدفع مالا فقال قد دفعته وانكر المدفوع اليه فالامين يصدق في برا نفسه
لانه ينكر وجوب الضمان ولا يصدق على الاخر انه قبض لانه ليس بقاضي فالحجة لا تتم
بقوله وان ادعى رجل غلطا في القسمة فانه لا يعاد لذلك القسمة ولكنه يسال البينة على
ما يدعي من الغلط لان الاصل هو المعادلة في القسمة والظاهر ان القاسم يودي الامانة
في ذلك فمن ادعى خلاف ذلك لم يصدق الا بحجة ولا ينبغي للقاضي ان يتخذ قاسما ذميا
ولا مملوكا ولا محدودا في قذف ولا اعمى ولا فاسقا ولا احدا ممن لا تجوز شهادته
وقد بينا هذا في الكاتب فكذلك في القاسم لان كل واحد منهما ينوب عن القاضي فيما يكون
من سنة عمله وقد يحتاج الخصوم الى شهادة القاسم فلا يختار لذلك الا من يكون
اهلا لادا الشهادة لانه اذا كان بخلاف ذلك فرد القاضي شهادته وجد الناس لذلك
مقالا في القاضي يقولون لو اجزته اذا كنت لا تقبل قوله واذا راى القاضي وهو في
مجلس القضا او غيره رجلا يزني او يسرق او يشرب الخمر ثم رفع اليه فله ان يقيم عليه
الحد في القياس لانه تيقن بالسبب الموجب للحد عليه والعلم الذي استفاده
بمعاينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك يحتمل الصدق
والكذب وفي الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى يشهد الشهود عنده بذلك لما روي ان
عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لو رايت رجلا على حد ثم وليت
اكنت تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معي غيري قال اصبت وعن الزهري عن ابي بكر رضي
الله عنه نحو ذلك ولان الحدود التي هي من خالص حق الله تعالى يستوفيها الامام على سبيل
النيابة من غير ان يكون هناك خصم يطالب من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه في الاقامة
ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق وهو مامور بان يصون نفسه عن
ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصما
يطالب به من العباد وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي فكان مصدقا فيما زعم انه راى
ذلك يوضح الفرق ان المقر بالحدود التي هي من حقوق الله تعالى اذا رجع صح رجوعه
ولم يكن للقاضي ولاية الاقامة لوقوع التعارض بين خبريه وكذلك اذا اخبر القاضي انه

راى ذلك وانكره الرجل لم يكن له ان يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم امين فيما يخبر به من حق الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لان ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار فاما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس فالرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضي ان يلزمه ذلك باقراره فكذلك له ان يلزمه بمعاينته سبب ذلك لان معاينة السبب اقوى في افادة العلم من اقرار المقر به وهذا اذا راى ذلك في مصره الذي هو قاض فيه بعد ما قلد القضا فاما اذا راى ذلك قبل ان يقلد القضا ثم استقضى فليس له ان يقضي بعلمه في ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد له ان يقضي بعلمه في ذلك لان علمه بمعاينة السبب لا يختلف بما بعد ان يستقضي وقبله وهو اقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له ان يقضي بعلم نفسه اولى ومذهب ابي حنيفة مروي عن الشعبي وشريح رحمهم الله فان الشعبي سئل عن هذه المسئلة فقال اتى شريح في خصلها وانا شاهد فقال ائت الامير حتى اشهد لك فقال انشدك الله ان يذهب حقي وانت تعلم فقال لا اتي الامير حتى اشهد لك والمعنى فيه انه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبان استقضى بعد ذلك لا يزداد علمه بذلك وعلم القضا فوق علم الشهادة فان علم القضا ملزم والشهادة بدون القضا لا يكون ملزما بخلاف ما اذا راى وهو قاض لانه استفاد علم القضا هناك بمعاينة السبب والدليل عليه ان ما يستفيد من العلم بمعاينة السبب وما يستفيد بشهادة الشهود عنده في الحكم سوا ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقضى يفيد علم القضا وقبل ان يستقضي لا يفيد له ذلك حتى لو استقضى شاهد هذا الفرع لم يكن له ان يقضي بما كان من شهادة الاصول عنده ما لم يشهدوا بذلك بعد ما استقضى فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لو عاين السبب بعد ما استقضي ولكن في غير مصره ثم لما انتهى الى مصره خوصم في ذلك لانه حين عاين السبب لم يكن له ان يقضي في ذلك فهو وما لو علم قبل ان يستقضي سوا ولو عاين ذلك في مصره وهو قاض ثم عزل ثم اعيد على القضا فلا اشكال عندهما له ان يقضي بعلمه ومن اصحابنا من قال عند ابي حنيفة ايضا له ان يقضي بعلمه لانه استفاد علم القضا بمعاينة السبب حتى لو قضى به في ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك اذا قضى به بعد ما قلد ثانيا والاصح انه على الخلاف لانه بعد ما عزل لم يبق له في تلك الحادثة الا علم الشهادة فهو وما لو علم به بعد ما عزل سوا يوضحه انه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم اعيد على القضا لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك اذا عاين السبب وكان ابن ابي ليلى يقول اذا علم قبل ان يستقضي ثم استقضى فشهد عنده رجل واحد بذلك قضى بذلك وذلك مروي عن شريح انه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكنا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس ما يحصل له من العلم بشهادة الشهود واكمال احدهما بالاخر لا يمكن والقاضي لا يتمكن من القضا الا بحجة فالطريق في ذلك ان يشهد مع الرجل الاخر لصاحب الحق عند الامام الذي فوقه حتى يقضي هو بذلك واذا دفع القاضي مال اليتيم الى تاجر فجحد التاجر فالقاضي مصدق في ذلك على التاجر يقضي عليه بالمال لانه قاض فيما يفعله في مال اليتيم وفيما يخبر به من القضا هو مصدق لانه يخبر عما يملك انشاه وكذلك لو باع مال الميت في دينه فلا عهدة على القاضي في ذلك لانه فعله ذلك من القضا وهو فيما يلحقه العهدة يكون خصما لا قاضيا واذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة على من وقع عليه الحكم فان جحد المشتري منه البيع فقضاه عليه واخذه الثمن لانه علم انه كاذب فهو الذي باشر السبب وكذلك

هو

هو مصدق فيما ذكر انه قضى به من قصاص او مال او طلاق او عتاق او غير ذلك من حقوق الناس سوا قال اقر بذلك عندي او قامت به بينة وسع للذي سمع من القاضي ذلك ان يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندري بالشبهات وما لا يندري بالشبهات في ذلك سوا وذكر ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول وقال في الحدود التي تندري بالشبهات لا يسع السامع اقامة ذلك بمجرد قول القاضي ما لم يخبره بذلك غيره لان القاضي غير معصوم عن الكذب فان درجة الانبيا عليهم السلام ولا يبلغ درجة القاضي درجة الانبيا عليهم السلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسع الاقدام عليه بمجرد قول القاضي ووجه ظاهر الرواية ان مجرد قول القاضي ملزم الا ترى ان مباشرته القضا قول ملزم فكذلك اخباره بالقضا والدليل عليه انه لا يستقضي في كل بلدة اكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضي لجرى الرسم بايجاد القاضيين في كل بلدة صيانة للحقوق كما جرى الرسم في الشهود وفي الاكتفا بقاض واحد في كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على ان مجرد قول القاضي حجة تامة ولو عزل عن القضا فخاصمه المقضي عليه في جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا في ذلك غير مسول بينة ولا استحلف

فصل في القاضي المعزول

يمينا لانه اضاف الى حالة معهودة بينا في تلك الخصومة والضمان عنه فيجب قبول قوله في ذلك كما لو اخبر به قبل ان يعزل قال مشايخنا رحمهم الله وانما يجوز اعتماد قول القاضي في ذلك من غير ان يستفسر اذا كان فقيها ورعا فالورع يومننا من جوره وميله الى الرشوة وفقهه يومننا من ان يغلط في ذلك فاما اذا لم يكن فقيها لا بد من ان يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار في ذلك ولا ينبغي للقاضي ان يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا ولا يقتص لاحد من احد عندنا وقال الشافعي لا باس بذلك بشرط ان لا يلوث المسجد لان فعل الاقامة قربة وطاعة والمساجد اعدت لذلك ثم هو من تتمة قضايه واذا كان له ان يجلس في المسجد للقضا كان له ان يتم القضا باقامة الحدود فيه وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في المساجد وفي حديث مكحول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشراكم وجمروها في الجمع واجعلوا على ابوابها المطاهر وروي ان عمر رضي الله عنه امر بان يعزر رجلا وقال للذي امره بذلك اخرجه من المسجد ثم اضربه ولم ينقل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر باقامة حد على احد في المسجد بين يديه وهذا لانه لا يومن تلويث المسجد ويرتفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد ينحى عن ذلك فاما ان يخرج القاضي ليقام بين يديه او يبعث نائبا او يجلس عند باب المسجد ويامر بالاقامة بين يديه خارج المسجد وهو يرى ذلك ولو ان قاضيا باع لنفسه شيئا او اشترى لم يقبل في شي منه على خصمه وهو كغيره من الناس في هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كساير الرعايا الا ترى ان النبي عليه السلام حين انكر الاعرابي استيفا ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال من يشهد لي حين شهد خزيمة رضي الله عنه الحديث واذا كان هذا في حق من هو معصوم عن الكذب فاظهر في القاضي ولا يجوز قضاوه بشي لنفسه ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنسا ولا لابويه ولا لاجداده من قبلهما ولا لزوجته ولا لمكاتبه ولا لعبده لان ولاية القضا فوق ولاية الشهادة واذا لم تجز شهادته لهولا فلان لا يجوز قضاوه لهم اولى واما من سوى هولا من القرابة

غيرهم فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم وإذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت
لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لأنه أخبر عما يملك استينافه وهذا قول ملزم
وهو بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قوله ملزما وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته
في ذلك لأنه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للإنسان فيما يخبر به من فعل نفسه فلا بد
أن يشهد على قضائه شاهدان سواه ليتمكن المولى بعده من إمضائه وإذا وقع قضاء القاضي
بعد موته أو عزله إلى قاضٍ يرى خلاف رأيه فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء لإجماع الناس
على نفوذ قضاء القاضي في المجتهدات فلو أبطله القاضي الثاني كان هذا منه قضاء بخلاف
الإجماع وإن كان القضاء الأول خطأ لا يختلف فيه الفقهاء أبطله لأنه بخلاف الإجماع أو
النص ألا ترى أن الأول لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ما إذا تحول رأيه في
المجتهدات فلذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا
لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء بين الناس فينبغي أن يتحرز عما هو منتفٍ
من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه السلام إن الله تعالى لم يجعلني جبارا عنيدا وفي
صفته في التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب في الأسواق ولأن هذه أوصاف مذمومة
فعلى القاضي أن يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس منه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ
القلب لانفضوا من حولك الآية والقضاء مندوب إلى اكتساب ما هو سبب لميل القلوب والاجتماع
إليه في حوائجهم وينبغي له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلا يدع من حق الله تعالى شيئا في غير حزبه
وأن يلين حيث ينبغي ذلك في غير ضعف ولا يترك شيئا من الحق لما روينا عن عمر رضي الله عنه
قال لا يصلح لهذا الأمر إلا اللين من غير ضعف والقوي من غير عنف وكان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يلين في الأمور ويرفق حتى إذا انتهك شيء من محارم الله فيكون من أشدهم في ذلك
وينبغي له أن يعتذر إلى كل من يخاف أن يقع في نفسه عليه شيء إذا قضى عليه وأن يفسر للخصم
ويبين له حتى يعلم أنه قد فهم عنه حجته وقضى عليه بعدما فهم وبذلك ينتفي عنه تهمة الميل
وينقطع عنه طمع الخصم والغالة فيه فإنه يصون بذلك الخصوم عن الغيبة والشكاية
منه وهو مندوب إليه أن لا يترك جهده في ذلك وإن كان لا يطمع في إصابته الإنادرا وينبغي
للقاضي إلى أعوانه والقوام عليه في ترك الحرق والشدة على الناس ويأمرهم بالرفق واللين
من غير أن يضعفوا فيقصروا عن شيء مما ينبغي لأنهم ينوبون عنه فيما فوض إليهم فكما يعتقد
ذلك في حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك سببا لتألف القلوب واجتماع الكلمة عليه ولا
ينبغي أن يستعمل على القضاء إلا الموثوق به في عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة
والآثار ووجوه الفقه الذي يوجد منها الكلام فإنه لا يستقيم أن يكون صاحب رأي ليس
له علم بالسنة والأحاديث فيتبله بضل الناس كما ورد به الأثر إياكم وأصحاب الرأي أعيتهم
السنة أن يحفظوها فسئلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له
علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الحديث أن يعي ما سمعه أولا
بقوله عليه السلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها
فرب حامل فقه إلى غير فقيه ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه فعرفنا أنه لا يستقيم
واحد منهما إلا بصاحبه والإمام مأمور بأن لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين إلا إذا علم
صلاحه لذلك قال عليه السلام من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو أولى به فقد خان الله
ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين وأعمال المسلمين فلا يختار له
إلا من يعلم أنه صالح لذلك مؤدي الأمانة فيه وذلك عند اجتماع الخصائل المذكورة فيه وإذا

كان

كان لا يؤتمن على شيء من المال من لا يعرف بالأمانة أو يعجز عن أدائها فلأن لا يؤتمن على أمر الدين أولى
وكما لا يختار للقضاء إلا من يجتمع فيه هذه الشرائط فكذلك القاضي المفتي فإن القاضي يفتي وقد
كان القاضي في الصدر الأول يسمى مفتيا فلا ينبغي لأحد إلا من كان هكذا أن يفتي إلا أن يفتي شيئا
قد سمعه فيكون حاكيا ما سمع من غيره بمنزلة الراوي لحديث سمعه يشترط فيه ما يشترط في الراوي
من الضبط والعقل والعدالة والإسلام لأن الخبر كلام فلا تتحقق صورته ومعناه من غير العاقل
وما من موجود في الدنيا إلا وهو معتبر بصورته ومعناه فإذا كان المعنى المطلوب بالكلام البيان
ولا يحصل ذلك إلا بالعقل عرفنا أن العقل في الخبر شرط والضبط كذلك لأن قبول الخبر منه باعتبار
رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك بدون الضبط والفهم والعدالة كذلك فرجحان
الصدق بالعدالة يكون لأنه إذا لم ينزجر عما يعتقده حراما في دينه لا ينزجر عن الكذب
أيضا واشتراط الإسلام أيضا لأن الكفر يبا في رجحان جانب الصدق في خبره ولكن لأن
هذا من باب الدين وهم يبغون دون الدين الحق ويسعون في هدمه بما يقدرون عليه فشرطنا
الإسلام كذلك وبعد ما استجمع في القاضي هذه الشرائط لا يولى القضاء من لم يكن له علم
بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم بتعارف الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والمجاز
فالقاضي لا يستغني عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء إذا لم يكن عالما بذلك
ولا يولى القضاء أعمى ولا محدودا في قذف ولا مكاتب ولا عبد ولا شيء من قيمته لأن
شهادة هؤلاء لا تقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من
أمر القضاء كما بينا ولا حساب لله لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعي في إفساده على المسلمين
ولا ينبغي للقاضي إذا سافر أو مرض أن يستخلف إلا بأمر الإمام الذي هو فوقه لأن من قلده إنما
رضي برأيه والناس يتفاوتون في الرأي والقضاء لا بد له من الرأي فلا يستخلف إلا بأمر
من قلده كالوكيل لا يوكل غيره إلا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور بإقامة الجمعة
في الاستخلاف وقد بيناه في كتاب الصلاة فإن استخلف بغير أمر الإمام لم يجز قضاء
خليفته إلا أن ينفذه هو فيما خليفته فحينئذ ينفذ كما لو قضى به بنفسه لأن نفوذه برأيه
ألا ترى أن الوكيل إذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجازه الوكيل الأول بعد ذلك منه جعل
إجازته كمباشرته وكذلك لو حكم حكما بين خصمين قصدا أو الاستخلاف سواء وقيل هذا
كله إذا فعله خليفته لا بحضرته فإن فعله بحضرته جاز استحسانا لأن تمامه برأيه
يكون بمنزلة الوكيل إذا وكل غيره حتى باع بحضرته وإن التبس عليه القضاء فاستشار فيه رجلا
من أهل الصلاح والفقه وأخذ بقوله فيما نفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن
القاضي إنما يعجز عنه ليستعين بغيره ممن علم ذلك وإن طمع القاضي أن يصطلح الخصمان
فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله عنه
قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي
رواية ردوا الخصوم من ذوي الأرحام ولا ينبغي له أن يردهما أكثر من مرة أو مرتين
إن طمع في الصلح لأن في الزيادة على ذلك إضرارا بصاحب الحق وإن لم يطمع في الصلح أنفذ
القضاء بينهم لأنه انتصب لذلك وإن أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة
من ذلك وليس بواجب عليه ردهم إنما الواجب ما قلد من العمل وهو القضاء بالحق وقد أتى
بذلك وليس ينبغي للقاضي أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين في مجلس واحد
لأنه مأمور بالتسوية بين الناس وإذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو أكثر
أضر ذلك بسائر الناس إلا أن يكون الناس قليلا فلا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم

قبل ان يقوم فلا باس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على احد ممن حضر مجلسه فلا ينبغي للقاضي
ان يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم على منازلهم
لان الذي سبق بالحضور قد استحق النظر في حاجته فلا يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد
قال عليه السلام من تواضع لغني لغناه ذهب ثلثا دينه ولان القاضي خليفة رسول الله
والله تعالى امر رسوله عليه السلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الاية
فينظر القاضي لهم بسبب الدين وفي ذلك السلطان وغيره سوا فانما يقدمهم على منازلهم
ثم ذكر في بعض النسخ من الاصل بعض مسائل التحكيم وتمام بيان ذلك في كتاب الصلح فنذكر
هنا مقدار ما ذكر فنقول الحكم بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولى حتى يشترط فيه الاهلية
للشهادة فاذا كان اعمى او محدودا في قذف او عبدا او مكاتبا لم يجز حكمه بين المسلمين
وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى ان لكل واحد منهما
ان يرجع فيه ما لم يمض فيه الحكم الحكومة فاذا امضاها فليس لواحد منهما ان يرجع
فيها كما في الصلح ولو رفع حكمه الحاكم الى القاضي فان وافق الحق ووافق رايه امضاه لانه
لو نقضه احتاج الى اعادته في الحال وان كان لا يوافق الحق ابطله وكذلك ان كان لا يوافق
رايه في المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصطلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لا يكون حجة
الالزام في حق القاضي وان حكما رجلين فحكم احدهما دون الاخر فان ذلك لا يجوز لانهما
رضيا برايهما وراي الواحد لا يكون كراي المثنى ولا يصدق على ذلك الحكم بعد القيام
من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة
فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه وليس ينبغي للحاكم ان يقضي في ان يقيم حدا او يلاعن بين
الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين
عليه وهذا لان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين من حق الشرع فلا يستوفيه الا من
تعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة الا ترى ان من عليه الحد
لا يقيمه على نفسه فلذلك ليس للحاكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ما تعين نائبا
في استيفاء حقوق الله تعالى

كتاب الشهادات

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل
السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة من حيث
ان السبب المطلق للاداء الشهادة واليه اشار النبي عليه السلام في قوله للشاهد اذا رايت مثل
هذا الشمس فاشهد والا فدع وقيل هي مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس
فلان اي حضرت قال الله تعالى وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود ومن حيث انه
يحضر مجلس القاضي للاداء يسمى شاهدا ويسمى اداؤه شهادة ثم القياس يابى كون
الشهادة حجة في الاحكام لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة
ملزمة ولان خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم
الا ترى ان الشهادة التي هي دون القضاء يستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة
فالقضاء اولى ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها امر الحكام بالعمل بالشهادة من ذلك
قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى اثنان ذوا عدل منكم
وقال عليه السلام البينة على المدعي وفيه معنيان احدهما حاجة الناس الى ذلك لان

المنازعات

المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة
والتكليف بحسب الوسع والثاني معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لايجاب
القضاء مع احتمال الكذب اذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه اشار النبي عليه السلام في قوله
اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم
بكونهم شهداء على الناس في الغيبة (?) قال الله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء
على الناس وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس في الاحكام بغالب الراي في موضع
الاجتهاد ثم القياس بعد هذا ان يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر
في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم
اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد
ولكنا تركنا ذلك بالنصوص فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كما تلونا من الايات
وقال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال
عليه السلام للمدعي لك شاهداك او يمينه فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل
بشهادة العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد قلنا لا كذلك فالمقادير في الشرع اما
لمنع الزيادة والنقصان او لمنع النقصان دون الزيادة كاقل مدة الحيض والسفر او لمنع
الزيادة دون النقصان كاكثر مدة الحيض وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد
منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا ان يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة
ثم فيه معنى طمانينة القلب وذلك عند اجتماع العدد اظهر منه في خبر الواحد وفي الشهادة محض
الالزام وخبر الواحد لا يكفي لذلك بخلاف الديانات فالتزام السامع باعتقاده والمخبر يلزم نفسه
ثم يتعدى الى غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلهذا لا يشترط فيه العدد بخلاف الشهادة
وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتلبيس في الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادة صيانة
للحقوق المعصومة ثم يشترط فيه ما يشترط في الخبر من العقل والضبط والعدالة لان البيان
لا يحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بيان (?) ومعرفة عقل المرء باختياره فيما ياتي
ويذر وحسن نظره في عاقبة امره والمطلق من ذلك ينصرف الى الكامل منه الا انه لا حد يرجع اليه
في كمال معرفة العقل سوى ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ عن عقل تيسيرا للامر على الناس
ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه اهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ
الى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه ايضا لما في النقصان من شبهة العدم ولهذا لم
يجعل من اشتدت غفلته او مجازفته فيما يقول ويسمع من اهل الشهادة اذا كان ذلك ظاهرا
عند الناس واما معرفة العدالة فلرجحان جانب الصدق فالمجازف الذي هو صدوق ولا
طريق لمعرفة الصدق في خبر من هو معصوم عن الكذب الا العدالة والعدالة هي الاستقامة
وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما في دينه
ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود الاهلية ح
في القذف اهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق
في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في كل الشهادة لان رجحان جانب الصدق
يظهر في خبره مع كفره اذا كان منزجرا عما يعتقده حراما في دينه غير ان خبره لا يقبل في امر
الدين لانه متهم في ذلك فانه يعتقد السعي في هدمه ولهذا لا يجعل من اهل الشهادة
في حق المسلمين لانه يعتقد عداوة المسلمين ويتحامل فيما بينهم فيكون بعضهم اهلا
للشهادة في حق البعض سوى هذا يشترط في الشهادة الاهلية للولاية حتى لا يكون المملوك

اهلا للشهادة وان كان حجة في الديانات مقبولا لما في الشهادة من محض الالزام والولاية
لا يكون الا عن ولاية فشرطنا الاهلية للولاية في الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا
النساء احط رتبة في الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة وبيان ذلك
في الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة النساء في الحدود
وذكر بعد هذا عن الزهري قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده انه لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه نأخذ لان في شهادة النساء ضرب شبهة
فان الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معنى الضبط والفهم بالانوثة والى ذلك
اشار الله تعالى في قوله ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ووصف رسول الله صلى
الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود لا تندرئ بالشبهات وما يندرئ
بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال الشبهة في شهادة الرجال
قائمة ما لم يبلغوا حد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لان تلك الشبهة لا يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود فسقط اعتبارها فلا يجوز الا من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا
في الجراحات يعني عند امكان اشتراط العدد من غير حرج وذلك فيما يطلع عليه الرجال
للانات التي يلونها في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان تجوز شهادة رجل واحد
لم يكن لخزيمة بن ثابت رضي الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم شهادته شهادة رجلين خصه بذلك وقصة هذا الحديث ما روي ان النبي عليه السلام
اشترى ناقة من اعرابي واوفاه الثمن ثم جحد الاعرابي استيفاء الثمن وجعل يقول واعذراه
هلم شهيدا فقال عليه السلام من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضي الله عنه انا اشهد
لك يا رسول الله عليك السلام انك اوفيت الاعرابي ثمن الناقة فقال عليه السلام كيف
تشهد لي ولم تحضرنا فقال يا رسول الله انا نصدقك فيما تاتينا به من خبر السماء افلا نصدقك
فيما تخبرنا به من اداء ثمن الناقة فقال عليه السلام من شهد له خزيمة فهو حسبه ثم هذا
النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة اقسام في اشتراط العدد في قسم يشترط عدد الاربعة
في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
وقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولا يشترط عدد الاربعة فيما سوى الزنا العقوبات
وغير العقوبات في ذلك سوى وليس في ذلك معنى سوى ان الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضى
باشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنا زيادة العدد في الشهود وهذا جعل النسبة الى هذه
الفاحشة في الاجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر العقوبات حتى يستر
العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ماعز رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال لهزال
هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات بئس والي اليتيم انت وفي قسم يشترط شهادة رجلين
وهو القصاص والعقوبات التي تندرئ بالشبهات وقسم يشترط فيه شهادة رجلين
او رجل وامرأتين وذلك فيما يثبت مع الشبهات بيانه في قوله تعالى فان لم يكونا
رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان
ليكون مفسرا لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين والاية في المداينات ولكن ذلك
ما لا يندرئ بالشبهات فيكون دليلا على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندرئ
بالشبهات والنكاح والطلاق والعتاق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعي
المعنى في المداينات كثرة المعاملة فيما بين الناس فانما تجعل شهادة النساء مع الرجال
حجة في ذلك خاصة وهي الاموال وحقوقها فاما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين

وقد

وقد بينا المسألة في كتاب النكاح والشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء ما خلا العقوبات
والحدود وذلك مروي عن ابراهيم وهذا لان الشهادة على الشهادة فيها ضرب شبهة بعد
ذلك بجنس الشهود من حيث ان الخبر اذا تداولته الالسنة يتمكن فيها زيادة نقصان فهو
بمنزلة شهادة الرجال مع النساء يكون حجة فيما يثبت مع الشبهات دون ما يندرئ بالشبهات
بل اولى فان الشهادة على الشهادة خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة
الاصول وشهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين
فرجل وامرأتان وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة
على استشهاد رجلين عرفنا ان ذلك اقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد
الفرع لم يعاين السبب ولا يعاين ذلك في شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان
فاذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة في الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة
اولى والشافعي يجعل الشهادة على الشهادة حجة في حقوق العباد من العقوبات
وغير العقوبات في ذلك سواء لانه حجة اصلية فيما هو المشهود به وهو شهادة الاصول
فاثبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كثبوته بادائهم لو حضروا بانفسهم بخلاف
شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل
الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما يكثر فيه المعاملة لان الضرر يتحقق في ذلك وفي الحدود
التي هي لله تعالى له قولان في احد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا يكون حجة
في ذلك لان شهادتهم على شهادة الاصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر
وذلك غير مقبول في الحدود التي هي لله تعالى ومقبول في حقوق العباد فكذلك الشهادة
على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للعباد وذلك يتحقق فيما هو لله تعالى
وفي قوله الاخر يقبل الشهادة على الشهادة حجة في ذلك الا في الرجم فالشاهد على الزنا في جملة
من يرجم يشترط حضوره لا محالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذي يقيم اذا
ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة على الشهادة لانها حجة اصلية وفيما ذكرنا جواب عن
كلامه اذا تاملت ولا يجوز في شيء شهادة من لم يعاين ولم يسمع لانه لا علم له بالمشهود به
وبدون العلم لا يجوز له ان يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضي حقيقة الحال ويميز له
الصادق من الخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه اذا لم يعلم به وطريق العلم المعاينة
اذا كان المشهود به ما يعاين والسماع اذا كان ذلك مما يسمع كاقرار المقر فيه

باب الاستحلاف

اعلم بان المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله عليه السلام واليمين على من انكر
الا انه لا يستحلف الا بطلب المدعي لان اليمين حقه قال عليه السلام للمدعي لك يمينه
وكما لا يستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعي فكذلك لا يستحلف الا بطلبه ومعنى
جعل الشرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعى عليه ان الغموس من اليمين مهلكة على ما روي في
حديث ابي امامة رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه السلام قال من اقتطع بيمينه حق
مال امرئ مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان يسيرا يا رسول الله قال
عليه السلام وان كان قضيبا من اراك وعن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال من حلف على يمين فاجرة ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان

فعرفنا انه مهلكه والمدعي يزعم ان المنكر اتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينه
حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعي جزا الاهلاك بمقابلة الاهلاك جزا مشروع
كالقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى
العدل في شرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعى عليه ثم ان رايي فيه جوا الاستحلاف
وزعماير جوانه يحضر شهوده ولا باس ان يكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة
بعد الاستحلاف فيوخر استحلافه لذلك فلهذا لا يحلف لا بطلب المدعي ولان من اصل
ابي حنيفة انه لا يحلف الخصم اذا زعم المدعي ان شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود
في مجلس القاضي والمدعي هو الذي يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف لا بطلبه ثم شرط ابو
حنيفة للاستحلاف ان لا يكون للمدعي شهودا حضورا لظاهر قوله عليه السلم الك بينة
فقال لا فقال عليه السلم اذا لك يمينه ولان المنكر انما يكون متلفا حق المدعي بالا
بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضي الخصم مع حضور الشهود لكا
في ذلك افتضاح المسلم اذا اقام المدعي البينة بعد ذلك وابو يوسف ومحمد قالا اذا
كان الشهود في مجلس الحكم فلذلك لتمكن المدعي من اثبات حقه بالشهادة في الحال فاما
اذا لم يكونوا في مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان تقصر المسافة والمونة
عليه باقرار المدعى عليه او نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له ان يطلب يمينه
ثم قد بينا في كتاب الدعوي ان المقصود يكون للمدعى عليه وان الاستحلاف في كل ما يجوز
فيه القضا بالنكول ولهذا لا يستحلف في الحدود التي هي لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها
بالاقرار بعد الرجوع فكيف تقام بالنكول وفي حد القذف النكول قايم مقام الاقرار
ولا يجوز اقامته بما هو قايم مقام الاقرار كما لا تقام الشهادة على الشهادة وكتاب
القاضي الى القاضي الا انه يستحلف في السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع
وهذا لان المدعي يدعي اخذ المال بجهة السرقة كما لو اقر بالسرقة ثم رجع وكما في الشهادة
على الشهادة وشهادة الرجال مع النسا في السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان
دون السرقة الموجبة للقطع فلذلك في النكول ولهذا لا يستحلف في النكاح والرجعة
والفي في الايلا والرق والنسب والولا في قول ابي حنيفة انه لا يجوز القضا فيها بالنكول
والنكول عنده بمنزلة البذل وهما يقولان يستحلف في هذه الاشيا ويقضى بالنكول
فالنكول عندهما قايم مقام الاقرار وقد بينا هذا في الدعوي وفي دعوي القصاص
يستحلف لا للقضا بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس الا ترى ان الايمان في القسامة
شرعت مكررة لذلك وان كلمات اللعان ايمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة الى الفاحشة
ولهذا قال ابو حنيفة اذا امتنع عن اليمين في دعوي النفس حبس حتى يحلف او يقر وفيما
دون النفس يستحلف للقضا بالنكول لان البذل عامل في الاطراف كهو في الاموال فاذا
كان مفيدا يعمل في الاباحة واذا كان غير مفيد يعمل في اسقاط الضمان فعند النكول
يقضى بالقصاص الذي هو عين المدعا كما يقضى بالمال وابو يوسف ومحمد قالا النفس
وما دونها سوا اذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول ابي حنيفة الاول
وقد بينا هذا في كتاب الدعوى ايضا قال ولا يستحلف الرجل مع شهادة شاهدين
لقوله عليه السلام واليمين على من انكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي عليه السلم
جنس اليمين في جانب المدعى عليه فلم يبق يمين في جانب المدعي ولان الشرع اليمين في جانب
المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك في جانب المدعي ولان شرع اليمين في جانب المنكر

ولانها

ولانها مشروعة للحاجة الى قطع المنازعة ولا حاجة الى ذلك بعد اقامة المدعي البينة
ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفي والمدعي يحتاج الى الاثبات والى هذا اشار في الاصل
فقال لا ترد اليمين ولا يحولها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسئلة
رد اليمين ومسئلة القضا بشاهد ويمين وكان علي رضي الله عنه يرى استحلاف المدعي
مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوي اذا روى حديثا كما روي
عنه انه قال ما روى لي احد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا حلفته عن ابي
بكر رضي الله عنه فانه حدثني ابو بكر رضي الله عنه وصدق ابو بكر ولم ياخذ بقوله في هذا
لما فيه من الزيادة على النص فمعنى النصوص امر الحكام بالتماس شاهدين من المدعي فاليمين بعد
ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد يثبت بما اقام من الحجة فالبينة حجة
بينة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك فاذا ثبت
بالبينة فهو مثل ذلك او اقوى فاذا كانت اليمين على الرجل فان القاضي يحلفه بالله الذي لا اله
الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وان اكتفى
بالاول اجزاه لان المشروع اليمين بالله تعالى قال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم
وقال تعالى يحلفون بالله ما قالوا فعرفنا ان المشروع في تبعه نصرة الحق والانكار اليمين
بالله تعالى الا ان المقصود في المظالم والخصومات هو النكول واحوال الناس تختلف فمنهم
من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط واذا كان كذلك فالراي في ذلك
الى القاضي ان شا اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر الصفات والاصل فيه حديث
ابي هريرة رضي الله عنه ان الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله
الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك في ادب القاضي
ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد
ان لا يحلفه اكثر من يمين واحد ولهذا لم يذكر حرف العطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه
بغير الله تعالى لان ذلك منهى عنه قال عليه السلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر
وقال عليه السلم من حلف بغير الله فقد اشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد
وجب ما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود به تعظيم المقسم به وذلك حاصل سوا
حلفه في المسجد او غير المسجد استقبل به القبلة او لم يستقبل والشافعي يقول في المال
العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفي بيت المقدس عند
الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف فانه راي قوما يستحلفون
بالله عند البيت قال اعلى دم او عظيم من المال لقد خفت ان يتهاون الناس بهذا البيت
وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمتنع الانسان من اليمين في هذا الموضع ما لا يمتنع
منه في ساير المواضع ولسنا ناخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة
وهي تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا وفيه ايضا بعض الحرج على القاضي فان حلف المدعى عليه فقد انقطعت
المنازعة لانه لا حجة للمدعي فجحد او اقرار الخصم او نكوله وقد انعدم ذلك كله
وليس له ان يخاصم بغير حجة يقول فان ابراه القاضي اي منعه من ان يخاصمه بغير حجة
لان يسقط حق المطالبة عنه بقضايه ثم اقام الطالب البينة عليه بالحق فانه يوجد
منه وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم وكانوا يقولون
كما يترجح جانب الصدق في جانب المدعي بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر الى يمين المنكر بعده

فلذلك يتعين الصدق في جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بينة المدعي بعد ذلك
ولسنا نأخذ بذلك وانما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعي
بعد يمين المدعى عليه وبقول عمر رضي الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة
العادلة ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق في انكاره ولكن المدعي
لا يخاصمه بعد ذلك لانه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له ان يثبت حقه بها ولا يحلف
الشاهد لانا امرنا باكرام الشهود وليس من اكرامه استحلافه ثم الاستحلاف ينبني على الخصومة
ولا خصم للشاهد وكما يستحلف المسلم في الخصومات يستحلف اهل الذمة لان المقصود
النكول وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين قال ويحلف النصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى واليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والاصل
فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور انشدك
بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وهذا لانه قد يمتنع من
اليمين عند التغليظ بهذه الصفة ما لا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله انه يستحلف
المجوسي بالله الذي خلق النار لانهم يعظمون النار وليس عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله خلاف ذلك في الظاهر الا انه روي عن ابي حنيفة في النوادر قال لا يستحلف احدا
الا بالله خالصا فلهذا قال بعض مشايخنا لا ينبغي ان تذكر النار عند اليمين لان المقصود
تعظيم المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق
الشمس فكذلك لا يستحلف بالله الذي خلق النار كانه وقع عند محمد انهم يعظمون النار
تعظيم العبادة فالمقصود النكول فلهذا قال بذكر ذلك في اليمين فاما المسلمون لا يعظمون
شيئا من المخلوقات تعظيم العبادة فلهذا لا يذكر شيئا من ذلك في استحلاف المسلم وغيره
ولان من اهل الشرك يحلفون بالله فانهم يعظمون الله تعالى كما قال تعالى ولئن سألتهم
من خلقهم ليقولن الله وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى فيمتنعون من الحلف
بالله كاذبا ويحصل المقصود وهو النكول ولا يستحلف المجوسي في بيت النار لان الاستحلاف
عند القاضي والقاضي ممنوع من ان يدخل ذلك الموضع وفي ذلك معنى تعظيم النار واذا
كان لا يدخله المسجد مع انا امرنا بتعظيم هذه البقعة فلان لا يدخل المجوسي بيت النار
عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها اولى والحر والمملوك والرجل والمرأة في اليمين
سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة
في ذلك سواء واذا ارادت المرأة ان تحلف زوجها على الدخول لتأخذ بالمهر وقالت
تزوجني وطلقني بعد الدخول او قالت تزوجني وطلقني قبل الدخول فان عليه نصف
المهر استحلفته على ذلك فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا يثبت النكاح في قول ابي
حنيفة لانها تدعي المال والعقد والبذل يعمل في المال ولا يعمل في النكاح فيستحلف
لدعوى المال وعند النكول يقضى به لك دون النكاح وقد بينا نظيره في دعوى السرقة

المرأة زوجها على الدخول

باب ما ترد به الشهادة

قال الشيخ الامام رحمه الله الاصل ان الشهادة ترد بالتهمة لقوله عليه السلام لا
شهادة لمتهم ولانه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق
فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم محل التهمة تارة يكون لمعنى في الشاهد
وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب المحظور في دينه مع اعتقاده حرمته يتهم بانه لا

ينزجر

ينزجر عن شهادة الزور وقد بينا ان العدالة شرط العمل بالشهادة والعدالة هي
الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضله ويصده
وليس لهذه الاستقامة نهاية توقف على معرفته لان خشية الله تعالى تتفاوت احوال
الناس فيها فجعل الحد في ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه وقيل ان كل من ارتكب كبيرة
يستوجب بها عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا في شهادته ففي غير الكبائر اذا اصر على
ارتكاب شيء مما هو حرام في دينه يخرج من ان يكون عدلا وان ابتلي بشيء من غير الكبائر ولم
يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل في الشهادة لانه اذا اصر على ذلك فقد ظهر رجحان الهوى
والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه واذا ابتلي بذلك من غير اصرار عليه فالظاهر
رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى في المشهود وهو وصلة
خاصة بينه وبين الشاهد تدل على ايثاره على المشهود عليه وذلك شيء يعرف بالعادة
فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل الى الاقارب وايثاره على
الاجانب فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق في الشهادة وقد يكون ذلك في الشاهد
لا يقدح في عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك
يمكن تهمة الغلط في الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب
مع قيام العدالة بدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى
عجزه عن الاتيان باربعة من الشهداء دليل كذبه بدليل قوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون اذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة
الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده وبه
نأخذ ويخالفنا في الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه
بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق في حق الزوجين
عما يعتقد حرمته ولا فرق في هذا بين الاقارب والاجانب وحرمة شهادة الزور
بسبب الدين تتناول الموضعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخيه فكذلك شهادة
الوالد لولده ولا معتبر بالميل الى الطبع بعد ما قام الدليل للزجر شرعا ولكنا نستدل بحديث
هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال لا تقبل شهادة
خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على اخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد
لولده وكذلك رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وزاد فيه ولا شهادة المرأة لزوجها ولا
شهادة الزوج لامرأته في الحديثين ذكر ولا مجلود حدا يعني في القذف وروي
ان الحسن شهد لعلي رضي الله عنه مع قنبر عند شريح رحمه الله فقال شريح ابغ بشاهد
آخر فقال علي رضي الله عنه اما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين
هما سيدا شباب اهل الجنة فقال قد سمعت ولكن ابغ بشاهد آخر فعزله عن القضاء ثم
اعاده عليه وزاد في رزقه وذلك انه كان ظاهرا فيما بينهم ان شهادة الولد لوالده
لا تقبل الا انه وقع لعلي رضي الله عنه في الابتداء ان للحسن خصوصية في ذلك لما خصه
به رسول الله صلى الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح ان السبب المانع وهو
الولاد قائم في حقه ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم
عن الكذب فينبني الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع
علي رضي الله عنه والمعنى فيه تمكن تهمة الكذب فان العدالة تدل على رجحان جانب الصدق
عند استواء الخصمين في حقه ولا يدل على ذلك عند عدم الاستواء الا ترى ان في شهادة المرء

لنفسه أو فيما له منفعة لا يظهر جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور ما يمنع من ذلك في طرف
العادة فلذلك في حق الآباء والأولاد أما الشبهة البعضية بينهما أو المنفعة للشاهد في
المشهود به والمنافع بين الآباء والأولاد متصلة قال الله تعالى آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون
أيهم أقرب لكم نفعا بخلاف الأخوة وسائر القرابات فدليل العادات هناك مشترك متعارض
فقد تكون القرابة سببا للتحاسد والعداوة وأول ما يقع من ذلك إنما يقع بين الإخوة
بيانه في قوله تعالى قال لأقتلنك وبيان ذلك في حال يوسف عليه السلام وإخوته فلمكان
التعارض لا يظهر رجحان جانب الصدق في الشهادة بظهور عدالته عن أوصاف خاصة
في شهادة أحد الزوجين لصاحبه بخلاف الشافعي فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما
على صاحبه لأنه ليس بينهما بعضية والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد
تكون سببا للميل والائتلاف فهي نظير الأخوة أو دون الأخوة فإنها تحتمل القطع والأخوة لا تحتمل
ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما في الطرفين وأن كل واحد منهما لا يعتق على
صاحبه إذا ملكه ولأن هذه وصلة بينهما باعتبار عقد فلا يؤثر في المنع من قبول الشهادة كالعبد
والصهورة والأختان وهذا لأن عقد النكاح يثبت حكما مشتركا بينهما وفيما وراء
ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الأجنبي كشريكي العنان وحجتنا في ذلك أن
ما بينهما من وصلة الزوجية ممكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه وبيان ذلك من وجوه
أحدها أن عقد النكاح مشروع لهذا وهو أن يألف كل واحد منهما لصاحبه ويميل إليه
ويؤثره على غيره وإليه أشار الله تعالى في قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها
وهو مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه
أمور داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وأمور خارج البيت على علي رضي الله عنه وبهما تقوم
مصالح المعيشة فكانا في ذلك كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما في حقوق
النكاح خاصة لأن معنى الاتحاد في حق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت
عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما إلى صاحبه وإيثاره على غيره كما في الآباء والأولاد
بل أظهر فإن الإنسان قد يعادي والديه لرضى زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها
فيدفعه إلى زوجها والدليل عليه أن كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعة نفسه ويعد
الزوج غنيا بمال الزوجة كما قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي فأغنى
بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء إلى عمر رضي الله عنه رجل فقال إن عبدي سرق
مرآة امرأتي فقال ما لكم سرق بعضه بعضا والدليل على أن الزوجية بمنزلة الولاد
حكما استحقاق الإرث بها من غير حجب بمن هو أقرب يوضح ما قلنا أن الزوجية بمنزلة الأصل
للولاد فإن الولاد ينشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الأصل وإن انعدم
ذلك المعنى فيه ألا ترى أن المحرم إذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية
ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت في الصيد إلا أن هذا الأصل إنما يلحق بالولاد
في حكم يتصور بقاء الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فإنه
يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعتق إنما يثبت بعد الملك ولا زوجية
بعد الملك فأما حكم الشهادة يكون في حال قيام الزوجية فتلحق الزوجية فيه بالولاد
وكان سفيان الثوري رحمه الله يقول شهادة الزوج لزوجته وشهادة المرأة لزوجها لا تقبل
لأنها في حكم المملوكة المقهورة تحت يده فيتمكن تهمة الكذب في شهادتها له وذلك ينعدم
في شهادته لها واعتمد فيه حديث علي رضي الله عنه فإنه شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى

مع امرأة بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فقال لها أبو بكر رضي الله عنه ضمي إلى الرجل رجلا
أو إلى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته ولكنا نقول دليل
التهمة يظهر في الجانبين من الوجه الذي قررنا فربما يكون ذلك في جانب الزوج أظهر لأنها
لما كانت في يده فما لها في يده من وجه أيضا فهو يثبت اليد لنفسه في المشهود به وكذلك
بكثرة مالها تزداد قيمة ملكه فإن قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقلة مالها وكثرة مالها
بيان ذلك في مهر المثل فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث علي
رضي الله عنه لأن أبا بكر لم يعمل بذلك بل ردها وكان للرد طريقان الزوجية ونقصان
العدد فأشار إلى أبعد الوجهين تحرزا عن الوحشة وكذلك علي رضي الله عنه علم أن أبا
بكر رضي الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكثرة إيحاشها بالامتناع
من أداء الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل إن شهادة علي رضي الله عنه لها لم تشتهر وإنما
المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح رضي الله عنه ولا العبد لسيده
فهو مجمع عليه لأن شهادة العبد لا تقبل لسيده ولا لغير سيده وحكي عن محمد بن سلمة
رضي الله عنه قال كان يحيى بن أكثم رضي الله عنه أعلم الناس باختلاف العلماء وكان
إذا قال في شيء اتفق العلماء رحمهم الله على كذا ترك أهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء
على أن العبد لا شهادة له وقد روي أن عليا رضي الله عنهما اختلفا في المكاتب إذا أدى
بعض بدل الكتابة فقال علي يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد لا يعتق ما بقي عليه
درهم فقال زيد لعلي رضي الله عنه أرأيت لو شهد أكان يقبل بعض شهادته
دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر وعثمان
رضي الله عنهما في العبد إذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعتق فأعادها
فقال عثمان لا يقبل وقال عمر يقبل فذلك اتفاق منهما أنه لا شهادة للعبد وهذا
لأن في الشهادة معنى الولاية فإنه قول ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية إلا هذا
والرق ينفي الولاية فالأصل ولاية المرء على نفسه فإذا كان الرق يخرجه من أن يكون
أهلا للولاية على نفسه فعلى غيره أولى وقد استدل في الكتاب على أن العبد ليس من أهل
الشهادة بقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب
لأن خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لأداء الشهادة وإن دعي إلى ذلك
بل لا يحل له ذلك لأن منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن
شريح أنه قبل شهادة الأخ لأخيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد
لوالده واستدل في الكتاب بقوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك فمطلق هذه الإضافة
يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وأن مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله عليه السلام
إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ومثل هذا لا يوجد في الإخوة وسائر القرابات
وتجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاعة وولده لأن الرضاع تأثيره في الحرمة
خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي ألا ترى أنه لا يتعلق به
استحقاق الإرث واستحقاق النفقة حالتي اليسار والعسرة وبه يفرق بين
الإخوة والولاد فالإخوة لا يتعلق بها استحقاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف
الولاد والزوجية فإنه يتعلق بها استحقاق النفقة حالتي اليسار والعسرة
وتجوز شهادة الرجل لأم امرأته أو لزوج ابنته لأن المصاهرة التي بينهما تأثيرها
في حرمة النكاح فأما ما سوى ذلك لا تأثير للمصاهرة فهي بمنزلة الرضاع أو دونه وعن

وعن ابراهيم رحمه الله قال لا تجوز شهادة المحدود في القذف وان تاب انما توبته فيما بينه
وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبه اخذ علماؤنا وهو قول ابن عباس رضي
الله عنه فانه كان يقول توبته فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته
وقال الشافعي تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضي الله عنه وقد كان يقول لابي
بكرة تب تقبل شهادتك واستدل الشافعي بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين
تابوا والاستثناء متى تعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ما تقدم الا
ما قام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار اليوم
فاما الدليل من حيث الاجماع على الاستثناء لا ينصرف على الجلد فيبقى ما سواه على هذا الظاهر
مع ان عندنا الاستثناء ينصرف الى الجلد ايضا الا ان الجلد حق المقذوف فتوبته في ذلك
ان يستحقه فلا جرم اذا استحقاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه ان الموجب
لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب لرد شهادته اما ان
يكون نفس القذف او اقامة الحد عليه او سمة الفسق لا جائز ان يكون الموجب لرد شهادته
نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لا يكون موجبا رد
الشهادة على التابيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تاثير للكذب في رد الشهادة على
التابيد ولان هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون اعظم من افترائه على الله تعالى
وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التابيد ولانه نسبة الغير الى الزنا فلا يكون
اقوى من مباشرة فعل الزنا وذلك لا يوجب رد الشهادة على التابيد وهذا على اصلكم
اظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وان لم يتب وبالاتفاق اذا تاب
قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز ان يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه
فان ذلك فعل الغير ويعتبر اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد من
وجه يقام مطهرا قال عليه السلام الحدود كفارات لاهلها فلا يصلح ان يكون سببا
لرد شهادته على التابيد وحاله اذا تاب بعد اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان صح
ان الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره في الديانات
ولهذا قلت قبل اقامة الحد عليه لا تقبل شهادته اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف
لما فيه من هتك ستر العفة على المسلم ولهذا لزمه الجزية والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة
موجبة للفسق ولان هذا محدود في قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذمي
اذا اسلم بعد اقامة حد القذف عليه وحجتنا في ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والابد ما لا نهاية له فالتنصيص عليه في بيان رد شهادته
انه يتناول الشهادة على التابيد ومعنى قوله لهم اي للمحدودين في القذف وبالتوبة
لا يخرج من ان يكون محدودا في قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات
ابدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من ان يكون منافقا والمراد بالابد شهادته
في الحوادث لا ما يأتي به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا
انه اذا اقام اربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل ويصير
هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه دارك
وهذه دار لك وفي التنكير ما يدل على ان المراد ما قلنا دون اربعة يشهدون له فانه
لو كان المراد ذلك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فالمنكر اذا اعيد يعاد معرفا
قال الله تعالى كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام في هذه

المسألة

المسألة من طريق القياس فان مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق
الاستدلال بالنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده واصل الحد لا يسقط
بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط ايضا وبيان هذا ان نفس القذف لا يكون موجبا
للحد كما قاله الخصم لان القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبة
من القاذف اذا علم اصراره ووجد اربعة من الشهداء يقيم الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة
ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع عجزه عن الاتيان باربعة من الشهداء واليه اشار الله
تعالى في قوله عز وجل ثم لم يأتوا باربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن
ذلك يظهر بما يظهر به العجز عن الدفع في سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا
جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص عليه في قوله تعالى فاجلدوهم
والفاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين
المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد
كما قال الشافعي في قوله عليه السلام وتغريب عام انه من تمام حد البكر للعطف ولكن نقول
هنا التغريب لا يصلح ان يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر
وههنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد فانه مؤلم قلبه كما ان الحد مؤلم بدنه ففيه معنى
الزجر ثم جريمة القاذف باللسان ورد شهادته حد في المحل الذي حصل به الجريمة
وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك
في اهدار قوله اظهر منه في اقامة الجلد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما
للحد وهذا بخلاف قوله حرف النفي في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لا يمنع العطف
فقد يعطف الامر على النهي كما يقول لغيره اجلس ولا تتكلم واما قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون
ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى
والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى ذلك خير وقوله ويمح الله الباطل
وبيان انه ليس بعطف ان قوله تعالى فاجلدوهم امر بفعل وهو خطاب للائمة وقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم نهي عن فعل وهو خطاب للائمة ايضا وقوله تعالى واولئك
هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون
عطفا لان قوله تعالى واولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة لاشكال الخصم
لماذا استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف
الجريمة على الواجب لها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد ايضا فينبغي
ان لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع الحد فلا تأثير للتوبة في الحد وانما تسقط هذه بعفو
المقذوف ويستوي في ذلك ان تاب القاذف او لم يتب وكان ينبغي ان يقال اذا تاب
حتى حرم بفسقه ان لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتجزي والذي يوضح
ما قلنا ان الثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال تعالى فتبينوا والمنصوص
عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا انه ليس بسبب الفسق بل هو متمم
للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على
الحكم وذلك لا يحسن في البيان ولهذا الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة
الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده وانه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة
الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب اولى
واستدل بهذا في تعيين المسألة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق

اذا شهد في حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب
لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادات وبيان ما قلنا فيما روي
ان هلال بن امية لما قذف امراته بشريك بن سحما قال المسلمون الان يجلد شريك هلال
فتبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على انه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وان بطلان
الشهادة من تمام الحد وتاويل قول عمر رضي الله عنه لابي بكرة تقبل شهادتك في الديانات
الا ترى الى ما روي ان ابا بكرة كان اذا استشهد في شيء قال وكيف يشهدني وقد ابطل المسلمون
شهادتي وهو اعلم بحاله من غيره فاما الذمي اذا اقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به
حده لانه كان من اهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة
الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد اذا اقيم عليه الحد ثم عتق
لان العبد لم يكن اهلا للشهادة وتمام الحد برد الشهادة تتوقف على ما بعد العتق
فان عتق الان ثم جلد ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التي تقول لا يقبل جرحه
في الديانات فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند
اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة
لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته
بحال فان قال القاذف عندي لا يكون اهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق
وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة قلنا لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان
الفاسق من اهل الشهادة وفي قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ما يدل على ذلك ثم
مذهبه هذا امر اقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا يتصور رد
شهادته ويتبين بهذا ان المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد شهادته
بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
انه شهد عنده اعمى فقال اجب المشهود عليه انه اعمى فذكر ذلك لعلي فرد شهادته
وبه ناخذ وكان مالك رحمه الله يقول شهادة الاعمى مقبولة لان العمى لا يقدح في
الولاية والعدالة فباعتبارها يجب قبول الشهادة بيانه انه من اهل الولاية على نفسه
فتتعدى ولايته الى غيره عند وجود سبب التعدي وهو اهل للعدالة لانه تجارة عما
يعتقده حراما في دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان في الصحابة رضوان
الله عليهم من هو اعمى وقد كان في الانبيا عليهم السلام من ابتلي بذلك فدل ان العمى
لا يقدح في العدالة وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يوثر في المنع من قبول
شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وادايها الى التمييز
بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم الة التمييز حقيقة لان الاعمى يميز بين الناس
بالصوت والنغمة فيمكن في شهادته شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك مانع
من قبول الشهادة وقال زفر فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعاينة لا شهادة
للاعمى فاما فيما تجوز الشهادة بالتسامع تقبل شهادة الاعمى لانه بالسماع
كالبصير وانما عدم الة العيان ولكنا نقول في اداء الشهادة هو يحتاج الى الاشارة
الى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة
وعلى هذا الاصل قال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير
ثم اداها وهو اعمى تقبل شهادته لان تحمله صح بطريق يثبت له العلم به وبعد
صحة التحمل انما يحتاج الى الحفظ والاعمى في ذلك كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان

والاعمى

والاعمى في ذلك كالبصير فتعريف المشهود والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة
اليهما بالنطق الذي يعلم انه مصيب في ذلك يكفي لاداء الشهادة الا ترى ان الاعمى
يباح له وطي زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وان البصير
اذا شهد على ميت او غايب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة الى العين في صحة اداء
الشهادة ومحمد مثله وابو حنيفة ومحمد قالا لا تقبل شهادته لحديث علي رضي الله عنه
فانه لم يستفسر انه وقت التحمل كان بصيرا او اعمى وفي هذا الحديث دليل ان ذلك
كان معروفا بينهم حتى لم يخف على النسا ولكن ابو يوسف يقول يحتمل ان ذلك كان في الحد
وانا اقول في الحدود اذا عمي قبل الاداء وبعد الاداء قبل الامضاء فانه لا يعمل بشهادته
لان الحدود تندري بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقام مقام
المعاينة في حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى
فيه ان في شهادة الاعمى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة
كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف انه يحتاج عند اداء الشهادة الى التمييز
بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره
والة هذا التمييز البصر وقد عدم الاعمى ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنغمة
او بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير ان يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته
اذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمى في اداء الشهادة كالبصير اذا شهد من ورا الحجاب
وهذا بخلاف الوطي فانه يجوز ان يعتمد فيه خبر الواحد اذا اخبره ان هذه امراته وقدمت
اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج الى قضا الشهوة والنسل كالبصير
ولا ضرورة هنا ففي الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس
الشهود فالمدعي وان استكثر الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسب مقام الاشارة
عند موت المشهود عليه او غيبته على ان هناك الاشارة تقع الى وكيل الغايب ووصي الميت
وهو في ذلك قايم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد
يبتلى بالعمى لان هذا العمى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته
لا تقبل والمدعي ما كان يعلم ان الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا في القصاص والحدود
التي فيها حق العباد موجود ولم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة
حرمتها اولى ثم بماذا يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد في ذلك غير مقبول
وقول المدعي كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به اصلا قالوا ويتصور هذا فيما
اذا جا وهو بصير ليودي الشهادة فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي او كان
القاضي يعرف الوقت الذي عمي فيه وتاريخ المدعا سابق على ذلك ولا تجوز شهادة
الاخرس لان اداء الشهادة يختص بلفظة الشهادة حتى اذا قال الشاهد اخبر
واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظة الشهادة لا تتحقق من الاخرس ثم اشارة الاخرس مشتبه
فانه يستدل باشاراته فانه يستدل على مراده بطريق غير موجب للعلم ويتمكن في
شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته اقوى من عبارة الناطق
لو قال اخبر ولا تقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى امر بالتوقف في خبر الفاسق في
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا والامر بالتوقف يمنع العمل
بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصدق لا يظهر في شهادة الفاسق لان اعتبار
اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل على انه كاذب في شهادته

فلتعارض الادلة يجب التوقف لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته فالظاهر انه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمته وعن ابي يوسف قال اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يتمكن تهمة الكذب في شهادته فلوجاهته لا يتجاسر احد من استيجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع من الكذب من غير منفعة له في ذلك والاصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة في العمل بها لاكرام الشهود كما قال عليه السلم اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امر بخلاف ذلك قال عليه السلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا فلا مروءة له شرعا فلهذا لا تقبل شهادته ولا شهادة اكل الربا المشهور بذلك والمعروف فيه المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط ان يكون مشهورا به مقيما عليه لان العقود الفاسدة كلها ربوا قال الله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا والانسان في المعاملة لا يمكنه ان يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد في جميع معاملاته فقد لا يهتدي الى بعض فلهذا لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا باكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للعقوبة على ذلك وذلك يسقط عدالته وانما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يتهم بالشرب ولكن لا يظهر ذلك الا او يخرج سكران يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالي بالكذب عادة ولا شهادة المخنث لانه فاسق ومراده اذا كان مخنثا في الرديء من افعاله فاما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة الا ترى ان هيت المخنث كان يدخل بيوت ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة امر باخراجه ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر ان يكون قلبه معه في عامة احواله وانه يغفل بنظره في سائر الامور ثم هو مصر على نوع لعب وقال عليه السلم ما انا من دد ولا الدد مني والغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وذلك فسق فاما اذا كان يمسك الحمام يستانس بها ولا يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك احد ولا شهادة صاحب الغناء الذي يجادن عليه ويجمعهم والنايحة لانه مصر على نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المجازفة والاقدام على الكذب عادة فلهذا لا تقبل شهادته واما المحدود في الخمر والزنا والسرقة اذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه اجاز شهادة اقطع من بني اسد فقال له اتجيز شهادتي فقال نعم واراك لذلك اهلا وكان قطع في سرقته وهذا لان التوقف في شهادته كان لفسقه وقد زال ذلك بالتوبة والتايب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من تمام الحد لكان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود والزيادة على النص بالقياس لا يجوز مع ان هذا الحد ليس في معنى ذلك الحد لان باقامة حد القذف تتحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة الحد فاقامة الحد في حقهم يكون تطهيرا اذا انضم اليه التوبة وقد قال الله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه واصلح الاية وقال عليه السلم التايب من الذنب كمن لا ذنب له واذا عمي الشاهد او خرس او ذهب عقله او ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ما شهد قبل

ان يقضي

ان يقضي القاضي بشهادته فان القاضي لا يقضي بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء الشهادة يمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان الشهادة لا توجب شيا قبل القضاء والقاضي لا يقضي الا بحجة فاعتراض هذه المعاني قبل القضاء يخرج شهادته من ان يكون حجة بخلاف الموت فان اقترانه لا يمنع العمل بشهادته الا ترى ان شاهد الفرع اذا شهد بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال ابو حنيفة وابن ابي ليلى رحمهما الله شهادة اصحاب الاهواء جايزة وهو مذهب جميع اصحابنا وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواه وبين من لا يكفر في هواه لانهم فسقة ولا شهادة للفاسق والفسق من حيث الاعتقاد اغلظ من الفسق من حيث التعاطي الا ترى ان اخبار اهل الاهواء في الديانات لا تقبل وهو اوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم اولى وفي الكتاب استدل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضي الله عنهم بان اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك ان شهادة بعضهم على بعض كانت جايزة مقبولة وليس بين اصحاب الاهواء اختلاف اشد مما كان بينهم من القتال وفي موضع اخر علل فقال انهم تعمقوا في الدين فضلوا عن سواء السبيل ووقعوا وذلك لا يلحق تهمة الكذب لهم في الشهادة فمن اهل الاهواء من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يتهم باعتبار هذا الاعتقاد انه يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الايمان فاعتقاده هذا يحمله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا ان شهادة الفاسق انما لا تقبل لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير من شرب المثلث معتقدا اباحته او يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا اباحة ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة الا الخطابية من اهل الاهواء وهم صنف من الروافض يستجيزون ان يشهدوا للمدعي اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد ان الالهام حجة موجبة للعلم لا تقبل شهادته لان اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما اقدم على اداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار من اهل الاهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندي انه لا تقبل لان المعتقد للهوى يدعو الناس الى اعتقاده ويتهم بالتقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة في المعاملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لا تقبل عند الشافعي لان العداوة بينهما تحمله على التقول عليه ولهذا لم تجز شهادة اهل الاهواء على اهل الحق فاما عندنا اذا كانت العداوة بينهما بسبب شيء من امور الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فان من يعادي غيره لمجاوزته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شيء من امر الدنيا فهذا موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه اذا ظهر منه وشهادة اهل الاسلام جايزة على اهل الشرك كلهم لان الله تعالى اثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر اولى ومن عرف منهم بالمجانة لم تجز شهادته اهل الاهواء وغير اهل الاهواء في ذلك سواء فالمجون نوع جنون قال القايل

ان شرخ الشباب والشعر الاسود ما لم يعاص كان جنونا

ثم الماجن

تشتد غفلته على وجه ينعدم به الضبط او تغلب ويظهر منه المجازفة فيما يقول ويتعمل
ضبطهم بالمجازفة في الشهادة ايضا وشهادة اهل الشرك فيما بينهم جايزة بعضهم على بعض عندنا
وقال مالك والشافعي لا شهادة لهم على احد وكان ابن ابي ليلى يقول ان اتفقت مللهم
تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه السلام لا شهادة
لاهل ملة على ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها ولان عند اختلاف
الملة يعادي بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لا تقبل شهادتهم على المسلمين
وعلى هذا كان ينبغي ان لا تقبل شهادة المسلمين عليهم الا انا تركنا ذلك لعلو حال الاسلام
قال عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى ولانهم يعادون اهل الشرك بسبب المسلمون
فيه محقون وهو اصرارهم على الشرك فلا يقدح ذلك في شهادتهم بخلاف اهل الملل فان اليهود
يعادون النصارى والنصارى يعادون اليهود بسبب هم غير محقين في ذلك قال الله تعالى
وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء وقال الشافعي
الكافر فاسق فلا تقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى افمن كان مومنا
كمن كان فاسقا وقال تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال
فسقت الرطبة اذا خرجت من قشرها وسميت الفارة فويسقة لخروجها من جحرها وسمي
المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن الدين اعتقادا فاذا ثبت انه
وجب التوقف في خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص ان يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون
من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه ان شهادته على المسلمين لا تقبل وكل من لا
يكون من اهل الشهادة على المسلمين لا يكون من اهل الشهادة على احد كالعبيد والصبيان
بل اولى فالعبد المسلم احسن حالا من الكافر الا ترى ان خبره في الديانات يقبل ولا يقبل
خبر الكافر ولان الرق من اثار الكفر فاذا كان اثر الكفر يخرجه من الاهلية للشهادة فاصل
الكفر اولى وقاس بالمرتد واستدل ببطلان شهادته على قضاء قاضي المسلمين وعلى شهادة
المسلم فلو كان من اهل الشهادة لقبلت شهادته في هذا اذا كان الخصم كافرا وحجتنا
قوله تعالى او اخران من غيركم اي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا ايها الذين امنوا ففيه
تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم
جوازها على وصية الكافر وما ثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق
المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين فبقي حكم الشهادة فيما بينهم على ما ثبت بضرورة
النص فليس من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم على بعض
كالولاية ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين زنيا بشهادة اربعة منهم وعن
ابي موسى ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلي رضي
الله عنهما في ذميين زنيا قال يرفعان الى اهل دينهما ليحكموا بينهما ومن ضرورة جواز
حكم بعضهم جواز شهادة بعضهم على بعض ولان الناس رحمهم الله كانوا مجتمعين على هذا
حتى قال يحيى بن اكثم تتبعت اقاويل السلف فلم اجد احدا منهم لم يجوز شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض الا اني رايت لربيعة فيه قولين والمعنى فيه ان الكافر من اهل الولاية
فيكون من اهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف في قوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء والدليل
عليه انه يصح الانكحة فيما بينهم ولا نكاح الا بولي والمسلم اذا خطب الى كتابي ابنته الصغيرة
فزوجها جاز النكاح ولان الكافر من اهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون

من

من اهل الولاية على عبده عند وجود شرط تعدي ولايته الى الغير والشهادة نوع ولاية فاذا
ثبتت الاهلية للولاية تثبت الاهلية للشهادة ثم القبول يترجح جانب الصدق وذلك في الانزجار
عما يعتقده حراما في دينه والكافر منزجر عن ذلك فيقبل شهادته واسم العدالة والرضى
يثبت في حق الكافر في حق المعاملات كصفة الامانة فقد وصفهم الله تعالى بذلك في قوله
عز وجل ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده ولا يقال انهم اظهروا الكفر عنادا كما قال
الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا لان هذا كان في الاحبار الذين
كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث تواطؤوا على كتمان بعث رسول الله
صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لاوليك عندنا فاما من سواهم يعتقدون
الكفر لان عندهم ان الحق ما هم عليه قال الله تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب
الا اماني وقال الله عز وجل وان فريقا منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين ان
فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا ان هذا لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة وانما لا تقبل
شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وانما لا تقبل شهادة العبد
والصبي لانعدام الاهلية والولاية وبه يتبين ان اثر الرق فوق تاثير الكفر في حكم
الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيحملهم ذلك على التقول على المسلمين فلهذا
لا تقبل شهادتهم على المسلمين فاما المرتد فلا ولاية له على احد ومن اصحابنا رحمهم الله
من يقول في قبول شهادة بعضهم على بعض ضرورة لان المسلمين قلما يحضرون معاملات
اهل الذمة خصوصا الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة بعضهم على البعض في ذلك
ادى الى ابطال حقوقهم وقد امرنا بمراعاة حقوقهم ودفع ظلم بعضهم عن بعض فلهذه
الضرورة قبلنا شهادة بعضهم على البعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع
عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة في شهادتهم على المسلمين ولا في شهادتهم على
شهادة المسلم وعلى قضاء قاضي المسلم وهذا على اصل مالك رحمه الله اظهر فانه يجوز
شهادة الصبيان في الجراحات وتمزيق الثياب التي بينهم في الملاعب قبل ان يتفرقوا
قال لان العدول لا يحضرون ذلك الموضع وبعد التفرق لا يقبل لان الظاهر انهم
يلقنون الكذب وقد امرنا ان لا نمكنهم من الاجتماع للعب فيحصل المقصود بالزجر عن
ذلك فلا حاجة الى قبول شهادة الصبيان في ذلك وكذلك جراحات النساء في الحمامات
لانا امرنا بمنعهن للاجتماع لما في اجتماع النساء من الفتنة وكذلك الفسقة من اصحاب
السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل المقصود بالمنع فاما هاهنا
فقد امرنا بمراعاة حقوق اهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
الا ان اصحاب السجون لا يخلوا عن امنا السلطان عادة وبناء الحكم على عرف الشريعة
دون عادة الظلمة ولا حجة لابن ابي ليلى في الحديث لان عندنا الكفر كله ملة واحدة
قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا في ربهم وقال تعالى لكم دينكم ولي دين
فعابد الوثن وعابد الحجر اهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم اهل
ملة واحدة وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم
فيه محقون وهو انكارهم نبوة عيسى عليه السلام والفريقان يعادون المجوس
بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم الاثنين فشهادة
بعضهم على البعض كشهادة المسلمين على الكفار ولئن كان بعضهم يعادي
البعض بسبب باطل فلم يصر بعضهم مقهورا ببعض ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار

فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على التقول عليهم فلهذا لا تقبل شهادتهم
على المسلمين فاما شهادة العبد فقد بينا الاجماع فيه بين العلماء وكذلك شهادة المكاتب والمدبر
وام الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب ولا تجوز شهادة المولى
لاحد من هولاء لان شهادته لمملوكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك او الحق له في المشهود به
وكذلك شهادة ابن المولى وابيه وامراته لاصوله بمنزلة شهادته للمولى وكذلك شهادة الزوج لامراته
الامة وشهادة المراة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجية كوصلة الولاد في المنع من قبول
الشهادة واذا شهد المكاتب او العبد او الصبي عند القاضي بشهادة فردها ثم شهد بها
بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة والشهادة لا تتحقق الا ممن
هو اهل بخلاف الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم اعادها بعد التوبة فانها لا تقبل
لان المردود كان شهادة فالفسق لا يخرجه من ان يكون اهلا للشهادة وانما لا تقبل شهادته
لتهمة الكذب فاذا كان المردود شهادة فقد حكم الحاكم ببطلانها بدليل شرعي فلا يبطله
ان يصححها بعد ذلك وبعضهم يشير الى فرق آخر فنقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويج
شهادته ولا يوجد ذلك في الرقيق والصغير فانه ليس اليه ازالة الرق والصغر ولكن هذا
ليس بقوي والكافر اذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم اعادها بعد الاسلام فتقبل وهذا
المعنى موجود فيه فعرفنا ان الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا واذا تحمل المملوك شهادة
لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعاينة والسماع والرق لا ينافي ذلك وعند
الاداء هو اهل للشهادة ولا تهمة في شهادته فهو نظير الصبي اذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك
الزوج اذا ابان امراته ثم ادى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحا مع قيام
الزوجية وعند الاداء البينونة بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامراته بشهادة فردها القاضي
ثم ابانها ونكحت غيرها ثم شهد لها بتلك الشهادة لم تجز لان المردود شهادة فالزوج اهل
للشهادة في حق زوجته وكذلك لو شهدت المراة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فرده القاضي
ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس باهل
للشهادة في حق احد واذا شهد المولى لعبده بشهادة فردت شهادته ثم شهد له بها بعد
العتق لم تجز لان المردود كان شهادة فالمولى من اهل الشهادة ولو شهد كافر لكافر فردها
القاضي لتهمة ثم اعادها بعدما اسلما لم تجز لان هناك المردود شهادة واعادها
لتهمة الكذب فبعدما ترجح جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط
كما في شهادة الفاسق

باب الشهادة على الشهادة

قال ولا تجوز على شهادة رجل او امراة اقل من شهادة رجلين او رجل وامراتين عندنا
وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل
معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه
واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبول ومذهبنا مروي عن
علي رضي الله عنه والمعنى فيه ان شاهد الاصل غاب عن مجلس القاضي فلا يثبت عنده الا
بشهادة شاهدين كاقرار المقر وهذا لان شهادة الاصل ملزمة فيما يجب على القاضي القضاء
بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة اذا كان ممكنا بخلاف رواية
الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز الا ان

يشهد رجلان

يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعيين يقومان مقام اصل واحد فلا تتم
حجة القضاء بهما كالمراتين لما قاما مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل
عليه ان احد الفرعيين لو كان اصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع
غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وحجتنا في
ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضي
بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالاقرار وهذا لان الفرعيين عدد تام لنصاب
الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول لا على اصل الحق فاذا شهدا على شهادة احدهما
تثبت شهادته في مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم اذا شهدا على شهادة الاخر
تثبت شهادته ايضا في مجلس القضاء اذ لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين
اخرين بذلك بخلاف شهادة المراتين فذلك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امراة بمنزلة
شطر العلة والمراتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس
هذا كما لو شهد احدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح ان يكون
شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنيين احدهما ان عنده علم المعاينة في هذه الحادثة فلا
يستفيد شيا باشهاد الاخر اياه على شهادته والثاني ان شهادة الفرع في حكم البدل
ولهذا لا يصار اليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته او مرضه او غيبته والشخص الواحد
في الشهادة لا يكون اصلا وبدلا في حادثة واحدة يوضحه ان شهادة الاصل تثبت نصف
الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته على شهادة الاخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة
الواحد وذلك لا يجوز فاما اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت في الحاصل
بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة في كتب الفقهاء
جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة
على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة قاضيين ان قاضي كذا ضرب فلانا حدا في
قذف فهو جائز لان المشهود به فعل قاضي لا نفس الحد وفعل القاضي لا مما يوجبه
العقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مسقط لشهادته عندكم بطريق العقوبة
قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو
القذف الا انه يترتب عليه ليكون متمما فلا يظهر قبله فاما في الحقيقة القذف مع العجز
عن اربعة من الشهداء يوجب جلدا متوليا وتبطل شهادته بناء عليه واذا شهد شاهدان على
شهادة واحد وقد حضر الشهود على شهادته او عمي او ارتد او فسق او ذهب عقله
لم تجز الشهادة على شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة
الاصول فانما الفرعي ينقل الى مجلس القاضي عبارته شهادة الاصول فكان الاصلي
حضر بنفسه وشهد ثم ابتلي بشيء من ذلك مثل قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي ان يقضي
بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة اهل
الذمة على المستامنين جائز بخلاف المستامنين على اهل الذمة لان الذمي من اهل دار
حتى لا يمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستامن فشهادة الذمي على المستامن
كشهادة المسلم على الذمي وشهادة المستامنين بعضهم على بعض يقبل اذا كانوا من اهل
دار واحدة ان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع
باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم
فباختلاف المنعة لا تختلف الدار فاما دار الحرب ليست بدار احكام فباختلاف المنعة

تختلف الدار وهذا بخلاف الذمة فانهم صاروا من اهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم على
بعض وان كانوا من سعات مختلفة فاما المستامنون ما صاروا من اهل دارنا ولهذا
يمكنون من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنون من الحالة المقام في دار الاسلام قال ومن ترك
من المسلمين الصلوات في الجماعات والجمع مجانة لا تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به
ولان الجماعات من اعلام الدين فتركها ضلالة الا ترى ان عمر رضي الله عنه قال يوما لاصحابه
قد خرج من بيننا من كان ينزل عليه الوحي وخلف فيما بيننا يميز بها المخلص من المنافق
وهي الجماعة وكل من لقيناه في جماعة المسلمين شهدنا بايمانه ومن لقيناه متخلفا عن الجماعة
شهدنا بانه منافق وان كان ترك ذلك سهوا وهو لا يتهم في شهادته اجزت شهادته لان ترك الجماعة
سهوا لا يوجب تفسيقه فان الساهي معذور في بعض الفرايض ففيما دونه اولى واذا
شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر او على قضاء قاضي المسلمين على كافر لمسلم او كافر
لم تجز شهادتهما لان المشهود به فعل المسلم ولا حاجة الى اثبات فعل المسلم بشهادة الكافر
لان فعل المسلم تيسير اثباته بشهادة المسلمين وشهادة الامة والعبد في هلال رمضان
جايزة عندنا خلافا للشافعي وحجتنا فيه حديث الاعرابي فرسول الله صلى الله عليه وسلم ما
اعتبر في ذلك الا الايمان حيث قال اتشهد ان لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق
بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى فان الشهادة على هلال رمضان ليس
بالزام للخبر ابتدا بل هو التزام والتزام المسلم الصوم في رمضان بايمانه فبهذه الشهادة
يتبين الوقت ولا يكون الالزام فيها ابتدا ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت
الشهادة لانه اذا كان كافر تثبت شهادة المسلمين شهادة المسلم فلان يثبت بشهادتهما شهادة
الكافر وهي دون شهادة المسلم اولى ولو كان كافر في يديه امة اشتراها من مسلم فشهد عليه
كافران انها لكافر او مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يديه بصدقة من مسلم او صدقة
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال اقضي بها على
الكافر ولا اقضي بها على غيره وهو قول ابن ابي ليلى لان الملك فيها للكافر في الحال وشهادة
الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من ضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق
على البايع او بطلان البيع كما لو اقر المشتري بها فان الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل
به البيع ولا فرق بينهما فان القضا بحسب الحجة والاقرار حجة على المقر دون غيره فكذلك
شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم ولابي حنيفة ومحمد طريقان احدهما ان الملك يحجه
البينة يستحق من الاصل ولهذا يستحق بزوايده ويرجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن
واذا كان اصل الملك فيها للمسلم فهذه الشهادة انما تقوم على استحقاق الملك على المسلم وشهادة
الكافر ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فان الاقرار يجعل في الحكم بمنزلة ايجاب الملك للمقر له
ابتدا ولهذا لا يستحق به الزوايد المنفصلة فيتمكن القاضي من القضا بملك حادث
بعد الشري والثاني ان هذه البينة تقوم على ابطال تصرف المسلم من البيع والهبة الا ترى
ان الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البايع والواهب وشهادة الكفار على ابطال
شهادة المسلم لا تقبل بخلاف الاقرار فانه لا يتضمن ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير
متلفا باقراره والتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان تصرف البايع فاما هنا بهذه
البينة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل وبهذا الاستحقاق يفوت قبضه ضرورة
وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل التصرف ولو مات ولو مات كافر وترك ابنين والف
درهم فاقتسماها ثم اسلم احدهما فشهد كافران على ابيهما بدين اخرت ذلك في حصة الكافر

خاصة ولان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وبثبوت الدين على الميت يستحق
تركته وتركته مال الاثنين في الحال فيثبت الدين بهذه الحجة في استحقاق نصيب الكافر من التركة
دون نصيب المسلم كما لو اقر احد الابنين بالدين على الاب وجحد الاخر ولو مات كافر فادعى
مسلم وكافر دينا عليه واقام كل واحد منهما بينة من اهل الكفر احدث بينة المسلم واعطيته
حقه فان بقي شي كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن ابي يوسف ان التركة تقسم بينهما
على مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت ببينته دينه على الميت فان ما اقام كل واحد
منهما حجة على الميت فكان الدينين ثبتا باقرار الميت بخلاف ما تقدم فان الوارث مستحق
عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الغريمين لا يستحق على صاحبه شيا وانما يستحق كل
واحد منهما على الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم يثبت في حق الميت وفي حق الغريم
الكافر ودين الكافر يثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم المسلم لان بينته ليست
بحجة في حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة بينهما اذا كان دين
احدهما ثابتا في حق الاخر ودين الاخر ليس بثابت في حقه فهو بمنزلة الدين المقر به في الصحة
مع الدين المقر به مع المرض يقدم دين الصحة فان فضل شي فهو للمقر له في المرض فهذا
مثله ولو مات الكافر فاوصى الى رجل مسلم فادعى رجل على الميت دينا واقام شهودا من اهل
الكفر جازت شهادتهم استحسانا وفي القياس لا تقبل شهادتهم لانها تقوم على المسلم في الزام
قضا الدين فالوصي يلزمه قضا الدين والتركة في يده في الحال فبهذه البينة يستحق عليه
وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلما ووجه الاستحسان ان
الثابت بهذه الشهادة يصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصي نايب عنه بعد
موته فيكون بمنزلة الوكيل في حياته ولو وكل كافر مسلما بخصومة فشهد عليه كافران
بالدين قبلت البينة يوضحه ان قضا الدين من حق الميت وهو انما نصب الوصي ليتدارك
به ما فرط في حيوته وانما يتم له هذا المقصود اذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من حجة
لا حال الوصي وكذلك تجوز شهادة الكفار على المكاتب الكافر وان كان مولاه مسلما لانهما
يتنصفان لا نفسهما ولهذا لا يرجعان بعهدة التصرف على احد فالاستحقاق بهذه الشهادة
يقتصر عليهما ثم المولى بالاذن وايجاب الكتابة قد صار راضيا بالاستحقاق عليهما بشهادة
الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضيا باستحقاق الكسب باقرارهما
ولو كان العبد الماذون له مسلما ومولاه كافر لم تجز شهادة الكافر على العبد لانها تقوم
للاستحقاق على المسلم ولو وكل كافر مسلما بشرا او بيع لم تجز على الوكيل في ذلك شهادة الكفار
لان الوكيل بالشرا والبيع في حقوق العقد كالعاقد لنفسه فانما تقوم هذه البينة على المسلم
ولو وكل مسلم كافرا بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقد لنفسه
ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة كاقراره ولو شهدوا على اقراره بذلك قبلت
الشهادة وجعل بمنزلة ما لو ثبت باقراره بالمعاينة فكذلك اذا شهد على ايجابه العقد

باب شهادة النسا

ولا تجوز شهادة النسا وحدهن الا فيما لا يطلع عليه الرجال الولادة والعيب يكون في
موضع لا ينظر اليه الا النسا لان الاصل ان لا شهادة للنسا لما فيهن من نقصان العقل
والدين كما وصفهن به رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان تثبت شبهة العدم
ثم الضلال والنسيان غالب عليهن وسرعة الانخداع والميل الى الهوى ظاهر فيهن وذلك

يمكن تتمة في الشهادة وهو يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلا يكون شهادتهن على الانفراد حجة
تامة لذلك ولكنا تركنا القياس فيما لا يطلع عليه الرجال بالاثر وهو حديث مجاهد
وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن ابي رباح وطاوس رضي الله عنهم قالوا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولان الضرورة تتحقق في هذا الموضع فانه يتعلق به احكام يحتاج الى اثباته في مجلس القضاء
ويتعذر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة النساء
لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة وذلك بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امراة واحدة
اذا كانت حرة مسلمة عدلة عندنا والمثنى والثلاث احوط وعند الشافعي لا يثبت الا بشهادة
اربع نسوة وعند ابن ابي ليلى بشهادة امراتين فالشافعي يقول كل امراتين يقومان مقام رجل
واحد في الشهادة كما في المداينات فشهادة اربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه
الرجال يوضحه ان حال الرجال في الشهادة اقوى من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات
ما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالزام فلان لا يجوز اثباته بشهادة امراة
واحدة اولى ولا معنى لقول من يقول ان هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط باتفاق
فانه في الكتاب لو شهدت امراة او كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا
انه بمنزلة الشهادة في الحقوق وبهذا يستدل ابن ابي ليلى ايضا الا انه يقول المعتبر
في الشهادات شيئان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار احدهما وهو الذكورة هنا
ولم يتعذر اعتبار العدد فبقي معتبرا كما في سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول
ان نظر الواحدة اخف من نظر المثنى لان بالاتفاق المثنى والثلاث احوط فلو كان هذا
معتبرا لما جاز النظر الا لامراة واحدة وحجتنا في ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة
النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه ادنى ما يتناوله
الاسم والمعنى فيه ان هذا خبر لا يشترط في قبوله الذكورة فلا يشترط فيه العدد كرواية
الاخبار وحقيقة المعنى فيه ان نظر الرجال الى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع ولكن
نظر الجنس الى الجنس اخف فاذا امكن تحصيل المقصود بشهادة النساء يسقط اعتبار
صفة الذكورة لهذا المعنى وهذا موجود في العدد فان نظر الواحدة اخف من نظر
الجماعة فيسقط اعتبار العدد بالمعنى الذي سقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط
اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس باخف من نظر المسلمة فيعتبر من الشرائط
ما يمكن اعتباره ولا يعتبر ما لا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف يسلم انه شهادة ولكن
يدعي انه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذي سقط به اعتبار الذكورة وفي الحاصل
هذا اخذ شبها من الاصلين من الشهادات لمعنى الالزام ومن الاخبار لان صفة الذكورة
فيه لا يشترط فوفرنا حظه على الشبهين وجعلنا لشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد
فيه شرطا وبقي معتبرا احتياطا كما في رواية الاخبار الواحد يكفي والمثنى والثلاث
احوط لزيادة طمانينة القلب ولاعتباره بالشهادات شرطنا فيه الحرية والاسلام
ولفظ الشهادة وهذا لانه يختص بمجلس القاضي فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة
ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك رجل بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب
انه لا يمتنع قبول شهادته اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط
العدد لان شهادة الرجل اقوى من شهادة المراة فاذا كان يثبت المشهود به هنا بشهادة امراة

واحدة

واحدة فتثبت بشهادة رجل واحد اولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله انه وان قال تعمدت النظر
تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا واستدلوا عليه بقول ابي حنيفة رحمه الله ان النسب لا يثبت
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة اذا لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش ولا
اقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا في كتاب الطلاق واما الاستهلال فابو حنيفة لا يقبل فيه
شهادة النساء الا في الصلاة عليه فاما في الميراث فلا يقبل في ذلك اقل من رجلين او رجل
وامراتين في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل في ذلك شهادة امراة واحدة حرة مسلمة
عدلة لحديث علي رضي الله عنه انه اجاز شهادة القابلة في الاستهلال والمعنى فيه ان الاستهلال
من الصبي يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفي صوته عند ذلك من الضعف
ما لا يسمعه الا من يشهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال
فيما لا يطلعون عليه ولهذا نصلي عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وابو حنيفة رحمه الله
يقول الاستهلال صوت مسموع وفي السماع الرجال يشاركون النساء فاذا كان المشهود به
مما يطلع عليه الرجال لا يكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك في حالة لا يحضرها
الرجال كالشهادة على جراحات النساء في الحمامات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من
الام والرجال لا يشاركون النساء في الاطلاع عليه وحديث علي محمول على قبول شهادة النساء
في الصلاة وانما قبلنا ذلك في حق الصلاة عليه لان ذلك من امر الدين وخبر المراة الواحدة حجة
تامة في ذلك كشهادتها على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد
فلا تثبت شهادة النساء في موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال

باب شهادة الزور وغيرها

ذكر عن شريح رحمه الله انه كان اذا اخذ شاهد الزور بعث به الى اهل سوقه وان لم يكن من اهل سوقه
ان كان غير سوقي بعث الى العصر اجمع ما كانوا فيقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا
شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وبهذا اخذ ابو حنيفة رحمه الله فقال القاضي
يكتفي في شاهد الزور بالتشهير ولا يعزره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجازيه
بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى تظهر توبته ولا يبلغ بالتعزير اربعين سوطا وقال
ابو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا وقد بينا الكلام في مقدار
التعزير في كتاب الحدود فاما الكلام في التعزير في حق شاهد الزور فهما استدلا بحديث
عمر رضي الله عنه حيث قال في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف
به الا ان الدليل فيه قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فان ذلك مثلة ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فبقي حكم التعزير والتشهير بالاطاف
به ثم التشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة
فشهادة الزور من اعظم الكبائر فانها عدلت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا
الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه اشارة الى عظم حرمة المسلم فقد
جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة على نفسه بالزور واذا ثبت هذا
انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك وابو حنيفة اخذ بقول شريح فانه كان قاضيا
في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فيما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما ثم التشهير لمعنى النظر
للمسلمين وذلك من حقهم فاما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد
الزور من يقر على نفسه بذلك واقراره على نفسه بذلك دليل توبته فلهذا لا يعزر

ويكتفى بالتشهير ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته لان بالشهادة لا يحصل
سوى ما الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى
به وما نقل عن عمر رضي الله عنه محمول على معنى السياسة اذا علم الامام انه لا ينزجر الا به
الا ترى انه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة اذا علم المصلحة فيه فكذلك
التعزير قال وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لانه لا يمكن تبين الكذب الا باقراره
على نفسه ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفي لشهادته والبينة حجة للاثبات
دون النفي وكذلك من رددت شهادته للتهمة او للدفع عن نفسه او بالاختلاف في الشهادة او
بتكذيب الذي شهد له فانه لا يكون شاهد الزور وربما ذكرنا من الحكم لانا لا ندري ايهما الصادق
المشهود له او الشاهد فلعل المشهود له اراد بالشاهد العقوبة والتهمة مقصرة دعواه
ما شهد به شاهد وكذلك من رددت شهادته للتهمة فلعله صادق في شهادته واذا اختلف
الشاهدان في الشهادة فلا يعرف الكاذب منهما فلهذا لا يعزر واحد من هؤلاء والرجال
والنساء واهل الذمة في شهادة الزور سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما يتعلق
بشهادة الزور واذا شهد احد الشاهدين على قتل او جراحة عمدا او خطأ وشهد الآخر
على الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما لاختلاف المشهود به فاحدهما بفعل معاين والآخر
بقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك لو اختلفا في الوقت او في المكان الذي كان به
القتل فاما في البيع اختلاف الشهود في الزمان والمكان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول
الشهادة الا على قول زفر رحمه الله فانه لا يقبل لاختلافهما في المشهود به فالموجود
في مكان غير الموجود في مكان آخر كالافعال ولكنا نقول القول يعاد ويكرر ويكون الثاني
هو الاول في الحكم فبهذا الاختلاف لا يتحقق بينهما اختلاف في المشهود به وكذلك صيغة
الاقرار والانشاء في البيع واحد بخلاف الافعال فانها لا تحتمل التكرار ولو شهد احدهما
على قرض مائة وشهد الآخر على الاقرار به لكان جائزا كما في البيع لان البيع والقرض كلام
كله وقال بعضهم هذا الجواب في القرض غلط فان الاقراض فعل فانه لا يتحقق الا بتسليم
المال والقبض بحكم القرض موجب ضمان المثل كالغصب وكما ان اختلاف الشهود في
الغاصب في الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك في القرض ولكن ما ذكره
في الكتاب اصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله اقرضتك لا بتسليم المال اليه فان تسليم
المال بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله اقرضتك كلام صيغة الاقراض والانشاء
فيه واحد كما في البيع ولو شهد احدهما على مائة والآخر على خمسين لم تقبل هذه الشهادة
في قول ابي حنيفة لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظا وعند ابي يوسف ومحمد تقبل على
الاقل اذا كان المدعي يدعي الاكثر حتى لا يصير مكذبا احد شاهديه وقد بيناه في كتاب الطلاق
في التطليقة والتطليقتين ولا تجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما او جار اليها مغنما
لانه متهم في شهادته وقال عليه السلام لا شهادة لمتهم ولانه في معنى الشاهد لنفسه وشهادة
المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه في شيء ما خلا الحدود والقصاص
والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه منزلة
الاجنبي فاما في الاموال هما بعقد المفاوضة صارا في ذلك كشخص واحد فكل واحد
منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا
غير متفاوضين لا تجوز في تجارتهما للتهمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت
الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به فاما فيما

ليس

ليس من تجارتهما فهو كشاهد الاجانب لانتفاء التهمة بسبب عقد الشركة لا يمكن عند ظهور العدالة
فانه بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق اذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من اكل
الحرام ولا يحمله على ذلك بالشهادة وكذلك شهادة اجير احد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير
لاستاذه لا تجوز في شيء وان كان عدلا اخذ في ذلك بالاثر واستحسن لما بلغنا في ذلك عن شريح
رحمه الله ولحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة الى التهمة فالاجير هنا هو التلميذ
الخاص وقد ظهر ميله الى استاذه فكانه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث
بان لا شهادة للقانع باهل بيته ان يعد خيرهم خير نفسه وشرهم شر نفسه والاجير في حق
استاذه مسانهة او مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفي الزمان الذي يسلم
نفسه لاداء الشهادة لم يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استوجر على اداء الشهادة فلهذا لا تقبل
شهادته لاستاذه في شيء ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابناه ان الطالب ابرا اباهما واحتال
به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب على ابيهما
فدفعها عن ابيهما كدفعها عن نفسهما ولو كان المال على غير ابيهما فشهدا ان الطالب احتال
به على ابيهما والطالب منكر والمطلوب يدعي الحوالة او البراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان
على ابيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب
وهو اجنبي عنهما فلهذا قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان ان لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما
لانهما شاهدان لانفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك او بتصرف واحد يثبت به المال
لهما ولفلان فاذا لم تقبل شهادتهما في حق انفسهما وكانا مدعيين في ذلك فكذلك في حق الثالث
كما اذا شهدا انه قذف هذا واباهما في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا ان فلانا ابراهما
وفلانا من مال كان عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو في حقهما دعوى لا شهادة
وبين الدعوى والشهادة مغايرة فاذا كان كلامهما دعوى في البعض لا تكون شهادة معتبرة
في الباقي وكذلك شهادة والدها لانهما في البعض يشهدان لوالدهما ولا تجوز شهادة الاجير
لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه واذا ادعى رجل دابة في يدي رجل فقال هي دابة
فلان دفعها الي وديعة فردها عليه فخاصمه في ذلك وقال هي دابتي تصدق بها على ابي
فجاء الذي كانت في يده اولا فشهد انها دابته قال ان كان يعلم ان هذا اودعها اياه ثم ردها
عليه فشهادته جائزة والا فلا لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه اذا علم انه هو الذي
اودعها اياه وانه قد ردها اليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المودع يستفيد البراءة بالرد
على من اودعه غاصبا كان او مالكا فلا تتمكن تهمة في شهادته بالملك للمدعي بعد ذلك واما اذا لم
يعلم ذلك فقد صار هو مقرا على نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان عليه لمالكها
ما لم تصل يده اليها فهو بهذه الشهادة يريد ايصالها الى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها فتمكن
تهمة في شهادته قال وكذلك الدار فهذا على قول من يقول العقار يضمن بالغصب وقيل
بل هو قول الكل لانه يخاف ان يدفع الى قاض يرى العقار كالمنقول في ايجاب الضمان
على مثبت اليد عليها فيقضي عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغرم عن نفسه ايضا
رجل معه شاة فمر رجل وقال له اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فاقام البينة ان هذا اغتصبها
منه واقام شاهدين احدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغرم عن نفسه
فالمدعي اذا اثبت ملكه يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقرا له بالضمان
على نفسه فانما يقصد باخراج الكلام مخرج الشهادة دفع الغرم عن نفسه بان يتوصل
صاحبها الى حقه في تضمين الغاصب ولان ضمان الغصب اذا تقرر اوجب الملك للغاصب

فهو بجحده الشهادة يريد ان يغرم الضمان على من امره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك امره في اسقاط الضمان عند الذابح فكان دافع المغرم من هذا الوجه والثاني ان يحتمل ان المالك غيره وغيره بعينه وهو لا يعينه باعتبار ان بينهما مودة ومحبة فقد تمكنت التهمة في هذه الشهادة قال ومن التهاتر ان يشهد الشاهدان ان هذا الشيء لم يكن له لان هذه نفي الشهادة للاثبات دون النفي فان النفي لا يعرف لان الانسان ما لم يصحب غيره اناء الليل والنهار لا يعلم ان هذا الشيء ليس له وهو ان صحبه لا يعلم ذلك ايضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بان يكون ورث شيئا فيكون مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فاذا كان لا يعرف هذا من نفسه فكيف غيره منه وكذلك لو شهدا انه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق الى معرفة ما شهد به من نفي الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا انها لم تكن وانه لم يصنع كذا او انه لم يحضر مكان كذا وانه كان بمكان كذا فهذا كله باطل لان القاضي يعلم انه مجازف في شهادته اذ لا طريق له الى معرفة ذلك حقيقة فاذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب او مجازف في شهادته لا تقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفي وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه في ذلك المكان وانما المقصود نفي كونه في المكان الذي يدعيه المدعي يومئذ والمعتبر ما هو المقصود من التهاتر ان يقيم الرجل بينة على حق فيقضى له به فيقول المقضي عليه انا اقيم بينة انه لي فهذا لا يقبل منه لانه يقيم البينة لابطال قضاء القاضي عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينته عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء لم يمتنع القاضي من القضاء للمدعي فلان لا يبطل القضاء بها اولى قال ولو قبلت مثل هذا لقبلت من الآخر مثلها فيؤدي الى ما لا يتناهى وذكر في الاصل المسألة التي بيناها في كتاب الحدود اذا شهد اربعة على شهود الزنا انهم الزناة وقد بيناها ثمة والله اعلم بالصواب

باب الشهادة في النسب وغيره

واذا شهد شاهدان على رجل انه فلان الفلاني وان الميت فلان بن فلان الفلاني ابن عمه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار في يدي رجل وهو مقر انها له غير انه لا يعرف له وارثا فاني اجيز شهادة هؤلاء على النسب وادفع اليه الدار وان كانوا لم يدركوا اباه استحسانا وهذه فصول اربعة النسب والنكاح والقضاء والموت وفي القياس لا تجوز الشهادة في شيء منها بالتسامع لان الشهادة لا تجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعاينة السبب او بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وحكم المال اخف من حكم النكاح فاذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففي النكاح اولى وفي التسامع القاضي والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضي ان يقضي بالتسامع فكذلك لا يجوز للشاهد الا انا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك واستحسانهم الا ترى انا نشهد ان عمر ابن الخطاب وعلي بن ابي طالب رضي الله عنهما ماتا ولم يدرك شيئا من ذلك ونشهد ان فاطمة رضي الله عنها زوجة علي رضي الله عنه وان اسماء بنت ابي بكر رضي الله عنه ونشهد ان شريحا رحمه الله كان قاضيا ونشهد انهم قد ماتوا ولم يدرك شيئا من ذلك ثم هذه اسباب تشتهر بما يشتهر فان النسب يشتهر بالتهنية والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بقراءة المنشور فتنزل الشهرة فيها منزلة العيان في افادة العلم

بخلاف

بخلاف الاموال وغيرها يوضحه ان هذه الامور مما لا يعاين سببها حقيقة فسبب النسب الولادة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا الخواص من الناس والموت ايضا قل ما يعاينه كل احد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع ادى الى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل احد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل احد فلهذا لا تجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التي تتعلق بهذه الاشياء الاربعة تبقى بعد انقضاء قرون ولو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على اصل الوقف بالتسامع جائز ولكن على شرائط الواقف لا تجوز الشهادة بالتسامع لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائط فلا بد للشاهد من نوع علم يشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا ان المدعي اخبره بذلك او شهد به عنده رجل ما ينبغي له ان يشهد حتى يكون النسب مشهورا او يشهد به عنده رجلان عدلان لان بقول المدعي او بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا تتم الحجة شرعا وانما يثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا او شرعا فالاشتهار عرفا بان يعرفه اكثر الناس والاشتهار شرعا بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما في الشهادة عند القاضي فاذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشتهار عنده شرعا وولاية الشهادة دون ولاية القضاء فاذا كان يجوز للقاضي ان يقضي بشهادة رجلين فلان يجوز له اذا شهد عنده رجلان عدلان اولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له واقام معه دهرا لم يسعه ان يشهد على نسبه حتى يلقى من اهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه ويشهدان له على ذلك ثم يسعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كافي فيما لا يشترط عليه معاينة السبب ولو نظر الى رجل مشهور باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يكلمه وسعه ان يشهد انه فلان بن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك اذا رأى انسانا في مجلس القضاء يقضي فهو في سعة من الشهادة على انه كان قاضيا لحصول العلم بذلك له بالاشتهار رجل له اداء الشهادة ولو مات رجل فاقام آخر البينة ان الميت فلان بن فلان وانه فلان بن فلان حتى يلتقوا الى اب واحد وهو عصبته ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره فقضيت له بالميراث عنده لانه اثبت سببا لوراثته معتبرا بالحجة فان جاء آخر واقام البينة ان الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا ابوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وابطلت القضاء للاول لان البينة الثانية طاعنة في البينة الاولى دافعة لها فانه يتبين ان الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو اقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان اقام الثاني البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان اقام الثاني البينة ان الميت فلان بن فلان ونسبه الى اب آخر وقبيلة اخرى وانه فلان بن فلان ونسبه الى اب آخر وقبيلة اخرى وانه فلان بن فلان ابن عمه الى اب واحد لا وارث له غيره لم احول النسب بعد ان يثبت من فخذ ومن اب الى الذي من هو اقرب من الذي جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة في الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى تترجح لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مثله وهو كمن ادعى كتابة في يد انسان افاله واقام البينة فقضى القاضي له بها ثم اقام ذو اليد

البينة انما كان لم يقبل ذلك ولو اقاموا البينة على النتاج قبل ذلك منه لان البينة طاعنة
في البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان اقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضي
له بذلك ثم اقام الآخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ ايضا لم يقبل ولو اقام البينة
على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة في البينة الاولى واذا شهد شاهدان
ان هذا اعتق فلانا وانه مولاه وعصبته لا وارث له غيره فان كانا قد ادركا المعتق وسمعا
العتق منه بشهادتهما جائزة وان كانا لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما
في قول ابي حنيفة وفي رواية ابي حفص رحمه الله قال وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف
الاول رحمهما الله ثم رجع ابو يوسف فقال اذا شهد على الولاء المشهور فهو كشهادتهم بالنسب
وان لم يسمعوا ذلك منه ولم يدركوه لان الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق
التسامع والشهرة جائز فكذلك على الولاء لان النبي عليه السلام قرن بينهما فقال الولاء
لحمة كلحمة النسب الا ترى انا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس
رضي الله عنه وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضي قرون كالحكم
المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامع تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء
والشرع جعل الولاء كالنسب في حق وجوب الانتماء فقال من انتسب الى غير ابيه او انتمى
الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا
وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان العتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا يجوز عليه
بالتسامع كالبيع وبيانه فيما قررنا ان العتق كلام يسمعه الناس كالبيع وليس كالولادة
فلا حاجة الى اقامة التسامع فيه مقام البينة ثم لا يشتهر بسبب الولاء ما يشتهر به
فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا ينعقد ما لم
يعلم به المشتري والعتق نافذ وان لم يعلم به المعتق بخلاف الطلاق وما تقدم لانه يشتهر باسبابه
ما يشتهر من الوجه الذي قررنا وكذلك لو شهدوا ان فلانا اعتق اباه فلان وان فلان بن فلان
عصبة فلان الذي اعتق وعصبة فلان المعتق فاني لا اجيز شهادتهما حتى ينسبا الذي اعتق
وعصبته الى اب واحد يلتقيان اليه وان لم يدركا ذلك لم يقض بها بعد ان يشهدا على سماع
العتق من المعتق ثم ان المعتق مات وترك ابنه فشهدوا انه ابنه ولا يعلمان له وارثا غيره
وانه لا نسب له ولا ولاء سواه فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا يقضي بالميراث ما لم يعرف
نسب الوارث وانما يصير معروفا معلوما عنده بما ذكر غير ان في النسب شهادتهم بالتسامع
مقبول وفي الولاء لا تقبل شهادتهم ما لم يسمعوا العتق من المعتق الا عند ابي يوسف كما بينا
قال وليس اكثرهم في المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن ابي ليلى رحمه الله ما لم يشهدوا
بذلك ولا يقضي القاضي بالميراث لان سبب استحقاقه لا يصير معلوما للقاضي الا انه
يجوز ان يكون هناك من يزاحمه او يترجح فلا يكون هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود
من السبب ولكنا نقول قولهم لا وارث له غيره نفي لا طريق لهم الى معرفة ذلك ولو كلفهم
القاضي ان يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب واليه اشار في الكتاب
فقال من قبل ان هذا غيب تحملهم القاضي عليه او قال غيب تحملهم عليه وهو يعلم انهم
يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره يكفي وعلى قول ابن ابي ليلى لا يكفي
لان هذا ليس من الشهادة في شيء فانهم انما يشهدون بما يعلمون وكما انهم لا يعلمون ذلك
فالقاضي لا يعلم ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث
له بالسبب الذي اثبته الشهود معتبر الا انهم اذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضي

ان يتلوم

ان يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له او مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضي مؤنة التلوم
ونظروا في ذلك لانفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لانهم لو قالوا لا وارث له غيره كانوا مجازفين
في ذلك فتحرزوا بقولهم لا نعلم له وارثا غيره وفي الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من اسباب
التحرز عن الكذب لا يكون قدحا في شهادتهم ولو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا بارض كذا او كذا
غير فلان جاز ذلك في قول ابي حنيفة ولم يجز ذلك في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
حتى يقولوا مبهما لا نعلم له وارثا غيره لانه في تخصيصهم مكانا ايهام انهم لا يعلمون له وارثا
في غير ذلك المكان ارايت لو قالوا لا نعلم له وارثا سواه في هذا المجلس اكان يقضى بالميراث
لهم وابو حنيفة يقول هذا القول منهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلدة كذا مولده
ومسقط راسه ولا نعلم له بها وارثا غيره فاحرى ان لا يكون له وارث آخر في مكان آخر
ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكر في هذا اللفظ لغو لان ما لا يعلمه المرء لا يختص بمكان دون مكان
فهو وما اطلقوا سواء وقولهما ان هذا ايهام قلنا كان كذلك فهو مفهوم والمفهوم لا يقابل
المنطوق والاصل في ذلك ما روي ان ثابت بن الدحداح لما مات قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لاهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسبا قالوا لا الا ابن اخت له فجعل رسول الله
ميراثه لابن اخته ابي لبابة بن عبد المنذر رضي الله عنهم فقد ذكروا انهم لا يعرفون له فيهم
وارثا نسبا ولم يكلفهم اكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولاء رجل واحد فاقام كل واحد منهما
بينة انه اعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا غيره جعلت الولاء بينهما والميراث لانهما استويا
في سبب الاستحقاق والولاء اما ان يعتبر بالنسب ولو اقاما البينة على نسبه كان الميراث
بينهما فاستوائهما في الاستحقاق او الولاء كالملك لانه اثر من آثار الملك واذا استويا في اقامة البينة
على الملك يقضى بالملك بينهما نصفان فان اقام احدهما بينة قبل صاحبه فقضيت له ثم
اقام الآخر بعد ذلك بينة لم يقبل منه ولم يشاركه الاول لان الولاء كالنسب من حيث انه
لا يحتمل النقض والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص الى شخص ثم في النسب اذا ترجحت البينة
الاولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك فكذلك في الولاء وان شهد شاهدان لرجل على رجل انه
مولاه اعتق امه ثم ولدت بعد العتق لستة اشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضي له
بالولاء ثم جاء مولى العبد واقام البينة انه كان اعتق اباه فلانا قبل موته وهو وارثه
ولا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاء لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو
عاينا ذلك حكمنا بجر الولاء الى قوم الاب فكذلك اذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس في
هذه البينة ابطال القضاء الاول فان القضاء الاول كان قضاء بالولاء لمعتق الام لانه
لا ولاية له من قبل الاب وهو صحيح ثم بقي ذلك الولاء عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود
الدليل المبقي فاذا ثبت الدليل المحول ببينته وجب القضاء بالولاء والميراث له بخلاف
الاول فهناك البينة الثانية تقوم لابطال القضاء الاول بطريق المعارضة وقد بينا
ان عند المعارضة الاولى تترجح بالقضاء فان نقض القضاء بدليل محتمل لا يجوز واذا شهد على
موت رجل وامرأته لم يعاينا ذلك لم تجز الا ان يكون مشهور الموت لانه اذا لم يكن مشهورا
والقرابة لم يعاينا فتعمدا فانهما يشهدان بغير علم واذا كان مشهور الموت فانما يشهدان
بما يعلمانه بالشهرة وان قالا لا نشهد بانه مات اخبرنا ذلك ولا استفسرهما لان مطلق الشهادة
يجب حملها على سبب حملها صحيح كما لو شهدا بمطلق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسر انهما يشهدان
بذلك بظاهر اليد او غيره وكذلك ان قالا نحن دفناه او شهدنا جنازته فيشهدا منهما
شهادة بموته لان الحي لا يدفن ولا يصلى على جنازته واذا اخبر الرجل الموثوق به

اوالمرأة انه عاين موت فلان فالذي انتهى اليه الخبر في وسعه من ان يشهد على موته قيل معنى
هذا اذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فاما اذا لم يسمعه الا من
هذا الواحد فانه لا يجوز له ان يشهد بموته كما في النسب والنكاح وقد بينا وقيل في الموت
يسعه ذلك اذا كان المخبر موثوقا به لان امر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من يغسله
ثم يخبر الناس بذلك فيعتمدون خبره ويعلمون انه صادق في مقالته فيجوز له ان يعتمد هذا
الخبر في الشهادة على موته واذا جاء موت الرجل من ارض اخرى فصنع اهله ما يصنعون على الميت
فانه لا يسع احدا ان يشهد على موته حتى يخبره من شهده ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد
يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة انه باطل فلا يعتمده حتى يخبره
من يثق به عن معاينة فاذا اخبره بذلك وسعه ان يشهد الا ترى انه لو مات ميت فاخرجت
جنازته حتى يدفن وسع الجيران ان يشهدوا بموته وان لم يعاينوا ذلك لانهم سمعوا ذلك ممن عاين
واذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية واقام معها اياما ثم مات فانه يسع الجيران
ان يشهدوا على انها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما اوجب تشهيره
ارأيت لو كان بينهما ولد اما كان يسعهم ان يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة فاذا
كان يجوز هذا فيما ينبني على النكاح فكذلك النكاح واذا شهد شاهدان ان فلانا مات
وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا ولا يعلمون له وارثا غيره ولم يدركوا فلانا الميت فشهادتهم
باطلة لانهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا يخلفه
وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع واذا كان القاضي يعلم انهم لم يدركوا فلانا
الميت فقد علم انهم جازفوا في هذه الشهادة وبهذا يستدل ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله في مسئلة الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للمعتق الا ان يكون مالكا فهم يشهدون
بالملك له اولا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله
في الوقف ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لم يدرك الواقف لا يقبل لانه ما لم يثبت الملك للواقف
لا يثبت للوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان اكثرهم على جواز ذلك
في الوقف استحسانا للضرورة الداعية الى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأبيد في صدقته
ولو شهدوا على دار في يدي رجل انها دار جد هذا المدعي وخطته وقد ادركوا ذلك الجد لم تجز
شهادتهما حتى يجروا المواريث لان المدعي يحتاج الى اثبات سبب انتقال الملك اليه من الجد وبثبوت
الملك لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضي من القضاء حتى يجروا المواريث ولو شهدا على
اقرار ذي اليد بانها دار جد هذا اجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره لان الثابت
من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل به القضاء
بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضي ولا يتمكن القاضي من القضاء الا
بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسئلة ما بينا في كتاب الدعوى انهم اذا شهدوا انها كانت
لابيه وقد مات ابوه لا يقضى له بشيء الا في قول ابي يوسف الآخر بخلاف ما اذا شهدوا على
اقرار ذي اليد بانها كانت لابيه وكذلك لو شهدوا انها كانت في يد المدعي وفي الكتاب
اشار الى القبول وقال اذا اقر ذو اليد بهذا فقد اخرجها من نصيبه فيخرجها من يده
الا ان يأتي ببينة بحق له فيها واذا اخرجها من يده فلا مستحق لها سوى المدعي فيدفع اليه
واذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعي شيئا اذا لم يجروا المواريث اليه وهذا في الحقيقة
اشارة الى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضي
واذا كانت الدار في يد رجل فاقام ابن اخيه البينة بانها دار جده مات وتركها ميراثا

لابنه

لابنه وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان اباه مات وترك نصيبه منها ميراثا له لا يعلمون
له وارثا غيره واقام الآخر البينة ان اخاه مات قبل ابنه وان اباه قد ورث منه السدس
ثم مات ابوه فورثه هذا فاني اقبل شهادة شهود ابن الاخ لانه هو المدعي ومعنى هذا
انه يثبت الملك لنفسه في نصف الدار ببينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن
ينفي ببينته ما اثبت هو من نصف الدار لنفسه والبينات للاثبات لا للنفي يوضحه ان
اذا قبلنا بينة ابن الاخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه في نصف الدار واذا قبلنا بينة
ذي اليد لا يصير ابن الاخ مقضيا عليه في شيء والقضاء يستدعي مقضيا عليه فكان بينة
ابن الاخ اولى بذلك فان كان لاب الغلام ميراث من تركته سوى الدار لم اقبل بينة واحد
منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه ببينته شيئا في يد صاحبه ابن
الاخ نصف الدار والآخر سدس تركة اخيه الذي في يده بطريق الميراث له من ابيه وكل واحد
منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بينة صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والاصل ان كل
امرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا الا ترى ان الاب والابن اذا غرقا
جميعا في سفينة او وقع عليهما بيت ولا يعلم ايهما مات اولا لم يرث واحد منهما صاحبه
فكذلك هنا لما تحقق المساواة بينهما في التاريخ جعل كانهما ماتا معا فيكون ميراث
كل واحد منهما لابنه فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو اقام رجل البينة انه تزوجها
يوم كذا سنة كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فاني اجيز بينة المرأة لانها تثبت
المهر والميراث فلا بد من قبول بينتها على ذلك ثم بينتها طاعنة في بينة الابن على تاريخ
الموت فمن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو اقامت امرأة اخرى
البينة بعد ما قضيت بموته في يوم ورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذي ذكروا فيه
موته قبلت ذلك ايضا لان هذه الاخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها
طاعنة في البينة الاخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث اقام البينة ان فلانا قتل اباه
يوم كذا فقضيت بذلك ثم اقامت المرأة البينة انه تزوجها بعد ذلك اليوم لم التفت الى بينتها
قال لان القتل حول لازم والموت ليس فيه حول لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات
فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجبه من قصاص او دية فكانت بينته مثبتة وبينة
المرأة على النكاح ايضا مثبتة المهر والميراث لها فلما استويا في الاثبات ترجحت بينة الابن
باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق
المعارضة فاما في الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان
الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما ينفي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينة المرأة
تثبت وقد بينا ان النافي من البينتين لا يعارض المثبت فتترجح بينتها ويتبين به
بطلان القضاء الاول كما اذا ثبت سبب ارثه متقدما على ما قضى القاضي به يوضح
الفرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا في زمان
فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه في ذلك الزمان بالبينة لاثبات حكمه فاما الموت
ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليتمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يتمكن
من اثباته الخلافة لنفسه بعد ذلك وفي موته في ذلك الفرق بين وقت دون وقت
ثم الاصل ان بعد المساواة في الاثبات اذا تبين للقاضي بالكذب في احد البينتين
وقد اتصل القضاء باحداهما فانه يتعين الكذب في الاخرى الا ترى انه لو قامت
عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بمكة فقضى القاضي بها ثم شهد شاهدان

آخران انه تزوج هذه الاخرى يوم النحر بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب احد الفريقين وقد ترجح جانب الصدق في البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتعين الكذب في البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسألة القتل

باب طعن الخصم في الشاهد

واذا استشهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فاني لا اقبل شهادتهما حتى اعلم انهما حران لان الناس احرار الا في اربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل وتفسيره في الشهادة هذا وفي الحد اذا قذف انسانا ثم زعم القاذف ان المقذوف عبد فانه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وفي القصاص اذا قطع يد انسان ثم زعم القاطع ان المقطوعة يده عبد فانه لا يقضى عليه بالدية حتى تقوم البينة على حريته وهذا لان ثبوت الحرية لكل احد باعتبار الظاهر اما لان الدار دار حرية او لان الاصل في الناس الحرية فانهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام وقد كانا حرين الا ان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ونفيا ما عرف ثبوته ليس بدليل مثبت بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعي ولا يستحق به حتى اذا كانت في يده جارية ولها ولد في يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها اذا عرفنا هذا فنقول في الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد والظاهر لا يكفي لذلك وكذلك في القذف الزام الحد على القاذف وفي القصاص ايجاب العقوبة على القاطع وفي العقل ايجاب الدية على العاقلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك فان قال الشهود نحن احرار لم نملك قط لم يقبل قولهما حتى يأتيا ببينة على ذلك وانما اراد به انه لا تقبل شهادتهما فاما في قولهما انا احرار لم نملك مصدقان في حقهما بطريق الظاهر ولكن لا تقضى بشهادتهما حتى يقيما البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاخبر انهما حران فقبل ذلك واجاز شهادتهما الا انها بمنزلة العدالة فكما ان العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والثاني الاول احب الي واحسن يعني الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا يثبت بدون الحرية ويثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجري فيها الخصومة وطريق الاثبات في مثله البينة فاما العدالة لا تجري فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله فالحاصل ان الحرية في هذه الحالة احد سببي القبول من العدالة لا تعارض اسباب قبول الشهادة ومن الملك لانه تجري فيه الخصومة وفيه حق العباد فيقوم خطه عليها فلشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال ولشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه اقوى واحسن لان الحرية تصير مقتضيا بها ولو قالا كنا عبدين فاعتقنا المولى لم تصدقهما الا ببينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البينة على ذلك قبلت ذلك واعتقهما وان كان المولى غائبا لان المشهود عليه انتصب خصما عن المولى فانه لا يتمكن عن دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلا بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصما عن الغائب ومتى قضى القاضي بالبينة على خصم حاضر فذلك قضاء على من انتصب هذا الحاضر خصما عنه

فاذا

فاذا اجاز المولى وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره وكان القضاء بالعتق ماضيا لان الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بالعتق حتى يحضر المولى ويقام عليه البينة لان العتق مدعى عليه واستدل على زفر بما قال ارأيت لو ادعى عبد رجل انه قطع يده عمدا وادعى عليه قذفا او ميراثا واقام البينة ان مولاه اعتقه وان هذا قطع يده بعد ذلك او قذفه الم احكم عليه بما احكم به للحر على الحر ويكون ذلك قضاء على مولاه وان كان غائبا وكذلك لو اقام رجل البينة على عبد ان مولاه اعتقه وانه قطع يده بعد ذلك او استدان منه دينا او باعه اجزت ذلك وان جاء المولى فانكر عتقه لم اكلفه اعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف الا ان من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام

باب الشهادة في الشراء والبيع

واذا ادعى رجل شرى دار في يدي رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة لان الدعوى ان كانت بعقد الشهادة فهي فاسدة وان كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعي ثم القاضي يحتاج الى القضاء بالعقد ويتعذر القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فلذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه ان يقضي بالثمن حين لم يشهد به الشهود وكذلك لو سميا الثمن واختلفا في جنسه او مقداره لان المدعي يكذب احدهما لا محالة وان كل واحد منهما يشهد بعقد غير ما يشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدراهم ولا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من العقد لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك اذا شهد احدهما بالبيع بالف والآخر بالبيع بالف وخمسمائة ويستوي ان كان البائع هو المدعي للبيع او المشتري وفي الخلع ان كانت المرأة هي التي تدعي فكذلك الجواب لانها تكذب احد الشاهدين وان كان الزوج هو المدعي في الخلع فشهد احد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسمائة فشهادتهما مقبولة في مقدار الالف لان الفرقة وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها في الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعي للعقد فالشهادة باطلة لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة والزوج يكذب احد شاهديه وان كانت المرأة هي التي تدعي النكاح بالف وخمسمائة فعند ابي يوسف تقبل شهادتهما على مقدار الالف لان دعواها دعوى المال وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا ومعنى كما في الخلع وعند ابي يوسف ومحمد لا تقبل الشهادة لان عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما ان اختلاف الشاهدين في مقدار البدل في البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك في النكاح وفرق ابو حنيفة رحمه الله بينهما وهو ان صحة النكاح تستغني عن تسمية المهر بخلاف البيع فمن هذا الوجه المال كالزائد في النكاح ودعواها فيه كدعوى الدين وبيان تمام هذا الفصل في الجامع الصغير وان اتفقا في جميع ذلك غير ان اختلفا في المكان او الوقت في البيع او في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهدا على اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضي الى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قالا اقر عندنا انه باعه

واستوفى الثمن ولم يسلم الثمن فهو جايز لان الحاجة في القضا بالملك للمدعي دون القضا بالعقد
فقد انتهى حكم العقد باستيفا الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تفضي الى منازعة مانعة
من التسليم والتسلم الا ترى ان ما لا يحتاج الى قبضه لجهالته لا تضر وهو المصالح عنه بخلاف
ما يحتاج الى قبضه وهو المصالح عليه فاذا اقر باستيفا الثمن فلا حاجة هنا الى تسليم الثمن
فجهالته لا تمنع القاضي من القضا بحكم الاقرار واذا لم يقبض الثمن لا يجب على البايع تسليم المبيع
ما لم يصل الثمن اليه فجهالة الثمن في هذه الحالة تمنع القضا بموجب اقراره وفي الموضعين جميعا
الثابت من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال بعتها منه ولم استوف الثمن
لم يؤمر بتسليمها اليه ولو قال بعتها منه واستوفيت الثمن امر بتسليمها اليه فكذلك اذا
ثبت بالبينة واذا ادعى شرا دار واقام شاهدين عليهما غيرانهما لا يعرفان الدار
والحدود ولا يسميا شيا من ذلك فهو باطل لان المشهود به مجهول ــــــ ولان المدعا غير
المشهود به شرا دار مجهولة فان قالا قد سمى البايع والمشتري موضع الدار وحدودها
ثم وضعوا ذلك وسموه فهو جايز لانهم شهدوا بعلوم وهو الشري في دار معلومة بذكر
الحدود والموضع غير ان اسال المدعي البينة على ما سمى الشهود من موضع الدار والحدود
لان القاضي يقول للمدعي قد ثبت عندي انك اشتريت منه دارا وحدودها ما سمى
الشهود ولكن لا ادري ان هذه الدار المعينة التي تدعيها هي تلك الدار وان حدودها
ما سمى الشهود فثبت ذلك عندي بالبينة فاذا اقام البينة على ذلك حينيذ يتمكن القاضي
من القضا له بالمدعا بالبينة السابقة وكذلك لو حددوها حدودا فقد بينا في ادب
القاضي ان ذكر احد الحدود وذكر الجميع عندنا سوا استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام
ذكر الحدود في العقار عند ابي حنيفة وكذلك لو ادعى البايع وجحد المشتري في جميع هذه
الوجوه لا ريب في الحاجة الى القضا بالعقد لا فرق بين ان يكون المدعي هو البايع او المشتري
دار في يد رجل فاقام رجل عليه شاهدين انها داره اشتراها من فلان واقام ذو اليد
البينة بانه داره اشتراها من فلان ذلك ايضا فهي للذي في يده لانهما تصادقا
على ان اصل الملك فيها كان للبايع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك اليه وسبب
ذي اليد اقوى لان الشراء مع القبض اقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من
قبل سبق عقده فهو اولى الا ان يورخا وتاريخ الخارج اسبق فحينيذ يقضى بها
له لانه اثبت الشري في وقت لا ينازعه الاخر فيه ولو اقام كل واحد منهما البينة على
الشرا من رجل اخر قضيت بها للمدعي لان كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الملك لبايعه
اولا وكان البايعين حضرا وادعيا الملك المطلق وبينة الخارج في ذلك اولى عندنا
فاما في الاول الملك ثابت للبايع بتصادقهما وانما يحتاج الى اثبات سبب الانتقال
اليه يوضح الفرق ان هناك الخارج محتاج الى اثبات الاستحقاق على البايع وعلى
ذي اليد وفي بينته ما يثبت به الاستحقاق على ذي اليد لجواز ان يكون شري
ذي اليد سابقا وحاجة ذي اليد الى اثبات الاستحقاق على البايع خاصة فلا
حاجة له الى اثبات الاستحقاق على صاحبه لان صاحبه غير مستحق لها بيده فيها
وفي بينته ما يثبت له فيها ذلك فاما هنا كل واحد يحتاج الى اثبات الاستحقاق
لبايعه او ليترتب عليه استحقاقه بالشرا وفيما هو المقصود بينة الخارج اولى من
بينة ذي اليد دار في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة
انه اشتراها منه بالف درهم فان وقتا احدهما اول الوقتين لان صاحب اسبق التاريخين

اثبت الملك لنفسه بالشرا في وقت لا ينازعه فيه غيره والاخر ببينته انما اثبت الشرا من غير المالك
وان وقت احدى البينتين دون الاخرى فهي لصاحب الوقت لان الشرا حادث فيحال بحدوثه
على اقرب الاوقات حين يثبت سبق التاريخ فالذي لم يوقت شهوده انما اثبت شراه في الحال
وصاحبه اثبت الشرا من حين ارخ شهوده فهو اولى الا ان تكون الدار في يد الاخر فهي لصاحب
اليد حينيذ لان تمكن ذي اليد من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معاين وفي حق
الاخر التاريخ بخبره وليس الخبر كالمعاينة ولان حاجة الخارج الى اثبات الاستحقاق
على ذي اليد وليس في بينته ما يوجب ذلك وان ارخ شهوده لجواز ان يكون شرا ذي اليد
سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصفها بنصف الثمن وان
شا ترك لان عند استوا الحجتين الحكم هو القضا بها نصفين فقد تفرقت الصفقة
على كل واحد منهما وبعض الملك قبل القبض والتبعيض في الاملاك المجتمعة عيب فيخير
كل واحد منهما ان شا اخذ نصفها بنصف الثمن وان شا ترك وكذلك لو كان احدهما ابن
البايع او مكاتبه لانه في حكم منه كالاجنبي حر فكذلك الكتابة في دعوى الشرا عليه دار في
يدي رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد البينة انه
اشتراها من المدعي ولا يدرى اي ذلك اول فانه يقضي بها لذي اليد وتبطل البينتان
جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشتري مقر بالملك لبايعه
وكل بايع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة اقامة كل واحد منهما البينة
على اقرار صاحبه بالملك وهنا تتهاتر البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما
معا ولم يذكر في المسألة الخلاف هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله فاما عند محمد رحمه الله يقضي بالبينتين جميعا فيجعل كان
ذا اليد اشتراها اولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها الى الخارج لان القضا
بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسألة بفروعها في الجامع قال الا
ان كل واحد منهما لو اقام البينة ان القاضي قضى له بهذه الدار على صاحبه انه
تترك في يد ذي اليد وتتهاتر البينتان الا ان محمدا رحمه الله يفرق بينهما فيقول
في الشرا اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لانا ان جعلنا شرا
ذي اليد سابقا جاز بيعه بعد القبض وان جعلنا شرى الخارج سابقا
لم يجز بيعه من البايع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضا غير ممكن ولان الشرا
يتاكد بالقبض ولهذا لا يستفاد به ملك الا بالقبض في العقار في ذلك والمنقول عنده
سوا فيستقيم ان يجعل قبض ذي اليد صادرا عن عقده ويجعل ذلك دليل
سبق عقده فاما القضا لا يتاكد بالقبض بل هو متاكد بنفسه فيتحقق فيه
المعارضة بين البينتين دار في يدي رجل فاقام البينة انه باعها من فلان
بالف درهم في رمضان واقام فلان البينة انه اشتراها منه في شوال بخمسماية
درهم فهي له بخمسماية لان القضا بالعقدين ممكن والبينات حجج فعند الامكان
العمل بها لا يجوز الغا احدها فيجعل كانه باعها في رمضان بالف ثم باعها في
شوال بخمسماية فيكون العقد الثاني فاسخا للعقد الاول ولو غاب الشرا بين
كان الشرا الثاني فاسخا للاول والدار له بالثمن الثاني وكذلك لو اقام فلان
البينة انه وهبها له في شوال على ان يعوضه خمسماية وقبضها جميعا لان الهبة
بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع فهذا اذا قامت البينة على الشرا

في شوال يحبسها به سواء ويكون العقد الثاني فاسخا للاول ولو كان اقام البينة انه
ارتهنها منه في شوال يحبسها به امضيت البيع بالف في رمضان وقضيت له من ذلك
يحبسها به سوى الذي اثبت انه اعطاه في شوال وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد بينة المرتهن اولى والرهن في شوال ينقض دعوى البايع البيع في رمضان ومعنى
هذا الكلام ان المرتهن اثبت ببينته اقرارا لرهن بالرهن منه في شوال فكانا سمعنا
منه هذا الاقرار لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو اقر فهو بذلك لم يصح
منه بعد دعوى البيع في رمضان للتناقض فالبايع لا يرهن المبيع من المشتري وابو حنيفة
وابو يوسف قالا البيع اقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب
ذلك فعند تعذر العمل بالبينتين يترجح الاقوى وهو البيع وكما ان المرتهن اثبت اقرار
الراهن بالرهن فالبايع اثبت اقرار المشتري بالشراء في رمضان وذلك يمنعه من
دعوى الرهن في شوال فلما وقع التعارض في هذا رجحنا اقوى الحجتين وهو حجة
البيع وفي الكتاب قال ليس في الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع
والرهن ليس ببيع قد يرهن الرجل داره ولا يسع داره ومعنى هذا ان الرهن دون
البيع فلا يكون ناقضا للبيع الا ترى انا لو عاينا العقدين لم ينتقض البيع بالرهن
وهو معنى قوله قد يرهن داره ولو عاينا البيعين ينتقض الاول بالثاني فانتقض
الاول الدار يعود الى البايع فهذا معنى قوله لا يسع داره دار في يدي
رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها بالف وكفل عنه
صاحبه المدعي معه فان كفل الاول منهما قضي له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما
ان يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجتين فان اخذاها فالكفالة لازمة
لكل واحد منهما على صاحبه من قبل انهما ليسا بشريكين ومعنى هذا انه يقضى
لكل واحد منهما بنصف الدار بشراء يعود به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا
الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه وكفالة صاحبه
له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك اذا قضى بذلك بالبينة واذا اقام
رجل البينة انه اشترى دارا في يد رجل بالف درهم وقال ذو اليد لم ابع ثم
اقام البايع البينة على انه قد رد عليه الدار فاني اقبل ذلك منه وانقض البيع
ولا ابطل انكاره البيع بينة لان انكاره ليس باكذاب منه لشهوده فانه في الانكار
يقول لا بيع بيننا فيه وبعد ما رد عليه الدار لا بيع بينهما فيها ولو قال لم
يجر بيننا بيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بان يقول لم
يكن بيننا بيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار فعرفنا
ان هذا الانكار ليس باكذاب منه لشهوده واذا ادعى رجل دارا في يدي رجل
واقام البينة ان اباها اشتراها منه بالف درهم وقد مات ابوه والبايع منكر
فاني لا اكلفه البينة انه مات وتركها ميراثا ولكن اسال البينة انه لا يعلم
لابنه وارثا غيره فاذا اقام على ذلك بينة امرته ان ينقد الالف ويقبض الدار
لان الابن قايم مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب في حياته واقام البينة
انه اشتراها منه بالف درهم امرته بتسليم الثمن وقبض الدار فكذلك الابن اذا اثبت
ذلك بعد موت ابيه الا ان من الجايز ان معه من يزاحمه في الميراث فيؤمر باقامة
البينة على انه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقم البينة على ذلك يتلوم القاضي فيه

زمانا وقد بينا هذا في كتاب الدعوى ولو كانت الدار في يدي رجل غير البايع سأله البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا له لان هنا لو حضر الاب في حياته واقام البينة على ذي اليد انه
اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وذو اليد غير البايع لا يستحق شيئا ما لم يثبت
الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود انه تركها ميراثا كما لو اقام الاب البينة انها ملكه
اشتراها من فلان قال في الكتاب وليس هذا كالاول لان الاول في يده رهن بالثمن
بمنزلة رجل اقام البينة ان اباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقد مات الاب
ولا وارث له غيره وجاء بالالف يستردها ومعنى هذا ان الدار اذا كانت في يد البايع فالوارث
باقامة البينة على الشراء اثبت اقرار ذي اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة في يده
بالثمن كالمرهونة فيؤمر بقضاء الثمن وقبضها واذا كانت في يد غير البايع فالوارث باقامة
البينة على الشراء ما اثبت اقرار ذي اليد بالملك لمورثه انما اثبت اقرار الوارث بذلك
والملك للبايع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة البينة
على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود انه تركها ميراثا واذا ادعى رجل
دارا في يد رجلين فاقام البينة ان احدهما باعه الدار وسلم الاخر ولا يعرف الشهود الذي
باع من الذي سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم
كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه في شهادته لا تكون شهادته حجة ولانهم تحملوا
الشهادة على معين منهما ثم ضيعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البايع بعينه وكذلك دار
في يدي رجل اقام البينة انه باعها من احد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم
باطلة لجهالة المشهود عليه دار في يدي رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعى
آخر انه اشترى ثلثيها بستمائة درهم واقاما البينة فهم بالخيار ان شاءوا اخذوها
وان شاءوا تركوها لان تعارض البينات لا بد من ان تتفرق الصفقة على كل واحد
منهم فيما اثبت شراءه فيه فالخيار كذلك فان اخذوها كان لصاحب الجميع الثلث
خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثلثين نصفين وكان الثلث النصف
بينهم اثلاثا ولزم كل واحد منهم حصة ما اخذ من الثمن في قياس قول ابي حنيفة واصل
هذه المسألة ان القسمة في هذا الفصل على طريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل في شرح كتاب الدعوى
وجمعنا فيها نظاير هذه المسألة واضدادها فنقول في تخريج قول ابي حنيفة لا منازعة
في الثلث لمدعي النصف ومدعي الثلثين ومدعي الجميع يدعي ذلك فيسلم له الثلث ثم ما
زاد على النصف الى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب النصف وقد استوى
فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان وفي النصف استوى حجة
صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم اثلاثا وسهام الدار في الحاصل اثنى
عشر لحاجتنا الى سدس ينقسم نصفين وصاحب الجميع اخذ مرة اربعة ومرة سهمين
فانما يسلم له سبعة اسهم من اثني عشر سهما وذلك نصف الدار ونصف سدسها فيلزمه
ذلك القدر من احد الاسهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول
واصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين باربعة وصاحب
النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر فتقسم الدار بينهم على ذلك وان
ادعاها رجلان فاقام احدهما البينة على شراء الجميع والاخر البينة على شراء النصف
فلصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الاخر

بالمنازعة ولصاحب الدار ربعها في قول ابي حنيفة وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون
الدار بينهما اثلاثا وان ادعى احدهما الرهن والقبض والاخر الشرا بالف والقبض فاقاما
البينة وان عرفا الاول فهي للاول لان مدعي الرهن اذا اثبت حقه في وقت لا ينازعه
الاخر فيه فشرا الاخر بعد ذلك لا يجوز بدون اجازته وان لم يعرفا فصاحب الشرى اولى لان
الشرى اقوى من الرهن لان الشرا موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب ولان الشرا
يلزم بنفسه وان لم يتصل به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض فالشرا يلزم من الجانبين والرهن
لا يلزم في جانب المرتهن لتمكنه من الرد متى شا والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي
فان اقام احدهما البينة على الشرا والاخر على الهبة والصدقة فصاحب الشرا اولى لان الشرا
عقد معاوضة يلزم بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون اقوى من التبرع الذي لا يتم
الا بالقبض فان اثبت صاحب التبرع قبضه سابقا فهو اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا
ينازعه الاخر فيه وكذلك ان كانت الدار في يدي صاحب الصدقة ولا يدرى ايهما اول فصاحب
الصدقة اولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فيكون هو اولى الا ان يقيم صاحب الشرا
البينة انه اول وان اقام كل واحد منهما البينة انه ارتهنها بالف ففي القياس لا تكون
رهنا لواحد منهما وبهذا ناخذ وفي الاستحسان ان يكون لكل واحد منهما نصفها
رهنا لان كل واحد منهما اثبت ارتهانه بالبينة والقضا بالبينتين ممكن فان رهن الدار
الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس ان البينتين لما استويا فلا بد
من انتفا الكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شايعا
غير ممكن فيبطل البينتان كما لو اقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امراة واحدة
واخذنا بالقياس لان وجه القياس اقوى فان في الرهن من رجلين العقد واحد وكل واحد
منهما راضي بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد الذي هو موجب الرهن
لهما في المحل من غير شيوع بان يجعل كان العين كله محبوس بدين كل واحد منهما ولا يتاتى ذلك
هنا لان كل واحد منهما اثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت
حق صاحبه معه فلا بد من القضا لكل واحد منهما بالنصف وان رهنها من رجلين النصف
من هذا بدينه والنصف من هذا بدينه لم يجز فلهذا اخذنا بالقياس فان ادعى احدهما الرهن
والقبض وادعى الاخر الهبة على عوض والتقابض فاقاما البينة فانه يقضى بها للذي
يدعي الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع وقد بينا انه
يترجح دعوى الشرا على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت هبة بغير عوض قضيت بها
لصاحب الرهن من قبل انه قد نقد ماله وقد كان ينبغي في قياس القول الذي قلنا قبل ان
يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا ان صاحب الهبة في القياس اولى لانه يثبت ببينته
ملك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك ببينته وكل واحد من العقدين لا يتم الا
بالقبض فيترجح الموجب للملك في العين منهما وفي الاستحسان الرهن اولى لان عقد ضمان
فالمقبوض بحكم الرهن مضمون بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا
وعقد الضمان اولى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن اولى وللقياس
وجه اخر وهو ان الرهن لا يرد على الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة
منه لو رهنه كان باطلا وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح
الوارد لكن في الاستحسان قال لا بد من اثبات حق المرتهن فيه فان الواهب اذا رهن الموهوب
بدينه برضى الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو

وهب

وهب برضى المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن اولى من الهبة وان اقام كل
واحد منهما البينة انه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما يقضي لكل واحد
منهما بنصفها والهبة لا تتم في المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض اصحابنا رحمهم الله ان
هذا قول ابي حنيفة فاما عندهما ينبغي ان يقضي بها بينهما نصفان بمنزلة هبة الدار
من رجلين فالاصح ان هذا قولهم جميعا لانهما انما يجوزان ذلك عند اتحاد العقد والاتحاد
في جانب الواهب فاما اذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز وهنا كل
واحد منهما اثبت ببينته الهبة منه في عقد على حدة فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما بنصفها
فان شهدت احداهما انه اول فهي له لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه الاخر فيه وان لم
يشهدوا بذلك وهي في يد احدهما فهي للذي في يده لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده واذا كانت
الدار في يد ثلثة رهط فادعى احدهم الجميع والاخر النصف وادعى الثالث الثلثين وليست لهم
بينة فلكل واحد منهم ما في يده لان في يد كل واحد ثلث الدار فدعوى كل واحد منهم ينصرف الى ما في
يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل
واحد منهما على دعوى الاخر لان صاحب الجميع يدعي لنفسه جميع ما في يد صاحبيه وهما ينكران
ذلك وصاحب الثلثين يدعي نصف ما في يد كل واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب النصف
يدعي ربع ما في يد كل واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبيه فان حلفوا فلكل واحد منهم الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين في دعوى صاحب
الجميع وحلف صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكولهما كاقرارهما له بذلك او كبذلهما
له بذلك ما في ايديهما ولكن هذا اذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه
ايضا وان نكلوا عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب
الثلثين الثلث الذي في يده ويأخذ نصف ما في يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعي ثلثي
الدار نصف ذلك وهو الثلث في يده ونصفه في يد الاخرين في يد كل واحد منهما سدس
الجميع وذلك نصف ما في يد كل واحد منهما ونكولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين
لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلثين ولصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع ما في
يد كل واحد منهما نصف سدس الجميع وهو ربع السدس الذي في يده فكل واحد منهما بالنكول
صار مقرا له بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحده وحلف بعضهم
لبعض فصاحب النصف يأخذ مما في يد صاحب الجميع ربع ما في يده وهو نصف سدس جميع الدار
لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذي ادعاه في يده وقد بينا انه يدعي في يده نصف
سدس جميع الدار لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذي ادعاه في يده وقد بينا انه يدعي
في يده نصف سدس جميع الدار وان اقاموا جميعا البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب
الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر سهما من اربعة وعشرين سهما في قول ابي حنيفة لان
بينة كل واحد منهم لا تقبل فيما في يده وتقبل فيه بينة الاخرين ثم القسمة عنده على طريق
المنازعة فالثلث الذي في يد صاحب النصف يقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلثين
ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر بينهما نصفين للمنازعة
فيحتاج الى حساب ينقسم ثلثه ارباعا وذلك اثنى عشر فصار سهام الدار على اثنى عشر
سهما ففي يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلثين يدعي نصف ذلك وصاحب النصف
يدعي ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ما ادعى من ذلك وفي يد صاحب الثلثين
اربعة صاحب الجميع يدعي جميع ذلك وصاحب النصف ربع ذلك فثلاثة ارباعه تسلم

لصاحب الجميع الربع بينهم واحد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفان ما نكسر بالانصاف
فضعف السهام فلهذا صار سهام الدار اربعة وعشرين في يد كل واحد منهم ثمانية
ثم سلم لصاحب الجميع ما في يد صاحب النصف ستة وما في يد صاحب الثلثين سبعة وبقي له مما
كان في يده سهمان فجملة ذلك خمسة عشر سهما وصاحب الثلثين اخذ من يد صاحب النصف
سهمين ومن يد صاحب الثلثين سهما فذلك ثلثه وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسئلة على قول
ابي يوسف ومحمد في كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فان السهام عندهما
ترتفع الى مائة وثمانين فلم نعد هنا كراهة التطويل وكذلك ان لم يكن بينة ونكلوا عن اليمين
فهو وما لو اقاموا البينة في حكم القسمة الاستحقاق والتخريج سوا واذا كانت الدار
في يد رجلين وعبد احدهما والعبد ماذون عليه دين وكل منهم يدعي الدار كلها فهي بينهم اثلاثا
لان المولى من كسب عبده الماذون المديون كالاجنبي فان حق غرمايه في كسبه مقدم على
حق المولى فتظهر يده في معارضة المولى كيد المكاتب فان لم يكن على العبد دين فالدار بين
الحرين نصفان لان كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده
في معارضة يد المولى وانما يبقى المعتبر في الدار يد المولى ويد الاجنبي فهي بينهما نصفان
بمنزلة ثوب تنازع فيه رجلان وفي يد احدهما عامة الثوب وفي يد الآخر طرف الثوب
فانه يقضى بينهما نصفان دار في يد رجل يدعي انه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم
باعها واقام البينة وذو اليد يقول لست لي فاني اقضي بالدار للمدعي لانه اثبت الملك
لنفسه باثباته الشراء ممن كان مالكها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله لست لي فانه
كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين ان يده فيها ليست بيد خصومة
فيقضى بالدار للمدعي الا ان يقيم ذو اليد البينة انها عارية في يده او باجارة او يقول كانت
بالغيبة عليها من رجل غير البايع فان اقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لانه اثبت
ان يده فيها يد حفظ لا يد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى فان جاء المشتري
ببينة ان ذلك الرجل سلطه على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضي له بذلك لانه اثبت
ببينته انه احق بحفظها منه وانه ثبت له حق نقلها من يد ذي اليد الى نفسه بامر صاحبها
اياه بذلك ولو عاينا ما اثبته بالبينة كان له حق حفظها فكذلك اذا اثبت ذلك بالبينة

باب ما يكون بين الرجلين فيه خصومة

دار في يدي رجل رهن والراهن غايب فادعاها رجل واقام البينة فان اقام المرتهن
البينة انها رهن في يده فلا خصومة بينهما لانه اثبت ببينته ان يده فيها يد حفظ
لا يد خصومة فالمرهون عنده امانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة ولين كان مضمونا
فهو ضمان لا يوجب الملك له في العين بحال ولو كان مضمونا ضمانا يوجب الملك
له اذا تقرر كالمغصوب لم يكن خصما فيه لمدعي الملك فاذا كان دون ذلك اولى واذا
وكذلك لو كان المرتهن الذي الدار في يده غايبا والراهن حاضر فلا خصومة بينه
وبين المدعي لان دعوى الملك لا يسمع في العين الا على ذي اليد واليد فيها مستحقة
للمرتهن وهو غايب والاجارة والعارية في ذلك كالرهن وان لم يقم ذو اليد
البينة على ذلك فهو خصم لظهور يده فيها ومنعه المدعى منها بيده فلا يخرج من
خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لي ولم ينسبها الى احد فهو خصم فيها
لان بينته على هذا لا تقبل وبدون البينة لا يخرج من خصومته بوضعه انما يخرج

ذواليد

ذو اليد من الخصومة اذا احال المدعي على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال
هو لرجل عاريه عندي واقام البينة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا يندفع بقوله
ليست لي وان اقر المدعي انها في يده باجارة او عارية او رهن فلا خصومة بينهما فيها لان
اقراره ملزم اياه وقد اقر انه ليس بخصم له فان المدعي ادعى انه اشتراها من فلان وادعى
ذو اليد ان فلانا ذلك اسكنها اياه ولم يكن يقيم البينة على ذلك فلا خصومة بينهما لانهما
تصادقا على ان اصل الملك فيها لفلان فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهة فلان
وفلان الا ان يقيم المدعي البينة ان البايع وكله بقبضها منه فاذا اقام البينة على ذلك
يجب على ذي اليد دفعها اليه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكها واثبات اليد عليها
من ذي اليد والعروض في جميع ما ذكرنا كالعقار واذا كانت الدار بين شريكين فغاب
احدهما فادعى رجل انه اشترى من الغاصب نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغايب
فيما يدعي قبله ولان ذا اليد فيه مقر ان يده في نصيب الغايب من جهته فلا يكون خصما
لمن يدعي تملكه عليه وان ادعى انه اشتراها او بعضها من الميت الذي ورثوها منه كان
الحاضر خصما عن نفسه وعن الغايب لانه يدعي سبب الاستحقاق على الميت وواحد الورثة
خصم عن الميت وعن ساير الورثه فيما يدعي على الميت كدعوى الدين وليستوي ان كانوا
اقتسموا الدار او لم يقتسموا لان قسمتهم في حق المدعي اذا اثبت شراه باطل دار
في يدي رجل بشرا فاسد فادعاها آخر فالمشتري خصم فيها لان المشتري يملك رقبتها
وكل من يملك الرقبة او يدعيها خصم له وهذا بنا على اصلنا ان الشرا الفاسد موجب للملك
بعد القبض وانما ينص على حكم الملك هنا دار في يدي رجل فادعاها آخر واقام كل واحد
منهما البينة انه اشتراها من رجل واحد والمدعي هو الاول ولم ينقد الثمن والبايع
غايب فاني اقضي بها للمدعي لان ذا اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعي وانما
يزعم انه ملكها من جهة البايع فيكون خصما عنه في اثبات سبب الملك عليه وقد اثبت المدعي
تقدم شرائه بالبينة فيقضى بالدار له واستوفى منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد
الثمن اعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البايع بما ادى اليه من الثمن وقد
ظفر بماله من جنس حقه فياخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي ان يعينه عليه لما
ثبت حق الاخذ له وان كان فيه فضل امسكه على البايع لانه مال الغايب فيحفظ
عليه وهذا اذا كان البايع اقر عند القاضي بقبض الثمن من ذي اليد قبل غيبته فان لم
يكن كذلك واقام ذو اليد البينة على انه كان اعطاه الثمن لم يقبض القاضي بشي لانه
يقيم البينة على الغايب ولا يقضي القاضي على الغايب بالبينة اذا لم يحضر عنه خصم
فان كان ذو اليد لم ينقد البايع الثمن او كان الدار في يده بهبة او صدقة دفعها الى المدعي
لاثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق واخذت الثمن منه للبايع لانه مال الغايب فيحفظ
عليه والحاصل ان المشتري يحتاج الى اثبات الملك على المبيع لينتفع به ويتصرف فيه ولا
يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر له فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغايب
ويسلم الدار اليه ليتوصل الى الانتفاع بملكه رجل باع جارية من رجل ثم غاب
المشتري ولا يدري اين هو فاقام البايع على ذلك بينة فان القاضي يسمع بينته
لانه يزعم انه قد وجب على القاضي النظر له وللمفقود في ماله فاذا اثبت ذلك بالحجة
قبل القاضي ذلك منه وباع الجارية على المشتري بطريق حفظ ملكه عليه لان عين
الملك لا يبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن ايسر عليه من حفظ العين فاذا باعها

نقد البايع الثمن لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه واستوثق بكفيل منه نظرا للغايب بجواز
ان يكون قد استوفي الثمن او ابرا المشتري من ذلك فان كان فيه فضل امسك الفضل على المشتري
وان كان نقصه فذلك على المشتري لان قبض القاضي له الجارية كقبض المشتري
اياها بنفسه فيه بتغير وعليه جميع الثمن ويطالبه البايع بمقدار الوصيعه اذا حضر
وان كان يعرف اين المشتري لم يبع القاضي الجارية لان ثبوت الولاية للقاضي بطريق
النظر لهما وذلك عند الضرورة اذا كان لا يوقف على موضع المشتري فاما اذا كان
يعرف ذلك فالبايع متمكن من ان يتبعه ويطالبه بالثمن وملكه مضمون على البايع
بالثمن فليس للقاضي ان يبطل عليه عين ملكه لانتصار البايع الي حقه

باب اختلاف الشهادة

شاهدان شهدا ان فلانا طلق امراته فشهد احدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة
والاخر انه طلقها في ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لانا نتيقن بكذب
احدهما فان الانسان في يوم واحد منهما رجل واحد او في بخلاف ما اذا شهد احدهما
انه طلقها بالكوفة والاخر انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فحينئذ الشهادة
تقبل لان الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان
رجل ادعي دارا في يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان احدهما بالشرا والاخر
بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعي لابد ان يدعي السببين وبه يكون مكذبا احد الشاهدين
لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس على واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد
احدهما بالهبة والاخر بالصدقة او الرهن او الميراث او الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك
لو شهد احدهما بالميراث والاخر بالوصية واذا ادعي دارا في يدي رجل انه وهبها له
وانه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين على الصدقة وقال لم يهبها لي قط وقد
ادعي الهبة عند القاضي فصدق الكذاب منه لشاهديه وهو مناقض منه في الكلام فقد
زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعي الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها
له ثم قال لم يهبها لي قط ولا تناقض اظهر من هذا ومع التناقض لا تسمع دعواه والبينة
لا تقبل الا بعد دعوي صحيحة ثم اكذاب المدعي شاهده يخرج شهادته من ان تكون حجة وكذلك
لو ادعي انها ميراث لم يشترط قط ثم جاء بعد ذلك فقال هي شري ولم ارثها قط وجاء
بشاهدين على الشري منذ سنة فهو باطل للمعني التناقض والاكذاب فان ادعاها
هبة ولم يقل لم يتصدق بها علي قط ثم جاء بعد ذلك بشهود على الصدقة وقال الا جحد
الهبة سالته ان يتصدق بها علي ففعل اجزت هذا الانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح
فينعدم به الاكذاب والتناقض الا نري انا لو عاينا ما اخبر به كان الملك ثابتا له
بجهة الصدقة فكذلك اذا اخبر به واثبته بالبينة وكذلك لو قال ورثتها ثم
قال جحدني الميراث فاشتريتها منه وجا بشاهدين على الشرا لان معنى التناقض
والاكذاب انعدم بتوفيقه وهذا بخلاف ما لو كان ادعي الشرا اولا ثم جاء بشاهدين
يشهدان على انه ورثه من ابيه لان في هذا الموضع لا وجه للتوفيق لانه لا يمكنه ان يعود
اشتريتها منه كما ادعيت ثم جحدني الشرا فورثتها منه واذا اختلف شاهدا الرهن
في جنس الدين او مقداره فالشهادة لا تقبل لاكذاب المدعي احد الشاهدين ولان الدين
مع الرهن يتحاذيان محاذاة الثمن المبيع ثم اختلاف الشاهدين في الثمن يمنع قبول الشهادة

علي البيع فكذلك في الرهن وان اتفقا على ذلك واختلفا في الايام والبلدان وهما يشهدان
على معاينة القبض فالشهادة جايزة في قول ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وفي القياس
لا تقبل وهو قول محمد وزفر وعلى هذا الخلاف الهبة والصدقة وان شهدوا على اقرار الراهن
والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس ان تمام هذه
العقود بالقبض والقبض فعل واختلاف الشاهدين في الوقت والزمان في الافعال
يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لان المشهود به مختلف فالفعل الموجود في
مكان غير الموجود في مكان اخر بخلاف ما اذا شهدا على الاقرار فالاقرار كلام يتكرر يوضحه
انه لو شهد احدهما بمعاينة القبض والاخر باقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل الرهن
في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك اذا اختلفا في المكان والزمان والاستحسان
وجهان اشار الي احد الوجهين هنا فقال لان القبض قد يكون غير مرة واشار الي الوجه الاخر
في كتاب الرهن فقال لانه لا يكون رهنا ولا قبضا الا باقرار الراهن ومعنى ما ذكرهنا
ان القبض بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكما لانه يعاد ويتكرر ويكون الثاني
هو الاول الا تري ان المرتهن اذا قبض الرهن ثم استرده الراهن منه غصبا او عارة المرتهن
اياه ثم قبضه منه ثانيه فحينئذ يكون هو القبض الاول حتى يكون مضمونا باعتبار قيمته
عند القبض الاول فعرفنا انه مما يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين
في وقته بخلاف الغصب والقتل ولما اخذ شبها من الفعل صورة وحظه عليها فنقول لشبهه
بالافعال صورة اذا اختلف الشاهدان في الانشا والاقرار لا تقبل الشهادة ولشبهه
بالاقوال حكما لا يمنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين فيه في الوقت والمكان ومعني
ما ذكر في كتاب الرهن ان حكم ضمان الرهن لا يثبت الا باقرار الراهن انه مرهون عندك بالدين
فان بدون هذا القول اذا قبضه المرتهن بغير اذن الراهن فهو غاصب واذا سلمه الراهن
اليه فهو مودوع فعرفنا انه حكمه لا يثبت الا باقرار الراهن فلاعتبار حكمه جعلناه كالاقوال
وجعل شهادة الشاهدين كالمعاينة فيه وشهادتهما على الاقرار به سوا فكما ان في الشهادة
على الاقرار اختلافهما في الوقت والزمان لا يمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة
واذا طلب الرجل شفعة في دار واقام شاهدين على الشرا واختلفا في الثمن او في البايع
فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لان المدعي مكذب احدهما لا محالة ولو اتفقا على الامر
بالشراين واحد بما ادعي فقال احدهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الاخر كنا في وادي او قال
احدهما كنا في البيت وقال الاخر في المسجد او قال احدهما كان ذلك بالغداة وقال الاخر
كان بالعشي فشهادتهما جايزة لانهما اتفقا في المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم
يكلفا حفظه ونقله من الوقت والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كما لو اختلفا في الثياب
التي كانت عليهما او المراكب او فيمن حضرها وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان الوقت والمكان
~~لم يسألهما القاضي عن ذلك ولو سالهما فقالا لا نحفظ ذلك لم تبطل شهادتهما ثم ذكر بعض~~
~~مسايل ادب القاضي عن ذلك ولو سالهما فقالا لا نحفظ ذلك لم تبطل شهادتهما ثم ذكر~~
بعض مسايل ادب القاضي وروي فيه حديث الشعبي في كتاب عمر الي معاوية رضي الله
عنه في القضا وقد تقدم بيان ذلك في ادب القاضي وذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من الحزم ان يستشير اولي الراي ثم يطيعهم وفيه دليل انه لا ينبغي للقاضي ان يترك
الاستشارة وكذلك غير القاضي اذا حزبه امر فالمشورة تلقيح العقول وقال عليه السلام
ما هلك عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير اصحابه رضي الله عنهم

في كل شيء حتى في قوت اهله وادامهم وفيه دليل على انه انما يستشار اولوا الراي الكاملة
من الرجال فعليه ان يطيعهم اذا لم يتهم فيما اشاروا عليه لان فائدة المشورة لا تظهر الا
بالطاعة واذا اشهد شاهدان ان فلانا اقر ان هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد
اخران ان فلانا الذي شهدا له اقر بها لفلان الذي شهدا عليه فهو لذي اليد لان البينتين
تعارضتا في الاقرار فيها فبقيا كما لو علمنا الاقرارين وبقي الثوب في يد ذي اليد مستحقا له
بيده فان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد دار في يدي رجلين
فاقام كل واحد منهما البينة ان فلانا اقر بها له ووقتا فهي لصاحب الوقت الاخر ولا يشبه
هذا الاسم البيع يعني اذا اقام كل واحد منهما البينة ان فلانا باعها منه ووقتا فهي لصاحب
الوقت الاول والفرق بينهما ان كل واحد منهما يدعي ان وصولها اليه من جهة فلان ففي
مسئلة الاقرار الذي اقام البينة على الوقت الاخر اثبت اقرار فلان بها له منذ شهر وذلك
يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فلذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه
ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها والاخر اثبت ببينته اقرار فلان له بها منذ
سنة وذلك لا يمنع فلانا من ان يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها
فلهذا رجحنا صاحب الوقت الاخر وفي البيع ثبوت الشرا منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى
الملك فيها لنفسه منذ سنة واذا وجب قبول بينته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه
الاخر فيه فانما اثبت الاخر بعد ذلك الشرا من غير المالك وعلى هذا لو اقام البينة انه
باع هذه الدار من فلان منذ سنة واقام الاخر البينة منذ سنتين فهي للذي اقام
البينة على سنتين لان كل واحد منهما يثبت الملك لنفسه باقامة البينة على تمليكها
من فلان بالبيع فيترجح اسبق التاريخين لانعدام منازعة الاخر معه في ذلك الوقت
واذا لم يوقتا فهو لذي اليد لان البينتين تعارضتا في الاقرار فيها فبقيا كما لو علمنا الاقرار
وبقي الثوب في يد ذي اليد مستحقا له بيده فان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في استحقاقه باليد دار في يدي رجلين فاقام كل واحد منهما البينة ان فلانا اقر بها
له ووقتا فهي لصاحب الوقت الاخر ولا يشبه هذا البيع يعني اذا اقام كل واحد منهما البينة
ان فلانا باعها منه ووقتا فهي لصاحب الوقت الاول والفرق بينهما ان كل واحد منهما
يدعي ان وصولها اليه من جهة فلان ففي مسئلة الاقرار الذي اقام البينة على الوقت الاخر
اثبت اقرار فلان بها له منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة
فذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها والاخر اثبت
ببينته اقرار فلان له بها منذ سنة وذلك لا يمنع فلانا من ان يثبت الملك لنفسه فيها
منذ شهر باقرار فلان له بها فلهذا رجحنا صاحب الوقت الاخر وفي البيع ثبوت الشرا
منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فلذلك لا يمنع من يدعي
تملكها من جهته من ان يثبت بيعها منه منذ سنة واذا وجب قبول بينته على ذلك ثبت
شراؤه في وقت لا ينازعه الاخر فيه فانما اثبت الاخر بعد ذلك الشرا من غير المالك وعلى
هذا لو اقام البينة انه باع هذه الدار من فلان منذ سنة واقام الاخر البينة منذ
سنتين فهي للذي اقام البينة على سنتين لان كل واحد منهما يثبت الملك لنفسه
باقامة البينة على تمليكها من فلان بالبيع فيترجح اسبق التاريخين لانعدام منازعة
الاخر معه في ذلك الوقت واذا لم يوقتا فهو لذي اليد لاتفاقهما على انها مملوكة
مسلمة اليه وانما يدعي كل واحد منهما الشرى في ذمته لنفسه وقد اثبته بالبينة وفي

الذمة

الذمة سعة واذا ادعى على رجل الف درهم او الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف
والاخر بالف وخمسمائة قضى له بالالف باتفاق الشاهدين على الالف لفظا ومعنى فالالف
وخمسمائة جملتان احداهما معطوفة على الاخرى فيعطف احدهما الخمسمائة على الالف لا يخرج
من ان يكون شاهدا بالالف لفظا بخلاف ما قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا شهد احدهما بعشرة
والاخر بخمسة عشر لان هناك اختلفا في المشهود به لفظا فخمسة عشر اسم واحد لعدد
الا ترى انه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان كان المدعي يدعي الفا
فقد اكذب الذي شهد على الالف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له الا ان يوفق كان اصل
حقي الف وخمسمائة لكني استوفيت خمسمائة او ابراته منها ولم يعلم به هذا الشاهد
فحينئذ تقبل شهادتهما على الالف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمل وان اختلفا في جنس المال
فالشهادة باطلة لان المدعي يكذب احدهما ولان المشهود به مختلف وليس على واحد
منهما الا شهادة شاهد فلو شهدا على قطع او قتل او غصب او عمل واختلفا في الوقت
او المكان او فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة لاختلافهما في المشهود به وكذلك
ان شهد احدهما على الفعل والاخر على الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به
وان شهدا على اقرار القاتل به في وقتين مختلفين او في مكانين مختلفين قبلت الشهادة
لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في الوقت والمكان به ولو ادعى
ثوبا في يدي رجل انه وهبه منه منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعي يكذب
احد شاهديه وكذا لو اقر بانه كان مملوكا للواهب قبل عشرة ايام وذلك يمنع دعواه ما شهد به
هذا من هبته من خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعي جازت الشهادة لانه غير مكذب
واحدا منهما والمشهود به قول او ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين في الوقت لا يمنع
قبول الشهادة فيه واذا شهد الوصي على الميت بدين او على رجل بدين للميت فشهادته
بالدين على الميت صحيح وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض
لنفسه فيكون متهما ولانه فيما شهد به على الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ
هو متهم في شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه واذا شهد الوصي
على الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها من التهمة ولا يجوز للصغار
لتمكن التهمة في شهادته لحق القبض في ذلك اليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة على البعض
بحق فشهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لا يقبض للكبار شيئا وهو يقبض
ما يجب للصغار فيكون في معنى الشاهد لنفسه واذا قضى القاضي على رجل بارض
او دار في يديه ببينة قامت عليه بذلك ودفعها الى المقضي له فبناها ثم ان المقضي للمقضي
له اقر بنيانها عليه فانه يدفع ذلك اليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار منه اكذابا
للشهود في الارض لان المشهود به الارض والبنا انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا
من غير ذكر وليس من ضرورة كون البنا للمشهود عليه ان لا تكون الارض للمدعي كما شهد به
الشهود وكذلك ان اقام المقضي عليه البينة انه قد بنى فيها هذا البنا فهو له لما بينا
انه انما صار مقضيا عليه بالاصل والسابع في ذلك فذلك القضا لا يمنعه من اثبات
حق نفسه في البنا وان كان المدعي حين اقام البينة شهد الشهود ان هذه الدار
لهذا المدعي ببنائها فاقر هو بالبنا للمقضي عليه ان طلب القضا والشهادة لانه
اكذب شهوده فانهم صرحوا في شهادتهم بملك البنا له مقصودا وقد كذبهم في ذلك
والمدعي متى اكذب شاهده في بعض ما شهد له به بطلت شهادته في الكل كما اذا

ادعى الغا وشهدا له بالف وخمسمائة وإذا وكلت امرأة رجلين بان يزوجاها فزوجاها ثم شهدا ان الزوج طلقها ثلاثا وهي تدعي او تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كانا عمين فزوجا ابنة اخ لهما وهي صغيرة ثم شهدا على الطلاق او كانا اخوين لها زوجاها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حقا لله تعالى ولا يجران الى انفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما

باب الرجوع عن الشهادات

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان اداء الشهادة بالحق مامور به شرعا قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله والامر به للوجوب وقال الله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا والنهي عن الاباء عند الدعاء امر بالحضور للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال عليه السلام كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر وقال عليه السلام في خطبته ايها الناس عدلت شهادة الزور في هذا بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا اصل له بمنزلة الشهادة على الله تعالى بما لا اصل له من شريك او صاحبة او ولد وقال عليه السلام الا انبئكم باكبر الكبائر قالوا نعم قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فاستوى جالسا ثم قال الا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكت وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال الشاهد بالزور لا يرفع قدمه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاحتياط عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ او عمدا وذلك بان يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي ادّاها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت جريمته في مجلس القضاء فلان يرائي بالستر له من ان يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول في حقه وان كان مردودا فيما يرجع الى غيره حتى اذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطلانها بالرجوع واذا رجع بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضي له والاصل فيه الحديث الذي بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي ان رجلين شهدا عند علي بن ابي طالب رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم اتيا بعد ذلك باخر فقالا اوهمنا انما السارق هذا فقال علي رضي الله عنه لا اصدقكما على هذا الاخر واضمنكما دية يد الاول ولو اني اعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما ففيه دليل ان الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وانه عند الرجوع ضامن لما استحق بشهادته وانه غير مصدق في حق غيره لتناقض في كلامه والمتناقض لا قول له في حق غيره لكن التناقض لا يمنع التزام حكم كلامه ثم الشافعي يستدل بالحديث في فصلين احدهما في وجوب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد ما استوفي العقوبة بشهادتهم وزعموا انهم تعمدوا ذلك في شهادتهم وفي ان اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو اني اعلم فعلتما ذلك عمدا قطعت ايديكما

فاذا جاز قطع اليدين بيد واحدة بطريق الشهادة والمباشرة اولى ولكنا نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد دون التحقيق وقد يهدد الامام فيما لا يتحقق قال رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق ثم لم يكن هذا من علي رضي الله عنه كذبا لانه علقه بما لا طريق اليه وهو العلم بانهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن هذا كذبا بهذا التعليق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالى بل فعله كبيرهم هذا فاسألوهم ان كانوا ينطقون لم يكن هذا الكلام من ابراهيم عليه السلام كذبا لانه علقه بما لا يكون ومعناه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه ان مذهب علي رضي الله عنه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة فقد روي ذلك عنه في الكتاب فبهذا يتبين ان مراده التهديد وذكر عن حماد رضي الله عنه انه كان يقول في الشاهدين اذا رجعا عن الشهادة بعد قضاء القاضي فانه ينظر الى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما احسن منه يوم شهدا صدقهما القاضي في الرجوع ورد القضاء وابطله وان كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا او دون ذلك لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنهما شيئا وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان يقول ابو حنيفة رحمه الله اولا ثم رجع فقال لا ابطل القضاء بقولهما الآخر وان كانا اعدل منهما يوم شهدا ولكن اضمنهما المال الذي شهدا به وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه قوله الاول ان كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق منه بالعدالة وحسن حال المخبر فاذا كانت عدالته عند الرجوع اظهر وحاله عند ذلك احسن فرجحان جانب الصدق في هذا الخبر ابين والظاهر ان رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضي يتبع الظاهر لان ما وراء ذلك غيب عنه واذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عند الشهادة فرجحان جانب الكذب في الرجوع ابين والظاهر انه بالرجوع قاصد الى الاضرار بالمقضي له وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند اداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق والقضاء به فان الشيء لا ينقضه ما هو مثله او دونه وينقضه ما هو فوقه ولا ضمان عليه لانه انما تناول شيئا انما اخبر بخبر وذلك لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء والقاضي مختار في قضائه بذلك فيمتنع اضافة الاتلاف الى الشهادة فلهذا لا يضمن الشاهد شيئا وجه قوله الآخر ان ظاهر العدالة ان ظاهر العدالة يرجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعدم به معنى التناقض في الكلام وهو بالرجوع مناقض في كلامه فعدالته عند الرجوع لا يعدم التناقض وكما ان القاضي لا يقضي بالكلام المناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه من الشافعي بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق تعين في الشهادة وقد تأكد ذلك بقضاء القاضي في حق المقضي له فيتعين جانب الكذب في الرجوع واذا كان تهمة الكذب عند الرجوع لنفسه منع القاضي من ابطال القضاء فيتعين الكذب فيه بدليل شرعي لان يمنعه من ابطال القضاء اولى فلو ابطل القضاء باعتبار هذا المعنى ادى الى ما لا يتناهى لانه ربما بعد ذلك يرجع عن الرجوع فيجب اعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقراره عند الرجوع انه اتلف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وان كان يحصل بقضاء القاضي فسبب القضاء شهادة الشهود وانما يحال بالحكم على اصل السبب وهذا لان القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم فان تعذر ظهور عدالتهم يجب عليه القضاء شرعا ثم السبب اذا كان تعديا بمنزلة المباشرة في ايجاب ضمان الملك وقد اقر بالتعدي في السبب الذي كان منهما

وبهذا التسبب تسلطا المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلطا عليه باثبات اليد لاتلفاه
ضمنا فكذلك اذا سلطا الغير عليه لان وجوب الضمان للحاجة الى الجبران ودفع الضرر
والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة الى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضي
لانه غير متعد في القضاء بل هو مباشر لما افترض عليه ظاهرا فتعين الشهود لايجاب الضمان
عليهم وعن ابراهيم رحمه الله قال اذا شهد شاهدان على رجل بقطع يد فقضى القاضي بذلك ثم
رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وان رجع احدهما فعليه نصف الدية وبه ناخذ لانهما
سببا لقطع اليد بطريق هو تعدي منهما وهو تسبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء
الاضرار بغيره في نفسه او ماله بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة
والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البير ووضع الحجر في الطريق الا ان ضمان
الدية في مالهما لان وجوبه بقولهما وهو اقرارهما على انفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة
على العاقلة واذا كانا ضامنين الدية اذا رجعا كان احدهما ضامنا لنصف الدية اذا
رجع لان بشهادة كل واحد منهما تقوم نصف الحجة فيبقا احدهما على الشهادة تبقى الحجة
في النصف ايضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة وذلك النصف وكذلك
لو شهدا بمال فقضى القاضي به ثم رجع احدهما فعليه نصف المال فان رجعا جميعا فعليهما
المال كله وهذا بخلاف ما اذا رجعا قبل قضاء القاضي حتى امتنع القاضي من القضاء
للمشهود له لانهما لم يتلفا عليه شيا مستحقا له فالشهادة قبل القضاء لا توجب شيا للمشهود
له فاما بعد القضاء فقد اتلفا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من المال فيضمنان
له ذلك وعن الشعبي رحمه الله ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امراته ثلثا وفرق
القاضي بينهما ثم تزوجها احد الشاهدين ثم رجع عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي
وبه كان ياخذ ابو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضي جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد
القاضي المراة الى زوجها برجوع الشاهدين ولا يفرق بينها وبين الزوج الثاني وان كان
هو الشاهد وقال محمد رحمه الله لا يصدق الشاهد على ابطال شهادته الاولى ولكنه
يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها ان كان هو تزوجها والى هذا رجع ابو يوسف رحمه الله
واصل المسئلة ان قضاء القاضي بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق
بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف الاول
وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد والشافعي رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا لا
باطنا حتى اذا ادعى نكاح امراة واقام شاهدين زور فقضى القاضي له بالنكاح وسعه
ان يطاها في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولا يحل له ذلك في قول ابي يوسف الاخر
وهو قول محمد والشافعي وحجتهم في ذلك قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
وتدلوا بها الى الحكام فقد نهى الله تعالى عن اكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم
فهو تنصيص على انه وان قضى القاضي له بالشرا بشهادة الزور لا يحل له تناوله ويكون
ذلك منه اكلا بالباطل وقال عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته
من بعض فمن قضيت له بشي من حق اخيه فانما اقضي له بقطعة من نار والمعنى فيه ان قضاءه
اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما اذا قضى بشهادة العبيد والكفار والمحدودين
في القذف وبيان الوصف اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل لانه كبيرة وحجة القضاء
مشروعة والكبيرة ضدها فاذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من ان تكون حجة
القضاء فحقيقة الكذب اولى ولان ما قضى به لا يكون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح

منكوحة

منكوحة الغير لان ثبات شهادة الزور وبيان الوصف انه اظهر بقضايه نكاحا كان
تقدم واذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور اظهاره بالقضاء عرفنا انه قضى بما لا يكون
له ولا يجوز ان يجعل قضاؤه انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له فان سبب ولايته
دعوى المدعي بشهادة شهوده وهو انما ادعى عقدا سابقا وبذلك شهد شهوده
فلا يتمكن القاضي من القضاء بما لم يدعه المدعي ولا يشهد به الشهود ولان القاضي
لم يقصد انشاء العقد بينهما وانما ينفذ قضاؤه على الوجه الذي قصده الا ترى
ان قضاءه في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا لهذا المعنى فلا يجعل ذلك انشاء تمليك
منه وبه فارق قضاء القاضي بالفرقة بين المتلاعنين وسبقه لو كذب في الدين بشهادة
الزور لانه قصد هنا وما ظهر عنده من الحجة يصلح للانشاء ايضا وكذلك في المجتهدات
يثبت له ولاية الانشاء بما لاح عنده من الدليل وقضاؤه انشاء انما يطرق القصد منه
الى ذلك فاما هنا انما قصد الامضاء فلا يمكن ان يجعل منشيا الا ترى ان رجلا والمراة
لو اقرا بالنكاح وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطلا بهذا
الاقرار وهما يملكان الانشاء ولكنهما بالاقرار اظهرا عقدا قد كان بينهما فلا يجعل
ذلك انشاء ولان المدعي متيقن بما لا ينفذ القاضي به ممتنع من القضاء فلا ينفذ
قضاؤه في حقه وان كان القاضي معذورا لخفاء هذه الحقيقة عليه كما لو كانت المراة
مجوسية او مرتدة او منكوحة الغير او اخته من الرضاعة والدليل على ان قضاءه
ليس بانشاء انه لا يستدعي شرايط الانشاء من الشهود والمهر والولي وابو حنيفة
احتج بما روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين
فقضى علي رضي الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني
منه فانه لا نكاح بيننا فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك فقد
طلبت منه ان يعفها عن الزنا بان يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولا يقال
انما لم يجبها الى ذلك لان الزوج لم يرض بذلك لانا نقول ليس كذلك بل الزوج راض
لانه يدعي النكاح والمراة تدعي رضينا ايضا حيث قالت فزوجني منه وكان يتيسر عليه
ذلك فقد كان الزوج راغبا فيها ثم لم يشتغل وبين ان مقصودهما قد حصل بنفاذ
قضائه فقال شاهداك زوجاك اي لزماني القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضاء
وما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا طريق الى
معرفة ذلك حقيقة بالراي ويتبين بهذا ان ما استدلوا به من الاية والحديث
في الاملاك المرسلة وبه نقول والمعنى فيه انه قضى بامر الله تعالى فيما له فيه ولاية
الانشاء وقضاؤه بامر الله يكون نافذا حقيقة لاستحالة القول بان امر الله تعالى
بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان الوصف انه لما بحث عن احوال الشهود
وزكوا عنده سرا وعلانية وجب عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك باثم ويعزر
ويعزل ويعزر فعرفنا انه صار مامورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له الى معرفة
حقيقة الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى لم يجعل للناظر طريقا الى معرفة
حقيقة الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى للناظر طريقا الى معرفة حقيقة
الصدق من خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا الوقوف على ما لا طريق
له الى معرفته لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه التعرف عن احوال الشهود
فاذا استقصى في ذلك غاية الاستقصاء فقد اتى بما في وسعه وصار مامورا بالقضاء

لان ما ورا هذا ساقط عنه باعتبار انه ليس في وسعه ثم انه انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان والما مور به ان يجعلها بقضايه زوجته ولذلك طريقان اظهار نكاح ان كان وانشا عقد بينهما فاذا لم يسبق منهما عقد تعذر اظهاره بالقضا فيتعين الانشا اذ ليس هنا طريق اخر فتثبت له ولاية الانشا بهذا النوع من الدليل الشرعي ويجعل انشاه كانشا الخصمين فيثبت الحل بينهما حقيقة بل قضاه اقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق الا ترى ان في المجتهدات صفة اللزوم يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا ان قضاه اقوى من انشا الخصمين وشرط صحة الانشا الشهادة والمحل القابل له ولا شك ان المحل شرط حتى اذا كانت المراة منكوحة الغير او محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاه لانعدام المحل وكذلك الشهادة شرطه الا ان مجلس القضا لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولي ليس بشرط عندنا فلا حاجة الى ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمة بالغة وهو ان لا يجتمع رجلان على امراة واحدة احدهما بنكاح ظاهر له والاخر بنكاح باطن له ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والذي يصونون عن هذا القبح ولا يكون القاضي بقضايه ممكنا من الزنا فيه من الفساد ما لا يخفى واذا كان يثبت له ولاية انشا التفريق بين العنين وبين امراته ليعفها به عن الزنى ويصون قضاه عن التمكين من الزنا اولى وكذلك يثبت له ولاية انشا التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع تيقنه بكذب احدهما كما قال عليه السلام الله يعلم ان احدكما لكاذب فلذلك يثبت له ولاية الانشا كذب الشهود لتوجه الامر بالقضا عليه شرعا وامر القبلة على هذا فانه لما توجه عليه الامر بالصلاة الى جهة القبلة واتى بما في وسعه في طلب القبلة يثبت له ولاية نصب القبلة حتى ان التي ادى اليها اجتهاده يتنصب قبله في حقه فيجوز صلاته اليها وان تبين له الخطا بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ما قالوا ان المدعي عالم بما لو علمه القاضي امتنع من التفريق ومع ذلك يجب القضا في حقه لتوجه الامر على القاضي وتوجه الامر بالاعتقاد واتباع امر القاضي في حق الناس وهذا الخلاف ما اذا ظهر ان الشهود عبيد او كفار او محدودين في قذف فان هذه اسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصا لكن ربما يلحقه الحرج في ذلك فللحرج يعذر بترك الاستقصا ولكن لم يسقط الخطاب باصابتها حقيقة فاما حقيقة الصدق فلا طريق الى الوقوف عليه والامر بالقضا يتوجه بدونه او هو بمنزلة ما لو قضا باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الاملاك المرسله فليس للقاضي هناك ولاية الانشا لان تمليك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية للقاضي ولا لصاحب المال ايضا وفي اسباب تمليك المال كثرة فلا يعتبر شي منها فعرفنا انه ليس له في الموضع الا ولاية اظهار الملك فاذا لم يكن هناك ملك سابق فلا نتصور الاظهار بالقضا والتكليف يثبت بحسب الوسع فبهذا يتبين انه لم يكن ما مورا بالقضا باطنا فاما هنا له ولاية الانشا وطريقه متعين من الوجه الذي قلنا فباعتباره يصير ما مورا بالقضا بالنكاح بينهما حقيقة يوضحه ان هناك القاضي لا يقول للمدعي ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويامره بالتسليم الى المدعي ليا خذه على انه ملكه كما يدعيه وقضاه بهذا انا فرقنا ما هنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضايه اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المراة ان زوجها طلقها ثلاثا واقامت على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالفرقة بينهما فتزوجها احد الشاهدين بعد انقضا العدة فعلى قول ابي حنيفة يحل للثاني

ان يطاها

ان يطاها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينها وبين الاول حقيقة وصح النكاح بينها وبين الثاني بعد انقضا العدة وعلى قول ابي يوسف ليس للاول ان يطاها لقضا القاضي بالفرقة بينهما وكيف يطاها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرء ان يعرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثاني ان يطاها لانه يعلم انها منكوحة الغير وانه كان كاذبا فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه الله ليس للثاني ان يطاها لهذا ويحل للاول ان يطاها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني لا يحل للاول ان يطاها بعد ذلك لوجوب العدة عليها من الثاني بالوطي بالشبهة والمنكوحة اذا وجبت عليها العدة من غير الزوج حرم على الزوج وطيها وقال الشافعي لا تجب عليها العدة من الثاني لانهما زانيان في هذا الوطي بعلمان حقيقة الامر فهو يقول يطاها الاول سرا بنكاح باطن له والثاني علانيه بنكاح ظاهر له وهذا يصح فانه يؤدي الى اجتماع رجلين على امراة واحدة في طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا انهم يقولون معنى الصيانة من هذا القبح يحصل بالنهي ونحن ننهى كل احد عن مثل هذا التلبيس وهو نظير ما يقولون فيما اذا ادعى جارية في يد رجل انها له وقضى القاضي له بشهادة شاهدي زور فانها في الباطن مملوكة للاول يطاها سرا وفي الظاهر مملوكة للثاني يطاها علانيه وهذا القبح يتضرر فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ثم التمكن من هذا الظاهر تلبيس والناس اطوار وقليل منهم الشكور ومما ذهب اليه ابو يوسف فيه نوع ضرر ايضا فان المراة تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة اذ هي لا تحل للاول ولا للثاني وليس لها ان تتزوج بزوج اخر ولدفع هذا الضرر امر الشرع بالتفريق بين العنين وامراته فعرفنا ان الاوجه بطريق الفقه ما ذهب اليه ابو حنيفة واتبع فيه عليا رضي الله عنه ان قضا القاضي ينفذ وانها تحل بالنكاح للثاني رجل ادعى على رجل انه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشتري يجحد ذلك فاقام عليه شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشتري يعلم انه لم يشتري ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا فاعلى نقض البيع لان شهادتهما تايدت بحكم الحاكم وتناقض كلامهما في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما اتلفا على المشتري الثمن بعوض يعدله وهو الجارية فان ما الزمها مثل ما الزماه الثمن والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المتلف لان وجوب الضمان للخسران والنقصان منجبر بعوض يعدله والمشتري في حل من وطيها في قول ابي حنيفة رحمه الله لان للقاضي ولاية الانشا في البيوع فانه يبيع التركة والدين ويبيع مال اليتيم والغايب لمعنى النظر فيكون قضاوه كانشا البيع لمعنى النظر للخصم في ذلك وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد لا يحل له ان يطاها لان قضاه امضا البيع فاذا لم يكن بينهما بيعا كان باطلا في الباطن واذا شهد شاهدان على رجل انه قذف امراته بالزنا والرجل يعلم انهما شهدا بباطل فامره القاضي فالتعن هو وامراته وفرق بينهما لم يسع الزوج ان يطاها ولو تزوجت بعد انقضا العدة وسعها ذلك اما عند ابي حنيفة فظاهر وعندهما لان القاضي هنا انشا التفريق بينهما فينفذ قضاوه على الوجه الذي قصده وقد بينا نظيره في بيع التركة في دين ثبت بشهادة الزور وقال الا ترى ان الزوج لو قذفها وهو يعلم انه كاذب فكره ان يكذب نفسه فلاعن القاضي بينهما وفرق لم يسع الزوج ان يطاها وان كان يعلم انها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضا العدة وسعها ذلك وان كانت تعلم ان الزوج كاذب فيما رماها به لما ان القاضي انشا

انشا التفريق وهو قضا منه في موضعه لولاية التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال
حتى اذا كان الحال معلوما لا يفرق بينهما فالاشتباه لا يوثر في المنع من النفوذ قضاءه
على الوجه الذي قصده في اللعان وابو حنيفة يقول في هذا كله نفذ قضاؤه لانه مامور
باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لا طريق له الى معرفته ساقط عنه الا ترى انه لو خلا بامراته
ولم يدخل بها ثم طلقها واقرت هي بذلك ان لها المهر كاملا يسعها ان تاخذه وان كانت قد علمت
ان الزوج لم يقربها ولكن لما سقط عنها ما ليس في وسعه وانت بما عليها من التسليم تقرر
حقها في المهر ولزمها العدة فلا يسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يسع الزوج ان يتزوج
اختها في عدتها فيتضح ما سبق من فصول اللعان والشهادة وكذلك لو قذف امراته بالزنا
وهو صادق فجحدته المراة ولاعن القاضي بينهما وفرق وانقضت عدتها فهي في وسعه من ان
تتزوج غيره وله ان يتزوج اختها وان كانا يعلمان من زناها ما لو علمه القاضي لم يفرق بينهما
واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق امته هذه فاجاز القاضي ذلك واعتقها وتزوجت
ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتها للمولى لان ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد
ابطلا ذلك بشهادتهما فاذا زعما بالرجوع انهما اتلفاه بغير حق صدقا على انفسهما وضمنا
قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطيها لانها عتقت بحكم الحاكم ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى
ان لا تبقى هي على ملكه وبدون ملك الرقبة لا يثبت عليها ملك الحل بغير سبب ولو ان صبيا وصبية
سبيا وكبرا واعتقا وتزوج احدهما الآخر ثم جاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه
فقضى القاضي بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما لم يقبل رجوعهما ولا يمنع الزوج
ان يطاها وان علم انهما شهدا بزور وكيف يطاها وقد جعلها القاضي اخته ولم يضمن الشاهدان
شيئا عندنا وعند الشافعي يضمنان له مهر مثلها وهذا بنا على اصل نذكره بعد هذا
ان البضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما
وعند الشافعي متقوم بمهر المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله في ملكه ولو كانت
صبية في يدي رجل يزعم انها امته فشهد شاهدان انه اقر انها ابنته فقضى بذلك
القاضي لم يسع المولى ان يطاها وان علم انهما شهدا بزور لان القاضي حكم بانها ابنته
فان رجعا ضمنا قيمتها لانهما اقرا بالرجوع انهما اتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه
في رقبتها ولو ماتت وتركت ميراثا وسعه ان ياكل ميراثها وكذلك لو مات الاب كانت في وسعه
من كل ميراثه اما في جانبها فهو واضح لانه لا علم لها بحقيقة الامر فحالها كحال المعلوق عنه
عنها وفي مثله عليها اتباع قضاء القاضي فيسعها ان تاكل ميراثه واما في جانبه فهو مشكل لان
الميراث والنسب ليس مما للقاضي فيه ولاية الانشا وهو يعلم انها ليست بابنته حقيقة
فينبغي ان لا يسعه ان ياكل من ميراثها بسبب الولا لان القاضي قضى بالعتق وله فيه ولاية
الانشا فيثبت الولا له والاصح ان يقال لما كان للقاضي ولاية الانشا في قطع النسب باللعان
فلذلك له ولاية الانشا في القضاء بالنسب اذا صادف محله وقد صادف محله هنا
فانه ليس لها نسب معروف فلهذا يسعه ان ياكل من ميراثها ولو شهدا على مال فقضي به القاضي
فقبضه او لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال اذا اخذه المقضي له فاما ما لم يقبض بدعي عليه ماله
فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما اتلفا عليه دينا حين الزماه
ذلك بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة الدين ولا مماثلة
بين العين والدين وفي الاعيان ان ثبت الملك للمقضي له بقضاء القاضي ولكن المقضي عليه
يزعم ان ذلك باطل لان المال في يده فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج

القضي عليه وقيل الاصح انه لا يضمنهما شيئا لانه لا تحقق الخسران عنده لتسليم المال الى المقضي له ح

المال من يده بقضاء القاضي فلذلك هذا في العقار فان بالشهادة الباطلة يضمن العقار
كالمنقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضي عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب
فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب
ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضى به القاضي ثم رجع احدهم لم يضمن شيئا لان الاصل
في ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بقي على الشهادة
حجة تامة فلا يضمن الراجع شيئا وهذا لان الراجع وان زعم انه متلف بشهادته لانه
عليه فما اتلفه مستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع
عليه بالضمان كمن غصب مال انسان او اتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان
للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمنه المستحق شيئا ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال
لانه بقي على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة في النصف خاصة
فيضمن الراجعان ذلك ولو شهد رجل وامراتان ثم رجعت امراة فعليها ربع المال لان
الثابت بشهادتها ربع المال ولانه بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة ارباع الحق
فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المراتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده
فعليه نصف المال وان رجع رجل وامراة فعليهما ثلاثة ارباع المال على الرجل النصف وعلى
المراة الربع وان رجعوا جميعا فعلى الرجل نصف المال وعلى المراتين النصف لان الثابت
بشهادة الرجل مثل ما يثبت بشهادة المراتين فقد قامتا في الشهادة مقام رجل واحد
كما قال عليه السلام في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
فان شهد رجل وعشر نسوة فقضى القاضي ثم رجعوا جميعا فعلى الرجل سدس المال
وعلى النساء خمسة اسداس المال في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانه وان كثرن في الشهادة لا يقمن الا مقام رجل
واحد الا ترى ان الحجة لا تتم ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال
يوضحه ان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا
بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند
الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وابو حنيفة
يقول كل امراتين في الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فعشر نسوة كخمسة رجال
وهذه المسالة بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا يكون الضمان عليهم اسداسا
ودليل صحة هذا الكلام ان حكم الشهادة كحكم الميراث وفي الميراث عند كثرة البنات مع
الابن يجعل كل ابنتين كابن واحد ولم يجعل حالة الاختلاط كحالة الانفراد فالبنات
فعند الانفراد لا يزاد لهن على الثلثين ثم عند الاختلاط يجعل كل ابنتين كابن فكذلك
في الشهادة وهذا لان النقصان عن ادنى العدد في الشهادة يمنع القضاء والزيادة
على النصاب معتبر في ان القضاء كان بشهادة الكل فبكثرة النساء عند وجود الرجل
يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على ان كل امراتين كرجل واحد فعند
الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم يكن عليهن شيء لانه قد بقي على
الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجل وامراتان فان رجعت امراة
اخرى بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع المال لان الحجة انما بقيت في ثلاثة ارباع
الحق فيجب الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وليس البعض باولى من البعض في
وجوب ذلك عليه فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وان رجعت العاشرة

وعليها وعلى النسوة نصف المال اما عندهما فظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند
ابي حنيفة لانه بقي على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال
ثم رجع خمسة ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المراة
لان المراة الواحدة لا تكون شاهدة فان المراتين شاهد واحد فالمراة الواحدة شطر العلة
في كونها شاهدا وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم وكان القضاء بشهادة رجلين دون المراة
فلا يضمن عند الرجوع شيئا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجع رجل وامراة ضمن الرجل نصف
المال لان الحجة بقيت في نصف المال فقد بقي امراتان على الشهادة ثم هذا النصف عند
ابي يوسف ومحمد على الرجل خاصة لما بينا ان عندهما نصف المال متعين في انه ثابت بشهادة
الرجل ونصفه ثابت بشهادة النساء وقد بقي من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادتهن
فعرفنا ان الحجة انعدمت في النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون الضمان
عليه دون المراة وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان يكون النصف اثلاثا على الرجل والمراة
لان القضا هنا بشهادة الكل فكل امراة منهن اذا انضمت الى الاخرى كانتا شاهدا
فلا يكون القضا محالا به على شهادة البعض دون البعض وقد بقيت الحجة في نصف الحق
فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين اثلاثا لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما ثبت
بشهادة المراة ولو رجعوا جميعا كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول ابي
يوسف ومحمد وفي قول ابي حنيفة على الرجل خمسي المال وعلى النسوة ثلاثة اخماسه كما ذكرنا
في الفصل الاول وان شهد رجلان وامراتان ثم رجعوا فالضمان اثلاث لان المراتين
قامتا مقام رجل واحد فكانه شهد ثلثة بالمال ثم رجعوا واذا شهد شاهدان بمال فقضى
به القاضي ثم ادعى المشهود عليه انهما رجعا واراد يمينهما فلا يمين عليهما في ذلك ولا يقبل
عليهما به بينة لانه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا ان الرجوع فسخ للشهادة فيختص
بمجلس الحكم كالشهادة فكما ان الشهادة منهما في غير مجلس القاضي باطل فكذلك رجوعهما
والحدود والقصاص في هذا كالاموال واذا رجعا عن شهادتهما واشهدا بالمال على انفسهما
من قبل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهدت عليهما شهود بالمال من قبل الرجوع والضمان لم
يقبل ذلك لان الرجوع في غير مجلس القضا باطل وانما اشهدا على انفسهما بالمال بسبب باطل
وذلك لا يلزمهما شيا وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجمه القاضي بذلك ثم شهد
الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم حد ولا ضمان لانهم بالرجوع ما صاروا قاذفين لانه
لكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قذفا عند ذلك وفسخ الشهادة
بالرجوع يختص بمجلس الحكم قال ولو اوجبت عليهما الحد لاوجبت عليهما الضمان وقد
بينا انهم لا يضمنون بالرجوع في غير مجلس الحكم فلا يحدون ايضا واذا لم يقض القاضي
بشهادة الشاهدين حتى رجعا عنها لم يقض بها لان القضا يستدعي قيام الحجة عنده
ولم تبق الحجة حين رجعا ولان شهادتهما تتاكد بالقضا فبالرجوع قبل التاكد يبطل
بحيث لا يبقى له اثر ولا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا شيا على احد اما المشهود عليه
فقد بقي المال على ملكه واما المشهود له فلم يثبت له الاستحقاق قبل القضا ولو
اشترى رجل دارا بالف درهم وهي قيمتها ونقد الثمن فشهد شاهدان ان هذا
الرجل شفيعها وان هذه الدار التي في يديه بلزقه داره فقضى القاضي
له بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما اتلفا على المشتري ملكه
ملكه فيها بعوض يعدله وهو الثمن الذي اخذه من الشفيع فان كان المشتري قد بنى

فيها

فيها بنا فامره القاضي بنقضه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا للدار التي
بنى فيها قبل القضا بالشفعة ...

فيها بنا فامره القاضي بنقضه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا للدار التي
تملك الدار وقد شهدا ان الشفيع احق بملكها منه فكانا متلفين للبنا عليه فيضمنان له قيمة
البنا مبنيا ويكون النقض لهما بالضمان بمنزلة ما لو هدماه بايديهما واذا رجع الشاهدان
عن شهادتهما عند غير القاضي الذي شهدا عنده فانه يقضي عليهما بالضمان
لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضي لا مجلس ذلك القاضي الذي شهدا عنده فرجوعهما
في مجلس القاضي الاخر كرجوعهما في مجلس القاضي الذي شهدا عنده ارايت لو مات الاول
او عزل ورجعا في مجلس القاضي الذي قام مقامه اليس يقضي عليه بالضمان فكذلك
اذا رجعا في مجلس القاضي الاخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤديا حتى تخاصما
الى القاضي الذي شهدا عنده اول مرة وجحدا الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع
وبقضا القاضي عليهما بالرجوع بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنهما المال لان
المدعي اثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما ذلك ثم اختصموا الى غيره وكذلك
لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاض من القضاة وانه ضمنهما ذلك
فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو سمع القاضي من اقرارهما
بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا اثبت المدعي ذلك بالحجة ولو رجعا عند غير قاض
وضمنا المال وكتبا به على انفسهما صكا ونسبا المال الى الوجه الذي هو له منه
ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على انفسهما الصك بمال
بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو اقرا بذلك عند صاحب الشرط
او عامل كورة ليس القضا اليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما ان الشهادة عند
هؤلا كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع واذا شهدوا على رجل انه باع
عبده هذا من فلان بالف درهم والبائع يجحد والمشتري يدعي ثم جحدا ثم رجعا
عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم او اقل فلا ضمان على الشاهدين
لانهما ادخلا في ملك البائع ما يعدل ما اخرجاه عن ملكه او يزيد عليه وهو الثمن
الذي استوفاه من المشتري وان كانت قيمة العبد اكثر من الف ضمنا الفضل لانهما
اتلفا الفضل عليه بغير عوض يعدله والبعض معتبر بالكل فكذلك كل بيع او شرى
شهدا به وان اخرا المقضي عليه الضمان عنهما جاز لان هذا بخلاف دين واجب
في الذمة وهذا وساير الديون سوا ثم اذا احل رب الدين المديون صح التاجيل فكذا
هنا ولان الواجب عليهما ليس ببدل الصرف وانما هو بدل الغصب او مال مستهلك
وقد تقدم بيان صحة التاجيل به واذا كان لرجل على رجل دين فشهد شاهدان انه
وهبه او تصدق به عليه او ابراه او حلله او اوفاه ثم رجعا ضمنا المال لانهما اتلفا
عليه المال بشهادتهما فان قيل فقد اتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين قلت
قد اتلفا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا في ذمتهما يتعين
بالقبض منهما وان شهدا انه اجله سنة فقضى بذلك ثم رجعا قبل الحل او بعده
ضمنا المال للطالب لانهما اخرا عليه حق القبض بالشهادة بالتاجيل الى انقضا الاجل
وذلك موجب للضمان عليهما وهذا لان التاجيل في الحكم كالابرا الا ترى ان المريض
اذا اجل في دين له يعتبر خروجه من الثلث كما لو ابرا ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل
حل الاجل لان الضمان عليهما يتقيد بالرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالاتلاف بالشهادة
يحصل واذا صارا ضامنين لها لا يسقط الضمان عنهما لحلول الاجل كالوكيل بالبيع

بثمن حال ثم اخره عن المشتري كان ضامنا للموكل قبل حل الاجل بجحده لهذا المعنى ولان
الضمان انما وجب عليهما بسبب الاتلاف لما بينا انهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض
وبحلول الاجل لم يتبين ان ذلك لم يكن اتلافا فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان
الخيار له ان شاء اخذ المطلوب وان شاء اخذ الشاهد فاذا اخذ الشاهد كان لهما
حق الرجوع به على المطلوب الى اجله لانهما ملكا ذلك المال بالضمان في ذمة المطلوب و
الطالب حين ضمنهما فقد اقامهما مقام نفسه في الرجوع على المطلوب فان توى على المطلوب
توى من مال الشاهدين لانهما قاما في ذلك مقام الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب
ولا يكون لهما حق الرجوع لانهما قاما مقامه ثم اذا توى على الطالب لا يكون له حق الرجوع
على احد فكذلك الذي قام مقامه بخلاف الحوالة فانه اذا توى المال على المحتال عليه
يرجع به على المحيل لان تحول الحق الى ذمة المحتال عليه كان بشرط سلامة المال للطالب
من المحتال عليه فاذا لم يسلم عاد الى ذمة المحيل وهنا اصل المال صار للشاهدين بالضمان
مطلقا فان خرج كان لهما وان توى كان عليهما لانهما قاما في ذلك مقام الطالب ولو
شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا
ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للواهب في الهبة اذا اخذ القيمة
اما لان القيمة عوض له من هبته او لانه بزعمهما انه ملك العبد من الشاهدين بما اخذ منهما
من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع الى ابطال
قضاء القاضي باطل والقاضي بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضي عليه
لا من جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع في الهبة ولو لم يضمن المقضي عليه
للشاهدين القيمة فله الرجوع في العبد بقضاء القاضي لانه هو الواهب للعبد بحكم
القاضي وللواهب ان يرجع في الهبة ما لم يصل اليه العوض فان قيل فاذا ضمن الشاهدين
القيمة ينبغي ان يكون لهما حق الرجوع في الهبة باعتبار انهما قاما مقام الواهب في ذلك
كما في مسئلة الدين قلنا الدين في الذمة مال وهو يحتمل التمليك بعوض ولهذا جاز
الاستبدال بالدين ممن عليه الدين فيمكن ان يجعل مملكا ذلك من الشاهدين بما استوفى
منهما فاما حق الرجوع في الهبة ليس بمال يحتمل الاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من
الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق الرجوع لهما باعتبار انهما يقومان
مقامه لانه بعد ما وصل العوض لا يكون له حق الرجوع في الهبة فلا يكون ذلك لمن قام
مقامه ايضا ولو شهدا على عبد في يدي رجل انه لهذا الرجل فقضى له به وهو ابيض
العينين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا او مات عند المقضي له ثم رجعا عن شهادتهما
ضمنا قيمته يوم قضى به ولا يلتفت الى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة او نقصان
لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة ففي الغصب بالضمان تعتبر القيمة
وقت الشهادة كما في المغصوب والمستهلك والقول قولهما في القيمة لان الضمان يجب عليهما
فالقول في مقداره قولهما ولو شهدوا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على
فلان وفلان مقر بالدين فقضى به القاضي للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين
فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما
نصبا عنه نائبا بقبض المال ليحفظه له والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال
بقضاء القاضي حصل في يده امانة للموكل وقد تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا في قبض كل
وديعة وغلة وميراث وغير ذلك ولو شهد رجل وامراتان على الف درهم ورجل وامراتان

عليها

عليها وعلى مائة دينار فقضى القاضي بذلك ثم رجع رجل وامراتان عن شهادتهما عن
الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقي على الدراهم من يتم الحجة بشهادته
ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة في حق الدنانير فلهذا
لا يضمنون شيئا فلو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمان الدنانير على الذين
شهدوا بها خاصة وضمان الدراهم والدنانير عليهم جميعا عند ابي حنيفة ارباعا على
كل امراتين ربع وعلى كل رجل ربع وعندهما اثلاثا على كل رجل الثلث وعلى النسوة الثلث
وان كان رجوع الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين
على انفسهما في مرضهما فيبدا بدين الصحة واذا شهد شاهدان على رجل انه باع
عبده هذا بالف درهم وهو يساوي الفين على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام فقضى
القاضي بذلك ثم مضت الثلاث فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين
القيمة والثمن لانهما اتلفاه بشهادتهما بغير عوض فان قيل لا كذلك فالبيع بشرط الخيار
لا يزيل ملكه عن المبيع وقد تمكن من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل
كان راضيا بهذا البيع فينبغي ان لا يضمن الشاهدان شيئا قلنا زوال الملك وان كان يتاخر
الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري المبيع بزوائده
فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبايع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن ان
يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه
والعاقل يتحرز عن ذلك بجهده فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن
الشهود ولو اوجب البيع في الثلاث لم يضمن له الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع
مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلفا عليه بشهادته وكذلك لو شرط الخيار
للمشتري وهو منكر للشراء وفي قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشتري حتى
مضت المدة ضمن الشهود له النقصان عند الرجوع وان اختار البيع قبل الثلاث
لم يضمنا له شيئا لما بينا في جانب البايع ولو شهدا برهن عنده والراهن مقر بالدين
جاحد للرهن فقضى القاضي وهنا ثم رجعا فان لم يكن في قيمة العبد فضل على الدين
فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ولو شهدا على المطلوب بحقيقة
استيفاء الدين بما في يده هو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع فكذلك اذا شهدا بثبوت
يد الاستيفاء للمرتهن في ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا ايضا ما دام
العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من اخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين
فاذا مات عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل لانهما اتلفا الفضل عليه بغير عوض حين اثبتا
حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شيء من الدين عنده باعتباره ولو كان الراهن هو الذي
ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما
اتلفا على المرتهن شيئا فان حقه في المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان قبل وهو متمكن
من رد الرهن لان عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن فان قيل فلما ذا تقبل
البينة عليه بذلك وهي لا تلزمه شيئا قلنا اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق
به اللزوم في الحال كما في البيع بشرط الخيار للبايع او للمشتري الا ان يكون شهدا عليه
برهن هالك في يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم
بهلاك الرهن فيكونان متلفين عليه المال فيضمنان له ذلك عند الرجوع واذا عمل المضارب
في المال وربح فادعى انه اخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول

بالثلث فأخذ المضارب نصف الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس
الذي شهدا به لأن القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث إلى تمام النصف
إنما يستحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك عليه
بغير حق ولو كان الربح كله دينا لم يضمنا شيئا حتى يقبض كما قبض منه اقتسماه نصفين
ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لأن وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد على رب
المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين ويصل إلى المضارب حصته فعند ذلك يتم
التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا أنه أعطاه بالثلث فلا ضمان عليهما في هذا
الوجه إذا رجعا لأن القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئا
بشهادتهما إذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الأول فرب المال
هناك مستحق للربح باعتبار أنه نماء ماله فهما أتلفا عليه بشهادتهما ما كان مستحقا له
فيضمنان إذا رجعا ولو توى رأس المال في الوجهين لم يضمنا شيئا لأنهما ما شهدا في
رأس المال بشيء إنما شهادتهما في الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا أنهما اشتركا ورأس مال
كل واحد منهما ألف درهم على أن الربح بينهما أثلاثا وصاحب الثلث يدعي النصف
وقد ربحا قبل الشهادة لأن كل واحد منهما مستحق لنصف الربح عند التساوي في رأس
المال والقول قول مدعي النصف لولا شهادتهما فما زاد على النصف إلى الثلثين أتلفاه
بشهادتهما على من أخذ الثلث بغير حق وما ربحا فيما اشتريا بعد الشهادة فلا ضمان
عليهما فيه لأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ الشركة بغير رضى صاحبه فإقدامهما على التصرف
بعد قضاء القاضي بأن الربح أثلاث بينهما يكون رضى منهما بذلك ورضى المتلف عليه يمنع وجوب
الضمان على المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان في يدي رجل مال فشهد
شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى القاضي له بنصف ما في يده ثم رجعا
ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لأن القول قول المنكر للشركة وهو ذو اليد لولا شهادتهما
فإنما صار نصف ما في يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقرا أنهما أتلفاه بغير حق
ولو شهدا على رجل بوديعة يجحدها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضي ذلك ثم رجعا
ضمنا له ما غرم من ذلك لأنهما شهدا عليه بدين فالوديعة المجحودة دين على المودع وقد
أقرا بالرجوع أنهما ألزماه بغير حق فيضمنان له ما استوفي منه بذلك السبب ولو ركب
رجل بعيرا إلى مكة فعطب فقال رب البعير غصبتني وقال الراكب استأجرته منك
بكذا وأقام عليه شاهدين فأبرأه القاضي من الضمان وألزمه عليه ما وجب من الأجر
ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة البعير إلا مقدار ما أخذ صاحبه من الأجر لأن ركوب
البعير موجب للضمان على الراكب لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة دينا على الراكب
بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب البراءة وقد أقرا عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك
على رب البعير فكانا ضامنين للبعير إلا أنهما عوضاه مقدار ما شهدا له به من الأجر
فيطرح عنهما ذلك ولأن صاحب البعير يقر أن الراكب غاصب لا أجر له عليه وإنما
استوفى منه ما استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا يرجع على الشاهدين
إلا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوي مائتي درهم وآخر يوم عطب فيه يساوي
ثلثمائة درهم للزيادة في بدنه والأجر خمسون درهما فإنهما يضمنان مائتي درهم وخمسين
درهما بحساب قيمته يوم عطب من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما أما عند
أبي حنيفة إنما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب وقالوا هذا نظير الجارية المغصوبة إذا

ازدادت

ازدادت في بدنها ثم باعها الغاصب وسلمها إليه فإنه كما لم يذكر الخلاف هنا لم يذكر هناك
وإنما ذكر قول أبي حنيفة في تلك المسألة في النوادر وحكم هذه وحكم تلك سواء والأصح
أن هذا قولهم جميعا وأبو حنيفة يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان
غصب ولهذا لا يضمن به إلا ما يضمن بالغصب والغصب بعد الغصب في الأصل لا يتحقق
من واحد والزيادة المتصلة لا تفرد عن الأصل فأما ضمان الركوب إذا عطبت الدابة ضمان
إتلاف ألا ترى أن الحر يضمن به والإتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الأصل مع الزيادة فكان
الراكب ضامنا قيمتها حين غصب لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمته باعتبار تلك الحالة
رجل له على رجل ألف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة درهم
يدعي أنه له فأقام المطلوب شاهدين أنه رهنه إياه بالمال وقضى به ثم هلك الثوب
فذهب بمائة درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لأن القول قوله في الثوب أنه
ملكه باعتبار يده فهما أتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما أنه للمطلوب فيضمنان له
عند الرجوع فإن قيل كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك قلنا عين الرهن
أمانة في يد المرتهن مرة في ذلك كيد الراهن ثم أثبتنا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن في
مقدار المائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكأنهما شهدا عليه أنه استوفاه
مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول هو عندي وديعة
وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه فقضى به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان
عليهما لأنهما لم يتلفا على ذي اليد عين الثوب فإنه لا يدعي ملكه لنفسه وقد كان متمكنا
من رده على الراهن بعد قضاء القاضي فالرهن لا يكون لازما في جانب المرتهن فيجعل إمساكه
الثوب بعد قضاء القاضي بأنه رهن عنده رضى منه بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع
شيئا بخلاف الأول فقد أتلفا عليه ملكه في الثوب هناك ولو شهد شاهدان على رجل
أنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة إلى رجل يجحد ذلك ولم يتفرقا فقضى القاضي به وأمر
بدفع العشرة إليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر لأن مقدار
العشرة إليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين في المالية وضمان
الإتلاف يتقدر بالمثل فإذا قبضه فهما ضامنان الطعام ومثله إلا عشرة دراهم بعوض من
ذلك الكر لأن مقدار العشرة حصل الإتلاف فيه بعوض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع
وما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فإن كان رأس المال مثل الكر أو أكثر لم يضمنا شيئا لأنهما
عوضاه مثل ما أتلفا عليه والإتلاف بعوض يعدل المثل لا يوجب الضمان على المتلف
ولو شهدا على رجل أنه أكرى شق محمل إلى مكة بمائة درهم فقضى له القاضي وحمله وقبض
الأجر ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما إذا كان المستأجر هو المدعي وإن كان الأجر
ضعف ذلك لأنهما أتلفا المنفعة على رب الإبل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك
عندنا ولو أتلفاه مباشرة لم يضمنا فإذا أتلفا بشهادتهما أولى وإن كان الذي ادعاه صاحب
الإبل وجحده المستأجر ضمنا له تمام الذي ما زاد على مثل أجر البعير لأنهما أتلفا عليه
ما ألزماه بشهادتهما من الأجر وعوضاه من ذلك منفعة البعير والمنافع تتقوم بالعقد
وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار
ما أتلفاه بعوض ويضمنان ما سوى ذلك لأنه لولا شهادتهما لكان القول قول الراكب ولم
يضمن شيئا وإنما لزمه الأجر بشهادتهما وقد أقرا عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك بغير عوض
فيضمنان له ما لا يقابله من ذلك بعوض بعدله ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم فأقام عليه

شاهدين واقام المشهود عليه بالالف شاهدين انه ابراه منها او شهدا انه ابراه من كل قليل وكثير يدعي عليه فعدلوا واجتمعت البينتان عند القاضي فانه ينبغي له ان لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطة مفرغة للذمة فكيف يقضي باشتغال الذمة بالمال فقد ظهر عنده ما يفرغ الذمة نحو الابراء في معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لا يجوز فان اخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضي يكلف المشهود له بالالف البينة ثانية ولا يلتفت الى الى ما مضى لانه لم يقض بشهادتهم على اصل المال والشهادة التي لم يتصل القضاء بها لا يكون موجبه شيا فلا بد من اعادتهم اذا اراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقا له وانما يثبت هذا الاستحقاق باعادة البينة فان اعادهم خصمهم في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فانهم خصماه في ذلك ولا يتمكن من ان يلزم المدعيون شيا بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضي بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلهذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدعيون في اعادة هذه البينة عليهم فان شهد الشهود على الالف الفا على المدعى عليه في الاصل فقضى بها على شهود البراءة لانه يتحقق ابلا ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له بالبراءة قال وانما يامر القاضي مدعي المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدي البراءة بمحضر منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجزى لشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كانا غصبا المال ساعة يقضي القاضي له ورجعا

باب الرجوع عن الشهادة في النكاح والطلاق

وإذا شهد رجل وامراتان على طلاق امراة ورجل وامراتان على دخوله بها فقضى القاضي بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة ارباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر لان شهود الطلاق الزموه نصف المهر بدليل انهم لو انفردوا قضى القاضي على الزوج بنصف المهر وشهود الدخول الزموه جميع المهر بدليل انهم لو انفردوا قضى القاضي عليه بجميع المهر فنصف المهر اختص شهود الدخول بايجابه على الزوج فعند الرجوع ضمانه عليهم ونصف المهر اشتركوا فيه فضمانه عند الرجوع على كلا الفريقين نصفين فان قيل لا كذلك بل جميع المهر واجب على الزوج بالعقد فما الزمه واحد من الفريقين شيا من المهر بما شهدوا به قلنا نعم وجب جميع المهر بالعقد ولكن بمقابلة المعقود عليه ان فوت تسليم البضع على وجه لا ينتهي به النكاح فلا شي على الزوج منه وقد تحقق ذلك بالفرقة بينهما ولولا شهادة شهود الطلاق لم يكن عليه نصف المهر ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر ولكنهما حين شهدا بوجوب التسليم قبل ظهور الفرقة فكانما الزماه جميع المهر وحين شهد الاخران بالفرقة قبل التسليم مضافا الى الزوج فكانما الزماه نصف المهر فيجب ضمان ذلك عند الرجوع عليهم لانهم حالوا بينه وبين المهر بشهادتهم فكانهم غصبوه ذلك فيا خذ الفريقين النصف والفريق الاخر الكل ولو رجع شاهدا الدخول وحده ضمن ربع المهر لان النصف الذي اختص شهود الدخول بالزامه بقي فيه امراتان على الشهادة وببقائهما يبقى نصف ذلك النصف فيجب على الراجع نصف ذلك النصف وفي النصف الاخر قد بقي على الشهادة حجة تامة ولو رجع شاهدا الطلاق وحده لم يضمن شيا لان في النصف الذي لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو رجع شهود الدخول كلهم ضمنوا النصف لان في النصف

الذي لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو رجع شهود الدخول كلهم ضمنوا النصف لان في النصف الاخر قد بقي على الشهادة حجة كاملة ولو كان شهود الطلاق هم الذين رجعوا لم يضمنوا شيا لانه بقي على الشهادة بجميع المهر حجة تامة وهم شهود الدخول ولو رجعت امراة من شهود الطلاق وامراة من شهود الدخول فعلى الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر لان النصف الذي اختص به شهود الدخول بقي على الشهادة فيه رجل وامراة فبقي الحجة في ثلثة ارباعه ببقائهما ويجب على الراجعة ربع ذلك النصف ولا ضمان على شاهدة الطلاق لانه بقي على الشهادة في ذلك النصف حجة كاملة بعد رجوعها ولو شهد شاهدان انه طلق امراته واحدة واخران انه طلقها ثلاثا ولم يكن دخل بها فقضى بالفرقة ونصف المهر لها ثم رجعوا جميعا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث ولا ضمان على شهود الواحدة لان اصحاب الثلث هم الذين قضيت بشهادتهم الا ترى انها لا تحل له قبل الزوج ومعنى هذا ان بالثلث يثبت في المحل صفة الحرمة وشي من ذلك الحرمة لا يثبت بالواحدة لان حرمة المحل لا تحتمل التجزي وانما قضى القاضي بحرمة المحل وذلك من موجبات ما شهد به الشهود الثلاث خاصة فعرفنا ان القضاء كان بشهادتهم فالضمان عند الرجوع عليهم وهو نظير ما ذكر بعد ولو شهد شاهدان انه حلف لا يقربها يوم النحر واخران انه طلقها يوم النحر فابانها القاضي منه ولم يكن دخل بها والزمه نصف المهر ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق دون شهود الايلاء لانه انما قضى بالفرقة بشهادة شهود الطلاق دون شهادة شهود الايلاء وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة في ان الثلاث غير الواحدة وقد بيناها فيما اذا شهد احد الشاهدين بتطليقة والاخر بثلاث واذا شهد على رجل انه تزوج امراة بالف درهم وهي مهر مثلها فقضى بذلك ونقدها الالف ثم رجعا لم يضمنا شيا ايهما كان المدعي في ذلك لانه ان كانت المراة هي المدعية فقد الزما الزوج الالف وادخلا في ملكه البضع بمقابلته والبضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم لانه يتملك البضع ومن ضرورة التملك تقوم المملوك به كالاستيلاد لما كان يتملك به الجارية يتملك به نفسه وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان ولو كان الزوج هو المدعي فقد اثبتا عليها الملك عوضا هاهنا بينه ما يعدله وهو الالف وان كان مهر مثلها خمسمائة وكان الزوج منكرا ضمنا له الفضل لانهما الزماه الالف وعوضاه بما يتقوم بخمسمائة فقيمة البضع مهر المثل فالخمسمائة الاخرى اتلفا عليه بغير عوض وان كان المدعي هو الزوج فلا ضمان عليهما سواء كان مهر المثل اقل او اكثر لانهما اتلفا البضع عليها بعوض دون قيمة البضع ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك لضرورة التملك فلم يضمن الشاهدان لها شيا عندنا وعند الشافعي يضمنان لها ما زاد على الالف الى تمام مهر مثلها واصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيا عندنا وعند الشافعي يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قبل المراة رجل لم يضمن القابل للزوج شيا من المهر عندنا وعند الشافعي يضمن مهر المثل عليها ان ارتدت لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فيتقوم عند خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو الاعتاق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا والدليل عليه ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ضمنوا نصف المهر فلو لم يكن البضع متقوما عند الطلاق لما ضمنوا شيا

وإذا ثبت التقوم قلنا المتقوم مضمون بالإتلاف مالاً أو غير مال كالنفس وحجتنا في ذلك
أن البضع غير متقوم بالمال عند الإتلاف لأن ضمان الإتلاف مقدر بالمثل ولا مماثلة
بين البضع والمال صورة ومعنى فأما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم من هو المملوك
دون الملك لورود العقد عليه وكان تقومه لإظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مضموناً عند الابتذال
ولا يملكه مجاناً فأما ما يملكه المرء مجاناً لا يعظم خطره عنده وذلك محل له خطر مثل خطر
النفوس لأن النسل يحصل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الإزالة فإنها لا تتملك على
الزوج شيئاً ولكن يبطل ملك الزوج عنها ألا ترى أن ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك
كالولي والشهود لا يشترط شيء منه عند الإزالة وأن الأب لو زوج ابنه الصغير بماله
يصح ذلك ولو خلع ابنته الصغيرة بمالها من زوجها لم يصح ذلك وهذا بخلاف ملك اليمين
فهو ملك مال والمال مثل للمال صورة ومعنى فعند الإتلاف يضمن بالمال وهذا بخلاف
ما إذا شهد بالطلاق قبل الدخول لأنهما لا يغرمان هنا قيمة البضع مهر المثل ولا يغرمان
شيئاً من ذلك عندنا وإنما يغرمان نصف الصداق لأنهما أكدا على الزوج ما كان على شرف
السقوط فإن المرأة إذا ارتدت يسقط عنه المهر وكذلك إذا قبلت ابن زوجها فهما أكدا
عليه ما كان على شرف السقوط فكأنهما ألزماه ذلك هذا هو عبارة المتقدمين رحمهم
الله والأوجه أن نقول وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط جميع الصداق وإذا لم يكن مضافاً
إلى الزوج ولا كان متسبباً للنكاح للعقد الذي ذكرنا في أول الباب فهما بإضافة الفرقة
إلى الزوج منعا العلة المسقطة من أن تعمل عملها في النصف فكأنهما ألزما الزوج ذلك النصف
بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع وفي هذا أيضاً نوع من الشبهة فإن الابن إذا أكره
امرأة أبيه حتى زنا بها قبل الدخول يغرم الأب نصف المهر ويرجع به على الابن ولم يوجد
منه ما يصير به الفرقة مضافاً إلى الأب ولكنا نقول هو بإكراهه إياها منع صيرورة الفرقة
مضافاً إليها وذا يوجب نصف الصداق على الأب فكأنه ألزمه ذلك وعلى هذا الخلاف
شهود العفو عن القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا شيئاً عندنا وعند الشافعي يضمنون الدية
لأن القصاص ملك متقوم للولي ألا ترى أن القاتل إذا صالح في مرضه على الدية يعتبر
ذلك من جميع المال وقد أتلفوا عليه ذلك بشهادتهم فيضمنون عند الرجوع وإن لم يكن
مالاً كما يضمن النفس بالإتلاف حالة الخطأ ولكنا نقول ملك القصاص كملك البضع للزوج
من حيث أنه لا يظهر إلا في حق الاستيفاء وقد بينا أن ملك البضع غير متقوم وإنما المتقوم
المحل المملوك فكذلك ملك القصاص لأن بالصلح القاتل يلتزم الدية بمقابلة ما هو
من أصول حوائجه فهو محتاج إلى هذا الصلح لإبقاء نفسه وحاجته مقدم على حق الوارث
فيعتبر من جميع المال لهذا والمريضة إذا اختلعت فإنما التزمت المال لا بمقابلة ما هو من
أصول حوائجها فاعتبر من الثلث لذلك ولأنه يسلم للقاتل المحل المملوك وهو نفسه وذلك
متقوم وهنا بطل ملك الزوج من غير أن يسلم لها شيء كان قد أشرف على الزوال عنها وقد
بينا أنه لا قيمة للملك الوارد على المحل فأما تقوم النفس بالدية عند الإتلاف فللصيانة
عن الهدر وإظهار خطر المحل وهذا لا يوجد في ملك القصاص فالعفو مندوب إليه
فيكون إهداره حسناً بهذا الطريق لأن القصاص حياة حكماً وفي العفو حياة حقيقة
فلا يمكن إيجاب الضمان على المتلف هنا بمعنى الصيانة ولو لم يكن فرض الزوج لها
مهراً فشهدا بالطلاق قبل الدخول وقضى القاضي لها بالمتعة ثم رجعا غرما المتعة
له لأن المتعة في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة نصف الصداق في نكاح فيه تسمية فكما أن

هناك

هناك عند الرجوع يغرمان للزوج ما قضى به القاضي وهو نصف المهر فكذلك هنا يغرمان
له ما قضى به القاضي وهو المتعة وزفر رحمه الله يقول في الفصلين لا يغرمان شيئاً لأن
جميع المهر وجب على الزوج بالعقد وإنما يسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول فهما
أسقطا عنه البعض وما أوجبا عليه شيئاً وإن ضمنا فإنما ينبغي أن يضمنا لها لأنهما أتلفا
ملكها في بعض الصداق وفيما قررنا جواب عن كلام زفر ولو شهد شاهدان على رجل أنه
تزوج امرأة على ألف والزوج يجحد ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران أنه طلقها قبل الدخول
فقضى بذلك ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح مائتان وخمسون لأن ما زاد على الخمسمائة إلى
تمام الألف ألزمه شهود العقد من غير عوض بمقابلته وقد سقط عنه نصف ذلك بالطلاق
وبقي النصف فيغرمان له ذلك عند الرجوع وذلك مائتان وخمسون ومقدار الخمسمائة
ألزماه بعوض فلا ضمان عليهما في ذلك ولكن شهود الطلاق قبل الدخول كأنهما ألزماه نصف
ذلك النصف بمنعهما العلة المسقطة من أن تعمل حين أضافا الفرقة إلى الزوج فيضمنان ذلك
عند الرجوع ولو شهد آخران أيضاً بالدخول فألزمه القاضي ألف درهم ثم رجعوا فعلى
شاهدي النكاح خمسمائة والفضل على مهر مثلها لأنهما ألزماه بغير عوض وأما الخمسمائة
الأخرى ألزماه بعوض يعدله فلا يضمنان له شيئاً من ذلك ولكن يغرم في ذلك شاهدا الدخول
وشاهدا التطليق فثلاثة أرباعه على شاهدي الدخول وربعه على شاهدي الطلاق بمنزلة
جميع المسمى في أول الباب على ما قررنا وإذا شهد شاهدان على امرأة أنها اختلعت من زوجها
قبل أن يدخل بها على أن أبرأته من المهر والزوج يدعي ذلك وهي تجحد فقضى بذلك ثم رجعا
ضمنا نصف المهر لأنه لولا شهادتهما لكان لها نصف المهر بوقوع الفرقة قبل الدخول بإقرار
الزوج فهما أتلفا عليها ذلك النصف بشهادتهما ولو كان دخل بها والمهر عليه ضمنا لها
جميع المهر لأنه لولا شهادتهما لكان لها جميع المهر على الزوج لأن الفرقة وقعت بإقراره بعد
الدخول فهما أتلفا المهر عليها بشهادتهما بالخلع والإبراء من المهر فيضمنان ذلك لها عند
الرجوع كشاهدي الإبراء في سائر الديون ولو ادعى رجل أنه تزوج امرأة على مائة درهم وقالت
المرأة بل تزوجني على ألف درهم وذلك مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى
فقضى بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول أبي حنيفة ومحمد ولم يضمنا
لها شيئاً في قول أبي يوسف وهو بناء على مسألة كتاب النكاح إذا اختلف الزوجان في المهر
ومهر المثل مثل ما تقوله المرأة فعندهما القول قولها وعنده القول قول الزوج ولولا
شهادة الشاهدين كان يقضى لها على الزوج بالألف فهما أتلفا عليها بشهادتهما مقدار
تسعمائة فيضمنان لها ذلك عند الرجوع وعند أبي يوسف القول قول الزوج في المهر فالشاهدان
لم يتلفا على المرأة شيئاً فبهذا يتبين أن الصحيح في معنى المستنكر عند أبي يوسف أن يدعي
الزوج دون العشرة فأما إذا ادعى نقصاناً كثيراً عن مهر المثل فالقول قوله كما فسره في هذه
المسألة ولو طلقها قبل الدخول لم يضمنا لها شيئاً بالاتفاق لأن القول قول الزوج في
بعد الطلاق كما ذكره في كتاب النكاح فلا يضمنان لها شيئاً لذلك وذكر في بعض نسخ الأصل
يضمنان لها أربعمائة وخمسين درهماً وهذا إن صح فهو بناء على ما ذكره في الجامع من تحكيم
المتعة بعد الطلاق عندهما وتأويله أن يكون متعتها خمسمائة فقد أتلفا عليها ما زاد
على الخمسين وذلك أربعمائة وخمسون فيضمنان ذلك لها وكذلك إن كانت لم تقر بالنكاح
لم يضمنا لها شيئاً لأنهما ما أتلفا عليها شيئاً من المال إنما أثبتا عليها ملك البضع وقد
بينا أن البضع لا يتقوم على غير المتملك ولو ادعت المرأة على زوجها أنه صالحها من نفقتها

على عشرة دراهم كل شهر وقال الزوج صالحتك على خمسة فشهد شاهدان انه صالحها على عشرة
فقضى لها ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة او اكثر فلا ضمان عليهما لان القول قولها
في مقدار نفقة مثلها فالشهود ما الزموا الزوج شيئا بغير عوض وان كان نفقة مثلها اقل
من عشرة ضمنا الفضل للزوج فيما مضى لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الزوج في
انكاره الفضل على نفقة مثلها فانما الزماه ذلك بشهادتهما واذا قضى القاضي للمراة
بمهر او متعة او نفقة فمضت مدة ثم شهد شاهدان عليها بالاستيفاء وقضى به ثم
رجعا ضمنا ذلك للمراة لان ذلك كان دينا مستحقا لها على الزوج فنفقة تصير
دينا بقضاء القاضي فاما على رواية كتاب القاضي يقول لا يصير ذلك دينا بعد مضي
المدة وان كان قضى بها القاضي فعلى تلك الرواية شهود الاستيفاء لا يضمنون شيئا وقد
بينا وجه التوفيق بين الروايتين فيما امليناه من شرح الجامع ولو شهد رجلان على
الطلاق ورجلان على الدخول ثم رجعا فشاهدا الطلاق واحد شاهدي الدخول ضمنوا
جميعا نصف المهر على شاهدي الدخول من ذلك نصفه والنصف الباقي عليهم اثلاثا لان
النصف الذي لزمه بشهادة شاهدي الدخول خاصة بقي احدهما على الشهادة فتبقى
الحجة في نصف ذلك النصف ببقائه فعلى الراجع منهما نصف ذلك النصف وفي النصف
الباقي يبقى نصفه ايضا ببقائه على الشهادة وانما تعدمت الحجة في نصفه في نصف
ذلك النصف وفي النصف الباقي يبقى نصفه ايضا ببقائه على الشهادة وانما انعدمت
الحجة في نصف ذلك النصف وقد كان ثبت بشهادتهم جميعا فعند الرجوع يجب ضمان ذلك
النصف عليهم اثلاثا واذا طلق الرجل امراته ولم يدخل بها ولم يفرض لها مهرا فشهد شاهدان
انه صالحها من المتعة على عبد ودفعه اليها وقبضته وهي تنكر ذلك ثم رجعا عن شهادتهما
فانهما يضمنان المتعة لها وهي ثلاثة اثواب مثل كسوتها في بيتها فلا يضمنان لها العبد
لان اصل حقها هو المتعة وقد اتلفا بشهادتهما ذلك عليها فاما العبد كان ملكا للزوج
لولا شهادتهما فلا يضمنان لها العبد وان شهد عليها بقبضه لان وجوب ذلك لها بشهادتهما
وهي تنكر فلا يكون لها ان تضمنهما قيمة العبد مع ما سبق من انكارها وانما تضمنهما اصل
حقها وهو المتعة فان كان مهر مثلها عشرة دراهم ضمنا لها خمسة دراهم لانه لا يزاد
بالمتعة على نصف المهر فلولا شهادتهما لكان لها هذه الخمسة فقط فلهذا ضمنا لها عند
الرجوع الخمسة ولو شهد شاهدان على الطلاق وشاهدان على الدخول ولم يكن سمى لها مهرا
فقضى بذلك ثم رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر
لان المتعة في النكاح لا تسمية فيه كنصف المسمى في نكاح فيه تسمية وقد بينا ان
هناك شهود الطلاق يغرمون ربع المسمى فكذلك هنا يغرمون نصف المتعة وما زاد على ذلك
الى تمام مهر المثل ثابت بشهادة شهود الدخول فيغرمون ذلك عند الرجوع ولو شهد شاهدان
على مائتي درهم بعينها في يد رجل انها لرجل اخر وآخر على مائة منها انها له فقضى
بذلك ثم رجع احد شاهدي المائتين ضمن خمسين لان مقدار المائة استحق بشهادته
وشهادة صاحبه خاصة وقد بقي نصفه ببقاء صاحبه على الشهادة فيغرم نصفه
وذلك خمسون وان رجع احد شاهدي المائة ايضا لم يضمن شيئا لان مقدار المائة يثبت
بشهادة الاربع وقد بقي اثنان على الشهادة بتلك المائة فلا يغرم الراجعان شيئا من ذلك

باب الرجوع عن الشهادة ايضا

واذا شهد شاهدان ذميان لذمي على ذمي بمال او بخمر او خنزير فقضى بذلك ثم رجعا
ضمنا المال وقيمة الخنزير ومثل الخمر لان ضمان الرجوع بمنزلة ضمان الغصب والاتلاف
واهل الذمة في ذلك يستوون بالمسلمين ويضمنون في الخمر المثل وفي الخنزير القيمة وان
كان الشاهدان اسلما ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة الخنزير لان الخنزير ليس من ذوات
الامثال وكان الواجب عليهما ضمان القيمة بنفس الاتلاف واسلامهما لا يمنع بقاء ذلك
وفي الخمر عند محمد يضمنان القيمة وعند ابي يوسف لا يضمنان شيئا بناء على اسلام المطلوب
بعد اتلاف الخمر وقد بيناه في الغصب ولو لم يسلم الشاهدان واسلم المشهود عليه ثم رجعا
ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا الخمر لان الواجب عليهما مثل الخمر واسلام الطالب يسقط
الخمر لا الى بدل والمشهود عليه في حقهما طالب فاما اتلاف الخنزير يوجب القيمة واسلام
الطالب لا يمنع بقاءها واستيفاءها ولو شهد ذميان بمال على ذمي فاسلم المشهود عليه
قبل ان يقضي القاضي بشهادتهما لم يقض بها لان المشهود عليه لو اقترن بشهادتهما منع
العمل بها فكذلك اذا طرأ قبل القضاء وهذا لان القاضي لا يقضي الا بحجة وشهادة اهل
الذمة لا تكون حجة على المسلمين واذا شهد محدودان في قذف بشهادة فلم يعلم بذلك القاضي
حتى قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رأيه امضاؤه فانه يرد القضاء ويأخذ المال
من المقضي له لانه ظهر له الخطأ وهذا بناء على ان قضاء القاضي في المجتهدات انما ينفذ اذا
صدر عن اجتهاد اما اذا لم يكن عن اجتهاد وانما كان عن تلبيس واجتهاد لم ينفذ وهو
ظاهر المذهب على ما اشار اليه في الجامع ذكره الخصاف وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله
ان قضاءه في المجتهدات نافذ وان لم يكن من اجتهاد دينه لانه لا ينقض قضاءه ما لم يتبين
له الخطأ بيقين وفي المجتهدات لا يتبين ذلك فعلى تلك الرواية لا ينقض القضاء ههنا
ايضا قال وكذلك لو علم انهما عبدان او كافران او اعميان فاما في العبدين والكافرين
فقد ظهر ان قضاءه كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفي الاعميين الجواب مثل الجواب في
المحدودين في القذف لان قضاءه حصل فيما يجتهد فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد
نص على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله يعني رد القضاء واخذ المال
من المقضي له واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق عبده وقضى القاضي بذلك ثم رجعا
ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا عليه ملكا هو مال متقوم ولا يمنع وجوب الضمان عليهما
بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا
عليه من ملك المال ولو شهدا عليه انه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما
نقصه التدبير لانهما اوجبا حق العتق للعبد وبذلك ينتقص ملك المالية فيضمنان
ذلك النقصان وقد بينا في كتاب العتاق مقدار نقصان التدبير فان مات المولى
والعبد يخرج من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا الا ان تلف ما بقي من المال
عند موت المولى حصل بشهادتهما فالتدبير موجب حق العتق في الحال وحقيقة العتق من
الثلث بعد الموت وقد كانا ضمنا ما اتلفاه معجلا وما زاد على ذلك كان موجبا لا
فيضمنان ذلك عند تحقق الاتلاف وذلك بعد موت المولى وان لم يكن له مال غيره
عتق ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته ويضمن الشاهدان ثلث القيمة اذا عجل العبد الثلثين
فان بدل ما زاد على الثلث قد سلم للورثة من جهة العبد فاتلاف الشاهدين لذلك
حصل بعوض فلا يضمنانه عند الرجوع فاما مقدار الثلث اتلفاه على الورثة بغير
عوض فيضمنان ثلث قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك الثلث على العبد لان رجوعهما

غير مقبول في حق العبد وإذا لم يحصل العبد الثلثين من القيمة وعجز عنها فللورثة أن يرجعوا
به على الشاهدين لأنهما حالا بين الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض
في ذمة المفلس تاوٍ فكأنهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان للورثة كالثلث ويرجع
الشاهدان بذلك على العبد لأنهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك وقد كان للورثة حق الرجوع
على العبد بذلك وكذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلث القيمة وحالهما في الثلثين كحال شهود الكتابة
فإنهما لو شهدا عليه أنه كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة فقضى بذلك ثم رجعا وهو يساوي
ألفين أو ألفا فإنهما يضمنان قيمته لأنهما حالا بين المولى وبين عبده بما أثبتا للعبد بشهادتهما دينه
عليه بالكتابة فكانا بمنزلة الغاصبين ضامنين للقيمة ثم يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومه
لأنهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لأنه قبل
رجوع الشاهدين ما كان يعتق إلا بعد أداء جميع الألف إلى المولى فكذلك حاله مع الشاهدين
بعد ما ضمنا القيمة فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتبه لأن الشاهدين قاما مقام المولى في قبض
بدل الكتابة منه فأداؤه إليهما كأدائه إلى المولى فهذا لأن رجوعهما في حق المكاتب غير صحيح وقد
استحق المكاتب أن يعتق على المولى ويكون ولاؤه له فلا يبطل ذلك الحق برجوع الشاهدين وإن
عجز ورد في الرق كان للمولى لأن رقبته لم تصر مملوكا للشاهدين فالمكاتب ليس بمحل النقل
من ملك إلى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لأن الحيلولة
قد زالت بعجز المكاتب فهو نظير غاصب المدبر إذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع يكون مردودا
على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو شهد شاهدان أنه حلف بعتقه إن دخل هذه
الدار وشهد آخران أنه قد دخلها فقضى بعتقه ثم رجعوا جميعا ضمن شاهدا اليمين
قيمة العبد ولا ضمان على شاهدي الدخول عندنا وقال زفر الضمان عليهم جميعا لأن تلف
المال حصل بشهادة الفريقين جميعا ولكنا نقول شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة
الموجبة للعتق وهو قوله أنت حر وشهود الدخول إنما أثبتوا شرط العتق والشرط لا يعارض العلة
في إحالة الحكم عليه فالحكم يضاف إلى علته حقيقة لأنه واجب بها شرعا وإلى الشرط مجازا
لأنه موجود عند الشرط لا به والمجاز لا يعارض الحقيقة بل متى كانت العلة صالحة لإضافة
الحكم إليها لا يضاف شيء إلى الشرط وهو نظير حافر البئر مع الملقي فإن الضمان على الملقي
دون الحافر وعلى القاتل دون الممسك لهذا المعنى وقد بينا هذا في مسألة شهود الإحصان
في كتاب الحدود ولم يذكر هنا أن اليمين لو كانت ثابتة بإقرار المولى وشهد شاهدان بالشرط
ثم رجعا ظن بعض مشايخنا رحمهم الله أنهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا إن العلة
لا تصلح لإضافة الحكم إليها هنا فإنها ليست بتعدٍّ فيكون الحكم مضافا إلى الشرط على
أن الشرط يجعل خلفا عن العلة هنا باعتبار أن الحكم يضاف إليه وجودا عنده ونسبه هذا
بحفر البئر وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في
الزيادات وهذا لأن قوله أنت حر مباشرة الإتلاف للمالية وعند وجود مباشرة الإتلاف
الحكم يضاف إليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا يكون بطريق التعدي بخلاف
مسألة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا جعل
الإتلاف مضافا إلى الشرط وهو إزالة المسكة بحفر البئر الذي في الطريق ولو شهد شاهدان
على رجل أنه أعتق عبده البتة فقضى به ثم رجعوا ضمنا القيمة على شاهدي العتق ولا ضمان
على شاهدي التدبير لأن نقصا كان بشهادة شاهدي فتنجز العتق لا بتصور المضاف إلى ما بعد
الموت ولو شهد شاهدا التدبير فقضى القاضي به ثم شهد شاهدا العتق فقضى به ثم

رجعوا

رجعوا فضمان القيمة على شاهدي العتق ولا ضمان على شاهدي التدبير لأن النقصان بشهادة
شاهدي العتق فتنجز العتق لا بتصور المضاف إلى ما بعد الموت ولو شهد شاهدا التدبير ثم شهد
شاهدا العتق فقضى به ثم رجعوا فعلى شاهدي التدبير ما نقصه التدبير لأن ذلك الجزء تلف
بشهادتهما حين قضى به القاضي ويضمن شاهدا العتق قيمته مدبرا لأنهما أتلفا ما بقي للمولى
فيه بشهادتهما وعند شهادتهما كان هو مدبرا فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو كان شاهدا
العتق على البتات شهدا أنه أعتقه قبل التدبير فأعتقه القاضي ثم رجعوا ضمن شاهدا
العتق قيمته ولا ضمان على شاهدي التدبير لأنه تبين أن شاهدي التدبير ما أتلفا عليه
شيئا وأن القاضي أخطأ في قضائه بالتدبير حين قامت الحجة على الحرية قبل ذلك فإنما
حصل تلف المالية بشهادة شاهدي العتق فالضمان عليهما عند الرجوع ألا ترى أنهما لو
شهدا أنه باع عبده من هذا بألف درهم ووقتا لذلك وقتا قبل التدبير فإن القاضي يبطل
التدبير فإن رجعوا بعد ذلك لم يضمن شهود التدبير شيئا وضمن شهود البيع فضل القيمة على
الثمن لأن الإتلاف في الفضل حصل بشهادتهم بغير عوض وإن كانت القيمة أقل من الثمن والمشتري
هو المنكر ضمنا للمشتري فضل الثمن على القيمة لأنهما أتلفا عليه الفضل بغير عوض ولو كانا
سواء وشهدا أنه نقد الثمن والبائع منكر ثم رجعا عن البيع ولم يرجعا عن نقد الثمن لم
يضمنا شيئا لأنهما بالشهادة على البيع أزالا ملكه عن العبد بعوض يعدله وهما ثابتان
على شهادتهما بنقد الثمن فهو كما لو شهد به غيرهما سواء ولو رجعا عن نقد الثمن ضمنا
الثمن لأنهما أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ملك البائع في الثمن بشهادتهما عليه بالاستيفاء ولو كان
البائع هو المدعي والمشتري يجحد لم يضمنا شيئا لأنهما أدخلا في ملك المشتري ما ألزماه من
الثمن ولو شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة وقيمته خمسمائة
فأجاز القاضي ذلك ثم رجعا فاختار المولى ضمان الشاهدين فله ذلك لأنهما حالا بينه
وبين مالية العبد بشهادتهما وبدل الكتابة في ذمة المفلس كالتاوي فإن قبض القاضي من
المولى منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدي الألف درهم إلى الشاهدين لأنهما قاما مقام
المولى في استيفاء بدل الكتابة حين ضمنا القيمة ويتصدقان بالفضل لأن ذلك ربح حصل لهما بكسب
خبيث وهو شهادة الزور وإن لم يختر المولى تضمينهما ولكن جعل يتقاضى المكاتب حتى قبض
منه مائة درهم أو لم يقبض غير أنه علم برجوع الشاهدين فهذا اختيار للمكاتبة ولا
يضمن الشاهدان شيئا أبدا إلا خصلة واحدة أن تكون المكاتبة أقل من القيمة فإن
هنا له أن يأخذ المكاتب بالمكاتبة ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة لأنه بعدما علم
برجوع الشاهدين كان مخيرا بين تضمين الشاهدين كما في الغاصب مع غاصب الغاصب ولكن
هذا في مقدار بدل الكتابة فأما ما زاد عليه إلى تمام القيمة فحقه فيه قبل الشاهدين
خاصة فلا يكون اختياره اتباع المكاتب ببدل الكتابة إبراء للشاهدين عن ذلك الفضل
فلهذا يرجع عليهما به ولو شهدا أنه باع عبده من رجل بألف درهم إلى سنة وقيمته
خمسمائة والمشتري يدعي ذلك والبائع يجحد فأجاز القاضي ثم رجعا فهو مخير بين أن
يتبع المشتري بالثمن وبين أن يضمن الشاهدين القيمة لأنهما أتلفا الخيار له بينه وبين ملكه
في الحال والبدل لا يصل إليه إلا بعد مضي الأجل فإن ضمن الشاهدين القيمة قاما مقامه
في الرجوع على المشتري بالثمن وتصدقا بالفضل لأنه حصل لهما بكسب خبيث ولأنه من
وجه كالمملك للثمن منهما بما استوفى منهما من القيمة وتمليك الألف بالخمسمائة يكون ربا فلشبهة
بالربا يلزمهما التصدق بالفضل وإن اختار المولى اتباع المشتري بالثمن لم يرجع

على الشاهدين بشيء ابدًا لان ذلك منه رضى بالبيع بالثمن المؤجل وكذلك لو تقايضا المشتري بعد
رجوعهما فذلك منه رضى بالثمن في ذمة المشتري فيكون مبريا لهما باختياره اتباع المشتري فلا
يتبع الشاهدين بعد ذلك ابدًا توى ماله على المشتري او خرج واذا شهد رجلان على رجل انه حلف
بعتق عبده ان في قيده عشرة ارطال وحلف الرجل بعتقه بين يدي القاضي ان لا يحل القيد ابدًا
فشهد شاهدان على المولى ان في قيده خمسة ارطال فاعتق القاضي بشهادتهما ثم اطلقه من القيد
ثم نظرا الى القيد فاذا فيه عشرة ارطال فان ابا حنيفة رحمه الله قال على الشاهدين قيمة
العبد وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر لا ضمان على الشاهدين وهو قول محمد وهو
بناء على ما تقدم من اختلافهم في نفوذ قضاء القاضي بشهادة الزور باطنا فعند ابي حنيفة لما
نفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا عتق بشهادتهما قبل ان يحل القيد وعندهما لم ينفذ قضاؤه باطنا
فانما عتق بحل القيد لا بشهادتهما والشهود في الصورة يشهدون بالشرط ولكن في المعنى
يشهدون بتنجيز العتق لان تعليق العتق بشرط موجود تنجيز ولا يقال كيف ينفذ قضاء
القاضي باطنا هنا وقد تيقنا بكذبهم بمعرفة وزن القيد فيكون هذا بمنزلة ما لو ظهر
نص بخلاف قضاء القاضي او ظهر ان الشهود عبيد او كفار وهذا لان القاضي حين قضى
بالعتق لم يكن مخاطبا بمعرفة وزن القيد حقيقة لانه لا طريق له الى ذلك ما لم يحل القيد وحل
القيد معتق للعبد وقضاؤه انما ينفذ باطنا باعتبار انه سقط عنه تعرف ما لا طريق
له الى معرفته وهذا موجود هنا ولو لم يحله وعلم انهما شهدا بباطل رد في الرق عندهما
لان قضاء القاضي لم ينفذ باطنا وكذلك لو هلك العبد واقرا انهما شهدا بزور فهو وما
سبق سواء لانهما رجعا عن شهادتهما في مجلس القاضي فذلك كمعرفة القاضي كذبهما او اقوى
منه في ايجاب الضمان عليهما فلو شهد رجلان على رجل انه اعتق عبده عام اول في اول يوم من
رمضان فاجاز القاضي شهادتهما واعتقه ثم رجعا وضمنهما القيمة او لم يضمنهما حتى
شهد شاهدان انه اعتقه عام اول في شوال فانه لا تقبل شهادة الاخرين لانه حكم بعتقه
بشهادة الاولين في اول يوم من رمضان الا ترى ان حكمه في ذلك الوقت في جزاء جناياته
وحدوده وغير ذلك حكم الاحرار فالفريق الثاني انما شهدوا باعتاق من هو محكوم بحريته
وذلك لغو وعلى الاولين ضمان القيمة يوم اعتقه القاضي لانهما بالرجوع اقرا انهما
اتلفا عليه ماليته حين اعتقه القاضي بشهادتهما بالزور واقرارهما حجة عليهما فيضمنا
قيمته في ذلك الوقت وكذلك لو شهدا على عبد ان مولاه اقر به حين ولد انه ابن لهذا الرجل
وانكر المولى وشهدا يوم شهدوا والعبد رجل شاب فقضى به القاضي ثم رجعا ضمنا
قيمته يوم قضى القاضي لانهما اتلفا عليه ما لبثه فيه يومئذ ولو شهدا عليه انه اعتق عبده
عام اول في رمضان فقضى القاضي به ثم رجعا ثم شهد اخران انه اعتقه اول يوم من
رمضان اول من عام اول فان شهادة الاخرين مقبولة ولا ضمان على الاولين وهذا
قول ابي يوسف ومحمد فاما عند ابي حنيفة رحمه الله انه لا تقبل شهادة الفريق الثاني لان
من اصله ان الشهادة على اعتاق العبد لا تقبل من غير دعوى ولا مدعي لما شهد به الفريق
الثاني لان العبد محكوم بحريته فلا يملكه ان يدعي بشهادتهما والفريق الاول لا يصح منهم
الدعوى لان كلامهم متناقض وعند ابي يوسف ومحمد الشهادة على عتق العبد مقبولة من
غير دعوى فيثبت بشهادة الفريق الثاني عتقه في وقت سابق على الذي شهد به الفريق
الاول ويتبين انهما شهدا بانه اعتق حرا فالضمان عنهما لذلك بخلاف ما اذا كانت
شهادة الفريق الثاني بالعتق بعد وقت العتق الاول حين قالوا اذا كان هناك من يدعي

حريته

290

حريته في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الاول بان كان يدعي عليه حدا او قصاصا
في طرف فان شهادة الفريق الثاني مقبولة ويسقط به الضمان عن الفريق الاول لوجود
المدعي لما شهد به الفريق الثاني ولو شهدوا عليه انه طلق امرأته عام اول في رمضان قبل
ان يدخل بها فقضى به القاضي والزمه نصف المهر ثم رجعا فضمنهما القاضي نصف المهر
ثم شهد شاهدان انه طلقها عام اول في رمضان قبل ان يدخل بها لم يقبل ذلك ولم ينتفع
به الاولان لانها صارت مطلقة بقضاء القاضي في وقت سابق على الوقت الذي شهد به
الفريق الثاني وانما شهد به الفريق الثاني بطلاق من اجنبية عنه في الحكم فكان
ذلك لغوا ولو اقر الزوج بذلك عند القاضي لم يكن على الشاهدين ضمان ورد عليهما
ما كان ضمنا له وكذلك اقرار المولى في العتق لان المولى باقراره يزعم ان تلف المالية
عليه وتقرر نصف الصداق كان بمباشرته الطلاق والعتاق لا بشهادتهما ومباشرة
ذلك رضى منه ضرورة واقراره حجة عليه فتبين به ان الشهود ما اتلفوا عليه شيئا حين
قضى القاضي بشهادتهم بخلاف البينة فانها لا تكون حجة الا بقضاء القاضي والقاضي
لا يقضي الا بشهادة الفريق الثاني بعد ما قضى بالطلاق والعتاق في وقت متقدم بشهادة
الفريق الاول ولو شهد الفريق الثاني بالطلاق في وقت متقدم على الوقت الذي شهد به
الفريق الاول قبلت الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى
ويتبين بهذه الشهادة ان الفريق الاول ما اكدا عليه شيئا من الصداق بشهادتهما فيسقط
الضمان عنهما ولو شهدا عليه بعتق عبده انه لا يدخل هذه الدار وانكر المولى ذلك ثم دخل
العبد الدار فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته لانهما اثبتا
سبب اتلاف المالية بشهادتهما وهو اليمين فعند وجود الشرط انما يعتق العبد باليمين
لا بوجود الشرط ولو ادعى العبد ان مولاه كاتبه على الف درهم وهي قيمته وقال المولى
كاتبته على الفين واقام البينة فقضى القاضي بذلك على المكاتب فاداها ثم رجعا
ضمن القاضي بعضهما الف درهم للمكاتب لانه لولا شهادتهما لكان القول قول المكاتب لانه ينكر
الزيادة فما زاد على الالف لانه لزمه بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع ولو كان
المكاتب لم يدع المكاتبة وقال مولاه كاتبته على الفين فجحد المكاتب ذلك واقام المولى
بينة فانه لا تقبل بينته على ذلك لان البينة انما تقبل اذا كانت ملزمة وهذه بينة لا تلزم
العبد شيئا فانه يتمكن من ان يعجز نفسه لتنفسخ الكتابة فلا معنى لقبول البينة من المولى
على ذلك ولكن يقال للمكاتب ان شئت فامض على الكتابة وان شئت فدعها وكن رقيقا
بخلاف الاول فهناك يدعي العبد الكتابة فعند دعواه الكتابة انما يلزمه مقدار الالفين
بشهادتهما فلهذا اوجب قبول شهادتهما فان كان المكاتب يدعي انه حر فجاء المولى بشاهدين
فشهدا انه كاتبه على الفين فقضى عليه بذلك وادى المال ثم رجعا ضمنا الالفين
للمكاتب وان كانت قيمته اكثر من ذلك لانهما الزماه الالفين بشهادتهما فانه لولا
شهادتهما لكان القول قول من يدعي انه حر وقد اقرا بالرجوع انهما الزماه الالفين
بغير حق بشهادتهما فيضمنان له ذلك ولو شهد شاهدان على رجل انه عبد لهذا الرجل
فقضى القاضي به ثم اعتقه على مال ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا للمشهود عليه شيئا
لانهما ما الزماه مالا بالشهادة انما ابطلا حريته والزماه الرق بشهادتهما وذلك
ليس بمال وقد بينا ان ما ليس بمال لا يضمن بالمال بالشهادة الباطلة ثم العبد
التزم المال باختياره حين قبل العتق بجعل وذلك لا يوجب الضمان على الشهود بخلاف

فقد انهاه المال هناك يوضحه انهما لو ضمنا انما يضمنان باعتبار قضاء القاضي بوقه فذلك
الضمان يكون للمولى لانه محكوم بانه عبده فماله يكون لمولاه وهو مصدق لهما في الرجوع
ولو شهدا على رجل انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف درهم فاعتقه القاضي ثم رجعا
فالمشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الالف ثم يرجعان على العبد بخمسمائة وايهما
اختار ضمانه لم يكن له ان يرجع على الاخر بعد ذلك بشيء ابدا بمنزلة الغاصب مع غاصب
الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما

باب الرجوع عن الشهادة والولاء والمواريث

واذا ادعى رجل انه ابن رجل والاب يجحد فاقام البينة انه ابنه ولد على فراشه فقضى
بذلك ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم لانهم لم يشهدوا عليه بمال انما الزموه النسب
بشهادتهم والنسب ليس بمال فلا يدرى ايهما يموت قبل الاخر فيرثه الاخر وكذلك لو اقام
شاهدين ان هذا مولاه اعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه انا حر الاصل ثم رجعوا
بعد القضاء بشهادتهم لم يضمنوا شيئا لانهم الزموه الولاء بشهادتهم والولاء كالنسب
ليس بمال ولو مات فورثه ثم رجعوا عن شهادتهم لم يضمنوا شيئا ايضا لان شهادتهم
بالنسب والولاء كانت في حال الحيوة وذلك لا يكون شهادة بالميراث وهذا لان استحقاق
الميراث بالنسب والموت جميعا فكان حكما متعلقا بعلة ذات وصفين فانما يحال
به على اخر الوصفين وجودا لان العلة تتم به وثبوت الحكم باعتبار كمال العلة وهذا
بخلاف ما اذا شهد واحد ثم اخر فقضى القاضي به ثم رجعا فانهما يضمنان ولا يحال
بالاتلاف على شهادة الثاني لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء لان القضاء
وانما يقضي القاضي بشهادتهما جميعا فهو كما لو شهدا على رجل انه ابن هذا القتيل لا وارث
له غيره والقاتل يقر انه قتله عمدا فقضى القاضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا
عن شهادتهم فلا ضمان عليهم في القصاص لان القصاص ليس بمال فلا يضمنونه للورثة
المعروفين وان اتلفوه بشهادتهم عليهم كما لو شهدوا بالعفو عن القصاص على المولى ولكن
يضمنون كل مال ورثه هذا الابن من القتيل لورثته المعروفين لانهم شهدوا بالنسب
بعد الموت فكان المشهود حتما عليه استحقاق الميراث فانما يحال باستحقاق الميراث على
شهادتهم وقد اقروا بالرجوع انهم اتلفوه على الورثة المعروفين بغير حق ولو رجعوا شهود العفو
قبل ان يقضي القاضي بها كان القصاص واجبا على حاله لان الشهادة لا توجب شيئا ما لم
يقض القاضي بها ولا يتمكن القاضي من القضاء بها بعد ما رجعوا ولو شهدوا لرجل مسلم
كان ابوه كافرا ان اباه مات مسلما وللميت ابن كافر فقضى القاضي بمال ابيه للمسلم
ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للكافر لانه لولا شهادتهم لكان القول قول الابن
الكافر والميراث كله له لانه عرف كفر ابيه في الاصل فانما صار الميراث كله مستحقا
للابن المسلم بشهادتهم فعند الرجوع يضمنان ذلك ولو اسلم كافر ثم مات وله ابنان مسلمان
كل واحد منهما يدعي انه اسلم قبل موت ابيه واقام كل واحد منهما شاهدين فورثهما القاضي
ثم رجع شهود احدهما ضمنوا جميع ما ورثه الاخر لان الاخر ببينته اثبت استحقاق جميع
الميراث لنفسه لولا شهادتهما فالمشهود له انما اخذ نصف ذلك بشهادتهما وقد اقرا
بالرجوع انهما شهدا بغير حق وكذلك ان مات رجل عن اخ معروف فادعى اخر انه
ابنه وشهد له بها شاهدان وحكم له بالميراث ثم رجعا ضمنا ذلك للاخ لان الاخ

كان

كان مستحقا لجميع الميراث لولا شهادتهما فانما تسبب للاخر وقد اقرا بالرجوع انهما اتلفا ذلك عليه
بغير حق ولو كان صبي في يدي رجل لا يعرف انه عبد او حر فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه
فاثبت القاضي نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له بميراثه ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانهما
شهدا بالنسب في حيوته واستحقاق الميراث انما يحال به على اخر الوصفين وجودا وهو الموت
دون ما شهدا به وكذلك لو شهدا لامراة بالنكاح على مهر مثلها فقضى به ثم مات الرجل فورثت
منه ثم رجعا فلا ضمان عليهما فلو كانت الشهادة بعد الموت جميع ما اخذته المراة لان اخر الوصفين
ما شهد به الشهود هنا ولو شهد اخران انه اعتق هذه الامة ثم تزوجها على الف درهم وهو يجحد
ذلك فقضى القاضي بجميع ذلك ثم مات الرجل عن بنين سوى الصبي فقضى القاضي للمراة بالمهر
وقسم المال بينهم على الميراث ثم رجع الشهود عن شهادتهم فان شهود الابن يضمنون قيمة الابن
للورثة الا نصيب الابن منها لانهم اتلفوا ملكه في العبد بشهادتهم فانه لولا شهادتهم لكان القول
ان الصغير عبده فانه لا يعبر عن نفسه وقد اقرا عند الرجوع انهما اتلفا عليه ذلك بغير حق فيضمنان
قيمته للمولى في حيوته وبعد ذلك ميراثا عنه لورثته الا انه يطرح عنهما حصة الابن المشهود له لانه
يكذبهما في الرجوع ويزعم انهما كانا صادقين في الشهادة بنسبه وانه لا ضمان عليهما
وزعمه معتبر في نصيبه ويضمن شهود الامة قيمة الامة الا ميراث الامة منها لهذا المعنى
لا يضمنون غير ذلك الا ان يكون المهر اكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل لاقرارهم انهم الزموه
ذلك الفضل بغير عوض ولكن يطرح من ذلك حصتها منه ميراثها لانها تكذبهم في الرجوع
وتصدقهم في الشهادة فيعتبر زعمها في حصتها ولا ضمان على احد من الشهود فيما اخذ
المشهود له من الميراث لما بينا انهم شهدوا بالنسب والنكاح في حالة الحيوة واذا مات الرجل
فادعى رجل انه اوصى له بالثلث من كل شيء واقام شاهدين فقضى له ثم رجعا عن شهادتهما
ضمنا الثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما وكذلك لو شهدا انه اوصى له بالثلث
في حيوة الميت ولم يختصموا في ذلك حتى مات وفي هذا النوع اشكال فالوصية اخت الميراث
وقد بينا انهم لو شهدوا بالنسب في حالة الحياة لم يضمنوا شيئا بعد الموت فاذا شهدوا
بالوصية ضمنوا الا ان استحقاق الوصية بعد الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له
ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافة على معنى انه يبقى للوارث من الملك
ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا تتحقق الا بالموت يوضح الفرق ان الشهادة
بالنسب في حالة الحيوة وان كانت توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة
لجواز ان يموت المشهود له اولا فيرثه المشهود عليه فلهذا لا يجب الضمان على الشهود
ولا يتحقق مثل هذه المعاوضة في الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة
الشهادة على النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان عليهما اذا رجعا ولو شهدا بعد
موته انه اوصى بهذه الجارية لهذا المدعي وهي تخرج من ثلثه فقضى له بها
فاستولدها ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمتها يوم قضي بها ولم يضمنا العقر ولا
قيمة الولد لانهما اتلفا ملك الرقبة على الورثة بشهادتهما بالملك للموصى له فيضمنان
قيمة الرقبة لذلك بمنزلة ما لو شهدا بالهبة والتسليم في حيوة صاحبها وكذلك لو ولدت
من غيره لم يضمنا للورثة شيئا من قيمة الولد لانهم ما استحقوا الولد فالاستحقاق
لا يثبت الا بعد الوجود وعند وجود الولد هي مملوكة للموصى له بحكم الحاكم دون الورثة
وان كانت ميتة فالقول في قيمتها قول الشاهدين لانكارهما الزيادة وان كانت حية
فقال الشاهدان قد ازدادت قيمتها لم يصدقا على ذلك وضمنا قيمتها اليوم الا ان

بقيمة البينة على ما قالا لان قيمته في الحال دليل ظاهر على قيمته فيما مضى والبنا على الظاهر
واجب وعلى من يدعي خلاف الظاهر اقامة البينة فان اقاما البينة اخذ بذلك الا ان
يقيم الورثة البينة على ان قيمته يوم شهدا اكثر مما قال شهودهما فيوخذ ببينة الورثة لما فيها
من اثبات الشهادة ولو شهدا ان الميت اوصى الى هذا في تركته فقضى القاضي بذلك ثم رجعا
لم يضمنا شيا لانهما ما اتلفا على الميت ولا على الورثة شيا بشهادتهما انما نصبا من يحفظ المال
عليهم ويقوم بالتصرف فيه لهم وذلك غير موجب اتلاف شي عليهم فان استهلك الوصي المال
فهو ضامن لانه كان امانة في يده ولا ضمان على الشاهدين لانهما لم يشهدا على استحقاق
المال بعينه وانما تلف المال باستهلاك الوصي باختياره فيكون ضمانه عليه

باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

واذا شهد شاهدان على شهادة اربع وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقضى به ثم رجعوا
فعلى الشاهدين الذين شهدا على شهادة الاربع الثلثان وعلى الشاهدين الاخرين الثلث
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد الضمان على الفريقين نصفين لان شهادة
كل فريق على شهادة غيره في حكم الضمان عند الرجوع بمنزلة شهادته على شهادة نفسه
او على شهادة غيره وسوا شهد على شهادة شاهدين او على شهادة اربعة فلما استويا في علة
الاتلاف استويا في الضمان عند الرجوع وهذا لان شهادة الاثنين على شهادة الاربعة
اضعف من شهادتهما على الحق بعينه لانهما في الشهادة على الحق بعينه يشهدان على معاينة
وفي الشهادة على شهادة الاربعة يشهدان عن خبر ثم لو شهدا على الحق بعينه وشهد
اخران كذلك ثم رجعوا كان الضمان على الفريقين نصفين كذا هنا وابو حنيفة وابو
يوسف قالا اللذان شهدا على شهادة الاربعة في الصورة اثنان وفي المعنى اربعة لان
القضا يكون بشهادة الاصول لا بشهادة الفروع ولهذا يعتبر عدالة الاصول وهذا
لان الفروع ينقلون شهادة الاصول الى مجلس القاضي فكان الشهود حضروا بانفسهم
وشهدوا واذا ثبت هذا كان بمنزلة ما لو شهد اربعة على الحق واثنان على الحق ثم رجعوا
بعد القضا فيكون الضمان عليهم اسداسا ثم ما يجب على الاربعة لو حضروا وشهدوا
يقضى به على من اثبت شهادتهم في مجلس القاضي بنقل شهادته وهما اللذان شهدا على
شهادة الاربعة فان الا ترى ان الاربعة لو شهدوا على شهادة اثنين ثم رجعوا بعد القضا
ان نصف الضمان على الاربعة ونصفه على الاثنين وما كان ذلك الا باعتبار عدد الاصول
دون الفروع وكذلك في الفصل الاول الا ان محمدا رحمه الله يفرق بينهما ويقول شهادة
الاربعة على شهادة المثنى اضعف من شهادتهم على الحق بعينه فلهذا لا يجب عليهم ما يلزمهم
ان لو شهدوا على الحق بعينه وفي الاول كذلك نقول شهادة الاثنين على شهادة الاربعة
اضعف من شهادتهما على الحق فلا يجوز ان يلزمهما اكثر مما يلزمهما لو شهدا على الحق بعينه
فانما انظر في الوجهين الى الاقل مما يلزم الشهود بشهادتهم وشهادة من شهدوا على
شهادته فالزمهم الاقل من ذلك وهذا نوع استحسان جيد والقياس ما ذهب
اليه ابو حنيفة وابو يوسف واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين فقضى القاضي
بذلك ثم رجع واحد من هولا وواحد من هولا فعلى الراجعين ربع المال لان ببقا
احد الشاهدين من احد الفريقين يبقى نصف المال فانه مع صاحبه كان حجة
تامة في جميع المال فيبقى ببقائه نصف المال وكذلك ببقا الواحد من الفريق

الاخر

الاخر يبقى نصف المال الا ان هذا النصف شايع نصفه مما هو باق في شهادة الواحد
ومن الفريق الاول فانما يعتبر بقا نصف هذا النصف ببقا ايه على الشهادة وانما انعدمت
الحجة في ربع المال فيضمن الراجعان ذلك وفي بعض النسخ فعلى كل واحد من الراجعين
ربع المال ووجهه انهم لو رجعوا جميعا ضمن كل واحد منهم ربع المال ويبقى المستمسك هنا
على الشهادة لم يبق الحجة لجميع المال فيجب على الراجعين ما يلزمهما لو رجعوا وذلك نصف
المال وقيل هذا قول ابي يوسف فاما عند محمد رحمه الله على الراجعين عشا ثمن نصف
على ما ذكره في الجامع وهو مسألة الجامع الصغير معروفة بنا على اعتبار حال من بقي
على الشهادة في القوة والضعف فقد ذكر هنا كمسألة من الرجوع لا كمال الحجة فيه وجه واحد
واوجب على الراجعين ثمني المال ثم قال ليس في هذه المسألة لاكمال الحجة وجهان ان يشهدوا
على شهادة شاهدين او يشهد واحد على شهادة الاخرين فكان حال من بقي على الشهادة في هذا الفصل
دون حاله في الوجه الثاني وفوق حاله في الوجه الاول فباعتبار ذلك اوجب على الراجعين
ثمنين ونصف وقد بينا ذلك فيما املينا من شرح الجامع واذا شهد شاهدان على
شهادة شاهدين فقضى به القاضي ثم ان الشاهدين الاولين اتيا القاضي فقالا لم
نشهدهم على شهادتنا فقضى القاضي ماض على حاله لان انكارهما الاشهاد خبر محتمل
بين الكذب والصدق فلا يبطل قضا القاضي كما لو شهدا به بانفسهما وقضى القاضي
ثم رجعا ولكن لا ضمان عليهما لانهما ينكران سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما
ولو قالا لكنا اشهدناهم على شهادتنا ولكنا رجعنا عن ذلك فكذلك الجواب عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد هما ضامنان للمال لان الفرعين قاما مقامهما في نقل شهادتهما
الى مجلس القاضي فانما القضا حصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فكانهما
حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان وهما قالا الموجود منهما شهادة
في غير مجلس القضا فانما القضا حصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فكانهما
حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان وهما قالا الموجود منهما شهادة
في غير مجلس القضا والشهادة في غير مجلس القضا لا تكون سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما
الضمان وان رجعا عن ذلك لان الشهادة تختص بمجلس القضا كالرجوع وقد بينا ان
الرجوع في غير مجلس القضا لا يوجب الضمان على الشهود فكذلك الشهادة في غير مجلس
القضا ولا نقول ان الفروع نايبون عن الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم
بعد الاشهاد لو منعوهم عن ادا الشهادة كان عليهم الادا اذا طالب المدعي ولو كانوا
نايبين عن الاصول لما كان لهم ذلك اذا منعهم الاصول عن الادا ولكنهم يشهدون على
ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق بعينه ما كانوا
نايبين فيه عن احد فكذلك اذا شهدوا على شهادة الاصول ولو رجع الاصول والفروع
جميعا فالضمان على الفروع خاصة في قول ابي حنيفة وابي يوسف لما بينا ان سبب الاتلاف
الشهادة القايمة في مجلس القضا وانما وجد ذلك من الفروع دون الاصول فالضمان
عليهم عند الرجوع وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الفروع وان شا ضمن الاصول
لان كل واحد من الفريقين لو رجع وحده كان ضامنا للمال المقضى به عند محمد فاذا
رجع الفريقان يجعل في حق كل فريق كانه هو المنفرد بالرجوع ويتخير المشهود
عليه لانه لا مجانسة بين شهادة الفريقين فقد كانت شهادة الاصول على اصل
الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم

شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعا بل يجعل كل فريق كالمنفرد والمشهود عليه
بالخيار يضمن اي الفريقين شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه ان يضمن ايهما شاء

باب الرجوع عن الشهادة في الحدود وغيرها

واذا شهد شاهدان على رجل بسرقة الف درهم بعينها فقطعت يده ثم رجعا ضمنا الالف
في مالهما ولا قصاص عليهما عندنا لان الموجود منهما تسبيب والقصاص يعتمد المساواة
ولا مساواة بين المباشرة والتسبيب ولان اليدين لا يقطعان بيد واحدة هكذا ذكره
ابراهيم رحمه الله عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع يدان بيد واحدة فاذا امتنع وجوب
القود عليهما ضمنا دية اليد في مالهما لان رجوعهما عن الشهادة قول وهو ليس بحجة في حق
العاقلة وضمنا الالف ايضا لانهما اتلفاه على المشهود عليه وكذلك كل قصاص في نفس
او دونها والشافعي يوجب القود على الشهود عند الرجوع والمسألة في الديات ولو شهد
اربعة على رجل بالزنا ولم يحصن فجلده الامام وجرحته السياط ثم رجعوا عن الشهادة
فعند ابي حنيفة رحمه الله ليس عليهم ارش الجراحة خلافا لهما وقد بيناها في الحدود ولو لم
يجرحه السياط فلا خلاف فلا ضمان عليهم بالاتفاق كما لو باشروا ضربا غير مؤثر وعلى
هذا حد القذف وحد الخمر والتعزير ولو شهد رجلان على رجل انه اعتق عبده وشهد
اربعة عليه بالزنا والاحصان فاجاز القاضي شهادتهم واعتقه ورجمه ثم رجعوا
فعلى شهود العتق قيمة العبد لمولاه لانهم اتلفوا مالية المولى فيه بشهادتهم بالعتق وعلى
شهود الزنا الدية لمولاه ايضا ان لم يكن له وارث غيره لانهم اتلفوا مالية المولى بالشهادة
عليه بالزنا والاحصان بغير حق فان قيل المولى كان جاحدا للعتق فكيف يضمنون الشهود
الدية قلنا لان القاضي حكم بعتقه وزعم المولى بخلاف ما قضى القاضي بعد قضائه
غير معتبر فان قيل كيف يحسب للمولى به لان عن نفس واحدة قلنا وجوب القيمة على شهود
العتق لاتلاف المالية ووجوب الدية باعتبار العصوبة ثم الدية لا تجب ولكن للمقتول
حتى ينفذ منه وصاياه وتقضى ديونه الا ترى انه لو كان له ابن حر كانت الدية له دون
مولاه ارايت لو شهدوا انه ابنه وشهد اخران بالزنا والاحصان ثم رجعوا اما كان
على شهود النسب القيمة وعلى شهود الزنا الدية وكذلك لو كان شاهدا العتق بعض
شهود الزنا فعليهما مع القيمة حصتهما من الدية لان المشهود به مختلف واتحاد الشهود
في ذلك واختلافهم سواء وكذلك لو كان شهود العتق رجلا وامراتين لان العتق ليس بسبب
للحد وهو مما يثبت مع الشبهات فشهادة رجل وامراتين كشهادة رجلين ولو شهد
اربعة على العتق والزنا والاحصان فامضى القاضي ذلك كله ثم رجعوا عن العتق
ضمنوا القيمة لاقرارهم بالرجوع انهم اتلفوا مالية المولى فيه بغير حق ولا شيء عليهم من
الدية لانهم مصرون على الشهادة عليه بالزنا وفي حق العتق هم بمنزلة شهود الاحصان
ورجوع شهود الاحصان لا يوجب الضمان عليهم عندنا ولو رجع اثنان عن الزنا
واثنان اخران عن العتق لانه قد بقي على العتق حجة كاملة وعلى اللذين رجعا عن
الزنا نصف الدية لان الباقي على الشهادة في حكم الرجم نصف الحجة فيجب على الراجعين
نصف الدية وحد القذف ولو شهد اربعة على رجل بالزنا والاحصان فقضى القاضي
بذلك وامر برجمه ثم رجعوا عن الشهادة وجرحته الحجارة وهو حي فان القاضي يدرأ
عنه الرجم بمنزلة ما لو رجعوا قبل ان يأخذوا في رجمه وهذا لان الامضاء ولا يمكن

اسقاط

اسقاط الحد الا بجهة فاية ولم يبق الجز بعد رجوعهم وهم ضامنون ارش جراحتهم لان
ذلك مما استحق بشهادتهم فضمانه عليهم عند الرجوع ولو شهدا انه صالحه من دم عمد
على الف درهم ثم رجعا لم يضمنا شيئا انه ان كان المنكر للصلح هو الولي فقد شهدا
عليه بسقوط حقه بعوض وقد بينا انهما لو شهدا عليه بالعفو بغير عوض ثم رجعا
لم يضمنا فهذا اولى وان كان المنكر هو القاتل فقد شهدا له بنفسه وما الزماه من
العوض دون بدل نفسه وقد بينا تقوم النفس في حقه ولهذا لو صالح في مرضه على
قدر الدية او دونه اعتبر من جميع المال فلا يضمنان له شيئا في ذلك ولو شهدا انه
صالحه على عشرين الفا والقاتل يجحد ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الفضل على الدية
لانهما الزماه ما زاد على الدية بغير عوض وكذلك هذا فيما دون النفس ان شهدا
على الصلح على مقدار الارش او دونه لم يضمنا عند الرجوع شيئا وان شهدا على الصلح
على اكثر من الارش ضمنا الفضل للخارج واذا كان جاحدا كذلك ولو قال الطالب صالحتك
على الف درهم فقضي له بها ثم رجع شهوده ضمنوا الخمسمائة التي وجب بشهادتهم لانه لولا
شهادتهم لكان القول قول المنكر فانما لزمه تلك الزيادة بشهادتهم واذا شهد شاهدان
على رجل انه عفا عن دم خطا او جراحة خطا او عمد فيها ارش فقضى بذلك ثم رجعا
ضمنا الدية وارش تلك الجراحة لانهما اتلفا على المشهود عليه المال بشهادتهما فالحط
موجب للضمان فيضمنان ذلك عند الرجوع ولكن بالصفة التي كانت واجبة وقد كانت
الدية واجبة مؤجلة في ثلث سنين فيجب عليهما ضمانها في ثلث سنين ايضا وما بلغ
من ارش الجراحة خمسمائة فصاعدا الى ثلث الدية في سنة وما زاد على ذلك الى الثلثين
ففي سنة اخرى وان كان الارش اقل من خمسمائة ضمناه حالا لانهما كذلك اتلفاه بشهادتهما
على المشهود عليه الا ترى انهما يضمنان الجيد بمثله والردي بمثله وهذا لان وجوب
الضمان عليهما بطريق الجبران وانما يتحقق ذلك اذا كان الضمان بصفة الفائت واذا
شهد شاهدان على عبد في يدي رجل انه لفلان فقضى القاضي له به والذي
في يده العبد يجحد ذلك ثم رجعا وضمنهما القاضي القيمة فاديا ها او لم يؤدياها
حتى وهب المشهود له العبد من المشهود عليه وقبضه فان الشاهدين يبرآن من الضمان
ويرجعان فيما اديا لان وجوب الضمان عليهما لاجل الجبران وقد انعدمت الحاجة الى
ذلك برجوع العبد الى يد المولى من غير عوض وهو يزعم ان العبد سلم له بملكه
القديم لا بالهبة التي باشرها المشهود له فزعمه معتبر في حقه فان رجع الواهب في العبد
وقبضه رجع المشهود عليه بالضمان على الشاهدين لان عود ملكه ويده كان بسبب
شهادتهما لولا ذلك لما تمكن المشهود له من استرداد العبد منه ولان الهبة لما انفسخت
بالرجوع صارت كان لم يكن وان مات المشهود له فورث المشهود عليه منه العبد رجع
رجع عليه الشاهدان بما اعطاه من القيمة لانه يزعم ان وصول العبد الى يده بقديم
ملكه لا بالميراث وكذلك لو كان العبد اليه بعود عينه وكذلك لو ورث مثلها من
تركته لان في زعمه ان القيمة دين له على المشهود له وان استوفى في تركته بحسابه الدين
دون الميراث وكذلك ان كان معه وارث اخر وفي حصته من تركته وفاء بالقيمة
ففي حصته يجعل ذلك سالما له بجهة دينه كما يزعم وينعدم النقصان بسببه
فلا يجب ضمانه على المشهود بطريق الجبران ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج هذه
المراة على الف درهم وهي مهر مثلها والزوج يجحد فقضى القاضي بذلك ثم طلقها

عند القاضي ثم رجعا فلا شيء عليهما لانهما ادخلا في ملكه ما هو مثل ما ازالاه فالبضع
عند دخوله في ملك الزوج متقوم ثم تقرر نصف الصداق على الزوج كان بايقاعه
الطلاق باختياره ولو كان الزوج قال تزوجتها بغير تسمية مهر كان على الشاهدين
ما بين المتعة الى الخمسمائة التي غرمها الزوج لان النكاح قد ثبت هنا بتصادقهما عليه
والقول قول المنكر للتسمية لولا شهادتهما وكان لا يلزمه اكثر من المتعة عند الطلاق فما زاد
على المتعة الى تمام الخمسمائة انما لزمه بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع ولو كان شهد
آخران على الدخول قبل الطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول خمسمائة خاصة لان تلك
الخمسمائة انما لزمه بعد الطلاق بشهادتهما عليه بالدخول وعليهما وعلى الشاهدين بالالف
فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفين لانهما شهدا بالسبب في حالة الحياة وذلك لا يلزمهما
ضمان الميراث وان رجعا بعد الموت ولا يرجع واحد منهما في ميراث ما شهدا له بما ضمنه لاخيه
لما بينا ان ذلك يزعمه دين على اخيه دون ابيه فالاخ هو المستوفي لذلك منهما ولو كانت الشهادة
منهم بعد موت الوالد عن اخ لاب وام لا وارث له غيره فقضى بشهادتهم ثم رجعوا غرم كل
شاهدين للولد الذي لم يشهدا له قيمة الولد الذي شهدا له وقيمة امه غير ولده وجميع ما
ورث لانه لولا شهادتهما لكان ذلك كله كان مستحقا للابن الآخر فهما اتلفا ذلك كله عليه
بشهادتهما فيضمنان ذلك عند الرجوع ولم يضمنوا للاخ شيئا لان ما اتلفه كل فريق على الاخ
مستحق عليه بشهادة الفريق الآخر وكل فريق في حق الفريق الآخر كانهم ثابتون على الشهادة
لان رجوع كل فريق انما يصح في حقه ولا يصح في حق الفريق الآخر كما لا يصح في حق المشهود
له وكذلك في جميع هذه الوجوه لو كان الشهود بذلك شاهدان شهد ابوه حمله والولدان
صغيران فقضى القاضي بذلك ثم كبر الولدان فصدق كل واحد منهما الشاهدين فيما شهدا
له به خاصة وكذبه فيما شهدا به لاخيه ثم رجعوا فهذا والاول سواء في حكم الضمان
لان كل واحد منهما مصدق للشاهدين في رجوعهما فيما اقرا به له من ضمان قيمة الآخر
وقيمة امه وجميع ما اخذ من الميراث ولو كانا كبيرين فشهد شاهدان على المولى انه سمعا
يقول في كلمة واحدة وهذان ابناي من هاتين الجاريتين وادعى ذلك الغلامان فقضى
به القاضي ثم رجعا ضمنا للوالد قيمة الولدين ونقصان قيمة الامتين فاذا اخذ ذلك
منهما ثم مات الوالد ولا وارث له غيرهما اخذا من تركته جميع ما ضمناه له لانهما يقران
بان الاب استوفى ذلك منهما بغير حق وان ذلك دين لهما في تركته ولم يضمنا للولدين
شيئا لانهما يصدقان الشاهدين في الشهادة ويكذبانهما في الرجوع ولو رجعا بعد موته
لم يضمنا شيئا لهذا المعنى وهذا لان كل واحد منهما مصدق لهما فيما شهدا له وانما
شهدا بدعوى النسب في كلمة واحدة فتصديق كل واحد منهما اياهما في البعض يكون تصديقا
في الكل ولو شهدا بعد موته عن اخ هو وارثه ضمنا للاخ قيمة الولدين والامتين والميراث
كله لان جميع ذلك كان مستحقا للاخ فانما استحق عليه بشهادتهما وقد اقرا بالرجوع
انهما شهدا بغير حق فكانا ضامنين جميع ذلك واذا شهد شاهدان على رجل بطلاق وهو
يجحد فقضى القاضي بالفرقة وبنصف المهر لها ثم مات الرجل ثم رجعا عن شهادتهما غرما
لورثة الزوج نصف المهر الذي اخذته المراة لانهما لو رجعا في حياة الزوج كانا ضامنين
لذلك له وورثته بعد موته يخلفونه فيضمنون ذلك للورثة اذا رجعوا بعد الموت ايضا
ولا ميراث للمراة منه اذ كانت ادعت الطلاق او لم تدع ان اقر الورثة انه طلقها او لم يطلقها
لانها قد بانت في حياته وانما تستحق الميراث بالنكاح اذا انتهى بالوفاة فاذا بانت في

حياته

حياته وصحته بقضاء القاضي لم تكن هي وارثة له فلا ينفعها قول الورثة والشهود ما
اتلفوا عليها شيئا من الميراث لانهم شهدوا بالفرقة في حياة الزوج ولم تكن هي مستحقة للميراث
عند ذلك لجواز ان يموت قبله ولو كانا شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة
فقضى القاضي لها بنصف المهر في ماله ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا للمراة نصف المهر
والميراث لان حقها في جميع المهر قد تقرر بموت الزوج واستحقت الميراث ايضا فانما
بطل حقها عن نصف المهر وعن الميراث بشهادتهما بالفرقة في حالة الحياة فيضمنان
ذلك لها عند الرجوع فلا يضمنان لسائر الورثة شيئا لانهما لم يتلفا على سائر الورثة شيئا
فقد تقرر حقها في جميع المهر بموت الزوج قبل ظهور الفرقة ثم بقيا الفرقة باسقاط
نصف مهرها وميراثها عنهم فلهذا لا يضمنان للورثة شيئا قال رحمه الله انتهى الشرح
الى آخر كتاب الرجوع عن الشهادات بالآثار المشهورة والمعاني المتوازنات بإملاء
المتكلم بالزجر عن المنكرات المبتلى لاجله المحصور كالمسجون المنتظر
للفرج من خالق المدبرات المصلي على سيد البشر ولي الحسنات وعلى اصحابه
افضل الصلوات

كتاب الدعوى

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي
سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان الله تعالى خلق الخلق اطوارا على همم شتى
متباينة فالسبيل في الخصومات قطعها لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا
يحب الفساد وطريق فصل الخصومات للقضاء ما ذكره رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهذا وان كان من اخبار الآحاد
فقد تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به فصار في حد التواتر وعد هذا من جوامع
الكلم واختصر اختصارا فقد تكلم بكلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منها ما يبلغ
دفاتر فقال قتادة في تفسير قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب الحكمة
النبوة وفصل الخطاب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه فهذا دليل على
ان ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان في شريعة من قبله وفي هذا الحديث
بيان ان المدعي غير المدعى عليه لانه عليه السلام ميز بينهما وذلك تنصيص على المغايرة
كما في قوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر يكون تنصيصا على ان العاهر
غير صاحب الفراش والمدعي لغة من يقصد ايجاب حق على غيره فالدعوى فعل متعد
الى مفعول فيكون المدعي اسما لفاعل الدعوى كالضارب والقاتل الا ان الاطلاق
اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي
يسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا
ويقال لمسيلمة مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يدعي النبوة
لانه اثبته بالمعجزة فعرفنا ان الاطلاق الاسم المدعي لا حجة له عرفا وهذا الحديث
يشتمل على احكام بعضها يعرف عقلا وبعضها يعرف شرعا فقوله عليه السلام
البينة على المدعي يدل على انه لا يستحق بمجرد الدعوى وهذا معقول لانه خبر متمثل
بين الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة فدل على انه يستحق بالبينة وهذا
شرعي وفي خبر الشهود الاحتمال قائم ولا يزول بظهور العدالة لان العدل غير معصوم

عن الكذب والقصد إلى الكذب لحصول البينات أو الاستحقاق بها دينا شرعي
وكذلك قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه فيه دليل على أن القول قوله وهذا
معقول لأنه متمسك بالأصل فالأصل براءة ذمته وانتفاء حق الغير عما في يده وفيه دليل
توجه اليمين عليه وهذا شرعي وكان المعنى فيه والله أعلم أن المدعي يزعم أنه صار مغوتا
حقه بإنكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى إن كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة
للمدعى عليه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع وإن كان بخلاف ما زعم نال المدعى عليه
الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به وفيه دليل على أن جنس
البينات في جانب المدعين لإدخال الألف واللام في البينة فلا يبقى بينة في جانب المدعى
عليه لأن مطلق القسمة يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما من قسم صاحبه فيكون حجة
لنا في أن بينة ذي اليد على إثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضة بينة الخارج
ويدل على أن جنس الأيمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي فيكون دليلا
لنا في أنه لا ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه وهكذا ذكره عن إبراهيم رحمه الله
في الكتاب فقال كان لا يرد يعني على الحديث كان لا يرد اليمين ويكون حجة لنا في أنه
لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي إذ لا يمين في جانب المدعي ولأنه جعل
الفاصل للخصومة شيئين بينة في جانب المدعي ويمينا في جانب المدعى عليه والشاهد
واليمين ليست ببينة في جانب المدعي ويمينا في جانب المدعى عليه والشاهد واليمين ليست
ببينة فلا يمين المدعى عليه فيكون إثبات طريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث وقوله
عليه السلام البينة على المدعي عام لم يدخله خصوص فالمدعي لا يستحق بنفس الدعوى ويستحق
بالبينة في الخصومات كلها وقوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه عام دخله خصوص
وهو ما لا يجري فيه الاستحلاف من الحدود وغيرها قال وإذا كانت الدار في يدي رجل
فادعى رجل كلها أو طائفة منها فالبينة على المدعي واليمين على من الدار في يديه ويحتاج
هنا إلى معرفة أشياء أحدها أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق
بها أحكامها وهو إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر ومثل هذه
الدعوى بأحد معنيين إما أن لا يكون ملزما الخصم شيئا وإن ثبت كمن ادعى على غيره
أنه وكيله وإن يكون مجهولا في نفسه فالمجهول لا يمكن إثباته بالبينة فإن القاضي لا
يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعي ولا بنكول المدعى عليه ثم الدعوى الصحيحة لا توجب
استحقاق المدعى للمدعي بنفسها فإن النبي عليه السلام قال لو أعطي الناس بدعواهم لادعى
قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وفي رواية على من
أنكر وإن على القاضي تحسين الظن بكل أحد فلو جعلنا نفس الدعوى موجبة استحقاق
المدعى للمدعي عليه كان فيه إساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز ولكن على المدعي البينة
لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه بل على وجه
التذكر له فلعله يغفل عن ذلك وفيه نظر للآخر أيضا فإنه لو حلفه فأقام المدعي البينة
افتضح باليمين الكاذبة فلهذا أبدا يطلب البينة من المدعي فإذا لم يكن له بينة فاليمين على
ذي اليد لأنه منكر واليمين على من أنكر وهذه اليمين حق المدعي حتى لا يستوفى إلا بطلبه
هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الحضرمي والكندي للمدعي منهما ألك
بينة فقال لا فقال عليه السلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام
ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه فذلك تنصيص على أن اليمين حق المدعي فإن قيل
كيف

كيف يستحقها بنفس الدعوى قلنا كما يستحق الإحضار والجواب وذلك ثابت بالنص قال الله
تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية فقد ألحق الوعيد بمن امتنع من الحضور بعد
ما طولب به وذلك دليل أن الحضور مستحق عليه والضرر عليه والانقطاع عن أشغاله فوق
الضرر عليه في الجواب واليمين فإذا ثبت ذلك بالنص ثبت هذا بطريق الأولى مع أن دعوى المدعي
وإنكار المدعى عليه خبران قد تعارضا ولا يتمكن القاضي من تركهما على ذلك لما فيه من امتداد الخصومة
بينهما فلا بد من طلب رجحان جانب الصدق في خبر أحدهما وذلك في بينة المدعي ويمين المدعى عليه
وهذا يدل على أن في هذه اليمين حق للمدعى عليه لأن ما ترجح صدقه يكون حقا له إلا أنه لما
كان لا يستحق إلا بطلب المدعي فذلك دليل على أنه حق المدعي ومعنى حقه فيه أنه يوصله إلى حقه
عند نكول المدعى عليه وترجح معنى الصدق في جانبه فلهذا يصغي القاضي إليه بمجرد طلب المدعي
ويستوي فيما ذكرنا صنوف الأملاك وأنواع المدعين من حر أو عبد مسلم أو ذمي أو مستأمن أو مرتد
فالقاضي مأمور بالعدالة والإنصاف في حق كل أحد وكذلك إذا ادعاه سببا من ذي اليد أو
هبة أو صدقة أو إجارة أو رهنا لأنه يدعي استحقاق ملك العين أو المنفعة واليد على ذي
اليد ببعض هذه الأسباب فكان مدعيا ولا يتوصل إلى إثبات ما ادعاه إلا بإثبات سببه
فيصير السبب مقصودا بالإثبات بالبينة لأن ما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصودا
قال وأصل معرفة المدعي من المدعى عليه أن ينظر إلى المنكر منهما فهو المدعى عليه والآخر المدعي
وهذا أهم ما يحتاج إلى معرفته في هذا الكتاب وما ذكره في الكتاب كلام صحيح فإن النبي عليه
السلام جعل المدعى عليه المنكر بقوله عليه السلام واليمين على من أنكر ولكن تمام بيان الحد
يحصل بهذا فقد يكون مدعيا صورة واليمين في جانبه كالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها
وذو اليد إذا قال العين لي فهو مدعي صورة ولا يخرج به من أن يكون مدعى عليه ولكن الفرق
بينهما ما قاله بعض أصحابنا رحمهم الله أن المدعي من يستعدي على الغير بقوله وإذا ترك
الخصومة يترك والمدعى عليه من يستعدى عليه بقول الغير وإذا ترك الخصومة لا يترك وقيل
المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات ولا يصير خصما بالتكلم بالنفي فإن الخارج لو قال لذي
اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما مدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه
على النفي فيكتفي به فإن ذا اليد إذا قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله
هو لي فضل من الكلام غير محتاج إليه وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه
من يكون مستحقا عليه ما لم يثبت الغير استحقاقه فأما المودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها
فهو مقبول القول في ذلك لأن الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله وكان مدعى عليه لولا أنه
منكر الضمان في ذمته وكان مدعى عليه فعلى الوجه الأول يحلف لنفي التهمة وعلى الوجه
الأخير يحلف لإنكاره الضمان ألا ترى أن الرد لا يثبت بيمينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لا يكون الوصي
ضامنا وإن كان الذي في يديه ادعى أنه باعه من هذا الرجل أو أجره فالمدعى عليه وعليه البينة لأنه
يدعي سبب نقل الملك في العين أو المنفعة إليه واستحقاقه العوض عليه فيكون مدعيا محتاجا
إلى إثبات صدقه وعلى الآخر اليمين لإنكاره قال وإن ادعى دينا على رجل بوجه من الوجوه وأنكر
الآخر فالبينة على المدعي بدعواه أمرا عارضا وهو ذمة الغير بحقه والمدعى عليه هو المنكر
لتمسكه بالأصل وهو براءة ذمته فإن أقر بالدين وقال قد قضيته إياه كان هو المدعي لأن
القضاء يعترض على الوجوب فهو الذي يدعي الآن أمرا عارضا وكذلك إن ادعى الإبراء والتأجيل
فهو المدعي لأن الإبراء مفرغ لذمته بعد اشتغالها باتفاقهما والتأجيل يؤخر المطالبة بعد
تقرر سببه توجه المطالبة باتفاقهما فهو الذي يدعي أمرا عارضا فعليه البينة وعلى الآخر اليمين

قال دار في يدي رجلين كل واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدعٍ لما في يد صاحبه
لان في يد كل واحد منهما نصف الدار فكان نصفي الدار الواحدة بمنزلة دارين في يد كل واحد منهما
احداهما وكل واحد منهما يدعيهما فكان كل واحد منهما مدعيًا لما في يد صاحبه فعليه البينة
ومنكر الدعوى صاحبه فيما في يده فان اقاما البينة قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد
صاحبه ترجيحا لبينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق فلو لم تقم لهما بينة
يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فايهما حلف برئ منهما وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى
صاحبه لان نكوله قايم مقام اقراره لما ادعاه صاحبه فقد اشتملت هذه البينة على فصلين احدهما
ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا قامت على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول
عندنا وفي احد قولي الشافعي تتهاتر البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده لا قضا به له وفي
القول الاخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضا ملك بالبينة وطريقه على القول الاول
ان بينة الخارج حجة يجوز دفعها بالطعن فيها فيجوز دفعها بالمعارضة كالادلة الشرعية
فاذا تحقق التعارض فالقاضي تيقن بكذب احدهما لان العين الواحد في وقت الواحد لا يكون
كله ملكا لكل واحد منهما فبطلت البينتان وبقي العين بحكم يده وطريقه على القول الاخر ان ذا
اليد له نوعان من الحجة اليد والبينة وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذي حجة
واحدة كما في دعوى النكاح وما في معناه وكما لو ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض
فاقاما البينة وهذا لان بينة ذي اليد وجب قبولها الا ان لصاحبه محتاجا الى اقامة
البينة باقامة الخارج البينة بخلاف ما قبل اقامة الخارج البينة ولنا في المسئلة طريقان احدهما ان
بينة ذي اليد تقوم على ما يشهد له الظاهر به فلا يكون حجة كبينة المديون على ان لا دين عليه الا
ترى انه لو اقامها قبل اقامة الخارج البينة لم تقبل وهو محتاج اليها في اسقاط اليمين عن نفسه
والبينة تقبل لهذه الحاجة كما لو اقام المودع البينة على رد الوديعة او هلاكها وكذلك بعد
اقامة الخارج البينة وهذا لان شهود ذي اليد يشهدون له باعتبار يده القائمة ولا طريق
لمعرفة الملك الا اليد وبينة الخارج لا تندفع بعد ذي اليد وان كان القاضي يعاينها
فكذلك لا تندفع ببينته تعتمد تلك اليد بخلاف النتاج فان باعتبار اليد لا يجوز لهم
الشهادة على النتاج وانما اعتمدوا شيئا اخر ذلك غير ظاهر عند القاضي فلا بد من قبول البينة
عليه وعلى هذا مجهول الحال على حريته لان الشهود لا يجوز لهم ان يشهدوا بحريته بسبب
الدار وانما اعتمدوا شيئا اخر ذلك غير ظاهر عند القاضي وكذلك شهود الشرا لذي اليد
اعتمدوا شيئا ذلك غير ظاهر عند القاضي فوجب قبول بينته ثم تترجح بيده والطريق الاخر
ان البينات تترجح بزيادة الاثبات والاثبات في بينة الخارج اكثر لانه يثبت الملك على خصم
هو مالك وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك لان بمجرد اقامة الخارج البينة
لم يثبت الاستحقاق له قبل القضا فلا يصير هو مقضيا عليه فلزيادة الاثبات رجحنا
بينة الخارج بخلاف دعوى النتاج فان كل واحد من البينتين هناك يثبت اولية الملك
لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا اقام
البينة على النتاج بعد قضا القاضي للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات
رجحنا بينة ذي اليد وكذلك اذا ادعيا تلقي الملك من واحد فقد استوت البينتان في
الاثبات لان استحقاق كل واحد منهما على البايع فرجحنا بينة ذي اليد لتاكد شرايه
بالقبض وهذا بخلاف الادلة الشرعية فانها حجة في النفي والاثبات فيتحقق التعارض
وهنا البينتان للاثبات لا للنفي وحاجة ذي اليد الى نفي استحقاق الخارج فلم يتحقق

التعارض

التعارض والفصل الثاني ان نكول المدعى عليه عن اليمين موجب للقضا عليه بالمال عندنا
ولكن ينبغي للقاضي ان يعرض عليه اليمين ثلث مرات ويخبره في كل مرة ان من رايه القضا بالنكول
ابلا لعذره فان لم يحلف قضى عليه وعند الشافعي يرد اليمين على المدعي فان حلف اخذ
المال وان ابى انقطعت المنازعة بينهما وحجته في منع القضا بالنكول انه سكوت في نفسه
فلا يكون حجة للقضا عليه كسكوته عن الجواب في الابتدا وهذا محتمل لانه قد يكون للتورع
عن اليمين الكاذبة وقد يكون للترفع عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه وقال
حسبته ان يوافق قدر يمينى فيقال اصيب بيمينه والمحتمل لا يكون حجة وحجته في رد اليمين
على المدعي ما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد بن الاسود بين يدي عمر رضي الله عنه
الحديث الى ان قال المقداد ليحلف عثمان رضي الله عنه ويأخذ حقه فقال عمر رضي الله
عنه لقد انصف المقداد وعن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه والمعنى
فيه ان في جانب المدعى عليه في الابتدا لكون الظاهر شاهدا له وبنكوله صار الظاهر له فلا يكون
قراره كما ذا دابدا في الابتدا ان اليمين اولى للشهادة الظاهر فان المسئلة فيما اذا
كانت العداوة ظاهرة بين القتيل واهل المحلة وكان العهد قريبا بدخولهم في محلتهم
الى ان وجد قتيلا ولنا في المسئلة حديث عمر رضي الله عنه فانه قضى على الزوج بالطلاق
في قوله حبلك على غاربك عند نكوله عن اليمين على ارادة الطلاق وقضى ابو موسى الاشعري
رضي الله عنه بصحة الزوجية عند نكولها عن اليمين على انها كانت بعد حل الصلاة لها
وقال ابن ابي مليكة رضي الله عنه كنت قاضيا بالبصرة فاختصم الي امراتان في سوار
وطلبت البينة من المدعية فلم اجد وعرضنا اليمين على الاخرى فنكلت فكتبت الى ابن عباس
رضي الله عنه فورد كتابه ان احضرهما واتل عليهم قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله
وايمانهم ثمنا قليلا الاية ثم اعرض اليمين على المدعا عليها فان نكلت فاقض عليها وقضى
شريح رحمه الله بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له قالون وهي بلغة الرومية
اصبت وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي فبنا على مذهبه لانه كان يحلف
مع تمام الحجة للقضا بالبينة ولسنا ناخذ بذلك وتاويل حديث المقداد انه ادعى الايفا
على عثمان رضي الله عنه وبه نقول ومن حيث المعنى لنا طريقان احدهما ان حق المدعي قبل المدعى
عليه هو الجواب وهو جواب يوصله الى حقه وهو الاقرار فاذا فوت ذلك عليه بانكاره حول
الشرع الى اليمين خلفا عن اصل حقه فاذا امتنع الحلف يعود اليه اصل حقه لانه لا يتمكن
من منع الحلف شرعا الا بايفا ما هو اصل الحق وهذا الطريق على قولهما فانهما يجعلان
النكول بمنزلة الاقرار والطريق الاخر ان الدعوى لما صحت من المدعي يجبر المدعى عليه
بين بذل المال وبين اليمين فاذا امتنع منهما واحدهما يجري فيه النيابة دون الاخر ناب القاضي
منابه فيما يجري فيه النيابة وهذا لان تمكنه من المنازعة شرعا بشرط ان يحلف فاذا امتنع
صار تاركا للمنازعة بتفويت شرطها فكانه قال لا انازع في هذا المال فيتمكن المدعي من
اخذه لانه يدعيه ولا منازع له فيه وهذا الطريق على اصل ابي حنيفة حيث جعل النكول
بذلا ولا غيره للاحتمال في النكول لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون
الترفع عن اليمين الصادقة فيترجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين
الصادقة الا ببذل المال لانه انما يترفع ملتزما الضرر على نفسه لا ملحقا الضرر بالغير
يمنع الحق والذي قال من شهادة الظاهر للمدعي عند نكول المدعى عليه ان يكون ذلك لا يترجح
جانب الصدق في دعوى المدعي وذلك موجب للقضا ثم اليمين مشروعة للنفي لا للاثبات

وحاجة المدعي الى الاثبات فلا يكون اليمين حجة له بحال وهذا معنى تعليل محمد رحمه الله لا احول
اليمين عن موضعه وهذا لان الحاجة الى النفي لا توجب النفي حتى تقبل بينة المدعى بعد يمين المدعى
عليه فنفي غير موضعه وهو الاثبات اولى ان لا يوجب الاثبات والشهادات للاثبات ثم لا يثبت
بيمينه لنفسه وهو في غير موضع الاثبات كان اولى واذا تنازع رجلان في دار كل واحد
يدعي انها في يده فعلى كل واحد منهما البينة لان دعوى اليد مقصودة كما ان دعوى الملك
مقصودة لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك والتصرف فيه فان اقام كل واحد منهما البينة
انها في يديه جعل في يد كل واحد منهما نصفها لتعارض البينتين وتساويهما فالمساواة
في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق فاذا كان المدعى قابلا للاشتراك يقضي
لكل واحد منهما بالنصف بمعنى الضيق والمزاحمة في المحل فان اقام احدهما البينة انها
في يده قضيت بها له لانه استحق بالبينة الملك فيما في يد صاحبه ولم يقابله صاحبه بمثله ولا
منافاة بين القضاء باليد لصاحبه والملك له بالبينة وقد كان اصحابنا رحمهم الله يقولون
اذا قال المدعي هذا الشيء ملكي وفي يدي لم يسمع القاضي دعواه وقال له اذا كان ملكك في يدك
فماذا تطلب مني فتاويل تلك المسألة ان الخصم لا يدعي اليد لنفسه وهنا الخصم يدعي اليد
لنفسه فلهذا قبل دعوى المدعي على اليد والملك وقضى له بها عند اقامة البينة وذكر
الخصاف رحمه الله ان من ادعى دارا في يد غيره انها له واقام البينة فلم يشهد الشهود
انها في يد المدعى عليه لا تقبل بينته لجواز ان يكون تواضعا في محدود في يد ثالث على ان
يدعيه احدهما ويقر الاخر بانه في يده ويقيم البينة عليه بذلك وهو في يد غيرهما ولكن
في تلك المسألة ان الخصم الاخر لم تثبت يده بالبينة وهنا قد اثبت كل واحد يده باقامة
البينة فلهذا قبلنا بينة احدهما على صاحبه باثبات الملك له وان لم تقم لهما بينة على
اليد وطلب كل واحد منهما من صاحبه ما هو في يديه فعلى كل واحد منهما ان يحلف البتة
ما هي في يدي صاحبه لانه لو اقر لصاحبه بما ادعى لزمه حقه فاذا انكر حلف عليه وان
حلفا لم يجعلها القاضي في يد واحد منهما لان حجة القضاء باليد لم تقم لواحد منهما ولكن
يمنعهما من المنازعة والخصومة من غير حجة فايهما نكل عن اليمين لم يجعلها في يده لان صاحبه
قد حلف ولم يجعلها في يد الذي حلف بنكول هذا الناكل ايضا لجواز ان يكون في يد
ثالث وايهما تواضعا للتلبيس على القاضي ولكن يمنع الناكل عن منازعة الاخر لان نكوله
حجة عليه فان وجدها في يد اخر لم ينزعها من يده بالذي انفذه بين هذين لا يكون لهما
ليس بحجة على غيرهما والقضاء بحسب الحجة قال عبد في يدي رجل ادعاه اخر واقام
البينة انه كان في يده امس لم يقبل ذلك منه لانهم شهدوا بيد عرف القاضي زوالها
ولم يثبتوا على القاضي سبب الزوال ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة لان الشهادة
على ما كان في الزمان الماضي انما يقبل بطريق انما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه واستصحاب
الحال انما يجوز العمل به فيما لم يتيقن بزواله وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رحمه الله
ان الشهادة تقبل بناء على اصله انهم لو شهدوا انه في ملكه امس عنده تقبل لكن
هذا القياس غير صحيح فان الملك غير معاين ولا يتيقن القاضي بزوال ما شهدوا
به في الحال فكان لاستصحاب الحال طريقا بخلاف اليد فانه معاين قد علم القاضي
انتساخ يده باليد الظاهرة للغير فلا طريق لاستصحاب الحال فيه ولو اقر ذو اليد
انه كان في يد المدعي امس امر باليد عليه لان الاقرار ملزم بنفسه قبل اتصال القضاء به
فيظهر باقراره يد المدعي امس فيؤمر بالرد عليه ما لم يثبت حقا لنفسه فاما الشهادة

لا توجب

لا توجب الحق الا باتصال القضاء بها ويتعذر على القاضي القضاء بشيء يعلم بالحال
خلافه وكذلك لو شهدوا على اقرار ذي اليد انه كان في يد المدعي امس امر بالرد عليه لان الثابت
من اقراره بالبينة كالثابت معاينة ولو اقام المدعي البينة ان هذا العبد اخذه منه
هذا او انتزعه منه او غصبه منه او غلبه عليه فاخذه منه او ارسله في حاجته
فاعترضه هذا في الطريق او ابق مني هذا فاخذه هذا الرجل فهذه الشهادة جائزة ويقضي
له بالعبد لانهم بينوا سبب زوال يده فصار ذلك كالمعاين للقاضي وانتهوا ان وصوله
الى يد ذي اليد كان باخذ المدعى عليه منه فعليه رده لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى ترد واخذه من غير خوطا هر له في الماخوذ عدوان والفعل الذي هو عدوان في
واجب الفسخ شرعا وذلك بالرد قال ولو ادعى عينا في يد رجل انه له وقال الذي هو في
يديه اودعنيه فلان او وكلني بحفظه لم يخرج من خصومة المدعي الا ان يقيم البينة
على ما قال عندنا وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله من غير بينة وقال
ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وان اقام البينة على ما قال اما ابن ابي ليلى فقال كلام
ذي اليد اقرار منه بالملك للغائب والاقرار يوجب الحق لنفسه لقوله تعالى بل الانسان على
نفسه بصيرة ولانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما اقر به بنفس الاقرار ويتبين
ان يده يد حفظ لا يد خصومة والدليل على صحة هذه القاعدة ان من اقر بعين لانسان
غائب ثم اقر به لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذلك لو اقر لغيره بشيء ثم
مرض وصدقه المقر له كان اقراره اقرار الصحة واما ابن شبرمة فقال ان هذه
البينة يثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم في اثبات الملك لغيره لانه لا ولاية لاحد على
غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه عن الخصومة في ضمن اثبات الملك
لغيره فاذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة اذا ثبت في ضمن
البيع فببطلان البيع بطلت الوصية ولنا ان هذه البينة تثبت امرين احدهما الملك للغائب
والحاضر ليس بخصم فيه والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك وكانت بمنزلة
ما وجدت خصما فيه لم تكن وكيلا بنقل امرأته او امته فاقامت البينة ان الزوج طلقها
ثلاثا وان المولى اعتقها تقبل هذه البينة في قصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق
والعتاق ما لم يحضر الغائب وهذا لان مقصود ذي اليد ليس هو اثبات الملك للغائب
انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ وليست بيد خصومة وفي هذا المعنى خصم له فيجعل
اثباته عليه بالبينة بمنزلة اقرار خصمه به وهذا بخلاف ما اذا ادعى غصبا على ذي اليد
حيث لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة لان هنا كانما صار خصما بدعوى الفعل عليه
دون اليد فاما في الملك المطلق انما صار خصما بيده الا ترى ان دعوى الغصب
مسموعة على غير ذي اليد ودعوى الملك غير مسموعة فاذا اثبت ان يده يد غيره
التحق في الحكم بما ليس في يده فلهذا قلنا ان بمجرد قوله قبل اقامة البينة لا تندفع
الخصومة عنه لان المدعي استحق عليه الجواب فصار هو خصما له بظهور الشيء في يده
فلا يملك اسقاطه بمجرد قوله وهو لا يثبت اقراره بالبينة كما زعم هو انما يثبت عليه
اسقاط حق مستحق عليه عن نفسه وهو جواب الخصم وعن ابي يوسف ان كان ذو اليد
رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة وان كان صالحا
تندفع الخصومة عنه رجع الى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس فقال
قد يحتال المحتال ويدفع ماله الى من يريد سرا ويامره ان يودعه علانية حتى اذا ادعاه

يقيم البينة انه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ومقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه فلعل ذلك الرجل هو الذي حضر تنازعه وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة والثاني ان الخصومة انما تندفع عن ذي اليد اذا حوله الى غيره بالبينة والتحويل انما يتحقق اذا احاله على رجل يمكنه اتباعه ليخاصمه فاذا احاله الى مجهول ولا يمكنه اتباع المجهول كان ذلك باطلا لا يجوز وقال الشهود اودعه رجل يعرفه بوجهه اذا رايناه ولا يعرفه باسمه ونسبه فعلى قول محمد انه احاله على مجهول لا يمكنه اتباعه لا يخاصمه فكان هذا بمنزلة قوله اودعه رجل لا يعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال عليه السلام هل تعرف اسمه قال لا قال عليه السلام فاذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث وابو حنيفة رحمه الله قال قد اثبت ببينته انه ليس بخصم للمدعي فانا نعلم ان مودعه ليس هو المدعي لان الشهود يعرفون المودع بوجهه ويعلمون انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات ان يده يد حفظ وانه ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينة كافية في هذا المقصود ثم ان تضرر المدعي بان لم يقدر على اتباع خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل ان جهل خصمه لا من جهة ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة فان الغائب لا يمكن استحضاره به ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي له وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذا كله مبني على اصلنا ان القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز فلا بد من خصم حاضر للمدعي ليقيم عليه البينة فاما عند الشافعي القاضي بالبينة على الغائب جائز ويستوي في ذلك ان كان غائبا عن البلدة او عن مجلس الحكم حاضرا في البلدة وهو الصحيح من قوله وانما يحضره القاضي لرجاء اقراره حتى تقصر به المسافة عليه ولا يحتاج المدعي ان يكلف البينة واحتج بقوله عليه السلام البينة على المدعي فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة يكون زيادة ولما قالت هند لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف من مال ابي سفيان فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنفقة وهو غايب ولان هذه بينة عادلة مسموعة فيجب القضاء بها كما لو كان الخصم حاضرا وبيان الوصف ان عندكم يسمع هذه البينة للكتاب بها وتاثيره ان بغيبة الخصم ما فات الا انكاره وانكاره غير مؤثر في اتصال المدعي الى حقه ولان الاصل هو الانكار فيجب التمسك به واذا ثبت انكاره بهذا الطريق قبلت البينة عليه ولو كان مقرا كان القضاء متوجها عليه لاجماعنا ان القضاء على الغائب بالاقرار جائز فعليه بعكس تقدم انه اصح حجتي القضاء ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض على احد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فتبين ان الجهالة تمنعه من القضاء وانها لا ترتفع الا باستماع كلامهما فاما قوله عليه السلام البينة على المدعي فدليلنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد في حق المدعي لانه حاصل بقوله ولا في حق القاضي لانه حاصل بقول المدعي اذا لم يكن له منازع انما الحاجة الى البيان في حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون الا بحضوره الا ترى انه جعل البينة على المدعي في حال لو عدمها استحلف الخصم فقال واليمين على من انكر وذلك لا يكون الا بحضرته وهذا لان البينة اسم للحجة ولا يكون حجة عليه ما لم يظهر عجزه عن الدفع والطعن والقران صار حجة على الناس حين ظهر

بعجزهم

بعجزهم عن المعارضة وظهور عجزه لا يكون الا بحضرته ولا حجة في حديث هند لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما بسبب استحقاق النفقة على ابي سفيان وهو النكاح الظاهر الا ترى انه لم يكلفها البينة والمعنى فيه انه احد المتداعيين فيشترط حضوره للقضاء بينته كالمدعي بل اولى فان المدعي ينتفع بالقضاء والمدعى عليه يتضرر به وتاثيره ان دعوى المدعي وانكار الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا يسمع البينة على المقر ولا يقضي بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بها وبغيبة المدعي يفوت احد الشرطين وهو الدعوى وبغيبة المدعى عليه يفوت الشرط الاخر وهو الانكار وفوات شرط الشيء كفوات ركنه في امتناع العمل به وانكاره ان كان ثابتا بطريق الظاهر فالشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا ما لم يتيقن ولهذا اذا قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم فقال قد دخلت وقال العبد لم يدخل لم يعتق وان كان عدم الدخول ثابتا بطريق الظاهر وعلى هذا قال ابو يوسف لو حضر وانكر فاقيم عليه ثم غاب يقضي عليه لان انكاره سمع نصا وقال محمد لا يقضي عليه لان اصراره على الانكار الى وقت القضاء شرط وذلك ثابت بعد غيبته باستصحاب الحال لا بالنص وقوله انها مسموعة عندنا غير مسموعة للقضاء حتى ان الخصم وان حضر لا يجوز القضاء بها انما هي مسموعة لنقلها الى قاضي تلك البلدة بالكتاب بمنزلة الشهادة على الشهادة الاصول عند الفروع مسموعة لنقل شهادتهم لا للقضاء بها واعتبار البينة بالاقرار فاسد لان الاقرار موجب للحق بنفسه بدون القضاء بخلاف البينة الا ترى ان الاقرار للغائب صحيح بخلاف البينة وهذا لانه ليس للمقر حق الطعن في اقرار نفسه فليس في القضاء عليه مع غيبته بالاقرار تفويت حق الطعن عليه بخلاف البينة قال دار في يدي رجل ادعاها رجل انها له اجرها من ذي اليد وادعى اخر انها له اودعها اياه واقاما البينة قضي بها بينهما نصفان لان كل واحد منهما اثبت ببينته ان وصولها الى يد ذي اليد من جهته فتتحقق المساواة بينهما في سبب الاستحقاق وذلك يوجب المساواة في الاستحقاق عندنا على ما نبينه في الباب الثاني قال ولو اذا كان العبد في يدي رجل ادعى رجل انه غصبه اياه واقام البينة وادعى اخر انه له وديعة في يد ذي اليد قضي به لصاحب الغصب لان بينة طاعنة في البينة الاخرى فانه تثبت بها ان يد ذي اليد كانت غصبا من جهته وذلك ينفي كونه وديعة للاخر فلهذا رجحنا بينة الغصب وقضينا به لصاحبها

باب الدعوى في الميراث

عبد في يدي رجل فاقام رجل البينة ان اباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره واقام اخر البينة ان اباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره فانه يقضي بالعبد بينهما نصفان لان كل واحد من الوارثين خصم عن مورثه فكان المورثين حيين واقاما البينة على ملك مطلق لهما في يد ثالث وفي هذا يقضى بالملك بينهما نصفان عندنا وعلى قول مالك يقضى باعدل البينتين وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا في الشهود وفي احد قولي الشافعي تتهاتر البينتان وفي القول الاخر يقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته فمالك يقول الشهادة انما تصير حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة اقوى والضعيف لا يزاحم القوي والاوزاعي يقول طمانينة القلب الى قول الجماعة اكثر منه الى قول المثنى فيترجح اكثرهما شهودا بطمانينة القلب الى قولهم والشافعي على القول الذي يقول بالتهاتر يقول قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين ولا

ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع من العمل بهما كما لو شهد شاهدان انه طلق امراته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالمتيقن بالكذب اولى واستدل بالنكاح فانه لو تنازع اثنان في امراة واقام كل واحد منهما البينة انها امراته لم يقض القاضي بواحدة منهما وعلى القول الذي يقول بالقرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام كل واحد منهما البينة انها امته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته وروي ان رجلين تنازعا في بغلة بين يدي علي رضي الله عنه فاقام احدهما شاهدين والآخر خمسة من الشهود فقال علي رضي الله عنه لاصحابه ماذا ترون فقالوا نعطي لاكثرهما شهودا قال فلعل الشاهدين خير من خمسة ثم قال في هذا قضاء وصلح اما الصلح ان تجعل البغلة بينهما سهاما على عدد شهودهما واما القضاء ان يحلف احدهما ويأخذ البغلة فان تشاحا على الحلف اقرعت بينهما وقضيت بها لمن خرجت قرعته ولان استعمال القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما في شيء بين يديه واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل الخصومات نزلت سلسلة من السماء فاخذت بعنق الظالم ثم قضى به بينهما نصفين وما روي من استعمال القرعة فقد كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخلاف المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار وحديث علي رضي الله عنه يعارضه ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما استعمل القرعة في مثل هذه الحادثة واليمين في عهد رسول الله صلى الله عليه فدل على انه عرف انتساخ ذلك الحكم بحرمة القمار والمعنى فيه انهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعي قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في التركة اذا كانت التركة بخلاف احدهما والموصى لهما لكل واحد منهما بالثلث يقسم الثلث بينهما نصفان وبيان الوصف ان المحل يقبل الاشتراك وهو ملك العين بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشتراك وهذا لان البينات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان وكيف نتركه في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاق الملك عليه وقوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ضعيف فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق به اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسألة مكة والكوفة فقد علمنا هناك ان احدهما كاذب بيقين لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة وقد تنوالى بيدان لشخصين على عين واحد في وقتين فلهذا اوجبنا القضاء هنا بحسب الامكان وكذلك لو وقت شهود احدهما سنة ولم يوقت شهود الآخر قضى به بينهما نصفان لان تنصيص احدهما على التوقيت لا يدل على سبق ملكه على الآخر فلعل ملك الآخر اسبق منه وان لم يوقت شهوده وذكر المسألة في النوادر في دعوى الملك من خارجين اذا وقت شهود احدهما ولم يوقت شهود الآخر ان عند ابي حنيفة يقضي به

بينهما

بينهما نصفان وعند ابي يوسف يقضي للذي وقت شهوده وعند محمد يقضي به للذي لم يوقت شهوده وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ما بينا ان التاريخ ليس بسبب للملك وتنصيص احدهما لا ينفي مشاواة الآخر او سبقه عليه فكان ذكره وجودا وعدما بمنزلة وابو يوسف يقول قيام المنازعة بينهما في الملك للحال والذي وقت شهوده ثبت الملك له من حين ارخ شهوده ولا منازعة له في ذلك الوقت فلا يستحق عليه الملك بعد ذلك الا بسبب من جهته كما لو اقام البينة على النتاج ومحمد يقول البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل ولهذا يستحق به الزوائد ويرجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن فكان تاريخ الذي لم يوقت شهوده اسبق من هذا الوجه ولكن يبطل هذا من فصلين احدهما اذا اقام البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق فصاحب النتاج اولى فلو كانت البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل لاستويا والثاني اذا ادعى عبدا على مولاه انه مملوكه اعتقه وادعى رجل انه ملكه فاقاما البينة فبينة العتق اولى ولو كان الاستحقاق ثبت لمدعي الملك المطلق من الاصل لصار هو اولى من مدعي العتق وان وقتت بينة احدهما سنة وبينة الآخر سنتين قضى بالعبد لصاحب السنتين في قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله وفي قوله الاول العبد بينهما نصفان ذو الوقت وغير الوقت في ذلك سواء هكذا ذكر في نسخ ابي حفص رحمه الله وقال في نسخ ابي سليمان على قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر يقضي به لصاحب السنتين وعلى قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد يقضي به بينهما نصفان فاشتبه مذهب محمد رحمه الله لاختلاف النسخ وجه قول ابي يوسف الآخر ان صاحب التاريخ السابق اثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه فيثبت ملكه في ذلك الوقت ثم لا يستحق عليه الملك الا بسبب من جهته والآخر لا يدعي الملك بسبب من جهته وهو نظير ما لو ادعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل او من واحد وارخا واحدهما اسبق تاريخا كان صاحب اسبق التاريخين اولى فهذا امثاله وجه قوله الاول ان التاريخ ليس بسبب للملك فوجود ذكره كعدمه ثم كل واحد منهما ينتصب خصما عن مورثه في اثبات الملك له ولا تاريخ في ملك المورثين فيقضى به بينهما نصفان حتى لو ارخا ملك المورثين وتاريخ احدهما اسبق كان هو اولى هكذا ذكره هشام في نوادره عن محمد فاما مسألة الشراء فقد ذكر في الاملاء عن محمد رحمه الله انهما اذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضي به بينهما نصفان فعلى هذه الرواية لا فرق بين الفصلين فاما على ظاهر الرواية الفرق بينهما لان الملك المشتري لا يبنى على ملك البائع ولكن يحدث للمشتري ملك جديد بسبب جديد وهو الشراء فاسبقهما تاريخا اثبت ملكا متجددا لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فكان هو اولى فاما ملك الوارثين يبتنى على ملك المورثين لان الوراثة خلافة ولا تاريخ في ملك المورثين فاستويا لهذا فان اقام رجل البينة ان اباه مات وتركه ميراثا منذ سنة واقام ذو اليد البينة ان اباه مات وتركه ميراثا له منذ سنة او لم يوقتوا وقتا او وقتوا اقل من سنة فانه يقضى به للخارج اما اذا وقت شهود ذي اليد اقل مما وقت شهود الخارج او لم يوقتوا فلا اشكال فيه لان الخارج اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه ذو اليد وان وقت شهود ذي اليد مثل ما وقت شهود الخارج فقد استوت البينتان ومن اصلنا ان بينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد عند التساوي في دعوى الملك وذكر التاريخ لم يفد شيئا هنا فكانهما لم يذكراه وان وقت شهود ذي اليد سنتين فهو لذي اليد في قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول محمد وفي قوله الاول هو للمدعي وهذا الخلاف

بنا على الفصل الاول وقد ذكرنا هناك ان على قول ابي يوسف الاول لا عبرة للتاريخ وكانهما
لم يؤرخا فكذلك هنا لا عبرة للتاريخ فيقضى به للخارج وفي قوله الاخر صاحب اسبق
التاريخ اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو اولى خارجا كان او صاحب يد
وهذا لان يد ذي اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته
وتاريخه اسبق كان هو اولى وذكر ابن سماعة في نوادره ان محمدا رحمه الله رجع عن هذا
القول بعد انصرافه من الرقة قال لا اقبل من ذي اليد بينته على تاريخ ولا غيره الا النتاج
وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج قال ولو كان ارض
في يد رجل اقام رجل ان اباه مات وهي في يديه لا يعلمون له وارثا غيره فاقام اخر البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا لا يعلمون له وارثا غيره قضى بينهما نصفان لان شهادة شهود
الاول انه مات وهي في يديه مثل شهادتهم انه مات وتركها ميراثا له فانهم شهدوا بيد مجهولة
عند الموت ولا ندري المجهول عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا اذا مات المودع مجهلا للوديعة
صار متمكنا ضامنا والملك اذا ثبت له عند الموت ينتقل الى ورثته فكان هذا وشهادتهم
بانه تركها ميراثا له سواء وكذلك ان اقام احدهما البينة ان اباه مات وتركها ميراثا
واقام الاخر البينة انها له قضى بينهما نصفان لان الوارث ينتصب خصما عن مورثه فكان
مورثه كان حيا مدعيا للملك والاخر خصما عن نفسه في دعوى الملك فاستويا فكانت المدعاة بينهما
نصفان فان اقام احدهما البينة ان اباه مات وتركها ميراثا له واقام الاخر البينة انه
اشتراها من ابي المدعي بمائة درهم ونقده الثمن قضى بها للمشتري لان الوارث خصم عن مورثه
في اثبات الشراء عليه ولما ثبت شراؤه منه في حياته لا يصير ميراثا لوارثه بعد موته انما يخلفه
الوارث في ملك قائم عند الموت فكانت بينة مدعي الشراء طاعنة في بينة مدعي الميراث فجعل
هو اولى وكذلك لو ادعى صدقة او هبة مقبوضة من الميت في صحته واقام البينة لما بينا انه اثبت
خروجه عن ملك مورثه في صحته وكذلك لو اقام البينة ان ابا هذا تزوج امه عليها
وان امه ماتت وتركتها ميراثا له لانه خصم عن امه وقد اثبت سبب تملكها على الاب الاخر
في حياته وهو النكاح فلا يتصور ان يكون ميراثا له عن ابيه وقد ثبت خروجه من ملك
ابيه في حياته قال وان ادعاها انها له فشهد شاهدان انها لابيه ولم يشهدوا انه مات
وتركها ميراثا لم يقض له بها لان الدعوى خالفت الشهادة فانه ادعى الملك لنفسه والشهود
شهدوا بالملك لابيه وهذا اللفظ يوجب ان الاب فالميت ليس باهل للملك ولاحوله
في ملك الاب في حياته وان كان الاب ميتا فقد شهدوا بملك عرف القاضي زواله
فلا تقبل شهادتهم لهذا وكذلك لو شهدوا انها كانت لابيه مات في قول ابي حنيفة
ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال شهادتهم مقبولة لان الخصم اثبتوا ملك
الاب في الزمان الماضي وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه الى ان يتبين سبب زواله
ولم يبين لزوال ملكه شيئا سوى الموت وهو ناقل الى الوارث فكانت هذه شهادة بالملك
له من هذا الوجه فيجب قبولها كما لو صرحوا بهذا لان الثابت بمقتضى الكلام كالمصرح به
يوضحه انه لو اقروا لليد انها كانت لابيه او قامت البينة على اقراره بذلك امر بالتسليم اليه
فكذلك اذا اثبت بالبينة ووجه قول ابي حنيفة ومحمد انهم شهدوا بملك عرف القاضي زواله
ولم يثبتوا سبب الزوال فلا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكا بالشراء فشهدوا انها كانت
لبائعه وهذا لان القاضي لا يتمكن في الحال من ان يقضي بالملك لابنه بملكه لعلمه
بزوال ملكه فلا يمكنه ان يقضي بالملك للمدعي لان خلافته لابنه بطريق الميراث ابقاء لما كان

ثابتا

ثابتا لابنه لا ان يوجب اثبات الملك ابتداء ولان قيام ملك الاب وقت الموت شرط الانتقال الى
الوارث وقد بينا ان الشرط لا يثبت بالظاهر بل بالنص فاذا نص الشهود على انتقاله اليه
بالميراث يثبت الشرط واذا لم ينصوا عليه لم يثبت ما هو الشرط والملك الذي كان له في حياته
لا يكون دليل ملكه عند الموت نصا بخلاف الاقرار فانه يوجب الحق بنفسه وقد بينا هذا
الفرق في اليد للمدعي بالامس وكذلك هنا ثم على قول ابي يوسف الاخر على المدعي البينة
على عدد الورثة ثم يتعذر القضاء لاحتمال ان تكون الورثة فلا يرث هو الكل ولو اقام
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا ولم يعرفوا الورثة فان القاضي يقول قد ثبت بهذه
البينة الملك لفلان وقت الموت وذلك يوجب الانتقال الى ورثته ولكن لم يثبت عندي انكم
ورثته فهاتوا بينة انكم ولده وانه لا وارث للميت غيركم فاذا اقاموا البينة على هذا قضى لهم
ولو لم يقيموا البينة على انهم لا يعلمون له وارثا غيرهم تأنى القاضي في ذلك ثم يدفع
اليهم لان وراثتهم قد ثبت ووجود مزاحم لهم في الميراث محتمل فعلى القاضي ان يتأنى لكيلا
يبتلى بالخطأ ولا يحتاج الى نقض قضائه ولم يبين في الكتاب مدة التأني وذلك على حسب
ما يراه القاضي لان ذلك يختلف باختلاف احوال الميت في الشهرة والخمولة وباختلاف
احوال ورثته في الغيبة والحضور وذكر الطحاوي رحمه الله ان التقدير لمدة التأني بالحول
فان المقصود ابلاء العذر في حق وارث غائب يعني والحول مدة تامة لابلاء العذر
قال القائل ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر وهو نظير
اجل العنين ويأخذ منهم كفيلا بما دفع اليهم وهذا قول ابي يوسف ومحمد فاما عند
ابي حنيفة لا يأخذ منهم كفيلا وقال في الجامع الصغير هذا شيء احتاطه القضاة
وهو ظلم ووجه قولهما ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه
ومن الجائز ان للميت غريما او وارثا غائبا فلو لم يأخذ من الحاضر كفيلا بما يدفع اليه يتوى
حق الغائب ففي اخذ الكفيل نظر للغائب ولا ضرر فيه للحاضر وهو نظير الابق واللقطة
اذا دفعها القاضي الى رجل اثبت عنده انه صاحبها اخذ منه كفيلا بها لهذا المعنى ولان
عليه صيانة قضائه بنفسه وهذه الصيانة انما تتحقق باخذ الكفيل حتى اذا حضر غريم او
وارث لا يتعذر عليه اتصال حقه اليه وابو حنيفة يقول حق الحاضر ثابت معلوم وحق
الغائب موهوم ولا يقابل الموهوم المعلوم فلا يؤخر القاضي تسليم حقه اليه الى اعطاء
الكفيل ارايت لو لم يجد كفيلا كان يمنعه حقه هذا ظلم منه وما ذكر في الابق واللقطة
قولهما لا قول ابي حنيفة ولانه لو اخذ الكفيل انما ياخذ لمجهول والكفالة للمجهول لا تصح ولا
يقال انما ياخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا يقال انه ياخذ للميت لان حق الميت في تسليم
ماله الى وارثه وقد اثبت الحاضر وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل ولو اقام
البينة انها كانت لجده مات وتركها ميراثا له لم يقض له حتى يشهدوا انه وارث جده
لا يعلمون له وارثا غيره ولو شهدوا ان الجد مات وتركها ميراثا لابنه ثم مات ابوه وتركها
ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اقضي بها
للجد واضعها على يدي عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد وهو قول ابن ابي ليلى وهذا
نظير الفصل الاول ان عند ابي يوسف يجب القضاء باقامة البينة عليه وعندهما ما لم
يحرزوا الميراث اليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما في اثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي
بشيء الا ان يحرزوا الميراث كما بينا قال دار في يدي رجل اقام رجل البينة ان اباه
مات وتركها ميراثا له ولاخيه فلان لا وارث له غيرهما واخوه غائب قضى القاضي بحصته

لانه اثبت استحقاقه بالحجة وهو خصم عن الميت في اثبات ملكه فاما نصيب الغائب يترك في يد ذي
اليد حتى يحضر في قول ابي حنيفة وهو القياس وفي قول ابي يوسف ومحمد ان كان ذو اليد منكرا
اخرج القاضي نصيب الغائب من يده ووضعه على يد عدل ولو كان مقرا ترك نصيب الغائب
في يده وهذا استحسان ووجهه ان القاضي مامور بالنظر للغائب فاذا كان ذو اليد مقرا
فالنظر في تركه في يده لظهور امانته عنده واذا كان منكرا فليس من النظر تركه في يده لانه
ظهرت خيانته مرة بالجحود فلا نامن بان يجحده فيتعذر على الغائب اذا حضر استيفا حقه منه
لان الحجة لا توجد في كل وقت فكان النظر في اخراجه من يده ووضعه على يد عدل لان ذا اليد
اذا كان منكرا لا يمتنع من التصرف فيه فيما عنده انه ملكه واذا كان مقرا يمتنع من التصرف
فيه فيجوز تركه في يده وابو حنيفة يقول الحاضر ينتصب خصما عن الغائب في استيفا ملكه فيجعل
في حق الغائب وجود حضوره كعدمه وقد عرفنا القاضي في يد ذي اليد فلا يتعرض لها
الا بخصم يحضر لانه لو اخرجها من يده احتاج الى وضعها في يد اخر مثل هذا او دونه ولان هذا
مختار الميت في حفظها والذي يضعها على يده ليس مختار الميت ولا مختار ورثته فصار هذا
نظير الاقرار والعقد الذي ذكره مناقض فانه بعد ما صار مثبتا مسجلا في خريطة
القاضي يامن القاضي جحود ذي اليد لعلمه انه لا يلتفت الى ذلك ويتوهم تصرفه فيه لعلمه
ان القاضي لا يمكنه فيه بخلاف ما اذا كان في الابتدا ثم اذا تركها في يد ذي اليد والمدعا
فمنقول يبقى مضمونا عليه والعقار كذلك على قول من يقول يرى الضمان فيها بالغصب ويضمن
بالجحود وعند الكل واذا وضعه على يد عدل كان العدل امينا فيه والنظر في تركه في ذي
اليد للغائب اكثر فيترك في يده فاذا حضر الغائب قال بعض مشايخنا يحتاج على قول ابي حنيفة
رحمه الله الى اعادة البينة بالقياس على مسالة القصاص والاصح انه لا يحتاج الى ذلك
لان الحاضر اثبت الملك للميت في الكل بما اقام من البينة فان احد الورثة خصم عن الميت فيما
يدعى له وعليه فلا يحتاج الثاني الى اقامة البينة بخلاف القصاص فانه يثبت للوارث بعد
موت المورث من هذا الوجه كان الحق ثبت فيه للوارث ابتدا فلا بد للذي يحضر من اعادة البينة
على حقه الا ترى انه هناك لم يتمكن الحاضر من استيفا نصيبه بما اقام من البينة وهنا قد تمكن
من ذلك قال دار في يدي رجل وابن اخيه فادعى العم ان اباه مات وتركها ميراثا
له لا وارث له غيره واقاما البينة فقضى لها بينهما نصفان لان كل واحد منهما خصم عن مورثه
فكانهما حيان اثبت كل واحد منهما الملك لنفسه والاب مع الابن في الخصومة في الملك بمنزلة
الاجنبيين فاذا استويا في سبب الاستحقاق وجب القضا بينهما نصفان فان كانت
الدار بين اخي وابي نصفين وصدقه ابن الاخ بذلك ثم اقام البينة ان اخاه مات
قبل ابيه واقام ابن الاخ البينة ان جده مات قبل ابيه ثم مات ابوه فورثه فانه يقضى
لكل واحد منهما بالنصف الذي كان لابيه لان معنى هذه المنازعة ان العم يقول مات اخي
او لا عن ابن واب فللاب السدس من نصيبه والباقي للابن ثم مات ابي عن ابن وابن ابن
فكان ماله لابنه فلي سبعة اسهم من اثني عشر سهما من الدار وابن الاخ يقول مات الجد اولا عن
ابنين فصار نصيبه بينهما نصفين ثم مات ابي عن ابن واخ فصار نصيبه في ذلك ثلثة
ارباع الدار فاذا ظهرت المنازعة بينهما ووقع التعارض بين البينتين في اثبات التاريخ
بموت كل واحد منهما ولا ترجيح لاحدهما على الاخر يجعل كانهما ماتا معا لتعذر اثبات
الترتيب والتاريخ من غير حجة ولو ماتا معا لم يرث واحد منهما من صاحبه لان بقا
الوارث حيا بعد موت المورث شرط لاثبات الخلافة في ملكه فصار نصيب كل واحد منهما

لوارثه الحي فلهذا قضى بالدار بينهما نصفين

باب شهادة اهل الذمة في الميراث

رجل مات وله ابنان احدهما مسلم والاخر كافر فزعم كل واحد منهما ان الاب مات
على دينه وان ميراثه له فالقول قول المسلم لانه يحتج بامر ديني وهو وجوب الصلاة عليه وجواز
دفنه في مقابر المسلمين والدعا له بالخير وخبر الواحد في امر الدين حجة كما لو روى خبرا عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاذا صلينا عليه حكمنا باسلامه عند موته وذلك يمنع كون ميراثه
لابنه الكافر فلهذا قضينا بالميراث للابن المسلم ولما ترجح جانبه بهذا السبب كان بمنزلة ترجح
جانبه بشهادة الظاهر له فالقول قوله مع يمينه على ما ادعاه خصمه وايهما اقام البينة على ما
ادعاه وجب قبول بينته لانه يرد دعواه بها والبينة العادلة لا تعارضها الدعوى ممن يشهد
له الظاهر او لا يشهد فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم عندنا وقال الشافعي
تبطل البينتان للمنافاة بينهما كما هو اصله لان كل واحد منهما يدعي خلاف الميت في امواله ملكا
وفي دعوى الملك لا تترجح البينة بالدين كما لو ادعى كافر ومسلم ملكا في يد ثالث فاقام كل واحد
البينة لا يترجح المسلم ولنا ان احدى الحجتين توجب اسلام الميت عند موته والاخرى توجب
كفره فيترجح الموجب للاسلام كالمولود بين مسلم وكافر يجعل مسلما عملا بقوله عليه السلام الاسلام
يعلو ولا يعلى ولانه لا بد من الصلاة لان هذا الحكم يثبت بخبر الواحد فكيف لا يثبت بالحجة
وان وقع التعارض بين البينتين بقي خبر المدعي بالاسلام حجة في الصلاة عليه وذلك يوجب
ترجيح بينة المسلم وانقطاع منازعة الكافر عن ميراثه فان قيل من اصلكم ان البينة تترجح
بزيادة الاثبات وبالحاجة اليها وهذا في بينة الكافر لان المسلم مستمسك بما هو الاصل وهو
ان من كان في دار الاسلام فالظاهر انه مسلم فلا حاجة به الى البينة لانا جعلنا القول
قوله فينبغي ان تترجح بينة الاخر قلنا موضوع هذه المسالة فيما اذا كان الاب في الاصل
كافرا فان احد ولديه مقر على الكفر ولا يقر الولد الاخر على الكفر بخلاف ما اذا كان
الاب في الاصل مسلما لانه حينئذ يكون مرتدا واذا كان في الاصل كافرا فشهود الكافر
متمسكون في الاصل وشهود المسلم يثبتون اسلامه العارض فكان زيادة الاثبات
من هذا الجانب وانما جعلنا القول قوله عند عدم البينة لا للتمسك بالاصل بل لاخباره بامر
ديني ولو كان شهود الذمي مسلمين وشهود المسلم ذميين جعلتها للمسلم ايضا لان كل واحد
منهما اقام من الحجة ما هو حجة على خصمه فكان هذا بمنزلة ما لو كان الفريقان مسلمين
وهذه المسائل انما تنبني على قولنا ان شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة ولا
تقبل على المسلمين عندنا وكذا بالولاية وعند ابن ابي ليلى كذلك ان اتفقت مللهم وان اختلفت
لا تقبل شهادة بعضهم على بعض فانهم عنده اهل ملل مختلفة والولاية تنقطع بينهم
باختلاف الملك وعند الشافعي لا شهادة لبعضهم على البعض لنقصان الكفر الذي هو
اكثر تاثيرا من نقصان الرق والصغر وهي مسالة الشهادات ولو قال احد الابنين كنت
مسلما وكان ابي مسلما وقال الاخر صدقت وكنت ايضا اسلمت في حيوته وكذبه
الاخر وقال اسلمت بعد موته فالميراث للذي اجتمعا على اسلامه في حيوته لان الابن
الاخر اقر بسبب حرمانه وهو كفره في حيوة ابيه ثم ادعى ما يزيله وهو اسلامه قبل
موت الاب فلا يصدق في ذلك الا بحجة وهذا لان اسلامه حادث والحوادث انما
يحال بحدوثها على اقرب الاوقات فمن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالحجة

والاصل في جنس هذه المسايل ان سبب الاستحقاق متى ثبت بنصا دقهما وادعى احدهما مايزيله وانكر الاخر فالقول قول المنكر ومتى اقر بسبب الحرمان ثم ادعى زواله بسبب حادث لم يقبل قوله الا بحجة والقول قول خصمه كمن جا وهو مرتد يطلب ميراث ابيه المسلم ويزعم انه ارتد بعد موته لم يقبل قوله لان ما يحرمه الارث وهو الردة ثابتة فيه في الحال فمتى وقع الاشتباه في الزمان الماضي يحكم الحال كالمستاجر مع صاحب الرحا اذ اتنازعا في جريان الماء في المدة فان كان الما في الحال جاريا فالقول قول من يدعي انه كان جاريا فيما مضى وان كان للحال منقطعا فالقول قول من يدعي انه كان منقطعا فيما مضى فان قيل فاذا كان الابن مسلما في الحال ينبغي ان يجعل مسلما فيما مضى حتى يموت اباه المسلم قلنا هذا ظاهر يعارضه ظاهر اخر وهو انه لما ثبت كفره فيما مضى فالظاهر بقاوه حتى يظهر اسلامه ثم موافقته اباه في الدين عند الموت شرط للارث والشرط لا يثبت بالظاهر انما يثبت بالنص لان الاستحقاق يثبت عند وجوده والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته الا ترى ان ذا اليد يستحق الملك فيما في يده بالظاهر ولا يثبت به الملك فيما في يد غيره وكذلك لو كان الاختلاف في العتق والميراث الذي اجتمعا على عتقه في حيوة الاب لان عتق الاخر بعد ثبوت رقه حادث على ما بينا قال دار في يد رجل ذمي اقام مسلم بينة من اهل الذمة ان اباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره واقام ذمي بينة من اهل الذمة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمسلم لان المسلم اقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه الذمي واقام الذمي ما هو حجة على ذي اليد وليس بحجة على خصمه المسلم فلا تتحقق المعارضة بين الحجتين فصار في حق المسلم كانه لا حجة للذمي فلهذا قضي للمسلم وان كان بينة الذمي مسلمين فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما اقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه فاستويا فيقضى بينهما نصفان لان كل واحد منهما اقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه فيقضى بينهما نصفان فان قيل الاستحقاق بشهادة المسلمين ثبت للذمي في الكل فلو بطل في النصف انما يبطل بشهادة اهل الذمة والاستحقاق بشهادة المسلمين لا يجوز ابطالها بشهادة اهل الذمة قلنا نحن لا نبطل شيا من ذلك الاستحقاق فكل واحد منهما يستحق الكل كما شهد به شهوده ولكن انتقصا نصفين لضيق المحل ثم هذا انما يستقيم ان لو كانت الشهود حضما فيه وليس كذلك فالخصم لا يكون شاهدا قال دار في يد مسلم فقال مات ابي وهو مسلم فتركها ميراثا لي وقال اخ الميت مات اخي وهو على ديني فالقول قول الابن والميراث له لانه لو كان مدعي الكفر ابنا اخر كان القول قول المسلم فكيف اذا كان اخا ولو كان الاخ هو المسلم المدعي لاسلامه والابن كافر يدعي كفره فالقول قول الابن لان الاخ محجوب بالابن فهو كاجنبي اخر فان قيل اليس انه يحرم بالصلاة عليه وهو دليل على اجارة بهذا كاجبار اجنبي اخر حين لم يكن هو من ورثته ظاهرا فلا يكون من ضرورته استحقاقه للميراث وان اقاما البينة اخذت بينة المسلم لان فيها اثبات اسلامه وان اقام الاخ بينة من اهل الذمة على ما قال ولم يقم الابن بينة لم اجزها لانها حجة على المسلم لان الاخ ببينته يبطل استحقاق المسلم لميراثه بعد ان يثبت استحقاقه بقوله وبينة اهل الذمة على الاستحقاق الثابت للمسلم لا تكون مقبولة وان قالت امراة الميت وهي مسلمة مات زوجي وهو مسلم وقال اولاده كان كافرا ومات ابونا وهو كافر وصدق اخ الميت المراة وهو مسلم قضيت بالميراث للمراة والاخ لان المراة لا تحجب عن الميراث باحد فهي وارثة على كل حال فكانت بمنزلة ابن او ابنة يدعي ميراثه فالقول قوله واذا حكمنا باسلامه بقولها

وجعلنا

وجعلنا الميراث لها والاولاد كفار لا يرثونه شيا ولا يحجبون الاخ فكان الباقي للاخ وقد سعد بالمراة فانها لو لم تكن ما كان قول الاخ مقبولا وكذلك لو ترك ابنا وبنتا واخا فقالت الابنة وهي مسلمة مات ابي مسلما وصدقها الاخ وهو مسلم وقال الابن وهو كافر مات ابي كافرا فالميراث للابنة والاخ لانها غير محجوبة بالابن فترجح قولها في دعوى الاسلام ثم سعد الاخ بها كما بينا فان كان له بنت واخ احدهما مسلم والاخر كافر فالقول قول المسلم منهما ايهما كان لان كل واحد منهما وارث مع صاحبه بخلاف الابن والاخ فالاخ محجوب بالابن لا قول له وهذا كله اذا لم يقر المسلم ان الاب كان كافرا فان اقر بذلك وادعى انه اسلم قبل موته لم يصدق الا بحجة لان ما ثبت من كفره يبقى الى ان يظهر ما يزيله ولم يظهر ذلك بمجرد قوله لانه عارض يدعيه ولا ميراث له ولو اقرت زوجة الرجل بعد موته انه طلقها في الصحة واحدة فاقرت بانقضاء العدة وزعمت انه راجعها وكذبها الورثة فالقول قول الورثة لانها اقرت بسبب الحرمان وهو ارتفاع النكاح بانقضاء العدة ثم ادعت بعد ذلك شيا حادثا للاستحقاق فلا يظهر ذلك السبب بمجرد قولها بخلاف ما اذا ادعت الورثة انه طلقها وانقضت عدتها وهي تنكر فالقول قولها لان سبب استحقاقها ثابت باتفاقهم فالورثة يدعون عليها سبب الحرمان حادثا وهي تنكر وهذا الفصل انما اورده ايضاحا لما سبق فيما اذا لم يقر الابن المسلم بكفر ابيه او اقربه وادعى اسلامه بعد موته قال زوجان ذميان مات ابن لهما عن ابن فقالا مات ابوه كافرا وقال الابن وهو مسلم مات ابي مسلما فالقول قول الابن ولا ميراث للابوين لان الولد مع الابوين وارث غير محجوب فكان القول قوله في اسلام الميت كما لو كانت المنازعة بين اثنين وقد قررنا فيما سبق قال رجل مات وترك ميراثا في يدي رجل فاقام ابنه البينة انه ابنه ووارثه ولم يشهد شهوده انه لا وارث له غيره وقال ذو اليد له ولد غير هذا او قال لا ادري اله ولد سوى هذا ام لا يتلوم القاضي في ذلك زمانا رجاء ان يحضر وارث اخر فاذا لم يحضر قضى بالميراث له لان سبب استحقاقه يثبت بالحجة وقد تيقنا بكونه وارثا خليفة للميت في ملكه فيدفع ماله اليه ولا يستوثق منه بكفيل من اصحابنا رحمهم الله من قال اخذ الكفيل هنا قولهم جميعا بخلاف ما قال ابو حنيفة فيما سبق لان هنا الشهود لم يشهدوا بانتفاء وارث اخر فكان الموضع موضع الاحتياط لاخذ الكفيل والاصح انه على الخلاف كما بينا وقد ذكرنا ايضا مدة التلوم وعن ابي يوسف انه قدر ذلك بشهر لان ما وراء الشهر في حكم الاجل فيتضرر به الوارث بتاخير حقه وفيما دون الشهر ليس له كبير ضرر وكذلك لو كان الابن كافرا وقال مات ابي كافرا وكذلك هذا الجواب في كل من لا يحجب عن الميراث باحد اثنته قرابته يقضي بالمال بعد التلوم اذا لم يشهد له الشهود انه لا وارث له غيره حتى لو كانت اما او بنتا يقضى لها بجميع ماله لانه لا عصبة للميت ظاهرا فكان جميع الميراث لها فرضا وردا فاما اذا كان من ثبت وراثته ممن يحجب بغيره كالجد والجدة والاخ والاخت فانه لا يعطى شيا ما لم تقم البينة على عدد الورثة او يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غير هذا لان استحقاق الاخ للميراث يتعلق بشرط ان يكون الميت كلالة قال الله تعالى وان كان رجل يورث كلالة الاية وقال تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة والكلالة من ليس له والد ولا ولد فما لم يثبت هذا الشرط بالنص من الشهود لا يكون هذا وارثا وما لم يثبت وراثته لا يدفع المال اليه بخلاف ما سبق فانه

وارث بنفسه غير محجوب باحد فان قيل كيف يثبت استحقاقه بقول الشهود لا وارث له غيره او لا يعلمون له وارثا غيره وهذه شهادة على النفي قلنا اما اذا قالوا لا وارث له غيره فعند ابن ابي ليلى هذا لا يقبل لتيقن القاضي انهم جازفوا اذ لا طريق لهم الى معرفة نفي الوارث وعندنا يقبل بناء على العادة ان مراد الناس هذا لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة منهم على اثبات شرط الوراثة الا ان الشرط يتقوى والشرط يجوز اثباته بالبينة نفيا كان او اثباتا كما لو قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فاقام العبد البينة انه لم يدخلها فاما الزوج والزوجة اذا اثبت احدهما سبب ارثه بالبينة ولم يثبت انه لا وارث للميت غيره فعلى قول ابي حنيفة ومحمد يقضى لهما باكثر النصيبين بعد التلوم للزوج النصف وللمراة الربع وعند ابي يوسف يقضى لهما باقل النصيبين للزوج بالربع وللمراة بالثمن قال لان استحقاق الزوج والزوجة لاكثر النصيبين يتعلق بشرط عدم الولد بالنص قال الله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا ان الشرط لا يثبت باعتبار الظاهر وانما يثبت بنص من الشهود فاذا لم يوجد لا يقضى لهما الا بالمتيقن ولان الزوجية في استحقاق الميراث بها دون الاخوة فبالاخوة يستحق جميع المال ولا يستحق ذلك بالزوجية ثم الاخ لا يستحق شيئا ما لم تقم البينة انه لا وارث له غيره لانه لا يتعين باستحقاق شيء له فكذلك الزوج فيما لا يتيقن باستحقاقه بمنزلة الاخ في الكل او دونه ووجههما في ذلك انه ثبت سبب الوراثة ممن لا يحجب عن الميراث باحد فيستحق جميع ميراثه بعد التلوم كالاب والولد وهذا لان حرمانه عن اكثر النصيبين بولد يحجبه وهذا الحاجب غير ظاهر فيبقى مستحقا بما ثبت من السبب وصار الزوج في استحقاق ما زاد على الربع كالابوين في استحقاق ما زاد على السدسين وكل واحد منهما يتعلق بشرط عدم الولد قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد الاية ثم هناك يقضى لهما بالجميع لان الولد الحاجب غير ظاهر هناك كذلك هنا وعن ابي يوسف يعطى المراة ربع الثمن لان اقل نصيبها هذا فلعل للمرء ثلاث نسوة سواها وهذا ليس بقوي فالزوجية سبب تام لاستحقاق الثمن لها بيقين وانما يقسم الثمن بين الزوجات للمزاحمة ولا مزاحم لها هنا فكيف ينقص حقها عن الثمن وعن الحسن بن زياد رحمه الله قال يقضى لها بربع التسع وللزوج بالخمس لان المتيقن بهذا المقدار في الجائز ان الرجل مات عن ابوين وابنتين واربع نسوة وهي المنبرية التي قال فيها علي رضي الله عنه على البديهة حين سئل على المنبر انقلب ثمنها تسعا فان اصل الفريضة من اربعة وعشرين للنسوة الثمن وللابوين الثلث لكل واحد سدس ثمانية وللابنتين الثلثان ستة عشر تعول بثلثة فكانت من سبعة وعشرين فللنسوة ثلثه وهي التسع حظ الواحدة الربع من ذلك فيقضى لها بهذا القدر والمتيقن في جانب الزوج في الخمس لجواز ان يكون تركت ابوين وابنتين وزوجا فللزوج الربع وللابوين السدسان وللابنتين الثلثان اصله من اثني عشر وتعول بثلثة فللزوج ثلثه من خمسة عشر وذلك الخمس ولكن هذا ليس بقوي فان اعتبار العول لمعنى المزاحمة والضيق في المحل فكيف يثبت ذلك عند عدم ظهور وارث اخر سوى الزوج والزوجة والمعلوم لا يقابل الموهوم فدل ان الصحيح ما قاله ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله

باب اختلاف الاوقات في الدعوى وغير ذلك

دار في يدي رجل فادعى رجل انها له منذ سنتين واقام البينة وادعى ذو اليد انها

في يده

في يده منذ سنتين واقام البينة ولم يشهدوا انها له قضيت بها للمدعي لان شهود المدعي شهدوا له بالملك نصا وشهود ذي اليد انما شهدوا له باليد واليد تتنوع الى يد امانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينته بينة الخارج ولان الثابت من يده بالبينة كالثابت بالمعاينة وذلك لا يمنع القضاء بالملك للمدعي اذا اثبتها بالبينة في الحال فكذلك في الوقت الذي استند شهوده اليه قال دابة في يد رجل اقام اخر البينة انها له منذ عشر سنين فنظر القاضي سنها فاذا هي ابنة ثلث سنين يعرف ذلك فبينته باطلة لان القاضي تيقن بمجازفة الشهود في شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها في وقت يتيقنوا انها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود ولانه لا يمكنه القضاء بالملك في الحال لانه خلاف الشهادة ولا في وقت المضاف اليه لانه محال قال واذا كانت الدار في يدي رجل اقام اخر البينة انها له منذ سنة واقام اخر البينة انها له اشتراها من اخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فاني اقضي بها لصاحب الشرى لانه اسبق تاريخا وقد اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الاخر فيه وهو خصم عن بائعه في اثبات الملك له في الوقت الذي ارخ شهوده فكانا اثبتا اولى بها وكذلك لو شهدوا انها له اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها لان شهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع اذا شهدوا بالشرى وكذلك لو لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا ان فلانا باعها منه وسلمها اليه منذ سنتين او انه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك سواء لان البائع في الظاهر انما يتمكن من التسليم اذا كان مالكا للمبيع وكذلك المشتري انما يتمكن من القبض اذا اشتراها من المالك ولان سبب الملك يتاكد بالتسليم فيها فشهادتهم على سبب ملكه متاكدا بمنزلة الشهادة على الملك ولو شهدوا ان فلانا باعه منه واستوفى الثمن او انه اشتراها ونقد البائع الثمن ولم يشهدوا بالقبض والتسليم لم يقض لمدعي الشرى بشيء لانهم شهدوا بمجرد العقد وذلك قد يتحقق من غير المالك موقوفا على اجازة المالك فلا يوجب الملك للمشتري قبل الاجازة فلم يكن في هذه الشهادة اثبات الملك للمشتري نصا ولا دلالة فلا يقضى له بها وفي كل موضع قضينا بالملك للمشتري اذا احضر البائع وانكر ان يكون باعه لم يلتفت الى انكاره لان ذا اليد انتصب خصما عن البائع في انكاره البيع والمشتري لا يتوصل الى اثبات الملك لنفسه الا باثبات سببه وهو الشرى من الغائب ومتى كان حق الحاضر متصلا بحق الغائب انتصب الحاضر خصما عن الغائب فقد اتصل القضاء ببينة قامت على خصم فلا حاجة الى اعادتها بعد ذلك قال دار في يد رجل اقام رجل البينة انها له ولم يوقت شهوده واقام ذو اليد البينة انها له منذ سنة فاني اقضي بها للمدعي لان تاريخ ذي اليد ليس بدليل سبق ملكه فلعل شهود المدعي لو ارخوا ذكروا تاريخا سابقا فلا يستحق ذو اليد الترجيح بما هو محتمل في نفسه والتحق بما لو لم يذكروا الوقت فيترجح بينة المدعي ولو اقام المدعي البينة انها له منذ سنة او سنتين شك الشهود في ذلك واقام ذو اليد انها له منذ سنتين قضيت بها لذي اليد لان شهود الخارج شكوا فيما زاد على السنة ومع الشك لا يكون اثبات التاريخ فانما يثبت من تاريخهم ما يتيقنون به وذلك سنة فيصار تاريخ ذي اليد اسبق فيترجح بينته وقد بينا اختلاف الروايات فيه فيما سبق فيه ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذي اليد سنة او سنتين شكوا في ذلك

فهو للمدعي لان ما شك فيه شهود ذي اليد لم يثبت وفيما اتفقوا به استوى تاريخ ذي
اليد والخارج فيترجح ببينة المدعي ولو شهد شهود المدعي انها كانت له عام اول وشهود ذي
اليد انها له منذ العام قضيت بها للمدعي لان تاريخ شهوده اسبق ولو شهد شهود المدعي
انها له منذ العام وشهود ذي اليد انها له عام اول قضيت بها لذي اليد لان شهوده
شهدوا بتاريخ اسبق من تاريخ المدعي فيثبت ملكه في ذلك الوقت وبعد ثبوت ملكه لا
يستحقه الغير الا من جهته والخارج لا يدعي تلقي الملك من جهته قال دار في يد رجلين
اقام احدهما البينة انها له منذ سنة واقام الاخر انها له منذ سنتين قضيت بها
لصاحب السنتين لان في يد كل واحد منهما نصف الدار ففي النصف الذي في يد من ارخ شهوده
سنة بينة الخارج قامت بتاريخ سابق فكان اولى وفي النصف الذي في يد من ارخ شهوده
بسنتين بينة ذي اليد قامت على تاريخ سابق على بينة الخارج فيستحق الترجيح به
ايضا ولو اقام احدهما البينة ان له ثلثها منذ سنة واقام الاخر البينة ان له ثلثها
منذ سنتين فاني اقضي بالثلثين لصاحب السنتين لان دعواه تنصرف الى ما في يده اولا
ثم فيما يفضل عما في يد صاحبه لان يده يد محقة تحسينا للظن بالمسلم وحملا لفعله
على الصحة ولو صرفنا دعواه الى ما في يد غيره لم تكن يده يدا محقة وفي يده نصف الدار
فما زاد على النصف الى تمام الثلثين وهو السدس اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي
اليد وتاريخ الخارج اسبق فهو اولى ولان الاخر ليس يدعي الا الثلث ودعواه منصرفة
الى ما في يده فما زاد على الثلث هو لا ينازع الاخر فيه وقد اثبت الاخر استحقاقه بالبينة
على ما في يده فيقضى له به وترك الثلث في يد صاحب الثلث فيكون ذلك له قضاء ترك لان
بينته لم تقم على منازع له فيه يدا ولا ملكا فهذا الطريق فيما اذا كان يدعي نصفها
وقد اختلفت النسخ في وضع هذه المسئلة قال ـــ امة في يد رجل فاقام رجل
البينة انها امته منذ ستة اشهر واقام اخر البينة انها امته منذ سنة وانه اعتقها
عن دبر منه منذ سنة فانه يقضي بها مدبرة لمدعي التدبير لان تاريخ شهوده اسبق فانهم
اثبتوا الملك والتدبير له منذ سنة والملك المتاكد بالتدبير لا يحتمل النقض فشهود
الاخر انما شهدوا بالعتق فيمن لا يملكها وذلك غير مفسد ذكره في بعض النسخ وفي
قول ابي يوسف الاول البينة بينة مدعي العتق وهي حرة البتة وهذا بناء على ما سبق
ان الخارجين اذا ارخا الملك بتاريخين في قوله الاول يقضى بها بينهما نصفين ولا
يترجح احدهما بسبق التاريخ وقد بينا هذا في باب دعوى الميراث فهنا لما استويا
في اثبات الملك على هذا القول بقي الترجيح بما اثبتوا من العتق والعتق والتدبير اذا
اجتمعا يترجح العتق لاستحالة ان يوطا بملك وقد قامت البينة على حريتها من جهة
من اثبت ملكه فيها بالحجة قال ـــ دار في يد رجل ادعى رجل انه اشتراها منه
بمائة درهم ونقده الثمن وادعى اخر انه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن
ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصفه
بنصف الثمن الذي بين شهوده وان شاء ترك لانهما تصادقا على ان الملك في الاصل
كان لذي اليد وادعى كل واحد منهما التملك عليه بسبب الشرا وقد استويا في ذلك
ولو استويا في اقامة البينة على الملك المطلق قضي به بينهما نصفان فكذلك هنا
فان قيل قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان العقدين على دار واحدة
من رجلين من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان

قلنا

قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور
بيعان في وقتين من واحد من كل واحد منهما اعتمدا سببا مطلقا له الشهادة فيجب العمل
بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك ويضاف
عقد الوكيل الى الموكل مجازا فلعل الوكيلين باعا معا فيقضى لكل واحد من المشترين
بنصفها ويتخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه فانه اثبت عقده في الكل فلم يتبعض
الملك حين لم يسلم له الا النصف خيرناهما فان رضيا به فعلى كل واحد منهما من الثمن
بقدر ما يسلم له من المبيع وذلك النصف فان رضي به احدهما وابى الاخر فليس للذي
رضي به الا نصفه لان القاضي حين خيرهما فقد فسخ بيع كل واحد منهما في النصف حين
قضى به لصاحبه فلا يعود بيع احدهما بترك صاحبه المزاحمة معه الا ان يكون ترك
المزاحمة قبل ان يقضي القاضي بشيء فحينئذ تكون الدار للاخر بجميع الثمن فانه اثبت
شراه في الكل ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء وانما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة
صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة قضي له بالكل كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل قضاء
القاضي لهما يقضي للاخر بجميع الدار بخلاف ما لو كان تسليمه بعد القضاء فانه
لا يكون للاخر الا نصف الدار ولو وقت كل واحد من البينتين وقتا قضيت بها
لصاحب الوقت الاول لانه اثبت شراه في وقت لا ينازعه الاخر فيه فاستحقها
من ذلك الوقت فتبين ان الاخر اشتراها من غير المالك فكان شراه باطلا وان
وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان شراهما حادث فانما
يحال بحدوثه على اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ وانما يثبت شرا الذي لم توقت
شهوده في الحال وقد اثبت الاخر شراه سابقا فكان هو اولى وهذا بخلاف ما اذا
ادعيا الشرا من رجلين ووقتت احداهما ولم توقت الاخرى فيقضى به بينهما نصفان
لان كل واحد منهما هنا خصم من بايعه في اثبات الملك وتوقيت احدهما لا يدل
على سبق ملك بايعه فلعل ملك البايع الاخر اسبق فلهذا قضينا به بينهما فاما
هنا اتفقا على الملك على بايع واحد فانما حاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب
الانتقال اليه لا الى اثبات الملك للبايع وسبب الملك في حق الذي وقت شهوده اسبق
فكان هو بالدار احق وان لم توقت واحدة منهما وكانت الدار في يد احدهما قد قبضها
قضيت بها لذي اليد لان قبضه صادر عن العقد الذي اثبته بالبينة حملا لفعله
على الصحة فكان شراه متاكدا بالقبض فتاكد به لمعنيين احدهما ان قبضه اقترن
بعقد الاخر وهو صادر عن عقده فلا بد من ان يكون عقده سابقا ولانه يحتاج
الى اثبات الاستحقاق على البايع فقط وذلك في بينته فاما الخارج يحتاج الى اثبات
الاستحقاق على ذي اليد كما يحتاج الى اثباته على البايع وليس في بينته ما يوجب
الاستحقاق على ذي اليد لجواز ان يكون عقد ذي اليد سابقا وهذا بخلاف
ما اذا ادعيا الشرا من اثنين واحدهما قابض فان الخارج اولى هناك لان كل واحد
منهما يحتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع في حق البايع بينة الخارج عليه
انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق وسبب القابض اقوى فكان هو اولى
فان شهد شهود الخارج على وقت لم ينتفع به لان تمكن القابض من القبض دليل
سبق عقده وهذا دليل معاين والتاريخ في حق الخارج محتمل وليس الخبر
كالمعاينة ثم يد ذي اليد ثابتة بيقين فلا ينقض قبضه الا ان يشهدوا ان البايع الخارج

كان قبل بيع ذي اليد فحينئذ يكون بيع الخارج اولى لان تقدم العقد ثبت بنص من شهوده ويتبين ان القاضي اشترى من غير المالك وان كان المدعيان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من رجل اخر والدار في يد المدعا عليه فقضى بها بينهما نصفان لان كل واحد منهما يثبت الملك لبايعه اولا وقد استوت البينتان في اثبات الملك للبايع فيقضى به بينهما نصفان ويخير كل واحد من المشتريين لما بينا واذا اختار الاخذ رجع كل واحد منهما على بايعه بنصف الثمن ان كان نقده اياه لانه لم يسلم له الا نصف المبيع ولو وقتا وقتين كان صاحب الوقت الاول اولى لاثباته الملك لبايعه في وقت لا ينازعه الاخر فيه ها ويرجع الاخر بالثمن على بايعه لاستحقاق المبيع من يده ولو اقام احدهما البينة انه اشتراها من فلان بثمن مسمى وهو يملكها واقام الاخر البينة ان فلانا وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ يملكه قضى بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما ينتصب خصما عن ملكه في اثبات الملك له او لانه لنفسه فاستويا في اثبات الملك لهما سوا فيقضى بها بينهما نصفين وكذلك لو اقام ثالث البينة على الصدقة من ثالث مع القبض واقام رابع البينة على ارثه من ابيه قضى بينهم ارباعا لما بينا ان كل واحد منهم خصم عن ملكه فان قيل انما وضع المسالة في الدار فكيف يجوز القضا بالهبة والصدقة في جزء منها مشاعا قلنا قيل موضوع هذه المسالة في الدابة ولين كان في الدار فكل واحد منهما اثبت استحقاقه في الكل الا انه لاجل المزاحمة تسلم له البعض وهذه المزاحمة بعد القبض فكان شيوعا طاريا وذلك لا يبطل الهبة والصدقة وهذا بخلاف ما اذا كانت الدار في يد رجل فاقام الاخر البينة انه اشتراها من فلان بثمن مسمى وتقابضا واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها منه وقبضها قضى بها لصاحب الشرا لانا لا نحتاج هنا الى اثبات الملك لمن ملكها فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة الى اثبات سبب الملك عليه والشرا اقوى من الهبة لانه عقد ضمان يوجب الملك في العوض والهبة تبرع ولان الشرا يوجب الملك لنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعي الشرا سابقا فلهذا جعل اولى وكذلك لو ادعى احدهما الشرا والاخر الرهن فالشرا اولى لما بينا ولو ادعى رجل الشرا وادعت امراة ان فلانا ذلك تزوجها عليه فعلى قول ابي يوسف يقضى لكل واحد منهما بالنصف ثم للمراة نصف القيمة على الزوج ويرجع المشتري بنصف الثمن ان كان نقده اياه وقال محمد يقضى بها لصاحب الشرا وللمراة على الزوج قيمة الدابة وجه قول محمد ان تصحيح البينات والعمل بها واجب ما امكن لانها حجج وهنا يمكن تصحيح البينتين بان يجعل الشرا سابقا ولان الشرا مبادلة مال بمال موجب للضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشرا اقوى من هذا الوجه فجعل اولى وابو يوسف يقول كل واحد من البينتين يثبت الملك لنفسه فتتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق كما في دعوى الشرايين ومن وجه النكاح اقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترا ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترا فان لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا اقل من المساواة وفيما قال محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت من غير حجة فاذا قضينا بينهما نصفين استحق على المراة نصف الصداق فترجع بقيمة المستحق واستحق على المشترا نصف المبيع فيرجع بثمنه وان ادعى احدهما الرهن والقبض والاخر الهبة والقبض فالرهن

اولى

اولى وذكر في كتاب الشهادات ان الهبة اولى في القياس ووجهه ان الهبة تفيد ملك العين والرهن لا يوجبه فكان السبب الموجب لملك العين اقوى ووجه الاستحسان ان الرهن عقد ضمان والهبة عقد تبرع وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولانه يثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكان الرهن اولى من الهبة وكذلك الرهن من الصدقة والنكاح اولى من الهبة والصدقة لانه يوجب الملك بنفسه كالشرا فاما الهبة والصدقة سوا حتى لو ادعى احدهما الهبة والاخر الصدقة فهما يستويان لان كل واحد منهما تبرع لا يتم الا بالقبض فان قيل الصدقة لا رجوع فيها بخلاف الهبة فكانت الصدقة اقوى قلنا امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا قال دار في يد رجل فاقام الاخر البينة انه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ونقده الثمن واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ونقده الثمن فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف تتهاتر البينات جميعا سوا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا وتترك الدار في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بالبينتين جميعا فان لم يشهد الشهود بالقبض يجعل شرا ذي اليد سابقا فيومر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شرا الخارج سابقا فيسلم لذي اليد وجه قول محمد ان البينات حجج فمهما امكن العمل بالبينتين لا يجوز ابطال شي منها كالحجج الشرعية وهنا العمل بالبينتين ممكن اما اذا لم يشهد الشهود بالقبض فامكن العمل بها في جعل شرا ذي اليد سابقا لانا لو جعلنا شرا الخارج سابقا لم يصح بيعه من بايعه قبل القبض ولان قبض ذي اليد صادر عن عقده الذي اثبته بالبينة وذلك دليل سبق عقده فان شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقا لان انتقاض قبضه دليل سبق عقده وقيام قبض الاخر تاخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متاخرا كان عقده حق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وهذا عمل بالدليل وابو حنيفة وابو يوسف قالا كل واحد منهما بدعوى الشرا اثبت اقرار صاحبه بالملك فكل بايع مقر بوقوع الملك للمشتري فكان هذا ما لو اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاترا الاقرار لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه معا بطل الاقراران جميعا فهذا مثله لمعنى ان شهود كل واحد منهما لم يشهدوا بالتاريخ فكل امرين ظهرا ولا يعرف سبق احدهما جعل كانهما وقعا جميعا معا فلا يجوز اثبات التاريخ بينهما لانه قضا بما لم يشهد به الشهود فاذا جعلنا كانهما وقعا معا بطلا للمنافاة بينهما وانما نعتبر امكان العمل بالبينتين بما شهدوا به دون ما لم يشهدوا به فان وقت الشهود وقتين فهذا على وجهين اما ان يكون وقت الخارج سابقا او وقت ذي اليد وكل وجه على وجهين اما ان شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا به فان كان وقت الخارج سابقا فان لم يشهد الشهود بالقبض فقضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف لان شراه ثبت سابقا ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض عندهما جايز وعند محمد يقضى بها للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعا لان الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان ذي اليد سابقا يقضى بها للخارج سوا كان الشهود شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لانه اما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال وكذلك ان لم يشهدوا به لان ذا اليد قابض فقد اثبت شراه سابقا فيجعل قبضه صادرا عن عقده ثم الخارج انما اشتراها منه

منه بعد قبضه فيوم سلمها اليه قال امة في يد رجل فاقام رجل البينة على
الشرا منه واقامت الامة البينة على العتق او التدبير فان بينتها اولى لان كل واحد من
البينتين موجب للحق بنفسه والعتق اقوى فانه لا يحتمل النقض بعد وقوعه وكذلك بخلاف
الشرا ولان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه ولان العتق ينفرد به المعتق والشرا لا يتم
به الا بالايجاب والقبول فكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه ولو استويا
لم يكن القضا بالشرا لا قرار العتق به فان معتق البعض لا يحتمل البيع فلهذا جعلنا بينتها
اولى وان وقتت البينتان فاولاهما اولى لما ان كان العتق اولا فغير مشكل وان كان الشرا
اولا فلان المشتري اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الامة فيه ثم هي اثبتت العتق
والتدبير من غير المالك وذلك لا يوجب لها حقا ولو وقتت بينة الشرا ولم توقت بينة
العتق او التدبير كان العتق والتدبير اولى لما بينا ان العتق والتدبير يقع مسلما
بنفسه فوجد القبض في احد الجانبين والوقت في الجانب الاخر فكان القبض اولى فان
كان المشتري قد قبضها فهو اولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده لان قبضه معاين
وقبض الاخر ثابت حكما فكان المعاين اولى ويحمل فعل المسلم على الصحة والحل واجب
ما امكن الا ان تقوم البينة ان العتق اولى او وقتوا وقتا فيعرف انه اول فحينئذ
يكون العتق اولى لانعدام مزاحمة المشتري في ذلك الوقت وكذلك ان لم توقت بينة
الشرا الا ان المشتري قد قبضها فهو اولى لما بينا ان قبضه دليل تقدم عهده الا ان
يقيم البينة ان العتق اول وكذلك الهبة والصدقة مع القبض موجبة للملك كالشرا ولو
كانت الدار والامة في يد رجل فاقام اخر البينة ان ذا اليد وهبها له وقبضها منه
واقام ذو اليد البينة على المدعي بمثل ذلك فانه يقضى بها لذي اليد اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف لتهاتر البينتين كما بينا وعند محمد لان الشهود شهدوا بالقبض فانقضا قبض
الخارج دليل سبق عقده وقيام قبض ذي اليد دليل تاخر عقده ولو ادعى رجل
انه اشترى الامة من ذي اليد بالف درهم وانه اعتقها واقام البينة واقام
اخر البينة على الشرا منه ايضا فانه يقضى بها لصاحب العتق لان سببه يتاكد بالعتق
حتى لا يحتمل النقض ولان العتق قبض منه فان المشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض يصير
قابضا وقد بينا ان احد المشتريين اذا اثبت القبض كان هو اولى ولو ادعى رجل هبة
مقبوضة واقام البينة فاذا وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها
لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث فانما يحال بحدوثه على اقرب
الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كانت في
يد من لم يوقت شهوده وقضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين
والوقت في حق الاخر محتمل وليس الخبر كالمعاينة الا ان تقوم الاخر البينة انه اول فحينئذ
يكون هو اولى لاثبات الملك في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وان لم يكن هناك تاريخ
ولا قبض معاين لاحدهما فيما لا يقسم يقضى بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوه تبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيها ما يرجح احداهما
من قبض او تاريخ لانا لو عملنا لهما قضينا لكل واحد منهما بالنصف والهبة والصدقة
في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز قيل هذا على قول ابي حنيفة فاما على قول ابي يوسف ومحمد
ينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين وقيل ينبغي على قولهم
جميعا ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل تمام الشيوع

بعد ذلك طاري وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم
جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف انما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده وعند
اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضا القاضي
ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها واذا اختصم رجلان في دابة او عرض
من العروض كما بينا ما كان وهو قائم بعينه فان القاضي لا يسمع من واحد منهما البينة والدعوى
حتى يحضر ذلك الذي اختصما لان اعلام المدعي شرط لصحة الدعوى والشهادة وتمام الاعلام
بالاشارة الى العين واحضاره مما سهل تيسره فيؤمر ذو اليد باحضاره ولا يقال كيف
نكلفه احضاره ولم يثبت الاستحقاق عليه لان بالاجماع نكلف الحضور بنفسه وان لم
يثبت عليه شي بعد نظرا للمدعي ليتمكن من اثبات حقه فكذلك يكلف باحضار العين اذ ليس
عليه فيه كبير ضرر الا ان يكون المدعى عقارا فحينئذ احضاره متعذر فيقام ذكر الحدود
في الدعوى والشهادة مقام الاشارة الى العين لانه هو الميسر والواجب مثل التعريف
في كل محل القدر الميسر وهو نظير ذكر الاسم والنسب في حق الغائب والميت وان كان
العين المدعى مستهلكا فحينئذ يتعذر احضاره فيقام ذكر الوصف والقيمة مقام الاشارة
الى العين في صحة الدعوى والشهادة ولان المدعى هنا في الحقيقة دين في الذمة وهو
القيمة فاعلامه بذكر صفته وقيمته

باب الدعوى في النتاج

دابة في يد رجل ادعاها اخر انها دابته نتجها عنده واقام البينة على ذلك واقام
ذو اليد البينة على مثل ذلك قضي بها لذي اليد استحسانا وفي القياس يقضى بها للخارج
وهو قول ابن ابي ليلى رحمه الله ووجهه ان مقصود كل واحد منهما اثبات الملك حتى لا يصير
خصما الا بدعوى الملك لنفسه وفيما هو المقصود بينة ذي اليد لا تعارض بينة الخارج
كما بينا في دعوى الملك المطلق ولا فرق بينهما فان اقامة البينة على الملك المطلق توجب
الاستحقاق من الاصل كاقامة البينة على النتاج الا انا استحسنا للاثر وهو ما رواه
ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله ان رجلا ادعى ناقة بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم على رجل واقام ذو اليد البينة انها دابته نتجها فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يديه ولان يد ذي اليد لا تدل على اولية الملك
فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم تترجح بيده بخلاف
الملك المطلق فان هناك لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت له بظاهر يده ومعنى هذا
الكلام وهو ان حاجة ذي اليد الى دفع بينة الخارج وفي اقامة البينة على النتاج ضرورة
ما بينه الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ثبت انه نتجها اندفع استحقاق الخارج
فاما في الملك المطلق فليس في بينته ما يدفع بينة الخارج لان ملكه في الحال لا ينفي ملكا
كان للخارج فيه من قبل فلهذا اعملنا ببينة الخارج هناك فكان عيسى بن ابان رحمه الله
يقول الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا تتصور
لنتاج دابة من دابتين فانما يقضى بها لذي اليد قضاء ترك لتهاتر البينتين وهذا
ليس بصحيح فقد ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه
يقضى بها بينهما نصفان ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك
لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسقطها في يد الاخر واقام كل واحد منهما البينة

على النتاج فيه يقضي بها وبالسقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين
لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده ولا معنى لقوله بان القاضي تيقن بكذب احد
الفريقين لان الشهادة على النتاج ليس بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية
الفصيل يتبع الناقة فكل واحد من الفريقين اعتمد سببا صحيحا لاداء الشهادة فيجب
العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين وكذلك لو كان الدعوى
في العبد والامة واقام كل واحد منهما البينة على الولادة في ملكه فهذا والنتاج في الدابة
سواء وكذلك اذا اقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه نسجه فان النسج في الثوب يوجب
اولية الملك فيه وهو لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد
مرة كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل ثانيا فحينئذ يقضى به للخارج والحاصل ان النتاج
مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به الا ما في معناه من كل وجه فاما ما ليس في معناه
الا من بعض الوجوه لا يلحق به لانه لو الحق به كان بطريق القياس ولا يقاس على المخصوص
من القياس لان قياس الاصل يعارضه وكل قياس لا ينفك عما يعارضه فهو باطل اذا ثبت
هذا فنقول ما لا يتكرر فهو في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به ويكون اثبات الحكم
فيه بدلالة النص وما يتكرر ليس في معنى النتاج من كل وجه فيعاد فيه الى اصل القياس
قال ولو ادعى الدابة خارجان اقام كل واحد منهما البينة انها دابته نتجها عنده يقضي بها
بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان وقت بينة احدهما ولم توقت بينة الاخر
وهي مشكلة فقضى بها بينهما نصفان لان الذي لم يوقت اثبت ملكه فيها من حين وجدت
والملك لا يسبق الوجود فلم يكن الوقت مفيدا شيئا في حق من وقته اذا كانت مشكلة السن
فكان ذكره كعدم ذكره فان كان سنها على احد الوقتين وقد وقت بينة كل واحد منهما
وقتا قضيت بها لمن وافق توقيته سن الدابة توقيته وعلامة الكذب تظهر في شهادة
الفريق الاخر فيقضي بالشهادة التي ظهر فيها علامة الصدق وان كانت على غير الوقتين
او كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين من مشايخنا رحمهم الله من قال جمع في سؤال
بين الفصلين ثم اجاب عن احدهما وهو ما اذا كانت مشكلة فاما اذا كان سنها على غير
الوقتين نعلم ذلك ظهر بطلان البينتين على قياس ما تقدم اذا كان المدعي واحدا ووقت
شهوده الملك منذ عشرين سنة وهي ابنة ثلثين سنة ان بينته باطلة فكذلك هنا اذا كان
سنها على غير الوقتين فقد علم القاضي مجازفة الفريقين وكذبهما في الشهادة وقد فعل
محمد رحمه الله مثل هذا في الكتب جمع بين السؤالين ثم اجاب عن احدهما وترك الاخر في الزكاة
والاجارات وغيرها او يكون معنى قوله او كانت مشكلة وكانت مشكلة فان او تاتي بمعنى
الواو قال الله تعالى او يزيدون معناه ويزيدون فهنا ايضا معناه اذا كان على غير
الوقتين وكانت مشكلة الجواب صحيح والاصح ان يقول جوابه صحيح للفصلين اما اذا كان
مشكلة فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي
هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى المقصود
وهو اثبات الملك في الدابة فقد استويا في الملك وذلك يوجب القضاء به بينهما على ذي
اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه وان اقام ذو اليد البينة على النتاج
والنتاج والملك له واقام الخارج البينة على مثل ذلك قضيت بها لذي اليد على المدعي
لان البينتين استويا في فيترجح ذو اليد بيده وان وقت البينتان في الدابة
وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة المدعي قضيت بها له لان علامة الصدق

ظهرت

ظهرت في شهادة شهوده او علامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد وان كانت الدابة
على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في
شهوده او لسقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة قال واذا كان الثوب في يدي رجل
فاقام خارج البينة انه ثوبه نسجه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فان كان يعلم ان
مثل هذا لا ينسج الا مرة فهو لذي اليد وان كان يعلم انه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج لان
هذا ليس في معنى النتاج وان كان مشكلا لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين قضيت به للمدعي
وهذا قول محمد رحمه الله ولا خلاف بينهم في الحاصل فكان المعنى فيه انه ليس في معنى
النتاج لان النتاج يعلم انه لا يكون الا مرة فما يكون مشكلا لا يكون في معنى ما هو معلوم
حقيقة من كل وجه فيوخذ فيه باصل القياس ويقضى به للمدعي وكذلك ان كانت المنازعة
في نصل سيف واقام كل واحد منهما البينة انه سيفه ضربه فانه يسال اهل العلم
بذلك من الصياقلة فان هذا مشكل على القاضي فيسال عنه من به علم به لقوله تعالى
فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وقال النبي عليه السلام لا تنازعوا الامر اهله فان
قالوا لا يضرب الا مرة يقضى به لذي اليد وان قالوا يضرب مثله مرتين او اشكل عليهم فلم يعرفوا
يقضى به للمدعي لان هذا ليس في معنى النتاج من كل وجه قال ولو كانت الدعوى في غزل
بين امراتين يقضى به للذي هو في يدها لان القطن لا يغزل الا مرة فكان هذا في معنى النتاج
وبهذه المسئلة استدلوا على ان من غصب قطنا فغزله تملكه فان المذكور في
كتاب الغصب اذا غزله ونسجه ولم يذكر هذا الفصل ولما جعله هنا بمعنى النتاج
من كل وجه والنتاج لا يسبب لاولية الملك في الدابة عرفنا ان الغزل سبب لاولية الملك
في المغزول الذي غزله وفي الشعر اذا كان مما ينقض ويغزل يقضى به للمدعي وكذلك
المرعزى لانه ليس في معنى النتاج وكذلك في الحلي يقضى به للمدعي لانه يصاغ مرتين فان
اقاما البينة على خطة الدار للمدعي لان الخطة قد تكون غير مرة فان الخطة عبارة عن قسمة
الامام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطين موضع معلوم يملكه ذلك بالقسمة
فيكون خطة له وهذا قد يكون غير مرة بان يرتد اهلها وتصير محكومة بانها دار
الشرك لوجود شرائطها ثم يظهر عليها المسلمون ثانية فيقسمها الامام بالخط لكل واحد منهم
كما بينا قال وان كان الدعوى في صوف فاقام كل واحد منهما البينة انه له جزه من غنمه
فانه يقضى به لذي اليد لان الجز لا يكون الا مرة واحدة وكذلك المرعزى والخز والشعر
فكان هذا في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان
مملوكا له فكان مالا ظاهرا قلنا نعم ولكن كان وصفا للشاة ولم يكن مالا
مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه قبل الجز وان ما تنازعا فيه مال مقصود
واذا كانت الارض والنخل في يد رجل فاقام اخر البينة انه نخله وارضه وانه غرس
هذا النخل فيها واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعي وكذلك الكرم
والشجر لان اصل المنازعة في ملك الارض فان النخل بمنزلة التبع للارض حتى تدخل في بيع
الارض من غير ذكر وليس لواحد منهما في الارض معنى النتاج ولان النخل يغرس مرة في
وقد يغرس الثانية ان يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وان كانت
الدعوى في الحنطة واقام كل واحد منهما انها حنطته زرعها في ارضه قضيت بها
للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب
فيميز الحنطة ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج وكذلك لو كانت ارض فيها زرع

فاقام كل واحد منهما البينة ان الارض والزرع له وانه زرعها يقضى بها للمدعي لان
اصل المنازعة في ملك الارض وليس لواحد منهما فيه معنى النتاج وكذلك لو كان قطن او كان في يد
رجل اقام هو مع خارج كل واحد منهما البينة انه له زرعه في ارضه فانه يقضى به للمدعي
لما بينا ان الزرع قد يكون غير مرة وكذلك كل ما يزرع مما يكال او يوزن قال وهذا لا يشبه
الصوف والمرعزي لان الرجل قد يزرع في ارضه غيره ويكون للزارع ولا يستحقه رب الارض
بخروجه من ارضه واما الصوف والمرعزي لا يكون الا لصاحب الغنم فمن ضرورة كون الشاة
التي في يد ذي اليد مملوكة له ان يكون الذي جزها مملوكه وليس من ضرورة كون الزرع في ارض
هي مملوكة لذي اليد ان يكون الزرع مملوكا له ولان الجز في معنى النتاج والزرع ليس في معناه
لاحتمال التكرر فلهذا قضينا به للمدعي قال ولو كان القطن محرا ما بنا في ارض في يد
رجل فاقام اخر البينة انها ارضه وانه زرع هذا القطن فيها واقام ذو اليد البينة على
مثل ذلك يقضى بها للمدعي ولان اصل المنازعة في الارض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج
وكذلك لو كانت هذه المنازعة في دار واقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله
يقضى بها للمدعي لان البنا يكون مرة بعد مرة ولم يكن في معنى النتاج قال ولو كانت
امة في يد رجل ادعاها اخر انها امته وانها ولدت عنده في ملكه من امة في يديه واقام
ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها لذي اليد لان الولادة في بني ادم كالنتاج في البهايم
ولو كان المدعي اقام البينة على امها التي عند المدعا عليه انها امته وانها ولدت هذه
في ملكه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضيت بها وبامها للمدعي لان اصل الدعوى
في الام وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج فوجب القضا بها للمدعي ثم الولد يملك بملك
الام فكان من ضرورة القضا بالام للمدعي ايضا بالولد وكذلك لو كان الدعوى في صوف
فاقام المدعي البينة انه جزه من شاته هذه وهي في ملكه واقام ذو اليد البينة على مثل
ذلك من شاة اخرى في يده قضيت بها لذي اليد ولو اقام المدعي البينة على الشاة التي في
يد المدعا عليه انها شاته وانه جز هذا الصوف في ملكه منها واقام ذو اليد البينة
على مثل ذلك فقضيت بها للمدعي لان الدعوى في اصل الشاة فانما اثبت كل واحد منهما
بالبينة الملك المطلق فيها فيترجح بينة المدعي ثم الصوف يملك بملك الاصل فان قيل قد
يكون الصوف والولد لغير صاحب الاصل بان يوصي بما في بطن جاريته لانسان او
بصوف غنمها لاخر او يوصي بالشاة لانسان وبصوفها لاخر قلنا لا كذلك فالولد والصوف
يملك بملك الاصل الا ان يملكه غيره بسبب مقصود سوى الملك الاصل من وصية او غيره قال ولو عبد
في يد رجل فاقام اخر البينة انه عبده ولد في ملكه من امته هذه ومن عبده هذا
واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضى به للذي هو في يديه لاثباته اولية الملك
لنفسه فيه فيكون ابن عبده وامته دون ابن عبد الاخر وامته لان بينته لما ترجحت بالقضا
بالملك صارت بينة الاخر مدفوعة فلا يقضى بها بالنسب كما لا يقضى بها بالملك
وان اقام الخارج البينة انه عبده اشتراه من فلان وانه ولد في ملك بايعه واقام
ذو اليد البينة انه عبده اشتراه من فلان اخر وانه ولد في ملكه قضي به لذي اليد
لان كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كما هو خصم في اثبات ملك بايعه ولو حضر
البايعان واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله وكذلك لو اقام
الخارج البينة على نتاج بايعه واقام ذو اليد البينة على النتاج في ملكه فبينة ذي
اليد اولى لما بينا وكذلك لو اقام البينة على وراثة او وصية او هبة مقبوضة من رجل

وانه

وانه ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهته مورثه او موصيه فيكون خصما عنه
في اثبات نتاجه ولو كان عبد في يدي رجل فاقام اخر البينة انه عبده ولد في ملكه ولم
يسموا امه واقام اخر البينة انه عبده ولد عنده من امته هذه فانه يقضى للذي امه في
يديه لان البينات تترجح بزيادة الاثبات وفي بينته من عين امه زيادة وهو اثبات نسبه
من امه فتترجح بذلك فان شهد الشهود لذي اليد انه له ولد في ملكه من امته هذه
لامة اخرى فقضى به لذي اليد لان بينة الخارج في الولادة لا تعارض بينة ذي اليد سوا
حصل من واحدة او من اثنتين فاما امه فانه يقضى بها للذي العبد في يديه الذي اقام
البينة عليه لانه لا مزاحم له في الام لحجة بعينها على اثبات الملكية فلهذا قضيت بها
لذي اليد قال وان كان عبد في يد رجل فاقام اخر البينة انه عبده ولد في ملكه من امته
هذه ومن عبده هذا واقام اخر البينة على مثل ذلك فانه يقضى بها بينهما نصفان
لاستوايهما في الحجة على الولادة في الملك ثم قال ويكون الابن من الامتين والعبدين جميعا
فاما ثبوت نسبه من العبدين فهو على قول علمائنا رحمهم الله لا يثبت نسب الولد من رجلين حتى
حرين كانا او عبدين ادعيا لقيطا او ولد جارية بينهما ولكنه يرجع الى قول القايف فايهما
قال القايف انه ابنه ثبت النسب منه وان كان موضعا لا يوجد القايف فيه يقرع بينهما
ويقضى بالنسب لمن خرجت قرعته واحتج في المنع من ثبوت النسب من اثنين ان ثبوت النسب
المولود من الوالد لكونه مخلوقا من مايه ونحن نتيقن انه غير مخلوق من ماء رجلين لان
كل واحد منهما اصل للولد كالام بمنزلة البيض للفرخ والحب للحنطة فكما لا يتصور فرخ واحد
من بيضتين وسنبلة واحدة من حبتين فكذلك لا يتصور واذا وصل احد المايين الى
الرحم ينسد فم الرحم فلا يخلص اليه الما الثاني واذا تعذر القضا بالنسب منهما
جميعا يرجع الى قول القايف لحديث عايشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه
وسلم واسارير وجهه تبرق من السرور وقال اما ترين يا عايشة ان مجززا المدلجي مر باسامة
وزيد وهما نايمان تحت لحاف واحد وقد غطيا روسهما وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام
من بعض فسرور رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القايف دليل على انه حجة في النسب
ولان القايف يعتبر الشبه والشبه في الدعاوي معتبر كما قلتم في متاع البيت اذا اختصم
فيه الزوجان فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنسا فهو للمراة وكذلك اذا اختلف الاجر
والمستاجر في ملك لوح موضوع في الدار فان كان نقشا وبره تشبه نقشا وبرما في السقف
وموضعه ظاهر فالقول قول الاخر وان كان يخالف ذلك فالقول قول المستاجر وفي الموضع
الذي لا يوجد القايف يصار الى الاقراع كما هو مذهبه في جواز استعمال القرعة لتعيين
المستحق عند الاقرار وقد استعمله علي رضي الله عنه في دعوى النسب حين كان باليمن
وحجتنا في ابطال المصير الى قول القايف ان الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند
نفي النسب ولم يامر بالرجوع الى قول القايف فلو كان قوله حجة لامر بالمصير اليه
عند الاشتباه ولان قول القايف رجم بالغيب ودعوى لما استاثر الله تعالى بعلمه
وهو ما في الارحام كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان لديه على هذه
الدعوى وعند انعدام البرهان كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى
غير الابا ومجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد اباه الادنى وقد يشبه الاب الاعلى
الذي باعتباره يصير منسوبا الى الاجانب في الحال واليه اشار رسول الله صلى الله
عليه وسلم حين اتاه رجل فقال انا اسود شديد السواد وقد ولدت امراتي ولدا ابيض

فليس مني فقال عليه السلام هل لك من ابل فقال نعم فقال عليه السلام ما الوانها قال حمر
فقال عليه السلام هل فيها من اورق قال نعم فقال عليه السلام من اين ذلك فقال لعله
عرقا نزع فقال عليه السلام ولعل هذا عرق نزع فبين عليه السلام انه لا عبرة للشبه في
متاع البيت عندنا الترجيح بالاستعمال لا بالشبه وفي اللوح الترجيح بالظاهر لا بالشبه
الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا في اداة الاساكفة لا يترجح الاسكاف بالشبه وثبوت
نسب اسامة رضي الله عنه كان بالفراش لا بقول القايف الا ان المشركين كانوا يطعنون
في ذلك لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القافة علم بذلك وان بني مدلج هم
هم المختصون بعلم القيافة وسرور النبي فلما قال ما قال كان قوله ردا للطعن فاعما
سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا لا لان قول القايف حجة في النسب شرعا
فاما الدليل على اثبات النسب منهما حديث عمر وعلي رضي الله عنه حين قالا في هذه
الحادثة انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما والمعنى فيه انهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعا قابل للاشتراك فيستويان
في الاستحقاق وبيان ذلك ان ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش لا بحقيقة الخلاقة
من مائه لان ذلك لا طريق الى معرفته ولا باعتبار الوطي لانه سر عن غير الواطيين فاقام
الشرع الفراش مقامه تيسيرا فقال عليه السلام الولد للفراش وكل واحد من
البينتين يعتمد ما علم به من الفراش والحكم المطلوب من النسب الميراث والنفقة والحضانة
والتربية وهو يحتمل الاشتراك فيقضى به بينهما وهو الجواب عن قوله انه لا يتصور الانخلاق
الولد من المائين فان السبب الظاهر متى اقيم مقام المعنى الخفي تيسيرا اسقط اعتبار معنى
الباطن مع ان ذلك يتصور بان يطاها احدهما فلا يخلص الماء الى رحمها حتى يطاها الثاني
فيخلص الماءان الى الرحم معا ويختلط الماءان فيتخلق منهما الولد بخلاف البيضتين للجنين
لانه لا يتصور الاختلاط بينهما قال فان كان المدعون للنسب اكثر من اثنين فعلى قول
ابي حنيفة يثبت منهم وان كثروا اخذا بالقياس كما قررنا وعند ابي يوسف لا يثبت فيما
زاد على المثنى لان ثبوته من اثنين بحديث عمر وعلي رضي الله عنهما وفيما زاد على ذلك نوجد
بالاصل القياس الذي قرره الخصم لاستحالة اثبات نسب من عشرة او اكثر ومحمد رحمه الله
يقول يثبت من ثلثة ولا يثبت من اكثر من ذلك فاما من الامتين يثبت النسب يثبت النسب
عند ابي حنيفة وكذلك من الحرتين اذا ادعيا لقيطا او اقامتا البينة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يثبت النسب من المراتين بحال ووجههما في ذلك ان ثبوت النسب من المراة بسبب
بسبب انفصال الولد عنها ولهذا يثبت من الزانية وهذا بسبب معاين يوقف عليه
فيعتبر حقيقة ولا يتصور انفصال ولد واحد من امراتين فيتيقن بكذب احد الفريقين
ولا يعرف الصادق من الكاذب فتبطل البينتان بخلاف الرجلين فسبب ثبوت النسب
من الرجل الفراش على ما قررنا وابو حنيفة رحمه الله يقول نعم حقيقة هذا النسب
من امراتين محال ولكن المقصود من النسب حكمه لا عينه وهو الحضانة والتربية
من جانب الام وهذا الحكم قابل للاشتراك فتقبل البينتان لاثبات الحكم ويكون ذكر
النسب كناية عن الحكم مجازا وهو نظير ما قاله ابو حنيفة فيمن قال لعبده وهو اكبر
سنا منه هذا ابني يعتق عليه وان كان صريح كلامه محالا ولكن يجعل كلامه كناية عن حكمه
مجازا ومما قال لا يبطل بدعوى النتاج فان ولادة شاة واحدة من شاتين حقيقة محال
ومع ذلك اذا اثبتا الخارجان ذلك بالبينة يقضى بالحكم المطلوب وهو الملك لانه

قابل

قابل للاشتراك فهذا مثله قال واذا كان ثوبا محشوا في يد رجل فاقام رجل البينة انه
له قطعه وحشاه وخاطه في ملكه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضى به
للمدعي لان الحشو والخياطة قد يكون غير مرة فلم يكن في معنى النتاج وكذلك الجبة المحشوة
والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والانماط والوسايد لان هذا مما يتكرر
وكذلك الثوب المصبوغ بالعصفر او الزعفران او الورس اذا اقام الخارج وذو اليد
كل واحد منهما البينة انه له صبغه في ملكه لان الثوب يصبغ غير مرة وقد يصبغ على لون
ثم يصبغ على لون اخر فلم يكن ذلك في معنى النتاج وكذلك اواني الصفر والحديد يقضى به
للمدعي الا ان يعلم انه لا يصبغ الا مرة فحينيذ يكون في معنى النتاج وكذلك الابواب
والسرر والكراسي اذا اقام كل واحد منهما انه نجره في ملكه فان كان ذلك لا يكون الا مرة
واحدة يقضى به لذي اليد لانه يكون في معنى النتاج فان كان يكون غير مرة او لا يعلم
يقضى بها للمدعي لانه ليس في معنى النتاج وعلى هذا الخفاف والنعال والقلانس قال
ولو كانت الدعوى في سمن او زيت او دهن واقام كل واحد منهما البينة انه له عصره
وسلاه في ملكه فانه يقضى به لذي اليد لان هذا لا يكون الا مرة واحدة فهو في معنى النتاج
وكذلك السويق والعصير والخل والجبن واشباه ذلك واما الشاة المسلوخة اذا اقام
كل واحد منهما البينة انها شاته ضحى بها وسلخها فانه يقضى بها للمدعي لان الذبح والسلخ
ليس بسبب للملك الا ترى ان الغاصب لا يملك به فلم يكن هذا في معنى النتاج في اثبات اوليته
الملك فلهذا قضينا به للمدعي وان اقام خارجان البينة في دعوى الدابة احدهما على
الملك المطلق والاخر على النتاج فانه يقضى بها لصاحب النتاج لاثباته اولية الملك
لنفسه فانها لا تملك الا من جهته والاخر لا يدعي تملكها من جهته في الكتاب قال عن
شريح رحمه الله الناتج احق من العارف يعني بالعارف الخارج الذي يدعي ملكا مطلقا
ولو كانت الدعوى في لحم مشوي او سمك مشوية واقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما
البينة انه شواه في ملكه يقضى بها للمدعي لان الشي قد يكون غير مرة فان اللحم يشوى
ثم يعاد ثانيا فلم يكن في معنى النتاج وكذلك المصحف اذا اقام كل واحد منهما البينة
انه مصحفه كتبه في ملكه يقضى به للمدعي لان الكتابة ليست سبب الملك ولكنه
قد يتكرر ثم يمحى ثم يكتب فلهذا قضينا به للمدعي قال ولو كانت الدعوى في امة فاقام
احد الخارجين البينة انها امته ولدت في ملكه واقام الاخر البينة انها امته سرقت
منه فانه يقضى بها لصاحب الولادة وكذلك لو شهد شهود السرقة انها امته ابقت منه
او غصبها اياه والبد فهو لصاحب الولادة لان في بينته اثبات اولية الملك وليس في
البينة الاخرى ذلك فكان استحقاقه سابقا وكذلك في الدابة اذا شهد شهود احدهما
بالنتاج وشهود الاخر انها دابته اجرها من ذي اليد او اعارها او رهنها اياه فهي
لصاحب النتاج لان في شهادة شهوده دليل سبق ملكه قال واذا كان الثوب
في يد رجل فاقام اخر البينة انه نسجه ولم يشهدوا انه ملكه لم يقض له به لانهم
لو شهدوا له بالملك فقد ينسج الانسان ثوب الغير باذنه ولا يملكه كالنساج ينسج
ثيابا للناس وكذلك لو اقام البينة في دابة انها نتجت عنده او في امة انها ولدت
عنده فليست هذه اللفظة شهادة بالملك للمدعي فلا يستحق به شيئا وكذلك لو
شهدوا انها ابنة امته فليس في هذه اللفظة شهادة بالملك له انما فيه شهادة
بالنسب الا ترى انه قد يشتري امة ولها ابنة في يد غيره فهي ابنة امته ولا تكون

مملوكة له او نسبي بعد الانفصال عنها فهي ابنة امته ولا تكون مملوكة له وكذلك لو شهدوا
على ثوب انه غزل من قطن فلان ونسج لم يقض له به لان الملك في القطن لا يكون سببا
لملك الغزل والثوب فان الغاصب اذا غزل القطن ونسجه كان مملوكا له ولم يكن
مالكا للقطن والمغصوب منه كان مالكا للقطن فلا يملك الثوب فليس في هذا اللفظ شهادة
بالملك له نصا فان قال انا امرته ان يغزله وينسجه قضي له بالثوب لان عمل الغير بامره
كعمله بنفسه والذي غزله ونسجه بانكاره الامر يدعي تملكه عليه فلا يصدق الا بحجة
ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع حصد من ارض فلان فاراد صاحب الارض
اخذ الحنطة لم يكن له ذلك وفي رواية ابي حفص قال له ان ياخذ الحنطة لانهم اضافوا
الارض اليه ملكا ويدا فما في يده من الزرع يكون في يده وهذه نظير شهادتهم انه
اخذها من يده فيؤمر بالرد عليه وجه رواية ابي سليمان انهم ما شهدوا بالملك له
في الزرع انما اضافوا الارض اليه بالملكية وقد تكون الارض مملوكة له والزرع الذي
فيها لغيره كمن غصب ارضا فزرعها وكذلك ما شهدوا باليد في الزرع ولا في الارض نصا
فانه ليس من ضرورة كون الارض مملوكة له ان يكون في يده فلهذا لا يستحق شيئا وكذلك
لو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع كان في ارضه وان هذا التمر من نخل كان في ارضه
وان هذا الزبيب من ارض كان من كرم في ارضه لانهم ما اضافوا ما وقع فيه الدعوى
اليه ملكا ولا يدا وقد يكون النخل والكرم في الارض لغير صاحب الارض ملكا ويدا
ولو اقر به الذي في يديه اخذ به لان اقراره بالاخذ من ملكه بمنزلة الاقرار
بالاخذ من يده فيؤمر بالرد عليه وهذا لان الاقرار يوجب الملك بنفسه قبل ان يتصل
به القضاء فنوع احتمال فيه لا يمنعنا من العمل بظاهره فاما الشهادة لا توجب الحق
الا بقضاء القاضي وانما يقضي القاضي بالمشهود به فاذا لم يكن في الشهادة تنصيص
على ملك او يد للمدعي في المدعى لا يقضى به له يوضحه الفرق انه في اقراره بيان من لا يستحق به
شيئا قال وان شهدوا ان هذا التمر اخذ هذا من نخل فلان قضي له هذا بمنزلة
ما لو شهدوا انه اخذه من يد فلان لان المتصل بنخله من التمر يكون في يده ولو شهدوا
انه خرج من نخل فلان وهو يملكه او ان هذا العبد ولدته امة فلان وهو يملكها قضي
له بجميع ذلك لانهم صرحوا بالتولد من ملكه والمتولد من ملك الانسان لا يكون مملوكا
له الى ان يتملكه الغير بسبب عارض من وصية او غيرها فكان هذا وشهادتهم
بالملك له في المدعى سواء وكذلك لو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا لانهم اضافوا
اليه بالملكية وشهدوا ان هذه الحنطة جزء منه فان من للتبعيض فكان هذا تنصيصا
على الشهادة بالملك له في الحنطة وكذلك لو شهدوا ان هذا الزبيب من كرم
هذا وان هذا التمر من نخل هذا قضي به له بشهادتهم بالتولد من ملكه ولو شهدوا
ان فلانا غزل هذا الثوب من قطن فلان وهو يملك القطن ونسج الثوب فانا نقضي
على الذي غزل مثل ذلك القطن لما بينا ان ملك القطن ليس بسبب لملك الثوب ولكن
من غزل قطن الغير ونسجه فالثوب له وهو ضامن لمثل ذلك القطن فان
قال صاحب القطن امرته بذلك اخذ الثوب لانهما اتفقا على انه كان مالكا
للقطن والذي غزل ونسج يدعي تملكه عليه بالضمان وهو منكر لذلك فالقول قوله
كما لو ادعى التملك عليه بالبيع فانكره وكذلك لو شهدوا ان فلانا طحن هذا الدقيق
من حنطة فلان وهو يملكه قضي عليه بحنطة مثلها وان قال رب الحنطة انا امرته

أخذ

اخذ الدقيق لما بينا قال واذا كان الدجاج او شيء من الطيور في يد رجل فاقام رجل
البينة ان له فرخ في ملكه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضي به لذي اليد لان
هذا في معنى النتاج لا يتكرر ولو اقام المدعي البينة انه له فرخ في ملكه ان البيضة التي
خرجت هذه الدجاجة منها كانت له لم يقض له بالدجاجة ولكن يقضي على صاحب الدجاجة
ببيضة مثلها لصاحبها لان ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة فان من غصب بيضة
وحضنها تحت دجاجة كان الفرخ للغاصب وعليه بيضة مثل المغصوبة وهذا لا
يشبه الولادة والنتاج لان من غصب امة او دابة فولدت عنده لا يملك الولد بل هو
لصاحب الاصل وهذا لان البيضة بالحضانة تصير مستهلكة فيحال بحدوث الفرخ
على عمل الحضانة بخلاف الدابة والامة فانها لا تصير مستهلكة بالولادة فتكون
مملوكا لصاحب الاصل لتولده من ملكه قال ولو غصب دجاجة فباضت عنده
فالبيضة لصاحبها لتولدها من ملكه فان باضت بيضتين فحضنت الدجاجة بنفسها
على احديها فخرج منها فرخ وحضنها الغاصب على الاخرى فخرج منها فرخ فالفرخ الاول
للمغصوب منه مع الدجاجة والفرخ الاخر للغاصب لان ما حصل بفعله يصير
مملوكا له وما حصل بفعل الدجاجة بنفسها لا صنع للغاصب فيه فلا يملكه بل يكون
لمالك الاصل كما قلنا فيمن غصب حنطة فزرعها كان الزرع له ولو هبت الريح
بالحنطة فجعلتها مزروعة في الارض كان الزرع لصاحب الحنطة لان بناء الحكم
على فعل الزارع غير ممكن فيجعل مملوكا لصاحب الاصل ولان ما حضنه الغاصب
صار مستهلكا بفعله فيكون ضامنا لمثله ويصير مملوكا له بالضمان فانما يتولد
الفرخ من ملكه فاما ما حضنت الدجاجة بنفسها لم تصر مضمونة على الغاصب
فلا يملكها فبقي ذلك الفرخ ملكا لصاحب الاصل قال ثوب مصبوغ بعصفر في يد رجل
فشهد شاهدان ان هذا العصفر الذي في هذا الثوب لفلان صبغ به هذا الثوب فلا
يدري من صبغه وجحد ذلك صاحب الثوب فادعى صاحب العصفر ان رب الثوب
الذي فعل ذلك فانه لا يصدق عليه لانه يدعي ضمان قيمة العصفر دينا في ذمته
وهو منكر وليس هذا في شهادة شهوده ما يوجب ذلك فان ثوب الغير اذا هبت به
الريح والقته في صبغ انسان فانصبغ كان الصبغ لصاحبه في الثوب الاخر وليس
له ان يضمن صاحب الثوب شيئا ولكن يقوم الثوب ابيض ويقوم مصبوغا فان شاء
رب الثوب ضمن له ما زاد العصفر في ثوبه وان ابى بيع الثوب فيضرب فيه صاحب الثوب
بقيمة ثوبه ابيض وصاحب العصفر بما زاد العصفر في ثوبه لانهما شريكان في
الثوب المصبوغ احدهما بالثوب والاخر بالعصفر ولكن الثوب فيه اصل والعصفر
فيه وصف فكان الخيار لصاحب الاصل دون صاحب الوصف قال وان كان الدعوى
في لبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة انه له ضربه في ملكه يقضى به
للمدعي لان اللبن يضرب غير مرة بان يضرب ثم يكسر ثم يضرب فلم يكن في معنى
النتاج فلهذا قضي به للمدعي قال واذا كان الدعوى في جبن فاقام الخارج وذو
اليد كل واحد منهما البينة انه جبنه صنعه في ملكه فهو للذي في يديه لان الجبن
لا يصنع الا مرة وهو سبب لاولية الملك بمنزلة النتاج فهذه المسئلة على خمسة
اوجه احدها ما بينا والثاني انما اقام كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي صنع
منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعي لان اصل المنازعة في اللبن وبينة كل واحد

منهما فيه قامت على الملك المطلق والثالث ان يقيم كل واحد منهما البينة انه حلب اللبن الذي
صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى به لذي اليد لان الحلب في اللبن لا يتكرر فكان
في معنى النتاج والرابع اذا اقام كل واحد منهما البينة ان الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع
منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعي لان المنازعة في ملك الشاة وبينة كل واحد منهما فيه
قامت على الملك المطلق والخامس ان يقيم كل واحد منهما البينة ان الشاة التي حلب منها اللبن
الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه فالبينة بينة ذي اليد لان الجنبين قامتا
على النتاج في الشاة التي كانت المنازعة فيها قال ولو كانت الدعوى في اجر او جص او نوره
واقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه في ملكه قضيت به لذي اليد وكان ينبغي ان
يقضى بالاجر للخارج ويجعل هذا بمنزلة الشي في اللحم ولكنه قال طبخ الاجر لا يتكرر فانه
بالطبخ الاول يثبت له اسم الاجر وان اعيد طبخه بعد ذلك لا يحدث به اسم اجر نعرفنا
انه مما لا يتكرر وكذلك طبخ الجص والنوره فكان هذا في معنى النتاج وان كان الدعوى
في جلد شاة واقام كل واحد منهما البينة انه جلده وسلخه في ملكه فقضى به لذي اليد
لان سلخ الجلد لا يتكرر فكان في معنى النتاج ولو لم تقم البينة على ذلك انما ولكن المدعي اقام
البينة انه جلد شاته ولم يشهدوا انه لم يقض له بالملك وكذلك لو شهدوا على صوف
انه صوف شاته او على لحم انه لحم شاته قال عيسى رحمه الله هذا غلط واري جواب محمد رحمه الله
في هذه الفصول لا يستمر على اصل واحد وقد قال قبل هذا اذا قالوا هذه الحنطة من
زرع هذا او هذا الزبيب من كرمه او هذا التمر من نخله قضى له به واي فرق بين تلك
المسايل وبين هذه المسايل بل الجلد والصوف واللحم في كونه مملوكا بملك الاصل ابلغ
من ملك الزرع والتمر والزبيب بملك الاصل فان قيل ان هنا قد ينفصل ملك الصوف عن
ملك الاصل بالوصية فكذلك في تلك المسايل ولكن ما ذكره محمد رحمه الله صحيح لانهم ما جعلوا
المدعا هنا في شهادتهم من ملكه انما نسبوه الى شاة ثم نسبوا اليه الشاة بالملكية فلم يكن
شهادة في الملك بالمدعا نصا فاما هناك شهدوا ان المدعا بالملك من ملكه وذلك شهادة
بالملك له في المدعا نصا قال ولو كانت شاة مسلوخة في يد رجل وجلدها وراسها
وسقطها في يد اخر فاقام ذو اليد في الشاة البينة ان الشاة والجلد والراس والسقط
له واقام الذي في يده السقط البينة على مثل ذلك فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يد
صاحبه لان كل واحد منهما اثبت فيما في يدي صاحبه ملكا مطلقا بالبينة وبينة
الخارج في دعوى الملك المطلق تترجح ولو اقام كل واحد منهما البينة ان الشاة شاته
نتجت عنده في ملكه فذبحها وسلخها وان له جلدها وراسها وسقطها يقضى بالكل للذي
الشاة في يديه لانه اثبت ببينته النتاج في الشاة فاستحق القضا باولية الملك له
فيها وجلدها وراسها وسقطها يتبعها فلهذا قضينا بالملك لذي اليد قال ولو كانت
شاة في يدي رجل وشاة اخرى في يد اخر فاقام كل واحد منهما البينة على شاة صاحبه
الذي في يديه انها شاته ولدت في ملكه من هذه الشاة التي في يديه فانه يقضى لكل واحد
منهما بشاة صاحبه التي في يديه وتاويل هذه المسالة فيما اذا كان سن الشاتين مشكلا
فاما اذا كان معلوما واحداهما يصلح اما للاخرى والاخرى لا تصلح امالها وكانت
علامة الصدق ظاهرة في شهود احدهما وعلامة الكذب ظاهرة في شهادة شهود
الاخر يقضى لها بما ظهر فيه علامة الصدق فاما عند الاشكال لا يظهر علامة الصدق
ولا الكذب في شهادة احدهما فكل واحد منهما فيما في يده اقام البينة على الملك المطلق

وصاحبه

وصاحبه اقام البينة على النتاج وبينة الخارج على النتاج اولى من بينة ذي اليد في الملك
المطلق فلهذا قضينا لكل واحد منهما بما في يد صاحبه وعن ابي يوسف انه تبطل البينتان
جميعا لتيقننا بكذب احدهما فان كل واحد منهما لا يتصور ان يكون والدا لصاحبه ومولودة
منها ولو اقام البينة ان الشاة التي في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة صاحبه ولدتها
شاته هذه في ملكه واقام الاخر البينة على مثل ذلك يقضى لكل واحد منهما بما في يده لان
كل واحد منهما فيما في يديه اقام البينة على النتاج وبينة ذي اليد على النتاج مقدم على
بينة الخارج ولو اقام احدهما البينة ان الشاة التي في يده شاته ولدت في ملكه وان شاة
صاحبه له ولدتها شاته في ملكه واقام الاخر البينة على مثل ذلك فهذا والاول سوا
يقضى لكل واحد منهما بما في يده لاثباته النتاج فيها قال ولو كانت شاتان في يدي رجل
احداهما بيضا والاخرى سودا فادعاها رجل واقام البينة انها له وان هذه البيضا
ولدت هذه السودا في ملكه واقام ذو اليد البينة انها له وان هذه السودا ولدت هذه
البيضا في ملكه فانه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي ذكر شهوده انها ولدت في ملكه
لانه اثبت النتاج فيها بالبينة وصاحبه اثبت فيها ملكا مطلقا والبينة على النتاج
اولى من البينة على المطلق سوا كان من ذي اليد او الخارج قال واذا كانت شاة في يد
رجل فاقام رجل البينة انها شاته ولدت في ملكه فقضى القاضي له بها ثم جا اخر واقام
البينة انها شاته ولدت في ملكه وقال ذو اليد للقاضي قضيت لي بالولادة بالبينة
فان كنت قضيت بذلك والا اعدتها فانها تاخر بان يعيد بينته لان القضا بالبينة
الاولى كان على خصمه خاصة فيجعل اقامتها في حق الثاني وجودا وعدما بمنزلته لا
المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق شخص اخر
الا ترى ان في الملك المطلق يصير ذو اليد مقضيا عليه دون غيره من الناس فان
اعاد بينته قضى له بها بعد ما بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم
يعدها قضى بها للمدعي ثم اقام المقضي له الاول شهوده على الولادة فان القاضي
يقبل بينته ويبطل قضاه للاخر وهذا استحسان وفي القياس لا يقبل بينته
لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له
ووجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت اولية الملك لنفسه وان
هذا العين حادث على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر ذو
اليد مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطا في قضايه وان اولية
الملك لذي اليد فلهذا نقض قضاوه بخلاف الملك المطلق فان قيل القضا ببينة الخارج
مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن ابي ليلى رحمه الله بينة الخارج اولى
فينبغي ان لا ينقض قضاه القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاه
عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قايمة عنده وقت القضا فترجح باجتهاده بينة
الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قايمة عند قضايه فلم يكن قضاوه عن اجتهاد
بل كان لعدم ما يدفع من ذي اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضا الاول وعلى
هذا لو اقام الخارج البينة على الملك المطلق وقضى القاضي بها له ثم اقام ذو
اليد البينة على النتاج يقضى بها له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها
له وينقض القضا الاول لما بينا قال امة في يد رجل اقام رجل البينة
انها فلانة من بلد كذا فقضى له بها على هذا الرجل بشهادة شهود شهدوا عنده واقام ذو اليد
البينة

انها امته ولدت في ملكه فهذه المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه منها يقضي القاضي بها للمدعي
بالاتفاق وهو ما اذا شهد شهود المدعي ان قاضي بلد كذا قضى له بها مطلقا ولم
يزيدوا على هذا شيئا لان من الجائز ان ذلك القاضي انما قضى له بها بشهادة شهود شهدوا
عنده انه اشتراها من ذي اليد او وهبها له فلا تكون بينة ذي اليد على الولادة في ملكه
مبطلا لذلك القضاء بل يكون مقررا وكذلك ان فسر شهود القضاء بعد التفسير فهو
اكد في تنفيذ ذلك القضاء والوجه الثاني ان يشهد شهود المدعي ان قاضي بلد كذا قضى
له بها بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته او بشهادة شهود شهدوا عنده انها امته
ولدت في ملكه فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف بينة المدعي اولى في هذين الفصلين
ولا ينقض القاضي الثاني قضاء الاول وعلى قول محمد بينة ذي اليد على الولادة
في ملكه اولى فيقضي بها له ووجه قوله ان ذا اليد لو اقام هذه البينة عند القاضي
الاول نقض الاول قضاءه وقضى بها لذي اليد فكذلك اذا اقامها عند الثاني لان
ثبوت قضاء الاول عند الثاني بالبينة لا يكون اقوى من مباشرته القضاء بنفسه وهذا
لان الشهود لما اثبتوا سبب القضاء رأينا احتمال التملك على ذي اليد بسبب من
جهته وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان قضاء القاضي الاول نفذ بيقين فليس
للثاني ان يبطله مع الاحتمال كما في الفصل الاول وبيان الاحتمال هنا انا اذا لو
بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته فيحتمل انها مملوكته اشتراها من ذي اليد ولكنهم
تركوا هذه الزيادة للتلبيس على القاضي فان قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده انها
ولدت في ملكه فيحتمل ان ذا اليد كان اقام هذه البينة عند ذلك القاضي فترجح باجتهاده
بينة الخارج وقضى بها له وكان ذلك قضاء نافذا لا يجوز ابطاله بعد ذلك فلهذا
لا ينقض الثاني قضاء الاول مع الاحتمال ومثل هذا الاحتمال لا يوجد اذا اقام
ذو اليد بينة الولادة عند القاضي الاول وكذلك لو تنازع فيها خارجان فاقام احدهما
البينة انها امته قضى له بها قاضي بلد كذا بشهادة شهود شهدوا عنده انها له على هذا
واقام الآخر البينة انها امته ولدت في ملكه فعند محمد يقضي بها لصاحب الولادة
وعندهما يقضي بها لصاحب القضاء لان مع الاحتمال لا يجوز نقض القضاء كما بينا
قال محمد رحمه الله عبد في يد رجل فاقام آخر البينة انه عبده ولد في ملكه
وقد قتلوا وقتا فكان العبد اكثر من ذلك او اصغر معروف فشهادة الشهود باطلة
ليتيقن القاضي بمجازفتهم فيها وهذا يبين لك ان الصواب في القضاء نصفين في قوله
فان كانت الدابة على غير الوقتين فالجواب بطلان الشهادتين

باب الشهادة في الولادة والنسب

عبد صغير في يد رجل يدعي انه عبده فالقول قوله لان من لا يعبر عن نفسه
بمنزلة المتاع وقول ذي اليد فيما في يده حجة للدفع فان ادعى انه ابنه فعليه البينة
لانه يدعي نسب ملك الغير فلا يقبل قوله الا بحجة فان اقام البينة انه ابنه
قضى انه ابن له لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان في الحكم بثبوت النسب منه
حكم بانه مخلوق من مائه وما الحر جزء منه فيكون حرا وان لم يتصل برحم الامة وحين
لم يبينوا امه في الشهادة لم يظهر اتصال مائه برحم الامة فبقي على الحرية فهذه البينة
موجبة حرية الولد فلا يعارضها قول ذي اليد في اثبات رقه وكذلك لو كان الذي

بديه

بيده يدعي انه ابنه فالمدعي الذي اقام البينة اولى بالقضاء بالنسب له لان البينة لا يعارضها
اليد ولا قول ذي وكذلك لو كان المدعي ذميا او عبدا اثبت النسب منه لاثباته دعواه
بالحجة والعبد والذمي من اهل النسب كالحر المسلم فان اقام ذو اليد البينة انه ابنه
قضيت بنسبه للذي اليد لان هذا في معنى النتاج وقد بينا ان ذي اليد هناك يترجح
على بينة الخارج وكذلك ان اقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امراته هذه قضي
بقبوله لذي اليد ومن امراته وان جحدت هي ذلك لان النسب وهو الفراش بينهما
قائم والحكم متى ظهر عقيب سبب ظاهر يحال به على ذلك السبب وذلك الفراش
بينهما يثبت النسب منهما من ضرورة ثبوته من احدهما بذلك السبب ثبوته من الآخر
ولا ينتفي بجحودها وكذلك لو جحد الاب وادعته الام ولو كان الصبي في يد عبد وامراته
الامة واقام البينة انه ابنهما واقام حر من العرب او من الموالي او من اهل الذمة
انه ابنه من امراته هذه وهي مثله فانه يقضي ببينة الخارجين لان في بينتهما زيادة
اثبات الحرية للولد والبينات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات قال ولو كان الصبي
في يد رجل فاقام رجل البينة انه ابنه من امراته هذه وهما حران واقام ذو اليد
البينة انه ابنه ولم ينسبوه الى امه فانه يقضي به للمدعي لزيادة الاثبات في بينته
وهو ثبوت النسب من امه الزيادة في اثبات النسب كزيادة اثبات الحرية وكذلك
ان كانت هي المدعية فان ثبوت النسب بالفراش بينهما فيكون احدهما خصما عن
الآخر في الاثبات ولو اقام الخارج البينة انه ابنه وشهد شهود ذي اليد على اقرار
انه ابنه قضي به للمدعي لان ثبوت اقرار ذي اليد بالبينة لا يكون اقوى من سماع القاضي
اقراره وذلك يندفع ببينة الخارج ثم اعاد مسئلة الرجلين والمراتين وقد بيناه فرع
عليه ما لو وقت كل واحد منهما وقتا فانه ينظر الى سن الصبي فان كان مشكلا فهو وما لم
يوقتا سواء يقضي به لهما وان كان مشكلا في احدهما وهو اكبر سنا من الآخر او اصغر
معروف قضيت به للمشكل لان علامة الكذب ظهرت في شهادة الآخرين ولم يظهر
في شهادة هؤلاء لكونه محتملا للوقت الذي وقتوه قال ولو كان الصبي في يد رجل فاقامت
امراة البينة انه ابنها قضيت بالنسب منها لاثباتها النسب منها الدعوى بالحجة
وان كان ذو اليد يدعيه لم يقض له به لان مجرد الدعوى لا يعارض البينة فان قيل
لا منافاة بين ثبوته منه ومنها قلنا نعم ولكن لا يمكن اثبات النسب منهما الا بالقضاء
بالفراش بينهما ومجرد قوله ليس بحجة عليها في اثبات الفراش في النكاح بينهما ولو لم
تشهد للمراة الا امراة واحدة شهدت انها ولدته فان كان ذو اليد يدعي انه ابنه او عبده
لم يقض للمراة بشيء لان الاستحقاق الثابت باليد لا يبطل الا بشهادة المراة الواحدة
فانها ليست بحجة في ابطال حق الغير وان كان الذي في يديه لا يدعيه فاني اقضي به
للمراة بشهادة امراة واحدة وهذا استحسان وفي القياس لا يقضي لان اليد في اللقيط
مستحق لذي اليد لو اراد غيره ان ينزعه من يده لم يملك فلا يبطل ذلك بشهادة امراة واحدة
وفي الاستحسان تمحض هذا منفعة للولد في اثبات نسبه وحريته وليس فيه ابطال
حق لذي اليد لانه لا يدعي في الولد شيئا انما يده فيه للصيانة عن ضياعه فلهذا اثبتنا
النسب منها بشهادة القابلة قال عبد في يد رجل اقام رجل البينة انه عبده ولد في
ملكه وانه اعتقه واقام ذو اليد البينة انه عبده ولد في ملكه فاني اقضي به
للذي اعتقه لان في هذه البينة زيادة الحرية فلو رجحنا بينة ذي اليد جعلناه

مملوكا له وكيف يجعل مملوكا وقد قامت البينة على الحرية ولو كان المدعي دبره او كاتبه
لم يستحق بهذا شيئا اما في الكتابة فلا اشكال لانه عقد يحتمل الفسخ كالبيع والاجارة فكانه
اقام البينة على تصرفه فيه ببيع او اجارة فلا يترجح به واما في التدبير فعند اعادة المسئلة
في اخر الكتاب وجعله كالعتق ففيه روايتان وجه تلك الرواية ان بالتدبير يثبت له حق
عتق لا يحتمل الفسخ فكان معتبرا بحقيقة العتق لانه يثبت الولا على العبد بسببه في الموضعين
جميعا واذا كان الولا هو المقصود والملك يتبع فيترجح بينة ذي اليد لاثبات الولاء
دون ملكه بخلاف العتق فان الملك لا يبقى بعد العتق فيكون المقصود هنالك اثبات
الولا ولو اقام الخارج البينة انه ابنه ولد في ملكه واقام ذو اليد البينة انه عبده
ولد في ملكه قضى به للمدعي لان في بينته اثبات الحرية فان المولود من امته في ملكه حر الاصل
واذا كان يترجح عند اثبات حرية العتق فعند اثبات حرية الاصل اولى قال صبي في
يد امراة فاقامت امراة شاهدة انه ابنها قضيت به للذي هو في يديها لان الجانبين
استويا في دعوى النسب فيترجح جانب ذي اليد وكذلك لو شهد لكل واحد منهما رجلان
ولو شهد للمدعية رجلان وللتي في يديها امراة قضيت به للمدعية لان شهادة المراة الواحدة
لا تقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المراة حجة
ضرورية ولو كان الصبي في يد رجل وامراتان يدعيان انه ابنهما فشهدت لهما امراة
واحدة واقام رجل اخر شاهدين انه ابنه من امراته هذه قضيت به للمدعي لان شهادة
المراة الواحدة لا تعارض شهادة رجلين فسقط اعتباره وبقي اليد في احد الجانبين والبينة
في الجانب الاخر واليد لا تعارض البينة ولو كان صبي في يدي ذمي فشهد له ذميان انه
ابنه واقام مسلم شاهدين مسلمين انه ابنه قضيت به للمسلم لان بينة المسلم حجة
على خصمه الذمي وبينة الذمي ليست بحجة على خصمه المسلم وكذلك لو كان شهود المسلم
من اهل الذمة فان كان شهود الذمي من المسلمين وشهود المسلم من اهل الذمة او من اهل
الاسلام قضيت به لذي اليد لان هذا في معنى النتاج لا يتكرر وان كان الصبي في يد ثالث
مسلم او ذمي قضيت به للمسلم لان في بينته اثبات الزيادة وهو اسلام الولد ولان احد
البينتين يوجب كفره والاخرى توجب اسلامه فيترجح الموجب للاسلام على الموجب للكفر ولو كان
الصبي في يد رجل وامراة فقال الرجل هو ابني من فلانة لامراة غيرها وقالت المراة هو ابني
من زوجي فلان واقام كل واحد منهما البينة جعلته ابن هذين اللذين في يدهما لان سبب النسب
فيما بينهما ظاهر وهو الفراش فيحال به على النسب ويثبت النسب منهما ولان اكثر ما في
الباب ان كل واحد من الحاضرين ينتصب خصما عن كل واحد من الغائبين والغائبان
خارجان ولو اقاما البينة بانفسهما ترجحت بينة ذي اليد على بينتهما فكذلك هنا قال
صبي في يد رجل فاقام مسلم البينة انه ابنه من امراته هذه الحرة واقام عبد البينة انه ابنه
ولد على فراشه من هذه الامة واقام مكاتب البينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه المكاتبة
فاني اقضي به للحر لان البينات استوت في اثبات النسب وفي الحر زيادة اثبات الحرية
للولد فان لم يدعه الحر وانما ادعاه المكاتب والعبد فاني اقضي به للمكاتب لان في بينته
زيادة فان ولد المكاتبة يكون مكاتبا والكتابة بعقد العتق ويثبت به للمكاتب ملك
اليد والمكاسب فكان المثبت للزيادة من البينتين اولى قال ولو ادعى نصراني ويهودي
ومجوسي واقام كل واحد منهم البينة قضيت به لليهودي والنصراني لان دين اليهود والنصارى
اذا قوبل بدين المجوس فدين المجوس شر منهما الا ترى ان ذبائح اليهود والنصارى تحل

وكذلك

وكذلك مناكحتهم ولا تحل ذبائح المجوس ومناكحتهم للمسلمين فكان حال اليهودي والنصراني
مع المجوسي كحال المسلم مع اليهودي ولهذا قلنا ان المولود بين المجوسي والكتابي يكون
بمنزلة الكتابي تحل ذبيحته وعلى قول زفر والشافعي لا تترجح البينة في هذه المواضع بالدين
اعتبارا لدعوى النسب بدعوى الملك ولو ادعى مسلم وكافر ملكا واقاما البينة او كتابي
ومجوسي واقاما البينة لم تترجح احدهما ولكنا نقول في دعوى الملكين ليس في بينة احدهما
زيادة لان المسلم والكافر يستويان فاما في النسب في احدى البينتين زيادة منفعة
للولد فتترجح تلك البينة لهذا قال ولو ادعى عبد مسلم انه ابنه ولد على فراشه من هذه
الامة وادعى ذمي انه ابنه ولد على فراشه من امراته هذه قضي للحر الذمي لان في بينته اثبات
الحرية للولد وذلك منفعة عاجلا ولانه اذا بلغ لا يمكنه اكتساب الحرية بنفسه ولعل
الله يهديه فيسلم بنفسه فكان ترجيح جانب الحرية اولى في حقه قال صبي في يد
رجل لا يدعيه فاقامت امراة البينة انه ابنها ولدته واقام رجل البينة انه ابنه
ولد على فراشه ولم يسموا امه جعلته ابن الرجل والمراة لان العمل بالبينتين ممكن
فان الولد يكون ثابت النسب من الرجل والمراة جميعا وكذلك لو كان في يد المراة وليس في
قبول بينتها ما يدفع بينة الرجل فقضينا بالنسب منهما ومن ضرورة القضا بالفراش
بينهما وما يثبت بضرورة الشهادة فهو كالمشهود به

باب دعوى الرهط في الدار

دار في يد رجل ادعاها رجل جميعها واقام البينة وادعى اخر نصفها واقام البينة
قال ابو حنيفة رحمه الله يقسم بين المدعيين على طريق المنازعة ارباعا ثلاثة ارباعها
لمدعي الجميع وربعها لمدعي النصف وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم على طريق
العول [illegible] اثلاثا ولهذا نظاير واضداد ومن نظايرها الموصى له بجميع المال
وببعضه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين اذا لم يكن
للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا اذن له احد المولين
[illegible] ثم بيع بما فيه فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة
بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا
خطا وفقا عين اخر وغرم المولى قيمته لهما وكذلك العبد اذا قتل رجلا عمدا واخر
خطا فللمقتول عمدا اثنان وعفا احدهما ثم دفع العبد بالجنايتين وكما اتفقوا على ان
القسمة فيه بطريق العول التركة بين الورثة والغرما وضاقت التركة عن ايفا حقوقهم
والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة وكما اتفقوا على ان القسمة فيه
بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي اخر نصفه فاجاز
المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا والاصل لابي يوسف
ومحمد ان قسمة العين متى وجب بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة
بين الورثة ومتى وجب لا بسبب حق كان في العين في الاصل فالقسمة على طريق المنازعة
كما في بيع الفضولي فان حق كل واحد من المشتريين كان في العين بتحول بالشرا الى البيع
وفي مسئلة الدعوى حق كل واحد من المدعيين في العين فكانت القسمة على طريق العول
لمعنى ان حق كل واحد منهما شايع في العين فما من جزء منه الا وصاحب القليل مزاحم فيه
صاحب الكبير بنصيبه فلهذا كانت القسمة بطريق العول والاصل عند ابي حنيفة ان

كل واحد منهما اذا كان يدلي بسبب صحيح فالقسمة على طريق العول كالورثة في التركة واذا كان
يدلي لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة وما لا منازعة فيه لصاحب القليل يسلم
لصاحب الكثير كما في بيع الفضوليين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك هذا
وهذا لان المضاربة انما يصار اليها عند الضرورة وذلك عند فوت قوة السبب واستوا
السببين في صحة الصحة ففي مسئلة الدعوى سبب واستحقاق كل واحد منهما الشهادة
وهي لا توجب شيئا قبل اتصال القضا فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كان
القسمة على طريق المنازعة وما قالا لا يبطل حق الغريم في التركة فان قسمة العين بسبب حق
كان في الذمة ومع ذلك كانت القسمة عولا قال فان كان المدعي ثلاثة يدعي احدهم جميعها
والاخر نصفها والاخر ثلثيها واقاموا البينة فعند ابي يوسف ومحمد القسمة بطريق العول
فيكون اصل المسئلة من ستة تضرب مدعي الكل بسهام الدار ستة ومدعي الثلثين بسهام
الثلثين اربعة ومدعي النصف بسهام النصف ثلاثة فتقسم الدار بينهم على ثلاثة عشر سهما
وعند ابي حنيفة القسمة بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب النصف والثلثين فيما زاد
على الثلثين وصاحب الجميع يدعي ذلك فيسلم له بلا منازعة وما زاد على النصف الى
تمام الثلثين لا منازعة فيه لصاحب النصف فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين
يبقى ستة استوت منازعتهم فيه فكان بينهم اثلاثا فيسلم لمدعي النصف سدس الدار ولمدعي
الثلثين ربع الدار ولمدعي الجميع ما بقي وذلك سبعة اسهم من اثني عشر قال ولو كانت
الدار في يدي رجلين فادعى احدهما نصفها والاخر جميعها فالبينة على مدعي الجميع لان دعوى
كل واحد منهما منصرف الى ما في يده اولا لتكون يده محقة في حقه وهذا لان حمل امور المسلمين
على الصحة واجب لصاحب النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع
يدعي شيئا مما في يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان اقاما البينة فالدار كلها
لصاحب الجميع لانه اجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد فيما في يد صاحب النصف
فبينة الخارج اولى بالقبول ولو كانت الدار في يد ثلاثة نفر فادعى احدهم جميعها والاخر
ثلثيها والاخر نصفها واقاموا البينة او استحلف كل واحد منهم ونكل عن فعلى قول ابي
حنيفة القسمة على طريق المنازعة بينهم فيكون من اربعة وعشرين وسهما لان في يد كل
واحد منهم ثلث الدار ودعوى كل واحد منهم ينصرف الى ما في يده فما فضل على ذلك الى ما
في يد صاحبه لانه ليس احدهما باولى به من الاخر ولا بينة لكل واحد منهم فيما في يده فاما الثلث
الذي في يد صاحب النصف لا بينة له في ذلك وصاحب الجميع يدعي الجميع وصاحب الثلثين
يدعي النصف لانه يدعي الثلثين ثلث في يده وثلث في يد صاحبه فيكون دعواه فيما
في يد كل واحد نصف الثلث فيسلم نصف هذا الثلث لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف
الاخر بينهما نصفين لاستوا منازعتهما فيه فصار هذا الثلث على اربعة والثلث الذي
في يد صاحب الثلثين صاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر بينهما نصفين لاستوا
منازعتهما فيه فصار هذا الثلث على اربعة والثلث الذي في يد صاحب الثلثين صاحب
الجميع يدعي جميعه وصاحب النصف يدعي ربعه لانه يدعي النصف والثلث في يده
فانما بقي السدس في يد صاحبه فكان دعواه في يد كل واحد منهما نصف السدس وذلك
ربع ما في يده فثلثة ارباع ما في يده سلم لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الربع
فكان بينهما نصفين وما في يد صاحب الجميع يدعي صاحب الثلثين نصفه وصاحب
النصف ربعه وفي المال سعة فيأخذ كل واحد منهما بقدر ما ادعاه فاذا جعلت

سهام الدار على اربعة وعشرين كان في يد كل واحد منهم ثمانية والسالم لصاحب الجميع بما في
يد صاحب النصف ستة ثلاثة ارباع ما في يده وله مما في يد صاحب الثلثين سهم ويبقى له
مما كان في يده سهمان فجملة ما سلم له خمسة عشر وصاحب الثلثين اخذ مما في يد صاحب الجميع
اربعة ومما في يد صاحب النصف سهمين وذلك سته فهو له وصاحب النصف اخذ مما
في يد صاحب الجميع نصفين ومما في يد صاحب الثلثين سهما فاذا جمعت بين هذه السهام كانت
اربعة وعشرين وعندهما القسمة على طريق العول فصاحب الجميع يضرب فيما في يد صاحب
النصف بالجميع وصاحب الثلثين بالنصف فصار هذا الثلث اثلاثا وصاحب الجميع فيما
في يد صاحب الثلثين بالجميع وصاحب النصف بالربع فصار هذا الثلث اخماسا وصاحب
الثلثين يأخذ النصف فصار هذا الثلث ارباعا فقد وقع الكسر بالاثلاث والارباع والاخماس
فاضرب خمسة في ثلثة يكون خمسة عشر ثم في اربعة فيكون ستين فصار كل ثلث من الدار
ستين سهما فيكون جميعها مائة وثمانين فما في يد صاحب النصف وذلك ستون سهما لصاحب
الجميع ثلثاه وهو اربعون ولصاحب الثلثين عشرون وما في يد صاحب الثلثين لصاحب
النصف خمسة وذلك اثنا عشر ولصاحب الجميع اربعة اخماسه ثمانية واربعون ويأخذ
صاحب الجميع ربعه خمسة عشر وصاحب الثلثين النصف ثلثون فيبقى في يد صاحب الجميع
خمسة عشر وقد وصل اليه من يد الاخرين ثمانية وثلثين وثمانين وذلك مائة وثلثة
اسهم فذلك نصيبه وصاحب الثلثين اخذ من يد صاحب الجميع ثلثين ومن يد صاحب النصف
عشرين وذلك خمسون وصاحب النصف اخذ من يد صاحب الثلثين اثني عشر ومن يد
صاحب الجميع خمسة عشر فيكون سبعة وعشرين فاذا جمعت بين هذه السهام كانت مائة
وثمانين مثل سهام الدار فاستقام قال دار في يد رجل منها منزل وفي يد الاخر منها
منزل فادعى احدهما الدار بينهما نصفين وقال الاخر هي كلها لي واقاما البينة فلمدعي الكل
المنزل الذي في يده ونصف المنزل الذي في يد الاخر لان دعوى الاخر في نصف شايع فانما
يدعي هو نصف ما في يده ولا دعوى له في النصف الاخر ومدعي الجميع يدعي ذلك لنفسه
فيأخذه لانه لا منازع له ومدعي النصف يدعي نصف المنزل الذي في يده ومدعي الجميع وهنا
ينازعه في ذلك فلا يستحقه الا بحجة قال ولو كانت الدار كلها في ايديهما ولم يعرف
من نصفها في يد واحد منهما فهو بينهما نصفين لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده
فلا يستحق الاخر عليه شيئا من ذلك الا بحجة وان كانت سفلها في يد رجل وعلوها في يد اخر
وطريق العلو في الساحة فادعى كل واحد منهما ان الدار له فالدار لصاحب السفل الا العلو
وطريقه فانه لصاحب العلو لان العلو في يد صاحب العلو وكذلك طريقه في السفل
فانه مستعمل له بالتطرق فيه الى علوه فاما السفل والساحة ففي يد صاحب السفل لانه
هو المستعمل للساحة بوضع امتعته وصب وضوئه وكسر حطبه فيه فالقول فيه قوله
وان اقاما البينة فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ترجيحا لبينة الخارج على بينة
ذي اليد في دعوى الملك ولو كانت الدار في يد ثلثة فادعى احدهم النصف والاخر
الثلث والاخر السدس وجحد بعضهم دعوى البعض فان في يد كل واحد منهم
الثلث فالثلث الذي في يد مدعي السدس نصفه له لانه لا يدعي اكثر من ذلك
والنصف الاخر موقوف عنده فان قامت البينة لصاحب النصف اخذ من يد كل
واحد من صاحبيه نصف سدس الدار لانه يدعي النصف وفي يده الثلث فانما
عليه الى تمام النصف وهو السدس يدعيه في يد صاحبيه اذ ليس احدهما بصرف دعوا

البنا في يده باولى من الاخر فاذا ثبت ذلك بالبينة اخذ من يد كل واحد منهما نصف السدس
ولا يقال ان نصف ما في يد مدعي السدس هو لا يدعيه فينبغي ان ينصرف دعوى مدعي
النصف اليه حتى ياخذ كل السدس من غير اقامة البينة عليه لوجهين احدهما انه يدعي بعض
ذلك في يد صاحب الثلث فكيف ياخذ من مدعي السدس وهو انما يدعيه في يد غيره والثاني
ان باعتبار دعواه شيا مما في يد صاحب الثلث منازعة في هذا السدس الذي في يد صاحب
السدس وهو لا يدعيه ومع تمكن المنازعة لا يتمكن من اخذه الا بحجة

باب دعوى الحايط والطريق

واذا كان الحايط بين دارين فادعاه صاحب كل واحدة من الدارين فان كان لاحدهما عليه
جذوع وليس للاخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع عندنا وقال الشافعي لا يستحق بوضع
الجذوع ترجيحا على صاحبه لان وضع الجذوع محتمل وقد يكون عن استعارة وقد يكون عن غصب
والمحتمل لا يكون حجة ولنا ان واضع الجذوع مستعمل للحايط بوضع حمله عليه والاستعمال
يد وعند تعارض الدعوتين القول قول صاحب اليد كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل
كان هو اولى بها ولان الظاهر شاهد له لان وضعه الجذوع دليل على انه بنى الحايط لحاجته
اذا وضع حمله عليه ومثل هذه العلامة يثبت الترجيح كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت
يجعل ما يصلح للرجل للرجل وما يصلح للنسا للمراة وان كان لاحدهما عليه هرادي او بواري
لا يستحق به شيا لان هذا ليس بحمل مقصود يبنى الحايط لاجله فلا يثبت به الترجيح كما لو
تنازعا في دابة ولاحدهما عليها مخلاة علقها لا يستحق به الترجيح بخلاف الجذوع فانه حمل
يبنى الحايط لاجله فتثبت له اليد باعتباره وكذلك ان كان لاحدهما عليه جذوع او اتصال
وللاخر بواري فهو لصاحب الجذوع والاتصال وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال
فصاحب الجذوع اولى ومراده من هذا مداخلة انصاف اللبن بعضها في بعض اذا كان من
احد جانبيه هذا النوع من الاتصال ببنا احدهما لان وضع الجذوع استعمال للحايط والاتصال
مجاورة واليد تثبت بالاستعمال دون المجاورة فكان صاحب الجذوع اولى كما لو تنازعا في دابة
واحدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى لان الكل صار في حكم حايط واحد فهذا النوع من الاتصال في بعضه متفق عليه لاحدهما
فيرد المختلف الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذي بناه مع حايطه فمداخلة انصاف
اللبن لا يتصور الا عند بنا حايطين معا فكان هو اولى قال في الكتاب الا ان يكون
ايضا متربعا ببنا داره فيكون لصاحب الاتصال حينيذ وكان الكرخي يقول صفة
هذا الاتصال ان يكون هذا الحايط المتنازع من الجانبين جميعا متصلا بحايطين لاحدهما
والحايطان متصلان بحايط له بمقابلة الحايط المتنازع حتى يصير مربعا يشبه القبة
فحينيذ يكون الكل في حكم شي واحد فصاحب الاتصال اولى والمروي عن ابي يوسف رحمه الله
ان المعتبر اتصال جانبي الحايط المتنازع بحايطين لاحدهما فاما اتصال الحايطين بحايط
له اخرى غير معتبر وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الترجيح انما يقع له بكون ملكه محيطا
بالحايط المتنازع من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط المتنازع ولصاحب
الجذوع موضع جذوعه لان استحقاق صاحب الاتصال بالظاهر وهو حجة لدفع الاستحقاق
لا للاستحقاق على الغير فلا يستحق به على صاحب الجذوع رفع جذوعه فان قيل لما قضى
بالحايط لصاحب الاتصال ينبغي ان يومر الاخر برفع الجذوع لانه حمل موضوع له في ملك

الغير

الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللاخر مخلاة يقضي
لصاحب الحمل ويومر الاخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له
في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضا بالدابة لصاحب الحمل امر الاخر برفع المخلاة فاما
هاهنا فقد يثبت له حق وضع الجذوع على حايط الغير بان كان ذلك مشروطا في اصل
القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الاخر وهذا
بخلاف ما لو اقام احدهما البينة وقضى له به يومر الاخر برفع جذوعه لان البينة حجة
للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه وان لم يكن متصلا ببنا احدهما ولم يكن عليه
جذوع فهو بينهما نصفان لاستوايهما فيه في اليد حكما فانه يكون بين داريهما يثبت لكل واحد
منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر خشبة واحدة فلكل واحد
منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر عليه خشبة واحدة فلكل واحد
منهما ما تحت خشبته ولا يكون بينهما نصفان استحسن ذلك في الخشبة والخشبتين وهكذا
ذكر في كتاب الصلح وقال في كتاب الاقرار الحايط كله لصاحب عشر خشبات الا موضع الخشبة
فانه لصاحبها وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الحايط بينهما نصفين وهو قول
ابي يوسف وهو القياس ووجهه ان الاستعمال لموضع الخشبة يثبت اليد لصاحبها
عليه وصاحب القليل فيه يستوي لصاحب الكثير كما لو تنازعا في ثوب عامته في يد احدهما
وطرف منه في يد الاخر كان بينهما نصفين ووجه رواية الاقرار ان لصاحب العشر خشبات عليه
حمل مقصود يبنى الحايط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك لان الحايط لا يبنى
لاجل خشبة واحدة عادة وانما ينتصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب العشر خشبات
اولى به كما في الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود وللاخر مخلاة يقضي بها لصاحب
الا انه لا يومر برفع خشبة الاخر لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر فلا يستحق به
رفع الخشبة على الاخر واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الاستحقاق باعتبار وضع
الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق به في ذلك
الموضع فاما ما بين الخشبات لم يذكر في الكتاب انه يقضي به لايهما من اصحابنا رحمهم الله
من قال يقضي بالكل بينهما على احد عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة
الواحدة اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت خشبة من الحايط واكثرهم على انه يقضي به لصاحب
العشر خشبات لان استحقاق الاخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على انه بنى الحايط وللاخر
عليه علامة يستدل بها على انه هو الذي بنى الحايط فان الحايط يبنى لوضع عشر خشبات
لا لوضع خشبة واحدة فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة
استحقها صاحبها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات
وللاخر ثلاث خشبات فصاعدا قضي بينهما نصفان اعتبارا لادنى الجمع باقصاه وهذا
لان لكل واحد منهما عليه حمل مقصود يبنى الحايط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك
في القلة والكثرة كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها خمسون منا وللاخر مايه من كان بينهما
نصفين وان كان لاحدهما خشب وللاخر عليه حايط وسترة فالحايط الاسفل لصاحب
الخشب لكونه مستعملا له بوضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة السترة على حالها
لان الظاهر لا يستحق رفع سترة الاخر بمنزلة سفل لاحدهما وعليه علو لاخر وان كان لاحدهما
عليه سترة وليس للاخر عليه شي يقضي به لصاحب السترة لان الحايط قد يبنى لاجل السترة
فكان هذا علامة له لاستحقاق صاحبها وهذا بخلاف الهرادي فان الحايط لا يبنى لاجله

فلا يستحق صاحبه بذا الترجيح قال واذا كان حص بين دارين يدعيه كل واحد منهما من صاحب الدارين والقمط الى احدهما قضى به بينهما نصفان في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقضى لمن اليه القمط واستدلا بحديث دهيم بن قران ان رجلين اختصما في خص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان ليقضي بينهما فقضى بالخص لمن تليه القمط ثم اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستصوبه وابو حنيفة احتج فقال نفس القمط متنازع فيه فلا يجوز ان يجعل ذلك دليل الملك لاحدهما وهو المتنازع فيه بعينه ولان الانسان قد يتخذ خصا ويجعل القمط الى جانب جاره ليكون جانبه مستويا فيطينه ويجصصه وتاويل الحديث ان صاحب القمط اقام البينة حين تحاكما فقضى له حذيفة رضي الله عنه بالبينة وذكر القمط على سبيل التعريف كما يقال قضى لصاحب العمامة والطيلسان وكذلك لو اختلفا في حائط ووجهه الى احدهما وظهره الى الاخر فهو بينهما عند ابي حنيفة وعندهما يقضى لمن كان اليه ظهر البناء لان العادة ان الانسان يجعل ظهر البناء الى جانب نفسه ليكون مستويا وابو حنيفة رحمه الله يقول هذه قد يجعلها الى جانب جاره وقد يجعلها الى الطريق فلا يكون ذلك دليل انعدام ملكه في الحائط وكذلك ان كانت الطاقات الى احدهما فالحاصل ان ظهر البناء كله متنازع فلا يمكن جعله دليلا للحكم به لاحدهما قال واذا كان سفل الحائط لاحدهما وعلوه لاخر فاراد صاحب السفل ان يهدم السفل ليس له ذلك لان السفل فيه حق لصاحب العلو من حيث قرار بنائه عليه فلا يكون له ان يبطل حق الغير عن ملك نفسه وكذلك عند ابي حنيفة ليس له ان يفتح فيه بابا ولا كوة ولا يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك الا برضى صاحب العلو وعلى قول ابي يوسف ومحمد له ان يفتح ذلك اذا كان لا يضر صاحب العلو فان كان شيء من ذلك يضر به لم يكن له ان يفعله وكذلك لم يحفر في سفله بيرا وكذلك لو اراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء او يضع عليه جذوعا او يشرع فيه كنيفا لم يكن له ذلك في قول ابي حنيفة اضر بالسفل او لم يضر وعندهما ان اضر بالسفل لم يمنع وحجتهما ان كل واحد منهما انما يتصرف في خالص حقه فلا يمنع من ذلك الا ان يلحق الضرر عن له فيه حق كالموصى له بالخدمة مع الموصى له بالرقبة فانه لا يمنع الموصى له بالرقبة من التصرف في ملكه الا ما يضر بالموصى له بالخدمة وابو حنيفة يقول لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفل فاذا اراد ان يزيد على ذلك منع منه كما لو استاجر دابة ليحمل عليها حملا معلوما فليس له ان يحمل اكثر من ذلك وان لم يضر بالدابة وكذلك صاحب العلو له حق في بناء السفل من حيث قرار علوه عليه وفتح الباب والكوة يوهن البناء فلا يكون له ان يفعل ذلك الا برضا صاحب العلو الا ترى ان كل واحد منهما يمنع من التصرف الذي يضر بصاحبه فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصا لم يمنع احدهما من التصرف وان ادى الى الاضرار بصاحبه كالجارين قال واذا كان الحائط بين رجلين فاقام رجل البينة على احدهما انه اقر ان الحائط له فيثبت له حصته من الحائط لان ثبوت اقراره بالبينة كثبوته بالمعاينة واقرار احد الشريكين في نصف صاحبه صحيح لانه لا ضرر فيه على الشريك فلا فرق في حقه بين ان يشاركه في الحائط المقر او المقر له فان كان الحائط في يد رجل وله جذوع شاخصة فيه على دار رجل اخر فاراد ان يجعل عليه كنيفا فلصاحب الدار ان يمنعه من ذلك لان هواء الدار حق لصاحبه كساحة الدار فكما لا يكون لغيره ان يحدث في ساحة داره بناء بغير رضاه فكذلك لا يكون له احداث البناء في هواء داره بغير رضاه والجذوع الشاخصة نوع ظاهر يدفع به الاستحقاق فلا يستحق به شيئا وليس لصاحب

الدار

الدار ان يقطع الجذوع لانها وجدت كذلك ويحتمل ان يكون نفس الجذوع بحق مستحق لصاحبها فلا يكون لصاحب الدار ان يقطعها الا بحجة والظاهر لا يصلح حجة لذلك الا ان يكون جذوعا لا يحمل على مثلها شيء انما هو اطراف جذوع خارجة في داره فحينئذ يكون له ان يقطعها لان عين الجذوع غير مقصود نفسها انما المقصود هو البناء عليها فما لا يبنى على مثله لا يجوز ان يكون مستحقا له في ملك الغير فكان لصاحب الدار ان يقطعها وما يبنى عليه يجوز ان يكون مستحقا له بسبب فلا يكون له قطعها ما لم يعلم انه احدث مثلها غصبا قال واذا كان السفل لرجل والعلو لاخر فانهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه فله حق التدبير في ملك نفسه كما يشاء يبيع او يبني بخلاف ما اذا كان صاحب السفل هو الذي يهدمه لانه صار متعديا بالهدم لما لصاحب العلو في بناء السفل من حق قرار العلو عليه فيجبر على بنائه لحقه كالراهن اذا قتل المرهون او المولى قتل عبده المديون فاما عند الانهدام لم يوجد من صاحب السفل فعل هو عدوان ولكن لصاحب العلو ان يبني السفل ثم يبني عليه العلو لانه لا يتوصل الى بناء ملكه الا ببناء السفل فكان له ان يتطرق ببناء السفل ليتوصل الى حقه ثم يمنع صاحب السفل من ان يسكن سفله حتى يرد على صاحب العلو قيمة البناء لانه مضطر الى بناء السفل للتوصل الى منفعة ملكه فلا يكون متبرعا فيه والبناء ملك الباني فكان له ان يمنعه من الانتفاع بالبناء حتى يتملكه عليه باداء القيمة وذكر الخصاف انه انما يرجع على صاحب السفل بما انفق في بناء السفل ووجهه انه مأذون في هذا الانفاق شرعا فيكون كالمأمور به من صاحب السفل لان للشرع عليه ولاية ووجه هذه الرواية ان البناء ملكه فيتملكه عليه صاحب السفل بقيمته كثوب الغير اذا انصبغ بصبغ غيره فاراد صاحب الثوب ان ياخذ ثوبه يعطي صاحب الثوب ما زاد الصبغ في الثوب لان الصبغ ملك صاحب الصبغ في ثوبه وذكر في الامالي عن ابي يوسف ان السفل كالمرهون في يد صاحب العلو واذا منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله بمنزلة الرهن قال ولو كان بيت بين رجلين او دار فانهدمت لم يكن لاحدهما ان يجبر صاحبه على البناء لان تمييز نصيب احدهما من نصيب الاخر بقسمة الساحة ممكن فان بناها احدهما لم يرجع على شريكه بشيء لانه غير مضطر في هذا البناء فانه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة ليبني في نصيب نفسه بخلاف العلو والسفل وكذلك الحائط لم يكن عليه جذوع لان اس الحائط محتمل للقسمة بينهما الا ان يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبني بالخشبة فحينئذ يجبر صاحبه على بنائه واذا بناه احدهما منع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه حصة نصيبه كالعبد المشترك اذا كان عاجزا عن الكسب وامتنع احد الشريكين من الانفاق عليه كان لصاحبه ان يجبره على ذلك وان كان الحائط جذوعا لهما فلاحدهما ان يجبر صاحبه على المساعدة معه في بنائه وان لم يساعده على ذلك بناه بنفسه ثم يمنع صاحبه من وضع جذوعه عليه حتى يرد عليه قيمة حصته من البناء لان لكل واحد منهما حق في نصيب صاحبه من حيث وضع الجذوع عليه وذلك يبطل بقسمة اس الحائط بينهما فان كان الجذوع على الحائط لاحدهما دون الاخر فلصاحب الجذوع ان يبني الحائط ولا يجبر صاحبه على المطالبة بقسمة اس الحائط لان له حق وضع الجذوع على نصيب صاحبه فان كان هو الذي يطالب بالقسمة فليس له ان يمنع من ذلك لان ترك القسمة كان لحقه وقد رضي هو بسقوط حقه وصار هو في حق الاخر كانه ليس لواحد منهما عليه جذوع وكذلك الحمام المشترك اذا انهدم فهو بمنزلة الدار لان قسمة الساحة ممكن فاذا بناه احدهما لم يرجع على صاحبه بشيء قال واذا كان لرجل باب من داره في دار رجل فاراد ان يمر في داره من ذلك الباب

فبعد صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعي للطريق في دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار هو المنكر فالقول قوله مع يمينه وبفتح الباب لا يستحق شيئا لان فتح الباب رفع جزء من الحائط ولو رفع جميع حائطه لا يستحق به في ملك الغير شيئا فكذلك اذا فتح بابا وقد يكون فتح الباب لدخول الضوء والريح وقد يكون للاستيناس بالجار والتحدث معه فلا يكون ذلك دليلا على طريق له في الدار فان اقام البينة انه كان يمر في هذه الدار من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة لانهم شهدوا بيد كانت له في هذا الطريق فيما مضى وبهذه الشهادة لا يستحق المدعي شيئا الا ترى انا لو عاينا مروره مرة لم يستحق به شيئا الا ان يشهدوا ان له فيها طريقا ثابتا فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم والطريق يجوز ان يكون مستحقا له في دار الجار في اصل القسمة او وصية له به فتقبل البينة على اثباته وان لم يحدوا الطريق ولم يبينوا الذرع العرض والطول بعد ان يقولوا ان له طريقا في هذه الدار من هذا الباب الى باب الدار فالشهادة مقبولة ومن اصحابنا رحمهم الله من يقول تاويله اذا شهدوا على اقرار الخصم بذلك فالجهالة لا تمنع صحة الاقرار فاما اذا شهدوا على البتات لا تقبل لانهم لجهالة في المشهود به والاصح انها تكون مقبولة لان الجهالة انما تمنع قبول الشهادة اذا تعذر على القاضي القضاء بها وهنا لا يتعذر فان عرض الباب يجعل حكما فيكون عرض الطريق له بذلك القدر وطوله الى باب الدار قال في بعض النسخ فان لم يحدوا الطريق فذلك اجوز للشهادة وفي بعضها قال وان سموا الطول والعرض فذلك اجوز للشهادة وهذا ظاهر لان الجهالة ترتفع به واما اللفظ الاول فوجهه انه لا حاجة الى التحديد للعمل بالشهادة وربما يمتنع بذكرها العمل بها فان من العلماء من يقدر الطريق بسبعة اذرع لحديث روي فيه فلو بين الشهود عرض الطريق وربما يذكرون اقل من ذلك او اكثر والقاضي يذهب الى ذلك المذهب فيرد شهادتهم واذا اطلقوا عمل القاضي بشهادتهم فكان ترك التحديد ابعد للشهادة ومعنى قوله اي ابعد وكذلك لو قالوا مات ابوه وترك هذا الطريق ميراثا له لانهم لو نسبوا سبب ملكهم وذلك يكفي في شهادتهم قال ولو كان لرجل ميزاب في دار رجل فاراد ان يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فليس له ان يسيل الماء حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيل لان الميزاب مركب في ملكه كالباب فلا يستحق به حقا في دار الغير الا بحجة فان اقام البينة قد رأوه يسيل فيه الماء لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لما بينا انهم شهدوا بيد كانت له فيما مضى وقد ذكر في كتاب الشرب انهما لو تنازعا في نهر واحدهما يسيل فيه ماؤه فالقول قوله لان يده ثابتة في النهر باستعماله بتسييل الماء فيه فاما هنا ليست له يد ثابتة في الدار بتسييله الماء في الميزاب في وقت سابق وبعض مشايخنا من المتاخرين قالوا اذا كان مسيل الماء الى جانب الميزاب ويعلم انه قديم لم يحدثه صاحب السطح فانه يستحق تسييل الماء فيه من غير بينة لان الظاهر شاهد له فان الانسان لا يجعل سطحه الى جانب ميزاب الا بعد ان يكون له حق تسييل الماء فيه لعلمه انه اذا امتنع من تسييل الماء فيه فيتعذر عليه تغييره الى جانب ميزاب الا بعد اخر فان شهد الشهود انه له مسيل ما فيها من الميزاب قبلت الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم في حقه فان شهدوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان شهدوا انه لمصب الوضوء فهو كذلك لانهم بينوا صفة ما شهدوا به من الحق وان لم يفسروا شيئا من ذلك فالقول قول رب الدار في ذلك مع يمينه لان اصل الحق ثابت مع بالشهادة فلا تثبت صفته فالقول قول صاحب الدار لان ضرر ذلك يختلف في حقه فان المسيل لماء المطر يكون ضرره في وقت خاص ولصب الوضوء

فيه

فيه يكون الضرر في كل وقت فيكون القول في البيان قول صاحب الدار وعليه اليمين على جحوده دعوى صاحبه اعتبارا للصفة بالاصل وان كانت الدار التي ادعى الطريق او المسيل فيها بين الورثة فاقر بعضهم في الطريق والمسيل وجحد ذلك بعضهم لم يكن للمدعي ان يمر فيه ولا يسيل فيه ماء بقول بعضهم لانه لا يتوصل الى الانتفاع الا بنصيب الجاحد واقرار المقر ليس بحجة في حقهم فلا يتمكن من التطرق او تسييل الماء في نصيب المقر خاصة غير متمكن من نصيب شركائه وهذا بخلاف الاقرار بالملك فان اقرار احد الشركاء في نصيبه يجعل المقر من حيث التصرف فيه والانتفاع به لتمكنه من ذلك في نصيب المقر على ان يكون قائما مقامه وقد ذكر في موضع اخر فان وقع ذلك الموضع في نصيب المقر تطرق فيه المقر له وسيل ماءه وان وقع في نصيب غيره يضرب المقر له بالطريق او المسيل في نصيب المقر بقدر ذلك ويضرب المقر بحصته سوى الطريق والمسيل فيكون بينهما على ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا كانت الورثة ثلاثة ضرب المقر له بثلث المسيل وانما اراد به اذا اقر به بملك الطريق والمسيل واصله ما ذكر في كتاب الاقرار دار مشتركة بين اثنين اقر احدهما ببيت بعينه لانسان وسنذكر ذلك في موضعه في كتاب الاقرار ان شاء الله واذا كان مسيل الماء في قناة فاراد ان يجعله قناة لم يكن له ذلك الا برضاهم لان في القناة الماء لا يسيل على وجه الارض ولكنه يغور ويسيل الماء في بطنه وفي الميزاب يسيل الماء على وجه الارض فاذا اراد ان يجعل الميزاب قناة يحتاج الى حفر ساحة الدار وفيه ضرر على صاحب الدار وانما يثبت له من الحق قدرا معلوما فلا يكون له ان يلحق الضرر بهم في الزيادة الا برضاهم وقيل هذا اذا لم يكن ذلك الموضع مملوكا له وانما له حق المسيل فيه فاما اذا كان الموضع مملوكا له فله ان يجعل القناة ميزابا والميزاب قناة لانه يتصرف في خالص ملكه فلا يمنع منه بضرر يلحق جاره قال ارايت لو جعل ميزابا اطول من ميزابه او اعرض اكان له ذلك لانه ان جعله اطول كان انصباب الماء منه في غير الموضع الذي كان حقه فيه فان جعله اعرض ينصب الماء فيه اكثر مما هو حقه ولو اراد ان يسيل فيه ما سطح اخر لم يكن له ذلك لانه لم يكن لذلك السطح حق تسييل الماء في هذه الدار وفيه زيادة ضرر على صاحب الدار وكذلك لو اراد ان ينقل الميزاب عن موضعه لانه ينصب الماء منه في غير الموضع الذي هو حقه وكذلك لو اراد ان يرفعه او يسفله ففي كل ذلك نوع ضرر على صاحب الدار سوى ما كان مستحقا لصاحب الميزاب فلا يملكه الا برضاه قال ولو اراد اهل الدار ان يبنوا حائطا ليسدوا مسيله لم يكن لهم ذلك لانهم قصدوا منع حق مستحق للغير في دارهم وان ارادوا ان يبنوا بناء يسيل ميزابه على سطحه كان لهم ذلك لانه لا ضرر فيه على صاحب المسيل اذ لا فرق في حقه بين ان ينصب ماء الميزاب في ساحة الدار او على ظهر بيت يبنونه في ذلك الموضع وليس لهم ان يبنوا في ساحة الدار ما يمنع صاحب الطريق من التطرق فيه ولكنهم اذا ارادوا ان يبنوا الساحة تركوا قدر مقدار الطريق ويبنون ما سوى ذلك لانه لا حق له الا في موضع الطريق فان وقعت المنازعة بينهم في عرض ما يتركون له من الطريق جعلوه عرض الباب لان ذلك متفق عليه فيرد عليه المختلف فيه ولانه لا على باب الدار لصاحب الطريق في الزيادة على ذلك فانه لا يجامع نفسه في الطريق الا بما يتمكن من ادخاله في باب الدار ويتمكن لذلك في طريق عرضه مثل عرض

باب الدعوى في شيء واحد من وجهين

دار في يد رجل ادعى رجل ان اباه مات وتركها ميراثا له منذ سنة وجاء بشاهدين

فشهدا انه اشتراها من ذي اليد منذ سنتين لم تقبل هذه البينة لان شرط قبول
البينة تقدم الدعوى فان حقوق العباد انما يجب ابقاؤها عند طلب صاحب الحق
او من يقوم مقامه وما شهد به شهوده لم تتقدم الدعوى به منه ولا يتمكن من ان يدعيه
لان دعواه الاولى تناقض دعواه الثاني فان ما ورثه عن ابيه منذ سنة لا يتصور
ان يكون مشتريا له من ذي اليد منذ سنتين والتناقض يعدم الدعوى ولانه بدعوى
الميراث قد اكذب شهوده على الشرا فلهذا لا تقبل شهادتهم له وكذلك لو شهدوا بهبة او صدقة
له من ذي اليد منذ سنتين ولو كان المدعي ادعى ان ذا اليد تصدق بها عليه منذ سنة وشهد
الشهود على الشرا منذ سنتين لم تقبل ايضا لان بعد دعواه الاول لا يمكنه دعوى الشرا منذ
سنتين فلانعدام الدعوى او لاكذابه شهوده يمتنع العمل بشهادتهم وكذلك لو ادعى الشرا
اولا منذ سنة ثم اقام البينة على الصدقة منذ سنتين ولو ادعى الصدقة منذ سنة
ثم اقام البينة على الشرا منه منذ شهر لم تقبل الا ان يوفق فيقول جحدني الصدقة فاشتريتها
منه حينئذ فيقضى له لان من حيث الظاهر الشهادة مخالفة للدعوى الا ان التوفيق ممكن
فقد يجحد المتصدق الصدقة فيشتريها منه المتصدق عليه بعد ذلك فيقبل البينة عند التوفيق
كما لو ادعى الفا وشهد له الشهود بالف وخمسماية لم تقبل الا ان يوفق المدعي فيقول كان حقي
الف وخمسماية ولكن استوفيت خمسماية ولم يعلم به الشهود بخلاف ما تقدم فان هناك
ان يوفق فيقول جحدني الصدقة منذ سنة فاشتريتها منه منذ سنتين وكذلك لو ادعى الشرا
منذ سنة ثم اقام البينة على الصدقة منذ شهر وقال جحدني الشرا فسالته فتصدق بها
بعد ذلك فهذا توفيق صحيح ينعدم به التناقض واكذاب الشهود وكذلك لو ادعى الميراث من
ابيه منذ سنة والشهود على شرايها من ذي اليد منذ شهر فقال جحدني ذلك ولم يكن لي بينة
فاشتريته منه منذ شهر فهذا توفيق صحيح وكذلك لو ادعى الميراث منذ سنة ثم جا بالبينة
انه اشتراها منه بعد ما قاما من عند القاضي وقال لما جحدني الميراث اشتريتها منه فهذا
توفيق صحيح قال ولو ادعى امة في يدي رجل وقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ سنة
وجا بشاهدين فشهدا انه اشتراها منه بالف درهم مطلقا او منذ شهر تقبل الشهادة
اذا وفق فقال جحدني الشرا بالعبد فاشتريتها بالف درهم منذ شهر او حين جحدني
الشرا بالعبد اشتريتها بالالف بعد ما قمنا من مجلسك ايها القاضي فالبيع الثاني
ينقض البيع الاول فيتمكن القاضي من القضا بالعقد الذي شهدوا به عند هذا التوفيق
ولو شهدوا انه اشتراها بالف درهم منذ سنة او اكثر لم اقبل شهادتهما لان الاختلاف
البدل يوجب العقد فالتوفيق غير ممكن ان شهدوا بالشرا منه منذ سنة لانه لا تاريخ
بين العقد المدعا والمشهود به ان شهدوا بالشرا بالف منذ اكثر من سنة لا يتمكن
القاضي من القضا بالعقد الذي شهدوا به لان العقد المدعا كان بعده بزعم المدعا
وهو ينقض العقد الاول فلا يمكنه القضا بالعقد المدعا لان الحجة لم تقم به
فلهذا لا تقبل الشهادة قال فان ادعى عينا في يد رجل ان له وشهد شهوده
انه اشتراها من ذي اليد ونقده الثمن او رهنه ذو اليد او تصدق به عليه او انه ورثه
من ابيه قبلت الشهادة لان المعتبر الموافقة بين الدعوى والشهادة معنى لا لفظا
الا ترى ان المدعي يقول ادعي عليه كذا والشاهد يقول اشهد عليه بكذا والموافقة
معنى موجود هنا لانه ادعى الملك وقد شهدوا له بالملك مع بيان سببه ولا بد للملك من
سبب وبيان سبب الملك من الشهود في الشهادة وان لم تؤكد شهادتهم بالملك لا يندفع بها وهذا

بخلاف

بخلاف ما اذا ادعى الشرا من ذي اليد وشهد له الشهود بالملك مطلقا لان الشهادة هناك
ازيد من الدعوى فان الملك بالشرا حادث والشهادة على الملك المطلق يثبت الاستحقاق
من الاصل حتى ترجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن فاما اذا ادعى ملكا مطلقا وشهد
الشهود بالشرا فالمشهود به دون المدعا فذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو ادعى الفا
وشهد له الشهود بخمسماية تقبل ولو ادعى خمسماية وشهد له الشهود بالف لا تقبل وكذلك
لو ادعى ان له ثم ادعى انه لفلان وكله بالخصومة فيه واقام البينة على ذلك تقبل بينته
اذ لا منافاة بين الدعويين فالوكيل بالخصومة قد يضيف العين الى نفسه على معنى ان
له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضا بما شهد به الشهود بعد دعواه الاولى ولو ادعى
اول مرة انه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم اقام البينة انه له لم اقبل بينته لان ما هو مملوك
له لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فلا يتمكن القاضي من القضا بالمشهود به وهو الملك له
بعد ما اقر انه وكيل فيه بالخصومة بما ادعاه الاول ولو ادعى اول مرة انه لفلان وكله
بالخصومة فيه ثم اقام البينة ولا يتمكن من القضا بالملك لان الشهود لم يشهدوا به
وكذلك ان اقام البينة انه لفلان اخر وكله بالخصومة فيه لا اقبل ذلك منه لان الوكيل
بالخصومة في العين من جهة زيد لا يضيفه الى غيره فيتمكن التناقض بين الدعويين على وجه
لا يمكن التوفيق بينهما قال ولو ادعاه لرجل زعم انه وكله فيه بالخصومة وجاء
بالبينة على ذلك قبلت بينته وقضيت به للموكل الاخر لانه وفق بين الدعويين بتوفيق
ممكن لو عاينا ذلك صححنا دعواه الثانية فكذلك اذا وفق بتلك الصفة ويقضى به
للموكل الاخر وتاويل هذا اذا شهد الشهود بالملك بالشرا فاما اذا شهدوا بالملك المطلق
لا تقبل الشهادة ولو ادعى الفا في صك جا باسمه ثم جا بالبينة ان ذلك المال لغيره
وانه قد وكله بالخصومة فيه قبلت ذلك منه لما بينا ان الوكيل بالخصومة قد يضيف
المال الى نفسه على معنى ان له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضا بالشهادة
والله اعلم

باب ادعا الولد

قال ذكر عن شريح رحمه الله ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب اليه اذا اقر الرجل
بولده لم يكن له ان ينفيه وهكذا عن علي رضي الله عنه كتب اليه اذا اقر الرجل بولده وبقولهما
ناخذ به متى ثبت النسب باقراره لم يكن له ان ينفيه بعد ذلك لان النسب لا يحتمل
النقض والفسخ ولا يتصور تحويله من شخص الى شخص وباقراره يثبت منه لكون الاقرار
حجة عليه فان قيل اليس ان النسب يثبت من الزوج بفراش النكاح ثم يملك نفيه باللعان
قلنا لان ثبوته هنا بحكم الفراش على احتمال ان لا يكون منه فيتصور نفيه اما هنا
ثبوت النسب منه بتنصيصه على انه مخلوق من مائه فلا يبقى بعده احتمال النفي
كالمشتري اذا اقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع بالثمن لم يبطل اقراره حتى
اذا عاد الى يده يوما يؤمر بتسليمه الى البائع بخلاف ما اذا اشتراه ولم يقر له بالملك
لان نفس الشرا وان كان اقرارا بالملك فالاحتمال فيه باق بخلاف الاقرار به نصا
وعن جابر رضي الله عنه قال مر عمر رضي الله عنه على جارية تستقي مع رجل من بير
فقال لمن هذه فقالوا لفلان قال ولعله يطاها قالوا نعم قال اما انها لو ولدت
لزمته ولدها وبظاهره ياخذ الشافعي فيقول الامة تصير فراشا بنفس الوطي ولا

حجة له فيه لان عند الفراش انما يثبت باقرار المولى وهنا الاقرار في الاجانب وبه
لا يثبت الفراش فاما ان يحمل على انه عرف الفساد ودلك او تحمل على ان مراده من ذلك حث
الناس على تحصين الجواري ومنعهن عن الاختلاط بالرجال فقد ظهر عن عمر رضي الله عنه
ما يخالف هذا على ما روى رضي الله عنه انه كان له جارية وكان يطاها فجاءت بولد
فنفاه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فاقرت انه من فلان الراعي وعن زيد
ابن ثابت رضي الله عنه انه كان يطاء جارية فجاءت بولد فنفاه فقال كنت اطاها
ولا ابغي ولدها اي اعزل عنها والولد منه والصاع عليه لا حجة فيه للخصم لان الوليدة
اسم لام الولد فانه فعيل بمعنى فاعل اي والدة وذكر عن عمر رضي الله عنه قال حصنوهن
او لا تحصنوهن ايما رجل وطئ جارية فجاءت بولد الزمته اياه وانما قال ذلك على سبيل الحث
للناس على تحصين السراري ومنعهن عن الخروج ثم لا خلاف بين العلما ان النسب يثبت
بالفراش والفراش تارة يثبت بالنكاح وتارة يثبت بملك اليمين فاما الفراش في النكاح
الصحيح يثبت بنفسه حتى اذا جاءت بالولد لمدة يتوهم ان العلوق بعد النكاح يثبت النسب
على وجه لا ينتفي الا باللعان اذا كانا من اهل اللعان وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح
اذا اتصل به الدخول وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة وباخبار المخبر انها
امرأته تارة لان الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط وامر النسب مبني على
الاحتياط الا ترى ان في حق وجوب المهر والعدة جعلت الشبهة بمنزلة حقيقة النكاح
فكذلك في النسب ومتى ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال لان نفي النسب بعد
ثبوته لا يكون الا باللعان ولا يجري اللعان في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة واما
بملك اليمين لا خلاف ان النسب لا يثبت بنفس الملك ولا بالوطء بشبهة الملك بدون
الدعوة وانما الخلاف في ان بنفس الوطء بملك اليمين هل تصير فراشا حتى لا يثبت
النسب به عندنا الا ان يقر المولى بالنسب وعند الشافعي يثبت بنفس الوطء لكن
اذا كان المولى يطاها ويمنعها من الخروج فالاولى له ان يدعي ولدها ولا ينفيه فان
التنزه في هذا اولى لكن لا يلزمه حكما الا بالدعوة احتج الشافعي بما روي ان عبد بن زمعة
وسعد بن ابي وقاص رضي الله عنهما اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ولد وليدة زمعة فقال عبد ولد على فراش ابي وقال سعد ابن اخي عهد الي فيه
اخي وامرني ان اضمه الي نفسي فقال عليه السلام هو لك يا عبد الولد للفراش
وللعاهر الحجر فقد اثبت الولد من زمعة باقرار من علمه بوطيه اياها ولم يسبق
من زمعة دعوة النسب فدل ان الفراش يثبت بنفس الوطء والمعنى فيه انه وضع
ماه حيث له وضعه فيثبت النسب منه كما في فراش النكاح وهذا لان الوطء بملك اليمين
ينزل منزلة عقد النكاح الا ترى انه تثبت حرمة المصاهرة كما تثبت بالنكاح بل اقوى
لحرمة الربيبة تثبت بالوطء ولا تثبت بالنكاح وكذلك تحرم الجمع بين الاختين وطئا
بملك اليمين كما يحرم الجمع بينهما نكاحا ثم الفراش في حق النسب يثبت بالنكاح فكذلك
بالوطء بملك اليمين ولنا ان وطء الامة كملكها وملكها لا يثبت الفراش لانه محتمل قد
يكون لقضاء الشهوة ويتحقق ذلك بالعزل عنها عادة وتتعود بذلك شرعا والمحتمل لا
يكون حجة فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة التي لا يبقى بعدها احتمال بخلاف
النكاح فانه لا يكون الا للفراش عادة الا ترى ان التمكن من الوطء هنا جعل بمنزلة
حقيقة الوطء وهنا بالتمكن من الوطء لا يثبت النسب بالاتفاق للاحتمال فكذلك

تحقيقة

حقيقة الوطء ولان هناك لا يبطل بثبوت النسب ملكا تاما للزوج وهنا يبطل ملك المالية
والتصرف فيها بثبوت نسب ولدها والمحتمل لا يكون حجة في ابطال الملك المتحقق به وبه فارق
حرمة المصاهرة فليس في اثباتها ابطال الملك بل باب الحرمة مبني على الاحتياط فيجوز
اثباته مع الاحتمال ولان ثبوته باعتبار الاتحاد بين الواطئين حسا حتى تصير
امهاتها وبناتها كامهاته وبناته وذلك حاصل بملك اليمين الا ترى ان الرضاع في اثبات
الحرمة جعل كالنسب ولم يجعل كهو في ابطال الملك به يعني بالعتق عليه وكذلك حرمة
الجمع بين الاختين نكاحا للتحرز عن قطيعة الرحم بينهما وذلك يحصل بالوطء بملك اليمين
فاما حديث عبد فقد ذكر ابو يوسف رحمه الله في الامالي ان وليدة زمعة كانت
ام ولد له وفي بعض الروايات في الحديث زيادة قال ولد ابي ولد على فراش ابي فربه
ابي وعندنا اذا اقر المولى بالنسب يثبت النسب منه على ان قوله عليه السلام هو لك
يا عبد ليس بقضاء بالنسب بل هو قضاء بالملك له لكونه ولد امة ابيه ثم اعتقه عليه
باقراره بنسبه الا ترى انه عليه السلام قال لسودة فاما انت يا سودة فاحتجبي منه
فانه ليس باخ لك والمراد من قوله عليه السلام الولد للفراش تاكيد نفي النسب عن
عتبة بن ابي وقاص رضي الله عنه لانه كان عاهرا لا الحاق النسب بزمعة قال واذا حبلت
الامة عند رجل ثم باعها وقبض ثمنها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع يثبت النسب
منه وقضي بانها ام ولد له وولدها حر الاصل وعليه رد الثمن الى المشتري عندنا استحسانا
وفي القياس لا يثبت النسب منه ما لم يصدقه المشتري وبه اخذ زفر والشافعي وجه
القياس في ذلك ان البائع متناقض في كلامه ساع في نقض ما قد تم وهو البيع فلا يقبل
قوله كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها وهذا لان اقدامه على بيعها اقرار
منه انها ليست بام ولد له ولنا ان سعيا لحصول العلوق في ملكه وذلك ينزل منزلة
البينة في ابطال حق الغرما والورثة عنها وعن ولدها وتفسير الوصف ان ادنى مدة
الحمل ستة اشهر فاذا جاءت به لاقل فقد تيقنا بحصول العلوق قبل البيع وهو بحصول
العلوق في ملكه يثبت له استحقاق النسب بالدعوة وذلك لا يحتمل الابطال وانما يبطل
بالبيع ما كان محتملا للابطال فاما فيما لا يحتمل الابطال الحال بعد البيع وقبله سوا
فاذا بقي حق استحقاق النسب له بقي ما كان ثابتا وهو التفرد به من غير حاجة
الى تصديق المشتري وخفاء امر العلوق يكون عذرا له في اسقاط اعتبار التناقض
وقبول قوله في ابطال البيع كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي يثبت
النسب منه ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض وهذا لان الانسان قد يعلم
ندبا ان العلوق ليس منه ثم يتبين انه منه ولا يوجد مثل هذا في دعوى العتق والتدبير
فلهذا لا يقبل قول البائع فيه فان ادعاه المشتري بعد ذلك فعلى طريق القياس يثبت
النسب منه لان دعوة البائع لم تصح وعلى طريقة الاستحسان لما ثبت النسب من البائع
لا تصح دعوة المشتري لان البيع قد انتقض فصار هو كاجنبي اخر ولان الولد قد استغنى
عن النسب بثبوت نسبه من البائع وان كان المشتري ادعاه اولا يثبت النسب منه لانها
مملوكة في الحال بملك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته ايضا لحاجة الولد الى النسب
والحرية وتنسب لها امية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد
قد استغنى عن النسب حين يثبت نسبه من المشتري ولانه قد يثبت فيه ما لا يحتمل
الابطال وهو حقيقة النسب فيثبت به حق الاستحقاق الذي كان ثابتا للبائع

ضرورة فان ادعياه معًا ثبت النسب من البايع عندنا وقال ابراهيم النخعي يثبت النسب
من المشترى لان للمشتري حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبايع حق والحق لا يعارض
الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وابوه معًا ثبت النسب من المولى
لان له حقيقة الملك فيها وللاب حق فيسقط اعتبار الحق في مقابلة الحقيقة
ولنا ان دعوة البايع دعوة استيلاد لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة
تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض دعوة الاستيلاد كما لا تعارض نفس
الاعتاق دعوة الاستيلاد لمعنى ان دعوة الاستيلاد لا تقتصر على الحال بل يستند الى وقت
العلوق ودعوة التحرير تقتصر على الحال فدعوة البايع سابقة معنى وكانها سبقت
صورة بخلاف دعوة المولى مع ابيه فان شرط صحة الدعوى تملك الجارية من وقت العلوق
اذ ليس له في مال ولده ملك ولا حق الملك فاقتران دعوة المولى بدعوة الاب يمنع تحصيل
هذا الشرط فلهذا اثبتنا النسب من المولى دون ابيه ولو ان المشتري اعتق الام او
استولدها او دبرها ثم ادعى البايع الولد يثبت نسبه منه لان الولد يحتاج الى النسب
بعد عتق الام وهو مقصود بالدعوة وحق الاستيلاد في الام يثبت تبعًا فلا يمتنع ثبوت
الاصل بامتناع ثبوت التبع اذ ليس من ضرورة نسب الولد ثبوت امية الولد للام
كما في ولد المغرور يثبت نسب الولد ولا تصير الام ام ولد المغرور ثم يرد البايع حصة
الولد من الثمن دون الام لانه تعذر فسخ البيع في الام لما جرى فيها من عتق المشتري
فانه لا يجوز ان يرد امة يوطا بالملك بعد ما نفذ العتق فيها ولم يتعذر الفسخ في
الولد وقد صار الولد مقصودًا بهذا الاسترداد فتصير له حصة من الثمن فلهذا يسترد
المشترى حصة الولد من الثمن ولو ماتت الام ثم ادعى البايع نسب الولد صحت دعوته
لما بينا ويرد البايع جميع الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يمسك
حصة الام من الثمن لانه تعذر فسخ البيع فيها بالموت كما في الفصل الاول وهذه
المسألة في الحقيقة تنبني على المسألة الخلافية المعروفة بين ابي حنيفة وصاحبيه في مالية
ام الولد فعند ابي حنيفة لا قيمة لرقها يعني لا تضمن بالغصب فكذلك لا تكون لها حصة
من الثمن وقد زعم البايع انها ام ولده وزعمه حجة عليه وعلى قولهما لرقها قيمة حتى تضمن
بالغصب فيمسك حصتها من الثمن ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا والاول ان هناك
القاضي كذب البايع فيما زعم حين جعلها معتقة من جهة المشترى او مدبرة او ام ولد
فلم يبق لزعمه عبرة فاما هنا بموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البايع فبقي زعمه معتبرا
في حقه فلهذا رد جميع الثمن ولو كان المشترى باع الام او رهنها او اجرها او كاتبها
ابطل جميع ذلك ورد نقضا على البايع لان هذه التصرفات محتملة للنقض كالبيع الاول
فكما يجوز نقض البيع الاول بدعوة الاستيلاد من البايع فكذلك يجوز نقض هذه
التصرفات ولو كان المشترى اعتق الولد او دبره ثم ادعى البايع نسبه لم يصدق
في ذلك اذا اكذبه المشتري لان الولد مقصود بالدعوة وقد ثبت للمشتري فيه
ما لا يحتمل النقض وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق الذي كان للبايع لان الولاء
كالنسب وقد بينا انه لو ثبت النسب من المشتري لم يكن للبايع حق الدعوة بعد ذلك
فكذلك اذا ثبت الولاء له وكذلك لو قتل الولد عنده واخذ قيمته ثم ادعاها البايع
لم تصح دعوته كما لو مات الولد وهذا لانه بالموت او القتل قد استغنى عن النسب
وصحة دعوة البايع لحاجة الولد الى النسب ثم لا يرد الام على البايع لان حقها تبع لحق

الولد

الولد في النسب ولم يثبت ما هو الاصل فلا يثبت ما هو تبع لانه لو ثبت كان مقصودًا لا تبعًا
ولو قطعت يد الولد فاخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البايع صحت دعوته لان الولد
الاقطع محتاج الى النسب محل لانتقاض البيع فيه ولكن الارش يسلم للمشتري لان
ابانة اليد كانت على حكم ملكه ودعواه البايع انما يعمل في القايم دون اليد المبان وليس من
ضرورة ثبوت نسب الولد بطلان حق المشتري عن الارش لانه ينفصل عنه وفي الجملة لان الارش
ما ليس من النسب في شي فرد الجارية مع ولدها على البايع بجميع الثمن الا حصة اليد فتقدر ان يحبس
بدلها عند المشتري فلا يسلم له مجانا ولكن حصته من الثمن تسلم للبايع كما ذكرنا فيما اذا
احتبست الام عنده وكذلك لو كان القطع في الام لان المعنى الذي اشرنا اليه يجمع الكل ولو فقا
رجل عيني الولد فدفعه المشترى الى الفاقي فاخذ قيمته ثم ادعى البايع نسبه صحت دعوته
لان المفقوءة عيناه يحتاج الى النسب ودفعه بالجناية محتمل للنقض فلا يمنع صحة دعوة
البايع فرد الام والولد على البايع ويرد جميع الثمن على المشتري عند ابي حنيفة لان من اصله ان
الجاني يرجع على المشتري بجميع القيمة فان حد العمياء اذا لم تسلم للجاني لا يلزمه شي عند ابي
حنيفة حتى لو اراد المولى امساك الجثة والرجوع بنقصان لم يكن له ذلك عنده فاذا لم
للمشتري شي من بدل العينين رد البايع عليه جميع الثمن وعلى قول ابي يوسف ومحمد المشتري
يرجع على الجاني بنقصان العينين لانه لو اراد امساك الجثة والرجوع بنقصان
العينين كان له ذلك فكذلك في الابتداء واذا كان يسلم للمشتري نقصان العينين
رد البايع عليه جميع الثمن الا حصة النقصان وكذلك لو فقئت عينا الام فهو على ما بينا قال
ولو ادعى البايع نسب الولد وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر وكذبه المشتري ثم قتل
الولد بعد ذلك او قطعت يده فعلى الجاني في ذلك ما عليه من الجناية على الاحرار لان بمجرد
الدعوى يثبت النسب وصار الولد حرا فانه لا عبرة لتكذيب المشتري فانما حصلت الجناية
بعد ذلك على حر وان كانت الجناية على الام كان عليه ما في جناية ام الولد لان حق امية
الولد قد ثبت لها بثبوت نسب الولد وحاصل هذا انه لا حاجة الى قضاء القاضي في ابطال
هذا البيع وعودها الى البايع لانه قد يثبت فيها وفي ولدها بنفس الدعوة ما هو مانع
للبيع وان جنى الولد كانت جنايته كجناية الحر وجناية امه كجناية ام الولد لثبوت ذلك فيها
بنفس الدعوة وان كانت الجناية منها قبل الدعوة فهو على البايع دون المشتري لان البايع بالدعوة
قد صار مبطلا ملك المشترى فيهما بغير صنع من المشتري فليس على المشتري من موجب
جنايتهما شي ولكن البايع يصير مختارا ان كان عالما بالجناية لانه بالدعوة اثبت الحرية للولد
وحق الحرية للام فيكون كالمنشي كذلك بعد الجناية فلهذا صار مختارا فلو كانت الجارية
لم تلد بعد فادعى البايع ان حبلها منه وقال المشتري ليس بها حبل فاراها النساء
فقلن هي حبلى او قال المشتري بها حبل ولكنه ليس منك فالبايع لا يصدق في الدعوة
حتى تضع لانه لا طريق لمعرفة الحمل حقيقة فانه مما استاثر الله تعالى بعلمه بقوله تعالى
ويعلم ما في الارحام ولان شرط صحة دعوة البايع ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت
البيع حتى يعلم يقينا ان العلوق كان في ملكه ولا يدرى انها هل تضع لاقل من ستة اشهر
ام لا فلعلها تسقط سقطا غير مستبين الخلق او تضع الولد لاكثر من ستة اشهر فلهذا
لا تصح دعوة البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر الان تصح تلك الدعوة كما لو انشاها
بعد الوضع لانا تيقنا ان العلوق حصل في ملكه فلو جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر
فادعاه البايع وقال اصل الحبل كان عندي وقال المشتري لم تكن عندك انما كان العلوق

قبل شرائك فالقول قول البايع لانهما تصادقا على اتصال العلوق بملك البايع فكان الظاهر شاهدا
للبايع ولان المشتري يدعي تاريخا سابقا في العلوق على ملك البايع فلا يصدق على ذلك فان
اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البايع لانه تثبت تاريخا سابقا في ملكه على العلوق وملكه
حقه فتثبت على سبق التاريخ فيه مقبوله ولا اشكال في هذا عند ابي يوسف واختلف المشايخ
على قول محمد منهم من يقول قوله هكذا ومنهم من يقول البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج
الى اقامة البينة واصل هذا فيما اذا قال المشتري اشتريتها منذ سنة وقال البايع
انما بعتها منذ شهر فالقول قول البايع لان المشتري يدعي زيادة تاريخ في شرائه فلا يصدق على
ذلك الا بحجة فان اقاما جميعا البينة فالبينة عند ابي يوسف لانه يثبت ببينته حصول
العلوق في ملكه وثبوت حق استلحاق النسب له وعند محمد البينة بينة المشتري لانه هو
المحتاج الى اثبات التاريخ في شرائه بالبينة فيثبت ببينته ان شراءه كان منذ سنة وذلك
مانع من صحة دعوة البايع فلهذا قبلت بينته وان كانت ولدت الجارية المبيعة بنتا لاقل
من ستة اشهر ثم ولدت ابنتها ابنا فاعتق المشتري الابن ثم ادعى البايع الابنة فهي ابنته لان
العلوق بها كان في ملكه ودعوته فيها دعوة استيلاد ويثبت حرية الاصل فيها ومن ضرورته
ابطال عتق المشتري في ابنها لان العتق يطرأ على الرق ومن ضرورة كونها حرة الاصل ان
ينفصل الولد منها حرا وكذلك ان كانت الابنة ولدت ابنه ثم قال الا ترى ان رجلا لو ولدت جارية
عنده غلاما ثم ولدت للغلام ابن فباع المولى ابن الولد الذي عنده فاعتقه المشتري ثم ادعى
الذي كان العلوق به في ملكه صحت دعوته وبطل بيع الابن وعتق المشتري اياه لانه تبين
بصحة دعوته حريته الاصل للاب وذلك يوجب حرية الابن لان الابن مولود من امة كانت
لمدعي الاب فتبين انه كان ملك ابن ابنه وعتق عليه قبل ان يبيعه وبطل به بيع المشتري
وعتقه قال ـــ وهذا بمنزلة التوام وفي بعض النسخ التوءمين وكلاهما صحيح عند اهل اللغة
منهم من قال التوام افصح كما يقال هما زوج ومنهم من قال التوءمان افصح كما يقال هما كنوان
واخوان وبيانه جارية ولدت ولدين في بطن واحد من علوق كان في ملك مولاها فباع المولى
احدهما واعتقه المشتري ثم ان البايع ادعى نسب الذي عنده يثبت نسبهما منه لانهما خلقا
من ماء واحد فلا ينفصل احدهما عن الاخر نسبا وقد كان العلوق بهما في ملكه فتثبت حرية
الاصل للذي عند البايع ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل للاخر فكان ذلك بمنزلة اقامة
البينة في ابطال عتق المشتري وشرائه في الاخر فكذلك فيما سبق وهذا بخلاف
ما تقدم اذا اعتق المشتري الام ثم ادعى البايع نسب الولد لم يبطل عتق المشتري في الام
لانه ليس من ضرورة حرية الاصل للولد ثبوت امية الولد للام كما في ولد المغرور ولان هناك
لو ابطلنا عتق المشتري فيها رددناها من حالة الحرية الى حالة الرق وذلك لا يجوز
لان العتق اسقط الرق والمسقط متلاشي لا يتصور عوده وهنا لو ابطلنا عتق
المشتري رددناه الى حالة حرية الاصل وذلك مستقيم ولان فيه ابطال الولاء
الثابت للمشتري والولاء اثر من اثار الملك فلم يجز اسقاطه الا عند قيام الحجة
فلهذا ابطلنا عتق المشتري في هذه الفصول ولو لم يبع ابن الابن ولكنه باع الابن
فاعتقه المشتري ثم ادعاه لم تجز دعوته لان المقصود بالدعوة للابن وقد
اتصل به من جهة المشتري ما لا يحتمل النقض وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق
الذي كان ثابتا للبايع فيه وعتق ابن الابن الذي في يده لانه اقر له بالحرية حين زعم
انه ابن ابنه والاقرار بالنسب وان لم يعمل في اثبات النسب لمانع كان عاملا في الحرية

كما لو

كما لو قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هذا ابني عتق عليه وكذلك لو مات عند المشتري
لانه بالموت استغنى عن النسب وخرج البيع من ان يكون محتملا للنقض فيه فلم يعمل دعوة البايع
في حقه وعتق ابن الابن باقراره كما بينا ولو مكان الابن بنتا فماتت عند المشتري ثم ادعى
البايع نسبها لم تصح دعوته في حقها ولا في حق ابنها وهذا والملاعنة سواء في قول ابي حنيفة
اذا كان ولد الملاعنة بنتا فولدت ابنا ثم ماتت ثم اكذب الملاعن نفسه لم يعمل
اكذابه في اثبات نسبها مع بقاء ابن ولدها فكذلك هنا والمعنى فيهما سواء وهو ان بنسب
الولد القائم الى ابيه دون امه فيجعل امه كالميتة لا عن ولد وعن ابي يوسف ومحمد يفرق
بين هذه وولد الملاعنة حتى يصح اكذاب الملاعن نفسه ويثبت ولد الملاعنة وان كان
ميتا لان هناك اصل النسب كان ثابتا بالفراش فاستتر باللعان وبقي موقوفا
على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يصح فجعل بما كبقائه في صحة الاظهار
بالدعوة واما نسب ولد المبيعة ما كان ثابتا من البايع ولا موقوفا على حقه حتى
لو ادعاه المشتري يثبت منه فلا تعمل دعوته في الاثبات ابتداء الا في حال البقاء
او بقاء من ينسب اليه وولد الابن ينسب اليه بالبنوة دون ولد الابنة فلهذا لا يثبت
النسب بعد موت الابنة بالدعوة قال ـــ واذا حبلت الامة في يد مولاها ثم باعها
فزوجها المشتري من عبده فولدت له ولدا ثم مات العبد عنها فاستولدها المشتري
ثم ادعى البايع الولد الذي عنده ثبت نسبه منه لان العلوق به كان في ملكه فدعوته
فيه دعوة استيلاد ويرد اليه ابن العبد بحصته من الثمن لانه ولد ام ولد في حقه وهو
ثابت النسب من غيره وولد ام الولد بمنزلة امه ولو لم يستولد المشتري الام كانا جميعا
كانا مردودين عليه فباستيلاده الام ثبت فيها ما لا يحتمل النقض وهو حق العتق للمشتري
فنزل ذلك منزلة حقيقة العتق للمشتري فنزل ذلك منزلة حقيقة العتق وذلك لا يمنع
رد الولد اليه لان احدهما ينفصل عن صاحبه فان قيل هذا الولد في حكم امية الولد
تبع للام ولم يثبت للبايع حق امية الولد في الام فكيف يثبت في ولدها قلنا لا
كذلك بل هما جميعا للولد الذي عنده لان الام تبع للبيع فينعقد رد احدهما لا يمتنع رد الاخر
بحصته من الثمن ويعتبر في الانقسام قيمتها وقت البيع وقيمة الولد الثاني وقت الانفصال
لانه كما حدث حق امية الولد فيه ثابت للبايع الا انه انما صار مقصودا عند الانفصال
فيعتبر في الانقسام قيمته في ذلك الوقت ويعتق بموت البايع من جميع ماله لانه ابن
ام ولده فان ادعى البايع ابن العبد انه ابنه عتق عليه ولم يثبت نسبه منه لانه
ملكه ولكنه معروف النسب من الغير فدعوته اياه كاعتاقه قال ـــ ولو باع امة
وهي حبلى فولدت عند المشتري بعد البيع بيوم ثم ولدت ولدا اخر بعد سنة من غير
زوج فادعى البايع والمشتري الولدين جميعا فهما ابنا البايع اما الاكبر منهما فلان العلوق
به كان في ملك البايع فيثبت نسبه منه ويبطل البيع فيه وفي امه لانه تبين انها ام ولد
من حين علقت والولد الثاني مردود عليه ايضا لانه ابن ام ولده فهو انما يدعي ملك
نفسه والمشتري يدعي ملك الغير فلهذا كانت دعوة البايع اولى فيهما ولو بدا المشتري
فادعى الولد الاخر انه ابنه ثبت نسبه لان العلوق به حصل في ملكه وهو محتاج
الى النسب وصارت الجارية ام ولد له فان ادعى البايع بعده الولد الاول ثبت
نسبه منه لحصول العلوق به في ملكه ويرد اليه الولد خاصة بحصته من الثمن لانه تعذر
فسخ البيع في الام لما ثبت للمشتري فيه حق امية الولد ولو لم يدع واحد منهما نسبا

حتى ادعى البائع الولد الآخر لم يصدق لان العلوق بالولد الآخر لم يكن في ملكه وهو للحال
مملوك للمشتري فلا دعوة له فيه مقصودا وكذلك لو مات الاول ثم ادعاهما البائع لان دعوته
في الذي مات لم يصح لاستغنائه عن النسب فلو صح كان في الآخر مقصودا والعلوق به لم يحصل
في ملكه قال وان ولدت الامة المبيعة ولدين في بطن واحد كلاهما او احدهما لاقل من ستة
اشهر فجنى على احد الولدين جناية واخذ المشتري الارش ثم ادعاهما البائع فدعوته
جائزة فيهما لانا تيقنا بحصول العلوق بهما في ملكه فانهما خلقا من ماء واحد والتي ولدت
لاقل من ستة اشهر يتيقن ان العلوق كان في ملكه وان ولدت لاكثر من ستة اشهر فلهذا
فلهذا يثبت نسبهما ويبطل البيع فيهما في الام ولكن الارش يبقى سالما للمشتري لما بينا
في الولد الواحد ان الدعوة في البدل المبان لا تعمل فيبقى الارش للمشتري كما كان قبل الدعوة
الكسب وملكا للمشتري كما كان قبل الدعوة الكسب ملكا للمشتري وليس من ضرورة صحة
الدعوى بطلان ملكه في الكسب فيبقى سالما له ولو كان قتل احدهما ثم ادعاهما البائع
كانت قيمة المقتول لورثة المقتول لان ثبوت حرية الاصل لاحدهما تثبت مثله للآخر فيكون
بدله لورثته ضرورة وهذا بخلاف الارش والكسب لان التوأم لا ينفصل احدهما عن الآخر
في الكسب والحرية واعمال ذلك في الاقطع فلا حاجة بنا الى اعماله في ابطال ملك المشتري
في الارش والكسب فاما الواجب على القاتل بدل النفس ومن ضرورة ابطال البيع فيه عند
مقابله بحلفه ان لا يبقى للمشتري حقا في بدل نفسه فكان ذلك لورثة المقتول قال في بعض
النسخ ويصدق البائع في بدل النفس وفي بعض النسخ قال لا يصدق في بدل النفس وليس
هذا باختلاف الرواية ولكن قال حيث يصدق يعني في حق المشتري حتى يبطل حقه
عن القيمة لانه من ضرورة ثبوت الحرية للمقتول في الاصل لا يملك بدل نفسه بملك الاصل
وحيث قال لا يصدق يعني في حق الجاني حتى لا يجب عليه الدية بل يكون الواجب عليه القيمة
كما كان لانه ليس من ضرورة ثبوت الحرية فيه وجوب الدية على قاتله فكم من قتيل غير موجب
للدية وما كان ثبوته بطريق الضرورة يعتبر فيه الجملة دون الاحوال قال ولو كان المشتري
اعتق احدهما ثم قتل وترك ميراثا فاخذ المشتري ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين
ثبت نسبهما منه واخذ الدية والميراث من المشتري لان حرية الاصل قد ثبتت للمقتول ضرورة
ثبوته في الآخر وذلك مناف لولاء المشتري وانما اخذ ميراثه بالولاء فاذا ظهر المنافي للولاء وجب
رده ولو ادعاهما المشتري اولا فانهما ابناه لانهما كانا محتاجين الى النسب فان ادعاهما
البائع بعد ذلك لم يصدق لوقوع الاستغناء لهما عن النسب بثبوت نسبهما من المشتري
قال امة حبلت في ملك رجل فولدت غلاما ثم باع الاسفل واعتقه المشتري
ثم ادعى البائع الابن الاول وهو ابنه لان العلوق به كان في ملكه وينتقض بيع المشتري
وعتقه في الابن لانه تبين انه كان حرا قبل بيعه فانه انما ولد من امة المولى ومن
ملك ابن ابنه فيعتق عليه وكان ذلك سابقا على بيعه فيبطل به البيع وعتق المشتري اياه
ضرورة وهو بمنزلة التوأم كما قررنا ولو لم يدع البائع الذي عنده ولكن ادعى الذي باع
انه ابنه كانت دعوته باطلة لانه وان حصل العلوق في ملكه فقد نفذ فيه من جهة
المشتري ما لا يحتمل الابطال وهو العتق فلهذا لا يصح دعوته فيها قال امة ولدت
ولدين في بطن واحد ولم يكن اصل الحبل عند هذا المولى فباع احدهما واعتقه المشتري
ثم ادعاهما البائع فهما ابناه لانه لما بقي احد الولدين عنده فدعوته فيه صادف ملكه
فيثبت نسبه منه ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر ولكن لا ينتقض عتق

المشتري

المشتري ولا البيع لان اصل العلوق بهما لم يكن في ملك البائع فدعوته دعوة التحرير فيتنزل
منزلة الاعتاق والتوأمان ينفصل احدهما عن الآخر في الاعتاق فليس من ضرورة عتق
احدهما بدعوة البائع ابطال البيع وعتق المشتري في الآخر بخلاف ما اذا كان العلوق
بهما في ملك البائع فان دعوته هناك دعوة استيلاد يستند الى وقت العلوق فيثبت به
حرية الاصل للآخر الذي بقي عنده ومن ضرورة حرية الاصل للآخر فلهذا ابطل البيع والعتق
الا ترى ان الجارية المشتركة بين اثنين اذا ولدت فادعاه احدهما فان كان اصل العلوق
في ملكهما ضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا لان دعوته دعوة تحرير فجعل
بمنزلة اعتاقه الولد مقصودا قال امة في يدي رجل وفي يده ولدها وفي يد
رجل آخر ولدها فادعى الذي في يده الولدان الولدين جميعا انهما ولداه من هذه الامة في بطن
واحد او في بطنين وان الامة امته واقام البينة على ذلك وادعى الذي في يديه مثل ذلك
واقام البينة على ذلك فانه يقضى بالام والولدين جميعا للذي الامة في يديه لان كل
واحد منهما يدعي حق العتق فيها بسبب امية الولد فكان كدعواه حقيقة العتق فيها
والبينة بينة ذي اليد لان كل واحد من البينتين قامت لاثبات الولاء والولاء بمنزلة
النسب فترجح بينة ذي اليد فاذا قضينا بالامة له اثبتنا نسب الولدين منه لانهما
ولدا ام ولده قد ادعاها والاجنبي ادعى نسب ولد الغير وهذا لان استحقاق الاصل
بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة ولو كانت امة في يدي رجل وفي يديه
ولدها وفي يد آخر يدعيها ولا يدعي ولدها وفي يدها ولدها آخر يدعيه واقام البينة
على دعواه واقام الذي هو في يديه البينة ان الامة امته ولدت الابن الذي في يديه منه
ولا يعرف اي الولدين اكبر وقد ولدتهما في بطنين قضيت بالامة للذي هي في يديه لدعوى
امية الولد فيها وقضيت لكل واحد منهما بالابن الذي ادعاه وهو في يديه لان كل واحد
منهما يدعي نسب احد الولدين وخصمه لا ينازعه في ذلك وكل واحد من الولدين يحتاج الى
النسب وذلك كاف للقضاء بنسبه منه بمجرد الدعوى فكيف اذا اثبته بالبينة بخلاف
ما اذا سبق فان المنازعة بينهما هناك في نسب الولدين فرجحنا المقضي له بالجارية
لان استحقاقه الاصل شاهد له فيما يدعي من نسب الولد ولانا قضينا له بالفراش حين
قضينا فرجحنا المقضي له بالجارية لان استحقاقه الاصل شاهد له فيما يدعي من
نسب الولد ولانا قضينا له بالفراش حين قضينا بامية الولد من جهته في الام وثبوت
النسب باعتبار الفراش فاذا ادعاه كان اولى به واذا نفاه ثبت من الذي ادعاه لاقامة
البينة عليه واحتمال ان يكون لما ادعاه نسبا صحيحا قال امة في يدي رجل له منها
ولد فادعى آخر ان الذي الامة في يديه زوجها وولدت على فراشه هذا الولد فالامة
امته بمنزلة ام الولد موقوفة في يدي الذي هي في يديه لا يطأها واحد منهما اقر
بولادتها منه والملك فيها لاحدهما فتثبت امية الولد فيها ثم كل واحد ينفيها عن نفسه
ويقول انها ملك صاحبي وقد ادعى نسب ولدها فصارت بمنزلة ام الولد فبقيت موقوفة
لا يطأها واحد منهما كمن اشترى عبدا ثم اقر ان البائع اعتقه وجحد البائع ذلك كان
موقوف الولاء فايهما مات عتقت هي لان الحي منهما قد اقر بعتقها بموت صاحبه وصاحبه
كان مقرا بان اقرار الحي حجة كان نافذا فلهذا تعتق بموت احدهما والولد هو للذي هو
في يديه لان دعواهما فيه دعوى النسب وبينة ذي اليد في دعوى النسب تترجح على بينة
الخارج قال امة في يدي رجل وفي يده ولدها فادعى آخر انه تزوجها بعد اذن مولاها

فولدت له على فراشه هذا الولد الذي في يد مولاها واقام البينة على ذلك واقام المولى البينة
انه ابنه ولد على فراشه من امته هذه فاني اقضي بالولد للزوج واثبت نسبه منه لان ثبوت
النسب باعتبار الفراش وفراش النكاح اقوى في اثبات النسب من فراش المالك الا ترى ان النسب
الذي يثبت بالنكاح لا ينتفي بمجرد النفي والذي يثبت بملك اليمين ينتفي بمجرد النفي والضعيف
لا يظهر في مقابلة القوي فلهذا اثبتنا النسب من الزوج ولكنه يعتق باقرار المولى لانه قد
اقر بحريته حين ادعى نسبه وكذلك الامة بمنزلة ام الولد للمولى لانه لما اقر للولد بالحرية فقد اقر
لها بحق الحرية بسبب هو محتمل في نفسه فيثبت لها حق امية الولد حتى اذا مات المولى عتقت
وهذا لانه انما يمتنع العمل باقراره في ابطال ما صار مستحقا لغيره وهو النسب فاما فيما وراء
ذلك يجعل هو كالمقر بالحق لانه ليس فيه ابطال حق لاحد قال حرة ولدت ولدين في بطن
واحد فكبرا واكتسبا مالا ثم مات احدهما عن ابنين ثم ادعى رجل انه تزوج المراة وانهما
ابناه منه واقرت المراة بذلك فانها لا تصدق على غيرها لان الولد الباقي كبير يعبر عن نفسه
فلا يثبت نسبه من الغير بدعواه الا عند تصديقه وكذلك الميت منهما ابناه قائمان مقامه
فلا يثبت نسبه بدعواه الا بتصديقهما ولم يوجد واقرار المراة ليس بحجة على احد منهم ولكنه
حجة عليها فيشركها في نصيبها من ميراث ابنها لانها زعمت ان الميت منهما خلف ابنين وابوين
فللابوين السدسان والباقي للابنين فقد اقرت بان حق الاب وحقها في تركته سواء
فيقسم ما في يدها بينهما نصفان وليس من ضرورة الشركة في الميراث في نصيب المقر ثبوت
النسب فان المال يستحق باسباب واصله في احد الاخوين اذا اقر باخ ثالث فان اقر الابن
الباقي بذلك يثبت نسبهما جميعا منه لان نسب المقر قد ثبت بتصديقه ومن ضرورته ثبوت
نسب الاخر فانهما توام وان اقر ابن الميت بذلك وهو يحتمل ثبت نسبه منه لان ابن الميت قايم
مقام الميت وهو في حيوته لو صدق ثبت نسبهما منه فكذلك اذا صدقه من يخلفه قال
امة ولدت غلاما فاقر المولى ان هذا الولد من زوج حر او عبد معروف فان صدقه المقر له
او كان ميتا او غايبا ثم ادعى المولى انه ابنه عتق بدعواه لاقراره بحريته ولا يثبت نسبه منه
لانه ثابت من المقر له بحكم اقراره وعند التصديق غير مشكل وعند غيبته هو موقوف
على حقه فلا يملك ان يدعيه لنفسه فان كان المقر حاضرا فكذبه ثم ادعاه المقر بعد
ذلك لنفسه قال ابو حنيفة لا يثبت نسبه منه وقال ابو يوسف ومحمد يثبت نسبه منه لان
اقرار المقر قد بطل بتكذيب المقر له وبقي الولد محتاجا الى النسب فاذا ادعاه المولى في حال
حاجته وليس فيه ابطال حق غيره يثبت منه الا ترى ان المشتري للعبد اذا اقر بالولا للبايع
وكذبه البايع ثم ادعاه لنفسه ثبت الولا منه والولا بمنزلة النسب في انه لا يحتمل الابطال
بعد ثبوته ثم هناك بالتكذيب يبطل اقراره لغيره ويصير كان لم يكن فكذلك هنا وابو
حنيفة رحمه الله يقول في كلامه الاول اقراران احدهما ثبوت النسب من الغير والاخر
خروجه من دعوى هذا النسب اصلا وبتكذيب المقر له انما يبطل ما هو من حقه فاما ما لا
حق له فيه لا يبطل الاقرار فيه بتكذيبه وخروج المقر بدعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له
فيبقى الحال فيه بعد التكذيب على ما كان قبله والدليل عليه ان بتكذيبه لا يبطل الاقرار
لان النسب مما لا يحتمل الابطال اصلا بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه ثبت منه فلا
يملك المولى دعواه لنفسه في حال توقفه على حق الغير كولد الملاعنة اذا ادعى غير الملاعن
نسبه لا يثبت منه لانه بقي موقوفا على حق الملاعن فيمتنع ذلك صحة دعوة غيره وهذا بخلاف
الولا فانه اثر من اثار الملك واصل الملك يحتمل النقل من شخص الى شخص فكذلك اثره الا انه

انما لا

انما لا يحتمل الابطال بعد تقرر سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره
حتى لو تصور بان كانت امة فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكها رجل واعتقها
كان ولاها له دون الاول وهنا السبب كان موقوفا لم يتقرر للبايع ويحتمل تقرره من
جهة المشتري بدعواه لنفسه فلهذا يثبت الولا له بخلاف النسب ولو لم يقل المولى
شيئا من ذلك لكن اجنبي قال هذا الولد ابن المولى فانكره المولى ثم اشتراه الاجنبي او وارثه
فادعى انه ابنه عتق ولم يثبت نسبه منه في قول ابي حنيفة وهذا والاول سوا لان الاقرار
بالنسب في حق المقر يعتبر فيما لا يثبتا ولحق المقر ما لكان او اجنبيا وكذلك لو شهد
شاهد بنسب لغيره ثم ادعى لنفسه لم يثبت نسبه في قول ابي حنيفة لما بينا ان بشهادته
لغيره قد اخرج نفسه من ذلك النسب فلا يملك ان يدعيه لنفسه بعد ذلك قال ولو شهدت
امراة على صبي انه ابن هذه المراة ولم تقبل شهادتها بالنسب ثم ادعت الشاهدة ان الصبي
ابنها واقامت على ذلك شاهدين لم يقبل ذلك منها لانها بشهادتها قد اخرجت نفسها
من دعوى الصبي بنسب هذا الولد فان الولد لا يثبت نسبه من هذه المراة الا بانفصاله عنها
وبعدما زعمت انه انفصل من المشهود لها لا يمكنها ان تدعي انفصاله منها والبينة على النسب
بدون الدعوى لا تكون مقبولة ولو كان صبي فادعى انه ابنها واقام على ذلك شاهدين
فقضى القاضي بنسبه منها لان الابن يدعي ما هو من حقه فان نسبه وان كان ثابتا
الى ابيه فان كان ثابت النسب من ابيه يكون كريم الطرفين ولم يسبق منه ما ينافي قصده
ويمنعه من هذا الدعوى فوجب قبول بينته الا ترى ان الام لو كانت جاحدة اصلا قبلت
بينة الابن عليها فكذلك اذا كانت مناقضة في قولها وكذلك لو ادعى رجل صبيا في
يد امراة انه ابنه وهي تنكر فشهد له شاهد فلم يقبل القاضي شهادته ثم ان الشاهد
ادعى الصبي انه ابنه وان المراة امراته واقام البينة على ذلك لم تقبل بينته لان بشهادته
صار مخرجا نفسه من هذه الدعوى ولو ادعته المراة عليه واقامت البينة قبلت بينتها
لانها تدعي ما هو من حقها فان في ثبوت نسب من رجل دفع تهمة الزنا عنها حتى تكون محصنة
ولم يسبق منها ما يمنعها من هذه الدعوى فوجب قبول بينتها عليه قال ولو ادعى رجلان
صبيا في يد امراة كل واحد منهما يقول هو ابني منها بنكاح وهي تنكر ثم ادعت المراة على احدهما انه
تزوجها وهذا الصبي لها منه وشهد لها بذلك الرجلان المدعيان للصبي لم اقبل شهادتهما
لانهما بالدعوى الاولى صارا متناقضين في هذه الشهادة وتاثير التناقض في الشهادة
اكثر منه في الدعوى فاذا كان هذا النوع من التناقض يمنع من الدعوى فلان يمنع من
الشهادة كان اولى وكذلك صبي في يد امراة شهد رجل انه ابن فلان ورد القاضي شهادته
ثم شهد هو واخر انه ابن رجل اخر لم تقبل هذه الشهادة لكون احد الشاهدين متناقضا
فيها قال واذا اقر الرجل ان امته حبلى من رجل قد مات ثم ادعى انه منه فولدت لاقل من
ستة اشهر عتق لاقراره بحريته ولم يثبت نسبه منه لانا تيقنا بوجوده في بطن الام حين
اقر بنسبه لغيره وثبوت النسب من وقت العلوق والاقرار به حال كونه موجودا في البطن
والاقرار به بعد الانفصال سوا فلا يسمع منه الدعوى لنفسه بعد الاقرار الاول
وهي هذه الحيلة ان يشتري جارية حاملا اذا اراد ان يتحرز عن دعوى البايع فيامره
بان تقر ان الحبل بها من فلان الميت ثم يشتريها المشتري فاذا ادعاها البايع بعد
ذلك لنفسه لا تسمع دعواه ولا يبطل ملك المشتري فيها ولا في ولدها ولو اقر ان الحبل
بها من زوج ثم مكث سنة ثم قال هي حامل مني فولدت لاقل من ستة اشهر من الاقرار

الاخر

فهو ابن المولى ثابت النسب منه لانه لم يسبق منه ما يحجر من دعوى نسبه الاخر فان لم يكن
موجودا في البطن عند كلامه الاول انما هو من علوق حادث فان قيل هو ما لكها لام الولد
وقد اقر انها منكوحة الغير وفراش النكاح للغير عليها يمنع المولى من دعوى نسبه قلنا ذلك
الاقرار ليس بموجب لنكاح الغير عند العلوق بالثاني لان بقاء ما عرف ثبوته لا لعدم الدليل المزيل بل
لا لوجود الدليل المبقي ودعواه نسب الولد الثاني تنصيص منه على كونها فراشا له حين علقت
بالثاني فهذا دليل موجب لفراشه فلا يبقا رضه ما كان ثابتا لعدم الدليل المزيل حتى يكون
دافعا له قال رجل قال لامته الحامل ان كان حملها غلاما فهو مني وان كانت جارية
فهي من زوج زوجتها اياه او قال ان كانت جارية فليست مني فولدت غلاما وجارية لاقل
من ستة اشهر فهما ولداه لان كلامه يشتمل على شيئين احدهما معتبر والاخر لغو فالمعتبر دعوا
نسب ما في بطنها واللغو التقسيم فيما بين الغلام والجارية نفيا واثباتا فان هذا
رجم بالغيب ولا طريق له الى معرفته فاعتبر من كلامه ما امكن اعتباره وقد تيقنا بوجودهما
في البطن حين ادعى نسب احدهما وهما توام فدعواه نسب احدهما كدعواه نسبهما فلهذا افتى
بانهما ولداه ولو اقر انه زوج امته رجلا غائبا وهو حي لم يمت ثم جاءت بولد بعد قوله
لستة اشهر فادعاه المولى لم يصدق لان اقراره بالنكاح تزوج معروف اقرار صحيح فيثبت
به نكاح الغائب في حقه فدعواه بعد ذلك في ابطال حق ذلك الغائب غير مسموع بخلاف
ما تقدم من اقراره انه من زوج لان ذلك اقرار بالنكاح للمجهول والاقرار للمجهول باطل وليس في
دعوى النسب ولد علوق بعد ذلك ابطال حق ثابت لغيره فلهذا اثبتنا النسب منه قال ولو اقر ان ولد
مكاتبته من زوج ثم ادعى نسبه لم يصدق عليه لانه بالكلام الاول اخرج نفسه من
دعوى نسب هذا الولد ولكن يعتق عليه لان ولد المكاتبة مكاتب مع امه فكان مملوكا للمولى
كالامة حتى يملك اعتاقه فكذلك يملك اقراره فيه بما يوجب الحرية ولا يضمن للمكاتبة شيئا
لانه حصل بعض مقصود هنا فانها انما تسعى لتحصل الحرية لنفسها ولاولادها وكذلك ولد المدبرة
وام الولد فيما ذكرنا وكذلك امة بين رجلين ولدت فاقر كل واحد منهما انه ابنا لاخر ثم ادعاه
احدهما بعد ذلك لم يصدق على النسب لانه اقر بانه ابن لشريكه وذلك يخرجه من دعوى نسبه
فلا تصح دعواه لنفسه بعد ذلك وقد عتق الولد بقول الاول منهما لانه نفاه على حريته سوا
كان ابنا لهذا او لذاك وصارت الام بمنزلة ام الولد موقوفة لنفاذ دفعهما على ثبوت امية الولد
ويقر كل واحد منهما ذلك عن نفسه فايهما مات عتقت لان الحي منهما يزعم انها ام ولد للميت
وقد عتقت بموته والميت كان مقرا بنفوذ اقرار الحي فيها لانها ام ولده فلهذا عتقت بموت
احدهما قال رجل علقت جاريته في ملكه فولدت فادعى الولد ابوه ثبت نسب الولد
منه وصارت الجارية ام ولد له وعليه للمولى قيمة الجارية لان الشرع اضاف مال الولد الى
الاب بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك واثبت له حق تملك المال عليه ولده عند الحاجة
ولهذا كان له ان ينفق من ماله بالمعروف وحاجته الى النفقة لابقاء نفسه والى الاستيلاد
لابقاء نسله فان نفاه معنى بقاء نسله الان حاجته الى ابقاء النفس اصلي فيثبت له
ولاية صرف مال الولد الى حاجته من غير عوض وحاجته الى ابقاء نسله ليس من اصول
الحوائج فلا يبطل حق الولد عن مالية الجاريه فكان له ان يتملكها بضمان القيمة نظرا من
الجانبين وروي عن بشر رحمه الله انه قال اخر ما استقر عليه قول ابي يوسف ان الجارية
لا تصير ام ولد للاب ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة ولد المغرور ويغرم الاب عقرها
وقيمة ولدها لان حق ملك الاب في مال ولده لا يكون اقوى من حق ملك المولى في كسب مكاتبه

فانه

فانه يملك رقبة المكاتب ولا يملك رقبة ولده ثم لو ادعى ولد جارية مكاتبه لا تصير الجارية
ام ولد له ولكن ان صدقه المكاتب فالولد حر بالقيمة فكذلك هنا الا ان هناك يحتاج
الى تصديق المكاتب لان المولى حجره على نفسه عن التصرف في كسب مكاتبه ودعوة النسب
تصرف منه فلا ينفذ الا بتصديقه ووجه ظاهر الرواية ان للمولى في كسب المكاتب حق
الملك وذلك كاف لبيان النسب فلا حاجة الى تملك الجارية واذا لم يتملكها لا تصير ام ولد
وليس للوالد في ملك ولده حق الملك بدليل انه يباح للابن ان يطأ جارية نفسه فلا يمكن
اثبات النسب الا بتقديم الجارية فيه على الاستيلاد صيانة لما به عن الضياع واذا صار
متملكا لها فانما استولد ملك نفسه فتصير ام ولد له فلهذا لا يلزمه قيمة الولد لانه
علق حر الاصل ولا عقر عليه عندنا وقال زفر والشافعي عليه العقر لان وطيه حصل
في ملك الغير فلا يخلو عن ايجاب حد او عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر كما لو
وطيها فلم تحبل وهذا لان ملكه اياها ان يتقدم على العلوق لكيلا يضيع ماؤه فينبغي اصل
الوطي حاصلا في ملك الغير الا ترى انه يسقط به احصان الاب قلنا ان ملكه اياها
مقدم على فعل الاستيلاد دون اصل الوطي اذا اتصل به العلوق يكون استيلادا كالجرح
اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من الاصل فاذا تقدم ملكه اياها على فعل الاستيلاد
كان واطيا ملك نفسه فلا يلزمه العقر غير ان تقدير هذا الملك ضرورة تصحيح الاستيلاد
فلا يعدو موضع الضرورة ففي حكم الاحصان لا يظهر هذا الملك لانعدام الضرورة فيه
ولان المستولدة في حكم جزء من عينه وقد غرم بفعله جميع بدل نفسها فيسقط اعتبار
اعتبار بدل الجزء كمن قطع يد انسان خطا ثم قتله خطا قبل البرء فاما اذا اشتراها الابن
حاملا فولدت بعد الشرا بيوم فادعاه ابوه لم يثبت النسب منه اذا كذبه الابن لان ثبوت
النسب من الاب بشرط تملكها على الابن وقت العلوق وقد تعذر ايجاد هذا الشرط هنا
لانها عند العلوق ما كانت في ملك الابن ولا كان للابن فيها ولاية النقل الى نفسه لحاجته
ولان دعوته هنا دعوة التحرير فيقتصر على الحال ويكون بمنزلة الاعتاق وليس للاب
ولاية الاعتاق في مال ولده بخلاف الاولى فان دعوته دعوة استيلاد والى هذا اشار
فقال لو جعلته ابنه لما ضمنته قيمة الام لتعذر تملكه اياها من وقت العلوق وكل ولد لا يضمن
الاب فيه قيمة الام فهو غير مصدق عليه الا ان يصدقه الابن فحينئذ يثبت النسب منه
بمنزلة الاجنبي اذا ادعاه وصدقه المولى وهذا لان الحق لهما فان تصادقا عليه يجعل
فيجعل كانه حق وكذلك ان باعها الابن قبل ان تلد ثم ولدت فادعاه اب البائع لم تصح
دعوته لتعذر ايجاد شرطه وهو تملك الام عليه حين لم يكن في ملك الوارث وقت الدعوة
وكذلك ان باعها بعد العلوق ثم اشتراها فولدت لان شرط صحة دعوته تملكها عليه
مستندا الى وقت العلوق وقد تعذر ذلك لما تخلل من زوال ملك الابن وكذلك المدبرة
تحبل في ملك مولاها وتلد فادعى الولد ابوه لم يثبت نسبه منه لان ما هو الشرط وهو النقل
الى ملك الاب بضمان القيمة متعذر في المدبرة وكذلك ام الولد اذا ولدت ولدا فنفاه
المولى فادعاه ابوه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في المدبرة وكذلك ام الولد اذا ولدت
ان دعوة الاب صحيحة يثبت نسب الولد منه ويضمن عقرها وقيمة الولد مدبرا
وهذا على الاصل الذي ذكرنا لابي يوسف انه لا يتملك الجارية ولكنه بمنزلة المغرور
في دعوة النسب وفي هذا القنة والمدبرة سوا الا انه يضمن قيمته مدبرا
لانه كما نفصل عن امه انفصل مدبرا فانما يضمن قيمته على الوجه الذي اتلفه بدعوته

وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وولد ام الولد فقال ولد ام الولد ثابت النسب
من مولاها لما له عليها من الفراش فيمنع ذلك صحة دعوة الاب وان نفاه المولى عنه كما في
ولد الملاعنة فاما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاها فتصح دعوة امه فيه وكذلك
ولد المكاتبة يدعيه اب مولاها فانه غير مصدق على ذلك لتعذر شرط صحة الدعوة وهو
تملكه عليه بضمان القيمة فان ولدته وهي مكاتبة او كاتبها بعد ما ولدت او كان الولد لم
تصح دعوة الاب في الفصول كلها لان الولد هو المقصود وقد تقرر فيه من جهة الابن ما يمنع
نقله الى الاب فلهذا لا تصح دعوته وان كاتب الام بعد الولادة ثم ادعى الاب نسب الولد
قال في هذا الموضع لا تصح دعوته وقال بعد هذا تصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ولا
يصدق في حق الام فما ذكر هنا قول محمد رحمه الله وما ذكر بعد هذا قول ابي يوسف رحمه الله
نص على الخلاف في البيع في الجامع اذا باع الام بعد الولادة ثم ادعى ابوه نسب الولد يثبت
نسبه في قول ابي يوسف ولم يثبت في قول محمد فكذلك اذا كاتبها وجه قول محمد ان شرط
صحة الدعوة تملكها عليه بضمان القيمة وقد تعذر ذلك حين كاتبها او باعها فلم تصح دعوته
كولد المدبرة وام وجه قول ابي يوسف ان الولد هو المقصود بالدعوة وقد ثبت للاب حق
استلحاق نسبه بالدعوة قبل كتابة الام فلا يتغير ذلك بكتابة الام بخلاف ولد المدبرة
وام الولد فان المانع هناك في الولد موجود مما نحن فيه ان لو كاتبهما جميعا قال وان ادعى
ولد جارية ابنه والابن حر مسلم والاب عبد او مكاتب او كافر لم تصح دعوته لان شرط ثبوت
النسب والاية النقل فيها الى نفسه بضمان القيمة والرقيق والكافر لا ولاية له على ولده
فلم تصح دعوته لتعذر ايجاد شرطه فلو كان الاب مسلما والابن كافرا صحت دعوته وطعن
عيسى رحمه الله في هذا الجواب فقال كما ليس للكافر ولاية على ولده المسلم فليس للمسلم ولاية
على ولده الكافر حتى لا يرث احدهما صاحبه ولا يثبت له ولاية التزويج والتصرف في ماله في
صغره فلا يتملكه بالاستيلاد والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية والفرق من وجهين،
احدهما ان التملك بالاستيلاد انما اثر الولاية التي كانت ثابتة في حال الصغر فاذا كان الاب
مسلما فلا يكون الابن مقرا على كفره الان يكون اسلام الاب طاريا وقد كانت ولايته قبل اسلامه
فيبقى اثره في حق التملك بالاستيلاد فاما الابن اذا كان مسلما فهو مسلم اصلي باسلام امه لم يكن
للكافر عليه ولاية قط فلا يبقى اثر ولايته في الاستيلاد ولان التملك بالاستيلاد لكرامة الاب فيثبت
للمسلم على الكافر الولاية التي ترجع الى كرامة المسلم كولاية الشهادة ولا يثبت للكافر على المسلم
مثل هذه الولاية فلهذا افترقا ولو كانا جميعا من اهل الذمة وملتهما مختلفة جازت دعوة الاب
فيه لان لبعضهم على البعض ولاية مع اختلاف الملك قال ولا يجوز دعوة الجد اذا كان الاب حيا
لانه ليس له ولاية على النافلة ولا في ماله في حيوة الاب فكان هو كسائر الاجانب فان كان
الاب ميتا فالجد في الولاية قائم مقام الاب بعده فانه تصحة دعوة النسب منه وان كان
الجد من قبل الام لم تجز دعوته في الوجهين جميعا لانه لا ولاية له على ولد ابنته ولا
في ماله فلا يمكن ايجاد شرط الدعوة وهو تملك الجارية عليه بالاستيلاد وان كان قد وطئها
ثم ولدت فلم يدعه وادعاه ابوه جازت دعوته لان موطوة الابن تحله للنقل الى الاب بالدعوة
وان كانت لا تحل له فيتحقق فيها ما هو شرط الدعوة قال واذا ادعى الاب نسب ولد
جارية الابن فضمن قيمتها للابن ثم استحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وعقرها وقيمة ولدها
لان الاب هنا بمنزلة المغرور لانها مملوكة الابن ظاهرا وللاب حق الاستيلاد في ملك الابن
فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه كان مغرورا فيغرم عقرها وقيمة ولدها ويرجع على الابن بما ادى

اليه من قيمتها لانه تبين انه لم يتملكها على ابنه ولانه استوفى القيمة بغير حق وكذلك لو وطي امة
مكاتبة فولدت وادعاه المولى وصدقه المكاتب ثم استحقها رجل قضى للمستحق عليه بالعقر
وقيمة الولد لانه بمنزلة المغرور فان له في كسب المكاتب حق ملك يكفي لصحة استيلاده فاذا
ظهر الاستحقاق يتبين انه كان مغرورا فيغرم للمستحق عقرها وقيمة ولدها ويرجع على
المكاتب بما غرم له على العقر وقيمة الولد لانه تبين انه ما اتلف على المكاتب شيئا فلا يسلم
للمكاتب شي من قيمته

باب الحميل والمملوك والكافر

قال رضي الله عنه الاصل ان اقرار الرجل يصح باربعة بنفر بالاب والابن والمراة ومولى
العتاقة واقرار المراة بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة ولا يصح اقرارها
بالولد لان اقرار المرء على نفسه مقبول قال الله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة
وعلى الغير مردود للتهمة فالرجل بالاقرار بالولد مقر على نفسه لان الولد ينسب الى ابيه والمراة
تقر على الغير وهو صاحب الفراش لان الولد ينسب اليه لا اليها فلم يصح اقرارها بالولد
لهذا وفي الثلاثة هي مقرة على نفسها كالرجل فيصح الاقرار والاقرار بما سوى هذه
الاربعة من القرابات كالاخوة والاعمام لا يصح لانه يحمل نسبه على غيره فان ثبوت النسب
بينهما لا يكون الا بواسطة وفي تلك الواسطة اقرار على الغير فلم يكن صحيحا والاصل فيه
حديث عمر رضي الله عنه لا يورث الحميل الا ببينة واصل هذا ما روي عن الشعبي رحمه الله
ان امراة سبيت ومعها صبي فاعتقا وكبر الصبي واكتسب مالا ثم مات فقالوا للمراة خذي
ميراث ابنك فقالت ليس هو ابني ولكنه ابن دهقان القرية وكنت ظئرا فكتب بذلك الى عمر رضي
الله عنه فكتب ان لا يورث الحميل الا ببينة قال محمد رحمه الله الحميل عندنا كل نسب كان في اهل
الحرب وليس هذا بشي يختص باهل الحرب فان الحميل من يحمل النسب على الغير فعيل بمعنى
فاعل او من يحمل نسبه الى الغير فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول الا انه انما وضعه
في اهل الحرب بنا على العادة لانه لا يمكن اثبات انسابهم بالبينة في دار الاسلام وقل ما
يتعذر ذلك فيما بين المسلمين فلهذا وضعه في اهل الحرب قال اذا سبي صبيان فاعتقا
وكبرا فاقر كل واحد منهما ان الاخر اخوه لابيه وامه لم يصدقا في ذلك لانهما يحملان النسب
على الاب فالاخوة بينهما لا تثبت الا بواسطة الاب والام لان الاخوة عبارة عن المجاورة
في صلب او رحم وكذلك لو كان مع المسبي امراة فاعتقت وادعت انه ابنها وصدقها
في ذلك لم يصدقا بخلاف ما اذا كان مع المسبي رجل فاعتق ثم ادعى ان الصبي ابنه يصدق
ثبت نسبه منه لانه يقر بالنسب على نفسه ولان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا
يطلع عليه غيره فمجرد قوله فيه مقبول وسبب ثبوت النسب من المراة ولادة يطلع عليها غيرها
فلا يقبل بمجرد قولها فان كان الصبي ممن يعبر عن نفسه او كان بالغا لم يثبت النسب
الا بتصديقه لان الاقرار يتوقف على تصديق المقر له اذا كان من اهل التصديق مبانا ولانه
من وجه يدعي عليه وجوب الانتساب اليه قال عليه السلم من انتسب الى غير ابيه او انتمى
الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا
ولا يثبت للمدعا عليه الا بتصديقه وانما يثبت عند التصديق اذا كان محتملا في نفسه
ولم يكن الولد معروف النسب من غيره ثم اذا اقرت المراة بولد وصدقها لم يثبت النسب

ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لان المقر يعامل في حق نفسه كان ما اقر به حق
وانما لا يصدق في حق الغير لتمكن التهمة فاذا كان هناك وارث معروف يتمكن بينهما تهمة
المواضعة على ابطال حق الوارث المعروف واذا لم يكن هناك وارث معروف لا يتمكن تهمة
المواضعة بينهما لان كل واحد منهما متمكن من التناسب بجعل ماله لصاحبه كالوصية وعقد
الموالاة فلا يتمكن فيه التهمة وقد ينفصل حكم الميراث عن النسب ولهذا قال ابو حنيفة
رحمه الله لا يستحلف في النسب ويستحلف في المال المدعى به وهو الميراث فان شهدت
لها امراة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها لان شهادة القابلة بظهور النسب
وهو الولادة فانه مما لا يطلع عليه الرجال ولكن يشترط تصديق الولد لانه اذا كان مكذبا
لها لم يثبت النسب الا بحجة تامة وان لم يشهد لها امراة وصدقها زوجها انه منه ثبت النسب
منها اما من الزوج باقراره فانه يقر على نفسه واذا ثبت منه ثبت منها تبعا لان الفراش له
عليها وهو سبب لثبوت منها وانما يلحق بالنسب على هذا السبب الظاهر قال واذا اشترى
العبد الماذون امة فوطئها فولدت فادعى ولدها ثبت نسبه منه لان كسب العبد مضاف اليه
شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال وهذه الاضافة توثر في تصحيح الدعوة كما
في دعوة الاب ولد جارية ابنه ولان من العلماء من يقول كسب العبد يكون مملوكا له لانه يملك
التصرف فيه وملك التصرف باعتبار ملك محله ولان حق صاحبه فيه يتقدم على حق المولى
حتى يصرف الى دينه ولا يسلم للمولى ما لم يفرغ من دينه فتصير هذه شبهة وادنى الشبهة
يكفي لتصحيح دعوة النسب وكذلك مولاة لو سبق بالدعوة ثبت النسب منه لانه مالك لكسب
العبد حقيقة ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين
فتصير بدعوة النسب كانه استخلصها لنفسه قال ولو زوج المولى هذه الامة من عبده
صح النكاح كما لو زوجه امة اخرى وثبت النسب منه اذا ولدت وكذلك لو تزوجها
بغير اذن المولى يثبت نسب الولد منه اذا اقر به لانه بدون شبهة النكاح يثبت النسب
عند اقراره فعند شبهة النكاح اولى وكذلك لو تزوجها المولى فولدت لان النكاح لغو منه
فيها فيثبت النسب عند اقراره بالولد كما لو لم يسبق النكاح وكذلك لو ادعى العبد ولد
امراة حرة بنكاح فاسد او جائز لان العبد من اهل ان يثبت النسب منه واقراره بالنسب
لا يمس حق المولى وفيما لا يمس حق المولى اقرار العبد به كاقرار الحر كما في الاقرار بالقود
والطلاق وفي كل شيء لا يصدق فيه الحر ما لم يملك الولد فكذلك العبد ولا يصدق فيه ما لم
يملكه بعد عتقه فاذا ملكه بعد العتق عتق ويثبت نسبه منه لان الاقرار مما لا يحتمل
الابطال فيبقى موقوفا على ظهور حكمه بملك المحل وعند ذلك يصير كالمجدد للاقرار فيثبت
حكمه في حقه وكذلك العبد المديون اذا ادعى ولد امة اشتراها ثبت النسب منه لان كسبه
وليس في اقراره ابطال حق الغير فانه متمكن من بيعها وبيع ولدها بعد ثبوت النسب وكذلك
لو ادعى ان مولاها احلها له وكذبه المولى لانه لا معتبر باحلال المولى فيما هو كسب العبد
فعند تكذيب المولى تصير دعوى الاحلال كالمعدوم وبدونه يثبت النسب من العبد قال
وان ادعى ولدا من امة لمولاه لم يكن من تجارته فادعى ان مولاه احلها له او زوجها اياه
فان كذبه المولى في ذلك لم يثبت النسب منه لانه لا حق له في جارية المولى فهو في هذه الدعوى
كاجنبي اخر الا انه اذا اعتق فملكه يثبت النسب منه بمنزلة حر يدعيه ثم يملكه يثبت النسب
منه في دعوى النكاح قياسا واستحسانا وفي دعوى الاحلال استحسانا وفي
القياس دعوى الاحلال ليس بشيء لان هذا المحل غير قابل للاحلال والاحلال ليس

بعقد

بعقد بل هو بمنزلة الرضا فكانه ادعى انه زنا بها برضى مولاها ولهذا لا يثبت النسب
ولكنه استحسن فقال الاحلال من وجه كالنكاح فان بالنكاح يستحق ملك الحل ولا يثبت
له بالنكاح ملك عينها ومنافعها انما يحل له ان يطأها فكان الاحلال صورة شبهة من
هذا الوجه والنسب يثبت في موضع الشبهة فان صدق المولى عبده في ذلك يثبت النسب
منه الا ان في دعوى النكاح يحتاج الى التصديق في النكاح خاصة وفي دعوى الاحلال
يحتاج الى التصديق في شيئين في انه احلها وانها ولدت منه وان الاحلال اضعف من المتعة
فالمتعة عقد والاحلال ليس بعقد فلضعفه قلنا لا يثبت النسب الا باقراره وهذا
لان العقد ثابت في المحل فعند ثبوته لا يحتاج الى اقرار المولى بالولادة فاما الاحلال
لا يثبت في المحل فلا يثبت النسب ما لم ينضم اليه الاقرار بان الولد منه قال ودعوة المكاتب
ولد امته جائزة لان حقه في كسبه اقوى من حق العبد الماذون فان للمكاتب حق الملك
في كسبه وينقلب حقيقة الملك بعتقه وليس للعبد الماذون مثله فاذا صحت الدعوة من
الماذون فدعوة المكاتب اولى ولا يحتاج المكاتب الى تصديق المولى اياه بخلاف المولى اذا
ادعاه فلا يثبت النسب منه الا بتصديق المكاتب وان كان لكل واحد منهما حق الملك لوجهين
احدهما ان المكاتب يستبد بملك التصرف في كسبه والدعوة من باب التصرف وهو مما يحتاج اليه
لاصابة نماء به فيستبد به والثاني ان المولى حجر على نفسه عن التصرف في كسب المكاتب فلا
تنفذ دعوته بسبب الحجر الذي لزمه نفسه ما لم يصدقه المكاتب ولم يوجد مثل ذلك الحجر
في جانب المكاتب فيثبت النسب منه بالدعوة وان لم يصدقه المولى وكذلك لو ادعى ولدا
من امراة حرة بنكاح فاسد او جائز وصدقته المراة لانه في دعوى النسب كالحر قال ولو ادعى
ولد امة رجل بنكاح او بملك وكذبه الرجل لم يصدق المكاتب كالحر اذا ادعاه فان عتق فملكه
يوما فثبت نسبه منه وكان كالمجدد لاقراره حين ملكه واذا باع المكاتب امة فولدت
لاقل من ستة اشهر فادعى الولد صحت دعوته لانه في حق استلحاق النسب كالحر واذا حصل
العلوق في ملكه كان له حق الدعوة ويرد البيع مع امه لان استيلاده في كسبه يمنعه من بيع
الام والولد فان الولد يدخل في كتابته تبعا له وثبوت حق الام بثبوت حق الولد فيمتنع بيع
الام والولد فكان هو كالحر في هذا بخلاف العبد الماذون فان هناك بثبوت نسب الولد منه لا يمتنع بيع الام
والولد عليه فكذلك لا يرد اليه الولد ولا امه اذا ادعى نسبه قال وان وطئ المكاتب امة
ابنه وهو حر او مكاتب بعقد على حدة لم يثبت النسب اذا كذبه الابن لان ثبوت النسب
بدعوة الاب بشرطه ولانه نقل الجارية الى نفسه بضمان القيمة وليس للمكاتب هذه
الولاية فان ملكه يوما يثبت نسبه لان امتناع ثبوت النسب منه بدعوته لعدم ملك
المحل وقد زال ذلك حين ملكه وان كانت الجارية لابن له ولد في مكاتبته او اشتراه فولدت
فادعاه المكاتب جازت دعوته وصارت الام ام ولد له ولم يضمن مهرا ولا قيمة لان كسب
المولود في كتابته ومن يكاتب عليه بشراء به بمنزلة كسبه الا ترى انه يتمكن من اخذ ذلك
كله ويستعين به على اداء الكتابة وكانت هذه الامة في حقه بمنزلة امته فلهذا ثبت
النسب منه ولم يضمن عقرا ولا قيمة قال رجل ادعى ولد جارية مكاتب له لم
يصدق الا بتصديق المكاتب لانه بعقد الكتابة جعل نفسه في التصرف في كسبه بمنزلة
الاجنبي والدعوة من باب التصرف فان صدقه المكاتب يثبت النسب وكان حرا
بالقيمة استحسانا وفي القياس هو عبد للمكاتب لان للمولى في هذه الدعوة كالاجنبي
لانه لو اشترى ابن مولاه وهو معروف لم يمتنع عليه بيعه فكذلك اذا ادعى نسب ولد جاريته

ولكن استحسن فقال المولى بمنزلة المغرور ولان له في كسب مكاتبه حق الملك وحق الملك من وجه بمنزلة
حقيقة فكان هو بمنزلة الملك الثابت للمغرور في الحادثة المستحقة والولد هناك يكون حرا بالقيمة نظرا
من الجانبين فهذا مثله قال ولو ادعى الحر ولد مكاتبته وكذبته فهو ابنه لان رقبة المكاتب مملوكة للمولى
فكذلك ولدها يكون مملوكا له ودعوته في ملك نفسه دعوة صحيحة بخلاف ولد امة المكاتب فان
المولى غير مالك للامة ولا لولدها الا ترى ان عتقه هناك لا ينفذ فيها ولا في ولدها وههنا
ينفذ عتقه فيها وفي ولدها ولان الامة مع ولدها موقوفة على ان يتم الملك فيها للمكاتب بالعتق فلا
ينفرد المولى بابطال ذلك على المكاتب بالدعوة فاما ولد المكاتبة ليس بموقوف على ان يتم الملك فيه للمكاتبة
وليس في تصحيح دعوته ابطال حق المكاتبة بل فيه تحصيل بعض مقصودها فلهذا يثبت النسب ويعتق الولد
ولا ضمان عليه للمولى في ذلك ولو ادعى ولد مكاتبة مكاتبه لم تصح دعوته الا بتصديق المكاتبة لانها
ابعد من المولى من امة المكاتب فان سبب بعدها عن المولى عقد الكتابة وفي امة المكاتب للبعد سبب واحد
وفي مكاتبة المكاتب بعدها من المولى بسببين فاذا لم تصح دعوته في امة المكاتب الا بالتصديق ففي مكاتبة
المكاتب اولى غير ان التصديق يكون الى المكاتبة دون المكاتب الاعلى لان المكاتبة صارت احق بنفسها
وولدها والمكاتب حجر على نفسه عن التصرف فيها وفي ولدها فلهذا كان التصديق اليها دون المكاتب قال
وان ادعى ولد امة مكاتب مكاتبه وكذبه مولاها وصدقه المكاتب الاعلى لم يصدق لان الحق في هذه الامة
وولدها للمكاتب الاسفل والمكاتب الاعلى منها كالاجنبي الا ترى انه لو كان هو المدعي للولد لم تصح دعوته الا بتصديق
الاسفل فلذلك اذا كان المدعي هو المولى لم يصح الا بتصديق الاسفل فان عجز الاسفل صارت الامة للمكاتب
الاعلى فيعمل تصديقه الان لان المولى يدعي ولد امته وقد صدقه في ذلك فيثبت النسب ويكون حرا بالقيمة
فان صدقه المكاتب الاسفل ثبت النسب ولا ياخذه المولى بالقيمة لان معنى الغرور لا يتمكن ههنا فانه
غير مالك لرقبة الامة ولا لرقبة مولاها بخلاف امة مكاتبه فان هناك يملك رقبة مولاها والكسب يملك
بملك الاصل فيتمكن الغرور بملكه رقبة مولاها وههنا لا يتمكن الغرور ولان اسباب بعدها عن المولى ههنا
قد كثرت فكان منها بمنزلة الاجنبي وفي امة المكاتب سبب البعد واحد فتعتبر الشبهة المثبتة لحكم الغرور
وهو نظير ما قيل في ابن الاخ مع ابن العم فان قرابة ابن الاخ قرابة قريبة لان البعد بسبب التشعب والتشعب
في ابن الاخ من جانب واحد وفي ابن العم التشعب من الجانبين فنزل كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة
الاجنبي ولو ادعى ولد مكاتبته ولها زوج لم تصدق على النسب صدقها زوجها او كذبه لان النسب قد
ثبت من الزوج بالفراش الثابت له عليها وملك الرقبة غير معتبر في اثبات النسب مع فراش النكاح ولكن الولد
يعتق باقراره لان ولد المكاتبة مثل امها فانه داخل في كتابتها لو اعتقه المولى نفذ عتقه فكذلك اذا
ادعى نسبه كان اقرارا منه بالحرية وان لم يثبت النسب لثبوته من الزوج ويستوي ان كان الزوج حرا او
مكاتبا للمولى او عبدا له لان فراش النكاح مثبت للنسب من هؤلاء بصفة واحدة قال امة بين رجلين
علقت فباع احدهما نصيبه من صاحبه ثم وضعت لاقل من ستة اشهر فادعاه المشتري ثبت نسبه
وبطل البيع لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى وقت العلوق وثبت لها حق امية الولد من ذلك الوقت
فتبين انه اشترى ام ولد من غيره وكذلك ثبت للولد حقيقة الحرية من ذلك الوقت فتبين انه اشتراها
من صاحبه وفي بطنها ولد حر فكان الشراء باطلا فيسترد الثمن منه ثم يغرم له نصف قيمتها ونصف
عقرها لان الشراء صار كان لم يكن واحد الشريكين اذا استولد الجارية المشتركة يتملك على صاحبه
نصيبه لان امية الولد لا تحتمل الوصف بالتجزي فان سببه بسبب الولد وهو غير متجزي فصار متملكا
نصيب شريكه من حين علقت بنصف القيمة لان تملك مال الغير عليه لا يكون مجانا وضمان التملك
لا يختلف باليسار والاعسار ويغرم نصف عقرها ايضا لانه حين وطئها كان النصف مملوكا
للشريك فيلزمه ضمان نصف العقر له وهو بخلاف ما تقدم في الاب يدعي مستولدة جارية

ابنه

ابنه لانه ليس للاب في جارية ابنه ما يمكن تصحيح الاستيلاد باعتباره فلا بد من تقديم الملك على الاستيلاد
واذا قدمناه صار وطؤه في ملك نفسه فلا يجب العقر وههنا المستولد ملك نصفها عند استيلاده وذلك
صحيح كاف لتصحيح الاستيلاد فلا يقدم الملك في نصيب شريكه على الاستيلاد فيبقى وطؤه حاصلا في ملك الشريك
وحقيقة المعنى ان تملك الاب رقبة الجارية هناك شرط الاستيلاد وشرط الشيء يسبقه وههنا يملك
نصيب شريكه بحكم الاستيلاد ولان امية الولد لا تحتمل التجزي وحكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وكذلك لو
كان البائع هو الذي ادعاه لان قيام الملك في نصفها عند العلوق كقيام الملك في جميعها في ثبوت حق
استحقاق النسب به فلا يبطل ذلك بالبيع ولكن البيع يبطل بدعوته فصار كان لم يكن فهو يدعي نسب
ولد جارية مشتركة بينهما وقد بينا الحكم فيه قال امة بين مسلمين او مسلم وذمي كاتب احدهما نصيبه
ثم جاءت بولد وادعاه الاخر ثبت نسبه منه لانه مالك لنصيبه منها بعد كتابة الشريك وقد عرف الجواب
في الكتابة من احد الشريكين انها تتجزى عند ابي حنيفة سواء كان باذن الشريك او بغير اذنه ولا تتجزى
عندهما سواء كان باذن الشريك او بغير اذنه فله حق النقض لانه يتضرر به في الثاني وهو عند الاداء
وعقد الكتابة محتمل للفسخ فاذا تصرف احد الشريكين تصرفا يحتمل النقض وفيه ضرر على شريكه كان
له ان ينقضه لدفع الضرر عن نفسه وان لم ينقضه حتى اتصل بها الاداء عتقت لوجود شرط العتق
ولا يتمكن الشريك من الفسخ بعد ذلك لان العتق لا يحتمل الفسخ بعد الوقوع اذا عرفنا هذا فنقول نصيب
المدعي منها يصير ام ولد له فاما نصيب المكاتب لا يصير ام ولد له في قول ابي حنيفة ما بقيت الكتابة
وعندهما الكل صارت ام ولد للمستولد واصل المسالة في مكاتبة بين شريكين استولدها احدهما عند
ابي حنيفة يقتصر الاستيلاد على نصيبه لان المكاتبة لا تحتمل النقل من ملك الى ملك واثبات امية الولد
في نصيب الشريك غير ممكن الا بالنقل اليه فاذا تعذر ذلك لا تثبت امية الولد في نصيب الشريك كالمدبرة
بين اثنين استولدها احدهما يقتصر الاستيلاد على نصيبه وعند ابي يوسف ومحمد يصير الكل ام ولد للمستولد
لان التملك بالاستيلاد حكمي والمكاتب محل له الا ترى ان مكاتب المكاتب ينتقل الى المولى عند الاداء حتى يكون
ولاؤه للمولى اذا ادى قبل اداء المكاتب الاعلى وكذلك المرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما وقد كاتب الوارث عبدا
له تعاد ذلك العبد اليه مكاتبا ولان الكتابة محتملة للفسخ فتنفسخ في نصيب الشريك لضرورة الحاجة الى تكميل
الاستيلاد ولان ابقاها الحقها وفي هذا توفير الحق عليها بخلاف التدبير فانه غير محتمل للفسخ فلهذا
صارت الكل ام ولد للمستولد عندهما اذا عرفنا هذا فنقول فيما نحن فيه ان كانت الكتابة باذن المستولد
فان شاءت عجزت نفسها فكانت ام ولد للمدعي الولد لان بالعجز انفسخت الكتابة فزال المانع من تملك المستولد نصيب
شريكه وان شاءت مضت على الكتابة فاذا ادت عتقت نصيب الذي كاتبها منها ومن ولدها لانه بلغتها جهتا
حرية احدهما عاجل بعوض والاخر اجل بغير عوض فكان لها ان تختار اي الجهتين شاءت فاذا عتقت
عتق نصيب المستولد ايضا لسرايته وانها لا تسعى لمولاها عند العتق في شيء كما قال في ام
ومن اصل ابي حنيفة ان رق ام الولد لا يتقوم
ولد بين شريكين اعتقها احدهما فان كانت الكتابة بغير اذنه نقضها القاضي لما بينا انها غير
لازم في حق الشريك فاذا نقضها صارت ام ولد للمستولد لانه يملك نصيب شريكه منها بسبب الاستيلاد
عند زوال المانع وان لم ينقضها حتى ادت عتق نصيب المكاتب بينها وبين ولدها لوجود الشرط وهو
الاداء ويعتق نصيب المستولد منها ايضا ولا تسعى له في شيء لما بينا في الفصل الاول وان اقدام الشريك
الاخر على الاستيلاد لا يكون نقضا منه لكتابة شريكه وان كان له حق النقض لانه لا منافاة بينهما
فكل واحد منهما تصرف من المتصرف في نصيب نفسه فلا يكون تعرضا منه لنصيب شريكه قال
امة بين مسلم وذمي علقت ثم اسلم الذمي ثم ادعيا الولد معا فهو ابنهما جميعا كما لو كانا مسلمين
في الاصل لان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من اسلام الولد ويكون ذلك عند الدعوة والشريك

عند ذلك مسلم فدعوته توجب اسلام الولد وان لم يكن مسلما وقت العلوق كدعوة شريكه فلما
استويا من وجه ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية ام ولد لهما وان كانت بين مسلمين علقت
ثم ارتد احدهما ثم ادعيا الولد فهو ابن المسلم لان المرتد كافر ودعوة الكافر لا تعارض دعوة
المسلم ولان الدعوة تصرف وتصرف المسلم في ملكه انفذ من تصرف المرتد الا ترى ان اعتاق المرتد نصيبه
يتوقف عند ابي حنيفة فلهذا ترجح دعوة المسلم قال ولو كانت بين مسلم وذمي فارتد المسلم ثم ادعيا
الولد فهو ابن المرتد لانه اقرب الى احكام الاسلام من الذمي الا ترى انه يجبر على الاسلام غير مقر على ما
اعتقده فان تصرفه في الخمر والخنزير لا ينفذ بخلاف الذمي فيكون بين الاسلام جعل في حكم
الدعوة كالمسلم فتترجح دعوته على الذمي ولان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من ثبوت حكم الاسلام للولد
فهذا موجود في دعوة المرتد فالدعوة من التصرفات التي لا تتوقف من المرتد لانها لا تستدعي حقيقة الملك
وتوقف تصرفه لتوقف ملكه فاذا كان هو في الدعوة كالمسلم ترجح على الذمي فصارت الجارية ام ولد
لان الاستيلاد ينبني على ثبوت نسب الولد وقد ثبت ذلك بدعوته ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها
لشريكه ويضمن الذمي ايضا له نصف العقر لاقراره بوطيها فيصير نصف العقر بنصف العقر قصاصا
قال امة بين رجلين ولدت فادعياه جميعا وقد ملك احدهما نصيبه منذ شهر والاخر منذ سنة اشهر او اكثر
فالدعوة دعوة المالك الاول لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى حالة العلوق ولم يكن في ملكه فيكون
دعوة الاستيلاد سابقة معنى ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لانه قد يملك نصيب صاحبه
بدعوة الاستيلاد وليس انه لم يغرم قالوا وانما يغرم ذلك للبائع لا لشريكه لان دعوته استند الى حالة
العلوق والملك فيها في ذلك الوقت كان للبائع فانما يصير متملكا عليه فيضمن له نصف قيمتها ونصف عقرها
ويرجع المشتري على البائع بالثمن لبطلان البيع فيما اشترى فان لم يعلم صاحب الملك الاول فهو ابنهما والجارية
ام ولد لانهما استويا في الدعوى فيما اشتري فان لم يعلم صاحب الملك الاول فهو ابنهما والجارية ام ولد لهما
لانهما استويا في الدعوى فكان العلوق حاصلا في ملكهما ولا عقر على واحد منهما اما الصاحبة فغير مشكل لانا
لا نتيقن بان الوطء من كل واحد منهما حصل في ملك شريكه واما العقر فلان وجوب العقر على من كان ملكه فيها بتاريخ وقت
العلوق للبائع شريكه ومن وجب عليه العقر منهما مجهول والمال لا يجب على المجهول قال امة لذمي باع نصفها
لمسلم ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فادعياه فهو ابن الذمي ويبطل البيع لان بيعه نصفها لا يكون اعلى من بيعه جميعها
وهو اولى بالدعوة بعد بيع الجميع لتيقننا بحصول الجميع في ملكه قال امة بين رجل وامراة صغيرة او كبيرة فولدت
فادعاه الرجل وابو المراة فان نسبه يثبت من صاحب الرقبة لانه ملك نصفها حقيقة وان المراة ليس لها فيها
حقيقة ملك ولا حق ملك انما له مجرد التاويل والتاويل لا يعارض حقيقة الملك ولان صحة دعوة ابي المراة
باعتبار تملك نصيب ولده عليها من وقت العلوق وذلك متعذر لثبوت امية الولد من الشريك فيها من وقت العلوق
ودعوة الشريك دعوة صحيحة من غير شرط تقديم الملك فكان هو اولى قال امة بين رجلين ولدت ولدا ميتا
فادعاه احدهما فهو ابنه وهي ام ولد له لان ثبوت النسب من وقت العلوق وفي هذا المنفصل ميتا والمنفصل
حيا سواء والولد الميت كالحي في ان الجارية تصير ام ولد كما لو كانت لرجل واحد وكذلك لو اسقطت سقطا
استبان خلقه ولمثله حكم الولد الا ترى ان العدة تنقضي به والمراة تصير به نفساء فكذلك الجارية تصير
ام ولد قال ولو كانت جارية بين رجل وابنه فولدت فادعياه فهو ابن الاب استحسانا وفي القياس
يثبت النسب منهما لان كل واحد منهما يملك نصفها حقيقة وصحة الدعوة هنا باعتبار ملك الرقبة
وقد استويا في ذلك والحق غير معتبر في معارضة الحقيقة كما لو كانت الجارية كلها للابن فادعيا الولد
كان دعوة الابن اولى من دعوة الاب وجه الاستحسان في ذلك ان جانب الاب يترجح لان له في نصفها
حقيقة الملك وفي النصف الاخر حق التملك على ولده بالاستيلاد وليس للابن في نصيب الاب ملك ولا
حق ملك ولا تاويل ملك فكانت جانب الاب ارجح والترجيح عند المعارضة يحصل بما لا يكون علة الاثبات

ابتدا كالاخوين احدهما لاب وام والاخر لاب يرجح الاخ لاب وام في العصوبة بقرابة الام وهي ليست
بعلة الاستحقاق للعصوبة فاذا صحت دعوة الاب وصارت ام ولد له يضمن نصف قيمتها ونصف
عقرها بخلاف ما اذا كان الكل للابن لما بينا ان تملك الاب نصيب الابن هنا حكم الاستيلاد لا شرطه فان
قيام الملك له في النصف كان لصحة الاستيلاد فلهذا غرم نصف عقرها وضمن الابن نصف العقر لابيه
ايضا لاقراره بوطيها فكان نصف العقر بنصف العقر قصاصا وابو الاب بعد موت الاب في هذا
بمنزلة الاب فاما الاخ والعم والاجنبي فهم كلهم سواء لانه ليس للبعض هنا تاويل الملك في مال البعض
ولا حق التملك بالاستيلاد قال واذا كان احد الابوين مسلما فالولد للصغير مسلم هكذا روي عن عمر رضي
الله عنه وشريح وابراهيم وكان المعنى فيه ان اعتبار جانبه يوجب اسلام الولد واعتبار جانب الذمي
يوجب كفره فيترجح الموجب للاسلام توفيرا لمنفعة الولد وعملا بقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى
عليه وان كانت الامة بين رجلين ولدت فادعياه فهو ابنهما وان ولدت بعد ذلك اخر لم يثبت نسبه
منهما ولا من احدهما الا بالدعوة لان قيام الشركة بينهما في رقبتها يمنع الفراش المثبت للنسب لهما او لاحدهما
عليها فان ثبوت نسب ام الولد من مولاها لتحصين الظن بها حتى لا تكون مقدمة على التمكين من فعل حرام وهذا
غير موجود هنا فان وطيها غير واحد مملوك لواحد من الشريكين فلهذا لا يثبت النسب منهما ولا من احدهما
الا ان يدعيه احدهما فحينئذ يثبت النسب منه بالدعوة لقيام الملك في نصفها ونصف ولدها ويغرم لشريكه
نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئا في قول ابي حنيفة وفي قولهما يغرم لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا
وان كان معسرا سعى الولد للشريك بنصف قيمته وهذا لان ولد ام الولد بمنزلة امه فدعوة احدهما للولد
كاعتاقه ولو اعتق الام احد الشريكين لم يضمن لشريكه شيئا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى
له ان كان معسرا فكذلك في الولد لما صار المدعي نسبه كالمعتق له جارية بين مسلم وذمي ولدت فادعياه
فهو ابن المسلم عندنا وقال زفر هو ابنهما ولكن يكون مسلما لان صحة دعواهما باعتبار الملك وهما في الملك يستويا
فكذلك فيما ينبني عليه الا ان الولد يكون مسلما لان تبعية احد الوالدين توجب اسلامه فيجب باسلامه وان كان
النسب ثابتا منهما كالمولود بين كافر ومسلم وحجتنا في ذلك ان دعوة المسلم انفع للولد لانه يثبت له النسب
والاسلام وعند تعارض الدعوة يترجح احد الجانبين لمنفعة الولد كما لو كان في احد الجانبين حرية الولد يترجح
به فكذلك هنا قال واذا التقط الرجل لقيطا فادعاه عبد انه ابنه من زوجته هذه الامة وصدقه
المولى وقال هو عبدي يثبت النسب بينهما وكان عبدا للمولى عند ابي يوسف وعند محمد يثبت النسب منهما
وكان عبد المولى عند ابي يوسف وعند محمد يثبت النسب منهما وكان حرا اما ثبوت النسب بدعوتهما استحسانا
وفي القياس لا يثبت لان الولد اليد ثابت للملتقط فهما بمجرد الدعوى يريدان ابطال اليد الثابتة له فلا يصدقان
على ذلك وفي الاستحسان قال اعتبار يد الملتقط لمنفعة الولد حتى يكون محفوظا عنده لا لحق الملتقط
وفي اثبات النسب ممن ادعاه توفير المنفعة على الولد وقد بينا ان العبد في دعوة النسب كالحر فلهذا اثبت النسب
من العبد والامة بالدعوة فاما حجة محمد رحمه الله ان اللقيط حر باعتبار الدار وفي اثبات نسبه من المملوكين
توفير المنفعة على الولد وفي اثبات الرق اضرار بالولد وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت الرق فبقي ما كان
على الحرية ويسقط اعتبار قولهما فيما يضر بالولد كما لو ادعاه ذمي وقد وجد في مصر من امصار المسلمين
يثبت النسب منه بالدعوة ويكون مسلما دفعا للضرر عن الولد وتوفيرا للمنفعة عليه في ثبوت نسبه وحجة ابي يوسف
انه لما حكمنا بثبوت النسب منهما فقد حكمنا بانه مخلوق من ماء رقيقين والمخلوق من ماء رقيقين لا يكون حرا
لان الولد من الاصلين فاذا كانا رقيقين وليس هنا سبب يمكن الحكم بحرية الولد به لكان لا سبب ولا وجه
لاثبات الحكم بدون السبب يكون الولد رقيقا بضرورة ان ولد الامة مملوك لمولاها لانه جزء من اجزائها
الا اذا تمكن هنا غرور في جانب الفحل وهو حر فحينئذ ينتفي صفة الحرية لمائه ولا غرور هنا فكان الولد
رقيقا وفي الحقيقة هذه المسالة نظير ما ذكرنا في كتاب النكاح العبد اذا صار مغرورا بامة فولدت يكون

الولد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد ونظيرها في كتاب الاقرار مجهولة الحال اذا اقرت بالرق ثم ولدت لاقل من ستة اشهر بعد اقرارها كان الولد رقيقا عند ابي يوسف خلافا لمحمد قال فان ادعى الملتقط رجلان كل واحد منهما يدعي انه ابنه ووصف احدهما علامات في جسده ولم يصف الاخر شيئا جعلته ابن صاحب الصفة لان الترجيح عند تعارض الدعوى يقع بالعلامة كما اذا وقع الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت ولان اصابة العلامة دليل سبق يده اليه ودليل كونه ابا له لان الانسان اعرف بعلامات ولده من غيره وهو نظير مدعي اللقطة اذا اصاب في العلامات يؤمر الملتقط فيما بينه وبين ربه بالدفع اليه ولو اصاب في بعض العلامات واخطا في البعض فهذا وما لم يذكر من العلامة شيئا سواء لان اعتبار ما اصاب يدل على صدقه واعتبار ما اخطا يدل على كذبه فاذا وقع التعارض بينهما صار كانه لم يذكر من العلامات شيئا واذا لم يصف واحد منهما من العلامات شيئا فهو ابنهما لاستوائهما في الدعوى ولو قال احدهما هو غلام من صفة جسده كذا وقال الاخر هي جارية من صفة جسدها كذا فايهما اصاب ذلك فهو احق به لظهور علامة الصدق في كلامه وظهور دليل الكذب في دعواه ولو كان سبب القضاء الشهادة لم يقض بها مع ظهور دليل الكذب فكذلك اذا كان سبب القضاء الدعوى لا يقضى بها مع ظهور دليل الكذب ولانه يدعي نسب الغلام وليس هنا غلام حاضر ودعوة المعدوم باطل وان كان اللقيط في يد مسلم فادعاه ذمي في القياس لا يثبت النسب منه وهذا غير القياس الاول في دعوة اللقيط لانا قد حكمنا باسلام الولد هنا باعتبار الدار ولا قول للذمي في دعوة نسب الولد المسلم ولكنه استحسن فقال في دعواه شيئان احدهما ثبوت نسب الولد وفيه منفعة له والاخر كفر الولد وفيه ضرر عليه فتصح دعوته فيما ينفع الولد دون ما يضره اذ ليس من ضرورة النسب تبعية الابوين في الدين كالصغير اذا سبي وليس معه احد من ابويه يكون ثابت النسب من الحربي محكوما باسلامه ثم المسئلة على اربعة اوجه اما ان يكون الملتقط مسلما وقد وجده في مصر من امصار المسلمين فيكون محكوما له بالاسلام وان وجده ذمي في بيعة او كنيسة او قرية من قرى اهل الذمة فيكون كافرا تاما فان وجده مسلم في بيعة او كنيسة او وجده ذمي في مسجد من مساجد المسلمين فان في كتاب اللقيط العبرة للمكان وقال في كتاب الدعوى للواجد وروى ابن سماعة عن محمد انه يحكم بزي اللقيط وسيماه وجه رواية كتاب اللقيط ان المكان اليه اسبق من يد الواجد والحكم للسابق ولان الظاهر ان اهل الذمة لا يضعون اولادهم في مساجد المسلمين وان المسلمين لا يضعون اولادهم في البيع والكنائس والحكم بالظاهر واجب عند تعذر الوقوف على الحقيقة ووجه رواية هذا الكتاب ان اللقيط في حكم المباح فمن سبقت يده اليه صار محرزا له وكان الحكم ليده اذ ليس للمكان يد معتبرة الا ترى ان المباح يملك بالاحراز باليد دون المكان ووجه رواية ابن سماعة ان الحكم بالزي والسيما جائز واجب كالميت الذي يوجد في دار الحرب اذا كان مسلم فان كان عليه سيما المسلمين قبل قوله والاصل فيه قوله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وتفسير هذه الرواية ذكره ابن سماعة انه اذا كان في عنقه صليب وعليه ثياب ديباج ووسط راسه محزوز فالظاهر انه من اولاد النصارى فلا يحكم له باسلامه يقول في الكتاب فان كان في يد مسلم فادعاه ذمي واقام شاهدين ذميين فاني استحسن ان اجعله ابنه واجعله مسلما اذا وجده في بيعة او كنيسة وهذه الرواية وهي قوله اجعله مسلما ذكره في رواية ابي سليمان ولم يذكر في رواية ابي حفص والحاكم رحمه الله في المختصر صحح رواية ابي حفص رحمه الله وقال الحكم باسلامه عند مجرد الدعوى فاما مع اقامة البينة فلا يحكم باسلامه ولكن ما ذكره في نسخ ابي سليمان هو الاصح لانا اذا حكمنا باسلامه على هذه الرواية باعتبار التبعية للواجد وشهادة اهل الذمة ليس بحجة على الواجد ولا على من حكم باسلامه تبعا للواجد فكان وجوده كعدمه فلهذا جعلناه مسلما وان اثبتنا نسبه من الذمي فاما اذا وجده في مصر من امصار المسلمين جعلته حرا مسلما ولا اقبل شهادة اهل الذمة عليه يريد به في حق الدين فاما في حق النسب فهو ثابت من الذمي

كما بينا

كما بينا وان اقام رجل البينة انه ابنه واقام اخر البينة انه عبده قضيت به للذي يدعي انه ابنه لان في بينته اثبات نسبه وحريته وفي بينة الاخر اثبات رقه فتترجح بينة الحرية لمنفعة الصبي فان اقام احدهما البينة انه ابنه من امراته هذه الحرة واقام اخر البينة انه ابنه من هذه الامة قضيت به ابن الحر والحرة لان المولود من الامة بالنكاح يكون رقيقا فتترجح بينة المثبت للحرية وان اقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امراته الحرة ووقت كل واحد منهما وقتا فان عرف ان سن الصبي على احدهما فهو لصاحب ذلك الوقت لظهور علامة الصدق في شهوده باعتبار سن الصبي وان لم يعرف انه على اي الوقتين لانه لما تعذر الوقوف على سن الصغير يعرف به الصادق من الكاذب يعتبر العبرة للتاريخ فصاحب اسبق التاريخين يثبت النسب منه في وقت لا ينازعه الاخر فيه وبعد ما ثبت النسب لا يمكن اثباته من غيره وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى به بينهما لان كل واحد منهما يثبت النسب منه من وقت العلوق والنسب لا يسبق وقت العلوق فلا فائدة في اعتبار سبق التاريخ بعد ذلك وصار كان الشهود لم يوقتوا شيئا فيقضى به ابن للرجلين هكذا ذكر هذا الخلاف في رواية ابي سليمان وفي رواية ابي حفص قال جعلته ابنهما في قولهم جميعا وانما اشار الى الخلاف في كونه ابن المراتين وقد بيناه فيما سبق قال وان اقام احدهما البينة انه ابنه وادعى الاخر انها ابنته واقام البينة على ذلك فاذا اللقيط خنثى فان كان يبول من مبال الرجال حكم بانه ابن فثبت نسبه ممن اثبت بنوته وان كان يبول من مبال النساء يثبت النسب من الاخر وان كان يبول منهما فالعبرة لاسبقهما خروجا وان كان يبول منهما جميعا معا فعند ابي يوسف ومحمد العبرة لاكثرهما وعند ابي حنيفة لا عبرة لكثرة البول وقلته فيكون ثابت النسب منهما جميعا لانه لا يترجح جانب احدهما باصابة العلامة فاستويا فان ادعى اللقيط مسلم وذمي واقاما البينة قضيت به للمسلم لان في بينته اثبات اسلام الولد وهو منفعة في حقه وكذلك ان كان شهود المسلم من اهل الذمة وشهود الذمي مسلمين لان بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه فيترجح ما كان موجبا اسلام الولد قال واذا ارتد احد الزوجين فان الولد يلزم الزوج الى سنتين فان الفرقة وقعت بردة احدهما بعد الدخول وهو موجب للعدة عليها فاذا جاءت بولد في مدة يتوهم ان العلوق حصل في حال النكاح يثبت النسب منه كما لو وقعت الفرقة بالطلاق وكذلك لو لحق بدار الحرب مرتدا الا ان المراة لما بقيت في دارنا فهي مؤاخذة باحكام المسلمين فعليها العدة الا ان نسب ولدها لا يثبت من الزوج عند ابي حنيفة بشهادة القابلة ما لم يشهد رجلان او رجل وامراتان لان المقصود هو الميراث ولا يثبت الميراث بشهادة المراة الواحدة وعندهما شهادة القابلة كافية واصله في مسئلة كتاب الطلاق اذا لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل لا يثبت النسب عند ابي حنيفة الا بشهادة شاهدين وعندهما يثبت بشهادة امراة واحدة وكذلك ان خلفت المرتد ام ولد هنا فان اللحوق بدار الحرب موت حكمي يعتق به ام الولد عند قضاء القاضي ويجب عليها العدة والجواب فيه وفي ولد المنكوحة سواء ولو كانت هي المرتدة اللاحقة بدار الحرب لم يلزم الزوج الا ان تاتي به لاقل من ستة اشهر منذ يوم ارتدت لان العدة لا تجب عليها فلا يثبت النسب الا عند التيقن بحصول العلوق في حالة النكاح كالمطلقة قبل الدخول وهذا لانها صارت حربية فلا تؤاخذ باحكام الاسلام وكما لا يكون للمسلم على الحربية عصمة النكاح فكذلك لا يكون عليها عصمة العدة ولو اسلمت امراة الحربي فدخلت دار الاسلام لم يلزم الحربي ولدها الا ان تاتي به لاقل من ستة اشهر في قول ابي حنيفة وعندهما يلزمه الى سنتين وهي فرع مسئلة النكاح لان المهاجرة لا عدة عليها عنده وعندهما عليها العدة وان سبيت المرتدة وهي حامل فولدت لاقل من ستة اشهر منذ سبيت ثبت نسبه من الزوج المسلم لتيقننا بحصول العلوق قبل السبي والتقدير بستة اشهر لان الصبي كما يبطل عصمة النكاح تبطل عصمة العدة والولد رقيق مع المراة وان كان مسلما تبعا لابيه لانه

ما دام في البطن فهو جزء منها وهي صارت رقيقة بجميع اجزائها بالسبي فكذلك الولد الذي في بطنها عندنا قال واذا تزوج المرتد مسلمة او تزوجت المرتدة مسلما فولدت منه ثبت نسبه منهما لان النكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول فهو بمنزلة الصحيح في اثبات النسب او اقوى ويرثهما هذا الولد بمنزلة المولود قبل الردة لانه مسلم تبعا للمسلم منهما والمرتد يرثه وارثه المسلمون وهذا لان ابتداء سبب التوريث وان كان هو الردة فتمامه يكون بالموت فيجعل الحادث بعد انعقاد السبب لا تمامه كالموجود عند ابتداء السبب عندنا كالولد المنفعة قبل القبض جعل كالموجود عند ابتداء العقد في انقسام الثمن عليه قال واذا تزوج المرتد كتابية فولدت لا يرث الولد واحدا منهما لان هذا الولد غير محكوم عليه بالاسلام فان واحدا من ابويه ليس بمسلم وكونه في يد الابوين يمنع ثبوت تبعية الولد في حقه كالصغير اذا سبي مع احد الابوين والمرتد انما يرثه المسلم والكتابية لا يرثها المرتد وهذا الولد بمنزلة المرتد لانه اقرب الى حكم الاسلام فيجعل الولد تبعا له وكذلك ان ولدت امة المرتد منه وهي مرتدة او كتابية لان النسب وان ثبت منه بالدعوة لم يثبت حكم الاسلام لهذا الولد وان كانت الامة مسلمة ورث الولد اباه لانه مسلم تبع لها قال رجل مات وترك امراة وام ولد فاقر الورثة ان كل واحدة منهما قد ولدت هذا الغلام من الميت اثبت نسبه بعد ان تكون الورثة ابنة او اخوته او ابنا وابنتين لانهم لو شهدوا بهذا النسب في حالة الحيوة عليه كانت شهادتهم حجة تامة فاذا اقروا به بعد الموت يكون قولهم ايضا حجة تامة في اثبات النسب الا ان في حالة الحيوة هناك خصم جاحد فلا بد من لفظة الشهادة وليس بعد الموت خصم جاحد فلا حاجة الى لفظ الشهادة ولان في حالة الحيوة كلامهم الزام للغير من وجه التزام من وجه لانه يشاركهم في الميراث المستحق لهم وما احد شبهها من الاصلين يوفر حظه عليهما فلشبهه بالالزام شرطنا العدد فيه حتى لا يثبت النسب باقرار الوارث الواحد ولشبهه بالالتزام سقطنا اعتبار لفظة الشهادة قال واذا تزوج المجوسي امه او ابنته او اخته فولدت له ولدا فهو ابنه ادعاه او نفاه لان لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة عند ابي حنيفة ولهذا لا يسقط به الاحصان عنده وعندهما هو فاسد والنكاح الفاسد والصحيح يثبت النسب بهما ثم لا ينتفي الا باللعان ولا لعان بينهما لان الكافرة غير محصنة وكذلك العبد يتزوج الامة او المسلم يتزوج المجوسية فان النسب يثبت بهذا النكاح مع فساده لان مجرد الشبهة يكفي لاثبات النسب ثم لا ينتفي الا باللعان ولا لعان بينهما هنا قال واذا اسلم الزوجان الكافران او اعتق المملوكان ثم جاءت بولد فنفاه الزوج تلاعنا لانه قذفها وهي محصنة وهما من اهل الشهادة في الحال فيجري اللعان بينهما فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ عتقا او اسلما لزم الولد اباه لانا تيقنا بحصول العلوق في حال لم يكونا من اهل اللعان فلزمه على وجه لا ينتفي بالنفي ثم لا يتغير ذلك بعد ولو كانا من اهل اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لزم الولد امه لتوهم ان العلوق حصل بعد ما صارا من اهل اللعان فان قيل فكذلك يتوهم حصول العلوق قبل العتق والاسلام لان الولد قد يبقى في البطن الى سنتين قلنا نعم ولكن قطع النسب باللعان وهذا لان سبب قطع النسب هو اللعان وقد تحقق فيما لم يظهر المانع وجب العمل به ولان الحل قائم بينهما ومتى كان الحل قائما يستند العلوق الى اقرب الاوقات وان كان للمسلم امراة كتابية فولدت فنفاه فهو ابنه ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة وسبب الولد قد ثبت بالنكاح فلا ينقطع بدون اللعان قال وان اسلمت المراة والزوج كافر ثم نفى ولدها فعليه الحد لانها محصنة وقد قذفها بالزنا ولا لعان بينهما لانه ليس من اهل الشهادة فتعذر جريان اللعان بينهما بمعنى من جهة الزوج فيلزمه الحد ولا يقطع النسب عنه لتقرر سببه وهو العلوق وان اسلما جميعا ثم طلقها ثم تزوجها ثم جاءت بولد فنفاه فنقول هذه المسألة تشتمل على فصلين احدهما حكم اثبات النسب والآخر حكم النفي اما حكم اثبات النسب فهو على ثلاثة اوجه ان جاءت به لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها اخرا ثبت النسب منه لحصول العلوق في النكاح

والثاني وان نفاه لاعنها ولزم الولد امه لكونهما من اهل اللعان عند العلوق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها اخرا ولاقل من سنتين منذ ابانها ثبت النسب منه لتوهم ان العلوق كان قبل الطلاق فان نفاه لاعنها ولزم الولد اباه لان حصول البينونة بعد العلوق يمنع قطع النسب باللعان وان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها اخرا او لسنتين فصاعدا منذ طلقها لم يثبت النسب منه لان حصول العلوق كان بعد الطلاق قبل النكاح الثاني عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وهي مسألة فرع الجامع الصغير ان الحبل من الزنا لا يمنع من النكاح عندهما ويمنع عند ابي يوسف وكذلك ام الولد اذا اعتقها مولاها ثم تزوجها قبل الاقرار بانقضاء العدة فهو على الاوجه الثلاثة كما بيناه قال ولو ولدت امراة الرجل غلاما وامته غلاما ثم ماتا وقال احدهما ابني ولم يثبت نسب واحد منهما لان النسب في المجهول لا يمكن اثباته والمقصود هو الشرف بالانتساب وذلك لا يحصل في المجهول ولانه صادق في مقالته فان احدهما ابنه وولد المنكوحة فاذا لم يكن معينا لم يثبت نسب واحد منهما بعينه ويعتقان ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لان احدهما حر وعند الاشتباه ليس احدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ومعنى قوله ان احدهما حر ان ولد المنكوحة حر فاما ولد الامة لا يعتق الا اذا ادعاه بعينه وكذلك رجل له عبدان فقال احدهما ابني وهذا لم يثبت نسب واحد منهما للجهالة ولكن يعتق احدهما بغير عينه لان دعوة النسب اقرار بالحرية والاقرار بالعتق للمجهول صحيح فيشيع العتق فيهما عند فوت البيان بالموت

باب نفي الولد من زوجة مملوكة وغيره

رجل تحته امة فاعتقت ثم جاءت بولد لستة اشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له ولا حد عليه ولا لعان بسبب الولد لان نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفي الا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق بانت منه فلا يجري اللعان بينهما بعد البينونة كما لو ابان امراته بعد ما قذفها لان المقصود باللعان قطع النكاح الذي هو سبب الملاعنة وقد انقطع ولا حد عليه لان قذفه اياها كان موجبا للعان لكونهما من اهل اللعان حين قذفها فلا يكون موجبا للحد لانهما لا يجتمعان بقذف واحد قال رجل اشترى امراته وهي امة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر فنفاه فهو لازم له لانا تيقنا ان العلوق بهذا الولد حصل في فراش النكاح فلزمه بسببه على وجه لا ينتفي بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كالطلاق بالطلاق قبل الدخول وهناك اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لزمه نسبه فكذلك هنا فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا فله ان ينفيه وهذا بمنزلة ولد ام الولد له ان ينفيه ما لم يقر به ثم قال بعد هذا باسطر لا يثبت نسبه منه الا ان يقر به فوجه ما قال بعد هذا ان النكاح بالشراء ارتفع لا الى عدة لان العدة حق من حقوق النكاح فكان ثابتا في ملك اليمين اصل النكاح فكذلك ثابتا في حقوقه فكان هذا نظير المرتفع بالطلاق قبل الدخول وقد جاءت بالولد في مدة يتوهم ان الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه وفي الكتاب علل فقال لانها ام ولد يحل فرجها بالملك وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح لا يجتمعان فيتبين انه لا عدة عليها وصار كانه لم يدخل بها في فراش النكاح ونسب ولد الامة لا يثبت من المولى الا بالدعوة ووجه هذه الرواية انها كانت فراشا وملك اليمين لا ينافي الفراش فيبقى بعد الشراء الفراش بقدر ما يجامع ملك اليمين لان الارتفاع بالمنافي فيتقدر المنافي بقدره وملك اليمين انما ينافي الفراش الملزم لا الفراش المثبت للنسب فان ام الولد مملوكة وللمولى عليها فراش مثبت للنسب لانه ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له قال فان اعتقها بعد ما اشتراها وقد دخل بها فجاءت بولد لتمام ما بينه وبين سنتين من يوم اشتراها وان نفاه فعليه الحد وهذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد

وفي قول ابي يوسف الاخر ان جات به لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب وان جات به لاكثر
من ستة اشهر لم يلزمه الا ان يدعيه فان ادعاه لزمه وان كذبته المراة ما وجوب الحد عليه فلانه
قذفها وهي في الحال محصنة ثم وجه قول محمد ان يقول بان النكاح ارتفع بالشرا بعد الدخول فكيف
يكون موجبا العدة الا ان هذه العدة لا تظهر في حقه لانها تحل له بالملك وهي ظاهرة في حق الغير
حتى لو اراد ان يزوجها من غيره لم يجز فاذا اعتقها زال المانع من ظهور العدة في حقه فظهرت العدة في
حقه ايضا والمعتدة اذا لم تقر بانقضا العدة حتى جات بالولد لاقل من سنتين ثبت النسب ولانا قد
بينا ان قدر الفراش الذي يثبت للمولى على ام ولده باق بعد الشرا وبالعتق زال هذا الفراش وزوال
الفراش بالعتق يوجب العدة كما في حق ام الولد وكان ينبغي على هذا الطريق انها اذا جات بالولد لاقل
من سنتين منذ اعتقها انه يثبت النسب كما في ام الولد ولكن هذا الفراش او الدخول الحاصل في النكاح
لا في الملك فاعتبرنا مدة السنتين من وقت انقطاع النكاح بالشرا ووجه قول ابي يوسف الاخر ان النكاح
ارتفع بالشرا لا الى عدة لما بينا ان ملك اليمين ينافي حقوق النكاح الا ترى انه قبل العتق لو جات بالولد
لاكثر من ستة اشهر لا يلزمه نسبه فبعد العتق كذلك لا يلزمه لانها بالعتق ازدادت بعدا منه ولهذا
لو ادعاه ثبت النسب منه وان كذبته المراة لان هذا القدر كان ثابتا قبل العتق فيبقى بعده ودعوه
بقا الفراش بعد الشرا ليس بقوي لانه لا بد للفراش من سبب وملك اليمين بدون الدخول فيه لا يوجب الفراش
وكذلك بعد الدخول ما لم يدع نسب الولد وفراش النكاح من حقوقه فلا يبقى بعد الشرا وان كان لم يدخل بها
فان جات بالولد لاقل من ستة اشهر بعد الشرا فهو ابنه لتيقننا بحصول العلوق في النكاح وان نفاه
فعليه الحد لانها محصنة بعد العتق وان جات به لاكثر من ستة اشهر لم يلزمه نسبه لجواز ان يكون من
علوق حادث بعد ارتفاع النكاح وهذا والطلاق قبل الدخول سواء ان نفاه لا حد عليه لانه صادق
في ذلك ولان في حجرها ولد لا يعرف له والد فلا تكون محصنة ولو لم يعتقها حين اشتراها ولكن
باعها وقد كان دخل بها في النكاح فان جات بالولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه الولد
وبطل البيع لانا تيقنا بحصول العلوق في النكاح وانها صارت ام ولد له حين اشتراها لان في
بطنها ولدا ثابت النسب منه فانما باع ام ولده وبيع ام الولد باطل وان جات به لاكثر من ستة
اشهر منذ اشتراها ولاقل من ستة اشهر منذ باعها فان ادعاه ثبت نسبه وبطل البيع ايضا لانه
لو لم يسبق النكاح كان هذا الحكم ثابتا بدعوته فعند سبق النكاح اولى وان جات به لاقل من
سنتين منذ اشتراها ولاكثر من ستة اشهر منذ باعها فكذلك الجواب عند محمد وفي قول ابي يوسف
الاخر لا يثبت النسب منه ولا يبطل البيع وهذا بنا على الفصل الاول فان زوال ملكه بالبيع عنها
كزواله بالعتق وقد بينا هنا لك ان فيها حق الغير فاذا ادعى ثبت النسب منه وهنا قد ثبت النسب
فيها حق لغيره وهو المشتري الثاني فلا يثبت النسب منه وان ادعاه لان في ثبوته ابطال البيع وقوله
غير مقبول في ابطال البيع وعلى قول محمد هنا الحكم ثبوت النسب منه يبقى الى سنتين وان زال الملك
بالبيع واذا ثبت النسب منه انتقض البيع ضرورة لانه تبين انه باع ام ولده الا ان محمدا رحمه الله
يشترط الدعوة منه لان اقدامه على البيع دليل النفي والقدر الباقي من الفراش بعد الشرا مثبت
للنسب على وجه ينتفي بالنفي فلا بد من الدعوى بعد ذلك ليبطل به حكم دليل النفي بخلاف العتق
فانه ليس بدليل النفي وان كان المشتري الاخر قد اعتق الولد ثم ادعاه المشتري الاول فان جات
به لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها الاول بطل بيع المشتري وعتقه لتيقننا بانه باع ام ولده وان
الولد كان حرا قبل بيعه وان جات به لستة اشهر فصاعدا بعد الشرا الاول لم تصح دعوة المشتري
الاول لما نفذ عتق المشتري الاخر فيه فقد بينا ان اعتاق الام لا يمنع صحة دعوة البايع في الولد
فكان هذا وما لو لم يعتقها سوا في حق الولد على ما بينا من الخلاف واذا اعتق ام ولده ثم تزوجها فجات

بولد

بولد لستة اشهر فصاعدا فان نفاه لاعن ولزم الولد امه لانها انما جات به من علوق بعد النكاح فان
الحل قايم بينهما فيستند العلوق الى اقرب الاوقات وهما من اهل اللعان في الحال فيقطع النسب عنه
باللعان وان جات به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها لاعن ولزم الولد اباه اما اللعان فلانهما من
اهل اللعان في الحال واما النسب فلانا تيقنا ان العلوق حصل قبل النكاح فلا يمكن قطع النسب
باللعان وتاويل هذه المسالة اذا كان لاقل من سنتين منذ اعتقها حتى يثبت النسب من المولى
باعتبار زوال الفراش الى عدة قال رجل اعتق امته ولها زوج حر فجات بولد بعد العتق لستة
اشهر فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد امه وان جات به لاقل من ستة اشهر لاعن ولزم الولد اباه
لانهما لم يكونا من اهل اللعان حين علق ولا الولد لمولى الام في الوجهين جميعا اما اذا جات به لاكثر
من ستة اشهر فلانه حكمنا بوجوده في البطن حين اعتقه قال رجل طلق امراته تطليقة ثانية وهي امة
ثم اعتقت فان جات بولد الى سنتين من وقت الطلاق فالنسب ثابت من الزوج لا ينتفي بنفيه ويجب
الحد لانه قذفها وهي محصنة ونسب الولد ثابت لتوهم حصول العلوق في النكاح فانها لم تقر
بانقضا العدة ولا الولد لموالي الام لانا حكمنا بوجوده في البطن حين اعتقت فصار الولد مقصودا
بالعتق ولو مات الاب فجات بالولد ما بينها وبين سنتين وقد اعتقت بعده بيوم فالولد ثابت
النسب وولاوه لموالي الام ولا فرق بين ارتفاع النكاح بالموت وبين ارتفاعه بالطلاق البائن
فانه يعقب العدة في الوجهين جميعا قال واذا اشترى امراته وقد ولدت فاعتقها وتزوجها ثم
جات بولد لستة اشهر منذ تزوجها فنفاه لاعن ولزم الولد امه وان جات به لاقل من ستة اشهر
منذ تزوجها احرا ولاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها فنفاه لاعن ولزم الولد اباه لانها بالشرا
صارت ام ولد له وبالعتق صارت محصنة فاذا جات به لاقل من ستة اشهر من النكاح الاخر عرفنا
ان العلوق كان سابقا على هذا النكاح فلا ينقطع النسب باللعان ولكن يجري اللعان بينهما لكونها
محصنة في الحال ولو لم يتزوجها لزمها الولد ما بينها وبين سنتين من وقت العتق لانها معتدة فان
نفاه ضرب الحد لانه قذفها وهي محصنة قال وان كانت هذه الامة كتابية فحكم النسب على ما بينا ولكن
لا حد عليه بالنفي لانها غير محصنة وان صدقته ان الولد ليس منه لم يصدق لان النسب من حق الولد
فانه يتشرف به فلا يصدق في ابطال حقه قال رجل مات عن ام ولد فجات بولد ما بينها وبين
سنتين فنفاه الورثة لم يثبت النسب في قول ابي حنيفة من الميت ولم ترث منه لشهادة القابلة
ما لم يشهد به شاهدان لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قايم الا ان يكون المولى قد اقر بانها
حبلى منه فحينئذ يثبت النسب بشهادة القابلة وان اقر به الورثة فاقرارهم كاقرار الميت لانهم
خلفاوه وعند ابي يوسف ومحمد يثبت النسب في جميع ذلك بشهادة القابلة وقد بينا هذا الخلاف
في المنكوحة بعد موت الزوج فكذلك في ام الولد فان كان المولى كافرا فشهادة الكتابية في ذلك
وان كان مسلما لم تقبل الا شهادة مسلمة لان هذه الشهادة تقوم على حق المسلم لان النسب يلزمه
فراعى فيه شرايطه

باب من دعوة البايع ايضا وغيره

رجل اشترى امة وولدها او اشتراها وهي حامل ثم باعها ثم اشتراها من ذلك الرجل او من غيره فان ادعى
ولدها فالدعوة جايزة اذا كان الولد يوم يدعي في ملكه لانه ادعى نسب مملوكه في الحال حاجته الى
النسب فيثبت النسب منه ولا ينفسخ شي من العقود والعقد الذي جرى فيه وفي امه لان اصل العلوق
لم يكن في ملكه فكانت دعوته دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق ولو اعتقه لم يبطل به شي من العقود
المتقدمة فكذلك هنا وان كان اصل الحبل عنده بطلت العقود كلها لان دعوته دعوة استيلاد

فيستند الى وقت العلوق فتبين ان البيوع والاشربة كانت في ام ولد فكانت باطلة قال رجل اشترى عبدين
توام ولدا في ملك غيره فباع احدهما ثم ادعى نسبهما ثبت نسبهما منه لان احدهما في ملكه فتصح دعوة النسب
فيه ومن ضرورة نسب احدهما ثبوت نسب الاخر لانهما توام ولكن لا ينتقض البيع في الاخر لان دعوة التحرير
بمنزلة الاعتاق واحدهما ينفصل عن الاخر في العتق وكذلك لو ادعاهما المشتري ثبت نسبهما منه لان
احدهما في ملكه فتصح دعوة النسب فيه ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر لانهما توام ولكن
لا ينتقض البيع في الاخر لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق واحدهما ينفصل عن الاخر في العتق وكذلك لو
ادعاهما المشتري ثبت نسبهما منه لقيام ملكه في المشترى وقت الدعوة والذي عند البايع يبقى مملوكا له
كما كان قال ولو اشترى رجل عبدا واشترى ابوه اخ ذلك العبد وهما توام فادعى احدهما الذي في يديه
ثبت نسبهما منه لان احدهما في ملكه فصحت دعوته فيه وثبوت نسب احدهما يثبت نسب الاخر ضرورة
ويعتق الذي في يديه ثبت نسبهما منه لان احدهما في ملكه فصحت دعوته فيه ويعتق الذي في يد الاخر
ان كان الاب هو المدعي فلان الابن ملك اخاه وان كان الابن هو المدعي لان الاب ملك ابن ابنه فيعتق عليه
بالقرابة ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه لان عتقه كان بسبب مقصود عليه غير متعد الى صاحبه
قال ولو اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلثا فولدت عنده في الثلث ولدا فادعاه المشتري صحت
دعوته لانه صار احق بها حتى ينفذ عتقه فيها وفي ولدها فكذلك يثبت نسب الولد منه بالدعوة
ويسقط خياره لان الولد قد عتق وصارت الجارية ام ولد له فتعذر ردها بحكم الخيار فلهذا اسقط
خياره كما لو اعتقها ولو كان الخيار للبايع فادعى المشتري الولد فالبايع على خياره لانها باقية على ملكه
في مدة خياره فان اجاز البيع ثبت النسب من المشتري كما لو جدد الدعوة بعد الاجازة وان نقض البايع
البيع بطلت دعوة المشتري لانه لم يملكها ولا ولدها ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فان قيل اليس
انه لو اعتقها المشتري ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه فلماذا لا تجعل دعوة التحرير مثله قلنا ذاك لان
العتق قد بطل لعدم تمام السبب في المحل لا ينفذ باعتبار ملك يحدث وهذا اقرار بالعتق فيتوقف
على وجود ذلك في المحل لكن اقر بحريته عند انسان ثم ملكه واذا اخذ من الرجل متبايعين على انه بالخيار بابنه
ابنتها شاباه بدرهم فولدتا عنده واقر بانهما منه فاقراره صحيح في احدهما وهو الذي تنا وله البيع
منهما لان خيار المشتري لا يمنع صحة دعوته ولكن البيع تنا ول احداهما بغير عينها ويتبين بالخيار
المشتري فيومر بالبيان بعد هذا الاقرار لانه قبل الاستيلاد كان متمكنا من ردهما والان لا يملك
رد المشتراه لثبوت امية الولد فيها فان لم يبين ايتهما اولي حتى مات فالبيان الى الورثة لانهم قايمون
مقامه ويلتبس عليهم بما صار تاما ولد للمشتري من تركته فكان بيانها اليهم فان قالوا لا ندري
ايتهما كان اولي عتق نصف كل واحدة منهما ومن ولدهما في نصف القيمة للبايع لانه ليس احدهما بثبوت
الحرية فيه ولا احد الامتين لثبوت امية الولد فيها باولى من الاخرى فيسعى فيهما ويجب على الورثة
نصف ثمن كل واحدة منهما من التركة وان اختلف الورثة في الاولى منهما فالقول قول الاول منهم
لان كل وارث قايم مقام مورثه لتمام علة الخلافة له فالذي مال منهم اولا هذه التي كانت استولدها
المشتري اولا تعين الاستيلاد ووجب ثمنها في التركة وتعينت الاخرى للرد وترد هي وولدها الى
البايع واستدل فيه بحديث جودة بن عمر قال زوج ابي عبد الله يقال له كيسان امة له فولدت فادعاه
ثم مات ابي فكتب عمر رضي الله عنه ان نوافي بابي الموسم فكتبت اليه ان ابي مات فكتب ان ابعثوا
بابنه الي فذهب بي اليه فقال ما تقول في ابن كيسان فقلت قد ادعاه ابي فان كان صدق
فقد صدق وان كان كذب فقد كذب فقال لو قلت غيرها لاوجعتك واعتقه بالدعوة وجعله
ابن العبد بالفراش فيما يعلم ابو يوسف انما اورد هذا الحديث ليبين ان اقرار احد الورثة بدعوة
الاب كاقرار الاب به فكذلك يعتبر احد الورثة كتعيين المورث بنفسه قال مكاتب اشترى عبدا

فادعاه

فادعاه المولى لم تجز دعوته فيه لان دعوة التحرير كالاعتاق والمولى لا يملك اعتاق كسبه فلا تصح
دعوته وكذلك لو اشترى الابن عبدا لم تجز دعوة الاب فيه لهذا قال زوج امته عبده فشهد
فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فهو ابن الزوج لانها اتت على فراشه وان نفاه لم ينتف عنه لان
النسب متى ثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بين المماليك ولو جاءت به لاقل
من ستة اشهر لم يثبت نسبه من الزوج لانا تيقنا ان العلوق سبق فراش النكاح فان ادعاه
المولى كان ابنه لانه ادعى نسب مملوكه وهو محتاج الى النسب وبطل النكاح لان دعوة المولى
استندت الى حالة العلوق فتبين انه تزوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب من المولى فكان النكاح
باطلا ولو كان زوجها من عبد غيره باذن مولاه او من حر فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فادعاه
المولى وصدقه الزوج او كذبه فهو ابن الزوج لانها علقت به في فراشه ولكن يعتق على المولى باقراره
انه ابنه وان لم يثبت النسب وتكون امه بمنزلة ام ولد له لانه اقر لها بحق الحرية كما اقر
للولد بحقيقة الحرية ولو زوجها ثم باعها ثم جاءت بالولد لستة اشهر بعد النكاح ولاقل من
ستة اشهر بعد البيع فادعاه البايع او المشتري لم يصدقا على ذلك لثبوت النسب من صاحب الفراش
ولم يبطل البيع لان دعوة النسب اذا لم تعمل في اثبات النسب كان بمنزلة الاقرار بالعتق واقرار
البايع بالعتق بعد البيع غير مقبول في ابطال البيع قال ولو تزوج امته بغير اذنه ثم ولدت
لستة اشهر فادعاه الزوج والمولى فهو ابن الزوج لان النكاح الفاسد عند اتصال الدخول
في حكم النسب كالنكاح الصحيح فكما ان هناك يثبت النسب من الزوج دون المولى فكذلك هنا
الا ترى ان النسب يثبت بنكاح الفراش على وجه لا ينتفي بمجرد النفي فاسدا كان النكاح او جايزا
بخلاف ملك اليمين ولكنه يعتق بدعوة المولى لانه صار مقرا بحريته وكذلك امة ولد رجل تزوجت
بغير اذنه ودخل بها الزوج فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فادعاه او نفياه او نفى احدهما
وادعاه الاخر فهو ابن الزوج على كل حال لان فراش النكاح وان كان فاسدا فهو اقوى من فراش
الملك على ما بينا وكذلك لو تزوج امة ابنه بغير اذنه فولدت فادعاه الزوج والمولى فهو ابن الزوج
لما له عليها من فراش النكاح وهو اقوى في اثبات النسب من فراش الملك

باب دعوة احدى الاماء

قال امة لها ثلاثة اولاد ولدتهم في بطون مختلفة وليس لهم نسب معروف فقال المولى في صحته
احد هولاء ابني ثم مات قبل البيان لم يثبت نسب واحد منهم لان المدعى فيه مجهول ونسب المجهول
لا يمكن اثباته من احد لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط ليكون متعلقا بخطر البيان
والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت بالمجهول والجارية تعتق لانه اقر لها بامية الولد وهو
معلوم وام الولد تعتق بموت مولاها من جميع المال ويعتق من كل واحد من الاولاد ثلاثة في قول ابي حنيفة
رحمه الله لان دعوة النسب اذا لم تعمل في اثبات كانت اقرارا بالحرية فكانه قال احدهم حر فيعتق
ثلث كل واحد منهم من جميع المال وعلى قول محمد رحمه الله يعتق من الاكبر ثلثه ومن الاوسط نصفه
والاصغر كله لان الاكبر ان كان هو المقصود بالدعوة فهو حر وان كان المقصود هو الاوسط
او الاصغر لم يعتق الاكبر لانه ولد ام الولد فهو حر في حال عبد في حالين فيعتق ثلثه واما
الاوسط فان كان هو المقصود فهو حر وكذلك ان كان المقصود هو الاكبر لانه ولد ام الولد
فيعتق بموت المولى كما تعتق امه وان كان المقصود هو الاصغر لم يعتق الاوسط فهو يعتق في
حالين ولا يعتق في حال واحوال الاصابة حالة واحدة في الروايات الظاهرة الا فيما ذكره
في الزيادات بخلاف احوال الحرمان فلهذا يعتق نصفه واما الاصغر فهو حر بيقين سواء كان

المقصود هو الاوسط او الاكبر او هو الاصغر الا ان ابا حنيفة لم يعتبر هذه الاحوال لانه مبني على
ثبوت النسب ولم يثبت النسب ولان جهة الحرية مختلفة وحكمه مختلف وحكمه مختلف فانه اذا
كان مقصودا بالدعوة كان حر الاصل واذا كان المقصود غيره كانت حريته بطريق التبعية
للام بعد موت المولى وبين كونه تبعا ومقصودا منافاة وكذلك بين حرية الاصل وحرية
العتق منافاة ولا يمكن اعتبار الجهتين جميعا فلهذا قال يعتق من كل واحد ثلثه وقد روي عن ابي
يوسف مثل قول محمد الا في حرف واحد وهو انه قال يعتق من الاكبر نصفه لان حاله تتردد بين
سببين فقط اما ان يكون ثابت النسب من المولى فيكون حرا كله ولا يكون ثابت النسب منه فلا
يعتق منه شيء فلهذا عتق نصفه ويسعى في نصفه ثم استشهد لقول ابي حنيفة رحمه الله بما لو كان
لها ولد واحد فقال المولى قد ولدت هذه الامة مني ولدا ولم يبين هذا هو ادعيه لا يثبت نسب
هذا لانه معروف والمولى انما اقر بنسب المنكر والمنكر غير المعرف وتصير الجارية بمنزلة ام الولد
لاقراره بامية الولد لها فيكون الولد عبدا ولا يعتق بعتق امه لانه ما اقر بنسبه ولا بانفصاله
عن الام بعد امية الولد فيها فان قيل فيه ثابت بيقين فلا يبطل بالاحتمال ومن قال بقول محمد رحمه الله
يلزمه ان يقول هنا يعتق من الولد نصفه باعتبار الاحوال وهذا قبيح من طريق المعنى ارايت لو قال قد
اسقطت هذه الامة مني سقطا مستبين الخلق اكان يعتق به شيئا من ابنها الكبير لا يعتق شيء منه فكذلك
ما سبق وكذلك لو كان كل واحد من هؤلاء الاولاد لام معروف كان له فانه يعتق من كل واحد ثلثه
لان النسب لما لم يثبت بدعوته كان هذا اقرارا بالعتق لاحدهم فيعتق من كل واحد ثلثه وهذا على اصل
الكل لان اعتبار الاحوال هنا غير ممكن قال واذا ولدت امة ولدا من غير زوج فلم يدعه المولى حتى
كبر وولد له ولد من امة للمولى ثم مات الابن الاول ثم ادعى المولى احدهما فقال احد هذين ابني يعني
الميت وابنه فانه يعتق الاسفل كله على اختلاف الاصلين اما عند ابي حنيفة لان دعوته لما لم تعمل في
حق النسب تقلب اقرارا بالعتق فكانه قال احدهما حر ومن جمع بين حر وميت وقال احدهما حر
عتق الحي منهما عنده واما عند محمد فلانا تيقنا بحرية الاسفل لانه ان كان هو الاصل فهو حر وان
كان المقصود الاكبر عتق الاسفل ايضا لانه من امة المولى فيكون مملوكا له ومن ملك ابن ابنه
عتق عليه وتسعى امه في نصف قيمتها لانه ان كان المقصود هو الاسفل فامه ام ولد تعتق بموت المولى
وان كان هو الاكبر لم تعتق هذه فلهذا عتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها وكذلك الجدة تسعى في نصف
قيمتها لهذا قال امة لرجل ولدت ابنة ثم ولدت ابنتها ابنة فقال المولى في صحته احد هؤلاء الثلاثة
ولدي ثم مات قبل ان يبين فانه يعتق نصف العليا وجميع الوسطى وجميع السفلى لان العليا تعتق
في حالين فانها ان كانت مقصوده بالدعوة فهي حرة وان كان المقصود ابنتها فهي ام ولد تعتق
بموت المولى وان كان المقصود اسفلها فهي امة فلهذا عتق نصفها فاما الوسطى فهي حرة بيقين ان
كانت هي المقصودة فهي حرة بالنسب وان كانت ابنتها فهي حرة لانها ام الولد وان كان المقصود الام
فهي حرة لانها ابنة ابنة المولى وكذلك السفلى حرة بيقين ولم يذكر قول ابي حنيفة في هذا
الفصل وقيل على قوله يعتق ثلث كل واحدة منهن لان هذا عنده بمنزلة قوله احداكن حرة وقيل بل
الجواب قولهم لان العتق هنا بجهة النسب كيف ما كان وهو مقصود فيه سواء كان بالبنية
او بامية الولد فوجب اعتبار الجهات هنا بخلاف الفصل الاول على ما بيناه قال ولو ولدت الامة
ابنة من غير زوج ثم ولدت ابنين في بطن اخر ثم ولدت ابنتا في بطن اخر ثم نظر المولى الى الاكبر والى احدى
الابنتين في صحته فقال احدى هذين ولدي ثم مات قبل ان يبين لم يثبت نسب واحدة منهما وعتقت
الامة بجهة امية الولد لما بينا ويعتق من الكبرى نصفها وتسعى في نصف قيمتها ويعتق من الاوسطين
نصف كل واحد منهما في ظاهر الرواية عند ابي حنيفة وفي غير الاصول قال يعتق عنده من كل

واحدة منهما بجهة وجه هذه الرواية انه لما لم يثبت النسب بدعوته انقلب اقرارا بالحرية فكانه قال
احدهما حر ويعتق نصف الكبرى ويبقى نصف الحرية وحظ الاوسطين فيه على السواء لانهما توأم لا ينفصل
احدهما عن الاخر فيصير هذا النصف بينهما نصفان فيعتق من كل واحد ربعه
ووجه ظاهر الرواية ان نصف الحرية التي بقي للمعتق من الاوسطين ولكن احدهما لم ينفصل من الاخر
في حرية الاصل ولا في النسب والاقرار بالنسب لاحدهما بمنزلة الاقرار لهما فما يعتق به
من احدهما بحكم هذا الاقرار وهو نصف رقبته يعتق من الثاني مثله واما الاصغر فهو حر كله لانا
تيقنا بانه ولد ام الولد فيعتق بموت المولى من جميع المال كما تعتق امه قال ولو نظر المولى الى الابن الاكبر
والابن الاصغر فقال احد هذين ابني ثم مات قبل ان يبين يعتق من الاكبر نصفه ومن الاصغر ايضا نصفه
في قول ابي حنيفة لان كلامه صار اقرارا بالحرية لهما فكانه قال احدهما حر فيعتق من كل واحد منهما
نصفه وعلى قول محمد يعتق الاصغر كله لانه حر بيقين اما لانه ابنه او لانه ولد ام ولده فيعتق بموته
وقال يعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما ويسعى في نصف قيمته في قول ابي حنيفة وقيل هذا
قول محمد فانه ان كان المقصود الاكبر فهما حران بالاستيلاد وان كان المقصود الاصغر لم يعتق واحد
منهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه فاما عند ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان لا يعتق من الاوسطين
شيء لان كلام المولى لم يتناولهما وقيل بل الجواب صحيح على قول ابي حنيفة لان جهة العتق هما واحد وهو
التبعية فيعتبر الحال لانه في حقهما فلهذا يعتق من كل واحد منهما نصفه قال رجل له امة لها ثلاثة
اولاد ولدتهم في بطون مختلفة من غير زوج فقال المولى للاكبر منهم هو ابني ثبت نسبه منه للدعوة
وصارت الام ام ولد له ولم يثبت نسب الاخرين منه عندنا وقال زفر يثبت نسب الاخرين منه ايضا
لانه تبين انها ام ولد وولدتهما على فراشه فانها صارت ام ولد له من حين علقت بالاكبر ونسب ام الولد
ثابت من المولى من غير دعوة الا ان ينفيه وتخصيصه الاكبر بالدعوة لا يكون دليل النفي ولا الاثبات
ولنا ان تخصيصه للاكبر بدعوة النسب دليل النفي في حق الاخرين هنا لانه يجب على المولى شرعا اظهار
النسب الذي هو ثابت منها بالدعوة فكان تخصيصه الاكبر بعد وجوب الاظهار عليه بهذه الصفة دليل
النفي في حق الاخرين ودليل النفي كصريح النفي ونسب ولد ام الولد ينتفي بالنفي فكذلك بدليل النفي وهذا نظير
ما قيل ان سكوت صاحب الشرع صلوات الله عليه من البيان بعد وقوع الحاجة اليه بالسؤال دليل النفي
لان البيان وجب عند السؤال فكان تركه بعد الوجوب دليل النفي ولكن يعتق الاخران بموت المولى لانهما
ولدان لام الولد فيعتقان بموت المولى فان ولدت بعد اقراره ولدا لستة اشهر فصاعدا فلم ينفه المولى
ولم يدعه حتى مات فهو ابنه لانها علقت على فراشه فانها بالدعوة صارت منه فراشا للمولى ولهذا
ثبت نسب هذا الولد منه وفي الكتاب اشار الى ان الفراش انما يثبت لها من وقت الدعوة وهذا يكون طريقا
اخر في المسألة الاولى ان انفصال الولدين الاولين كان قبل ظهور الفراش فيها فلا يثبت نسبهما الا بالدعوة
قال ولو اقر ان امته قد ولدت منه او اسقطت منه سقطا مستبين الخلق ثم ولدت بعد ذلك لستة اشهر
وهو غايب او مريض فانه يثبت النسب منه ما لم ينفه لانها جاءت به على فراشه فان نفاه انتفى بمجرد نفيه
عندنا وقال الشافعي اذا اقر بوطيها ثم جاءت بالولد قبل ان يستبريها بحيضة لا ينتفي النسب منه
وان نفاه وان جاءت بالولد بعد ما استبراها بالحيضة لم يثبت النسب منه الا بالدعوة لان عنده
بالوطي تصير فراشا له ولا ينقطع حكم ذلك الفراش الا بالاستبراء فاذا ولدت قبل ان يستبريها
يثبت النسب منه باعتبار الفراش فلا ينتفي بنفيه كما لو ثبت بفراش النكاح ولكنا نقول للمولى على ام
الولد فراش ضعيف لا ملزم الا ترى انه يملك نقل فراشها الى غيره بالتزويج فكما انه ثبت الفراش على
وجه منفرد بنقلها الى غيره فكذلك النسب بحكمه ثبت على وجه ينفرد بنفيه بخلاف فراش
المنكوحة والله اعلم بالصواب

باب دعوة القرابة

جارية لرجل ادعى ابنه انه اباه زوجها منه فولدت له هذا الولد وانكر الاب لم يصدق على ذلك ولم
يثبت نسبه منه الا ببينة تقوم على النكاح لانه ليس للابن في جارية ابيه تاويل ملك ولا له حق تملكها على ابيه
وكان في هذه الدعوة كسائر الاجانب لا يثبت نسبه منه ما لم يثبت نسبه بالحجة وهو النكاح لان ثبوت
الحكم ينبني على ثبوت السبب قال واذا ادعى الاب ولد جارية ابنه والابن عبد او مكاتب فدعوته باطلة
لانه ليس له ولاية نقلها الى نفسه لانعدام ولايته على العبد والمكاتب ولما كان للمولى فيها من ملك
او حق ملك وشرط صحة دعوة الاب نقلها الى ملكه كما ذكرنا وكذلك لو كان الابن مسلما والاب ذميا او
مستامنا لانه لا ولاية للكافر على المسلم قال واذا ولدت امة الرجل فادعاه اخوه انه ابنه من نكاح او شبهة
وانكره المولى لم يصدق على ذلك وكذلك العم والخال وسائر القرابات لانه لا حق لبعضهم في مال
البعض فهم كسائر الاجانب فان ملكه يوما وقد ادعاه من جهة نكاح صحيح او فاسد او من جهة ملك ثبت
نسبه منه لانه عند الملك كالمجدد لذلك الاقرار فان النسب لا يحتمل الابطال بعد ثبوته والاقرار به قبل
الملك يتوقف على وجود الملك وكذلك لو ادعى انه ابنه ولم يذكر انه تزوجها لان مطلق اقراره محمول على سبب
صحيح شرعا والاسباب المثبتة للفراش التي ينبني عليها النسب كثيرة ولو ملكها امه معه او دونه صارت
ام ولد له لانه اقر لها بامية الولد حين اقر بالولد والنسب فان اقراره بالنسب مثبت لها الفراش والفراش
ثابت له بالملك او بالنكاح فاسدا كان او صحيحا وذلك موجب امية الولد لها اذا ملكها وان ملك الولد
ابن المدعي وهو يجحد مقالته امه لم يثبت نسبه من الابن ولا يعتق لانه لو كان في ملك الاب حين ادعاه الابن
لم يثبت نسبه من الابن ولا يعتق لانه لو كان في ملك الاب ادعاه الابن لم يثبت نسبه مع جحود الاب
فاذا اعترض ملك الاب اولى ان لا يثبت نسبه بتلك الدعوة فاذا لم يثبت النسب لم يعتق على الاب لان
عتقه عليه باعتبار انه ابن ابنه وذلك لا يكون الا بعد ثبوت نسبه من الابن قال رجل تزوج امراة على
خادم فولدت في يد الزوج فادعى الزوج الولد وكذبته المراة فان كانت ولدت لاقل من ستة اشهر منذ
تزوجها وكان اصل الحبل عند الزوج فهو مصدق لانا تيقنا ان العلوق حصل في ملكه فتكون دعوته
دعوة استيلاد فيبطل به تمليكها من المراة صداقا ويضمن قيمتها للمراة لان التسمية بطلت بعد صحتها
فوجب على الزوج القيمة كما لو استحقت وهذا لانه تعذر تسليمها مع بقاء السبب الموجب للتسليم
وهو النكاح وان لم يكن اصل الحبل عنده لم يصدق لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وهو لو اعتقها
في هذه الحالة لم ينفذ منه وكذلك ان وضعته لاكثر من ستة اشهر لانا لا نتيقن بحصول العلوق في ملكه
فلا يصدقه على ابطال ملكها من غير الخادم حين كذبته فان طلقها قبل ان يدخل بها قبل التسليم اليها
ثبت نسب الولد منه لان بالطلاق قبل الدخول ينتصف الاصل مع الزيادة وهو الخادم المقبوض
فكان نصفها ونصف ولدها للزوج وذلك يكفي لصحة الدعوة فلهذا ثبت نسب الولد منه وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصف قيمتها للمراة لانه صار متملكا نصيبها عليها بما سبق منه من
الدعوة وضمان التملك يعتمد وجود الصنع فهو وان لم يصنع في عينها شيئا بالطلاق قبل الدخول
صار ضامنا لها نصف قيمة الجارية ويسعى الولد في نصف قيمته لها لان نصف الولد مملوك لها
وقد احتبس عنده فيجب عليه السعاية في نصف القيمة ولا ضمان على الزوج فيه وان كان موسرا
لان صيغة الدعوة وجدت حين ادعى لم يكن مفسدا عليها شيئا من الولد وانما فسد نصيبها من الولد
بعد الطلاق وكان ذلك سببا حكميا وهو تنصيف الصداق بينهما وذلك امر حكمي ولا يقال بان
سببه الطلاق لان الطلاق تصرف منه في المنكوحة لقطع النكاح لا في الصداق فلا يكون موجبا
للضمان عليه ثم ان كان الزوج اقر انه وطئها قبل النكاح لم يضمن من العقر وان اقر انه وطيها اباها

كان

كان بعد النكاح ضمن نصف العقر لها وان لم يبين ذلك فالقول قوله فيه الا اذا جاءت به لاكثر من سنتين
منذ تزوجها فحينئذ يعلم انه وطيها اباها كان بعد النكاح ضمن نصف العقر لها لان بالوطي قد لزم جميع العقر
فانه وطي ملك الغير وقد سقط الحد فيه للشبهة فيجب العقر والعقر زيادة كالولد فيتنصف بالطلاق قال
وتاويل هذه المسالة اذا كان ادعى نسب الولد بنكاح او شبهة او لم يبين السبب فاما اذا بين انه وطيها
من غير شبهة النكاح لا يثبت النسب منه لان الجارية في يده مملوكة لها مضمونة عليه بالقيمة كالمغصوبة
فيكون وطيه اياها زنا غير مثبت للنسب واذا كانت ولدت في يد المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم
يرجع اليه من الخادم والولد شيء لان الزيادة المنفصلة بعد القبض تمنع تنصف الاصل الا ان يكون
جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها فيكون ابنه بدعوته والجارية ام ولد له وتضمن المراة
نصف قيمتها لتيقننا بحصول العلوق في حال ملكه وذلك بمنزلة البينة يقوم وان جاءت به لستة
اشهر بعد القبض ولم يطلقها ولكن المراة ماتت فورثها ضمن نصيب شركائه فيها لانه صار متملكا
لنصيب شركائه من الجارية حين صارت ام ولد له وضمان التملك لا يستدعي صنعا من جهته ويسعى
الولد في حصتهم لان نصيب الاب منه قد عتق بالدعوة السابقة فيحتبس نصيب الشركاء عند الولد
فعليه السعاية لهم قال وكذلك كل ميراث يقع في مثل هذا وحاصل هذه المسالة ان من ملك جزءا
من ولده بطريق الميراث مع غيره فهو على وجهين اما ان يكون شريكه ذو رحم محرم من الولد او اجنبي منه
وكل وجه على وجهين اما ان تكون دعوة الاب فيه قبل الملك او بعده وكل وجه من ذلك على وجهين
اما ان تكون دعوة الاب فيه قبل الملك او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان صدقه الشريك او كذبه
ثم الحاصل عند ابي حنيفة انه ان كان الشريك ذو رحم محرم من الولد والدعوة قبل الملك
او بعده صدقه الشريك في ذلك او كذبه فالولد حر كله ولا ضمان على الاب ولا سعاية على الولد
لانه انما عتق نصيب الشريك عليه بقرابته فلا يكون ذلك موجبا السعاية على الولد ولا يكون موجبا
للضمان على الاب اما اذا تقدمت الدعوة على الملك فلان تمام علة العتق بالملك الحاصل بالميراث
لا صنع له فيه وان تاخرت الدعوة عن الملك فانما كان عتق نصيب الشريك محالا به على القرابة الثابتة
بينهما حكما فلا يكون موجبا الضمان على الاب وان كان الشريك اجنبيا فان كانت الدعوة قبل الملك
وصدقه الشريك فيه او كذبه او كانت الدعوة على الملك الذي هو متمم لعلة العتق وانما تصديق
من شريكه اياه في الدعوة فانه حينئذ يلتحق بالابن المعروف ومن ملك ابنه المعروف بالميراث مع غيره
لم يضمن لشريكه شيئا ولكن على الولد ان يسعى في نصيب الشريك لانه احتبس نصيب الشريك عنده فيجب
عليه السعاية له ولو كانت الدعوة بعد الملك وكذبه شريكه فالحكم فيه كالحكم في عبد بين اثنين
يعتقه احدهما لان نصيب الاب انما يعتق عليه بعلة ذات وصفين الملك والقرابة فيحال به على
اخر الوصفين وجودا وهو الدعوة هنا وذلك منه بمنزلة الاعتاق في حكم الشريك حين كذبه
فلهذا كان الحكم فيه كالحكم في عبد بين اثنين يعتقه احدهما واما في قول ابي يوسف ومحمد فان كانت
الدعوة قبل الملك وكان الشريك ذو رحم محرم من الولد وصدقه في ذلك فلا ضمان عليه ولا سعاية
على الولد لان نصيب الشريك انما يعتق عليه بقرابته حين صدقه في الدعوة وان كانت الدعوة بعد
الملك وصدقه ففي هذه الوجوه الاربعة لا ضمان على الاب لان تتميم علة العتق بالملك اذا كانت
الدعوة قبله ولا صنع له في ذلك وان كانت الدعوة بعده وصدقه فهو كالابن المعروف في حقه
فلا يكون الاب ضامنا لشريكه في ظاهر الرواية عنهما وقد روي عن ابي يوسف انه يصير
ضامنا لشريكه في الابن المعروف وان ملكه بالارث لان ضمان العتق على هذه الرواية ضمان
التملك بناء على اصلهما ان المعتق اذا كان موسرا يكون الولاء كله له فيكون بمنزلة ضمان الاستيلاد
الواجب بسبب تملك الام ولكن هذه الرواية غير صحيحة فانه لا خلاف انه لا يجب هذا الضمان

عند العشرة وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ولكن العبد يسعى في قيمة نصيب شريكه لاحتباسه
عنده فان القرابة بينه وبين الولد لم يثبت عند تكذيبه في حقه وان كانت الدعوة بعد الملك وكذبه الشريك
وهو ذو رحم محرم من الاب او اجنبي فالجواب في الفصلين واحد عندهما والحكم فيه كالحكم في عبد بين اثنين يعتق
احدهما لما بينا ان القرابة لا تثبت في حق الشريك مع تكذيبه اياه فذو الرحم المحرم والاجنبي فيه سوا قال امة
في يد رجل فولدت فادعى رجل انه تزوجها وان الولد منه وقال المولى بل بعتكها بالف درهم والولد منك فالولد
الزوج بتصادقهما على الفراش المثبت للنسب له عليها مع الاختلاف في سببه ويعتق باقرار المولى لان الاب مقر ان الولد
ملكه لانه ولد امته والمولى مقر انه حر لانها علقت به في ملك الاب فكان حرا باقرار المولى وامه بمنزلة ام الولد
لان المولى مقر لها بامية الولد والمستولد مقر بان اقرار المولى فيها نافذ فلهذا كانت بمنزلة ام الولد موقوفة لا تحل
لواحد منهما لان كل واحد منهما ينفيها عن نفسه ولا يسع للزوج ان يقربها لان اباحة الغشيان باعتبار ملك
المتعة لا يثبت لها عليه الا بثبوت سببه ولم يثبت هنا سبب ملك المتعة فان المولى منكر للزوجية والزوج
منكر للتسري وباب الحل مبني على الاحتياط فلهذا لا يسعه ان يقربها فاذا مات الولد عتقت لان المولى مقر
انها ام ولد له تعتق بموته والزوج مقر بصحة اقرار المولى فيها وعلى الزوج العقر قصاصا من الثمن لان مقدار
العقر تصادقا على وجوبه على الزوج وان اختلفا في سببه ولا عبرة لاختلاف السبب في ضمان المال كمن يقول لغيره
لك علي الف درهم قرض وقال المقر له بل هو غصب كان له ان ياخذ المال فهنا كذلك الزوج يعطي بحساب العقر والمولى
ياخذ بحساب ما ادعاه من الثمن قال وهذا الجواب بخلاف ما ذكرنا في كتاب العتاق وانما اراد به ما ذكره في نسخ ابي
سليمان من كتاب العتاق فان على الزوج قيمتها للمولى وهذا غلط بل الصحيح ما ذكره في نسخ ابي حفص رحمه الله ونوادر
هشام ان على الزوج العقر ياخذه المولى قصاصا من الثمن كما فسره هنا قال ولو ادعى الزوج انه اشتراها فولدت منه هذا
الولد وقال المولى بل زوجتك ثبت النسب لتصادقهما عليه ولم يعتق الولد لان الشرا لم يثبت بقول الزوج فكان
الولد مملوكا للمولى بملكه الام كما عرف ثبوته فلهذا لا يعتق قال امة في يدي رجل فولدت فادعى ولدها وقال الرجل
الاخر هي امتك زوجتنيها وصدقه الاخر ولا يعرف ان اصلها كان للاخر فالولد حر ثابت النسب من ذي اليد وامه
ام ولد له لانها كانت في يده والظاهر انها مملوكته فصحت دعوته وثبت للولد حقيقة الحرية وللام حق الحرية بهذه
الدعوة فهو باقراره بعد ذلك انها لغيره يريد ابطال الحق الثابت لهما قبله فلا يقبل قوله في ذلك ولكن يضمن قيمتها للمقر
له لان اقراره حجة في حقه وقد زعم انها مملوكة له احتبست عنده بالدعوة السابقة فيضمن قيمتها له ولو عرف ان
اصلها كان للمقر له يثبت النسب منه وكانا مملوكين له لان بدعوة النسب هنا لم تثبت الحرية فيهما ولا في ولدها
لكون الملك فيهما ظاهرا لغير المستولد وان كان الاصل لا يعرف لهذا فقال هذا بعتكها وقال ابو الولد زوجتنيها ضمن
ابو الولد قيمتها لان احتباسها عنده لم يكن باقرار المقر له بالبيع الا ترى انه وان انكر ذلك لم يكن له عليها ولا على
ولدها سبيل بثبوت امية الولد بالدعوة السابقة فلهذا ضمن ابو الولد قيمتها ولا يضمن العقر لانه ملك نفسه ولانه
ضمن جميع بدل النفس وكذلك لو قال ابو الولد بعتني هذه الجارية وقال الاخر بل زوجتك فهذا والاول سوا لما بينا
وان كان يعرف ان الاصل لهذا فانه ياخذ الام وولدها مملوكين في جميع ذلك ما خلا خصلة واحدة وهي ان يقر
بانه باعها منه فحينئذ لا سبيل له عليها باقراره بخروجها عن ملكه بالبيع ولا يغرم ابو الولد القيمة في هذا الاصل
لان احتباسها باقرار المقر له ببيعها الا ترى انه لو انكر ذلك لم يمكن من اخذها واخذ ولدها فلهذا لا يضمن ابو
الولد القيمة ولكن عليه العقر لما بينا فيما سبق وكانت هي بمنزلة ام الولد موقوفة لاقرار مولاها بذلك قال
رجل تزوج امراة فولدت ولدا فادعى احدهما النكاح منذ شهر وقال الاخر منذ سنة فالنسب ثابت منهما
لانه فراش له في الحال فيثبت النسب باعتبار ظاهر الفراش في الحال ومن ادعى ان النكاح منذ شهر فقد ادعى
خلاف ما يشهد به الظاهر فلا يقبل قوله فان قيل بل صاحبه يدعي سبق التاريخ بالنكاح وهو منكر له
فينبغي ان يكون القول قول المنكر قلنا التاريخ غير مقصود لعينه فلا ينظر اليه وانما ينظر الى الحكم المقصود
وهو نسب الولد فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر في حق النسب مع ان هذا المنكر مناقض لانه قد

تقدم

تقدم منه الاقرار بصحة النكاح والاب يدعي فساده بانكار التاريخ فلا يقبل قوله وكذلك لو طلقها ثلاثا فولدت
بعده فاختلفا فهو وما سبق سوا لما بينا ولو اجمعا على ان النكاح منذ شهر والولد صغير صدقا ولم يثبت
النسب من الزوج لان الصغير لا قول له في نفسه فيبقى الحق لهما وقد تصادقا عليه فيجعل كالمعاين في حقهما
فلهذا لا يثبت النسب من الزوج فان قامت البينة انه تزوجها منذ ستة اشهر ثبت النسب لقيام حجة
البينة عليه فان قيل كيف تقبل هذه البينة وليس هنا من يدعيها قلنا من اصحابنا رحمهم الله من قال
ينصب القاضي عن الصغير خصما ليقيم هذه البينة لان النسب حقه وهو عاجز عن اثباته بنفسه فينصب
القاضي عنه خصما لاثباته وقيل بل في هذا حق الشرع وهو ثبوت النكاح بينهما والحكم بصحته حتى لا
يتزوج بغيره فيكون ابنه وان لا ينسب الولد الى غير ابيه فان ذلك حرام لحق الشرع واذا تعلق به حق الشرع
قبلت البينة الشاهدة عليه حسبة من غير دعوى كما في عتق الامة

باب اقرار المريض بالولد

رجل له عبد في صحته فاقر في مرض موته انه ابنه وليس له نسب معروف ومثله يولد لمثله فانه ابنه
ولا يسعى في شي سوا كان اصل العلوق به في ملكه او لم يكن في ملكه لان النسب من حاجته وهو مقدم على حق
ورثته في ماله فيثبت نسبه منه بالدعوة لكونه غير مجحود عنه ويكون بمنزلة ابن معروف له ملكه في صحته فيكون
عتقه من جميع المال لا بطريق الوصية فلهذا لا يسعى في شي قال وكذلك ان كان عليه دين يحيط بماله لان حاجته
مقدم على حق غرمائه بدليل الجهاز والكفن ولانه ليس في اثبات النسب ابطال حق الغرما والورثة لانه ملاقي محلا لا حق لهم
وانما ذلك فيما ينبني عليه من الحكم والذي ينبني على هذا النسب عتق في صحته ولا حق للغرما والورثة في ماله
في صحته وكذا لو كانت له جارية ولدت في صحته فاقر في مرضه انه ابنه سوا كان اصل العلوق في ملكه او لم
يكن لان الذي ينبني على دعوة النسب هنا حقيقة الحرية للولد في صحته وحق الحرية للام ولا حق للغرما والورثة
فيه في حالة الصحة اما اذا كان ملكه في مرضه فادعاه قبل الملك او بعده ثم مات فان كان عليه دين محيط
فعليه السعاية في جميع القيمة لان الذي ينبني على دعوته هنا عتق في المرض وذلك ملاقي محلا مشغولا
بحق الغرما فلا يكون مصدقا في حقهم الا ان الرق قد فسد باقراره فعليه السعاية في جميع القيمة وان لم يكن له
مال سواهما ولا دين عليه كان عتقه من ثلثه وعليه السعاية فيما زاد على الثلث من قيمته ولا يرثه الولد
في قول ابي حنيفة لان المستسعى في بعض قيمته عنده بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعند ابي يوسف ومحمد
المستسعى حر مديون فيكون من جملة الورثة ولا وصية للوارث ولكن عليه السعاية في قيمته ويرثه وان كان
للمولى مال بحيث يخرج رقبته من الثلث فعلى قول ابي يوسف ومحمد الجواب كذلك يسعى الولد في جميع قيمته لانه صار
وارثا ولا وصية للوارث واما عند ابي حنيفة لا سعاية على الولد في شي ويرثه فقد جمع من الوصية والميراث
لضرورة الدور فانه لو لم تجز الوصية له والزمه السعاية في قيمته كان مكاتبا والمكاتب غير وارث
فتصح الوصية له واذا صحت الوصية سقطت السعاية فصار وارثا فلا يزال يدور هكذا والسبيل في الدور
يقطع فلهذا جمع بين الوصية والميراث وهو نظير ما لو قالوا جميعا في تنفيذ الوصية في حبس المال في بعض مسايل
الهبة لضرورة الدور وان كانت الوصية لا تنفذ في اكثر من الثلث وهذا لان موضع الضرورة مستثنى من الاحكام
الشرعية فاما ام الولد فلا سعاية عليها عندهم جميعا لانه اذا كان معها ولد ثبت نسبه فهو شاهدها
بمنزلة اقامة البينة فلهذا لا يلزمه السعاية في شي وكذلك لو وهب للمريض ابنه المعروف ولا مال له غيره
فان كان عليه دين سعى في قيمته للغرما وان كان الدين اقل من قيمته سعى في الدين وفي ثلثي ما بقي للورثة وله
الثلث وصية في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد سعى فيما بقي من قيمته بينه وبين الورثة
ولا وصية له لانه من جملة الورثة قال ولو كان وهب للمريض ام ولده معروفة عتقت ولم تسع في شي
لان ثبوت نسب الولد شاهدها وعتق ام الولد من حوائج الميت فيكون مقدما على حق الغرما والورثة قال

قال ولو ان مريضا له الف درهم اشترى ابنه ثم مات ولا مال له غيره فعند ابي حنيفة يسعى في
ثلثي قيمته للورثة والثلث وصية وعندهما يسعى في جميع قيمته لانه وارث فلا وصية له وان كان عليه
دين سعى في الدين وثلثي ما بقي في قول ابي حنيفة وعندهما في جميع القيمة لما بينا قال ولو كان اشترى
امه وكانت معروفة لم يسع في شيء للغرما ولا للورثة لان نسب الولد شاهد لها وان كان قد حابى
البايع في شيء فان كان قيمتها اقل من الف فالمحاباة في المرض وصية فان كان عليه دين فعلى
البايع رد جميع الفضل وان لم يكن عليه دين فعليه رد ثلثي الفضل على الورثة والثلث يسلم له
بطريق الوصية قال ولو ان صبيا وامة مملوكين لرجل لا يعرف له نسب فاشتراهما رجلان او ملكاهما
بهبة او صدقة او ميراث او وصية ثم ادعى احدهما ان الولد ابنه وولد به الاخر فهو ابنه لان
قيام الملك له في النصف كقيام الملك له في الكل في صحة الدعوة والولد محتاج الى النسب ويضمن
حصة شريكه في قيمة الام غنيا كان او فقيرا لانه صار متملكا نصيبه عليه حين صارت ام ولد فان
ويضمن حصة شريكه من قيمة الولد ان كان موسرا ويسعى الولد ان كان معسرا لان دعوة التحرير تعتمد
الملك بمنزلة الاعتاق المبتدا اذا الدية للشريك وكان اجنبيا وان كان الشريك ذو رحم محرم من الولد
فعند ابي حنيفة لا سعاية عليه وعندهما يلزمه السعاية وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم
ولو اشترى ابنه مع رجل اخر صار حصته مكاتبا معه فكذلك اذا ملك النصف اعتبارا للبعض
بالكل فاذا ادى المكاتب عتقا وسعى الولد لشريكه في نصف قيمته عند ابي حنيفة ولا ضمان
على المكاتب لان من اصله ان الحر لو اشترى ابنه مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن يجب السعاية
على الولد فكذلك المكاتب واما على قول ابي يوسف ومحمد صار الولد كله مكاتبا مع ابنه لان
عندهما الكتابة لا تتجزي ويضمن المكاتب نصف قيمة ابنه لشريكه لانه صار متملكا عليه نصيبه
فيضمن له قيمة نصيبه موسرا كان او معسرا ولو كان مجهولا فادعاه المكاتب بعد ما ملكاه
كان للشريك ان يضمنه نصف قيمته ان كان غنيا وان شاء استسعى الابن لان المكاتب في الدعوة
كالحر وكذلك في ضمان الاعتاق هو بمنزلة الحر وقد بينا ان هذه الدعوة عند تكذيب الشريك بمنزلة
الاعتاق ولو كانت امه معه ضمن المكاتب نصف قيمتها غنيا كان او فقيرا لانه تعذر بيعها بما
ثبت للمكاتب من حق الملك فيها وصارت بمنزلة ام الولد فيضمن لشريكه نصف قيمتها لانه صار متملكا
على كل حال وان كان الذي ملكه مع المكاتب ذو رحم محرم من الصبي فنصيب الصبي من المكاتب
موقوف عتق نصيب ذي الرحم المحرم بالقرابة عند ابي حنيفة لانه ثبت له حقيقة الملك
وكان نصيب المكاتب موقوفا فان عتق عتق معه وسعى لمولاه وعند ابي يوسف ومحمد يعتق
الكل لان عندهما العتق لا يتجزي ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه ولا سعاية على الولد
لان فيه تحصيل مقصود المكاتب فانه انما سعى لتحصيل الحرية لنفسه ولولده فلهذا لا يجب
الضمان له ولا السعاية

باب الاقرار بالولد من الزنا

رجل اقر انه زنى بامراة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المراة فان النسب لا يثبت
لواحد منهما لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فراش للزاني وقد جعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم حظ الزاني الحجر فقط وقيل هو اشارة الى الرجم وقيل هو
اشارة الى الخيبة كما يقال للخيبة الحجر اي هو خائب لا حظ له والمراد هنا انه لا حظ
للعاهر من النسب ونفي النسب من الزاني حق الرجوع اما بطريق العقوبة ليكون ذلك
زجرا له عن الزنا اذا علم ان ماءه يضيع به او لان الزانية تأتيها غير واحد فيه تحصيل

فيه

نسبة الولد الى غير ابيه وذلك حرام شرعا فلا يرتفع هذا المعنى بتصديق المراة او كان نفي النسب
عن الزاني لحق الولد فانه يلحقه العار بالنسبة الى الزاني وفيه اشاعة الفاحشة وهذا المعنى
قايم بعد تصديق المراة واذا لم يثبت منه النسب لم يثبت منها ايضا لان مجرد قولها ليس بحجة
في اثبات نسب الولد منها فان شهدت القابلة بذلك ثبت نسب الولد من المراة دون الرجل لان سبب
ثبوت النسب منها الولادة وذلك يظهر بشهادة القابلة ولا صنع لها في الولادة لتستوجب
العقوبة بقطع النسب عنها ولان المعنى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق في جانبها فان
انفصال الولد عنها فلهذا يثبت النسب عنها قال وان اقر الرجل انه زنى بامراة حرة او امة فولدت
هذا الولد وادعت المراة نكاحا فاسدا او جائزا لم يثبت النسب منه وان ملكه لان ما ادعت
من الفراش لم يثبت بقولها عند جحوده فبقي في حقه ما اقر به من الزنا وهو غير مثبت للنسب سوا
ملكه او لم يملكه الا انه اذا ملكه يعتق عليه لانه جزءه وان كان غير منسوب اليه فكما لا يثبت
الرق للمرء على نفسه لا يثبت على جزئه وانما اورد هذا الفصل لازالة الاشكال فان بدعواها
النكاح خرج الفعل من ان يكون زنا محضا حتى لا يجب الحد على واحد منهما ويجب العقر لها عليه
ولكنه غير مثبت للنسب لان سببه الفراش وذلك غير ثابت في حق الرجل وكذلك ان اقامت شاهدا
واحدا لما ادعت لان الفراش لم يثبت بالشاهد الواحد فانه ليس بحجة تامة وعليها العدة
لاقرارها على نفسها بالتزام العدة لانها اخذت المهر من الرجل حين سقط الحد وان ادعى الرجل النكاح
واقرت المراة بالزنا فعليه العقر لسقوط الحد بما ادعى من الشبهة ولم يثبت فراشه عليها عند
جحودها فلا يثبت نسب ولدها منه في الحال فان ملك الولد يوما ثبت نسبه منه وان ملك الامة
كانت ام ولد له ولا ينظر الى جحودها وجحود سيدها لان اقراره حجة في حقه وانما امتنع العمل
به لكون المحل مملوكا لغيره فاذا صار مملوكا له كان كالمجدد لذلك الاقرار فيثبت نسب الولد ويثبت
امية الولد للام وكذلك لو اقام شاهدا واحدا او شاهدين ولم يعدلا لان ما اقام ليس بحجة
تامة وعلى المراة العدة لانها قد استوجبت المهر ولان العدة مبنية على الاحتياط قال واذا
ولدت امراة الرجل على فراشه فقال الزوج زنى بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المراة
واقر فلان بذلك فان نسب الولد ثابت من الزوج لانه صاحب الفراش وثبوت النسب
باعتبار الفراش وبعد ما ثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بينهما لاقرارها
على نفسها بالزنا وكذلك لو كان النكاح فاسدا الا ان الفاسد ملحق بالصحيح في حكم النسب قال
ولو تزوج امراة لا تحل له فاغلق عليها بابا او ارخى حجابا ثم فرق بينهما لم يكن عليه مهر
لان الخلوة في العقد الصحيح انما كان مقررا للمهر باعتبار ما فيه من التمكن من الاستيفاء وذلك
لا يوجد في النكاح الفاسد فانه غير متمكن من الاستيفاء شرعا فلهذا اسقط اعتبار الخلوة فان
جاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها يثبت النسب منه وفي بعض النسخ قال منذ اغلق عليها الباب
وهذا لان الفاسد من النكاح معتبر بالجائز في حكم النسب لان الشرع لا يرد بالفاسد ليتعرف
حكمه من نفسه فلا بد من اعتباره بالجائز وفي النكاح الجائز اذا جاءت بالولد لستة اشهر منذ تزوجها
يثبت النسب منه فكذلك في الفاسد واذا ثبت النسب منه فقد حكمنا بانه دخل بها فكان
عليه المهر لها واعتباره لستة اشهر منذ اغلق الباب لا اشكال فيه لان تمكن من الوطي حقيقة يجعل
وان انعدم التمكن حكما واعتباره لستة اشهر منذ تزوجها صحيح ايضا لاعتبار الفاسد بالجائز
ومن اصلنا في النكاح الجائز ان النسب يثبت بمجرد الفراش الثابت بالنكاح ولا يشترط معه
التمكن من الوطي وعلى قول الشافعي بمجرد النكاح بدون التمكن من الوطي لا يثبت النسب فكذلك
في الفاسد حتى قالوا فيمن تزوج امراة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة اشهر عندنا

يثبت النسب وعنده لا يثبت النسب ما لم يكن لا كثر من ستة اشهر حتى يتحقق التمكن من الوطء بعد العقد وحجته في ذلك انا نتيقن بانه غير مخلوق من مايه فلا يثبت النسب منه كما لو كان الزوج صبيا وهذا لان سبب ثبوت النسب حقيقة كونه مخلوقا من مايه وذلك خفي لا طريق الى معرفته وكذلك حقيقة الوطء يكون سرا عن غير المواطيين وفي تعليق الحكم به حرج ولكن التمكن منه سبب ظاهر يوقف عليه فوجب اعتباره لان ما سقط انما كان لاجل الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة ولنا انها جاءت على فراشه في حال يتصلح ان يكون مكسوبا اليه فيثبت النسب منه كما لو تمكن من وطيها وتصادقا انه لم يطاها وهذا لان النكاح ما شرع الا للاستفراش ومقصود النسل فيثبت الفراش بنفسه ولكن في حق من يصلح ان يكون ولدا كالحاضر فيثبت له الفراش المثبت للنسب بنفس النكاح وكما ان حقيقة العلوق من مايه لا يوقف عليه فكذلك التمكن من الوطء حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طباع الناس فيه في الاوقات فيجب تعليق الحكم بالسبب الظاهر وهو النكاح الذي لا يعقد شرعا الا لهذا المقصود ومن قام السبب الظاهر مقام المعنى الخفي سقط اعتبار المعنى الخفي ودار الحكم على السبب الظاهر وجودا وعدما وهو اصل كثير في المسايل كما اقيم السفر المديد مقام حقيقة المشقة في اثبات الرخصة بسبب السفر واقيم تجدد الملك في الامة مقام استعمال رحمها بما الغير في تجدد وجوب الاستبرا ولان الوطء او التمكن انما كان معتبرا المعنى الماء وقد سقط اعتبار حقيقة الماء لاثبات النسب فيسقط ما كان معتبرا لاجله ايضا قال وإذا قال الرجل لصبي في يدي امراة هو ابني من الزنا وقالت المراة من نكاح ثم قال الرجل بعد ذلك هو من نكاح ثبت نسبه منه لان كلامه الاول نفي للنسب عن نفسه وكلامه الثاني دعوة للنسب ودعوة النسب بعد النفي صحيح لان عينه محتمل الانتفا بعد ثبوته فيبقى بعد النفي على ما كان عليه من قبل ولان المراة قد اقرت له بالنكاح وصدقها في ذلك فيثبت النكاح بينهما ويثبت نسب ولدها منه وكذلك لو قال الرجل هو ابني منك من نكاح وقالت هو ابنك من الزنا لم يثبت نسبه لانكارها ما ادعاه من الفراش فان قالت بعد ذلك هو ابني منك من نكاح ثبت نسبه منهما لانها اقرت بالنكاح بعد ما انكرت والاقرار بعد الانكار صحيح فاذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب الولد منهما قال امراة لرجل لها ولد وهما حران مسلمان فادعى الزوج انه ابنه وكذبته المراة او ادعت المراة وكذبها الزوج وقد جاءت به لستة اشهر منذ تزوجها فهو ابنه لظهور النسب فيما بينهما وهو الفراش وكذلك لو قال الزوج هذا الولد من زوج كان قبلي وقالت المراة بل هو منك فهو منه لان النسب بينهما ظاهر وما ادعاه الرجل غير معلوم وانما يحال بالحكم الى السبب الظاهر دون ما لا يعرف ولو قال الزوج ولدتيه من زنا فان صدقته المراة بذلك فهو ابنه لان النسب يثبت منه بفراش النكاح فلا يقطع الا باللعان ولا لعان بينهما اذا صدقته فيما ادعى من الزنى وان انكرت ذلك وجب اللعان فيما بينهما وينقطع النسب عنه باللعان قال واذا نفى الرجل ولد امراته بعد ما مات او كان حيا فمات قبل اللعان فهو ابنه لا يستطيع ان ينفيه لان النسب ثبت منه بالفراش وتقرر ذلك بموت الولد فلا يتصور قطعه بعد تقرره وهذا لان الميت لا يكون محلا لقطع نسبه بالدعوة ابتدا فكذلك لا يكون محلا لقطع نسبه الذي كان ثابتا باللعان فان كل واحد من الحكمين يستدعي المحل وكذلك لو وصل الولد وهذا لانا حكمنا للاب بالميراث عنه اما بعد نفسه او بماله ان كان له والنسب بعد ما صار محكوما به لا يحتمل القطع واذا كان للمراة ولد وليس في يدي زوجها فقالت تزوجتني بعد ما ولدت هذا من زوج قبلك فقال الزوج بل ولدتيه مني في ملكي فهو ابن الزوج لما بينا ان النسب بينهما ظاهر وهو الفراش

وما

وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر فلو كان الصبي في يدي الرجل دون المراة فقال هو ابني من غيرك وقالت هو ابني منك فالقول قول الزوج ولا تصدق المراة بخلاف ما سبق والفرق من وجهين احدهما ان قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا اخر له على غيرها اما بنكاح او بملك يمين فاذا كان الولد في يده كان بيان نسبه اليه من اي فراش حصل له واما ثبوت الفراش له عليها بنا في فراش اخر عليها لغيره فكان هذا الفراش في حقها متعينا وباعتبار ثبوت النسب من هذا الزوج ولان المراة في يد الرجل فالولد الذي في يدها من وجه كان في يده فاما الزوج ليس في يد امراته فما في يده لا يكون في يدها فلهذا لا يقبل واذا نفى الرجل ولد امراته وفرغا من اللعان عند القاضي فقبل ان يفرق بينهما ويقطع النسب مات احدهما فالولد ثابت النسب من الزوج لان بنفس اللعان لا ينقطع النسب ما لم يقطعه القاضي اذ ليس من ضرورة اللعان قطع النسب فاذا مات احدهما فقد اعترض قبل قطع النسب ما لو كان موجودا في الابتدا منع اللعان بينهما فكذلك يمنع قطع النسب به وكما يتقرر حكم النسب بموت الولد فكذلك بموت الاب لاستحقاق الولد الميراث منه ولو كانت ولدت ولدين توام فعلم احدهما ونفاه ولاعن والزمه القاضي امه وفرق بينهما ثم علم بالاخر فهما ابناه لان نسبه ثبت منهما باعتبار الفراش وانما جرى اللعان بينهما في الولد الذي نفاه فنفى نسبه لا الاخر باسمه كما كان وقد فرق القاضي بينهما فلا يمكنه ان ينفي نسب الاخر باللعان بعد الفرقة ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر لانهما توام يتقرره وهو انه لا بد من جعل احدهما اصلا والحاق الاخر به والذي انقطع نسبه منه باللعان يحتمل الثبوت منه بالاكذاب والذي نفى ثابت النسب منه بعد الفرقة نسبه لا يحتمل النفي عنه فجعل هذا اصلا اولى ولان النسب يثبت في موضع الشبهة فلا ينتفي بمجرد الشبهة فترجح الجانب الذي فيه شبهة اولى فان علم بالثاني قبل ان يفرق القاضي بينهما فنفاه اعاد اللعان والزم الولدين الام لان النكاح بينهما قائم عند نفي الولد الثاني فيجري اللعان بينهما لقطع نسبه كالولد الاول وان اكذب الملاعن نفسه بالدعوة بعد ما فرق القاضي بينهما يثبت النسب منه لانه يبقى موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه فاذا اقر به بعد الانكار صح اقراره وعليه الحد لانه اقر انه قذفها وهي محصنة فعليه حد القذف عند خصومتها وهذا اذا كان الابن حيا سوا كانت الام حية او ميتة فان كان الولد قد مات وترك ميراثا ثم ادعاه الاب لم يصدق عليه لان الاب مدعي للمال لا معتبر بالنسب فان الولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب ومجرد الدعوى لا يستحق المال اذا لم يكن منا قضا اولى الا ان يكون ترك ابن الملاعنة ولدا ذكرا او انثى فحينئذ يصدق الاب لانه الان محتاج الى النسب فان ولد الابن ينتسب اليه كولد الملاعنة نفسه فاذا صح الاقرار ضرب الحد واخذ الميراث بالنسب والحاصل ان النسب اصل عند اكذابه نفسه فاذا امكن القضا به بان كان المنفي نسبه حيا او ميتا عن خلف يقضى بالنسب ثم يترتب عليه حكم الميراث واذا كان ميتا لا عن خلف لا يمكن القضا بالنسب فلو قضى بالمال كان قضا بمجرد الدعوى والمال لا يستحق بمجرد الدعوى ولو كانت المنفية ابنه فماتت عن ابن ثم اكذب الملاعن نفسه لم يصدق ولم يرث في قول ابي حنيفة وفي قولهما يصدق ويضرب الحد ويرث وجه قولهما انها ماتت عن خلفها فان الولد كما ينسب الى ابيه ابنه ينسب الى ابيه وكما يتشرف بشرف الاب يتشرف بشرف الام ويصير كريم الطرفين وابو الام يسمى ابا مجازا كاب الاب فكما ان في فصل الاول جعل بقا الولد كبقا به فكذلك هنا وابو حنيفة يقول كلامه الان دعوى المال لا اقرارا بالنسب لان نسب الولد الى قوم ابيه دون قوم امه الا ترى ان ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم

كان قريشيًا لا نبطيًا وان اولاد الخلفاء من الاما يصلحون للخلافة وفيه يقول القايل

وانما امهات الناس اوعية ... مستودعات وللانساب اباء

فاذا لم يكن هذا الولد منتسبًا الى الملاعن صار وجوده كعدمه فلا يحد اكذابه نفسه بخلاف ابن الابن على ما بينا ولو اراد ابن الملاعن ان يتزوج المنفية نسبها لم يكن له ذلك ولو فعل فرق بينهما لانها قبل اللعان كانت اختا له ولم ينتف ذلك بمجرد اللعان من كل وجه حتى لو اكذب الملاعن نفسه ثبت النسب منه وكانت اختا له وشبهة الاختية كحقيقتها في المنع من النكاح وكذلك الملاعن نفسه لو قال لم ادخل بالام وتزوج الابنة فرق بينهما لانها كانت ابنة له وبعد اللعان قطع النسب عنه بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاها صحت دعوته وشبهة البنية كحقيقتها في المنع من النكاح وللشافعي في هذا الفصل قولان احدهما ان له ان يتزوجها بمنزلة ابنته من الزنا على مذهبه وهي معروفة في النكاح والاخر كمذهبنا لان النسب هنا موقوف على حقه لو ادعاه يثبت منه بخلاف المخلوق من مائه بالزنا قال واذا طلق الرجل امراته فجاءت بولدين فهذه المسألة على وجهين اما ان يكون الطلاق رجعيا او باينا وكل وجه على ثلاثة اوجه اما ان تاتي بالولدين لاقل من سنتين او تاتي بهما لاكثر من سنتين او تاتي باحدهما لاقل من سنتين بيوم وبالاخر بعد انقضاء العدة فنفى احدهما حين ولدته ثم ولدت الثاني فنفاهما لاعن ولا حد عليه ولا لعان لانه حين نفى المولود منها كان النكاح بينهما قايما فوجب اللعان بينهما فحين وضعت الولد الاخر فقد انقضت عدتها بوضع جميع ما في بطنها ولا ينافي جريان اللعان فيما بينهما بعد ما صارت اجنبية والقذف الموجب للعان لا يكون موجبا للحد فلهذا اثبت نسب الولدين منه وان جاءت بهما لاكثر من سنتين فنفاهما يجري اللعان بينهما وينقطع نسب الولدين عنه لانا تيقنا ان علوق الولدين من علوق حادث بعد الطلاق فصار مراجعا لها ولا تنقضي العدة بوضع الولدين فاذا نفى وهي منكوحة جرى اللعان بينهما فان قيل لما حكمنا بالرجعة فقد حكمنا بثبوت نسب الولدين منه فكيف يمكن قطع النسب باللعان بعد ذلك قلنا ليس من ضرورة الحكم بالرجعة الحكم بكون الولد منه فالرجعة تثبت بمجرد المس عن شهوة بدون الوطء والاعلاق وان كان نفى الاول منهما ثم اقر بالثاني فهما ابناه وعليه الحد لانهما توام فاقراره باحدهما كاقراره بهما وهذا منه اكذاب لنفسه بعد القذف فعليه وان جاءت باحد الولدين لاقل من سنتين وبالاخر لاكثر من سنتين فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف هذا والفصل الاول سوا وعلى قول محمد هذا والفصل الثاني سوا وجه قوله انا تيقنا ان الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين وشككنا في الاول فيحتمل ان يكون العلوق به بعد الطلاق ايضا ويحتمل ان يكون العلوق قبل الطلاق فاتبع المشكل اليقين فان المتيقن به يجعل اصلا ويرد المشكول اليه وهما قالا لما ولدت الولد الاول لاقل من سنتين فقد حكمنا بانه من علوق قبل الطلاق الا ترى انها لو لم تلد غيره كان محكوما بان العلوق به قبل الطلاق فلا يتغير ذلك الحكم بتاخير ولادة الثاني ولكن يجعل السابق منهما اصلا ويجعل كانه وضعهما قبل السنتين لان الولد انما لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فاذا لم يكن هنالك من يزاحمه في الخروج فاما عند وجود المزاحمة فقد يتاخر خروجه عن اوانه فلا يكون ذلك دليلا على ان العلوق به كان بعد الطلاق فلهذا جعلنا السابق اصلا واذا كان الطلاق باينا اولهما فان جاءت به لاقل من سنتين فعليه الحد بالنفي وهما ابناه لانه حين قذفها فلا نكاح بينهما فيلزمه الحد وقد جاءت بالولدين بمدة يتوهم ان العلوق بهما سابق على الطلاق فيثبت نسبهما منه وان جاءت بهما لاكثر من سنتين لم يثبت نسبهما منه لانهما من علوق حادث

بعد

بعد الفرقة وان نفاهما فلا حد عليه ولا لعان لانه صادق في مقالته وان جاءت باحدهما لاقل من سنتين بيوم وبالاخر لاكثر من سنتين بيوم فعند ابي حنيفة وابي يوسف هذا والفصل الاول سوا وعند محمد هذا والفصل الثاني سوا على ما بينا قال واذا طلقها واحدة باينة بعد ما دخل بها ثم تزوجها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر فنفاه لاعنها لقيام النكاح بينهما في الحال ويلزم الولد اباه لانا تيقنا ان العلوق به سبق النكاح الثاني فكان حاصلا في النكاح الاول وبالفرقة بعده تقرر النسب على وجه لا ينتفي بحال وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها النكاح الثاني لاعن ولزم الولد امه لان الحل قايم فيستند العلوق الى اقرب الاوقات وهو ما بعد النكاح الثاني فاذا نفاه انقطع النسب عنه باللعان

باب من الولادة والشهادة عليها

امة ولدت فادعت ان مولاها كان اقر به وجحد المولى فشهد عليه شاهد انه اقر بذلك وشهد اخر انه ولد على فراشه لم تقبل شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان احدهما يشهد بالقول وهو الاقرار ويشهد الاخر بالفعل وهو الولادة على الفراش وليس على احد من الامرين شهادة شاهدين فان اتفق شاهدان على الشهادة على الاقرار او على الولادة على فراشه فهو جايز لانهما ان شهدا على الاقرار فيثبتون الاقرار بالبينة كثبوته بالمعاينة وان شهدا على الولادة على فراشه فقد شهدا بالنسب المثبت للنسب منه ولو كان المولى ذميا والامة مسلمة فشهد ذميان عليه بذلك جاز لان هذه الشهادة تقوم على المولى وشهادة اهل الذمة على اهل الذمة حجة فان كان المولى هو المدعي والامة جاحدة لم تجز شهادة الذميين عليها لكونها مسلمة وتاويل هذه المسألة ايضا بجحد المملوكة للولي فانها اذا كانت تقر بذلك يتفرد المولى بدعوة نسب ولدها ولا عبرة بتكذيبها ولو كانا مسلمين فشهدا على الدعوة ابن المولى وحده لم تجز الشهادة لانهما يشهدان بالنسب للولد وهو ابن ابنها وشهادة المرء لابن ابنه لا تقبل وان شهد بذلك ابنا المولى جازت الشهادة اذا كان المولى جاحدا لذلك لانهما يشهدان لاختهما على ابيهما وشهادة المرء لاخيه على ابيه مقبولة انما لا تقبل شهادته لابيه واذا اتى الى امراة زوجها فاعتدت ثم تزوجت وولدت من الزوج الثاني ثم جاء الاول حيا فعلى قول ابي حنيفة الولد للزوج الاول سواء جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها او لاكثر من ذلك الى سنتين او اكثر لانه صاحب الفراش الصحيح فان نفيه لا يفسد فراشه والزوج الثاني صاحب الفراش الفاسد ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمراة مردودة على الزوج الاول والولد ثابت النسب منه لمن زوج امته فجاءت بولد يثبت النسب من الزوج دون المولى فان ادعاه المولى لان ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل اولى فان هناك ملك اليمين عند الانفراد مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل فان نفى الاول الولد او نفاه احدهما او ادعياه او ادعاه احدهما فهو للاول على كل حال ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة حين دخل بها الزوج الثاني بنكاح فاسد فلا يجري اللعان بينهما وبين الاول والنسب اذا ثبت بالنكاح لا ينتفي باللعان وكان ابن ابي ليلى يقول الولد للثاني لان الفراش يثبت النسب كالفراش الصحيح او اقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفي ثم الثاني اليها اقرب عهدا والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبارا للحقيقة وذكر ابو عصمة عن اسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن ابي حنيفة رحمهم الله ان النسب ثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن ابي ليلى وفيه حديث الشعبي ذكره

في الكتاب ان رجلا من جعفر زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية
رضي الله عنه فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحر فخاصم زوجها الى علي رضي الله عنه فقال
علي اما انك الممالئ علينا عدونا فقال ايمنعني ذلك من عدلك فقال فقضى بالمراة له وقضى
بالولد للزوج الآخر الا ان ابا حنيفة رحمه الله قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر
ولو ثبت وجوب القول به وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ان جاءت به لاقل من ستة اشهر
منذ تزوجها الثاني فهو من الزوج الثاني سواء ادعياه او نفياه لان النكاح الفاسد ملحق بالصحيح
في حكم النسب فباعتراض الثاني على الاول ينقطع الاول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني
والتقدير فيه بادنى مدة اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا ان الاول ينقطع بالثاني
لان دخول الثاني بها يحرم على الاول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس الا لصيانة
الماء في الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن لوجوب العدة عليها من الثاني معنى
وعلى قول محمد ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للثاني وان جاءت به لاقل
من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للاول لان وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول والحرمة
انما تثبت على الاول بوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق
والتقدير بادنى مدة الحمل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة بالامكان فاذا جاءت به لاقل
من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم ان يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها
في حال حلها للاول فكان النسب ثابتا منه وان جاءت به لاكثر من سنتين فقد انقطع
هذا التوهم فكان النسب من الثاني وكذلك لو سبيت امراة فتزوجت رجلا من اهل الحرب فولدت
فهو على هذا الخلاف وكذلك لو ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت والزوج الاول جاحد لذلك
فهذا كله في المعنى سواء قال امة لرجل ولدت وادعت فلم ينفه حتى مات الولد فهو لازم له
لا يستطيع ان ينفيه وتاويل هذه المسالة في ام الولد لان نسب ولدها ثابت بالفراش ويتقرر
ذلك بالموت قبل النفي فاما الامة القنة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة فاما قبل
الدعوة لا يثبت النسب الا ان يكون يعني بالولادة فيقبل الهنئة فيكون ذلك بمنزلة الدعوة منه
وكذلك ان جنى جناية فقضى القاضي به على عاقلته لم يستطع نفيه بعد ذلك وكذلك لو جني
عليه فحكم فيه بقصاص او ارش فهذا كله يتضمن الحكم بثبوت نسبه من المولى وبعد ما صار
النسب محكوما به لا يستطيع ان ينفيه لان قوله ليس بحجة في ابطال الحكم قال واذا تزوج
ام ولده فمات عنها زوجها او طلقها وانقضت عدتها ثم جاءت بولد لستة اشهر منذ انقضت
عدتها فهو ابن المولى لان بانقضاء عدتها حل للسيد غشيانها فعادت فراشا له كما كانت قبل
النكاح فان بانقضاء العدة ارتفع النكاح بحقوقه وهو المانع من ظهور حكم فراشه فاذا
عادت فراشا للمولى ثم جاءت بالولد في مدة يتوهم ان يكون من علوق بعد الفراش يثبت
نسبه وله ان ينفيه لما قلنا الا ان يتطاول ذلك او يجري فيه حكم وتفسير هذا التطاول
مذكور في كتاب الطلاق وما فيه من الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه من التقدير بسبعة
ايام عنده وبمدة النفاس عندهما قال ولو حرم ام ولده على نفسه كما لا يبطل به فراش النكاح
وهو مندوب شرعا الى ان يحنث نفسه ويغشاها وفيه نزل قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
فلهذا كان النسب ثابتا منه ما لم ينفه قال ولو كانت ام ولد المسلم مجوسية او مرتدة لم
يلزمه ولدها الا ان يدعيه وان جاءت به لاقل من ستة اشهر بعد الردة وقال زفر يثبت
نسب الولد منه ما لم ينفه لان سبب الفراش قيام الملك وهو باق بعد الردة وان حرم عليه
غشيانها بالردة وثبوت النسب لا يعتمد حل الغشيان كما في المنكوحة نكاحا فاسدا وهذا

بخلاف

بخلاف ما اذا زوجها لان فراشها قد انقطع باعتراض فراش الزوج الا ترى انه لو ادعاه لم يثبت
النسب منه بخلاف ما نحن فيه ولنا ان تحسين الظن بالمولى واجب وفي اثبات النسب منه حكم
باقدامه على وطء حرام وذلك لا يجوز بدون الحجة فان ادعاه فقد صار مقرا بذلك فيثبت
النسب منه حينئذ والا فلا وكذلك ان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ ارتدت لانا تيقنا
ان العلوق سابق على ردتها فلا يكون فيه حمل امر المولى على الفساد قال واذا اقر رجل في مرضه ان
ابنه من امته هذه ولد على فراشه ثم مات الرجل فادعى اولاده ان اباهم قد كان زوج هذه
الامة عبده قبل ان تلد بثلاث سنين وانها ولدت هذا الغلام على فراش العبد والعبد والغلام
والامة ينكرون ذلك لم تقبل بينتهم على ذلك والغلام ابن الميت لان نسبه يثبت من المولى باقرار
المولى به وهذه البينة من الورثة تقوم على النفي فلا تكون مقبولة وبيان ذلك الخصم لا يثبتون
بهذه الشهادة لانفسهم حقا انما يثبتون النسب للعبد والعبد جاحد مكذب للشهود وقصد
الورثة من هذا نفي النسب عن الميت حتى لا يزاحمهم في ميراثهم والشهادة على النفي لا تقبل ثم الورثة
خلفاء الميت وهو لو اقام هذه البينة بنفسه لم تقبل منه فكذلك ممن خلفه قال ولو ادعى العبد
ذلك واقام البينة ثبت نسبه منه لانه يثبت حق نفسه بهذه البينة من الفراش عليها ونسب
ولدها فوجب قبول بينته للاثبات ثم من ضرورته انتفاء النسب عن المولى لان الثابت بالبينة
كالثابت بالمعاينة ويعتق باقرار المولى لاقراره بحريته حين ادعى نسبه فان كان الاقرار منه في
المرض فانه يعتق من الثلث في حق الغلام والامة جميعا لان نسب الولد لما لم يثبت لم يكن لها
شاهد على ما اقر به المولى من حق الحرية لها فكان معتبرا من الثلث كما يعتبر عتق الغلام من الثلث
وجعل ذلك كانشاء العتق منه فيهما ولو كان العبد غائبا يوقف حكم هذه البينة حتى يحضر العبد
فيدعي او ينكر لان حكم قبول البينة يختلف بدعوى العبد وانكاره فلا بد من ان يجعل موقوفا
على حضوره ولو ادعت الام النكاح او ادعاه الغلام قبلت بينة التزويج لانها تقوم للاثبات
فان النسب من حق الغلام فاذا اثبته بالبينة من العبد كان مثبتا حق نفسه والام تثبت النكاح
بينها وبين العبد وذلك حقها قال رجل طلق امراته تطليقة بائنة فاقرت بانقضاء العدة
ثم جاءت بولد لستة اشهر فصاعدا لم يثبت نسبه منه لان انقضاء العدة يظهر بخبرها فانها امينة
فيه شرعا فاذا جاءت به بعد ذلك لمدة يتوهم ان يكون من علوق حادث لم يثبت نسبه منه
الا ان يدعيه فان ادعاه ثبت نسبه منه معناه اذا صدقته المراة فان الحق لهما فيثبت بتصادقهما
عليه فاما اذا كذبته لم يثبت النسب منه وان ادعاه لانه صار اجنبيا عنها وعن اولادها
وان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الآخر فهو للآخر لان تزوجها نفسها اقرار
منها بانقضاء العدة وان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني لم يثبت نسبه منه
لان العلوق يسبق نكاحه ثم ان كانت جاءت به لسنتين او اكثر منذ طلقها الاول لم يثبت النسب
من الاول ايضا لانه من علوق حادث بعد الفرقة فلا يثبت النسب منه الا ان يدعيه وتصدقه
المراة في ذلك وان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول فهو ثابت النسب من الاول ولا
يبطل النكاح بينها وبين الثاني وتاويل هذا فيما اذا لم تخبر بانقضاء العدة او مات عنها
فجاءت بولد فهو على ثلاثة اوجه اما ان تدعي الحبل او تخبر بانقضاء العدة او كانت ساكتة
فان ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج او فارقها ثبت النسب
من الزوج لان دعواها الحبل اقرار منها بالبلوغ فهي والكبيرة سواء وان اقرت بانقضاء العدة
عند مضي ثلاثة اشهر من الفرقة او اربعة اشهر وعشر منذ مات الزوج ثم جاءت بالولد لستة
اشهر فصاعدا منذ اقرت لم يثبت النسب منه لانها عند الاقرار ان كانت بالغة فقد ظهر انقضاء العدة

باقرارها وان كانت صغيرة فقد تيقنا بانقضاء عدتها بثلثة اشهر في الفرقة وباربعة اشهر وعشرا
في الموت فاما ولدت لمدة حبل تام بعد ذلك فلا يثبت النسب منه وان كانت ساكتة فعلى قول ابي
حنيفة ومحمد ان جاءت به لتسعة اشهر فصاعدا منذ فارقها ولعشرة اشهر وعشرة ايام فصاعدا
منذ مات ولم يثبت النسب منه وعلى قول ابي يوسف لاقل من سنتين كان النسب ثابتا منه لانها
جاءت به لمدة يتوهم ان يكون من علوق حادث في حال قيام النكاح وهذا لان المراهقة بلوغها
موهوم ولا يعرف ذلك الا من جهتها فاذا لم تقر بانقضاء العدة هي والكبيرة سواء لان انقضاء
عدتها بالشهور بشرط ان لا تكون حاملا وهذا الشرط لا يعلم الا من قبلها وابو حنيفة ومحمد
قالا عرفنا ها صغيرة وما عرف ثبوته وجب التمسك به حتى يقوم الدليل على زواله وعدة الصغيرة
تنقضي بالفرقة بثلثة اشهر بالنص وفي الموت باربعة اشهر وعشرا فاذا جاءت بالولد لمدة حبل
تام بعد ظهور انقضاء عدتها لم يثبت النسب منه كما لو اقرت بانقضاء العدة فاما المراة الكبيرة
اذا مات عنها زوجها فادعت حبلا لم يثبت نسب ولدها منه اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا
منذ اقرت وان كانت ساكتة ثبت نسب ولدها منه اذا جاءت لاقل من سنتين عندنا وقال زفر
رحمه الله لا يثبت النسب منه اذا جاءت به لعشرة اشهر وعشرة ايام فصاعدا منذ مات الزوج لان
بمضي اربعة اشهر وعشرا حكمنا بانقضاء عدتها بالنص اذ لم يكن بها حبل ظاهر فاذا جاءت
بالولد لمدة حبل تام بعد ذلك لم يثبت النسب منه كما في الصغيرة ولكنا نقول انقضاء عدتها بالشهور
متعلق بشرط وهو ان لا تكون حاملا فان قوله عز وجل واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن ناسخة لقوله تعالى يتربصن بانفسهن على ما قال ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة
النساء القصرى نزلت بعد سورة النساء الطولى وهذا الشرط لا يعرف الا من قبلها فما لم
يقر بانقضاء عدتها لا نجعلها منقضية العدة بمضي اربعة اشهر وعشرا بخلاف الصغيرة فان
الصغيرة تنافي الحبل بانقضاء عدتها بمضي المدة مطلق يجب الحكم به ما لم يدع حبلا فلهذا فرقنا
بين الفصلين ثم عند ابي حنيفة انما يثبت نسب ولد الكبيرة من الزوج الميت اذا شهد بالولادة
رجلان او رجل وامراتان فاما بمجرد شهادة القابلة لا يثبت لانه ليس هنا حبل ظاهر
ولا فراش قايم ولا اقرار من الزوج بالحبل وعندهما يثبت النسب بشهادة القابلة وهي معروفة
وان اقرت بانقضاء العدة بعد موت الرجل بيوم فيسقط قد استبان خلقه فالقول قوله لا نها
امينة اخبرت بما هو محتمل فان جاءت بولد بعد ذلك لستة اشهر لم يثبت النسب منه لاقرارها بانقضاء
العدة ولو جاءت بولد ميت فقالت الورثة ولدته ميتا وقالت هي كان حيا فمات فشهد على استهلال
الولد قابلة يقبل في قول ابي يوسف ومحمد في حكم الارث والصلاة عليه وعند ابي حنيفة في حكم
الصلاة عليه كذلك فاما في الميراث فلا يقبل الا شهادة رجلين او رجل وامراتين واستدلا
بقول علي رضي الله عنه اذا استهل الصبي ورث وصلي عليه فقد جمع بين الحكمين هنا يثبت بشهادة
القابلة لان الرجال لا يطلعون على تلك الحالة فكذلك الحكم الاخر وابو حنيفة يقول الاستهلال
صوت يسمعه الرجال فلا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان اتفق وقوعه في موضع
لا يحضره الرجال كجراحات النساء في الحمامات الا ان الصلاة عليه من امور الدين وخبر الواحد
حجة في امور الدين فاما الميراث من باب الاحكام فيستدعي حجة كاملة وذلك شهادة رجلين
او رجل وامراتان فان رجل طلق امراته تطليقة رجعية فجاءت بولد لستة اشهر فانكر الزوج
ان ولدت وقال انقضت عدتك وشهدت امراة على الولادة لم يلزمه في قول ابي حنيفة لانه ليس
بينهما فراش قايم فلا يكون شهادة القابلة حجة لاثبات النسب عنده وعندهما يلزمه النسب
بشهادة القابلة ولو قال الزوج للمطلقة الرجعية اخبريني ان عدتك قد انقضت وولدته

فله

فله ان يتزوج اربعا سواها وهي معروفة فان جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت
النسب من الزوج وبطل نكاح الاربع لانه غير مقبول القول في حق الولد ولا في حق المراة في
النسب من حقها فصار في حق النسب كان الاخبار منه لم يوجد واذا ثبت النسب تبين
انها كانت حاملا حين اخبر الزوج بانقضاء عدتها فصار ذلك الخبر مستنكرا وتبين انها كانت
فراشا له فانما تزوج الاربع وفراشه على الاولى قايم فلا يجوز الجمع بين خمس نسوة في الفراش
بحكم النكاح فلهذا بطل نكاح الاربع وان جاءت به لاقل من سنتين من يوم طلقها فان كانت لاقل
من ستة اشهر منذ اقرت بانقضاء العدة لزمه النسب ايضا لان اقراره لا يكون اقوى من اقرارها
ولو اقرت هي بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت النسب وصار كانها
ثم اما اخبارها او بغيرها فهو مثل ذلك الا ان هذا لا يكون رجعة بحال فان قوله اخبرتني ان عدتها
قد انقضت اقرار بان ذلك الواقع صار بائنا ولكن ليس بانشاء للابانة ومحمد مسئلة خلاف
انه اذا جعل الواقع بصفة الرجعة بائنا او ثالثا عند ابي حنيفة يصح ذلك كله منه
وعند ابي يوسف يملك ان يجعلها بائنا ولا يملك ان يجعلها ثلثا وعند محمد لا يملك ان يجعلها بائنا
ولا يجعلها ثلثا محمد يقول الواقع من الطلاق قد خرج من ملكه وملك الصفة يملك الاصل فاذا لم
يبق اصله في ملكه لم يبق صفته في ملكه ايضا وتصرفه فيما هو ليس بمملوك له باطل وابو يوسف
يقول ذلك الواقع بعرض ان يصير بائنا بانقضاء العدة فلذلك يصير بائنا بجعله اياه بائنا
ولكن الواحد قط لا يصير ثلثا فكان جعله الواحدة ثلثا تصرفا في غير محله فلهذا كان لغوا
وابو حنيفة يقول هو لا يملك جعل الواحدة ثلثا حقيقة ولكن يملك ضم الثنتين الى الواحدة
بالايقاع ثلثا ليصير ثلثا فكان قوله جعلته ثلثا كناية عن قوله اوقعت عليها ثنتين على
سبيل التصحيح مقصوده كما جعلنا لفظة الخلع مجازا عن ايقاع الطلاق في الحال لتحصيل مقصوده
بحسب الامكان قال غلام محتلم ادعى على رجل وامراة انهما ابواه واقام البينة على ذلك وادعى
رجل اخر وامراته ان هذا الغلام ابنهما واقاما البينة فبينة الغلام اولى بالقبول لان
النسب حقه فهو يثبت ببينته ما هو حق له على من هو جاحد والاخران يثبتان بالبينة
ما هو حق الغلام وبينة المرء على نفسه حق اولى بالقبول من بينة الغير على حقه ولان الغلام
في يد نفسه وبينة ذي اليد في مثل هذا تترجح على بينة الخارج وكذلك لو كان الغلام نصرانيا
والذان ادعيا الغلام انهما ابواه نصرانيان اذا كان شهوده مسلمين لان ما اقام من الشهود
حجة على الخصمين الاخرين وان كانا مسلمين فان قيل كان ينبغي ان يترجح بينة الاخرين لما
فيه من اثبات الاسلام على الغلام قلنا اليد اقوى من الدين في حكم الاستحقاق الا ترى ان
باليد يثبت الاستحقاق ظاهرا ولا يثبت ذلك باسلام احد المدعيين فلهذا رجحنا جانب
المدعي اليد ولو ادعى الغلام انه ابن فلان ولد على فراشه من امته فلانة واقام البينة وقال
فلان هو عبدي ولد من امتي هذه زوجتها من عبدي فلان واقام البينة على ذلك فهو ابن العبد
لان العبد والمولى يثبتان نسبه بفراش النكاح وهو انما اثبت بفراش الملك وفراش النكاح
اقوى في اثبات النسب من فراش الملك الا ترى ان النسب متى ثبت به لم ينتف بمجرد النفي
واذا ثبت بفراش الملك انتفى بمجرد النفي والضعيف لا يظهر بمقابلة القوي والترجيح
بما ذكرنا يكون عند المساواة فعند عدم المساواة جعلنا النسب من اقوى الفراشين
وكذلك لو اقام العبد البينة انه ابنه من هذه الامة وهي زوجته واقام المولى البينة
انه ابنه منها فالبينة بينة العبد لما فيه من زيادة اثبات النكاح ولكون فراش النكاح
اقوى من فراش الملك في حكم النسب لانه ينتفي باقرار المولى بحرمته ويصير الجارية بمنزلة

الميراث

ام الولد له

قال ولو كان العبد والمولى ميتين فاقام الغلام البينة انه ابن المولى من امته وهي معه واقام ورثة المولى البينة على انه ابن العبد من امة المولى زوجها المولى منه فانه يثبت النسب من المولى لانه ليس في بينة الورثة هنا اثبات النكاح فقد انقطع ذلك بموتهما وكذلك لا يثبتون النسب لانفسهم انما يثبتون للعبد ومقصودهم بذلك نفي النسب عن المولى والبينة على النفي لا تقبل وفي بينة العبد اثبات النسب والحرية والميراث فكان هو اولى ولو ان رجلا مات وترك مالا فاقام الغلام بينة انه ابنه الميت من امته فلانة ولدته في ملكه واقر بذلك واقام رجل البينة ان الغلام عبده وان امه امته زوجها من عبده فلان فولدت هذا الغلام على فراشه والعبد حي يدعي قضيت للعبد بالنسب وقضيت بالامة ان كانت حية للمدعي لان في حق الامة البينتان قامتا على مطلق الملك فبينة الخارج اولى وفي حق النسب الخارج والعبد يثبتان نسبه بفراش النكاح وهو انما يثبت نسبه بفراش الملك وفراش النكاح اقوى فلهذا كان العبد به اولى ولان العبد يثبت النكاح على الامة لنفسه بالبينة فوجب قبول بينته على ذلك واذا ثبت النكاح كان الولد ثابت النسب منه وان كان العبد ميتا اثبت نسب الغلام من الحر وهو الميت الذي اقام الغلام البينة على انه ابنه من امته هذه لان الخارج ليس يثبت النسب لنفسه انما يثبت للعبد والابن يثبت حق نفسه ولانه ليس في بينة الخارج هنا النكاح لان الزوج ميت والنكاح بموته مرتفع فلا ترجيح من حيث ان في بينة الغلام اثبات الحرية والميراث فهو اولى بالقبول وكذلك في حق الامة ترجح هذه الامة البينة لان في بينة المدعي اثبات الملك فقط وفي هذه البينة اثبات الحرية لها بجهة امية الولد فكان اولى قال غلام وامة في يدي رجل فاقام اخر البينة ان هذه الامة امته ولدت هذا الولد منه على فراشه واقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا الغلام على فراشه فبينة ذي اليد اولى لان البينتين استويا في اثبات حقيقة الحرية للولد وحق الحرية للام وفي مثله يترجح بينة ذي اليد لان المقصود اثبات الولاء عليهما دون الملك وقد استوى البينتان في الاثبات عليهما فيترجح جانب ذي اليد وهذا اذا كان الغلام صغيرا او كبيرا مصدقا للذي في يديه فان كان كبيرا يدعي انه ابن الاخر فاني اقضي بالغلام والامة للمدعي لانه في يد نفسه فاذا صدق المدعي كان هو كالمقيم لتلك البينة فيترجح جانبه بحقيقة اليد ولكونه مثبتا حق نفسه بالبينة فان النسب من حقه قال حرة لها ولد وهما في يد رجل فاقام اخر البينة انه تزوجها فولدت منه هذا الغلام واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك والغلام يدعي ان ذا اليد ابوه فاني اقضي ببينة ذي اليد لانه يترجح باعتبار يده في دعوى النكاح عليها وفي دعوى النسب يدعي الغلام انه ابنه لانه في يد نفسه فانما اثبت حق نفسه بتلك البينة وكذلك لو كان ذو اليد ذميا وشهوده مسلمون لما بينا انما اقامها البينة حجة على الخصم المسلم ولو اقام البينة انه تزوجها في وقت واقام ذو اليد البينة على وقت دونه فاني اقضي بها للمدعي لان تاريخه اسبق وقد اثبت نكاحا في وقت لا ينازعه الاخر فيه فانما اثبت الاخر بعد ذلك نكاح المنكوحة وهو باطل ولو اقام ذو اليد البينة انها امته تزوجها فولدت هذا الولد على فراشه منه فاني اقضي به للزوج واثبت نسبه منه لما بينا ان فراش النكاح مترجح على فراش الملك في حكم النسب الا ان الاخر اثبت بنسبه ملك نفسه في المراة وليس بمقابلته ما يوجب حرمتها من الحجة فيقضي بالامة ملكا للمدعي فيكون الولد حرا بالقيمة ان يكون شهد شهود الزوج انها ادعت انها حرة من نفسها وان لم يشهدوا بذلك جعلت الامة وابنها مملوكين للمدعي لان الولد يتبع الام في الملك والحرية حرية الولد المغرور فاذا لم يثبت الغرور كان مملوكا للمدعي ثابت النسب من الزوج لان المدعي اقر انه ابنه فيتعين عليه باقراره ويكون ابنه بمنزلة ام الولد ولا يقال عند اثبات الغرور

ينبغي

ينبغي ان لا يغرم الزوج قيمة الولد عند ابي حنيفة لانه بمنزلة ولد ام الولد وانما عتق باقرار المدعي بحريته فان هذا يكون بعد ثبوت الرق فيه ولم يثبت فان ولد المغرور يكون حرا من الاصل فلهذا كان على الزوج قيمة الولد لمولاها قال امة لمولاها مع ولدها في يد رجل فاقام اخر البينة انها امة ابيه ولدت هذا الغلام على فراشه في ملكه وابوه ميت واقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا الولد منه على فراشه في ملكه قضيت بالولد للميت الذي في يديه لان في هذه البينة اثبات حقيقة الحرية لها وفي بينة ذي اليد اثبات حقها لان ام الولد لا تعتق الا بموت المولى والترجيح بالحرية اقوى من الترجيح باليد وكيف يستقيم ان يكون امة لذي اليد يطاها بالملك وقد قامت البينة على حريتها فلهذا قضينا بولائها للميت ويكون الولد ثابت النسب منه لان وارثه يقوم مقامه في اثبات ما هو من حقه

باب دعوى العتاق

امة ادعت انها ولدت من مولاها واقام البينة واقام اخر البينة انه اشتراها من مولاها اخذت ببينة الولادة لان فيها اثبات حق الحرية لها وحق الحرية كحقيقة الحرية فاذا اقترن بالشراء منع صحة الشراء وان كان المشتري قبضها فالجواب كذلك لان بينة الولادة سابقة معنى فان ثبوت امية الولد لها سابق وقت العلوق وذلك كان سابقا على الشراء والقبض ولان في هذه البينة زيادة اثبات نسب الولد وحريته وان وقت بينة الشراء وقتا للشراء قبل الحبل بثلاث سنين اجزت الشراء وابطلت النسب لانه ثبت الملك فيها للمشتري من الوقت الذي ارخ شهوده فتبين انه استولد ما لا يملكه فلهذا لا يثبت النسب وكذلك لو وقتوا في البيع والعتق والتدبير يوجه بالوقت الاول لانه لا مزاحمة للاخر معه في ذلك الوقت قال واذا اقام عبد البينة ان فلانا اعتقه وفلان ينكر او يقر فاقام الاخر البينة انه عبده قضيت به للذي اقام البينة انه عبده لان شهود العبد ما شهدوا بالملك للمعتق انما شهدوا بالعتق فقط والعتق يتحقق من المالك وغير المالك ولكن لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم الا ترى ان هذه البينة لا تعارض يد ذي اليد فان من ادعى عبدا في يد انسان انه اعتقه واقام البينة على ذلك لا يقضى له به فلان لا تكون معارضة لبينة الملك كان اولى وكذلك لو شهدوا انه اعتقه وهو في يديه اذ ليس في هذه الشهادة ما يوجب نفوذ العتق لان نفوذه بملك المحل لا بملك اليد وكذلك لو شهدوا انه كان في يده امس لم تقبل هذه الشهادة لما ذكرنا ولو شهدوا انه اعتقه وهو يملكه يومئذ اخذت ببينة العتق لان البينتين استويا في اثبات الملك وفي احدهما زيادة الملك فكان اولى قال ولو كان العبد في يدي رجل فادعى اخر انه له واقام العبد البينة ان فلانا كاتبه وهو يملكه وفلان جاحد لذلك او مقر به فانه يقضى به للذي اقام البينة انه عبده لان بينته تثبت الملك لنفسه والعبد انما يثبت الملك لغيره ومن يثبت الملك لنفسه فبينته اولى بالقبول فان قيل العبد يثبت حق العتق لنفسه وان العبد انما يثبت الملك لغيره ومن يثبت الملك لنفسه باعتبار الكتابة قلنا لا كذلك فعقد الكتابة عندنا لا يوجب حق العتق للمكاتب ولهذا جاز عتق المكاتب عن الكفارة ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ وانما الثابت للمكاتب بعقد الكتابة ملك اليد لا يعارض البينة التي تثبت ملك الرقبة قال وان اقام الخارج البينة انه عبده غصبه منه ذو اليد واقام ذو اليد بينة انه عبده دبره او اعتقه وهو يملكه فانه يقضى به عبدا للمدعي لان في بينة المدعي ما يدفع بينة ذي اليد وهو اثبات

كونه غاصبا لا يملكها والاعتاق والتدبير من الغاصب لا يكون صحيحا وبينة ذي اليد على
اصل الملك لا تكون معارضة لبينة المدعي وكذلك لو كان المدعي اقام البينة انه عارية
له في يد ذي اليد او وديعة او اجارة او رهن قضي بالملك له لما بينا قال عبد في يدي رجل
اقام آخر البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه عبده ولد في ملكه فبينة المدعي
اولى لانها تثبت الحرية وبينة ذي اليد تثبت الرق فالمثبت للحرية من البينتين اولى الا ترى
انه لو ادعى الخارج انه ابنه ترجحت بينته لما فيها من اثبات النسب والحرية فكذلك هنا تترجح
بينته لما فيها من اثبات الولاء الذي هو مشبه بالنسب مع الحرية وكذلك لو اقام الخارج البينة
انه دبره فهو اولى لما في بينته من اثبات حق الحرية وقد ذكر قبل هذا بخلاف هذا وقد بينا
وجه الروايتين ثمة ولو كان شهود ذي اليد شهدوا انه اعتقه وهو يملكه فهو اولى من بينة
الخارج على العتق لان المقصود هنا اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما يثبت كل واحد
منهما البينة على العبد فلما استوت البينتان في الاثبات ترجح جانب ذي اليد بيده وان شهد شهود
ذي اليد بالتدبير وشهود المدعي بالعتق البات فقضيت بالعتق البات لان فيه ابطال الرق
والملك في الحال فيترجح ادابت لو كانت توطأ مع قيام البينة على حريتها وكذلك لو اقام
احد الخارجين البينة على العتق البات والآخر على التدبير فبينة العتق اولى بالقبول لما
بينا ولو اقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة ان الامة له كاتبها قضيت بها بينهما
نصفان لان المكاتبة ليست في يد واحد منهما بل هي في يد نفسها فتحققت المساواة بين البينتين
فيقضى بها بينهما فان قيل كان ينبغي ان يرجع الى قولها قلنا المكاتبة امة ولا قول للامة في
تعيين مالكها بعد ما اقرت بالرق وان شهد شهود احدهما انه دبرها وهو يملكها وشهود
الآخر انه كاتبها وهو يملكها فالتدبير اولى لانه يثبت حق الحرية وهو لازم لا يحتمل الفسخ بخلاف
الكتابة قال ولو ادعت امة انه ولدها من مولاها وانه اقر بذلك وارادت يمينه فلا يمين
على المولى في ذلك في قول ابي حنيفة وعندهما عليه اليمين وهذه المسائل المعدودة فان
ابا حنيفة رحمه الله لا يرى الاستحلاف في النكاح والنسب والرجعة والفيء في الايلاء والرق
والولاء لان عنده النكول بمنزلة البذل فما لا يعمل فيه البذل لا يجري فيه الاستحلاف وعندهما
النكول بمنزلة الاقرار ولكن فيه ضرب شبهة فكل ما يثبت بالشبهات يجري فيه الاستحلاف
والقضاء بالنكول وهي مسألة كتاب النكاح وهنا دعواها على المولى دعوى النسب فلهذا
قال ابو حنيفة لا يستحلف وكذلك لو ادعت انها اسقطت من المولى سقطا مستبين الخلق
فان حق امية الولد لها تبع لنسب الولد فكما لا يستحلف المولى عند دعوى النسب فكذلك
في دعوى امية الولد عنده وعندهما يستحلف في ذلك كله لانه مما يثبت مع الشبهات ولو اقر
المولى بذلك لزمه فيستحلف فيه اذا انكر وكذلك لو جاءت الزوجة بصبي فادعت انها ولدته
وانكر الزوج ففي استحلافه خلاف كما بينا وكذلك لو ان المولى او الزوج جاء بصبي وادعى
انها ولدته منه واراد استحلافها فلا يمين عليها عنده وكذلك لو كان الابن هو الذي
ادعى النسب على الاب والاب على الابن فطلب يمين المنكر فلا يمين عليه في الوجهين الا ان
يدعي بذلك ميراثا قبل صاحبه فحينئذ يستحلف على الميراث دون النسب لان المال مما يعمل
فيه البذل فيجوز القضاء فيه بالنكول بخلاف النسب واذا استحلفه فنكل قضي
بالمال دون النسب لان احد الحكمين ينفصل عن الآخر وعند النكول انما يقضى بما جرى
فيه الاستحلاف الا ترى انه لو ادعى سرقة مال على رجل فاستحلف فنكل يقضى بالمال
دون القطع فهذا مثله وكذلك لو ادعى ميراثا بالولاء فهو ودعواه الميراث بالنسب سواء

فيما ذكرناه

فيما ذكرناه قال ولو ان رجلا ورث دارا من ابيه فادعى آخر انه اخوه لابيه فورث اباه
معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب هنا بالاتفاق اما عند
ابي حنيفة فلا يشكل واما عندهما كل نسب لو اقر به لم يصح لا يستحلف على ذلك النسب اذا
انكره لما بينا ان النكول عندهما قائم مقام الاقرار والاخوة لا تثبت باقراره لو اقر
بها فلذلك لا يستحلف عليه بخلاف الابوة والبنوة لكنه يستحلف بالله ما يعلم ان له في هذه
الدار نصيبا كما يدعي لانه يدعي المال والاستحلاف يجري في المال الا انه استحلاف
على فعل الغير لانه يدعي الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون
على العلم لا على البتات قال جارية بين رجلين ولدت في بطنين فادعى احدهما الاكبر
ثم ادعى الآخر الاصغر لم تجز دعوة صاحب الاصغر لان العلوق بهما حصل في ملكهما فحين
ادعى احدهما الاكبر صارت الجارية ام ولد له من حين علقت بالاكبر ثم الاصغر ولد ام ولد
الشريك اجنبي عنه ومن ادعى ولد ام ولد الغير لم تصح دعوته ولو كان صاحب الاصغر ادعى الاصغر
ولا يثبت نسبه منه لانها مشتركة بينهما مع الولد حين ادعى مدعي الاصغر وتمام
ادعاه يحتاج الى النسب فيثبت نسب الاصغر منه وصارت الجارية ام ولد له وضمن
نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وتصح دعوة مدعي الاكبر للاكبر لانه بقي مشتركا
بينهما فان امية الولد لها انما تثبت من حين علقت بالاصغر والاكبر منفصل عنها قبل
ذلك فلهذا بقي مشتركا بينهما فاذا ادعاه مدعي الاكبر وهو محتاج الى النسب يثبت نسبه
منه وضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا لانه مقصود بالدعوة والاتلاف فتكون
دعوته اياه بمنزلة اعتاقه ولم يذكر ان مدعي الاكبر هل يغرم شيئا من العقر وينبغي ان يغرم
نصف العقر لانه وطئ الامة حال ما كانت مشتركة بينهما فيغرم نصف العقر لشريكه
وان لم تثبت امية الولد لها من جهته قال ولو كانت الدعوى منهما معا فهي ام ولد لمدعي الاكبر
لانه سابق بالدعوة معنى فان العلوق بالاكبر كان سابقا فصارت ام ولد من حين علقت
بالاكبر وفي القياس لا تصح دعوة مدعي الاصغر لانه ادعى ولد ام ولد الغير كما في الفصل
الاول ولكنه استحسن فقال يثبت نسب الاصغر من مدعي الاصغر لان وقت الدعوة
كان الاصغر مشتركا بينهما في الظاهر محتاجا الى النسب وكذلك الجارية حين علقت
بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فبعد ذلك وان تبين انها كانت ام ولد لمدعي
الاكبر صار مدعي الاصغر بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة فعليه فكان عليه
جميع قيمة الاصغر لمدعي الاكبر وذكر في بعض النسخ ان عليه جميع عقر الجارية لمدعي الاكبر وفي
بعض النسخ ان عليه نصف العقر وليس بينهما اختلاف ولكن حيث قال عليه نصف العقر
انما اجاب بالحاصل فان نصف العقر وليس بينهما اختلاف ولكن حيث قال عليه نصف
العقر انما اجاب بالحاصل فان نصف العقر بنصف العقر قصاص وانما يبقى في
الحاصل نصف العقر على مدعي الاصغر لمدعي الاكبر قال رجل مات وترك ابنين وجارية
فظهر بها حبل فادعى احدهما ان الحبل من ابيه وادعى الآخر ان الحبل منه وكانت الدعوة
بينهما معا فالحبل من الذي ادعاه لنفسه لانه يحمل نسب الولد على نفسه والاخ انما
يحمل نسب الولد على ابيه ومجرد قوله ليس بحجة في اثبات النسب من ابيه فلهذا كان الذي
ادعاه لنفسه اولى فان قيل الذي ادعى الحبل من ابيه كلامه اسبق معنى فينبغي
ان يترجح بالسبق قلنا هذا ان لو كان قوله حجة في اثبات العلوق من ابيه في حال حياته
وقوله ليس بحجة في ذلك ويغرم الذي ادعاه لنفسه نصف قيمتها ونصف عقرها

لشريكه لانه يملكه بالاستيلاد على شريكه فان قيل كيف يضمن لشريكه وقد اقر الشريك انها حرة
من قبل الميت قلنا لان القاضي كذبه في هذا الاقرار حين جعلها ام ولد للاخر والمكذب في
اقراره حكما لا يبقى اقراره حجة عليه كالمشتري اذا اقر بالملك للبائع ثم استحق من يده رجع عليه
بالثمن وكذلك ان كان الذي ادعاه لنفسه سبق بالدعوة فان كان الذي ادعى الحبل للاب بدا
بالاقرار لم يثبت من الاب بقوله ولكن يعتق عليه نصيبه من الام ومما في بطنها لاقراره
بحريتهما ويجوز دعوة الاخر ويثبت نسب الولد منه لانه محتاج الى النسب والنصف منه
باق على ملكه فان اقرار الاول ليس بحجة في ابطال ملكه واكثر ما فيه انه صار كالمستسعى عند
ابي حنيفة فتصح دعوته فيه ولا يضمن من قيمة الام شيئا لانه لا يتملك على شريكه نصيبه من
الام فقد عتق نصيبه بالاقرار السابق ويضمن نصف عقرها ان طلب ذلك اخوه لانه اقر
بوطئها سابقا على اقراره وهي مشتركة بينهما في ذلك الوقت فيكون مقرا بنصف العقر
لاخيه بسبب لم يبطل ذلك السبب باقراره فكان له ان يصدقه فيستوفي ذلك منه ان شا
قال عبد بين رجلين اعتقه احدهما ثم ادعاه الاخر وهو ابنه في قول ابي حنيفة لان عنده
العتق يتجزى فنصيب الاخر باق على ملكه فلهذا صحت دعوته ونصف ولايه للمعتق باعتاقه
فان ثبوت نسبه من الاخر لا يبقي ما صار مستحقا من الولا للاول ويستوي ان كان ولد عندهما
او لم يولد وان كان الغلام كبيرا فاقر بذلك فهو ثابت النسب من المدعي سوا ادعاه الذي اعتقه
او الاخر فان جحد ذلك لم تجز دعوة الذي اعتقه لانه لم يبق له فيه ملك ويجوز دعوة الذي
لم يعتقه لان نصيبه باق على ملكه وهو بمنزلة المكاتب له فاما عند ابي يوسف ومحمد العتق
لا يتجزى فلا تجوز دعوة واحد منهما الا بتصديق الغلام له في ذلك قال واذا تصادق الرجل
والمراة الحرة على ولد في يد احدهما انه ابنهما فهو ابنهما والمراة امراة الرجل لان مطلق اقرارهما
بنسب الولد يحمل على سبب صحيح بينهما شرعا وهو النكاح فكان تصادقهما على نسب الولد تصادقا
منهما على النكاح بينهما ومطلقه ينصرف الى النكاح الصحيح فان كانت المراة لا تعرف انها حرة
فقالت انا ام ولدك وهذا ابني منك وقال الرجل لا وانت امراتي فهو ابنهما لتصادقهما على
الولد ولكنها اقرت له بالرق وهو كذبها في ذلك فلم يثبت الرق عليها وهو قد ادعى عليها النكاح
وهي قد كذبته فلا يكون بينهما نكاحا ولكن تكاذبهما في السبب لا يمنع العمل بتصادقهما
على ما هو حكم الفراش وهو ثبوت نسب الولد منهما ولذلك لو ادعت انها زوجته وقال الرجل هي
ام ولدي فهذا والاول سوا لما بينا ولو قال الرجل هذا ابني منك من نكاح وقالت صدقت هو
من نكاح فاسد لا يقبل قولها في ذلك لان حقيقة الاختلاف بينهما في دعوى صحة النكاح
وفساده وتصادقهما على اصل النكاح يكون اقرارا منهما بصحته فلا يقبل قول مدعي الفساد
بعد ذلك لكونه مناقضا ولو قال الزوج هو من نكاح فاسد وقالت المراة من نكاح صحيح
فنسب الولد ثابت ويسال الزوج عن الفساد ما هو فاذا اخبر بوجه من وجوه الفساد فرق
بينهما لاقراره بانها محرمة عليه في الحال وجعل ذلك بمنزلة ايقاعه الطلاق البائن حتى
يكون لها نفقة العدة لان قوله في فساد اصل العقد غير مقبول لما بينا ولكنه متمكن من
ان يفارقها فيجعل اقراره بذلك كانشاء التفريق

باب المغرور

ذكر عن يزيد بن عبد الله بن قسيط قال ابقت امة فاتت بعض القبايل فتزوجها رجل
من عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى

لها

بها لمولاها وقضى على اب الولد ان يفدي اولاده الغلام بالغلام والجارية بالجارية وبـ
هذا دليل ان ولد المغرور يكون حرا بعوض ياخذه المستحق من المغرور فاخذ بعض العلما
رحمهم الله بظاهره فقالوا مضمون بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية وعندنا هو مضمون
بالقيمة وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة في
المالية لا في الصورة فانه ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل كما قال عليه
السلام في العبد بين اثنين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن نصف قيمة نصيب شريكه
وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه وتاويل حديث علي رضي الله عنه الذي ذكره بعد هذا
عن الشعبي رحمه الله ان رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل فرفع ذلك الى
علي بن ابي طالب رضي الله عنه فقضى بالجارية لمولاها وقضى باولادها لمولاها
وقضى للمشتري على البائع ان يفتك ولده بما عز وهان ولم يرد بقوله قضى باولادها
لمولاها ان يسلم الاولاد اليه وانما المراد جعل الاولاد في حقه كانهم مملوكين له حيث
اوجب له القيمة على المغرور واضاف ذلك الى البائع بطريق ان قرار الضمان عليه فان
المشتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الاولاد ومعنى قوله بما عز وهان بالقيمة
بالغة ما بلغت وهو الاصل عندنا ان في ولد المغرور فانه في حق المغرور هو حر الاصل
وفي حق المستحق كانه رقيق مملوك بملك الاصل وهو الجارية لانه لا وجه لايجاب الضمان له
الا هذا فان المانع مستقر لم يضمن بالاتلاف وانما يضمن المملوك بالمنع فيصير المغرور
مانعا للولد بما يثبت فيه من الحرية حقا له وهذا لان النظر من الجانبين واجب والنظر
في جانب المغرور في حرية الولد لانه لم يرض برق مائه والنظر في جانب المستحق في رق
الولد لكيلا يبطل ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية له على المغرور للمنع بعد
الطلب ولهذا اعتبر قيمته وقت الخصومة حتى ان من مات من الاولاد قبل الخصومة لم
يضمن من قيمته شيئا لان المنع انما يتحقق بعد الطلب اذا عرفنا هذا فنقول امة اتت رجلا
فاخبرته انها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدا ثم اقام مولاها البينة انها امته وقضى
بها له فانه يقضي بالولد ايضا لمولى الجارية لان استحقاق المتولد منه فانه في حكم
الجزء له وقد ظهر هذا السبب عند القاضي ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور
الا ان يقيم الزوج بينة انه تزوجها على انها حرة فان اقام البينة على هذا فقد اثبت
سبب حرية الاولاد فكان الولد حرا لا سبيل عليه وعلى ابيه قيمته دينا في ماله حالا
وقت القضاء به دون مال الولد لان السبب وهو المنع وجد من الاب دون الولد
ولا ولا للمستحق على الولد لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق فيه لضرورة القضا بالقيمة
والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وان مات الولد قبل الخصومة فليس على
الاب شي من قيمته لان الولد لو كان مملوكا على الحقيقة لم يكن مضمونا فان ولد الغصب
امانة عندنا فاذا لم يكن مملوكا اولى ان لا يكون مضمونا وان قتل الابن فاخذ الاب
ديته فعليه قيمته للمستحق لان الدية بدل نفسه ومنع البدل كمنع الاصل فيتحقق به
السبب الموجب للضمان وان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوجد بالقيمة لان المنع لا
يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة
للمستحق لان المنع يحصل بوصول يده الى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنع الولد
في القضا للمستحق عليه بالقيمة فلو كان للولد ولد يحرز ميراثه وديته فخرج من الدية
مثل القيمة او دونها قضيت على الاب بمثل ذلك يتحقق المنع في البدل ولا يقضى به في الدية

ولا في تركة الابن لان هذا الضمان مستحق على الاب بمنعه الولد بالحرية وانما يقضى من تركة الابن
ما يغرم دينا على الابن فان كان الاب ميتا قضى به في تركته لانه دين على الاب فيستوفى من تركته
وان كان على الاب دين تحاص المستحق الغرما بقيمة الولد لان دينه مثل دينهم وان لم يكن للاب
بينة انه تزوجها على انها حرة فطلب يمين المستحق على علمه حلفه على علمه على ذلك لانه يدعي عليه
ما لو اقربه لزمه فاذا انكر يستحلف عليه ولكنه استحلاف على فعل الغير فكان على العلم لا على
البتات قال ولو استولدها على شرا او هبة او صدقة او وصية اخذ المستحق الجارية وقيمة الولد
لان الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاد له في الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر
وكان حقيقة كان الولد حرا فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد ايضا ويرجع الاب على
البائع بالثمن وقيمة الولد لان المبيع لم يسلم له وبعقد المعاوضة استحق سلامته له سليمة عن
العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له ان يغرم بما يرجع بهذا السبب على البائع ولا
يرجع عليه بالعقر عندنا وعند الشافعي يرجع بالعقر كما يرجع عليه بقيمة الولد لانه ضمان
لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد ولكنا نقول انما لزمه العقر عوضا عما استوفى
من منافع البضع فلو رجع سلم المستوفي له مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطئ
مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الاولاد عندنا وعند الشافعي له
ذلك لان الغرور قد تحقق منه بايجابه الملك له في المحل واخباره انها مملوكته سوا كان بعوض
او بغير عوض ولكنا نقول مجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا
الطريق امن وسلك فيه فاخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشيء وانما ثبوت حق الرجوع
باعتبار عقد المعاوضة لان صفة السلامة يصير مستحقا به فاما بعقد التبرع لا يصير
صفة السلامة مستحقا ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له ان يرجع على المتبرع
بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه
الا ترى ان الملك لا يحصل به قبل التسليم لكن يلزمه ضمان التسليم قال وان كان المشتري باعها
من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشتري الثاني على بايعه بقيمة الولد وللمشتري الاول
ان يرجع على بايعه بالثمن وليس له ان يرجع بقيمة الولد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
له ان يرجع بقيمة الولد على بايعه حجتهما في ذلك ان المشتري الاول اوجب الملك فيها للغير
فيجعل استيلاده من اوجب له الملك بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لان الرجوع بفوت صفة
السلامة الذي صار مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الاول والثاني فقد
تقرر بين المشتري الاول والبائع الا ترى ان المشتري الثاني لو ردها بالعيب كان للمشتري
الاول ان يردها على بايعه فكذلك اذا رجع عليه بقيمته وابو حنيفة يقول ان المشتري الاول
انشاء بايجابه الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما انشاه من الغرور لا بالغرور
الذي سبق من البائع فصار بما انشا من الغرور ناسخا لغرور البائع الاول وهو نظير من
حفر بيرا على قارعة الطريق فالقى انسان غيره فيه كان الضمان على الملقي ولا يرجع
به على الحافر فهذا مثله يوضحه ان الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب
والمشتري انما يخاصم البائع في العيب اذا كان المستفاد من جهته قائما له وهنا قد انفسخ
ذلك الملك بملك المشتري الثاني ولم يعد اليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما اذا
رد عليه بالعيب لان الملك المستفاد له من جهة البائع قد عاد اليه ونظير هذه المسألة
ما ذكر في اخر الصلح ان المشتري الثاني اذا وجد بالمبيع عيبا وقد تعذر رده بعيب
حدث عنده ورجع على بايعه بنقصان العيب لم يكن لبايعه ان يرجع بالنقصان على البائع

في قول ابي حنيفة لان المستفاد له من قبله لم يعد اليه وعندهما يرجع على البائع الاول بما غرم
للمشتري الثاني من نقصان العيب لان الرجوع بالنقصان عند تعذر الغبن بمنزلة الرد
بالعيب عند الامكان قال رجلان اشتريا جارية فوهب احدهما نصيبه من شريكه فولدت
ثم استحقها رجل فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ثم يرجع الاب بنصف الثمن ونصف
قيمة الولد على البائع لانه يملك نصفها من جهته بحكم المعاوضة والجز معتبر بالكل ولا
يرجع على الواهب بشيء من قيمة الولد لانه يملك النصف من جهته بعقد التبرع ولكن الواهب يرجع
بنصف الثمن على البائع لان استحقاقها على من استفاد الملك فيها من جهة الواهب يكون استحقاقا
على الواهب فيرجع بثمن ما استحق عليه على البائع ولم يغرم البائع من قيمة الولد شيئا ليرجع به على
البائع قال ولو كانت امة بين رجلين فادعاه احدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها
لشريكه ثم استحقها رجل فقضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق لان الغرور يتحقق بقيام
الملك له في نصفها ظاهرا فان الاستيلاد باعتبار هذا القدر صحيح في اثبات حرية الاصل
للولد ثم يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد لما بينا يرجع على شريكه بما اعطاه
من نصف قيمته ونصف عقرها لانه تبين انه لم يتملك على شريكه نصيبه ولم يحصل قطعه
في ملكه ولم يرجع على شريكه بشيء من قيمة الولد لانه ما كان مغرورا من جهة شريكه فان تملكه
على شريكه ما كان باختيار منه ويرجع الشريك على بايعه بنصف الثمن لاستحقاق المبيع عليه
قال واذا تزوج المكاتب والعبد امراة حرة بان مولاها فولدت له ثم استحقت وقضى بها للمستحق
فالولد رقيق في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر رحمهما الله وفي قول ابي يوسف الاول وهو
قول محمد رحمه الله حر بالقيمة وهي مسألة كتاب النكاح ان العتق بسبب الغرور عند محمد وذلك
يتحقق في حق العبد كما هو في حق الحر وعند ابي حنيفة وابي يوسف المخلوق بين رقيقين لا يكون
حرا وقد بينا بعض هذا فيما سبق قال وكذلك اذا صار المكاتب مغرورا بالشرا فهو على هذا
الخلاف الا ان عند محمد هناك الولد يكون حرا وهنا يكون بمنزلة ابيه مكاتبا قال رجل اشترى
ام ولد لرجل او مكاتبة او مدبرة من اجنبي فوطيها فولدت ثم استحقها مولاها فقضي له بها وعلى
اب الولد قيمة الولد للمولى في المدبرة وام الولد بسبب الغرور ولا يقال ولد ام الولد لا مالية فيه عند
ابي حنيفة كامه فكيف يضمن بالغرور لان هذا بعد ثبوت امية الولد ولم يثبت في الولد
لانه علق حر الاصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة وعلى الاب قيمة الولد للمكاتبة قال لان الذي غرم
منها وانما اراد به اذا كان الغرور منها لا يستوجب قيمة الولد وفيه قولان لابي يوسف رحمه الله
معروف في كتاب العتاق فاما اذا كان الغرور من غيرها وجب على الاب قيمة الولد ويكون ذلك
للمكاتبة لانها كانت احق بولدها لكونه جزءا منها فكذلك ببدل ولدها قال مكاتب او عبد تاجر
باع امة فاستولدها المشتري ثم استحقت رجع اب الولد بقيمة الولد على بايعه لان الرجوع
بقيمة الولد لاستحقاق صفة السلامة له بعقد المعاوضة على البائع والمكاتب والماذون
في هذا كالحر لان ضمان التجارة بمنزلة الرد بالعيب والرجوع بنقصان العيب عند تعذر الرد
عليه قال رجل ورث امة من ابيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرا بالقيمة لتحقق
الغرور في حق الوارث فانما استولدها على انها مملوكة اذا لم يكن عالما لكونها مستحقة ثم
يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذي كان باعها من المورث لانه خلف المورث في ملكه فانما
يصل اليه الملك الذي كان لمورثه لا ان يكون ذلك ملكا جديدا له الا ترى انه يرده بالعيب
ويكون فيه كالمورث فكذلك في الرجوع بسبب الغرور وهذا بخلاف الموصى له اذا استولدها
ثم استحقت حيث لا يرجع على بايع الموصي لانه انما يملكها الموصى له بعقد متجدد وذلك ملك

غير الملك المستفاد من البائع ببيعه ولهذا لا يرد عليه بالعيب فلذلك لا يرجع عليه بضمان الغرور قال رجل اقر في مرضه ان هذه الجارية وديعة عنده لفلان وعليه دين يحيط بماله او ليس عليه دين فاستولدها الوارث بعد موته وقد علم باقرار الاب ثم استحقت ببينته فانه يقضى للمستحق بها وبولدها مملوكين له لان الوارث غير مغرور هنا فانه اقدم على استيلادها مع علمه انها غير مملوكة له لانها لم تكن مملوكة لمورثه فصار راضيا برق مائه فكان الولد ملكا للمستحق فان كان المريض بها لغيره وكان عليه دين يحيط بماله فاستولدها الوارث بيعت الجارية في الدين وضمن الوارث قيمة الولد والعقر لانه بمنزلة المغرور فانه لا اختلاف بين العلما رحمهم الله ظاهرا في وقوع الملك للوارث في التركة المستغرقة بالدين فمن يقول لا يملك يقول سبب الملك فيها تام حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضا الدين من موضع اخر ولو اعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه ولو كانت امة فزوجها لم يصح النكاح فعرفنا ان الغرور قد تحقق فكان ولده حرا بالقيمة وتباع الامة في الدين لان استغراق التركة بالدين يمنع عتق الوارث فيها فكذلك يمنع ثبوت حق الحرية من جهة الوارث فيها ووجوب العقر عليه فان اقام رجل البينة انها له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لما بينا ولو كانت الامة للميت وعليه دين لا يحيط بقيمتها فوطئها الوارث فولدت منه ضمن قيمتها وعقرها لان الدين اذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فيصح استيلاده فيها ولكن حق الغريم مقدم على حقه ويغرم قيمتها لحق الغريم لانه صار متملكا لما بينا على الغريم بالاستيلاد قال ويغرم عقرها قال عيسى رحمه الله هذا غلط فان الاستيلاد حصل في ملك نفسه فلا يكون موجبا للعقر عليه اذا كان في قيمتها وفا بالدين وزيادة فلم يغرم العقر ولماذا يغرم ولكنا نقول تاويل المسألة ان الورثة كانوا عددا فكان هذا استيلاد احد الشركا للجارية وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركا وفي بعض الروايات وهو قول بشر بعد الدين لا يصير ملكا للوارث فلهذا الزمه قيمتها وعقرها يقضى من ذلك الدين اولا وما بقي فهو ميراث بين الورثة يسقط عنه من ذلك بقدر حصته ولا يضمن قيمة الولد هنا لانها بمنزلة الجارية المشتركة وقد بينا ان احد الشركا اذا استولد الجارية المشتركة لم يغرم من قيمة الولد شيئا قال رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم ان البائع غاصب او تزوج امراة اخبرته انها حرة وهو يعلم انها كاذبة فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور حين كان عالما بحقيقة الحال ولانه رضي برق مائه حين استولدها مع علمه انها مملوكة لغيره ولو اشتراها من رجل وهو يعلم انها لغيره فقال البائع ان صاحبها وكلني ببيعها او مات وقد اوصى الي فاستولدها ثم جا صاحبها وانكر الوكالة والوصاية فانه ياخذ جاريته لان ملكه فيها معلوم واذنه في بيعها لم يصح حين انكره وياخذ عقرها وقيمة ولدها لان الغرور قد تحقق بما اخبره البائع به فان ما اخبر لو كان حقا كانت هي مملوكة للمشتري فهذا وقوله انها ملكي في انه يلتزم سلامتها له فاذا غرم قيمة الولد رجع به على البائع مع الثمن لانه لم يسلم له ما التزم ولو اشترى الوكيل لموكله جارية فاستولدها الموكل ثم استحقت اخذها المستحق وعقرها وقيمة ولدها من المستولد ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع والوكيل هو الذي يخاصمه في ذلك لان البائع التزم بالعقد صفة السلامة للوكيل الا ترى ان الخصومة في العيب للوكيل مع البائع دون الموكل فكذلك الخصومة في الرجوع بالثمن وقيمة الولد الى الوكيل فان قال البائع لم ابع من اب الولد شيئا او قال لم يشتر هذا مني له فاقام الوكيل البينة انه اشتراها لفلان بامره فالثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم يشهدوا بامره ولكن شهدوا على اقرار المشتري انه اشتراها لفلان بماله فان كان اقراره بهذا قبل الشرا وشهد الشهود بذلك فهو وما سبق سوا لانا لو سمعنا في ذلك الوقت كان الشرا موجبا الملك للموكل فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان شهدوا انه اقر بذلك بعد الشرا قبل ان تلد او بعده لم يصدق على البائع لان شراه موجب الملك له فكل احد عامل لنفسه بتصرفه حتى يقوم الدليل على انه يعمل لغيره فاقراره بعد ذلك في حق البائع بمنزلة الايجاب المبتدا لانه غير مصدق في هذا الاقرار في حقه

ولو ملكه

ولو ملكه ابتداء من هذا المستولد لم يكن له خصومة مع البائع في الرجوع بقيمة الولد عليه بعد ذلك فكذلك هنا ولو استولد جارية فاستحقها رجل فقال المستولد اشتريتها من فلان بكذا وصدقه فلان وكذبه المستحق فالقول قول المستحق لان سبب ملكه الولد ظاهر وهو استحقاقه الجارية والاخر يريد ابطال ملكه في الولد بقولهما فلا يصدقان على ذلك ولكن يحلف المستحق بالله ما يعلم انه اشتراها منه لانه لو اقر بذلك كان الولد حرا فاذا انكر يستحلف عليه ولو انكر البائع وصدقه المستحق فالولد حر لاقرار المستحق بحريته وعلى الاب قيمته لاقراره على نفسه بالقيمة للمستحق ولا رجوع لهما على البائع لان قولهما ليس بحجة عليه ولو انكره البائع والمشتري واقر به المستحق عتق الولد باقراره لانه ملكه في الظاهر ولا قيمة له على الاب لانه مدع لنفسه عليه القيمة فلا يستحقه عليه الا بحجة قال رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي الفي درهم فاستولدها المضارب ثم استحقت فالولد حر بالقيمة لان المضارب كان مالكا نصفها في الظاهر قدر حصته من الربح فيتحقق الغرور بسببه ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن فيكون على المضاربة كما كان ويرجع عليه ايضا بربع قيمة الولد لان رجوعه باعتبار ملكه الظاهر وذلك كان بقدر الربع فيرجع به على البائع ويكون ذلك له خاصة ولا يكون على المضاربة لانه عوض عما ادى والمودى لم يكن من مال المضاربة ولو لم يكن في الام فضل اخذ المستحق الولد مع الام ولم يثبت نسبه من المضارب لانه استولدها وهو يعلم انه لا يملك شيئا منها فكان زانيا في فعله لا يثبت به النسب والولد رقيق لانعدام الغرور حين كان عالما بحالها وان كان رب المال هو الذي استولدها فان لم يكن فيها فضل كان الولد حرا وعليه قيمته للمستحق لانها مملوكة لرب المال في الظاهر والمضارب اشتراها له بامره فهذا وفصل الوكيل سوا فيكون الولد حرا بالقيمة ويرجع على البائع بالثمن وقيمة الولد والذي يلي خصومة البائع في ذلك المضارب فيكون الثمن على المضاربة وقيمة الولد لرب المال فان كانت الجارية تساوي الفين فالرجوع على البائع بثلثة ارباع قيمة الولد لان المملوك للمستولد من جهته كان هذا المقدار وهو قدر راس المال وحصته من الربح فانما يرجع بهذا القدر من قيمة الولد فيكون لرب المال خاصة ويرجع بالثمن فيكون على المضاربة قال رجل [illegible] وصي يتيم امة فاستولدها احدهما ثم استحقت فقضي له بها وبقيمة الولد على الاب ورجع الاب بنصف تلك القيمة على الوصي لانه يملك نصفها من جهة الوصي ببيعه فبقدره يرجع عليه من قيمة ولدها ثم يرجع به الوصي في مال اليتيم لانه كان عاملا لليتيم في ذلك فاذا لحقه عهدة يرجع به عليه وكذلك لو كان البائع ابا الصبي فهو والوصي في حكم الرجوع فيما للصبي سوا وكذلك لو كان البائع وكيلا او مضاربا الا ان المضارب اذا كان في المضاربة فضل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد الا بقدر راس المال وحصته من الربح لانه في ذلك القدر عامل له وفي حصة نفسه من الربح عامل لنفسه فلا رجوع له به على رب المال قال ولو كفل رجل للمشتري بما ادركه من درك لم يرجع المشتري على الكفيل بقيمة الولد لان هذا ليس بدرك في الجارية انما يثبت بهذا اما التزام من صفة السلامة فكان بمنزلة عيب يجده بها فيردها وهناك لا يرجع على الكفيل بشي كذلك هنا لا يرجع على الكفيل بشي من قيمة الولد قال واذا غرت الامة من نفسها رجلا اخبرته انها امة لهذا الرجل فاشتراها منه فاستولدها ثم استحقت رجع ابو الولد بالثمن وقيمة الولد على البائع دون الامة لان الرجوع باعتبار التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة والبائع هو الذي التزم ذلك للمشتري دون الامة انما الامة اخبرته بخبر كذب ومجرد هذا الخبر لا يلزمه ضمان قيمة الولد كما بينا قال حرة ولدت ولدين في بطن واحد فكبرا واكتسبا مالا ثم مات احدهما وترك ابنا ثم جا رجل وادعى انه زوج المراة وانهما ابناه فاقرت المراة بذلك وجحد الابن الباقي وابن الابن فان الرجل والمراة يصدقان على انفسهما دون غيرهما فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما

846

ويدخل في نصيب المرأة من الميراث لاقرارها انهما يستويان في ذلك فان من ترك ابوين وابنين فللابوين
السدسان فلهذا قسم ما في يدها بينهما نصفان فان اقرت المرأة بدعوة الرجل يثبت نسبه
باقرارهن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الاخر لانهما توام فيثبت نسبهما ولكنه لا يرث بهذا مع
ابن الميت شيئا لان الابن الثاني غير مستحق لشيء من ميراث الميت فتصديقه في حكم الميراث وتكذيبه
سوا لان الميراث ملك ينفصل عن النسب في الاستحقاق ثبوتا وسقوطا الا ترى ان عند الرق
واختلاف الدين النسب ثابت ولا ميراث واذا اقر احد الاخوين باخ اخر فانه شاركه في الميراث ثابت
ولا نسب وما كان طريق ثبوته الضرورة فالمعتبر فيه الجملة فاذا كان احد الحكمين ينفصل عن الاخر
في الجملة لم يستحق الميراث باقراره وان ثبت نسبه وان اقر ابن الميت بدعوة الرجل وقد احتلما ثبت
نسبهما جميعا منه لانه في هذا التصديق قايم مقام ابيه وثبوت نسب احدهما يقتضي ثبوت نسب الاخر
ضرورة ويرث معه الرجل لان الحق في الميراث له وقد اقر بان سدسا من الميراث وهو خمس ما في يده
للاب فيؤمر بتسليمه اليه قال ولو ان امة ولدت ولدين في بطن في بطن واحد فاشترى رجل احدهما
واعتقه ثم مات المعتق فورثه مولاها ثم اشترى رجل اخر الابن الباقي مع امه فادعى انه ابنه
ثبت نسبه منه وان كان كبيرا الا بتصديقه لانه عبد له فلا حاجة الى تصديقه في اثبات النسب منه
ويثبت نسب ولد الميت ايضا منه ولا يكون له الميراث الذي اخذه المولى لما بينا انه ليس من ضرورة
ثبوت النسب استحقاق المال وانما اورد هذا الفصل ايضاحا لما سبق فانا لو قلنا يستحق المال
على المولى بهذا الطريق كان يقدر كل واحد على ابطال حق المولى عن الميراث المستحق له بان يشتري
الابن الاخر فيدعي نسبه وهذا يبعد وفيه من الضرر ما لا يخفى فقلنا لا يستحق المال وان ثبت نسب
الاخر منه ضرورة